

UPPSALA
UNIVERSITET

Sociala rättigheter i förändring

En konstitutionellrättslig studie

Anna-Sara Lind



Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4436

Sociala rättigheter i förändring

Anna-Sara Lind

Sociala rättigheter i förändring

En konstitutionellrättslig studie



UPPSALA
UNIVERSITET

Dissertation presented at Uppsala University to be publicly examined in Sal X, Universitetshuset, Uppsala, Friday, November 27, 2009 at 13:00 for the degree of Doctor of Laws. The examination will be conducted in Swedish.

Abstract

Lind, A-S. 2009. Sociala rättigheter i förändring. En konstitutionellrättslig studie. (Social Rights undergoing Changes. A Study in Constitutional Law.) Juridiska institutionen. 497 pp. Uppsala. ISBN 978-91-506-2101-3.

This dissertation examines the status and role of fundamental social rights in a Swedish context. The point of departure is Chapter 1, Article 2, para. 2 in the Swedish Instrument of Government, where important social rights are articulated as fundamental goals for society: the right to social assistance, the right to shelter and the right to health. As these rights are"goals", the state and its authorities shall strive to achieve them. They are not formulated as individual rights in the constitution and are not invocable before the courts. In order to analyse the constitutional choice to keep these rights outside the Swedish "Bill of Rights" in Chapter 2 of the Instrument of Government, the constitutions of Canada, Finland and South Africa are studied.

The Swedish constitutional context is highly dependant on international obligations in international conventions and the fact that Sweden is a member of the European Union. Changes and trends concerning access to and content of social rights in public international law are traced via the United Nation's two conventions for human rights, as well as through the conventions of the Council of Europe. The conclusion is that social rights today are being defined in a clearer way than before. Individuals and groups also have wider possibilities to make complaints concerning violations of these rights. A very important factor for this is the evolving view of non discrimination in public international law.

Non discrimination is also the point of departure for the strengthening of access to social rights in the European Union. Through the four freedoms of European Community law, the individual has been given individual rights. Today this picture is widened thanks to the citizenship of the European Union and to the EU Charter on Fundamental Rights. We can therefore start considering social human rights in the EU.

The conclusion is that the Swedish constitution does not handle the constraints that public international law and the membership in the EU mean for the national welfare state, nor is it equipped to handle that the factual status of social rights as constitutional rights.

Keywords: demokrati, gemenskapsrätt, konventioner, medborgarskap, mänsklig värdighet, mänskliga rättigheter, välfärdsstat, Sen, sociala rättigheter, EU, FN,

Anna-Sara Lind, Department of Law, Box 512, Uppsala University, SE-751 20 Uppsala, Sweden

© Anna-Sara Lind 2009

ISBN 978-91-506-2101-3

urn:nbn:se:uu:diva-109565 (http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:uu:diva-109565)

Printed in Sweden by Edita Västra Aros, Västerås 2009.

Förord

När boken väl är klar är man en annan människa. Som nyantagen doktorand var detta något av det första jag fick höra på den inledande doktorandkursen. Jag kan enbart instämma. Jag är en annan människa, till stor del tack vare de människor som med stor värme och mycket tålamod funnits med under min tid som doktorand vid Juridiska fakulteten i Uppsala.

Jag har inte varit ensam under dessa år som doktorand, främst tack vare två fantastiska handledare. Min huvudhandledare, professor Thomas Bull, har med stort engagemang varit närvarande under arbetets gång. Han förtjänar ett särskilt tack för att han uppmuntrade mig att söka till doktorandutbildningen och för att han sedan dess fortsatt att tro på mig. Min biträdande handledare, docent Thomas Erhag, stormade in projektet med en outsinlig energi och med en övertygelse om att jag hade något att berätta. Kära handledare, jag är så tacksam för att Ni ville dela denna upplevelse med mig!

Jag vill också tacka för alla goda råd jag fått av professor Lena Marcusson och professor emeritus Fredrik Sterzel. Tack även till deltagarna i högre seminariet i offentlig rätt för intressanta seminarier och trevlig samvaro under eftersitsarna. Högre seminariet i straffrätt och särskilt professor emeritus Nils Jareborg skall också omnämnas i detta sammanhang. Jag är så glad för att jag får vara med i Era sammankomster.

I arbetets slutskede har jag fått, kloka råd och hjälp med korrekturläsning av vänner och kollegor. Doktorand Victoria Enkvist, jur.kand. Lisa Eurén Höglund, doktorand Sandra Friberg, jur.stud. Maria Lindgren, jur.dr. Olle Mårsäter, doktorand Annika Nilsson, jur.dr. Rebecca Stern samt jur.dr. Olof Ställvik har alla varit oumbärliga under projektets avslutande fas. De brister som kvarstår i arbetet är av egen förskyllan.

Med professor Håkan Andersson, professor Maarit Jänterä-Jareborg, professor Jonas Malmberg, docent Daniel Stattin och docent Karin Åhman har jag haft många inspirerande samtal under åren som doktorand. Ni har alla ”fostrat” mig, var och en på sitt eget sätt, även om Ni kanske inte är medvetna om det.

Juridiska fakulteten har begåvats med ett härligt doktorandkollegium! Jag vill därför tacka doktorandkollegorna och särskilt mina ”partners in crime”

på doktorandhyllan, doktoranderna Ewa Axelsson, Katia Cejie, Anna Gustafsson och Mosa Sayed.

Ett stort tack till Juridiska biblioteket och till Petra Wåhlin på Enheten för Grafisk service.

Min älskade familj har visat ett stort tålamod och gett mig mycket kärlek! Kära lilla mamma, Boo, Daniel och Karoline – nu kommer Er dotter, syster och svägerska att vara mer närvarande än förut. Pappa och Anikó, nu skall det finnas tid till långfika!

Sist men inte minst, ett stort tack till min sambo Thomas. Din närvaro, förståelse och stöd kan inte beskrivas. Jag ser fram emot att få vara och resa med Dig nu när hela livet går in i en ny fas – utan den där ständigt närvarande boken!

Jag vill tillägna denna bok två kvinnor som lärt mig mycket om livet, min mormor Ann-Marie Wahlqvist och min kära väninna Cecilia Visfalk. Livet ter sig annorlunda och prövas när någon man älskar går bort. Mormor och Cissi var mycket engagerade i mitt arbete de första åren. Tystnaden efter samtalen som så plötsligt upphörde blev med ens ständigt närvarande under arbetets senare fas.

Material har beaktats fram till den 1 juni 2009. Därefter har tillgängligt material beaktats endast undantagsvis. Avhandlingen har tryckts med ekonomiskt bidrag från fakulteten.

Uppsala den 15 oktober 2009
Med en grå sovande katt bredvid tangentbordet

Anna-Sara Lind

Innehåll

Förord 4

Förkortningar 19

Del I Inledning 21

1 Sociala rättigheter i konstitutionell rätt – om utgångspunkter, syfte och metod 23
1.1 Inledning 23
1.2 Om 1 kap. 2 § 2 st. RF 24
1.3 Sociala rättigheter – om en mångfacetterad diskurs 27
1.3.1 Inledning 27
1.3.2 Kategorier av rättigheter 28
1.3.3 Politisk teori och rättigheter 30
1.3.3.1 Att förklara och legitimera rättigheter 30
1.3.3.2 Rättigheter som ”trumf” 31
1.3.3.3 Rättigheter som ”förmåga” 33
1.3.4 Perspektiv på sociala rättigheter i offentlig rätt 34
1.3.5 Sociala rättigheters utkrävbarhet och verkställighet – en fråga om maktdelning? 39
1.4 Avhandlingens syfte och centrala frågeställningar 40
1.5 Metod och material 43
1.5.1 Inledning 43
1.5.2 Avgränsningar 45
1.6 Disposition 46

Del II Den konstitutionella synen på sociala rättigheter – en exposé i tid och rum 47

2 Den konstitutionella synen på sociala rättigheter – en exposé i tid och rum 49
2.1 Nya grundlagar – nya rättigheter? Om denna del 49
2.1.1 Bakgrund 49
2.1.2 Om studiet av andra länders konstitutioner 50
2.2 Sverige 52
2.2.1 Inledning 52

2.2.2 1809 års regeringsform ... 52
2.2.3 1938 års motion ... 55
2.2.4 Den tingstenska utredningen ... 58
2.2.5 Författningsutredningen ... 62
2.2.5.1 Författningsutredningens förslag till rättighetskapitel ... 63
2.2.6 Grundlagberedningen ... 65
2.2.7 1974 års regeringsform ... 69
2.2.8 Fri- och rättighetsutredningen – närmare om utvecklingen av målsättningsstadganden i 1 kap. 2 § RF ... 71
2.2.9 Rättighetsskyddsutredningen ... 74
2.2.10 Ord på vägen… ... 74
2.3 Kanada ... 76
2.3.1 En konstitutionell skiss ... 76
2.3.2 En federal välfärdsstat ... 78
2.3.3 Rättighetsskyddet i Kanada ... 80
2.3.4 Ett ”klassiskt” system med en ”klassisk” syn på sociala rättigheter? ... 83
2.3.4.1 Konstitutionella rättigheter ... 83
2.3.4.2 Begränsningar av rättigheter ... 84
2.3.5 Viktigare avgöranden sedan 1982 ... 85
2.3.5.1 Inledning ... 85
2.3.5.2 Allmänt om domstolens tolkningsunderlag ... 85
2.3.5.3 Folkrättens påverkan på sociala rättigheter i domstolspraxis ... 86
2.3.5.4 Rätten till liv, frihet och säkerhet för personen, artikel 7 ... 89
2.3.5.5 Materiell jämlikhet, artikel 15 ... 90
2.3.5.6 Särskilt om rätten till socialt bistånd ... 91
2.3.5.7 Särskilt om rätten till hälsa ... 93
2.3.5.8 Särskilt om rätten till bostad ... 95
2.3.6 Kommentar ... 100
2.4 Finland ... 101
2.4.1 Sociala rättigheter som ”grundrättigheter” ... 101
2.4.2 Grundlagsreformen år 2000 ... 103
2.4.3 Om tolkning av grundlag ... 106
2.4.4 Stiftande av grundlag och undantagslag ... 108
2.4.5 Grundlagens företräde och normhierarkin ... 109
2.4.6 Begränsning av grundrättigheter ... 110
2.4.7 Kommunal självstyrelse ... 111
2.4.8 Grundlagsutskottet och övervakningen av de grundläggande fri- och rättigheterna ... 112

2.4.9 Diskrimineringsförbud och jämlikhet ... 115
2.4.10 Rätten till social trygghet enligt 19 § GL ... 116
2.4.10.1 Inledning ... 116
2.4.10.2 Om rätten till oundgänglig försörjning och omsorg enligt 19 § 1 st. GL ... 118
2.4.10.3 Rätten till grundläggande försörjning enligt 19 § 2 st. GL ... 120
2.4.10.3.1 Allmänt om 19 § 2 st. GL ... 120
2.4.10.3.2 Grundläggande försörjning och rätten till sysselsättning ... 122
2.4.10.3.3 Besvärsrätt ... 124
2.4.10.4 Social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster enligt 19 § 3 st. GL ... 125
2.4.10.5 Rätten till boende enligt 19 § 4 st. GL ... 126
2.4.11 Egendomsskyddets påverkan på de sociala grundrättigheterna ... 128
2.4.12 Kommentar ... 130
2.5 Sydafrika ... 131
2.5.1 Inledning ... 131
2.5.2 Konstitutionen och utformningen av dess ”Bill of Rights” ... 135
2.5.2.1 Inledning ... 135
2.5.2.2 Om tillämpningen av rättighetskatalogen ... 137
2.5.2.3 Om tolkning och begränsning av konstitutionens rättigheter ... 139
2.5.3 Domstolarnas roll ... 141
2.5.3.1 Hörnstenen i rättigheternas förverkligande? ... 141
2.5.3.2 Domstolarnas möjligheter enligt konstitutionen ... 142
2.5.4 The South African Human Rights Commission (SAHRC) ... 144
2.5.5 Sociala rättigheter ... 146
2.5.5.1 Inledning ... 146
2.5.5.2 Avgöranden rörande konstitutionella sociala rättigheter ... 148
2.5.5.3 Rätten till *tillgång* till en social rättighet ... 150
2.5.5.4 Närmare om de positiva skyldigheterna i 26 och 27 §§ ... 151
2.5.5.5 Sociala rättigheters kärna ... 153
2.5.5.6 Begränsning av sociala rättigheter och tillämpningen av skälighetsbedömningen ... 154
2.5.5.6.1 Inledning ... 154
2.5.5.6.2 Tillgängliga resurser ... 154
2.5.5.6.3 Progressivt förverkligande ... 156

2.5.5.6.4 Utfallet av skälighetsbedömningen (reasonableness test) ... 157
2.5.5.6.5 Skälighetsbedömning i relation till 36 § .. 161
2.5.5.6.6 Skälighetsbedömningen i ljuset av minimum core obligation ... 162
2.5.5.7 Barn och utsatta grupper ... 165
2.5.6 Avslutande ord ... 167
2.6 Sammanfattande kommentarer till del II ... 170

Del III Sociala rättigheter i folkrätten ... 171

3 Sociala rättigheter i folkrätten ... 173
3.1 Inledning ... 173
3.2 Förenta nationernas ”Bill of Rights” ... 175
3.2.1 Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (AFMR) ... 175
3.2.2 Internationella konventionen till skydd för de medborgerliga och politiska rättigheterna (IKMPR) ... 179
3.2.2.1 Inledning ... 179
3.2.2.2 Principen om icke-diskriminering, artikel 26 IKMPR ... 180
3.2.3 Internationella konventionen till skydd för de sociala, ekonomiska och kulturella rättigheterna (IKESKR) ... 185
3.2.3.1 Allmänt om IKESKR ... 185
3.2.3.2 Statens skyldigheter och åtaganden enligt IKESKR ... 187
3.2.3.2.1 Skyldigheter och åtaganden ... 187
3.2.3.2.2 Progressive realization ... 190
3.2.3.2.3 Statens resurser och ”minimum core obligations” ... 190
3.2.3.3 Likabehandling ... 192
3.2.3.4 Internationella klagomålsprocedurer för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter ... 193
3.2.3.4.1 Allmänt ... 193
3.2.3.4.2 Förslaget till ett fakultativt protokoll om klagomål inom ramen för IKESKR ... 195
3.2.3.5 Särskilt om rätten till boende ... 197
3.2.3.6 Särskilt om rätten till hälsa ... 199
3.2.3.7 Särskilt om rätten till social trygghet ... 203
3.2.4 Kommentar ... 206
3.2.4.1 Likabehandling och mänsklig värdighet som gemensamma nämnare mellan rättighetskategorier .. 206
3.2.4.2 Mänsklig värdighet och rättigheternas odelbarhet ... 207

3.3 Europarådet 208
3.3.1 Inledande ord om regionala system till skydd för mänskliga rättigheter 208
3.3.2 Europakonventionen om skydd för de mänskliga fri- och rättigheterna 210
3.3.2.1 Om EKMR:s struktur 210
3.3.2.2 Artikel 14 EKMR och dess inverkan på utvecklingen för sociala rättigheter 212
3.3.2.2.1 Diskrimineringsförbudet och statens skyldighet att agera 212
3.3.2.2.2 Artikel 1 tilläggsprotokoll 1 och artikel 14 214
3.3.2.3 Rätten till liv, artikel 2 EKMR, och rätten till fysisk säkerhet, artikel 3 EKMR 219
3.3.2.3.1 En ”integrated approach” 219
3.3.2.3.2 Hälso- och sjukvård i ljuset av artiklarna 2 och 3 EKMR 223
3.3.2.4 Processuella garantier och sociala rättigheter, artikel 6 EKMR 226
3.3.2.5 Rätten till privatliv, artikel 8 EKMR 228
3.3.2.6 Artikel 8 respektive tilläggsprotokoll 1 artikel 1 EKMR i relation till en rätt till bostad 233
3.3.2.7 Hänvisningar till andra instrument antagna i syfte att skydda mänskliga rättigheter 235
3.3.3 Europeiska sociala stadgan 237
3.3.3.1 Inledning 237
3.3.3.2 Närmare om det kollektiva klagomålsförfarandet 240
3.3.3.3 Följder av kommitténs prövning 241
3.3.3.4 Inbyggda begränsningar i Stadgan 244
3.3.3.4.1 Inledning 244
3.3.3.4.2 Stadgans appendix 245
3.3.3.5 Icke-diskriminering – artikel E 247
3.3.3.6 Begränsning av rättigheter – artikel G 248
3.3.3.7 Rätten till hälsa 249
3.3.3.8 Rätten till social trygghet och rätten till socialt bistånd 251
3.3.3.8.1 Artiklarna 12 och 13 251
3.3.3.8.2 Rätt till skydd mot fattigdom 252
3.3.3.8.3 Sociala trygghetssystem 253
3.3.3.8.4 Rätt till socialt och medicinskt stöd 255
3.3.3.9 Rätten till bostad 257
3.3.3.9.1 En ”mätbar” rättighet 257

3.3.3.9.2 Förbud mot hemlöshet ... 259
3.3.3.9.3 Att ha råd med sitt boende ... 260
3.3.3.10 Retrogressive measures ... 262
3.3.3.11 Kommentar om EKMR och Stadgan ... 264
3.4 Sammanfattande kommentarer till del III ... 266

Del IV Sociala rättigheter i den Europeiska unionen ... 269

4 Inledande ord till del IV ... 271
4.1 Inledning ... 271
4.2 EG-rättsliga utgångspunkter ... 275
4.2.1 Inledning ... 275
4.2.2 Allmänna principer ... 276
4.3 Utvecklingen inom socialpolitiken ... 281
4.3.1 En trevande start ... 281
4.3.2 Fördragsreglering av socialpolitiken ... 282
4.3.2.1 Maastricht ... 282
4.3.2.2 Amsterdam ... 284
4.3.3 Närmare om artikel 136 och föreslagna fördragsförändringar genom Lissabonfördraget ... 286
4.4 Att skapa sociala rättigheter på ett nytt sätt? – Europeiska Unionens stadga till skydd för de grundläggande fri- och rättigheterna ... 288
4.4.1 Inledning ... 288
4.4.2 EU-stadgans tillkomst ... 289
4.4.3 Sociala rättigheter i EU:s stadga ... 291
4.4.3.1 Inledning ... 291
4.4.3.2 Närmare om principer och rättigheter ... 292
4.4.4 Relationen EU-stadgan – Europakonventionen ... 296
4.4.5 En (om)väg via Lissabonstrategin ... 298
4.4.5.1 Inledning ... 298
4.4.5.2 Närmare om den öppna samordningsmetoden ... 300
4.4.5.3 Formerna för öppen samordning ... 302
4.4.5.4 Vem gör vad? Problem med samordningsmetoden ... 303
4.4.5.5 Samordning i praktiken – sysselsättningstrategin i artikel 128 EG-fördraget ... 307
4.4.5.6 Den sociala agendan ... 309
4.4.6 EU:s stadga, den sociala stadgan och öppna samordningsmetoden ... 311
4.4.7 Avslutande kommentar ... 315

5 Fri rörlighet, likabehandling och sociala rättigheter 317
5.1 Inledning 317
5.2 Fri rörlighet för medborgare inom EG och tillgången till sociala rättigheter 319
5.2.1 Likabehandling och fri rörlighet för personer 319
5.2.2 Om förordningarna nr 1612/68 och nr 1408/71 samt direktiv 2004/38 320
5.2.2.1 Förordning nr 1408/71 320
5.2.2.2 Närmare om rådets förordning (EEG) nr 1612/68 323
5.2.2.2.1 Om begreppet arbetstagare samt avlönad verksamhet 323
5.2.2.2.2 Likabehandling och anhörig till migrerande arbetstagare 324
5.2.2.2.3 Social förmån och arbetstagare 327
5.2.2.3 Om personkretsen i förordning 1612/68 respektive 1408/71 331
5.3 Unionsmedborgarskapet 333
5.3.1 Inledning 333
5.3.2 Likabehandling som utgångspunkt 336
5.3.2.1 Inledning 336
5.3.2.2 Unionsmedborgarskap och likabehandling 337
5.3.2.2.1 Inledningen till en ny era 337
5.3.2.2.2 Närmare om begränsningar av solidariteten mellan unionsmedborgare och medlemsstater 343
5.3.3 En struktur för likabehandling grundad på unionsmedborgarskapet 346
5.3.3.1 Allmänt om direktiv nr 2004/38 346
5.3.3.2 Sammanhängande vistelse om minst fem år 347
5.3.3.3 Vistelse om minst tre månader 348
5.3.3.3.1 Uppehållsrätt 348
5.3.3.3.2 Förster-målet 350
5.3.3.4 Vistelse upp till tre månader 354
5.3.4 Tredjelandsmedborgare 356
5.3.4.1 Inledning 356
5.3.4.2 Tredjelandsmedborgar, likabehandling och sociala förmåner 358
5.3.5 Kommentar 361
5.4 Konkurrensrättsliga dimensioner på hälsa, bostad och bistånd – en fråga om solidaritet 363

5.4.1 Inledning ... 363
5.4.2 Centrala begrepp ... 364
5.4.3 Närmare om tjänster av allmänt intresse ... 366
5.4.4 Sociala tjänster, solidaritet och konkurrens ... 369
5.4.4.1 Balansen mellan välfärd och marknad enligt EG-fördraget – en inledning ... 369
5.4.4.2 Solidaritet som undantag från statsstödsreglerna ... 373
5.4.5 Avslutande ord om konkurrens och solidaritet ... 377

6 Materiell rätt i dag – en illustration genom rätten till hälsa ... 379
6.1 Inledning ... 379
6.2 Om hälsobegreppet i gemenskapsrättens primär- respektive sekundärrätt ... 380
6.2.1 Inledning ... 380
6.2.2 Hälsa enligt EG-fördraget ... 382
6.2.3 Strukturella förändringar genom Lissabonfördraget ... 384
6.2.4 Sekundärrättens påverkan på nationell rätt – en inledning ... 385
6.3 Hälsovård och inre marknad – en fråga om rätt till hälsa? ... 387
6.3.1 Rätten till vård i annat EU-land ... 387
6.3.1.1 Medlemsstatens självbestämmanderätt ... 387
6.3.1.2 Fri rörlighet för personer: Förordning nr 1408/71 ... 388
6.3.1.3 Fri rörlighet för varor ... 389
6.3.1.4 Fri rörlighet för tjänster ... 391
6.3.1.5 Kommentar ... 393
6.3.2 Förhandstillstånd ... 395
6.3.2.1 Förhandstillstånd enligt förordning nr 1408/71 ... 395
6.3.2.2 Förhandstillstånd enligt artikel 49 EG-fördraget ... 398
6.3.2.2.1 Inledning ... 398
6.3.2.2.2 Tjänster som inte tillhandahålls på sjukhus ... 401
6.3.2.2.3 Tjänster som tillhandahålls på sjukhus ... 403
6.3.2.2.3.1 Inledning ... 403
6.3.2.2.3.2 Nationella villkor om förhandstillstånd ... 405
6.3.2.3 Det administrativa förfarandet vid prövning av förhandstillstånd ... 408
6.3.2.4 Ersättning ... 410
6.3.3 Sammanfattande kommentar ... 414
6.4 Om rättsläget i Sverige ... 418
6.4.1 Inledning ... 418
6.4.2 Förslag om förhandstillstånd för planerad vård inom ramen för artikel 49 EG-fördraget ... 421

6.4.2.1 Inledning ... 421
6.4.2.2 Villkor för ersättning enligt förslaget ... 423
6.5 Avrundning: Direktivförslag om patienters rättigheter ... 425
6.6 Sammanfattande kommentarer del IV ... 430

Del V Avslutning ... 433

7 Sociala rättigheter i förändring ... 435
7.1 Inledning ... 435
7.2 Att börja från början: om sociala rättigheter i 1 kap. 2 § 2 st. RF ... 436
7.2.1 Demokrati, välfärdsstat och rättsstat ... 436
7.2.1.1 Inledning ... 436
7.2.1.2 Välfärdsstat i förändring ... 437
7.2.2 Individualisering v. generell välfärd? ... 438
7.2.2.1 Utgångspunkten i 1 kap. 2 § 2 st. RF ... 438
7.2.2.2 Folkrättens påverkan ... 439
7.2.2.3 Gemenskapsrättens utveckling ... 440
7.2.2.4 Betydelsen av nya rättsmedel och nya organ ... 441
7.2.3 Makten över välfärden – en fråga om demokrati och legitimitet? ... 442
7.2.3.1 Nationell utgångspunkt: en delegerad välfärd? ... 442
7.2.3.2 Skapandet av EU:s stadga ... 444
7.2.4 Ett eller flera mångfacetterade medborgarskap ... 445
7.2.4.1 Nationell tillhörighet ... 445
7.2.4.2 Unionsmedborgarskapet ... 446
7.2.4.3 Diskrimineringsförbudets påverkan på framtida ”medborgarskap” ... 448
7.2.5 Nationell solidaritet v. transnationell solidaritet ... 449
7.2.6 En illustration av juridifieringen av sociala rättigheter ... 451
7.2.6.1 Mänskliga rättigheters odelbarhet och universalitet ... 451
7.2.6.2 Vägen till ”hardifiering” av sociala rättigheter ... 453
7.2.6.2.1 Precisering av sociala rättigheters innehåll ... 453
7.2.6.2.2 Hardifiering via soft law ... 454
7.2.6.2.3 Diskrimineringsförbudet ... 454
7.2.7 Förändringar avseende rättigheters styrka i svensk nationell rätt ... 455
7.2.7.1 Inledning ... 455
7.2.7.2 Rätten till hälso- och sjukvård ... 455
7.2.7.3 Rätten till socialt bistånd ... 456
7.2.7.4 Rätten till bostad ... 457
7.3 Att sluta där berättelsen började: om RF de lege ferenda ... 459

Summary 463
Part I Introduction 463
Part II National Constitutions: Social Rights in Time and Space 463
Part III Social Rights in Public International Law 464
Part IV Social Rights in the European Union 465
Part V Conclusion 465

Käll- och litteraturförteckning 467
Offentligt tryck (Sverige) 467
Finland 469
Propositioner 469
Betänkanden 469
Utlåtanden 469
Justitiekanslern (JK) 470
Justitieombudsmännen (JO) 470
Övrigt 470
Rättsfall och avgöranden 471
Sverige 471
Högsta domstolen 471
Regeringsrätten 471
Kammarrätter 471
EU 471
Europeiska gemenskapernas domstol 471
Förstainstansrätten 476
FN 476
Kommittén för mänskliga rättigheter 476
Klagomål 476
Europarådet 477
Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna 477
Kommittén för ekonomiska och sociala rättigheter 481
Kanada 482
Supreme Court 482
Ontario Court of Appeal 482
Nova Scotia Court of Appeal 482
Ontario Human Rights Board of Inquiry 482
Quebec 482
Sydafrika 482
Constitutional Court 482
USA 483
Övrigt 483
Europarådet 483

Kommittén för ekonomiska och sociala rättigheter 483
Conclusions 483
Europeiska gemenskaperna 484
Förenta nationerna 486
Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter 486
Kommittén för mänskliga rättigheter 487
Special Rapporteurs 487
Kanada 487
Litteratur 488

Förkortningar

a.	angiven, angivet
a.a.	angivet arbete
ADMR	FN:s allmänna deklaration om mänskliga rättigheter
CMLRev.	Common Market Law Review
Ds	Departementsserie
ECR	European Court Reports
EG	Europeiska gemenskapen (erna)
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
EKMR	Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
f.	följande sida
ff.	följande sidor
FEU	fördraget om Europeiska unionen (enligt Lissabonfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (enigt Lissabonfördraget)
FN	Förenta nationerna
GA	Generaladvokat
HD	Högsta domstolen
HRQ	Human Rights Quarterly
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
ILO	International Labour Organisation
IKMPR	Internationella konventionen till skydd för medborgerliga och politiska rättigheter
IKESKR	Internationella konventionen till skydd för de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna
JT	Juridisk tidskrift
m.fl.	med flera
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NF	Nationernas förbund

OJ	Official Journal of the European Communities
OMC	Open method of co-ordination
p.	punkt
prop.	proposition
REG	Rättsfallssamling från EG-domstolen och förstainstansrätten
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrättens årsbok
s.	sida (sidorna)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvetenskap
WHO	World Health Organisation (Världshälsoorganisationen)

Del I Inledning

Non, messieurs, cet homme juste continuerait de mépriser nos vaines sciences; il n'aiderait point à grossir cette foule de livres dont on nous inonde de toutes parts, et ne laisserait, comme il a fait, pour tout précepte à ses disciples et à nos neveux, que l'exemple et la mémoire de sa vertu. C'est ainsi qu'il est beau d'instruire les hommes!

J-J Rousseau

1 Sociala rättigheter i konstitutionell rätt – om utgångspunkter, syfte och metod

1.1 Inledning

Den svenska konstitutionella rätten har genomgått stora förändringar de senaste decennierna, förändringar som kan sägas ha sin grund i Sveriges medlemskap i EU och de folkrättsliga åtaganden som Sverige har inom FN och Europarådet.[1] Även nationellt inhemska förändringar kan konstateras i synen på vad som utgör konstitutionell rätt i dag och vilka som berörs och som är delaktiga i utformningen av den konstitutionella rätten. På det nationella planet kan det konstateras att den svenska regeringsformen (RF)[2] i dag står inför den mest omfattande analys och utvärdering som skett sedan dess tillkomst år 1974. Grundlagsutredningen lade fram sitt betänkande *En reformerad grundlag* i december 2008 och under våren 2009 remissbehandlades betänkandet.[3] En proposition kommer att färdigställas under hösten 2009. Av kommittédirektiven framgår att Grundlagsutredningen fick till uppgift att utreda hur förtroendet för demokratin kan stärkas genom regeringsformen. Bakgrunden till direktivet var ett minskat valdeltagande, som anses utgöra ett allvarligt hot mot demokratin såsom den framkommer av 1 kap. RF. Andra frågor som diskuterats under arbetets gång är lagprövning, folkomröstningsinstitutet, normgivningsmaktens utformning i 8 kap. samt hur EU-medlemskapet hanteras i 10 kap. RF.

En översyn av rättighetsskyddet i grundlag (2 kap. RF) ingick i utredningens uppdrag. Trots detta har grundläggande rättigheter tagits upp i Grundlagsutredningens betänkande. Utredningen måste nämligen relatera till de konstitutionellrättsliga utmaningar som Europeiska unionen (EU) och Europakonventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR)[4] i dag innebär för vårt nationella rättssystem. Detta visar sig till exempel

---

[1] 8 kap. 15 § RF, om förändringar av regeringsformen genom stiftande av grundlag och folkomröstningar.

[2] SFS 1974:152. Jämför med direktiven till Grundlagsutredningen, dir. 2004:96.

[3] SOU 2008:125.

[4] Konvention till skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, CETS nr 5. Öppnad för underskrift den 4 november 1950. Ikraft den 3 september 1953.

genom att utredningen i betänkandet föreslår en rätt till rättvis rättegång, vilket inte tidigare funnits i 2 kap. RF.[5]

Detta arbete handlar om de sociala rättigheter som återfinns i 1 kap. 2 § 2st. RF, vilka inte berörs i 2008 års betänkande. Dessa sociala rättigheter är formulerade som målsättningsstadganden, en ordning som utredningen föreslår skall vara oförändrad.[6] En översyn av vår grundlag i dagens heterogena Sverige innebär att vi, under reformarbetets gång, får anledning att se över hur såväl demokrati som rättsstats- och välfärdsstatsvärden kommer till uttryck i grundlagen, vilken konstitutionellrättslig betydelse domstolarna har i relation till lagstiftaren samt hur EU-rätten och folkrätten påverkar det konstitutionella systemet. Jag avser att i denna avhandling studera dessa frågor i relation till några av de sociala rättigheter som återfinns i 1 kap. 2 § 2st. RF, vilka inte var en del av Grundlagsutredningens uppdrag. Rätten till bostad, rätten till social omsorg och rätten till hälsa blir därför föremål för denna studie. Hur jag använder begreppet sociala rättigheter diskuteras nedan i avsnitt 1.4. För att närmare kunna beskriva avhandlingens syfte och forskningsfrågorna kommer jag inledningsvis att göra en sammanfattning av den svenske lagstiftarens syn på sociala rättigheters konstitutionella ställning.

1.2 Om 1 kap. 2 § 2 st. RF

Till skillnad från 1809 års RF (GRF) var inte 1974 års RF resultatet av en samhällsomvälvning. Den nya grundlagen tillkom i en tid av politisk stabilitet i ett relativt homogent Sverige och efter ett långt förberedande arbete där konsensus över partigränserna var viktigt. Att grundläggande fri- och rättigheter skulle inkluderas i regeringsformen rådde det enighet om under utredningsarbetet, då lösningen i GRF med en enda paragraf (16 §) till skydd för dessa rättigheter ansågs otillräcklig.[7] Resultatet blev att den nya regeringsformens kapitel 2 inkluderade vissa fri- och rättigheter och att andra togs in i kapitlet om normgivningsmakten (dåvarande kap. 7) samt i kapitlet om domstolsväsendet (dåvarande kap. 10).[8]

---

[5] SOU 2008:125 s. 424 ff.

[6] I 2 kap. 17 § återfinns rätten till fackliga stridsåtgärder, i 20 § skyddet för närings- och yrkesfrihet och i 21 § rätten till utbildning. Huruvida dessa skall ses som sociala rättigheter eller inte beror på och diskuteras nedan.

[7] Redan 1941 lade den s.k. Tingstenska utredningen fram ett förslag om att nya rättigheter skulle införas i 16 § GRF. Rätten till socialt understöd fördes i denna utredning fram som ett målsättningsstadgande, se SOU 1941:20 s. 14.

[8] Prop. 1973:90. Se nedan avsnitt 2.2 för en utförligare analys av regeringsformens utveckling under 1900-talet.

En ny utredning tillsattes redan innan den nya regeringsformen trätt i kraft och ledde till en större reform av fri- och rättighetsskyddet så tidigt som 1976.[9] I 1974 års RF återfinns inte sociala rättigheter alls, men i och med förändringarna 1976 införs de som målsättningsstadganden i 1 kap. Departementschefen konstaterar att *den enskildes välfärd är det övergripande målet* med den politiska verksamheten och att det är naturligt att de rättigheter som har ett särskilt nära samband med denna målsättning kommer till uttryck i grundlagen.[10] Det är dessutom nödvändigt, enligt departementschefen, att individer har en viss materiell standard för att demokratin skall fungera. Rättigheterna lyfts därför fram som viktiga för att ge medborgarna förutsättningar att delta i det politiska arbetet och intressera sig för demokratin. Däremot ansågs det inte möjligt att ta in regler som med bindande verkan förpliktar staten att ge varje medborgare den service som individen önskar eller som svarar mot dennes behov. Detsamma gäller regler som ställer upp en viss minimistandard på sociala områden.[11] En bred samsyn rådde i denna fråga.[12] Bestämmelsen riktar sig till alla som utövar offentlig makt, men den inte ger enskilda rättigheter. Stadgandet kan inte åberopas i domstol, vilket flera av rättigheterna i 2 kap. kan.[13] Den sociala välfärden upptogs inte explicit i paragrafen men avsågs framgå genom de målsättningar som paragrafen ställer upp. Stycket fick därmed följande lydelse:

> Den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd skall vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten. Det skall särskilt åligga det allmänna att trygga rätten till arbete, bostad och utbildning samt att verka för social omsorg och trygghet och för en god levnadsmiljö.

2002 lades åliggandet att trygga rätten till hälsa till i stycket.[14] Grundlagsutredningens förslag ändrar inte denna inställning till sociala rättigheter men den föreslår att nuvarande lydelse av 1 kap. 2 § 2 st. ändras på så sätt att uttrycket ”trygga rätten till hälsa” ersätts med ”verka för goda

---

[9] SOU 1975:75, prop. 1975/76:209. SOU 1978:34, SOU 1993:40 ledde till införandet i 2 kap. 23 § av ett förbud mot normgivning som strider mot Europakonventionen samt till att konventionen inkorporerades som svensk lag. Om EKMR se också SOU 1993:40 del B samt prop. 1993/94:117 s. 29 f.

[10] Prop. 1975/76:209 s. 99 samt s. 137 ff.

[11] Prop. 1975/76:209 s. 128.

[12] Prop. 1975/76:209 s. 262.

[13] Därmed blir kontrollen av hur stadgandet efterlevs endast politisk. Jämför prop. 2001/02:72 s. 15 f.

[14] Prop. 2001/02:72 s. 49. Propositionen bygger till stor del på 1999 års författningsutredning (SOU 2001:19).

förutsättningar för hälsa".[15] Fortfarande är regleringen i första hand en anvisning till det allmänna, även om utredningen pekar på att målformuleringarna kan få betydelse som tolkningsdata.[16]

2 kap. RF, *Grundläggande fri- och rättigheter*, innehåller främst medborgerliga och politiska rättigheter. Efter det att regeringsformen trädde i kraft har kapitlet utökats, och därmed kommit att inkludera rättigheter som kan omnämnas som sociala. År 1977 blev såväl den fackliga föreningsfriheten som upphovsrätten grundlagsstadgade.[17] Rätten till utbildning infördes år 1995 i 2 kap. 21 §.[18] Äganderätten, 2 kap. 18 § RF, och näringsfriheten, 2 kap. 20 §, kan också nämnas som exempel på sociala grundlagsstadgade rättigheter.[19]

Ovanstående är en inledning till hur synen på sociala rättigheter ter sig i den svenska konstitutionella rätten.[20] Flera sociala rättigheter ingår i

---

15 SOU 2008:125 s. 749. Ändringen tillmötesgår därmed den kritik som JO framför i prop. 2001/02:72 s. 23. JO menade att stadgandet var missvisande då det inte fanns någon rätt till hälsa i svensk lagstiftning.

16 Prop. 2001/02:72 s. 24. Se också SOU 2008:125 s. 453 f. samt, om den föreslagna regleringen av forskningens frihet, s. 466 f.

17 Lag (1976:871). Om fackföreningsfriheten, 2 kap. 17 § RF, se prop. 1975/76:209 s. 123 f. Om upphovsrätten, 2 kap. 19 §, se prop. 1975/76:209 s. 129.

18 Lag (1994:1468), se prop. 1993/94:117 s. 25 ff. 2 kap. 21 § 1 men. stadgar rätten till utbildning för alla barn och 2 men. att det allmänna skall svara för att högre utbildning finns. En del anser att rätten till utbildning är en medborgerlig rättighet i liberal anda – genom upplysning skall medborgaren kunna delta i demokratin och förädla denna. Andra menar att det är en social rättighet. Rätten till utbildning kan visserligen klassificeras som en politisk eller medborgerlig rättighet, då medborgaren behöver upplysning för att kunna vara en god medborgare som förvaltar sin rösträtt på bästa sätt. Jämför Åhman, K, *Egendomsskyddet* s 128.

19 Äganderätten lyfts ofta fram som en civil rättighet, med rötter i den klassiska liberala ideologin. Lika ofta ses den som en ekonomisk rättighet. Jämför prop. 1975/76:209 s. 124, prop. 1993/94:117 s. 15 ff. Äganderätten skyddades redan i 8 kap. 1 § i 1974 års RF; se SOU 1972:15. Dess nuvarande lydelse fick den efter 1994 års grundlagsreform (se prop. 1993/94:117; SOU 1993:40 Del A). Grundlagsutredningen föreslår förändringar avseende ersättningsnivå vid expropriation samt att ersättning vid rådighetsinskränkningar skall bestämmas genom lag, se SOU 2008:125 s. 443 ff. Om näringsfriheten, se prop. 1993/94:117 s. 19 ff.

20 Till detta hör också den rättighetsskepsis som utvecklades genom Uppsalaskolan. Det faller inte inom ramen för detta arbete att utveckla detta närmare, men för att belysa den tradition som präglat rättsvetenskapen under 1900-talet hänvisar jag till Nergelius, vilket även Stig Strömholm gjort: "Att Uppsalafilosofin tidigt inspirerade och på många sätt var användbar för den svenska socialdemokratin i dess politiska strävanden får numera anses vara klarlagt. Läran var en del av själva den tidsanda i vilken välfärdsstaten växer fram, men detta säger ingenting om dess konkreta rättsliga inflytande i olika skeden. Att härav (dvs. ur Undéns inställning) dra slutsatsen att Uppsalafilosofin är ansvarig för någon viss tendens i

målsättningsstadganden som exkluderas från rättighetskapitlet, men som bör finnas med i grundlagen.[21] De är viktiga för demokratins fortlevnad och fördjupning, men skall inte kunna åberopas eller utkrävas i domstol. Konstitutionellt sett är de en del av politiken, varför domstolskontrollen undviks. Sverige har, trots flertalet utredningar och genomförda ändringar av regeringsformen, valt att följa den linje som riksdagen valde 1976. Förevarande arbete avser att utvärdera hur detta val står sig i en förändrad konstitutionell kontext. Med en förändrad kontext menar jag de allt fler och omfattande folkrättsliga åtagandena på området för mänskliga rättigheter och de krav som EU-rätten ställer på lagstiftare och rättstillämpare. Kraven utgör skyldigheter för de rättsliga aktörerna och leder i vissa fall till rättigheter för den enskilde. Ovanstående förarbetsuttalande innehåller också de perspektiv som jag kommer att anlägga på sociala rättigheter i denna avhandling i och med att departementschefen lyfter fram dessa rättigheter som särskilt betydelsefulla för *demokratin*, *medborgarskapet* och *välfärden*. För att kunna utveckla avhandlingen syfte ytterligare måste diskursen kring sociala rättigheter beskrivas något, vilket jag gör i det avsnitt som följer.

1.3 Sociala rättigheter – om en mångfacetterad diskurs

1.3.1 Inledning

Den svenska inställningen till konstitutionella sociala rättigheter är fast förankrad och en bred samsyn verkar råda. Men det är viktigt att ha i åtanke att *synen* på begreppen rättigheter, skyldigheter och friheter trots allt förändras över tiden och står i samband med förändringsprocesser i samhället. Rättigheter har också en faktisk politisk betydelse på så sätt att det till syvende och sist handlar om vad statsmakten får eller bör göra. I och med att individens frihet och möjligheter inte är desamma över tid, växer också rättigheter och skyldigheter fram vid olika tidpunkter. Med detta i åtanke är det förståeligt att det talas om olika grupper av rättigheter alternativt ”rättighetskategorier”, vilket beror på innehållet i rättigheterna

---

svensk statsrätt är dock vanskligt; den svaga svenska rättighetstraditionen har sannolikt andra huvudorsaker. Dock torde rättsrealismen ha förstärkt en idétradition som länge varit tydlig i svenskt rättsliv.” Se Nergelius, J, *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv* s. 612 f. citerad av Strömholm, S, *Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet* s. 41.

[21] De sociala rättigheter som ingår i 2 kap. är allmänt hållna och går ej att åberopa inför domstol.

och på hur relationen mellan individen och staten ser ut. Förklaringen till detta är delvis historisk.[22] Rättigheter uppstår inte isolerat, utan som svar på ett behov som människor har och som de ställer som krav gentemot det allmänna. Rättighetsanspråken handlade från början om att begränsa kungens makt i till exempel 1200-talets England. Kopplingen mellan makt och rättigheter är alltså påtaglig. Redan under 1700-talet uppstod rörelser i Frankrike som strävade efter (vissa) sociala rättigheters förverkligande; dessa rättigheter är alltså inte något som uppstod under modern tid.[23] Med detta sagt är det också viktigt att notera att det som omnämns som medborgerliga rättigheter respektive sociala rättigheter inte alltid varit konstant över tid. Rättigheternas ”räckvidd” och innehåll förändras alltså med tiden och samhällsutvecklingen, vilket också detta arbete visar.

1.3.2 Kategorier av rättigheter

I såväl det folkrättsliga som det nationella juridiska språkbruket är det vissa sätt att beskriva rättigheter som återkommer och som är grundläggande för att förstå teoribildningen kring sociala rättigheter. Det brukar göras en distinktion mellan *negativa* rättigheter å ena sidan och *positiva* rättigheter å andra sidan. De förra kan också kallas för liberala rättigheter och betecknar det individen anses få göra utan att staten blandar sig i. Genom att staten avhåller sig från att agera så ges individen frihet. Dessa rättigheter är i sig kraftiga inskränkningar i statsmaktens eller överhetens befogenheter, och har sina moderna rötter i den amerikanska och den franska revolutionen. De

---

[22] Detta kan exemplifieras med T H Marshalls teorier om framväxten av politiska demokratier som en tillväxt av tre sorters rättigheter (Marshall, T H, *Class, Citizenship and Social Development* s. 71 f.), där den första typen var civila rättigheter nödvändiga för individens frihet (likhet inför lagen, yttrandefrihet, organisationsfrihet och näringsfrihet, a.a.s. 71–74). Den andra sorten var de politiska rättigheterna (rätt att delta i val och att ställa upp i val). Sociala rättigheter utgör den tredje typen enligt Marshall a.a.s. 72 ”[…] the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to the right to share to the full in the social heritage and to live the life of a civilized being according to the standards prevailing in the society.” Dessa tre grupper är nödvändiga för att individen skall vara en medborgare i demokratin (a.a. s. 71 f.). Se också Cohen, J L, och Arato, A, *Det civila samhället och den politiska teorin* s. 29. Se också Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 227 ff. samt Zahle, H, *Menneske rettigheter* s. 19 ff.

[23] Jämför Bobbio, N, *Rättigheternas epok* s. 73. Rättighetsanspråken handlade från början om att begränsa kungens makt i till exempel 1200-talets England. Kopplingen makt–rättigheter är alltså påtaglig. Redan under 1700-talet uppstod rörelser i Frankrike som strävade efter (vissa) sociala rättigheters förverkligande; dessa rättigheter är alltså inte något som uppstod under senare tid. Se också (på s. 366 och 368) Vahlne Westerhäll, L, *Om sociala rättigheters funktion och konstruktion* s. 365–386. Gustafsson, H, *Taking social rights seriously (I)* s. 441 f. och 447.

negativa rättigheterna utgör, enligt detta något förenklade framställningssätt, individens frihet, det vill säga ett skydd mot staten.[24]

Positiva rättigheter kräver å andra sidan att staten handlar och utför en viss prestation. Dessa rättigheter sammankopplas med välfärdsstaten och har sin tillblivelse i 1800-talets samhällsomvälvande industrialisering. Olika utsatta gruppers behov kom att innebära att staten nödgades se till att dessa skulle få en drägligare tillvaro. De positiva rättigheterna har kommit att få en allt större betydelse i de moderna västdemokratierna, i och med välfärdsstatens uppkomst. Dessa rättigheter kan vara av skiftande karaktär, mer generella välfärdsrättigheter som utgörs av abstrakta mål för samhället (till exempel sjukvård) eller preciserade individuella rättigheter (till exempel handikapplagstiftning). I grunden för de positiva rättigheterna finns ett element av social rättvisa. Att de negativa och positiva rättigheterna rent teoretiskt skiljer sig åt är därför inte konstigt då statens roll inte är densamma i förverkligandet av *positiva* respektive *negativa* rättigheter. Men denna uppdelning är inte någon absolut sanning. Sociala rättigheter är viktiga för att förverkliga de politiska rättigheterna och möjliggöra demokrati.[25] Även medborgerliga och politiska rättigheter kräver åtgärder från statens sida som till exempel att institutioner skapas och upprätthålls för att individens rättigheter skall förverkligas, varför kategorierna är svåra att hålla isär.

Det är svårt att på ett konsekvent sätt upprätthålla diskussionen mellan positiva och negativa rättigheter. Alla rättigheter har element av båda, om än i varierande styrka. Det som skiljer sig åt är alltså att det kan vara olika aspekter som gör sig gällande i olika grad. Samma sak kan anföras avseende generationsindelningen och att sociala rättigheter är annorlunda. Det blir svårt att konsekvent upprätthålla distinktioner eller kategoriindelningar, särskilt med den internationella utveckling som ägt rum de senaste decennierna. De sociala rättigheterna kräver en välfärdsstat som ingriper för att de skall förverkligas, vilket innebär att negativa rättigheter och de institutioner som faktiskt medföljer dessa rättigheter är nödvändiga för att förverkliga de positiva.[26]

Uppdelningen i olika grupper av rättigheter kan också ha en historisk förklaring som tar uppkomsten av rättigheter som grund, nämligen indelningen av rättigheter i generationer. Den första generationens rättigheter utgörs av medborgerliga och politiska rättigheter och den andra av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Denna uppdelning brukar

---

[24] Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 207 f., Åhman, K, a.a.s. 26.

[25] Prop. 1975/76:209 s. 99 samt s. 137 ff.

[26] Hydén, H, *Rättssociologi som rättsvetenskap* s. 73 f. Även det motsatta förhållandet kan lyftas fram, se nedan del III.

motiveras med att den första generationen är nära kopplad till det liberala arvet från 1700-talets upplysningstid och de stora revolutionerna. Den andra generationen är yngre och till sin natur annorlunda. Uppdelningen är tydlig i folkrätten där den ”avvikande naturen” hos ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter tjänat som grund för att inte låta dessa ingå i samma konventioner som den första generationens rättigheter. Skillnaden ligger i att sociala rättigheter ålägger staten att agera för att rättigheten skall uppfyllas. Därigenom anses de vara en del av politiken och bör inte bli föremål för prövning av domstol eller annat liknande organ. Stater har ofta i internationella sammanhang lyft fram att sociala rättigheter dessutom är mycket kostsamma att förverkliga och att de är alltför vaga för att kunna verkställas av domstol. Även internationellt kan diskussionen kring de sociala rättigheternas ”avvikande natur” noteras liksom att dessa garanteras på ett annorlunda sätt i internationella traktat. I korthet kan följande sägas om detta: I och med att dessa rättigheter skrivs in i egna dokument som avses gälla enbart sociala rättigheter och inte medborgerliga eller politiska rättigheter och i och med att de formuleras i termer av skyldigheter för staten och inte i termer av rättigheter för individer, så anser vissa att de inte "jämbördiga" med de klassiska rättigheterna. [27]

Vi kan således notera att rättigheter är föränderliga och att kategoriseringar inte är entydiga. Relationen mellan olika typer av rättigheter är inte heller entydig och det är en faktor som måste beaktas i denna studie.

1.3.3 Politisk teori och rättigheter

1.3.3.1 Att förklara och legitimera rättigheter

Hur vi talar om rättigheter är ständigt närvarande genom denna avhandling. Termer som rättigheter och demokrati finns inte enbart i den konstitutionella diskursen, utan också i den djupare diskurs som politisk teori inbegriper. Balansen mellan dessa två diskurser är av betydelse, men mycket ofta ser man i debatten att det inte råder jämvikt mellan dem. När vi till exempel talar om rättigheter som något som har sin grund i en teori om den mänskliga naturen eller det mänskliga samhället å ena sidan och rättigheter som utkrävbara (justiciable) krav gentemot staten inom ett institutionellt ramverk å andra sidan, så talar vi inte om samma sak. De omtalade objekten kan dock verka som att de har samma semantiska identitet och det i sin tur kan leda till att vi använder termerna såsom de vore utbytbara. Det finns, enligt Waldron, ingen direkt relation mellan

[27] Se till exempel Grévisse, S, *La Charte sociale: rapport introductif* s. 6, där författaren konstaterar att det föreligger en ”différence de nature”. Se del III i detta arbete.

samma termer i de olika sammanhangen. Det finns heller ingen garanti att den underliggande betydelsen av den konstitutionella relationen mellan rättigheter och demokrati kan skönjas genom en undersökning av vad relationen betyder på den politiska teorins nivå. Därmed är möjligheten mycket liten att politisk teori kan ge en fullständig grund för översättning av konstitutionalismens kärnfrågor mellan olika system.[28]

Inom politisk teori förklaras dock och *legitimeras* rättigheter och rättighetskategorier på flera olika sätt, vilket kan bidra till en förståelse av sociala rättigheter. Politisk teori (och filosofi) bidrar till juridikens utveckling, särskilt inom den konstitutionella rätten (som självklart också påverkar politisk teori). Det är därför av värde att kort beröra några teorier i detta sammanhang för att i den avslutande delen V återkomma till dessa.

Ett exempel är *intresseteorin* som går ut på att rättigheten i grunden är ett intresse och att någon därför åläggs en plikt som skyddar rättigheten. Denna teori för inte fram något korrelat, vilket innebär att det blir svårt att avgränsa den grupp av personer som har plikter. Fördelen med denna teori är, när det handlar om sociala rättigheter, att de intressen som är skyddsvärda genom välfärdsstaten får en plats i rättighetsmodellen. Ett annat sätt att se på rättigheter är att rättighetsinnehavarens vilja är avgörande. I viljeteorin är det viljan som avgör om ett åtagande skall bestå eller inte, vilket blir ett bekymmer när det är fråga om barn, som inte har rättslig kompetens att fatta det beslutet. Rättighetsinnehavaren är enligt detta synsätt en aktiv och självbestämmande agent. Denna teori ansluter sig till rättsstatsmodellen med negativa rättigheter och förklarar egentligen bäst *rättighet som frihet*.[29]

1.3.3.2 Rättigheter som ”trumf”

Enligt *Dworkin* svarar en princip mot varje rättighet,[30] det vill säga rättsprinciper uttrycker eller, med Peczeniks ord, beskriver rättigheter.[31] Rättigheter och principer har också olika vikt och kan vägas mot varandra. Individuella rättigheter kan vidare inte inskränkas eller kränkas av samhälleliga hänsynstaganden av politisk art. Mot principer ställs samhälleliga handlingsprogram. Med handlingsprogram menas lagstiftning som syftar till kollektiva mål om ett samhälleligt bättre liv i någon mening. Rättigheterna utgör trumf mot programmen, då de kollektiva målen inte får

---

[28] Citerad i Walker, N, *Postnational constitutionalism and the problem of translation* not 28 på s. 41. Om naturrätt, se Strömholm, S, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 82–84 och Peczenik, A, *Vad är rätt?* s. 138 f. Om positivistiska riktningar, se Strömholm, S, a.a.s. 85 f. och Peczenik, A, a.a.s. 140 ff.

[29] Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 223.

[30] Dworkin, R, *Taking Rights Seriously* s. 90; Peczenik, A, a.a.s. 632 f. Se också Strömholm, S, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 136.

[31] Peczenik, A, a.a.s. 629.

inkräkta på den individuella friheten eller rättigheten.[32] Rättigheter som stöder handlingsprogram (policies) är enligt Dworkin av mindre tyngd, eftersom de är osjälvständiga. Det går att ifrågasätta Dworkins syn på rättigheter redan när det handlar om negativa rättigheter, då även de utgör viktiga medel för att uppnå ett fungerande samhälle. Dworkin menar dock att individen inte har en allmän rätt till frihet, utan endast till *vissa* friheter.

Rawls diskuterar rättvisa och rättigheter genom att konstruera en teori som tar sin början i det han kallar för ursprungssituationen.[33] Den första delen i hans teori handlar om att människan i ett tankeexperiment skall försöka betrakta samhället utifrån och föreställa sig att han blir medlem i det utan att veta vilken position, samhällsklass eller inkomster han har. Inte heller skall han veta vad han tycker om, hur hans hälsa är eller vilka talanger han har. Det enda han vet säkert är att han skall vara en av dem som lever i samhället. Resultatet av ett sådant tankeexperiment blir detsamma för alla människor enligt Rawls. På så sätt kan vi komma fram till hur samhället bör ordnas. Den andra delen av teorin består av två rättviseprinciper. Den första slår fast att varje person skall ha rätt till det mest vidsträckta system av grundläggande friheter[34] som går att förena med ett likartat system av frihet för alla. Den andra principen innebär att ekonomiska och sociala ojämlikheter skall arrangeras på så sätt att de både är till nytta för de sämst ställda[35] och fästa vid befattningar och samhällsställningar som är öppna för alla med lika chans till tillträde. Ojämlikhet kan endast godtas om det är till nytta för de sämst ställda. Viktigt att notera är att den första principen har företräde framför den andra, vilket innebär att Rawls i uppsatsen *Rättvisa som rent spel* markerar att den politiska friheten aldrig får offras för den ekonomiska välfärdens skull.[36] Denna åsikt kom dock att modifieras i verket *En teori om rättvisa*, i vilket han gör ett undantag för de samhällen som är så fattiga att de grundläggande friheterna inte kan utövas effektivt. Han godtar alltså att ett slags miniminivå av samhällelig standard krävs för att säkra att de grundläggande friheterna överhuvudtaget kan åtnjutas.[37]

---

[32] Se också Peczenik, A, a.a.s. 632.

[33] Rawls, J, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical* s. 223–251. I klassisk anda, jämför med Hobbes, Locke, Rousseau samt Kant (om hypotetiskt samhällsfördrag). Se också Peczenik, A, a.a.*s.* 416 f.

[34] Rätten att rösta, yttrandefrihet, religionsfrihet, mötesfrihet, rätten att inte bli godtyckligt arresterad, rätten att äga personliga tillhörigheter.

[35] Skall dock vara förenligt med principen om ett rättvist sparande, det vill säga tillräckligt samhälleligt sparande för kommande generationer.

[36] Jämför Sen, A, *Rättigheter och förmågor* s. 127–131, se diskussion nedan.

[37] För en kritik av Rawls, se Sen, A, *Rättigheter och förmågor* s. 131 ff.

1.3.3.3 Rättigheter som ”förmåga”

Avslutningsvis vill jag kort beröra *Amartya Sen* som exempel på hur tanken om rättigheter som trumf kan kritiseras utifrån välfärdsfrågor och mänskliga rättigheter. Han diskuterar begreppet *förmåga* som en utgångspunkt för sociala rättigheter.[38] Sen kritiserar både Rawls och Dworkin genom att ta sin utgångspunkt i dikotomin negativ frihet – positiv frihet. I sin uppsats *Rättigheter och förmågor* frågar Sen huruvida den negativa friheten kan ha ett värde utan att få vissa följder. Sen visar att negativ frihet per automatik innebär positiv handling, om nu den negativa friheten skall betyda något. Detta i sig är ett argument mot en strikt uppdelning av mänskliga rättigheter i kategorier, då det betyder att staten är tvungen att agera för att försäkra individerna deras individuella friheter. Han anser att Dworkins och Rawls sätt att argumentera är bristfälliga, då deras teorier inte lägger tillräckligt stor vikt vid de föreställningar som ligger bakom begreppet positiv frihet, nämligen funktionsförmåga. En ökad betydelse för den positiva friheten i moralfilosofin innebär, enligt Sen, att denna ger människors funktionsförmåga ett *egenvärde* som i sig är ett instrumentellt värde.[39] Enligt Sens teori om förmåga är utveckling och mänskliga rättigheter ömsesidigt förstärkande då de expanderar förmåga genom att skydda rättigheter.[40] Denna teori ger ett ramverk till förverkligandet av ekonomiska och sociala rättigheter. Verklig jämlikhet avseende möjligheter uppnås genom jämlikhet avseende förmåga. Fokus läggs inte på resultat, men på möjligheten och förmågan att fungera det vill säga ”the freedom to achieve”. Sen anser att en persons förmåga att uppnå funktioner som han eller hon har skäl att uppskatta ger oss en generell inställning till att hantera jämlikhet och ojämlikhet. Dessa funktioner består av: ”[…] being well-nourished, avoiding escapable morbidity and premature mortality […] having self-respect and being able to take part in the life of the community.”[41]

Förmåga är direkt kopplat till friheten att uppnå värderade/uppskattade funktioner och återspeglar en persons frihet att uppnå välbefinnande. ”In the capability-based assessment of justice, incividual claims are not to be

---

[38] Sen, A, *Rättigheter och förmågor* s. 124–126.

[39] I sin artikel *Democracy as a Universal Value* s. 3–17, framför Sen på s. 4 att ett land ”does not have to be deemed fit *for* democracy; rather, it has to become fit *through* democracy”. Han beskriver vidare vilken positiv påverkan demokratin har på ett lands ekonomiska utveckling och då särskilt den betydelse civila och politiska rättigheter spelar för denna utveckling. Intressant att notera är att det ekonomiska argumentet mot rättigheter även framförs när det är fråga om klassiska rättigheter; Sen motbevisar teorier om att diktaturer lättare säkrar ekonomisk stabilitet och utveckling än nya demokratier, se särskilt a.a.s. 7 f.

[40] Felice, W F, *The UN Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Race, and Economic and Social Human Rights* s. 226.

[41] Sen, A, *Inequality reexamined* s. 4 f.

assessed in terms of the resources or primary goods the persons respectively hold, but by the freedoms they actually enjoy to choose the lives that they have reason to value."[42] Därmed skiljs förmåga från såväl fördelningen av resurser som det som de facto uppnås av individen.

Att ha "frihet att uppnå" innebär att ha vissa behov som blivit bemötta och uppfyllda på ett eller annat sätt, till exempel att inte vara undernärd och undvikande av dödlighet. Fattigdom är resultatet av "some minimum fulfilment of elementary capabilities." *Jämlikhet handlar därför om lika frihet att uppnå*. Alla skall på lika sätt ha frihet att välja och frihet att uppnå. Att ha möjlighet att leva som man skulle önska och välja är kopplat till frihet från hunger, malaria och andra sjukdomar. Relationen mellan inkomst och förmåga påverkas av ålder, plats, ras, kön, och andra sociala faktorer.[43] Fattiga länder som lider av inkomstfattigdom kan ända ha en god nivå i förverkligandet av ekonomiska och sociala rättigheter då de har satsat på allmän sjukvård och grundläggande utbildning vilket i sig har inneburit att medellivslängden ökat.[44]

Sen gör skillnad mellan inkomstojämlikhet och ekonomisk ojämlikhet. Han anser att det har varit för mycket fokus på inkomstfattigdom och inkomst ojämlikhet "to the neglect of deprivations that relate to other variables, such as unemployment, ill health, lack of education, and social exclusion".[45] Ekonomisk jämlikhet beror av "public policy issues with strong economic components: the financing of health care and insurance, provision of public education, arrangements for local security, and so on."[46] Minoriteters ekonomiska och sociala rättigheter kan förverkligas genom fokus på att förbättra individuell förmåga. Den reella möjligheten att få *tillgång* till en rättighet bli därför relevant och därmed också hur materiell jämställdhet kan uppnås.

1.3.4 Perspektiv på sociala rättigheter i offentlig rätt

Den kortfattade moralfilosofiska diskussionen ovan kontrasterar mot diskussionen om (mänskliga) rättigheter och särskilt sociala rättigheter som förs bland svenska rättsvetenskapare. Ingångsvärdet en svensk jurist har vid närmandet av frågan om sociala rättigheter är att dessa inte finns upptagna i den svenska grundlagens rättighetskapitel, utan i stället finns upptagna som målsättningar för den offentliga verksamheten i regeringsformen 1 kap. 2 §

---

42 Sen, A, *Inequality reexamined* s. 4 f.

43 Felice, W F, a.a.s. 227.

44 Felice, W F, a.a.s. 227 f.

45 Felice, W F, a.a.s. 228. Se Sen, A, *Development as Freedom* s. 108.

46 Sen, A, *Development as Freedom* s. 108, Felice, W F, a.a.s. 228.

2 st.[47] Det är därför värt att belysa hur forskare i offentlig rätt närmat sig dessa rättigheter i doktrinen.

För att en *legal rättighet* inom förvaltningsrätten skall föreligga anses det vara ett krav att den är konkret, bestämd i lag och utkrävbar för den enskilde. Det skall alltså vara fråga om tydliga rekvisit för att en rättsföljd skall komma. Vidare kan kravet om statlig tillsyn samt tvångsmedel för rättighetens förverkligande uppställas.[48] Ordet *rättighet* är i sig referenslöst men, som Westerhäll uttrycker det, betydelsefullt rent praktiskt. Rättighetstermen är *mellanledet mellan rättsfaktum och rättsföljd* som medför stora framställningsekonomiska fördelar.[49]

Då de sociala rättigheterna kan karaktäriseras som till övervägande del positiva har flera forskare kommit att uppställa kompletterande krav, som är specifika för just sociala rättigheter, förutom de nyss nämnda. Både Anna Hollander och Håkan Gustafsson hänvisar till Håkan Stoors kriterier, vilka kan användas för att påvisa en viss social (eller annan) rättighet.[50] Den första frågan (a) att ta ställning till är om förmånen är *formulerad som en rättighet* eller om det är en generell reglering. Nästa steg är att bedöma om b) *förutsättningarna för att erhålla förmånen är angivna i lag* och c) om *förmånens innehåll är angivet i lag*. Förmånens *beroende av budgetanslag* är ytterligare en aspekt (d). Det sista kriteriet (e) är om det föreligger *överklaganderätt*.

---

[47] Jämför prop. 1975/76:209 s. 28, där det konstateras av Fri- och rättighetsutredningen att det av olika skäl inte är möjligt att skydda till exempel de sociala rättigheterna genom rättsligt bindande grundlagsregler. Se också Nergelius, J, *Konstitutionellt rättighetsskydd* s. 548 och Nyman, O, *Regeringsformens målsättningsstadganden* s. 298 f. Även 2 kap. 17 §, 18 § 3 st. och 21 § 2 men. RF är uppbyggda på detta sätt.

[48] Westerhäll, L, *Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten* s. 628 f. I artikeln prövar Westerhäll de tre kraven på rätten till sjukpenning samt rätten till bistånd. Jämför Holmberg, S, *Rätten till bistånd* s. 66–69 samt Strömholm, S, a.a.s. 284, som understryker skillnaden mellan att ha en rättighet till något och rätt att göra något. Även han anser att lagen måste tillhandahålla något slags tvångsmedel för att rättigheten skall förverkligas.

[49] Westerhäll, L, *Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten* s. 628. Begreppets koncentrationseffekt kan också ha en döljande effekt på det reella innehållet i det aktuella regelområdet, a.a.s. 628. Westerhäll konstaterar vidare att rätten till bistånd enligt socialtjänstlagen är vagt formulerad i den lag som 1986 var i kraft. *Förutsebarheten* och *kontrollerbarheten* var dåligt tillgodosedda i lagstiftningen och dessutom varierade rättstillämpningen från kommun till kommun. Detta skulle sammantaget kunna innebära att det inte är fråga om en rättighet. Men, i och med regeringsrättens preciserande avgöranden anser Westerhäll att det trots allt är fråga om en rättighet. Objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § RF har här spelat en roll på förvaltningsrättens område (s. 645 f).

[50] Stoor, H, *Rättslig reglering av den kommunala socialvården*. Hollander, A, *Rättighetslag* s. 35; Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 231. Gustafsson applicerar sedan kriterierna på LSS (lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade) för att utreda huruvida den lagen kan anses vara en rättighetslag, a.a.s. 259

Anna Hollander har därtill lyft fram att *statlig tillsyn* (f) samt *sanktionsmöjligheter* (g) gentemot myndigheterna bör vara ytterligare kriterier. Sammantaget anser Hollander, Vahlne Westerhäll och Stoor att ju fler av dessa kriterier som är uppfyllda, desto starkare är rättigheten och att dessa kriterier bör ingå i definitionen av sociala rättigheter. Håkan Gustafsson menar dock att det vore olyckligt om en rättighet skall *definieras* utifrån dessa kriterier. Om ett kriterium inte uppfylls så skulle det betyda att det inte handlar om en riktig eller äkta rättighet, oavsett existensen av ett rättighetsreglerat skyddsintresse. Han framför i stället att kriterierna skall ses som indikatorer på hur starkt rättighetsskyddet är genom att implementering, tillämpning och användning av rättigheten ges utrymme.[51] Jag kommer att applicera dessa kriterier på rätten till socialt bistånd, rätten till hälsa samt rätten till bostad i det avslutande kapitlet.[52]

Beskrivningen av sociala rättigheter differentieras ytterligare genom Lotta Vahlne Westerhälls indelning av sociala rättigheter, då hon identifierat tre kategorier av rättigheter bland dessa rättigheter. En *egentlig* (eller legal rättighet) är ett individuellt krav som det allmänna skall uppfylla. Förmånens innehåll och förutsättningar är klart definierade i lag. Till detta finns en möjlighet till överklagande för den enskilde, det vill säga rättigheten är utkrävbar. Med *kvasirättighet* (eller servicerättighet) menas en begränsad rätt för den enskilde att ställa krav på en omsorgsgivare i den mån den senare har befintliga resurser. Individen har i anslutning till denna rättighet ingen rätt till domstolsprövning, men däremot andra klagomöjligheter. En lag som innehåller en kvasirättighet stadgar ofta skyldigheter för det allmänna. I den tredje kategorin, *målrelaterade* rättigheter, det vill säga en serviceåtgärd, har inte den enskilde några möjligheter att klaga, utan ansvaret för genomförandet av rättigheten ligger helt på omsorgsgivaren.[53]

---

[51] Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 232 samt densamme i *Taking Social Rights Seriously (I)* s. 468 f. På så sätt, anser Gustafsson, kan också brister i rättssäkerhetsskyddet indikeras. Han framhåller också att det fjärde kriteriet – budgetanslag – är olyckligt att ta med i en rättighetsdefinition. Själv kan jag tycka att det faller sig naturligt att dessa författare gjort det. Det stämmer väl med den svenska traditionen; att sätta ett ekonomiskt kriterium blir på något sätt symptomatiskt för önskan att särskilja/avskilja sociala rättigheter från ”andra” rättigheter.

[52] Se kapitel 7.

[53] Westerhäll, L, *Patienträttigheter* s. 87 ff. Vahlne Westerhäll har i artikeln *Om sociala rättigheters funktion och konstruktion* (s. 382 ff.) tillämpat den Hohfeldska teorin på dessa tre kategorier av sociala rättigheter. Kvasirättigheternas överklagbarhet skiftar från legalitetsprövning till att i vissa delar vara överklagbara genom förvaltningsbesvär. Pliktmomentet är dock starkare än för serviceåtgärden. Problemet med komponenterna frihet och kompetens är dock stora när det handlar om sociala rättigheter och Hohfelds teori är betydligt lättare att applicera på frihetsrättigheterna. Vahlne Westerhäll framför att frihet och kompetens inte är naturligt på ett område som är specificerat i lagstiftningen och framhåller att målet med sociala

Hur kan vi då klassificera de tre rättigheter som skall tjäna som illustrationer i denna avhandling? Rätten till bostad, rätten till hälsa och rätten till socialt bistånd på grundläggande nivå återfinns som målsättningsstadganden i RF 1 kap. 2 § 2 st. De kommer individen till godo genom materiell lagstiftning. Rätten till hälsa regleras främst i hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), härefter HSL, som är en målinriktad ramlag. I 1 § HSL anges en definition av vad som menas med hälso- och sjukvård: åtgärder för att medicinskt förebygga, utreda och behandla sjukdomar och skador. [54] Hälso- och sjukvården har god hälsa och vård på lika villkor för hela befolkningen som mål, vilket följer av 2 §.[55] Rätten till hälsa är en kvasirättighet. Skyldigheter för kommun, landstingskommun och staten anges i HSL, men däremot finns ingen möjlighet till domstolsprövning för den enskilde.[56] Andra möjligheter att klaga finns dock, nämligen hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd (HSAN), etc.[57]

Även socialtjänstlagen (2001:453), SoL, är en ramlag. I 4 kap. SoL framkommer rätten till bistånd som är en utkrävbar rättighet. Den får överklagas, vilket följer av 16 kap. 3 §, och sedan en tid tillbaka finns också straffavgift vid bristande verkställighet (16 kap. 6 § a-e). I rätten till bistånd finns element av rätten till hälsa och rätten till bostad, vilket också framkommer i de folkrättsliga dokumenten.[58] Rätten till bistånd är en rättighet med en motsvarande skyldighet för de förvaltande organen att utbetala biståndet.[59] Såväl SoL som HSL reglerar kommuners och landstings

---

rättigheter är social rättvisa i kollektiv bemärkelse, även om rättigheten har en individuell adressat. Se Vahlne Westerhäll, L, *Om sociala rättigheters funktion och konstruktion*. Se också Gustafsson, H, *Taking Social Rights Seriously I* s. 453–458.

54 I det förebyggande arbetet ingår att hälso- och sjukvården skall medverka i samhällsplaneringen, då det förebyggande arbetet tar sikte på både individer och samhället i stort, prop. 1981/82:97 s. 110. Tandvård regleras i särskild lag, se tandvårdslag (1985:125). För asylsökande, se (lag 2008:344) om hälso- och sjukvård för asylsökande m. fl., som också innehåller bestämmelser om tandvård (prop. 2007/08:105).

55 Vilket kan jämföras med WHO:s definition av hälsa: ”hälsa är ett tillstånd av fullständigt fysiskt, psykiskt och socialt välbefinnande och ej endast frånvaro av sjukdom och svaghet”. I prop. 1981:82/97 framförs att denna definition är ett mål för den allmänna välfärdspolitiken. Med lika villkor avses den kommunala likställighetsprincipen, a. prop. s. 113 f.

56 Landstingets skyldighet framgår av 3 § 1 st. HSL samt 5 § 1 st. tandvårdslagen.

57 Se Eva Axelssons kommande avhandling, om kvalitetssäkring inom hälso- och sjukvården (Juridiska fakulteten, Uppsala universitet).

58 Vilket också framkommer i de folkrättsliga dokumenten, se del III i detta arbete.

59 Westerhäll, L, *Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten* s. 647.

ansvarsområden, vilka är skyldiga att behandla sina medborgare lika (2 kap. 2 § kommunallagen (1991:900).[60]

Rätten till *bostad* ingår i rätten till socialt stöd på grundnivå genom att 4 kap. 3 § SoL anger att försörjningsstöd lämnas för skäliga boendekostnader.[61] Det som anförs ovan angående 4 kap. SoL gäller alltså för rätten till bostad på en grundläggande nivå. Utöver SoL finns också möjligheten för kommuner att ge stöd till enskilda för boende genom lag (1993:406) om kommunalt stöd till boende. Enligt lagen får kommunen ge ekonomiskt stöd, men det är ingen skyldighet.[62] En *självständig* rätt till bostad saknas i svensk lagstiftning.[63] Däremot verkar det allmänna för en bostadspolitik där samhällets resurser fördelas på ett sätt som politiker i riksdag och kommun anser lämpligt. Målet med den nationella bostadspolitiken har de senaste två åren utgjorts av ”långsiktigt väl fungerade bostadsmarknader där konsumenternas efterfrågan möter ett utbud av bostäder som svarar mot behoven.[64] Kommunernas ansvar framkommer av lag (2000:1383) om kommunernas bostadsförsörjnings-ansvar,[65] och omfattar alla i kommunen.[66]

---

[60] Av 1 kap. 4 § kommunallagen följer att personer som är folkbokförda i kommunen, äger fast egendom i kommunen eller betalar skatt i kommunen är medlemmar.

[61] Se också 3 kap. 2 § SoL som stadgar att socialnämnden skall främja den enskildes rätt till bostad, vilket inte innebär att socialnämnden har en allmän skyldighet att tillhandahålla bostad.

[62] Se 1 § lag (1993:406) om kommunalt stöd till boendet. I nuvarande lydelse kan kommunen gå i borgen för hyresavtal, se prop. 2006/07:61 s. 27

[63] Av 5 kap. 7 § SoL följer dock en rätt för personer med psykiska eller fysiska funktionshinder att få bo på ett sätt som är anpassat efter individens behov av särskilt stöd. Vidare har äldre personer enligt 5 kap. 4 och 5 §§ rätt till boende som kan tillgodose kraven på särskild omsorg. 9 § 8 och 9 p. LSS ger vissa funktionshindrade rätt till bostad med särskild service. Det är kommunen som har ansvar för förverkligandet av dessa lagar. Staten ansvarar dock för asylsökandes rätt till bostad enligt 3 § lag (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.

[64] Prop. 2007/08:01 s. 16, prop. 2008/09:01 s. 18. Lag (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag.

[65] 1 § bostadsförsörjningslagen lyder: Varje kommun skall planera bostadsförsörjningen i syfte att skapa förutsättningar för alla i kommunen att leva i goda bostäder och för att främja att ändamålsenliga åtgärder för bostadsförsörjningen förbereds och genomförs.

[66] Prop. 2000/01:26. Äldre, ungdomar och personer med funktionsnedsättning kan behöva uppmärksammas särskilt, a. prop. s. 16.

1.3.5 Sociala rättigheters utkrävbarhet och verkställighet – en fråga om maktdelning?

I linje med det anförda bör också problematiken kring *verkställigheten* av beslut rörande sociala rättigheter tas upp.[67] Beslut rörande sociala frågor tas i många fall – men inte alltid – i domstol. Ofta konstateras att det kan vara svårt att verkställa dessa beslut och att frågor rörande sociala rättigheter lätt hamnar i ett slags juridisk gråzon.

Medborgaren upplever sig ha rätt till något, att en rättighet föreligger, men konstaterar att ingenting händer trots att domstol har bekräftat denna rättighet. Om beslut inte verkställs på grund av deras juridiskt svagare ställning kommer medborgarnas förtroende för rättsordningen att rubbas, vilket i sig är ett samhällsproblem och ett legitimitetsproblem.[68] När det handlar om sociala rättigheter som är kvasi- eller målrelaterade rättigheter är möjligheten för individen att utkräva dessa mindre än för de legala rättigheterna, då det endast är de senare som tas upp i domstol. Därmed inte sagt att rättigheter som inte kan utkrävas inte tjänar något syfte. De olika sätt som förverkligar rättigheter varierar i syfte att uppnå olika mål. Icke utkrävbara rättigheter kan tjäna syftet att garantera ett brett kollektivt rättighetsskydd.[69]

Rättslikhet, förutsebarhet, integritet och rättstillgänglighet är aspekter som påverkar den enskildes demokratisyn. Det är inte förenligt med rättsstatstanken och demokratin att inte kunna framtvinga verkställighet av domar, vilket faktiskt har varit och fortfarande är ett problem i Sverige. Det kan ses som en svaghet ur rättssäkerhetsperspektiv att individen i vissa fall inte kan föra talan inför domstol, men samtidigt finns den politiska aspekten av att kunna använda sociala rättigheter som styrmedel för det allmänna. Om sociala rättigheter ges ökat utrymme i domstol minskar den politiska

---

[67] Egentligen ifrågasätts dessa rättigheter starkast utifrån deras ”justiciability”, vilket kanske på svenska skulle kunna översättas med orden prövning, verkställbarhet och utkrävbarhet. Begrepp som kopplas till diskussionen om justiciabilitet är: self-executing, direkt eller indirekt tillämpbarhet, direkt effekt, bindande gentemot alla människor, krävbarhet. Prop. 2001/02:122, prop. 2005/06:115 samt prop. 2007/08:43 behandlar alla icke verkställda kommunala beslut och hur sådana skall hanteras, till exempel genom ett tydligare system med sanktionsavgifter. Se också Gustafsson, H, *Taking Social Rights Seriously (II)* s. 48 f.

[68] Problematiken om domstolstrots och fördröjd verkställighet utreds i Vahlne Westerhäll, L, *Statlig och kommunal styrning av social trygghet – försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga* s. 30 ff., där det statliga ansvaret för förverkligande av rättigheter poängteras och viktas mot den kommunala självstyrelsen; Warnling-Nerep, W, *Kommuners lag- och domstolstrots*, 1995 samt densamma *Rättsprövning och rätten till domstolsprövning.* Jämför Lundin, O, *Sanktionsavgifter inom socialtjänstområdet – ett stort steg för lagstiftaren, ett litet steg för enskildas sociala rättigheter* s. 470 f. samt SOU 2004:118 s. 100 ff. Se också SOU 1996:129 samt SOU 2007:43 för redogörelser om kommuners självständighet och ansvar.

[69] Till exempel rätten till hälso- och sjukvård, jämför nedan avsnitt 6.3.

makten att utforma och styra den sociala välfärden. Sociala rättigheters konstitutionella ställning har därmed också implikationer för vår syn på riksdagen och folksuveränitetsprincipen.

1.4 Avhandlingens syfte och centrala frågeställningar

Syftet med detta arbete är tvådelat. *Till att börja* med syftar arbetet till att undersöka hur Sveriges val att hålla betydelsefulla sociala rättigheter som stadgas i 1 kap. 2 § 2 st. utanför den bindande konstitutionella rätten som den tar sig uttryck i 2 kap. RF. Behövs det – eller är det önskvärt – att Sverige får ett starkare konstitutionellt skydd för de sociala rättigheterna rätten till socialt bistånd, rätten till hälsa och rätten till bostad mot bakgrund av våra folkrättsliga eller EG-rättsliga förpliktelser? Avhandlingen är en utvärdering av det val som den svenske lagstiftaren gjort.

Den syn på sociala rättigheter som förmedlas i den svenska grundlagen är att sociala rättigheter, konstitutionellt sett, är abstrakta; de utgör mål för det allmänna, vilket innebär att de inte riktas till individer och därmed inte är utkrävbara. På så sätt är förverkligandet av dessa kollektiva mål också en del av det politiska ansvaret.[70] Den förvaltningsrättsliga utveckling som därefter skett har dock kommit att innebära att allt fler rättigheter av social karaktär blivit föremål för domstolskontroll och getts en större grad av utkrävbarhet, en utveckling som delvis skett på grund av Sveriges åtaganden i relation till Europarådet och Europeiska unionen.[71] EG-rätten är i dag en del av den nationella rätten, men den påverkar därmed också det nationella rättssystemets utformning. Gemenskapsrätten skapar rättigheter i det nationella systemet genom den gemenskapsrättsliga lagstiftningen och genom EG-domstolens praxis. Folkrätten påverkar också det nationella rättssystemet på området för mänskliga rättigheter, om än på andra sätt. Sverige är ett dualistiskt land.[72] De många folkrättsliga konventioner till skydd för mänskliga rättigheter som Sverige har ratificerat binder Sverige folkrättsligt. För att konventionerna skall få verkan på det nationella planet, krävs att de inkorporeras eller transformeras för att bli gällande nationellt. Om så inte skett kan de inte åberopas inför domstol i Sverige. Konventionerna får dock betydelse som tolkningsdata i nationell domstol, EG-domstolen och Europadomstolen. Sveriges åtaganden finns hela tiden folkrättsligt och hur de efterlevs granskas genom rapporteringsförfaranden och i vissa fall via klagomålsförfaranden som Sverige accepterat. EKMR har

[70] Jämför Vahlne Westerhäll, L, *Rättsliga förändringar av social trygghet i Sverige under 1950–2000 i ett subsidiaritets- och solidaritetsperspektiv* s. 116 f.

[71] Jämför Hettne, J, *Rättsprinciper som styrmedel* s. 220 ff.

[72] NJA 1973 s. 423 och RÅ 1974 ref 61.

dock en särställning i och med 2 kap. 23 § RF och dess betydelse inom gemenskapsrätten.

För det andra syftar arbetet till att undersöka hur juridifieringen[73] av sociala rättigheter inom folkrätten och EG-rätten påverkar svensk konstitutionell rätt. Om det enligt utvärderingen ovan behövs ett annorlunda skydd, hur skulle ett sådant kunna utformas? Återigen sätter 1 kap. 2 § 2 st.ramen för arbetet genom att särskilt rätten till hälsa, bostad och social trygghet undersöks i arbetets samtliga delar. Gemenskapsrätten innebär att den svenska synen på sociala rättigheter som kollektivt abstrakta rättigheter som återspeglas i regeringsformen ruckas, eftersom EG-rätten de facto strävar mot en tydligare individualisering av rättigheterna samt en markant domstolskontroll av rättigheter såsom de framgår av EG-rätten. Gemenskapsrättens företräde innebär också att det inte längre är upp till den nationella lagstiftaren att ensidigt bestämma hur sociala rättigheter skall definieras och hanteras av det allmänna i det nationella sammanhanget. Det jag nu anfört leder till följande frågor som också aktualiseras av avhandlingens syfte och som jag behandlar i denna bok: Vilka krav ställer folkrätten och EU-rätten på den svenska rätten idag? Hur interagerar dessa olika system i förrättsligandet av sociala rättigheter?[74] Konstitutionaliseringen av sociala rättigheter tar sig uttryck i, bland annat, en uppluckring av rättighetskategorier, hur domstolar eller kvasijuridiska organ arbetar med sociala rättigheter, diskrimineringsförbudets betydelse för rättighetsutvecklingen och sociala rättigheters utkrävbarhet. Det går därmed att se hur olika ”konstitutionella system” påverkar varandra på olika nivåer.[75]

Utgångspunkten till arbetet finner vi i den svenska rättstraditionen såsom den tar sig uttryck i regeringsformen. Rättigheterna i målsättningsstadgandet är inte klart definierade, utan relativt allmänt hållna. Detta innebär också att jag kommer att använda termen sociala rättigheter ofta utan att göra tydliga distinktioner i rättighetsdefinitionen avseende de områden inom vilka de behandlas. Syftet med arbetet är inte att finna en exakt definition av sociala rättigheter. Jag tror dels att det inte låter sig göras, dels att en sådan inte skulle vara till någon större nytta. Grundlagsstadgade sociala rättigheter återfinns i 1 kap. 2 § 2 st. och det är i det stadgandet mitt arbete tar sitt avstamp. Dessa förverkligas i lag, i syfte att garantera solidaritet och fördelning av samhällets resurser. De kan kategoriseras på det sätt som jag

---

73 Med juridifiering avser jag dels att rättsliga institutioners (till exempel domstolars och ”kvasidomstolars”) makt över uttolkningen av sociala rättigheter ökar, dels den individualisering som allt mer kännetecknar rättssystemet och som leder till att rättigheternas innehåll preciseras.

74 Självfallet behöver inte detta ske genom konstitutionella regler.

75 Graver, H P, *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger* s. 149–178.

beskrivit ovan. När vi vänder blicken mot folkrätten så blir bilden delvis en annan och sociala rättigheter är inte samma sak som i den nationella kontexten. Grunden för rättigheterna är en annan och ”kategoriindelningen” också. Det går inte att översätta rättigheterna mellan de olika systemen. Sociala mänskliga rättigheter består av, med Matti Mikkolas ord, ekonomiska, sociala och medborgerliga rättigheter och spänner över olika områden såsom arbetsrätt, socialrätt, hälsa och utbildning.[76] Till grund för alla mänskliga rättigheter ligger den mänskliga värdigheten, men för de sociala mänskliga rättigheterna tillkommer även inom folkrätten principen om lika möjligheter och solidaritet. I gemenskapsrätten uppstår sociala rättigheter indirekt via den fria rörlighetens påverkan på rättssystemet. Sociala rättigheter i EG-rätten får därmed ekonomiska drag. Gemenskapsrättens band till såväl folkrättens mänskliga rättigheter och medlemsstaternas konstitutioner påverkar också vad som kan ses som sociala rättigheter, vilket gör att sociala rättigheter inom EU blir mycket mångfacetterat.

I detta arbete läggs dessa tre områden bredvid varandra för att kunna undersöka hur dessa samverkar. Med utgångspunkt i svensk rätt, kan den svenske rättsvetaren se att rättsordningarna påverkar varandra och att sociala rättigheter i Sverige i dag får en innebörd utifrån hur rättsutvecklingen i folkrätt och gemenskapsrätt ter sig. Den röda tråden i detta arbete är dock rätten till bostad, rätten till hälsa och rätten till socialt stöd. Genom dessa tre rättigheter önskar jag studera sociala rättigheter.

Redan i detta inledande avsnitt har vi kunnat skönja att dessa rättigheter beskrivs som annorlunda till sin natur på det sätt de hanteras av den svenske lagstiftaren och på det sätt rättsvetare och filosofer förhåller sig till dem. Vi kan också konstatera att diskursen rörande olika generationer av rättigheter och sättet att klassificera dem befäster bilden av att sociala rättigheter är annorlunda i den konstitutionella rätten. Att de kopplas till målparagrafer eller beskrivs som samhälleliga mål är heller inte främmande för vare sig den nationella eller internationella kontexten.[77] Även internationellt kan diskussionen kring de sociala rättigheternas ”avvikande natur” noteras liksom att dessa garanteras på ett annorlunda sätt i internationella traktat. I korthet kan följande sägas om detta: I och med att dessa rättigheter skrivs in i egna dokument som avses gälla enbart sociala rättigheter och inte medborgerliga eller politiska rättigheter och i och med att de formuleras i termer av skyldigheter för staten och inte i termer av rättigheter för individer, så är de inte "jämbördiga" med de klassiska rättigheterna. Till

[76] Mikkola, M, *Social Human Rights of Migrants under the European Social Charter* s. 25.

[77] Se till exempel Grévisse, S, *La Charte sociale: rapport introductif* s. 6, där författaren konstaterar att det föreligger en ”différence de nature”. Se del III i detta arbete.

detta hör också den politiska dimensionen som nödvändigheten av ekonomiska resurser för förverkligandet av sociala rättigheter innebär. Genom omfördelningen av ekonomiska resurser kan distributiv rättvisa uppnås, vilket leder till att målen med välfärdsstaten uppnås.

1.5 Metod och material

1.5.1 Inledning

Detta arbete är en avhandling i konstitutionell rätt. Det är en rättsvetenskaplig avhandling i vilken främst den rättsdogmatiska metoden används.[78] Jag har i arbetet utgått från de källor och de perspektiv som juridisk metod ställer upp.[79] Läsaren finner därför att lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin är de källor som används för att utröna vad som är gällande rätt på området för de sociala rättigheterna.[80] För att kunna analysera sociala rättigheter krävs också att statsvetenskapligt och filosofiskt material till viss del tas i beaktande. Även dessa källor har en plats i ett arbete som främst använder sig av den rättsdogmatiska metoden och är för detta arbete värdefulla för att kunna hantera de konstitutionellrättsliga frågor som tas upp.[81] Jag avser att beskriva vad som är gällande rätt men också att kritiskt granska och analysera rättsläget.[82]

För att syftet med arbetet skall uppfyllas, så jämför jag olika konstitutionella system, såväl nationella som folkrättsliga, för att se hur dessa har kommit att hantera rätten till socialt skydd på grundnivå, rätten till hälsa samt rätten till boende. Som exempel på nationella system har jag valt att studera Finland, Kanada och Sydafrika. Metodfrågor rörande det utländska konstitutionella materialet berörs närmare i kapitel 2. Inledningsvis kan dock valet av de tre studerade länderna kort förklaras. De tre valda länderna har självständiga domstolar som aktivt använder grundlag

---

78 Lavin, R, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?* s. 115–129; Tuori, K, *Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)* s. 347. Peczenik, A, a.a.s. 312–316 som behandlar rättskälleläran. Om gällande rätt, se Pezcenik, A, a.a.s. 109.

79 Jareborg, N, *Rättsdogmatik som vetenskap* s. 8; Andersson, H, *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser* s. 180 ff.; Samuelsson, J, *Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsligt tema* s. 162.

80 Bull, T, *Mötes- och demonstrationsfriheten* s. 26.

81 Jämför Pezcenik, A, a.a.s. 316. Se också förordet i Sterzel, F, *Parlamentarismen i författningen*, där författaren understryker den nära kopplingen mellan statsvetenskap och konstitutionell rätt.

82 Jämför Graver, H P, *Hva er rettsvtenskap?* s. 566 f.

och internationella dokument vid tolkning av sociala rättigheter. Deras konstitutioner är skrivna konstitutioner som är resultatet av påverkan från nationella erfarenheter och folkrättsliga influenser. Det finns också ett värde i att länderna sinsemellan är politiskt, historiskt och kulturellt olika.

Arbetet studerar i flera avseenden hur sociala rättigheter har utvecklats, vilket betyder att förändringar kan spåras och dagens gällande rätt kan förstås i ljuset av den historiska utvecklingen. På så sätt önskar jag förklara uppkomsten till kritiken och den särställning dessa rättigheter har fått såväl internationellt som nationellt. Inom folkrätten kan det konstateras att sociala rättigheter har tagits med i allt fler konventioner, såväl regionalt som universellt. På det regionala planet, studerar jag främst rättsbildningen inom Europarådet då avhandlingen har en svensk konstitutionell kontext som utgångspunkt. Därför behandlas Europakonventionens respektive Europeiska sociala stadgans betydelse i skapandet av rättigheter. Paralleller kan dras mellan dessa instrument och FN-konventionerna, men också till nationella grundlagar.

En stor del av materialet i denna avhandling utgörs av rättsfall från såväl nationella som internationella domstolar. EG-domstolen och Europadomstolen har under dryga 50 års verksamhet skapat ett näst intill oöverskådligt antal domar. Denna praxis utgör rättskällor som rättsvetare och jurister måste förhålla sig till. I arbetet med att söka efter de för avhandlingen relevanta rättsfallen har jag använt mig av de tillgängliga sökfunktionerna i olika rättsdatabaser. Minst lika betydelsefullt för arbetet har det varit att studera de fall som domstolarna hänvisar till i sina egna domar. På så sätt har jag kunnat ”spåra” tillbaka i rättsfallsutvecklingen, på ett sätt som liknar domstolarnas egna arbetssätt.[83]

Traditionell rättsdogmatisk metod aktualiseras även i arbetet med EG-rätten, där den konstitutionella grunden för att fatta beslut om sociala rättigheter i EU efterforskas. Viktigt att understryka är att gemenskapsrättens källor är annorlunda än de som den nationella rättsdogmatiken använder sig av för att finna vad gällande rätt är. Jag återkommer till detta i del IV men menar att det är på sin plats att understryka att avhandlingens syfte innebär att såväl primär- som sekundärrätt måste studeras ingående. Men det stannar inte vid det. Gemenskapsrättens dynamiska utveckling betyder också att ”soft law” blir relevant att ta med i studiet av sociala rättigheters utveckling inom EU.[84]

---

[83] Av min notapparat framgår också att hanteringen av rättsfall i doktrin har varit av stor betydelse.

[84] Med soft law avses juridiskt icke bindande rättsakter, till exempel yttranden och rekommendationer i artikel 249 EG-fördraget. Dessa akter kan ändå ha praktisk betydelse då de har en viss normerande verkan och kan tjäna som tolkningsunderlag för domstolar. Se

Soft law kan komma att utvecklas till hard law, vilket i sig är en poäng värd att notera när det gäller frågor om sociala rättigheter.

1.5.2 Avgränsningar

I 1 kap. 2 § 2 st.omnämns rätten till hälsa, bostad samt social omsorg och trygghet. Dessa rättigheter har jag valt att koncentrera min analys kring i detta arbete, med det tillägget att jag ur ”social omsorg och trygghet” väljer att fokusera på det grundläggande skyddet, social hjälp. Jag kommer inte annat än undantagsvis att behandla rätten till arbete och utbildning som också ingår i 1 kap. 2 § 2 st. RF. Motiveringen till detta är att rätten till hälsa, socialt skydd på grundnivå samt bostad inom folkrätten, Europarätten i vid mening samt nationell rätt ofta anses höra samman och tillsammans skapa en minsta levnadsstandard för människan. De utgör dessutom förutsättningar för varandras existens. Rätten till bostad ingår som en viktig komponent i rätten till social omsorg och är en förutsättning för människans hälsa. Hälsan riskeras om inte socialt stöd garanteras när behov för det uppstår. Genom sociala rättigheter garanteras individens välfärd. Som de kommande avsnitten visar, så är det inte samma terminologi som används i svensk nationell rätt, folkrätten respektive gemenskapsrätten. Detta är tydligt i fråga om ”social security” som begrepp i gemenskapsrätten och folkrätten. Uppdelningen i social hjälp (behovsbaserad prövning av skönsmässig karaktär) och social försäkring (förmåner som syftar till att ersätta inkomstbortfall och hantera specifika risker) har luckrats upp. Därför är det oundvikligt att till viss del beröra frågor som rör socialförsäkringar.

Som framgått av texten ovan är arbetet en studie i hur konstitutionell rätt påverkas ”uppifrån och ner”. Jag anlägger ett konstitutionellt perspektiv på sociala rättigheter, vilket för detta arbete innebär att jag inte kommer att gå igenom svensk lagstiftning på området. Det nationella, förvaltningsrättsliga perspektivet är väl beforskat i Sverige. Förändringar i hur grundlagen fungerar eller i synen på grundlagen är däremot mindre beforskat avseende sociala rättigheter.[85] Jag kommer inte att gå igenom materiell lagstiftnings påverkan på grundlagen (till exempel socialtjänstlagens påverkan på regeringsformen), utan konstaterar att en sådan studie inte faller in under avhandlingens syfte och är av mindre relevans med tanke på lagstiftarens tydliga ställningstagande kring (och tystnad avseende) 1 kap. 2 § 2 st. RF de senaste decennierna. Samtidigt kanske inte nämnda grundlagsstadgande hade existerat om inte lagstiftning på det sociala området fått sådan stor

---

Craig, P, och de Búrca, G, *EU Law. Text, cases and materials* s. 111; Erhag, T, *Fri rörlighet och finansiering av social trygghet* s. 123 f.

[85] Samma sak gäller för landsstudierna i del II.

plats i den svenska välfärdsstatliga lagstiftningen under 1900-talet. Om det därmed är en påverkan endast på rättens ytnivå, eller om det är en sedimentering i djupstrukturen får avgöras i ett annat sammanhang. [86]

1.6 Disposition

Dispositionen är gjord utifrån det ovan beskrivna syftet och från det faktum att min utgångspunkt för arbetet är regeringsformen 1 kap. och särskilt dess 2 § 2 st., som stadgar sociala rättigheter i form av mål.

I *del II* studeras sociala rättigheters historiska utveckling med exempel från utländskt konstitutionellt material i vilka sociala rättigheter har hanterats annorlunda än i Sverige. Sveriges åtaganden enligt FN:s konventioner om medborgerliga och politiska rättigheter respektive ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, samt inom ramen för EKMR och Europeiska sociala stadgan analyseras i *del III*.

Genom Sveriges medlemskap i EU ändrades vårt nationella konstitutionella system radikalt, även om ändringarna rent textuellt i regeringsformen inte var omfattande. För mitt arbete innebär EU-medlemskapet ytterligare en dimension som kommit att utgöra den avslutande analysen av sociala rättigheters konstitutionella ställning i dag. Individuellt utkrävbara sociala rättigheter har kommit att bli resultatet av den fria rörligheten och de ekonomiska rättigheterna inom EU på ett sätt som den svenske lagstiftaren inte alltid kan styra över och som inte var avsikten med 1 kap. regeringsformen. Avhandlingens *del IV* behandlar gemenskapsrättens utveckling och där tillämpas en traditionell EG-rättslig metod i syfte att analysera de gemenskapsrättsliga källorna, de mänskliga rättigheternas roll i EG-rätten och hur sociala rättigheter skapas gemenskapsrättsligt. Makten över välfärden och rättigheterna kommer återigen i fokus och illustreras särskilt genom rätten till hälsa. *Del V* innehåller de slutsatser jag drar av den genomförda studien genom att återknyta till delarna II-IV i syfte att närmare beskriva rätten till hälsa, social trygghet och rätten till bostad i relation till folk- respektive gemenskapsrätten.

[86] Tuori, K, *Vad skall vi ha en grundlag till?* s. 227. Se också Vahlne Westerhäll, L, *Den starka statens fall* s. 26.

Del II Den konstitutionella synen på sociala rättigheter – en exposé i tid och rum

Le pouvoir est à prendre: que le plus fort ou le meilleur gagne!

G. Burdeau

2 Den konstitutionella synen på sociala rättigheter – en exposé i tid och rum

2.1 Nya grundlagar – nya rättigheter? Om denna del

2.1.1 Bakgrund

Under 1800-talets sista årtionden uppstod stora sociala problem till följd av industrialiseringen som allt tydligare kommit att prägla samhället. Industrialiseringen medförde att stora grupper av människor sökte sig till städerna för att finna arbete och den sociala strukturen ändrades.[87] Europas länder kom att ställas inför en situation som inte enkelt gick att lösa med enbart det rättsstatliga perspektivet. Enkelt uttryckt kan det sägas att staten – i och med rättsstatens uppkomst – begränsar sin egen makt på så sätt att den skyddar individen mot staten själv.

Rättsstatsidealet ställdes mot en växande mängd delegerad normgivning och ramlagar. Rätten fick en förändrad roll i skenet av de omvandlingar samhället genomgick och fortfarande genomgår. Vi kan konstatera att den klassiska liberala rättsstaten, den sociala välfärdsstaten och det nya informationssamhället i dag samexisterar och interagerar med varandra. Att den nationella rättsordningen överlappas av flera för sig olikartade rättssystem är tydligt. I samband med detta har det också framförts att en maktdränering äger rum, på så sätt att legalitetsprincipen förtunnas och maktfördelningen upplöses.[88]

I början av 2000-talet kan det konstateras att den ”välfärdsstatliga rättsstaten” står inför utmaningar.[89] Vahlne Westerhäll menar att vi befinner oss i servicestatens tid, en tid som präglas av att individen inte kan uppnå

---

87 Dalberg-Larsen, J, *Sociale institutioner og ordninger mellem offentlig og privat* s. 43.

88 Sterzel, F, *Medborgaren och förvaltningen* s. 159 f., Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 154 f.

89 Vahlne Westerhäll, L, och Jäderberg, J, *Den lilla starka staten* s. 70. I boken diskuteras också framtiden för den sociala tryggheten och författarna lyfter fram faran i att efterfrågan på välfärdstjänster kommer att överskrida de offentliga tillgångarna, vilket leder till att välfärdsstaten förvandlas till servicestat.

rättvisa eftersom välfärdsstatliga förmåner inte helt och fullt täcks av den individuella rättigheten.[90]

Under 1900-talets tre första årtionden vidgades demokratin successivt och nya samhällsgrupper dras in i den politiska processen. Välfärdsstaten etablerades i västländerna, med rättsstaten som värdegrund och utgångspunkt.[91] Industrialiseringens framväxt ledde till förändringar i nationell lagstiftning och även till förändrade grundlagar. Dessa förändringar skedde i Europa samtidigt som två världskrig. Flera konstitutioner ändrades efter de svåra världskrigen och fick till uppgift att säkra principer som skulle garantera att historien inte upprepar sig. Det internationella samarbetet accelererade mot slutet av 1940-talet i efterdyningarna av andra världskriget, i och med att både Europarådet och Förenta nationerna bildas. Arbetet tog snart sikte på att finna en försäkran om att krigets fasansfulla konsekvenser inte skall upprepas. Lösningen som skulle hantera detta blev arbetet inom FN med grund i FN-stadgan och FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Båda dessa dokument har kommit att bli hörnstenar i det internationella arbetet med mänskliga rättigheter, men även gett avtryck i det nationella, vilket texten nedan kommer att visa exempel på.

2.1.2 Om studiet av andra länders konstitutioner

Det är på sin plats att inledningsvis beröra metodfrågan avseende det utländska rättsliga materialet som ligger till grund för denna del av avhandlingen. Jag har valt att studera konstitutioner och avgöranden från de högsta instanserna i Finland, Kanada och Sydafrika. Detta val är kopplat till syftet med förevarande arbete, nämligen att utvärdera valet att i regeringsformen skriva in grundläggande sociala rättigheter som målparagrafer. Det svenska sättet att hantera sociala rättigheter är inte unikt.[92] Det finns andra sätt att ta med sociala rättigheter i en grundlag. Det är därför av värde att studera andra konstitutionella rättsordningar där andra val har gjorts. Finland ter sig i det nordiska sammanhanget annorlunda, då de valde att under 1990-talet inkludera sociala rättigheter i annan form än målparagrafer i den nya finländska grundlagen. Skälen till detta och det sätt på vilket det genomförts är därför föremål för undersökning i detta arbete.

År 1982 ändrade Kanada sin konstitution. Konstitutionen innehåller en rättighetskatalog som, i likhet med Sveriges, är relativt kortfattad. Trots

---

[90] Vahlne Westerhäll, L, och Jäderberg, J, a.a.s. 10 f.

[91] Att förena rättsstaten med välfärdsstaten är dock inte helt konfliktfritt, se Sterzel, F, *Medborgaren och förvaltningen* s. 146 och 164.

[92] Jämför till exempel med Frankrike och de sociala målsättningar som återfinns i preambeln till 1946 års konstitution.

detta har domstolarna stora möjligheter att döma i fall som rör konstitutionella rättigheter och sådana fall tas inte sällan upp i högsta instans. En regel om ”*substantial equality*” har där blivit ingången för sociala och andra rättigheter.[93] Kanadas sätt att hantera rättighetsfrågor har i sin tur också influerat den sydafrikanska grundlagsreformen, som avslutades i och med att 1996 års konstitution antogs och trädde i kraft. Sedan år 1994 har den sydafrikanska konstitutionsdomstolen aktivt dömt i fall rörande sociala rättigheter.

Gemensamt för dessa tre system är också en ständig närvaro av internationell rätt, antingen inskriven i grundlagen eller genom domstolars avgöranden. Det jag önskar uppnå genom denna konstitutionellrättsliga studie är svar på följande frågor, vilka i sin tur är nära kopplade till demokrati, medborgarskap och välfärd: Vilka är *skälen* till att sociala rättigheter skrivs in i konstitutionen? Hur stor makt får domstolarna över dessa rättigheter uttryckligen genom grundlag? Hur mycket makt ”tar sig” domstolarna? Vilka spår lämnar den internationella rätten? Denna studie kan ses som ett försök till en komparativ ansats, som skulle kunna kallas för ”tjänande”.[94] Genom studiet av de tre olika rättsordningarna och folkrätten uppnås en förståelse av sociala rättigheters framväxt. Dessutom kartläggs de nu pågående förändringar och rättsliga ”utbyten” som sker mellan nationell och folkrättslig nivå. Vidare ges läsaren information om andra system och om de val som kan göras avseende rättigheter med hänvisning till historia och medborgares behov.

De tre valda länderna har gemensamt att de aktivt använder sig av folkrättslig teoribildning, såväl i författande av grundlag som i domstolars arbete. Länderna är dock sinsemellan olika, vilket skulle kunna framföras som kritik mot mitt urval.[95] Det är dock en poäng med att studera tre olika länder då sociala rättigheter trots ländernas olikheter fått en konstitutionellrättslig status de tidigare inte haft i respektive rättsordning. Detta i sin tur kontrasterar med den svenska konstitutionella ordningen för sociala rättigheter, som jag inleder med att beskriva. Jag vill därmed belysa hur sociala rättigheter faktiskt kan få konstitutionell status i den moderna rätten.[96]

---

[93] Se avsnitt 2.3.5.5 nedan.

[94] Med Strömholms benämning, se Strömholm, S, *Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag* s. 252.

[95] Jämför Strömholm, S, *Har den komparativa rätten en metod?* s. 458. För en kortfattad och lättillgänglig beskrivning av komparativ metod, se Darpö, J, och Nilsson, A, *On the Comparison of Environmental Law* s. 266–271, men också Zweigert, K, och Kötz, H, *Introduction to Comparative Law* s. 32–47.

[96] Se också Bader Ginsburg, R, ”*A decent respect to the opinions of (human)kind”: the value of a comparative perspective in constitutional adjudication* s. 575–592; van Gerven, W, *Comparative Law in*

2.2 Sverige

2.2.1 Inledning

I detta avsnitt analyseras det svenska grundlagsskyddet för sociala rättigheterna utifrån ett historiskt perspektiv. Avsnittet avser att komplettera avhandlingens inledande kapitel som främst fokuserar på tiden efter antagandet av 1974 års regeringsform fram till 2008 års grundlagsutredning.[97] Framväxten av ett grundlagsfäst skydd för fri- och rättigheter är utgångspunkten i framställningen, varför de rättighetsutredningar som utfördes under 1900-talet kommer att ägnas stor uppmärksamhet. Som i de övriga landstudierna i denna del blir frågan om demokrati, medborgarskap samt domstolarnas roll (särskilt avseende möjligheterna till lagprövning) av central betydelse.

2.2.2 1809 års regeringsform

16 § i 1809 års regeringsform (härefter GRF) kallades Sveriges egen Magna Charta redan 1812 av Silverstolpe i en skrift om den svenska statsrätten. Liknelsen är inte långsökt då paragrafen har sitt ursprung i V kap. konungabalken i Magnus Erikssons landslag från mitten av 1300-talet. I konungaeden går att läsa följande om konungen:

> […] Han skall all rättvisa och sanning styrka, älska och gömma, och all vrångvisa och osanning och all orätt nedertrycka, både med rätt och sin konungsliga makt. Tredje artikeln är det, att han skall trygg och trogen vara mot all sin allmoge, så att han skall ingen fattig eller rik på något sätt fördärva till liv och lem, utan han vare lagligen förvunnen som lag och rikets rätt säga. Ej heller skall han på något sätt taga något gods av honom utan efter lag och laga dom, som förr är sagt. […] Han skall ock all sin allmoge freda och frälsa, särskilt den spake, som med späkt och lagom vill leva, så för ostyriga och vrånga inländska män som för utländska; särskilt i åminnelse hava och hålla och styrka kyrkofrid, tingsfrid och kvinnofrid och hemfrid.

Konungaeden i denna landslag återupptogs till vissa delar senare i konungaförsäkringar samt i regeringsformerna från 1719, 1720 och 1772.[98]

I slutet av 1700-talet blev de franska och amerikanska konstitutionerna stilbildande för så gott som alla konstitutioner i Europa.[99] Sverige var dock

---

a Texture of Communitarization of National Laws and Europeanization of Community Law; Riles, A, *Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information* s. 280 f.

97 SOU 2008:125.

98 SOU 1963:17 s. 159. Strömberg, H, *Grundlag och medborgarrätt* s. 12 f. Författaren återger där citat ur såväl landslagen som 1719 och 1772 års regeringsformer.

annorlunda. När 1809 års RF antogs beaktades inte den litteratur som trots allt fanns rörande franska revolutionens konstitutionella frågor.[100] GRF skrevs under en kort period, endast några veckor, med det af Håkanssonska förslaget som förlaga.[101] Regeringsformen ansågs vara bäst utformad som en *stadga för statsstyrelsens utövande* och liknade därmed också i sin utformning äldre dokument. Riksståndens förmåner fick en särskild paragraf (114 §) och gjordes svåra att ändra eller upphäva.[102]

16 § anger hur *konungen* skall utöva makten. Någon regel som riktar sig till den enskilde finns inte i 1809 års regeringsform. Den nya grundlagen var ett dokument som i hög grad byggde på äldre svensk tradition. De enskildas och samhällsgruppernas rätt gentemot kungen omvandlades till riksdagens makt över lagstiftning och beskattning. Kvar fanns 16 § GRF, med rötterna i landslagen, med en delvis oklar innebörd.[103]

När paragrafen författades motiverades dess existens med att den inte enbart var en deklaration utan att den var avsedd att användas i praktisk lagtillämpning.[104] Paragrafens lydelse var följande:

> Konungen bör rätt och sanning styrka och befordra, vrångvisa och orätt hindra och förbjuda, ingen fördärva eller fördärva låta, till liv, ära, personlig frihet och välfärd, utan han lagligen förvunnen och dämd är, och ingen avhända eller avhända låta något gods, löst eller fast, utan rannsakning och dom, i den ordning, Sveriges lag och laga stadgar föreskriva; ingens fred i dess hus störa eller störa låta; ingen från ort till annan förvisa; ingens samvete tvinga eller tvinga låta, utan skydda var och en vid en fri utövning av sin religion, så vitt han därigenom icke störer samhällets lugn eller allmän förargelse åstadkommer. Konungen låte en var bliva dömd av den domstol, varunder han rätteligen hörer och lyder.

Värt att notera är att 16 § fick en skiftande juridisk betydelse med avseende på vad ”*konungen*” kunde anses betyda. I Holms genomgång av doktrin år 1941 framgår detta tydligt enligt följande. En syn är att paragrafen endast binder konungen som innehavare av den exekutiva makten samt de myndigheter som lyder under honom. En andra åsikt är att han också är bunden av paragrafen vid utövandet av den ekonomiska lagstiftningsmakten. Den tredje synen innebar att paragrafen riktade sig till kungen i utövandet av *all* hans statliga verksamhet och att han därmed är

---

99 Petrén, G, *Vägen till en svensk rättighetskatalog* s. 18.

100 SOU 1963:17 s. 165: ”Endast i ringa omfattning har gällande lagbestämmelser påverkats av utländska förhållanden och förebilder.”

101 Petrén, G, a.a.s. 18 f., SOU 1963:17 s. 41.

102 Petrén, G, a.a.s. 19.

103 Herlitz, N, *1969 års regeringsform? Kommentar till Författningsutredningens förslag* s. 61.

104 SOU 1941:20 s. 86, 91 f. och 93 f. Samtidigt noteras det i SOU 1975:75 att paragrafen var ett målsättningsstadgande, se a. SOU s. 64.

bunden som lagstiftare tillsammans med riksdagen.[105] I så fall innebär det en fordran på att konkreta åtgärder från det allmännas sida skall grunda sig på generella normer som motsvarar rättsmedvetandets krav.

Huvudsyftet med paragrafen ansågs vara, i början av 1940-talet, att förhindra godtycklig behandling av medborgarna och därmed att också förhindra godtycklig lagstiftning.[106] Äganderätten och vissa yrkesrättigheter inkluderades i ordet ”välfärd”.[107] Vidare framkommer det av lydelsen att domstolsförfarandet skall vara reglerat i enlighet med lag och att dom på lag skall grundas. Hemfriden skall skyddas och undantag från detta skall även de regleras i lag.[108] Rörelsefriheten skyddas genom att det krävs laga stöd för inskränkning. Religionsfriheten är den enda uttryckligt nämnda rättigheten.[109] 16 § innehåller inte någon regel om tryckfrihet, utan den reglerades i stället i 86 § GRF.

Författningsutredningen lyfter fram i sitt betänkande att 16 § GRF uppställer ett krav på en rättvis och likformig behandling av medborgarna samt att paragrafen uppställer ett krav på normmässighet.[110] Åsikten delades av Grundlagberedningen (1972), medan Fri- och rättighetsutredningen ansåg att GRF inte inneburit något grundlagsskydd för de medborgerliga fri- och rättigheterna, med undantag för tryckfriheten. Den senare utredningen framhöll 1975 att 16 § hade karaktären av målsättningsstadgande.[111] Tryckfriheten fanns med i GRF 86 §. Tryckfriheten var en rättighet med en särskild ställning i Sverige. Den första tryckfrihetsförordningen kom 1766 och den nu gällande antogs 1949.

Den *dömande makten* ansågs år 1809 vara en del av kungamakten. Domstolarna var därmed inte självständiga på så sätt som behövdes för att de skulle kunna utöva lagprövning.[112]

Algotsson lyfter fram att det amerikanska systemet med allmänt formulerade rättigheter i en rättighetskatalog kombinerat med en

---

105 SOU 1941:20 s. 86 f. Se också Algotsson, K-G, *Medborgarrätten och regeringsformen. Debatten om grundläggande fri- och rättigheter i regeringsformen under 1970-talet* s. 21 samt SOU 1963:17 s. 167.

106 SOU 1941:20 s. 92.

107 SOU 1941:20 s. 94. Rekvisitet välfärd infördes i och med 1720 års RF.

108 SOU 1941:20 s. 103 f.

109 Religionsfriheten infördes främst till skydd för katolska kyrkans medlemmar, se SOU 1941:20 s. 106 ff. Jämför Algotsson, K-G, a.a.s. 21.

110 SOU 1963:16 s. 31.

111 Algotsson, K-G, a.a.s. 22. Se också SOU 1963:17 s. 166 f.; SOU 1972:15 s. 123 f.; SOU 1975:75 s. 63 f.

112 Ställvik, O, *Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal* s. 97 ff.

omfattande ”judicial review” från Högsta domstolens sida var helt främmande för det svenska konstitutionella systemet.[113]

Den svenska statsrättsliga debatten var alltså mycket isolerad och rättighetsfrågor fick inte det utrymme i Sverige som de fick i andra delar av världen. Betydelsen av 16 § var under lång tid det enda inslaget i den svenska rättighetsdebatten.[114]

Det ansågs inte finnas något behov av att ha en grundlagsfäst rättighetskatalog, vilket antagligen berodde på synen på grundlagen. Regeringsformen syftade inte till att skydda medborgaren mot staten, utan var ett slags uppförandekod för statsstyrelsen. De institutioner som var inblandade i styret av landet var de som därmed berördes av grundlagen. Regeringsformen var själva ramen och skulle av de valda politikerna fyllas med innehåll.[115] På så sätt kunde författningen också anpassas till de rådande och förändrade samhällsförhållandena.[116]

2.2.3 1938 års motion

Den turbulenta utvecklingen i Europa kom att leda till att en partimotion från högern år 1938 lades fram i vilken det ställdes krav på en utredning i rättighetsfrågan.[117] Förenings-, församlings-, yttrande- och religionsfriheterna samt äganderätten lyftes fram i motionen, men också idén att ge den svenska grundlagen en motsvarighet till andra länders konstitutionella rättighetskataloger. Med tanke på de politiska omvälvningarna i 1930-talets Europa var det inte konstigt att det lades fram en motion i riksdagen år 1938 som syftade till att stärka det rättsliga skyddet för just de grundläggande fri- och rättigheterna. Motionen anknöt på flera punkter till den svenska konstitutionella historien för att finna stöd för sitt förslag. Motionärerna framförde att principen om att det vid grundlagsändring krävs två likalydande riksdagsbeslut med mellanliggande val infördes 1766 i syfte att förhindra att förhastade beslut skulle tas samt att väljarna skulle få vara delaktiga i grundlagsändring. Detta förfarande visar att frågor som regleras i grundlag är av fundamental betydelse och har också fortsatt att finnas i svensk grundlag. Motionärerna konstaterade dock att detta särskilda förfarande rimmar illa med grundlagens bestämmelser då

113 Algotsson, K-G, a.a.s. 22.

114 Petrén, G, a.a.s. 19. Jämför Sundberg, H, *Medborgarrätt* s. 137 om några få uttalanden under 1800-talets senare hälft.

115 SOU 1963:16 s. 10 f; SOU 1978:34 s. 49; SOU 1993:40, del A s. 35.

116 Petrén, G, a.a.s. 20.

117 Skrivelse nr 362, 1938. Motionen behandlas utförligt i SOU 1941:20 s. 7 f.

dessa är av ringa vikt.[118] Samhället har genomgått en social revolution som inte återspeglas i grundlagen. Sverige har inte ansett det vara viktigt att i grundlag ge garantier för samhällets grundläggande principer, utan endast reglera statsförvaltningens. Motionärerna jämförde i detta avseende med såväl den franska som den amerikanska historien. Det svenska magna charta återfanns i 16 § GRF men gav, enligt motionärerna, inga garantier för medborgerliga fri- och rättigheter som trots allt ingick i det svenska rättssamhällets rättsmedvetande och praxis. Däremot skyddades tryckfriheten i såväl 86 § GRF som tryckfrihetsförordningen.[119] Motionärerna önskade därför se ett grundlagsskydd för församlingsfriheten, yttrandefriheten, äganderätten, föreningsfriheten och religionsfriheten.[120] Äganderätten lyftes också fram som viktig i sammanhanget då en kränkning av denna ofta går hand i hand med kränkningar av övriga fri- och rättigheter.[121] Dessa fri- och rättigheter var erkända rättsgrundsatser och motionärerna pekar på hur dessa satts åt sidan av tillfälliga maktinnehavare. Som en del av det allmänna rättsmedvetandet är det viktigt att de skyddas. Motionärerna önskade dock inte låta domstolar få rätt att inte tillämpa de lagar som tagits i strid med grundlagen, då detta skulle hota domstolsmaktens oavhängighet och opartiskhet.[122]

I motionen framfördes att de negativa rättigheterna förenings-, församlings-, yttrande- och religionsfriheten samt äganderätten borde skyddas. Dessa rättigheter föreslogs kunna åsidosättas endast efter grundlagsändring med två riksdagsbeslut med mellanliggande val.[123] Rättsstaten diskuteras också, både i formell och i materiell bemärkelse på följande sätt. Den *formella* rättsstaten innebär att staten är bunden av lagarna, det vill säga av generella rättsliga normer. Detta motverkar godtyckliga handlingar från fall till fall. Den *materiella* rättsstaten innebär att rättsstaten för med sig ett visst innehåll, det vill säga att medborgarna har vissa för rättsstaten karakteristiska rättigheter.[124] Rättigheterna som motionärerna för fram är ett uttryck för att de vill värna en materiell rättsstat. Men oavsett om det är fråga om en materiell eller formell rättsstat så innebär begreppet att

118 SOU 1941:20 s. 7.

119 Se också de sakkunnigas yttrande, SOU 1941:20 s. 12.

120 SOU 1941:20 s. 8.

121 SOU 1941:20 s. 8 f.

122 SOU 1941:20 s. 9. Frågan om att i grundlag reglera plikter var inte heller aktuellt, se a. SOU s. 9.

123 Algotsson, K-G, a.a.s. 23; Petrén, G, a.a.s. 20 f. Ett enhälligt konstitutionsutskott biföll motionen, om än med andra åsikter i vissa frågor än motionärerna.

124 Algotsson, K-G, a.a.s. 23 f.

gränser sätts för statens makt. Statens makt över medborgarna skulle alltså vara inskränkt. [125]

Nära sammankopplat med rättsstaten är begreppet ”rättssäkerhet”. I en rättsstat har individen rättssäkerhet, det vill säga han eller hon kan förutse de rättsliga konsekvenserna av sitt handlande.[126] I högermotionen användes demokratibegreppet på ett sådant sätt att det tycks motsvara förverkligandet av folkviljan. Om några rättigheter ingår i demokratin uttalar sig inte motionärerna. Men demokratibegreppet ger svar på vem som skall styra staten, nämligen folkmajoriteten. Rättsstaten förutsätter inte att det är ett folkmajoritetens styre. Den kan till exempel vara en konstitutionell monarki. I motionen framhölls att folket skall utgöra ett värn mot inskränkningar i rättsstaten i och med att de måste tillfrågas vid grundlagsändringar.[127]

Sambandet mellan äganderätten och opinionsfriheterna betonades och dessutom förutsattes de föreslagna rättigheterna vara djupt förankrade i det allmänna rättsmedvetandet och därmed okontroversiella.[128] Däremot var motionärerna tveksamt inställda till lagprövningsrätten. Under decenniernas gång kommer högerpartierna att bli de främsta förespråkarna för en sådan rätt. Anledningen till att motionärerna är negativt inställda till lagprövningsrätten är att de önskar värna om en oberoende förvaltning och en oberoende dömande makt.[129]

Konstitutionsutskottet gav med anledning av motionen ett relativt reserverat yttrande. Det understryker i sitt yttrande hur viktigt det är att regeringsformen får fortsätta att vara elastisk. Med det menas möjligheten att anpassa lagstiftningen efter rådande samhällsutveckling. Fundamentala principer i grundlagen får alltså inte hindra att det allmänna rättsmedvetandet förändras i takt med utvecklingen. Utskottet varnar också för att grundlagsskydd kan uppfattas som illusoriskt om det inte har någon grund i verkligheten vilket i ett längre perspektiv kan undergräva grundlagens ställning. Utskottet uttryckte alltså oro för att principstadganden i grundlagen inte skulle komma att betyda något, med tanke på att lagprövningsrätten inte fanns i Sverige.[130] Utskottet ville ändå inte rekommendera att en sådan rätt infördes. Ett av de skäl som anfördes mot en grundlagsreglering av rättigheterna utgjordes av den *elasticitet* som präglade RF.[131] Grundlagen hade i Sverige alltid setts som en ram inom

---

125 Algotsson, K-G, a.a.s. 25.

126 Algotsson, K-G, a.a.s. 24. Se också Sterzel, F, *Medborgaren och förvaltningen* s. 157.

127 Algotsson, K-G, a.a.s. 25.

128 Algotsson, K-G, a.a.s. 25 f.

129 Algotsson, K-G, a.a.s. 26.

130 Strömberg noterar dock att en lagprövningsrätt successivt växt fram sedan 1920-talet, se Strömberg, H, *Grundlag och medborgarrätt* s. 78 f.

131 SOU 1963:17 s. 160.

vilken det gick att anpassa lagstiftningen efter samhällsförhållandena. Fundamentala principer och rättigheter i grundlagen får inte innebära att elasticiteten går förlorad och att en faktisk förändring i det allmänna rättsmedvetandet hindras från att kunna omsättas i lagstiftning.[132] Förändringar i grundlagen får heller inte innebära att de som hotar statsskicket ges större möjligheter att lyckas i sina förehavanden. Förändringar skulle därmed kunna innebära ett hot mot demokratin. Av yttrandet framgår att utskottet haft skilda meningar avseende vilka rättigheter som bör skyddas genom grundlag. Rätten till arbete och försörjning hade av vissa ansetts vara lika viktiga som äganderätten, vilket betyder att också *positiva* rättigheter nämns i debatten för första gången.[133] KU lägger också till rätten till arbete och försörjning som det anser vara lika viktig som äganderätten.

Utskottet är inte positivt inställd till motionen och understryker att det fortsatt önskar se 16 § GRF i kraft då denna ”redan 1809 sammanfattade seklers erfarenheter”.[134] Trots detta motsätter sig inte KU en utredning i frågan, men förordar att det inte skall införas någon omfattande rättighetskatalog i regeringsformen utan endast korta och klara principstadganden.[135]

2.2.4 Den tingstenska utredningen

KU motsatte sig inte en utredning, trots den tveksamhet som utskottet visat i behandlingen av motionen. Konstitutionsutskottet förordade att grundlagen skulle inkludera korta principstadganden. På så sätt skulle regeringsformens karaktär av ramlagstiftning bevaras och en möjlighet till anpassning till samhällsförändringar garanteras. 1938 kunde så sakkunniga utses för att göra den av riksdagen begärda utredningen.[136] *Betänkande med förslag till ändrad lydelse av RF 16 §* (SOU 1941:20) presenterades 1941 och var i stort sett enigt och präglades i stor utsträckning av kriget i Europa.

Utredningen föreslog ett tillägg till 16 § GRF som skulle ge paragrafen karaktären av en rättighetskatalog.[137] Grundlagen skulle alltså inkludera allmänna beskrivningar av rättigheter avseende opinionsbildningen och den personliga integriteten samt hänvisningar till allmän lag där rättigheten närmare preciseras. Skyldigheter togs inte med i förslaget, vilket berodde på

132 Algotsson, K-G, a.a.s. 27.

133 SOU 1941:20 s. 10; Algotsson, K-G, a.a.s. 26.

134 SOU 1941:20 s. 11.

135 SOU 1941:20 s. 11. Utformningen av EKMR är uppbyggd på motsvarande sätt.

136 Petrén, G, a.a.s. 21. Herbert Tingsten blev ordförande.

137 Lydelsen ligger nära den som 2 kap. RF fick i sin ursprungliga form 1974.

att utredningen ansåg att det inte fanns något behov att grundlagsfästa någon sådan regel. Ledamöterna menade att det var självklart att medborgarna är ”skyldiga att lyda staten i laga ordning givna befallningar” och att grundlagsfästa skyldigheter endast skulle vara dekorativa och betydelselösa.[138] Petrén framhåller i detta sammanhang att det pågående världskriget och den allmänna debatten spelade en roll i denna fråga. Det ansågs svårt att förutse vad samhället skulle kunna behöva kräva av medborgarna efter krigsslutet.[139]

Förslaget gick ut på att § 16 GRF skulle behållas men utökas. I ett nytt stycke två skulle religions-, yttrande-, tryck-, församlings- samt föreningsfriheterna tas med. I ett nytt stycke tre skulle den personliga friheten samt frihet i utövande av näring eller yrke föras in. Stycke tre skulle också innehålla äganderätten. För första gången föreslås också ett antal positiva rättigheter. Den enskilde skulle, enligt samma stycke, ha ”rätt att av det allmänna vid behov erhålla hjälp och skydd vid ålderdom, sjukdom, olycksfall, lyte, invaliditet och arbetslöshet”. Den formella rättsstaten stärktes i förslaget genom att retroaktiv strafflagstiftning föreslogs förbjudas (st.4). Vidare skulle skydd för brev-, telegraf- och telefonhemligheten garanteras.

Utredningen föreslog att rättigheterna skulle vara garanterade i grundlag, men att den skulle regleras närmare genom lagstiftning som konung och riksdag tillsammans beslutade. Det svenska konstitutionella arvet lyfts åter fram som ett sätt att motivera förändringen, bland annat genom konstaterandet att den svenska rätten sedan gammalt har innehållit bestämmelser som syftar till att skydda den enskildes rättigheter mot godtycke och övergrepp från statsmaktens sida. De sakkunniga hänvisar i detta sammanhang till konungaeder, konungaförsäkringar och grundlagar. 16 § GRF bygger på regeringsformer från 1700-talet som i sin tur har sin grund i medeltida föreskrifter, även om paragrafen gavs ett vidare innehåll än de äldre formuleringarna.[140] Vidare framhölls att det inte fanns någon motsättning mellan 1800-talets rättsstatsidéer och den nutida demokratisynen, vilket framkommer i den svenska historien genom att medborgerliga friheter erkänns redan innan den moderna folkstyrelsen genomfördes. Den medborgerliga rätten att uttrycka och verka för religiösa idéer och åsikter förverkligades i Sverige innan den parlamentariska demokratin genomfördes. Det har i Sverige inte heller funnits någon motsättning mellan de konstitutionalistiska idéer som var förhärskande under 1800-talet och den nutida demokratiska åskådningen. ”Inom alla

[138] SOU 1941:20 s. 15.
[139] Petrén, G, a.a.s. 21 f.
[140] SOU 1941:20 s. 11.

politiska riktningar av betydelse har meningsfriheten och vad därmed sammanhänger ansetts vara livsnerven i det folkstyrda svenska samhället".[141]

Den nu gjorda beskrivningen av utvecklingen för rättigheter i Sverige avslutas med konstaterandet att medborgarens sociala och ekonomiska frihet är förenligt med rättsstatstanken och har stöttat denna. Äganderätten regleras och har stärkts, frihet att utöva yrke och näring har införts och inskränkningar kopplade till de två senare har tagits bort. Den socialreformatoriska lagstiftningen är omfattande och har fastställt och reglerat statens plikt att hjälpa och skydda medborgarna vid ålderdom, sjukdom och arbetslöshet och i andra fall av bristande försörjningsoförmåga. Dess fri- och rättigheter garanterades svenska medborgare men fanns inte upptagna i 16 § GRF. Utredningen förordade därför ett tillägg till paragrafen.[142] Nämnda fri- och rättigheter ansågs höra till grundvalarna för det svenska statsskicket och det svenska rättssamhället. Anledningen till att de inte redan tidigare tagits upp i grundlagen är att det inte funnits något praktiskt behov för det. De sakkunniga menar dock att med hänsyn till såväl den inrikespolitiska som den utrikespolitiska situationen så är det mycket angeläget att skydda dessa i grundlag.[143] Vidare understryker utredningens ledamöter att det inte är fråga om att skydda de enskilda medborgarna mot staten utan att främst stärka den svenska rättsordningen och den svenska staten: "[…] den nationella enhetens särart och styrka betingas av medborgarens frihet och rättssäkerhet."[144]

De *positiva rättigheterna* lyfts fram enligt följande: "Tillika har, särskilt under senare tid, en omfattande socialreformatorisk lagstiftning fastställt och reglerat statens plikt att hjälpa och skydda medborgarna vid ålderdom, sjukdom och arbetslöshet och andra fall av bristande försörjningsförmåga."[145] Som redan konstaterats verkar dessa rättigheter vara slutpunkten på en utveckling som inneburit att medborgarna garanterats allt fler rättigheter. Värt att notera är att utredningen inte innehåller någon diskussion om skillnaden eller motsättningen mellan positiva och negativa rättigheter.

Den tingstenska utredningen beskriver demokrati som ett begrepp som betyder allmän och lika rösträtt samt opinionsfrihet.[146] Utredningen diskuterar också den viktiga *elasticiteten* i grundlagen och menade att de föreslagna rättigheterna inte fick ges en sådan ovillkorlig karaktär att de inte medgav ingripanden från statens sida såsom krigsåren till exempel kunde

141 SOU 1941:20 s. 13. Se också Algotsson, K-G, a.a.s. 29.
142 SOU 1941:20 s. 13 och 17.
143 SOU 1941:20 s. 14.
144 SOU 1941:20 s. 14.
145 SOU 1941:20 s. 13.
146 Algotsson, K-G, a.a.s. 30.

kräva.[147] Enligt utredningens förslag skulle rättigheterna garanteras i grundlagen, men den närmare regleringen av rättigheten skall ske genom lag som stiftats av konungen och riksdagen.[148] I fråga om ersättning vid förfogande eller expropriation av egendom samt förbud mot retroaktiv strafflagstiftning menade dock utredningen att grundlagsskyddet skulle vara absolut.[149] Staten skulle i dessa två fall enligt grundlagen alltid vara skyldig att betala ersättning. Om fler rättigheter fick ett grundlagsskydd av absolut karaktär, ansåg utredningen att statens handlingsfrihet skulle gå förlorad.

Lagprövningsrätten ansåg sig utredningen inte kunna ha någon uppfattning om, även om den berörs kortfattat med hänvisning till hur den regleras i andra länder. Ledamöterna avstår från att ge något förslag i frågan men anser att den skulle kunna lösas utan grundlagsreglering.[150]

Avslutningsvis bör det noteras att utredningen påpekar hur isolerad den svenska konstitutionella utvecklingen varit och hur lite utländska förhållanden betytt för den svenska utvecklingen. Men utredningen menar att andra länders erfarenheter är av intresse även för Sverige och bifogar därför en jämförande studie. Särskilt lyfts rättighetsförklaringarna och utvecklingen i Frankrike, USA och Storbritannien fram. Fri- och rättighetsbestämmelser lyftes in i författningar från 1800-talet såsom en del i utvecklingen mot konstitutionalism och demokrati. Rättsstatstanken omfamnades av de västerländska länderna och i den ingår principerna om åsiktsfrihet och garanterade rättigheter för den enskilde.[151]

Den tingstenska utredningen remitterades inte och ledde inte till någon lagstiftning. Krigsslutet kom dock att innebära att medborgerliga rättigheter blev allt vanligare förekommande i debatten och 1948 väckte professor Andrén en motion i vilken han yrkade att riksdagen skulle anta det tingstenska förslaget på omformulering av och tillägg till 16 § RF.[152] Förslaget mottogs välvilligt av konstitutionsutskottet,[153] men samma år uppstod politisk oenighet rörande rättssäkerhetsfrågor. Förslaget lades därför åt sidan och riksdagsskrivelsen ledde inte till att regeringen vidtog några åtgärder.[154]

147 Algotsson, K-G, a.a.s. 31.
148 SOU 1941:20 s. 14.
149 SOU 1941:20 s. 15.
150 SOU 1941:20 s. 16 f.
151 SOU 1941:20 s. 12.
152 Motion I:50, 1948 s. 6.
153 Konstitutionsutskottets utlåtande nr 17, 1948.
154 Petrén, G, a.a.s. 22.

2.2.5 Författningsutredningen

Inledningen till arbetet med en ny regeringsform skedde i och med en riksdagsskrivelse 1953. Av regeringsdirektiven till Författningsutredningen 1954 framgår att avsikten med utredningen var att göra en omfattande författningsreform.[155] Författningsutredningen påbörjade sitt arbete 1954 och hade till uppgift att se över demokratins funktionsproblem och utifrån det modernisera regeringsformen. Rättigheternas eventuella plats i regeringsformen nämndes inte i direktiven, men kom upp i utredningens arbete 1957.[156] Året därpå beslutade också regeringen att skrivelserna rörande rättighetsfrågor från 1938 respektive 1948 skulle användas i utredningens arbete. Det politiska livet kunde därmed inte längre undgå att ta upp medborgarnas rättigheter i grundlagsarbetet. Ledamöterna enades kring de mest kontroversiella frågorna vid ett möte i Voksenåsen 1961, vid vilket det bestämdes att fri- och rättigheter skulle tas upp i ett särskilt kapitel i den nya regeringsformen. Vid samma tillfälle enades också utredningens ledamöter om att en lagprövningsrätt borde finnas och att den skulle tillkomma de vanliga domstolarna. De mest centrala frågorna för utredningen var dock inte frågor rörande grundlagsstadgade rättigheterna. Det viktigaste för utredningens ledamöter var att enas i frågor rörande kammar- och valsystemen samt folkomröstningsinstitutet. Det kan dock noteras att de borgerliga ledamöterna i utredningen var positiva till att ta in såväl fri- och rättigheter som lagprövningsrätten i regeringsformen, medan de socialdemokratiska ledamöterna var mer negativt inställda.[157]

Tanken på en helt *ny* regeringsform växte fram under Författningsutredningens arbete och presenterades 1963, i betänkandet *Sveriges statsskick*.[158] Det förslaget innebar att vissa grundlagsändringar gjordes åren 1964-1965.

Författningsutredningen föreslog i 1963 års betänkande ett andra kapitel för RF som gavs titeln ”Grundläggande fri- och rättigheter”. Förslaget inkluderade den personliga friheten, medborgerlig opinionsfrihet, skyddet för äganderätten, rätt till undervisning och utbildning,[159] rätt till arbete och till socialhjälp, rätt och plikt att delta i försvaret av riket samt närings- och

---

155 Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 513–565.

156 Andra kammaren 1958 B 11 s. 22. Petrén, G, a.a.s. 23. Se också SOU 1963:17 s. 164.

157 Algotsson, K-G, a.a.s. 34.

158 SOU 1963:16 och 17.

159 En grundlagsstadgad rätt till undervisning och utbildning motiverades av att rättigheten är avgörande för att individen skall kunna ”utveckla och tillgodogöra sig sina inneboende möjligheter. Även ur samhällets synpunkt är ett väl ordnat undervisnings- och utbildningsväsen av utomordentlig vikt.” Se SOU 1963:17 s. 195. Det förefaller inte som om utredningen ansåg det minsta problematiskt från juridisk synvinkel att föra in denna rättighet i regeringsformen.

yrkesfrihet.[160] Även rätten till domstolsprövning, förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning, asylrätt och utlänningars rättsställning fanns med.[161] Rätten till arbete och social hjälp 2 kap. 6 § i förslaget, motiveras med beaktande av svensk tradition, andra nordiska grundlagar samt den tingstenska utredningens arbete.[162] Av svensk tradition följer, enligt utredningen, att det råder en självförsörjningsplikt för den enskilde. Med egna medel skall han eller hon försörja sig själv och om det inte finns några sådana medel, så skall individen försörja sig genom arbete. Utredningen konstaterar att det i 1941 års betänkande föreslogs att svensk medborgare skulle ha rätt att av det allmänna få hjälp och skydd vid ålderdom, sjukdom, olycksfall, lyte, invaliditet och arbetslöshet. Denna rätt skulle bestämmas genom lag stiftad av kungen och riksdagen tillsammans. Liknande regler finns i den danska[163] respektive norska grundlagen.[164] Författningsutredningen konstaterar att denna rättighet bör kombineras med rätten till arbete, då sambandet mellan dessa rättigheter är tydligt. Självförsörjningsplikten kan endast råda om det är fråga om ett samhälle som bereder möjlighet till arbete för arbetsföra medborgare.[165] Genom stadgandet skulle inte en någon rättslig grund för krav på hjälp finnas för den enskilde, men statens skyldighet att genom lagstiftning tillgodose medborgarnas behov av socialt skydd skulle definieras.[166]

2.2.5.1 Författningsutredningens förslag till rättighetskapitel

Det inledande kapitlet, ”Statsskickets grunder”, skulle bestå av vissa stadganden som också hade med rättigheterna att göra. I det inledande kapitlets första paragraf gavs en demokratidefinition enligt vilken den svenska folkstyrelsen bygger på fri åsiktsbildning och på allmän och lika rösträtt. De följande paragraferna ordnades så att varje paragraf hade sin motsvarighet i ett av de påföljande kapitlen.[167] 2 § i första kapitlet motsvarades därför av 2 kap. RF och i denna paragraf ville utredningen ta in hela § 16 GRF. § 16 ansågs ha ett stort traditionsvärde och dess annorlunda utformning, om man jämför med resten av den nya regeringsformen, ansågs

---

[160] Jämför med Finland, avsnitt 2.4.10 nedan.

[161] SOU 1963:16 s. 31 f. Petrén, G, a.a.s. 24. Se också Algotsson, K-G, a.a.s. 34.

[162] SOU 1963:17 s. 199.

[163] 75 § danska grundlagen. Se Ketscher, K, *Socialret*, förlaget Thomson, 2 uppl, 2004 s. 241 ff.

[164] 110 § danska grundlagen. Se Kjønstad, A, *Trygderettighetenes grunnlovsvern* s. 13 ff. och 60 ff.; Smith, E, och Eckhoff, T, *Forvaltningsrett* s. 397 f samt Boe, E, och Helgesen, J E, *Oversikt over juridisk metode og statsrett* s. 157 f.

[165] SOU 1963:17 s. 199.

[166] SOU 1963:17 s. 199.

[167] SOU 1963:16 s. 31.

inte vara något problem.[168] § 16 skulle främst vara att betrakta som ett målsättningsstadgande.[169] Författningsutredningen var dock inte enig om placeringen av § 16 i den nya regeringsformens första kapitel. Tre av ledamöterna ville omarbeta dess lydelse så att den harmonierade med den föreslagna *lagprövningsrätten*.[170] Lagprövningsrätten skulle dock endast framgå av förarbetena och inte av grundlagstexten.

I SOU 1965:2, 3 och 4 återfinns remissyttrandena till utredningen. Kritik framfördes från juristhåll att bestämmelserna var alltför vaga, vilket enligt kritikerna skulle innebära att det var omöjligt att göra begränsningar och särregler. De högsta domstolarna ansåg och underströk det olyckliga i att utredningens rättighetskatalog liknade de rättighetsförklaringar som präglades av naturrätten, en doktrin som övergetts i Sverige.[171] De otydliga reglerna rörande begränsningar av rättigheter skulle kunna leda till att rättighetsskyddet i grundlagen blev skenbart.[172]

Herlitz framhåller att i slutet av 1960-talet så avstannade den offentliga debatten rörande grundlagsfrågor.[173] Författningsutredningen konstaterar också att regeringsformen inte har någon stark ställning i folkmedvetandet och understryker att det är viktigt att den utformas på ett sådant sätt att alla medborgare kan läsa och förstå den.[174] Vi kan konstatera att Författningsutredningen tog upp flera av de idéer som hade presenterats i den tingstenska utredningen år 1941. Alla rättigheter som fanns med i 1941 års betänkande återfinner vi i Författningsutredningens förslag. Rätt och plikt att delta i rikets försvar,[175] asylrätt samt utlännings lika rätt att åtnjuta fri- och rättigheter som en svensk medborgare var dock nyheter i 1963 års betänkande. De flesta rättigheter föreslogs, precis som i den tingstenska utredningen, kunna begränsas genom lag. Opinionsfriheterna fick dock inte begränsas så mycket att de inte längre kunde anses finnas och yttrandefrihetens väsentliga innebörd fick inte försvinna. Däremot föreslogs att närings- och yrkesfriheten, rätten till undervisning och utbildning samt utlänningars lika åtnjutande av rättigheter skulle gälla om ”ej annat var

168 SOU 1963:17 s. 157.

169 SOU 1963:16 s. 31 och SOU 1963:17 s. 157 f. Algotsson, K-G, a.a.s. 35.

170 Om lagprövningsrätten, se SOU 1963:16 s. 30 och SOU 1963:17 s. 29 och 155. Algotsson, K-G, a.a.s. 35.

171 SOU 1965:2 s. 104 och 106.

172 Se Högsta domstolens remissvar, SOU 1965:2 s. 105.

173 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 754.

174 SOU 1963:16 s. 11 och SOU 1963:17 s. 28 och 41.

175 SOU 1963:17 s. 200. Paragrafen motiveras främst av att sådana stadganden redan fanns i de andra nordiska ländernas grundlagar.

särskilt stadgat". De sistnämnda fick därmed ett mycket svagare skydd då de kunde begränsas genom normgivning av svagare valör än vanlig lag.[176]

2.2.6 Grundlagberedningen

Redan 1966 tillsattes en ny utredning, Grundlagberedningen.[177] I utredningens direktiv återfinner vi två välbekanta synsätt på rättigheter. Till att börja med framhålls att grundläggande friheter är riktlinjer för normgivningsmakten. Detta synsätt hänför sig till tolkningen av 16 § GRF. Men även ett för den svenska kontexten ovanligare synsätt tas också upp, nämligen rättigheten från *individens utgångspunkt*. Genom rättigheten tillförsäkras den enskilde förmåner som det allmänna inte kan ta ifrån honom eller henne. Båda synsätten behandlas av Grundlagberedningen.[178] På grundval av Grundlagberedningens förslag från 1967 genomfördes en partiell reform under åren 1968-1969 som löste frågor av maktpolitisk karaktär. Grundlagberedningen fortsatte dock sitt arbete och 1971 beslutades det att hela regeringsformen skulle reformeras snabbt,[179] i enlighet med de regeringsdirektiv som meddelats 1966.[180]

Resultatet av arbetet, presenterat i betänkandet *Ny regeringsform, ny riksdagsordning* (SOU 1972:15), visar tydligt att det rådde politiska motsättningar och att det varit svårt att nå kompromisser.[181] Detta är mycket tydligt på området för fri- och rättigheter. Enighet rådde om att regeringsformen skulle innehålla ett ovillkorligt förbud mot inrättande av domstol för en gärning som redan begåtts och mot retroaktiva domar på straffrättens område. Regeringen skulle inte ha rätt att meddela föreskrifter om frihetsstraff. Vidare rådde enighet om att svensk medborgare inte skulle kunna förvisas från Sverige och att en rätt till domstolsprövning i fråga om frihetsberövande skulle vara absolut.[182] Ledamöterna var dock oeniga om ett målsättningsstadgande rörande välfärdsstatens strävanden efter ekonomisk, social och kulturell utveckling och utjämning skulle tas med eller inte, samt hur de grundlagsstadgade fri- och rättigheterna skulle begränsas.[183] Avseende det senare framhölls det att rättigheter som är viktiga för den politiska verksamheten, opinionsfriheterna, inte borde kunna åsidosättas

176 Algotsson, K-G, a.a.s. 36.

177 Valter Åman, landshövding, var utredningens ordförande. Se Petrén, G, a.a.s. 25.

178 Petrén, G, a.a.s. 25 f.

179 Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 513. Se SOU 1972:15.

180 Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 513.

181 Se särskilt SOU 1972:15 s. 106–108.

182 SOU 1972:15 s. 108.

183 SOU 1972:15 s. 106 f.

genom vanlig lag. De ledamöter som förespråkade ett välfärdsstatligt målsättningsstadgande ansåg att ett kvalificerat förfarande för begränsning av opinionsfriheterna skulle begränsa riksdagens makt och varnade för att domstolarna gavs för stor makt om lagprövningsrätten kom till uttryck. Kompromissen blev att inget målsättningsstadgande föreslogs, att lagprövningsrätten erkändes men inte skrevs in i förslaget till ny regeringsform samt att fri- och rättigheterna kunde begränsas genom vanlig lag. [184] Grundlagsutredningens betänkande pekar på en tydlig politisk polarisering: *målsättningsstadgandet ställs mot den grundlagsfästa lagprövningsrätten och det särskilda förfarandet vid rättighetsbegränsande lagstiftning.* Denna polarisering fortsatte, som vi kommer att se, att finnas flera år senare.

Resultatet blev att inget fristående kapitel om fri- och rättigheter föreslogs. I stället infördes vissa rättigheter i kap. 7, som enligt förslaget skulle handla om lagstiftning, och vissa rättigheter i kap. 10, om rättskipning och förvaltning. I det förra inkluderades rättigheter som vara nära kopplade till den fria åsiktsbildningen och den politiska aspekten av lagstiftningen.[185] I kap. 10 stadgades rättigheter som nästan uteslutande endast kunde begränsas genom ändring av grundlag.[186] Uppdelningen av rättigheterna på dessa två kapitel medförde ett komplicerat normgivningsförfarande för de rättigheter som togs med i 7 kap. Lagstiftning rörande relationen mellan det allmänna och enskilda skulle enligt förslaget kunna delegeras,[187] men inskränkningar av rättigheterna i 7 kap. kunde inte bli föremål för delegation till regeringen. Utredningen motiverade detta med att ”[…] ange gränsen mellan riksdagens och regeringens normgivningskompetens. De innebär emellertid också att grundlagsföreskriften får en direkt betydelse för medborgarnas handlande, så länge inskränkande bestämmelser inte har

---

184 Jämför Petrén, G, a.a.s. 26. SOU 1972:15 s. 106 f.

185 Rätten till information, yttrande- och tryckfrihet, mötesfrihet, demonstrationsrätten, föreningsrätten, religionsfriheten, rörelsefriheten, skydd mot husrannsakan och intrång i brev, skydd mot påtvingat kroppsligt ingrepp och mot hemlig avlyssning togs därmed upp i 7 kap. 2 §. I samma paragraf föreslår utredningen att föreskrifter om medborgarnas rättigheter och skyldigheter mot det allmänna och om förhållandet i övrigt mellan enskilda och det allmänna skall regleras genom lag, se SOU 1972:15 s. 154 f.

186 Förbuden mot tillfälliga domstolar (1 § 2 st.), retroaktiv strafflagstiftning (7 §), landsförvisning och berövande av svenskt medborgarskap (8 §) samt rätten till domstolsprövning vid frihetsberövande m.m. (6 § 2 st.) kunde enbart begränsas genom lag. Skyddet mot expropriation, med en rätt till ersättning (9 §), omfattades inte av kravet på att begränsning av rättigheten endast kunde ske genom grundlag.

187 Till området för offentligrättslig lagstiftning räknade utredningen förvaltningsrättsliga författningar, författningar om skydd för liv, personlig säkerhet eller hälsa, om allmän ordning och säkerhet, om värnplikt och om annan tjänsteplikt, författningar om skola, trafik och om inskränkningar i rätten att förvärva och nyttja fast egendom, m.m. Se SOU 1972:15 s. 154.

meddelats genom lag."[188] Detta motsvarade alltså en stor del av riksdagens lagstiftningsmakt och innebar att lagstiftningsområdet vidgas betydligt. Förslaget innebar att föreskrifter om medborgarnas rättigheter och skyldigheter mot det allmänna och om förhållandet i övrigt mellan enskilda och det allmänna skulle lämnas i lag. Det spelade därvidlag ingen roll om det var fråga om lagstiftningen för individen var gynnande eller inte. Allt vad som görs till människornas bästa, det vill säga välfärdsstatens prestationer, skulle också regleras i lag.[189]

Vid en jämförelse med Författningsutredningens betänkande är SOU 1972:15 mycket kortfattat och innehåller få analyser av hur rättighetsskyddet ser ut i andra länder eller hur det har tett sig i Sverige.[190] Att resultatet är en kompromiss är tydligt, även om meningsskiljaktigheterna inte redovisas med en sådan tydlighet som skulle underlätta förståelsen för utredningens arbete. Herlitz' kritik av Grundlagberedningens arbete formulerades i skarpa ordalag. I SOU 1972:15 fann han "få glimtar ur den folkens gemensamma tankevärld där det ryms så mycket av tankar och erfarenheter om författningars gestaltning."[191] Han menade också att de stramt nationella perspektiven vidare inte tar vara på de svenska nationella erfarenheterna, det vill säga att den historiska bakgrunden fram till gällande rätt och rådande praxis försummades.[192] Konstitutionen hade blivit en fråga för jurister att syssla med. "Det hör med till bilden, att det inom statskunskapen, där ett statsrättsligt intresse förr odlades väl så mycket inom juristskråret, numera

---

188 SOU 1972:15 s. 154.

189 På denna punkt kritiserades förslaget kraftigt av Herlitz, se densamme, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 534 f. Samtidigt kan man se att tankesättet finns kvar idag. Traditionen påbjuder att stora förändringar inom välfärdens område regleras genom lagstiftning på det obligatoriska lagområdet, vilket egentligen inte krävs enligt grundlagen. Arbetslöshetsförsäkringen är i dag reglerad i lag (1997:238) om arbetslöshetsförsäkring. För de personer som har omfattats av lagens tillämpningsområde, men inte längre gör det, blir konsekvensen att deras inkomstskydd regleras i förordningar. Se till exempel förordning 2007:414 om jobb- och utvecklingsgarantin.

190 Herlitz skriver apropå detta: "Man får inte sällan intryck av ett arbete på jungfrulig mark, med vår tids språk, nya tankar och nya uttryckssätt som redskap. Det är stora problem som en sådan omvandling reser, särskilt då man tänker på hur en nutidspräglad produkt kan fungera i en oviss framtid." Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 514.

191 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 754. Med Tuoris begrepp skulle Herlitz' tankar kunna illustrera "rättens normativa djupstruktur", se Tuori, K, *Från ideologikritik till kritisk positivism* s. 7.

192 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 754. Herlitz poängterar dock att remissinstanserna framhöll dessa viktiga perspektiv, vilket dock inte lämnade några spår i beredningens arbete. Se SOU 1965:2 samt bilagan till prop. 1973:90.

finns tendenser att i en tjänst hos en förment realism se bort från rättsliga företeelser."[193]

Vad som kan vinnas med en ny regeringsform presenteras av Författningsutredningen,[194] en fråga som Grundlagberedningen inte går in på. Författningsutredningen diskuterar också regeringsformens betydelse för medborgarnas bildning men också strävan att anpassa regeringsformen efter det politiska livets realiteter. Dessa tankar återkommer inte i Grundlagberedningens arbete. Grundlagberedningens förslag till ny regeringsform som återfinns i SOU 1972:15 skiljer sig därför en hel del från det förslag som Författningsutredningen lade fram.

Om det sätt på vilket Grundlagberedningen behandlar *internationella överenskommelser* skriver Herlitz: "Regleringen av traktaträtten och därmed sammanhängande ämnen har konfronterat GB med svårbedömda problem rörande förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt, mellan traktater och lagstiftning, mellan internationella organisationer och nationella organ o.s.v. Den kan knappast lastas om den befinnes inte ha trängt till botten med dem, desto hellre som svenska författare på senaste tid inte gått lika djupt in i dem som t.ex. danska och norska (särskilt med sikte på EEC)."[195] Däremot kritiseras utredningen för bristande respekt för EKMR, särskilt avseende de krav konventionen ställer på frihetsberövanden:

> […] att det intresse, som ägnas människornas förhållande till det allmänna, ingalunda enbart gäller deras frihet från tvång eller välfärdsstatens prestationer, eller över huvud människorna såsom objekt för statens verksamhet. Medborgarnas aktivitet i allmänna angelägenheter har också blivit ett ämne av stor vikt. […] Man talar om ökad "frihet". Men ordet pekar vilse, liksom då rösträtten beskrivs som "politisk frihet". Det gäller mera: inflytande och makt och därmed förenat ansvar.[196]

1950 undertecknade Sverige nämligen EKMR och redan året därpå ratificerades konventionen.[197] Ratifikation ansågs kunna ske utan att svensk lag behövde ändras. Genomslaget i nationell rätt blev dock begränsat i och med att Sverige är ett dualistiskt land.[198] Reglerna i konventionen blev därför endast riktmärken för lagstiftaren, eftersom EKMR inte inkorporerades i nationell rätt. År 1966 erkände Sverige Europadomstolens

193 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 755.
194 SOU 1963:17 på s. 38 ff.
195 Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 546.
196 Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 559.
197 Prop. 1951:165 och prop. 1953:32.
198 Jämför NJA 1973 s. 438 och RÅ 1974 ref. 61.

jurisdiktion.[199] Ratificeringen av EKMR fick fram till 1980-talet en mycket begränsad betydelse i fråga om grundlagsskyddet för rättigheter.[200] Hänvisningen till EKMR fördes in i 2 kap. 23 § RF först år 1995.[201]

Herlitz noterar 1973 att det blivit vanligare att grundlagsfästa sådant som staten skall prestera i medborgarnas intresse, särskilt i välfärdsstatens tecken: hälso- och sjukvård, social omvårdnad, utbildning, tillgång till arbete och bostad, lån, bidrag, understöd m.m. Han finner det svårt att i grundlag kunna bestämma vad som skall presteras och därför är målsättningsstadganden lämpliga. Han skriver vidare: ”Sådana måste bedömas rent politiskt och är ur juridisk synpunkt jämförelsevis ointressanta.”[202] En fråga som däremot är intressant är vad individens frihet egentligen betyder och hur den skall skyddas genom grundlagen. Detta har varit en obehandlad fråga i svenska grundlagssammanhang. Den enskildes frihet behandlas i kommittébetänkandena från 1941, 1963 och 1972 och Herlitz beklagar den kortfattade behandling som Grundlagberedningen gör. Här ser han också en skillnad mellan Sverige och andra länder, där grundlagarnas skydd för medborgarna utgör själva kärnan i den offentliga rätten. Men detta visar sig inte i de svenska utredningarna och förarbetena. Utländsk rätt och andra länders erfarenheter lyser med sin frånvaro, även om vissa upplysningar lämnas. [203] Samma sak kan konstateras i 2008 års utredning.

2.2.7 1974 års regeringsform

Författningsutredningens föreslog att de grundläggande rättigheterna skulle stadgas i ett eget kapitel. Grundlagberedningen ansåg däremot att rättighetsreglerna var anvisningar till *lagstiftaren* om lagens innehåll och lät därför stadgandena ingå i kapitlet om lagar och lagstiftning respektive

---

[199] Domstolens behörighet erkändes för begränsad tid (om fem år i taget) fram till år 1996. Därefter har inte Europadomstolens jurisdiktion varit föremål för tidsbegränsning avseende Sverige, prop. 1995/96:126 s. 3 och 8. Se också prop. 1966:33 s. 4 f. och prop. 1990/91:79 s. 5 f. Möjligheten för enskilda att klaga hos Europarådskommissionen erkändes i och med Sveriges ratifikation av EKMR, men den politiska debatten angående Europadomstolens roll var mycket animerad enligt Petrén, G, a.a.s. 23.

[200] Under 1980-talet fälldes Sverige vid ett flertal tillfällen i Europadomstolen. Domarna gav upphov till flera stora reformer i det svenska rättssystemet. Ett mycket tydligt exempel är rätten till domstolsprövning (artikel 6 EKMR) som inneburit en förändrad syn på och praxis inom förvaltningsrätten. Rätten till rättvis rättegång föreslår nu Grundlagsutredningen skall ingå i 2 kap. RF, se SOU 2008:125 s. 419 ff.

[201] Prop. 1993/94:117.

[202] Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 758.

[203] Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 759.

kapitlet om domstolar och förvaltning.[204] Kritiken blev mycket hård mot förslaget under den remissbehandling som följde.[205] Flera remissinstanser önskade EKMR skulle få genomslag i regeringsformen och att Sveriges omfattande internationella åtaganden borde tas i beaktande.[206] Andra remissinstanser lyfte fram att ett målsättningsstadgande rörande de sociala rättigheterna borde tas upp till ny behandling.[207]

I prop. 1973:90 återfinns ett eget kapitel, ”Grundläggande fri- och rättigheter”. Kapitlet var dock mycket kort och bestod av endast fyra paragrafer. De politiska fri- och rättigheterna och skyddet mot expropriation samlades i 2 kap. I 8 kapitlet (om normgivning) togs förbudet mot retroaktiv strafflagstiftning, mot landsförvisning av svensk medborgare och mot berövandet av svenskt medborgarskap in. Regeringen lade in målsättningsstadgande rörande sociala rättigheter i 2 kap. inledande paragraf, vilken åtföljdes av en regel i form av målsättningsstadgande om arbetstagares rätt till inflytande i anställningsfrågor och rätt till anställningstrygghet. Departementschefen framhåller att grundlagens uppgift är att bestämma formerna för den samhälleliga verksamheten.[208] *Petrén* tolkar detta som att tanken om att grundlagen också skall reglera förhållandet mellan samhällsmedlemmar och den stat de bildar inte återfinns i grundlagen.[209] I propositionen till 1974 års regeringsform framförs alltså att man borde reglera ett mindre antal fri- och rättigheter som allmänt anses vara av *särskild* betydelse.[210] Uttalandet är intressant med tanke på att flera remissinstanser framfört att Grundlagberedningens val av grundlagsstadgade rättigheter var väl mycket inriktat på politiska fri- och rättigheter.[211]

Konstitutionsutskottet utarbetade det slutliga förslaget och resultatet blev att 2 kap. innehöll fem paragrafer, där de fyra inledande reglerade politiska fri- och rättigheter 5 § slog fast rätten till fackliga fri- och rättigheter. Regeringens tanke att föra in målsättningsstadganden rörande välfärdsstaten och anställningstryggheten ströks. 2 kapitlet i 1974 års RF innehöll en § 4 som stadgade att rättigheternas innehåll skulle regleras närmare genom vanlig lag, vilket innebar att riksdagsmajoriteten bestämde

---

204 SOU 1972:15 s. 156 ff. Delar av 16 GRF ansågs vara viktig att behålla i fråga om normmässighet. Den togs in i förslagets inledande kapitel 8 §.

205 Se prop. 1973:90, bilaga 3 s. 122 (om medborgerliga fri- och rättigheter), s. 170 (om 1 kap. 8 §), s. 199 (om 7 kap.) samt s. 234 (om 10 kap.). Jämför Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 756.

206 Prop. 1973:90 bilaga 3 s. 124.

207 Prop. 1973:90 bilaga 3 s. 124.

208 Prop. 1973:90 s. 194.

209 Jämför Petrén, G, a.a.s. 27.

210 Prop. 1973:90 s. 195.

211 Prop. 1973:90 bilaga 3 s. 125. Jämför Herlitz, N, *Regeringsformen och folket* s. 761.

rättigheternas definition.[212] I 8 och 11 kap. inkluderades vissa andra rättigheter, enligt den uppdelning som Grundlagberedningen hade föreslagit. *Lagprövningsrätten* ansågs, som tidigare, framgå av förarbetena, varför den inte skrevs in i regeringsformen.[213] Utskottet enades om att hos regeringen begära en ny utredning rörande grundlagsstadgade fri- och rättigheter.

Den nya RF kom alltså att likna förslaget som den tingstenska utredningen hade lagt fram redan 1941, utom avseende de sociala rättigheterna. Men rättighetsskyddet i 1974 års RF var begränsat för medborgaren. Dess främsta skydd fanns i det faktum att *rättighetsbegränsningar var tvungna att beslutas av lagstiftaren*. Därmed blir diskussionerna offentliga och en debatt om rättigheterna äger rum. Problem kan dock uppstå när regeringens föreslagna inskränkningar godtas omedelbart av riksdagen och debatt uteblir.[214]

2.2.8 Fri- och rättighetsutredningen – närmare om utvecklingen av målsättningsstadganden i 1 kap. 2 § RF

1973 års rättighetsutredning var en specialutredning som arbetade under stark tidspress och de politiska konflikterna om hur rättigheterna skulle hanteras kvarstod. Betänkandet Medborgerliga fri- och rättigheter var klart redan under hösten 1975. Socialdemokraterna hade till viss del övergett tidigare åsikter som gått ut på att rättigheter för enskilda var en onödig begränsning av makthavarnas möjlighet att fatta goda beslut samt att det är fel att domstolar skall utöva kontroll över de folkvaldas beslut. En ny § 2 infördes i 1 kap. RF som hade till syfte att vara vägledande för den offentliga maktens utövare och genom vilken välfärdsstaten skulle garanteras. Petrén skriver: ”I målsättningsstadgandet har infogats de s.k. positiva rättigheterna, som ingen lag kan garantera, därför att deras realiserande är helt avhängigt av samhällsresurserna, rätten till arbete, bostad, social trygghet, vård, god omvårdnad, god levnadsmiljö etc.”[215] Målsättningsstadgandet har ingen förpliktande verkan och Petrén skriver: ”Det kan dessutom diskuteras om det är principiellt riktigt att i en demokratisk grundlag avsedd att gälla en längre tid lägga fast vissa delvis

---

212 Det fanns också andra regler av rättighetskaraktär i regeringsformen, till exempel förbudet att strafflagstifta retroaktivt. Petrén, G, a.a.s. 27.

213 Prop. 1973:90 s. 200.

214 Petrén, G, a.a.s. 28. Petrén noterar också problemet med övergångsbestämmelsernas p. 6; rättighetsinskränkningar som *ej* var gjorda i lagform före 1975 var fortsatt giltiga. Se också Sterzel, F, *Den nya författningen* s. 603 f. och 606 ff.

215 Petrén, G, *a.a.*s. 29.

tämligen tidsbestämda politiska målsättningar."[216] Han tillägger också att det är ett problem att de dömande instanserna inte har någon tradition av att övervaka grundlagens efterlevnad och att svenska domare anser att grundlagen inte angår dem.[217]

Regeringen hade i 1973 års proposition tagit med målsättningsstadganden, men genom kompromiss i KU bestämdes det att dessa inte skulle föras in i RF. Fri- och rättighetsutredningen fick till uppgift att behandla frågan om dessa stadganden och föreslog en mer utförlig reglering än den regeringen fört fram 1973. Den föreslogs innehålla positiva rättigheter (rätt till arbete, rätt till utbildning, bostad etc.) men också negativa rättigheter som skydd för den enskildes privat- och familjeliv. Redan Författningsutredningen kunde konstatera att demokrati enligt svensk grundlag utgörs av den fria åsiktsbildningen och den allmänna och lika rösträtten. Fri- och rättighetsutredningen lägger till att demokratin behöver en viss materiell standard för de enskilda individerna för att kunna fungera. Vissa sociala och ekonomiska rättigheter sågs som nödvändiga och betydelsefulla för att medborgarna skulle ha möjlighet att delta i det demokratiska livet och för att upprätthålla intresset för demokratin. Därmed utgjorde välfärdssträvanden en del av den politiska demokratin.[218] "Paragrafen kan sägas utgöra en materiell motsvarighet till 1 § i kapitlet. I 1 § är det väsentligen de statsrättsliga grundvalarna för vår politiska demokrati som slås fast. I den föreslagna 2 § anges fundamentala värderingar – med bred anslutning inom samhället – att ligga till grund för beslutens *innehåll*."[219]

Fri- och rättighetsutredningens åsikt är att demokratibegreppet är vidare än enbart allmän och lika rösträtt och fri åsiktsbildning *såvitt avser motiveringen av målsättningsstadgandena*.[220] När de bindande rättigheterna i 2 kap. motiveras, så använder sig Fri- och rättighetsutredningen av ett icke ekonomiskt demokratibegrepp. Opinionsfriheterna är nödvändiga för demokratin som styrelseform och då räcker det med att använda den snävare demokratitermen.[221] Algotsson anser att en alternativ tolkning skulle kunna vara att målsättningsstadgandet är en *förutsättning* för demokratin och inte en del av demokratidefinitionen.[222]

Enligt Fri- och rättighetsutredningen skiljer sig sociala rättigheter från "klassiska" fri- och rättigheter på så sätt att de ålägger det allmänna att vidta

---

216 Petrén, G, a.a.s. 30. Jämför Grundlagsutredningen, SOU 2008:125 s. 749.
217 Petrén, G, a.a.s. 31.
218 SOU 1975:75 s. 13, 37, 89, 93, 163 f. och 183 f.
219 SOU 1975:75 s. 184.
220 SOU 1975:75 s. 183.
221 SOU 1975:75 s. 187. Algotsson, K-G, a.a.s. 161 f.
222 Algotsson, K-G, a.a.s. 162.

åtgärder. Utredningen ansåg att det var omöjligt att garantera att varje medborgare fullt ut får den service som han eller hon önskar. Det allmänna måste också kunna hantera det faktum att samhällets resurser är begränsade och att val mellan konkurrerande intressen måste göras. Utredningen menade att det var ogörligt att reglera dessa avvägningar i grundlagen.[223]

Ett alternativ skulle kunna vara att skriva in en skyldighet för staten att hålla en viss *miniminivå* på servicen, vilket dock avfärdades av utredningen.[224] Målsättningsstadganden var också det man tyckte sig se i internationella konventioner som reglerar sociala rättigheter och i andra länders grundlagar.

Socialdemokraterna var starkt pådrivande i fråga om målsättningsstadganden för sociala rättigheter, men de önskade inte inkludera några bindande regler om positiva rättigheter. Sådana ansågs kunna hota utvecklingen av en stark välfärdsstat, då dessa riskerade att bli stela och bakbinda politiska reformer. Att i grundlag bestämma en miniminivå ansågs inte ge en rättvisande bild av den successivt ökande satsningen på det sociala området.[225] Värt att notera är att det styrande partiet, socialdemokraterna, motsatte sig bindande, såväl positiva som negativa rättigheter, i grundlagen.[226] Rättigheterna sammanfördes i kap. 2 RF och utökades med skydd mot diskriminering samt krav på domstolsoffentlighet, upphovsrätt samt skydd mot tortyr och kroppsstraff.[227] Begränsning av rättigheter fick ske genom lag på det sätt som förslagets 2 kap. 12-15, 17 och 18 §§ ställde upp, där bland annat begränsningen skulle vara godtagbar i ett demokratiskt samhälle. Ett krav på att rättighetsbegränsade lag skulle antas genom kvalificerad majoritet avfärdades av majoriteten, med hänvisning till att det skulle leda till en förskjutning av den parlamentariska makten som bestämts genom val.[228] Dessa förslag infriades genom 1976 års reform.[229] Utredningens förslag att skriva in lagprövningsrätten i regeringsformen godtogs dock inte i senare

---

223 SOU 1975:75 s. 183.

224 SOU 1975:75 s. 139 f.

225 SOU 1975:75 s. 163 f.

226 Algotsson, K-G, a.a.s. 165 och 194 f. För högern var rättigheter som skyddades i grundlag ett sätt att värna demokratin, medan socialdemokraterna ansåg att rättigheterna indirekt kunde skada folkstyret då det skulle kunna försvåra genomförandet av reformer.

227 SOU 1975:75 s. 20.

228 SOU 1975:75 s. 100. Åsikten delades av departementschefen, se prop. 1975/76:209 s. 89. Han var dock positivt inställd till en fortsatt utredning av frågan.

229 Utredningens förslag var i dessa frågor det som sedan beslutades i riksdagen, jämför prop. 1975/76:209. Jämför lag (1976:871) om ändring i regeringsformen. Om sociala rättigheter, se a. prop. s. 86 och 127 ff.

beredning av frågan.[230] Den blev dock aktuell än en gång i den utredning som tillsattes år 1977.

2.2.9 Rättighetsskyddsutredningen

I början av 1977 tillsattes Rättighetsskyddsutredningen som året därpå presenterade sitt betänkande *Förstärkt skydd för fri- och rättigheter* (SOU 1978:34).[231] De två stora förändringar som utredningens arbete medför är dels att lagprövningsrätten kodifieras,[232] dels att ett särskilt förfarande för begränsningar av rättigheter införs.

Rättighetsskyddsutredningen föreslog alltså ett särskilt förfarande för lagstiftning som begränsar rättigheter. På yrkande av tio riksdagsledamöter skulle förslag på sådan lagstiftning vila i tolv månader. Om 5/6 majoritet ansåg att förslaget skulle träda i kraft, så skulle dock förslaget antas på en gång. Dessutom föreslog utredningen att förslag om ändring av grundlag skulle väckas minst tio månader före det riksdagsval som skulle föregå det slutliga beslutet i ärendet. Ett vilande grundlagsändringsförslag skulle underställas folkomröstning om en tredjedel av riksdagens ledamöter begärde det.[233] Reformen medförde den utformning av rättighetsbegränsningar som vi har än i dag i regeringsformen.

Som vi har kunnat se sågs rättighetsreglering fortfarande som något nytt i Sverige, även under 1970-talet. Det är med små steg som lagstiftarna grundlagsfäste rättigheter för de enskilda. Som en röd tråd kan vi se att medborgarens *delaktighet* och gemenskap i kollektivet skall ge skydd åt *kollektivets* medlemmar. Detta är en av förklaringarna till att rätten till hälsa, rätten till bostad och rätten till social omsorg inte inkluderats i regeringsformens rättighetskapitel, vilket vi har anledning att återkomma till.

2.2.10 Ord på vägen…

I många länder har man för vana att se sin rätt mot bakgrund av grundlagsprinciper, medan det i Sverige är lagstiftningen som utgör utgångspunkten för den konstitutionella analysen. Men studiet av gällande rätt är inte nog, även om den blir utgångspunkten. Gällande rätt kan ju

230 Prop. 1975/76:209 s. 91 ff. och 200 ff.
231 Lag (1979:933) om ändring i regeringsformen, prop. 1978/79:195.
232 Om lagprövningsrätten, se SOU 1978:34 s. 103 ff.
233 SOU 1978:34 s. 83.

ändras.[234] Människors relationer till det allmänna är i dag komplicerade och man måste vid författande av grundlag räkna med problematiska situationer.[235] Mer än trettio år senare är dessa relationer än mer komplicerade.

Om man tar till allt för abstrakta termer, så kommer det att bli svårt att tolka och tillämpa fri- och rättighetsstadgandena. Till skillnad från andra länder, har inte Sverige någon långvarig praxis i vilken termernas innebörd bestämts. Herlitz skriver: ”Ty hos oss är orden nya och oprövade och därmed särskilt utsatta för det öde som så lätt drabbar abstrakta ord, särskilt av honnörsordens typ: fast var och en gärna tror att hans mening är den enda riktiga, förstås de gärna, när de skall analyseras ordentligt, på mycket olika sätt.”[236] Och vidare: ”Just i grundlagsbud, som tänkts som riktade omedelbart till folket, är det betänkligt att bjuda på en frihet som inte i allo skall tas på allvar – kanske betänkligare än att kläda den i svårtillgänglig form.”[237]

Det har varit karakteristiskt för svensk rätt, att man uppfattat myndighetsutövning i dess olika former (riksdagens, regeringens, domstolars och förvaltningsmyndigheters) som giltig. Ju mer omfattande grundlagsskyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna blir, ju mer ifrågasätts det allmännas regelgivning.[238] Och det är just i detta som den svenska rättighetstraditionen nu omdanas då folkrätten och framför allt gemenskapsrätten för in ett historiskt perspektiv, en ny terminologi, nya rättigheter och nya perspektiv på lagprövning;

> Vare sig man tänker sig en helt ny regeringsform eller ej, måste man i många stycken önska nya, friska grepp. Jämte den alltid oumbärliga historiska synen, riktad bakåt och mot en okänd framtid: en mera realistisk blick för vad som nu är problematiskt och väsentligt, en tillbörlig frihet gentemot abstrakta principer. Alltsedan författningsarbetet började, har det kunnat sägas att det kräver en grogrund av ökat intresse, djupare eftertanke, livligare meningsutbyte kring konstitutionella frågor.[239]

Förändringen som nu föreslås i SOU 2008:125 i *lagprövningsfrågan* är ett trendbrott i den konstitutionella rätten i Sverige. Lagprövningsrätten grundlagsfästes, som ovan konstateras, först år 1980. Huruvida en sådan

---

234 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt s.* 766. Även Bull noterar den starka bundenhet till gällande rätt som regeringsformens förarbeten påvisar, se Bull, T, *Mötes- och demonstrationsfriheten* s. 402.

235 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 767.

236 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 769.

237 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 770.

238 Herlitz, N, *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt* s. 772.

239 Herlitz, N, *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag* s. 565.

faktiskt existerade hade diskuterats flitigt i såväl utredningar som doktrin under de decennier som föregick kodifieringen. Grundlagsutredningen föreslår att uppenbarhetsrekvisitet i nuvarande RF 11 kap. 14 § tas bort och ersätts med en erinran om att folksuveräniteten och lagbundenhet skall beaktas vid normprövning, särskilt då det är fråga om föreskrifter som riksdagen beslutat.[240] Denna politiskt känsliga förändring beror till viss del på den påverkan EKMR och EG-rätten har haft på den svenska konstitutionella rätten.[241] En allt större del av normerna beslutas utanför den svenska riksdagen, men är ändå underkastade kontroll av svenska domstolar.

Lika politiskt känsligt har införandet av ett *målsättningsstadgande* som för in sociala rättigheter i regeringsformen varit. Diskussionen rörande dessa två grundlagsfrågor har på sätt och vis hängt samman. Det har funnits en rädsla för att en i grundlagen inskriven lagprövningsrätt begränsar den politiska makten och leder till en större domstolskontroll. På samma sätt har sociala rättigheter inte ansetts kunna vara grundlagsstadgade rättigheter som individer har rätt att, via domstol, kräva av det allmänna. Analysen av vad 1 kap. 2 § 2 st. RF kan få för konkret betydelse är dock kortfattad i utredningarna och propositionerna som diskuterats i denna text. Detta knappa resonemang bekräftas med tystnad i SOU 2008:125. Vi kan därmed konstatera att de sociala rättigheternas status i skrivande stund inte analyseras eller problematiseras i det svenska grundlagsarbetet.

2.3 Kanada

2.3.1 En konstitutionell skiss

År 1931 blev Kanada självständigt från det brittiska styret genom att Storbritannien avsade sig rätten att stifta lag i Kanada utan kanadensiskt samtycke.[242] Det juridiska arvet efter det brittiska styret är påtagligt, även om den konstitutionella historien också visar på franska influenser i och med den särställning Quebec eftersträvat och uppnått.[243] Den brittiska påverkan visar sig främst på det sättet att Kanada är ett land med tradition av common law, där sedvana och de högsta instansernas domar har en särställning. Den parlamentariska demokratin grundar sig än i dag på

[240] SOU 2008:125 s. 379 ff.

[241] SOU 2008:125 s. 371.

[242] Kanadensiskt medborgarskap infördes först år 1947.

[243] Jämför Quebec Act (1774), Constitution Act (1791), Meech Lake Accord (som dock aldrig trädde i kraft, men som skrevs 1987), samt Charlottetown accord (1992).

oskrivna regler som principen om att landets regering är ansvarig inför parlamentet för de handlingar som den verkställande makten vidtar. Landet har en federal struktur som befästes i och med 1867 års konstitution.[244]

Kanada har inte *ett* dokument som i sig kan sägas utgöra konstitutionen. Det närmaste är Constitution Act från 1867, som från början kallades British North America Act 1867. Detta dokument skapade ett federalt system genom att fördela makten mellan det nya kanadensiska parlamentet och delstaterna (provinserna). Parlamentets makt begränsades enligt en lista där den federala makten räknades upp. Varje provins hade sin egen lagstiftande makt vars kompetens var begränsad till territorium och ämne enligt 1867 års Act. Men detta dokument bröt inte helt med kolonialmakten. Initiativet att förena kolonierna i Nordamerika kom från kolonialmakten själv och det var också den som författade 1867 års Act.[245] Efter 1867 fortsatte frigörelseprocessen långt in på 1900-talet. 1867 års Act gjorde det nödvändigaste i minsta möjliga mån; den etablerade Kanada som en konfederation, i syfte att låta det nya landet få en konstitution som liknade den som Storbritannien hade.[246]

Ett dokument som har lika stor betydelse som det från 1867 är *Constitution Act från 1982*. Även det författades av det brittiska parlamentet. Dokumentet kom till i syfte att råda bot på avsaknaden av en möjlighet i 1867 års Act att göra tillägg till det dokumentet, vilket hade inneburit att alla tillägg fram till 1982 i Kanada hade gjorts av det brittiska parlamentet (även om dessa tillägg var tvungna att godkännas av Kanada). Det andra skälet var att det inte fanns någon Bill of Rights i 1867 års Act. Genom 1982 års Canada Act avslutade det brittiska parlamentet sin lagstiftningsmakt över Kanada.[247] *Constitution Act* från 1982 medger att Kanada får göra tillägg till konstitutionen. Den definierar vilka dokument som utgör Kanadas konstitution, men konsoliderar inte dessa.[248] Enligt artikel 52 avses med ”constitution” Constitution Act 1867, Canada Act 1982, Constitution Act

---

244 Kanada är av intresse att studera vid en diskussion kring rättighetsskydd på olika nivåer då det är en federation. Den federation som etablerades genom 1867 års konstitution var mycket centraliserad, men innehöll också viktiga regler rörande Quebec, såsom det franska språkets särställning samt Quebecs rätt att ha sin franska rättstradition skyddad. Vidare har även delstaterna egna rättighetskataloger, något som leder till att Kanada är ett land med ett ”konstitutionellt” rättighetsskydd på flera nivåer. Se Nyman, O, *Utländska statsskick* s. 15 samt 140.

245 Hogg, P W, *Canada: From Privy Council to Supreme Court* s. 55.

246 Hogg, P W, a.a.s. 56.

247 Hogg, P W, a.a.s. 56.

248 Leane, GWG, *Enacting Bills of Rights: Canada and the Curious Case of New Zealand's "Thin" Democracy* s. 160. Se också Meekison, P, *The Amending Formula* s. 99. Om förändringar av Constitution Act, se densamme, a.a.s. 107 f.

1982 och 29 andra dokument varav de flesta är tillägg till Act 1867.[249] Den innehåller också den kanadensiska *Stadgan* för rättigheter och friheter (Charter of Rights).

2.3.2 En federal välfärdsstat

Den federala regeringen ansvarar för Kanadas utrikespolitik och andra frågor som tidigare beslutades av den brittiska regeringen. Mellan 1867 och 1982 ändrades konstitutionen enbart fyra gånger, genom tillägg. Tre av dessa tillägg till konstitutionen som gjorts fram till 1982 rör vissa sociala frågor som det federala parlamentet fick befogenhet att bestämma över. I och med dessa ändringar är det på federal nivå som lagstiftning rörande arbetslöshetsförsäkring, ålderspensioner samt tilläggsstöd rörande dessa pensioner tas.[250] Samarbetet mellan staterna har också visat sig i en enhetlig lagstiftning som grundar sig i form av avtal mellan delstaterna. Till exempel har Canada Assistance Plan (senare ersatt av Canada Health and Social Transfer[251]) inneburit att delstaterna åtagit sig att ge socialbidrag till var och en som befinner sig i delstaten och som har behov att få hjälp med det mest basala.[252] Kanada är en federation av delstater och federalismen är en starkt närvarande princip i det kanadensiska politiska livet.[253] Federalismen påverkar också hur normprövning går till i Kanada. Den juridiska kontrollen är viktig, då maktdelningen mellan delstaterna och det federala styret ofta ger upphov till konflikter rörande kompetenser. Domstolarna måste därför granska lagstiftningen. En annan aspekt på det federala styret är att det är svårt att uppnå enighet mellan delstatsregeringarna och den federala regeringen när det kommer till frågor om deras respektive intressen och maktbefogenheter. Detta blir ännu tydligare när det handlar om konstitutionella reformer.[254]

---

[249] Konstitutionen från år 1982 förenar alltså flera olika konstitutionella dokument, se artikel 52 i Constitutional Act från 1982 (Canada Act 1982, de dokument som hänvisas till i bilagan till konstitutionen samt samtliga därtill tillhörande dokument). Tillägg kräver i dag att båda kamrarna i parlamentet godkänner samt att sju av tio provinsparlament godkänner med minst 50 procent av ledamöternas röster.

[250] År 1940, 1951 respektive 1964.

[251] Vilket för övrigt kom att kritiseras av FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i Concluding observations (1998), punkten 19, då pengarna som den federala staten bidrog med till denna lags förverkligande kom att minskas kraftigt.

[252] Jämför *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] S.C.R.607 samt *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1993] S.C.R.1080.

[253] Leane, GWG, a.a.s. 159.

[254] Leane, GWG, a.a.s. 159.

Efterkrigstiden har för Kanadas del inneburit en stor social medvetenhet på både federal och delstatlig nivå. Delstaterna har varit aktiva i skapandet av en välfärdsstatlig lagstiftning som fokuserar på utbildning, hälsa och allmän välfärd och som lett till stora sociala reformprojekt. Den federala regeringen har använt sina befogenheter inom finansmakten till att starta program inom områden som egentligen hör till delstaternas interna kompetens. Genom att bidra till kostnaden för dessa reformer har den federala regeringen kunnat styra, åtminstone till viss del, det delstatliga lagstiftningsarbetet.[255] Resultatet är idag att den federala regeringen har stort inflytande på sociala frågor, som egentligen är en fråga för delstaterna.[256] Leane påpekar att skapandet av Stadgan var en process som i stor utsträckning leddes av en motiverad federal premiärminister. Delstaternas premiärministrar var avvaktande. Leane menar att processen härrörde från dessa nyckelpersoner, inte folket.[257] Det allmänna intresset och stödet från det allmänna var alltså begränsat. Det fanns dock en generell känsla av att något måste göras i dyningarna av den folkomröstning som hölls år 1980 i Quebec, där delstatens självständighet behandlades.[258] Tanken på att den federala makten i Quebec skulle bli allt svagare, övriga delstaters avoghet till att låta Quebec få en särskild status i federationen bidrog till en önskan att stadgan skulle kunna bidra till att ge grunden till en ny nationell enighet, en symbol för och kodifiering av gemensamma värden.[259]

Den konstitutionella reformen år 1982 har lett till att domstolarna avgör fler fall rörande grundläggande rättigheter. Det kan konstateras att Kanada i dag ser en domstolsaktivism som i sin tur influerats av medborgarrättsrörelsen i USA. [260] I Kanada tog den dock formen av en rörelse för ekonomiska och sociala rättigheter.[261]

---

255 Sjukvårdsområdet är en sådan fråga. Kanada har fram till idag ett av världens mest generösa sjukvårdssystem inom den offentliga sektorn. Delstaterna är ensamma ansvariga för den lagstiftning de väljer att anta, men samtidigt är det viktigt att ha i åtanke att den federala regeringens erbjudande om att bidra med pengar inte var villkorslöst. De program delstaterna antog skulle uppfylla vissa villkor för att den federala regeringen skulle bidra till dessas förverkligande. Kraven bestod i att programmet skulle vara administrerat av det allmänna, tillgängligt för och tillämpbart på alla, och fördelarna programmen gav skulle kunna utkrävas även i andra delstater.

256 Se Privy Council's Office, Government of Canada, på:
http://www.pco-bcp.gc.ca/aia/default.asp?Language=E&Page=Home.

257 Leane, GWG, a.a.s. 155 s. 158 och s. 163.

258 Leane, GWG, a.a.s. 156.

259 Leane, GWG, a.a.s. 160.

260 Leane, GWG, *a.a.*s. 163.

261 Epp, C R, *The Rights Revolution* s. 159 f.

Domstolarnas makt har genom reformen ökat, vilket lett till att juridiken på ett nytt sätt kommit in på den politiska arenan. Domstolarnas ökade makt medför också att ”social movements” mobiliseras.[262]

2.3.3 Rättighetsskyddet i Kanada

Kanadas fri- och rättighetsstadga[263] trädde i kraft år 1982. I och med antagandet av denna stadga måste såväl federal som delstatlig lagstiftning respektera de rättigheter som rättighetsstadgan innehåller. Stadgan tillämpas på det federala parlamentet, Kanadas regering samt lagstiftare och regering i varje delstat.[264] Dessa institutioner måste respektera Stadgan i all verksamhet, vilket följer av artikel 32. Den är inte avsedd att tillämpas mellan enskilda, men betydelsen av detta har visat sig vara svår att precisera i rättspraxis. Rättighetsstadgan garanterar religionsfrihet, yttrandefrihet, föreningsfrihet, rösträtt, rörelsefrihet, rättvis rättegång, equality rights, franska och engelska språkrättigheter. Dessa rättigheter genomdrivs genom ”sanction of nullification of any law or official act that is held to be in breach”, vilket har lett till en explosion av domstolsprocesser sedan 1982.[265]

Kanadas fri- och rättighetsstadga är kortfattad och inbegriper till största delen medborgerliga och politiska rättigheter. Trots detta har Supreme Court[266] en omfattande praxis rörande ekonomiska och sociala rättigheter.[267] Supreme Court grundar sin kompetens på lag antagen av Kanadas parlament. Domstolen består av 9 domare, varav tre måste komma från Quebec. De flesta fall som rör rättigheterna i Stadgan avgörs i plenum. Supreme Court är den högsta domstolen för såväl federala som delstatsdomstolar. Den har domsrätt i alla slags mål oavsett fråga och oavsett om det är fråga om federal eller konstitutionell rätt. Den tar upp ca 100 mål per år till prövning, varav en tredjedel är konstitutionellrättsliga.

---

262 Smith, M, *Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada* s. 329.

263 Canadian Charter of Rights and Freedoms.

264 Artikel 32.

265 Hogg, P W, a.a.s. 58. Före 1982 hade den federala Supreme Court endast ett par fall per år att avdöma. De fallen rörde federala lagar och huruvida dessa kränkte maktdelningen enligt 1867 års Act.

266 Fram till 1949 var den högsta instansen i det kanadensiska rättssystemet Judicial Committee of the Privy Council, London, England. Supreme Court hade dock grundats 1875. Via kommitténs avgöranden etablerades viktiga maktdelningsprinciper som till exempel att den federala nivåns befogenheter skall tolkas restriktivt. Jämför Mac Cormick, N, *The Post-sovereign State* s. 142.

267 Om en delstat inte är nöjd med hur domstolen beslutat, så kan delstaten ansöka om ett tillägg till konstitutionen, se artikel 92 A Constitution of 1867 samt artikel 50 Canada Act.

Domstolen svarar också på referensfrågor från Kanadas regering.[268] Supreme Court avgör ca 20 fall per år som rör tolkning av Stadgan. De flesta fall beror på att rättigheterna är vagt formulerade.

I Stadgans artikel 1 återfinns en *begränsningsklausul*, som slår fast att stadgans rättigheter kan begränsas inom skäliga gränser som är godtagbara i ett fritt och demokratiskt samhälle:

> *Artikel 1 Guarantee of Rights and Freedoms*
>
> The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

Det är domstol som ytterst bestämmer när en begränsning kan ske och artikel 1 blir också tillämplig i så gott som alla mål rörande stadgan. De kriterier domstolen använder sig av är: 1) om syftet med lagen är tillräckligt viktigt, 2) om det finns en rationell koppling mellan lagen ifråga och ändamålet med lagen, 3) om inskränkningen i rättigheten är så liten som det bara går, 4) att lagen inte får oproportionerligt svåra effekter.[269] Frågan om *maktdelning*, *budget och ekonomiska resurser* i förhållande till ett jämlikhetsprogram avseende lönesättning analyserades av Supreme Court i *Newfoundland (Treasury Board) mot N.A.P.E.*[270] Delstatsregeringen i Newfoundland och Labrador bestämde 1988 att ingå ett avtal som skulle innebära löneökningar för kvinnor som arbetade i den offentliga sjukvården. Löneökningarna ansågs viktiga för att låta en grupp arbetstagare få en lön som kunde anses som jämställd i förhållande till andra statliga arbetstagare (lika lön för lika arbete). Tre år senare antogs en lag som innebar att 24 miljoner kanadensiska dollar inte skulle behöva betalas ut inom ramen för 1988 års avtal.[271] Skälet till detta var, enligt delstaten att dess finanser var så dåliga att situationen kunde ses som krisartad. Delstaten hade dittills aldrig upplevt en svårare ekonomisk kris.[272] Supreme Court kom fram till att artikel 15 hade kränkts i och med antagandet av 1991 års lag. Men, då artikel 1 i rättighetsstadgan tillåter rättighetsbegränsningar som är skäliga och

---

[268] Ett sådant exempel gällde frågan om parlamentet kunde lagstifta om samkönade äktenskap, se *Re Same-Sex Marriage* [2004] 3 SCR 698.

[269] Hogg, P W, a.a.s. 70. Bedömningen uppvisar stora likheter tillåtna begränsningar av rättigheter i såväl 2 kap. 12 § RF som EKMR. För Europadomstolens sätt att hantera begränsningar av rättigheter i EKMR, se avsnitt 3.3.2.

[270] *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, [2004] 3 S.C.R.

[271] Inga pengar hann betalas ut.

[272] Den finansiellt ansträngda situationen innebar bland annat lönestopp inom den offentliga sektorn samt att sjukhusresurser drogs in.

försvarliga i ett fritt och demokratiskt land, gick domstolen vidare för att se om en sådan situation var för handen i detta fall.

I tidigare praxis (*Oakes*-fallet[273]) hade domstolen nämligen ställt upp ett antal kriterier för att en begränsning skall anses vara godtagbar. Till att börja med måste *begränsningslagstiftningen anses ha ett tillräckligt viktigt syfte* och detta syfte *måste kunna förverkligas med hjälp av lagstiftningen* i fråga. Vidare får inte lagstiftningen begränsa rättigheten mer än *nödvändigt* och det måste råda *proportionalitet* mellan lagstiftningens effekter och syftet med lagen. Slutligen skall en helhetsbedömning av *begränsningens effekter i förhållande till syftet med lagen* vägas mot varandra. Domstolen kom fram till att staten hade valt ett sätt att hantera situationen som respekterade dessa villkor och att 1991 års lag var en acceptabel begränsning enligt artikel 1. I domen understryks också att det endast är i exceptionella fall som budgeten kan utgöra hörnstenen i ett rättighetsbegränsande resonemang, särskilt som rättigheterna i stadgan blivit formulerade och utvalda av politikerna som de främsta värdena i det konstitutionella systemet. På så sätt har också politikerna accepterat att domstolen säger sitt om deras politiska val.[274]

Supreme Court väljer också att kommentera om *maktdelning* bör anses vara en del av testet enligt artikel 1. Domstolen understryker att den i sin dömande verksamhet bör ge en dom som är öppen för att ta hänsyn till minoritetsgruppers åsikter och att den i sina domar inte är skyldig att följa något slags demokratiskt majoritetsresonemang, på så sätt spelar domstolen en helt annan roll än den lagstiftande och dömande makten. Artikel 1 är också att se som en aspekt av maktdelning, eftersom den i sig själv begränsar lagstiftarens suveränitet. Sålunda är det inte domstolen som sätter gränserna, utan den beaktar enbart (i sitt dömande) det som konstitutionen anger vara begränsningar av lagstiftarens befogenhet.[275] Domstolen är alltså nödvändig i detta sammanhang; annars finns risk att rättigheterna i stadgan urholkas helt genom att den verkställande respektive lagstiftande makten prövar sig själva. Supreme Courts slutsats är att testet i fallet *Oakes* är tillräckligt specificerat och att någon extra maktdelningsaspekt inte behöver läggas till testet. Maktdelningen följer nämligen redan implicit av både testet och själva konstitutionen.

Frågan om *genomdrivande* av stadgans rättigheter hanteras i 1982 års act genom artikel 52 som anger att lagar som strider mot Kanadas konstitution (inklusive stadgan) skall ha ”no force and effect”. Artikel 24 ger vidare

---

273 *R v. Oakes* [1986] 1 S.C.R. 103.

274 Tillgängliga resurser enligt budget kan lätt ändras och prioriteringarna måste respektera stadgan.

275 Jämför Sydafrikas Constitutional Courts avgörande i målet CCT 8/02 *TAC*, se nedan avsnitt 2.5.5.4.

domstolar rätt att utdöma en lämplig och rättvis ”remedy” när stadgan inte respekteras, till exempel skadestånd. Supreme Court har uttalat att domstolen själv har rätt att reparera det konstitutionella fel som lagen är behäftad med om det kan göras med några få ord.[276] Supreme Court har också förklarat att domstolar har rätt att läsa in nya ord i lagen, trots att dessa inte finns inskrivna, när det är fråga om en enkel lösning och inte något klart alternativ till rättsmedel fanns.[277] Enligt Hogg har Supreme Court tillskansat sig mycket stor konstitutionell makt som går att jämföra med makten att göra författningstillägg.[278]

2.3.4 Ett ”klassiskt” system med en ”klassisk” syn på sociala rättigheter?

2.3.4.1 Konstitutionella rättigheter

Supreme Court har i mål som rör sociala rättigheter utgått ifrån artiklarna 1, 7 (rätten till liv, frihet och fysisk säkerhet)[279] och 15 (rätten till jämlikhet) [280]. Ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har i kanadensisk domstolspraxis i stort i många fall ansetts utgöra beståndsdelar av nämnda artiklar. De är dock inte uttryckligt inskrivna i grundlagen, vilket är en svag punkt då det inte kan *garanteras* att domstolar inkluderar dem i dessa rättigheter. Grundläggande rättigheter kan tillämpas på ett diskriminerande sätt, varför det finns en risk att de som faktiskt behöver skydd inte får det. Den positiva, materiella delen av jämlikhet återfinns i artikel 15 tack vare domstolspraxis.

Den första artikeln anger att stadgan skyddar de fri- och rättigheter som följer av Stadgan samt hur rättigheterna kan begränsas. Rätten till liv garanteras genom artikel 7 och allas likhet inför lagen i artikel 15:

> *Artikel 7 Right to Life*
>
> Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

---

276 Se *R v. Hess* [1990] 2 SCR 493.

277 Hogg, P W, a.a.s. 71. Se *Vriend v. Alberta* [1998] 1 SCR 493. Rättsmedlen är preciserade i Sydafrikas konstitution, jämför diskussion nedan avsnitt 2.5.3.2. I Sverige börjar diskussionen om rättsmedel att föras så smått, främst tack vare påverkan från Europadomstolens praxis och EKMR.

278 Hogg, P W, a.a.s. 71.

279 Artikel 7 är till sin lydelse mycket lik FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, se förklaringens artikel 3.

280 Artikel 15 trädde i kraft först den 17 april 1985, jämför artikel 32 p. 2.

Artikel 15 Equality Rights

> 1. Every individual is equal before and under the law and has the right to equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.
>
> 2. Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Rättighetsstadgan har lett till en allt större aktivitet hos domstolarna, då all lagstiftning inte enbart måste respektera reglerna inom sin jurisdiktion (federalt eller delstatligt) utan också stadgans bestämmelser.[281]

2.3.4.2 Begränsningar av rättigheter

Unikt med stadgan är den s.k. *override clause*, artikel 33. Denna artikel ger parlamentet/lagstiftaren rätt att undvika stadgans begränsningar genom att införa en ”notwithstanding clause” (utan hinder av) i en lag. Klausulen slår fast att lagen skall tillämpas utan hinder av stadgan och är i kraft under fem år. Klausulens tillämpning kan därefter förlängas flera gånger var femte år. Därmed ges delstaterna och det federala parlamentet rätt att anta lagar som kringgår stadgans tillämpning. Artikeln är resultatet av en kompromiss som var nödvändig för att rättighetsstadgan skulle införas i konstitutionen, men har i realiteten använts ytterst sällan.[282] Supreme Court har ansett att förekomsten av en sådan klausul i en lag betyder att lagen inte kan bli föremål för normprövning.[283] Undantagen skall preciseras i lagen. Rösträtten och valbarheten (artikel 3), rörelsefriheten och rätten att välja boningsort (artikel 7), stadgandena om de språkliga rättigheterna (artikel 16-23) och allmänna stadganden som gäller minoritetsrättigheter och jämställdhet mellan könen kan dock inte inskränkas genom artikel 33, vilket har sin grund i Quebecs önskemål att värna delstatens särskilda kultur och traditioner under reformarbetet med Stadgan. En kodifierad rättighetsstadga låg dessutom väl i linje med den juridiska tradition delstaten ansågs sig ha, med rötterna i det franska. Quebec valde dock att inte skriva under tillägget om artikel 33, då delstaten i stället önskade se att ett förslag om

---

281 Däremot kan det inte sägas att maktfördelningen som sådan mellan federal och delstatlig nivå påverkats direkt; artiklarna 91–95 i 1867 års konstitution är fortfarande gällande.

282 Hogg, P W, a.a.s. 69.

283 Se målet *Ford v. Quebec* [1988] 2 S.C.R. s. 712, på s. 740.

folkomröstningar i delstaterna i stället.[284] Artikeln har inte inneburit några större begränsningar för domstolarnas verksamhet. Det är främst Quebec som åberopat artikeln medan övriga delstater varit mycket tveksamma till att åberopa den.[285]

Artikel 33 kom till för att ge konstitutionen ett slags säkerhetsventil för det fall att en utdragen konflikt mellan domstolarna och parlamenten skulle uppkomma.[286] Konstitutionellt är denna artikel ovanlig.[287] Den relativt sparsmakade användningen av artikel 33 kan också tyda på att artikeln inte fått det genomslag och den effekt den var tänkt att ha när den skrevs.[288]

2.3.5 Viktigare avgöranden sedan 1982

2.3.5.1 Inledning

I detta avsnitt kommer jag att studera hur rätten till socialt bistånd, rätten till bostad samt rätten till hälsa tolkas in i artiklarna 7 och 15 genom domstolspraxis sedan den nya konstitutionen antogs år 1982. Inledningsvis kommer Supreme Courts syn på internationella konventioner till skydd för mänskliga rättigheter att behandlas. Även påverkan från den amerikanska konstitutionella rätten kommer att beröras, innan jag närmare diskuterar den materiella betydelsen av rätten till liv, frihet och säkerhet samt jämlikhet.

2.3.5.2 Allmänt om domstolens tolkningsunderlag

Supreme Court började använda sig av tolkningsmaterial som härrörde från utlandet och andra rättsordningar i och med att rättighetsstadgan trädde i kraft. Stadgan är delvis inspirerad av den amerikanska konstitutionen, varför USA:s Supreme Court har tjänat som inspiration och tolkningskälla. Men, som Hogg lyfter fram, så följer inte Kanada det amerikanska exemplet fullt ut. Artikel 1 och artikel 33 har inte några motsvarigheter i USA:s konstitution och dessa kom till delvis för att tillse att det skulle skapas en

---

[284] McMurtry beskriver ingående hur förhandlingarna gick till mellan delstaterna och den federala regeringen. Han konstaterar också att motståndet mot folkomröstningar från övriga delstater var mycket stort, då dessa ansåg att en folkomröstning skulle kringskära delstatsparlamentens makt. McMurtry, R, *The Search for a Constitutional Accord – A Personal Memoir* på s. 65.

[285] Leane, GWG, a.a.s. 162.

[286] Delstaterna Alberta, Saskatchewan och Yukon har använt sig av möjligheten en gång var, medan Quebec gjort det hela 14 gånger. Se Choudry, S, *Book reviews* s. 385.

[287] Jämför dock Storbritanniens Human Rights Act.

[288] Se Centre for Research and Information on Canada, paper 5, april 2002, på http://www.cric.ca. Sidan besökt 2006 02 25.

egen kanadensisk praxis.[289] Supreme Court själv slog också fast att den kanadensiska respektive amerikanska konstitutionen föddes i två olika länder, i olika tider och under olika omständigheter.[290] Skillnaden mellan de två länderna är nu stor och den kanadensiska praxisen ger rättigheterna en bredare tolkning än dess amerikanska motsvarighet. Även referenser till rättskällor från Storbritannien, Australien och Nya Zeeland förekommer i Supreme Courts domar. Dessa har dock ingen Bill of Rights och stora skillnader råder mellan dessa länder och Kanada. Det förekommer också hänvisningar till IKMPR och MR-kommittén. EKMR och Europadomstolens domar var inspirationskällor till stadgan när den skrevs. Det går därför att finna hänvisningar till dessa i Supreme Courts domar.[291]

Tanken att skapa en *egen* praxis för rättigheter återspeglas också i de enskilda domarna. Konstitutionens språk tillämpas på nutida förhållanden och idéer oavsett om grundlagsfäderna hade haft en sådan tillämpning i åtanke eller inte. Konstitutionens historia blir därmed en startpunkt för tolkningen, men blir inte avgörande när dynamiska regler tolkas. Ju längre tiden går, desto svagare blir den historiska betydelsen, eftersom grundlagsfädernas åsikter blir allt mindre relevanta för nutida förhållanden.[292]

2.3.5.3 Folkrättens påverkan på sociala rättigheter i domstolspraxis

Baker v. Canada[293] visar på flera viktiga principiella frågor. Fallet gällde en kvinna som fått beslut om utvisning från Kanada. Hon hade minderåriga barn som var födda i Kanada och ansökte därför, på grund av humanitära skäl, om att få ett undantag från kravet att på nytt ansöka om uppehållstillstånd från hemlandet. Hon var i behov av vård, vilken hon inte kunde få i sitt hemland och hon var bekymrad över hur hennes barn skulle klara sig utan henne. Supreme Court upphävde det utvisningsbeslut som målet handlade om då den ansåg att de värden som internationella mänskliga rättigheter står för inte hade respekterats av beslutsfattaren. Särskilt allvarligt var det att FN:s barnkonvention inte tagits i beaktande.

I målet diskuterar Supreme Court *internationella konventioners ställning* i förhållande till kanadensisk lag och till domstolarnas verksamhet. Kanada är

---

[289] I de fall motsvarande rättigheter finns i den amerikanska konstitutionen, har de kanadensiska domstolarna intagit en generösare hållning gentemot rättigheterna. Men i och med begränsningsklausulen i artikel 1 så behöver inte en generös tolkning av en rättighet betyda att lagen blir ogiltigförklarad. Den kan fortsätta att gälla som en skälig begränsning av rättigheten.

[290] Hogg, P W, a.a.s. 81; *R v. Keegstra* [1990] 3 S.C.R. 697, på s. 740.

[291] Hogg, P W, a.a.s. 82.

[292] Hogg, P W, a.a.s. 87.

[293] *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817.

ett dualistiskt land och internationella fördrag måste därför implementeras via en kanadensisk rättsakt. Domstolen ansåg trots detta att internationella konventioner ändå spelar en roll vid tolkningen av grundlagen genom konventionskonform tolkning,[294] varför hänsyn skall tas till FN:s barnkonvention och till FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter.[295]

Internationella människorättskonventioner gäller inte som lag i Kanada, vilket har föranlett Supreme Court att uttala att människorättskonventionerna utgör de värden som ligger till grund för själva stadgan och att delegerad beslutsmakt måste utövas i enlighet med dessa värden. Målet *Slaight Communications Inc. v. Davidson*[296] behandlade en arbetstagares rätt att få ett rekommendationsbrev av sin forna arbetsgivare som han blivit orättmätigt uppsagd av. Arbetstagaren (en försäljare) klagade på uppsägningen enlig arbetsrättlig lagstiftning. Domaren i målet beslutade att arbetsgivaren skulle skriva ett rekommendationsbrev till sin tidigare anställde. Domaren preciserade att brevet skulle innehålla uppgifter om den tidsperiod under vilken den anställde hade haft arbetet, vilka försäljningsuppdrag han haft och hur mycket han hade sålt samt att domare beslutat att den anställde var orättvist uppsagd. Vidare beslutades att vid eventuella frågor till den forne arbetsgivaren om försäljarens utförda arbete så skulle arbetsgivaren skicka rekommendationsbrevet som svar. Arbetsgivaren ansåg att dennes yttrandefrihet (artikel 2 b) Stadgan) kränktes genom domen, vilket också blev den fråga som Supreme Court hade att ta ställning till. Supreme Court ansåg att domaren i målet hade handlat i enlighet med de krav som sätts upp av artikel 1 i Stadgan. Målet med domen var legitimt, nämligen att motverka de effekter som det orättvisa avskedandet gav upphov till. Supreme Court hänvisar till målet *R v. Edwards*:

> In interpreting and applying the Charter I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.[297]

---

294 Se a.dom, p. 69–70. Jämför med uttalandet som FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter gör i general comment nr 9, p. 15, och som lyfter fram fördragskonform tolkning som viktig i förverkligandet av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter: ”Guarantees of equality and non-discrimination should be interpreted, to the greatest extent possible, in ways which facilitate the full protection of economic, social and cultural rights.”

295 A. dom, p. 69 och 71.

296 *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

297 *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 s. 779. Citatet återfinns i *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R.1038 s. 1051.

Utsatta och sårbara grupper blir alltså en huvudfråga för domstolen och arbetstagare utgör en sådan grupp. Supreme Court varnar för att domstolar ”konstitutionaliserar” en ojämlik maktbalans på arbetsplatser.[298] Det ansågs som proportionerligt att inskränka arbetsgivarens yttrandefrihet, med hänvisning till arbetets betydelse för arbetstagarens välbefinnande. Vidare framhöll Supreme Court tidigare rättspraxis som förklarar att rättigheterna och rättighetsbegränsningarna i Stadgan motiveras av värden som hör ett fritt och demokratiskt samhälle till. Den mänskliga värdigheten och samhällets engagemang i social rättvisa och jämlikhet utgör sådana värden. Därför måste också rättigheter som skyddas i den kanadensiska stadgan tolkas i enlighet med Kanadas internationella förpliktelser för mänskliga rättigheter, såsom till exempel IKESKR. Presumtionen är att Stadgan ger åtminstone samma skyddsnivå som de internationella människorättskonventionerna.[299]

Samma sak anförde domaren i målet *Reference Re Public Service Employee Relations Acta*. Rätten till jämlikhet samt rätten till liv, frihet och fysisk säkerhet är ”hybridrättigheter”, med de ord som Supreme Court själv valt att använda.[300] De har både negativa som positiva dimensioner och medför en *förväntan* på att sociala och ekonomiska rättigheter kan inkluderas i dessa brett formulerade stadganden, vilka måste tolkas i enlighet med Kanadas internationella åtaganden.

Dunmore v. Ontario (Attorney-General)[301] aktualiserade det som inom folkrätten brukar omnämnas som “retrogressive measures”, det vill säga åtgärder med retroaktiv verkan. I skyldigheten att förverkliga rättigheterna under FN-konventionerna ingår en plikt att *inte* vidta åtgärder som innebär att det uppnådda rättighetsskyddet minskas.[302] De internationella konventionerna nämns inte uttryckligen i domen, men fallet behandlar lagstiftningsåtgärder med retroaktiv verkan. Ett tidigare parlament i Ontario hade beslutat att anta en lagstiftning som innebar att rätten att organisera sig fackligt samt att vidta stridsåtgärder vidgades till att omfatta arbetstagare inom jordbrukssektorn, vilka tidigare inte haft facklig föreningsfrihet. Föreningsfriheten återfinns i Stadgans artikel 2 d). När så den politiska majoriteten i delstaten ändrades efter val, beslutade den att dra tillbaka den nya lagstiftningen som precis trätt i kraft.

Supreme Court ansåg att det fanns en stark grund för ett generellt lagligt skydd för föreningsfriheten och att arbetsrättens utveckling i Kanada

---

298 *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038 s. 1052.

299 *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038 s. 1056–1057.

300 *Schachter v. Canada* [1992] 2 S.C.R. 679 på s. 721.

301 *Dunmore v. Ontario (Attorney-General),* [2001] 3 S.C.R. 1016.

302 Se nedan avsnitt 3.2.3.2.3.

illustrerade att även den fackliga föreningsfriheten skulle ha detta skydd. Domstolen menade därför att det inte spelade någon roll om det *inte* fanns något uttalat krav i konstitutionen på att en skyddslagstiftning för den fackliga friheten skall finnas. Det räcker med att en grupp utestängs från ett allmänt skydd, vilket också skett i detta fall, för att föreningsfriheten skall anses påverkad.[303] Ontarios lagstiftning förklarades vara i strid med Stadgan.

2.3.5.4 Rätten till liv, frihet och säkerhet för personen, artikel 7

I *Irwin Toy Ltd v. Quebec*[304] kom domstolen till slutsatsen att rätten till säkerhet för sin person, som den stadgas i artikel 7, kan inbegripa ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, men däremot inte rättigheter för juridiska personer.[305] Den kanadensiska konsumentskyddslagstiftningen förbjöd vid denna tid reklam riktad mot minderåriga. Irwin Toy Ltd menade att lagen stred mot artikel 7 då den åtföljdes av fängelsestraff som sanktion, artikel 7i en formulering för vag för att kunna uppfylla kraven på begränsning i artikel 1. Supreme Court konstaterar att lagstiftningen inte kan bedömas som otydligt formulerad i förhållande till artikel 7.[306] Vidare lyfter domstolen fram att svaga grupper behöver ett positivt skydd från statens sida medan andra grupper och individer är i en position där de framför allt önskar se att staten inte handlar i fråga om deras fri- och rättigheter. Företaget kunde inte åberopa artikel 7, eftersom artikel 7 skyddar en *persons* rätt till liv och säkerhet och i det ingår inte ett företags ekonomiska rättighet. Detta understryks också av att företags rättigheter inte heller är upptagna i de internationella människorättskonventionerna. Konventionernas artiklar till skydd för sociala och ekonomiska rättigheter kan dock ses som beståndsdelar i stadgan.

Domstolen hänvisar också till faran i att den kanadensiska stadgan blir ett instrument för redan etablerade grupper och att den som sådan riskerar att bli ett medel för att bortprioritera lagstiftning syftande till att förbättra svaga gruppers utsatthet.[307] Domstolsprövningen är viktig för svaga grupper då de, enligt domstolens synsätt, har mindre möjligheter att påverka lagstiftaren än etablerade grupper i samhället har. Därför, menar domstolen,

---

303 Samtidigt har det framförts att arbetsrätten till alltför stor del blivit undantagen från Supreme Courts granskning. Choudry menar att det är en stor vinst för den kanadensiska staten. Se Choudry, S, *Book reviews* s. 384.

304 *Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927.

305 A. dom s. 1003 f.: ”Corporate commercial economic rights must be distinguished from economic rights recognized in international human rights documents. The former do not enjoy constitutional protection in Canada, but this does not preclude protection of rights such as the right to shelter or the right to security.”

306 A. dom s. 1001.

307 *Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General)*, [1989].

måste domstolarna vara medvetna om att *lagstiftaren representerar folket i dess vidaste mening – även de mindre bemedlade*. Detta gäller särskilt när lagstiftning rörande marginaliserade grupper kommer i fråga och därav följer att domstolen måste kräva mer av lagstiftaren än att lagstiftaren gör det minsta möjliga i förhållande till de samhälleliga behov som föreligger.

2.3.5.5 Materiell jämlikhet, artikel 15

Vriend v. Alberta[308] gällde artikel 15 och handlade om skyddet för mänskliga rättigheter i delstaten Alberta. Supreme Court kom fram till att detta skydd också skulle inkludera skydd från diskriminering på grund av sexuell läggning i fråga om anställning, boende och tjänster. Vidare konstaterade domstolen att den konstitutionella granskningen gäller såväl det allmännas handlingar som dess underlåtenhet .[309] Stadgan har antagits i demokratisk ordning och ålägger domstolen ansvaret att upprätthålla och skydda konstitutionella rättigheter i det nya sociala kontrakt som Kanada nu har.[310] *Vriend*-målet innebar att delstatslagstiftning måste ge möjlighet till klagomål för fall av diskriminering på grund av sexuell läggning. Alberta valde att inte använda sig av artikel 33 för att kringgå Supreme Courts beslut.[311]

Artikeln ger alltså uttryck för en positiv skyldighet på så sätt att det allmännas *underlåtenhet* att handla kan utgöra diskriminering. Albertas lagstiftning i fråga om mänskliga rättigheter blev kritiserad av domstolen då sexuell läggning inte nämns i jämlikhetsklausulerna och därför ansågs nämnda lagstiftning strida mot stadgan. *En substantiell jämlikhetsanalys* görs, enligt domstolen, genom att man jämför gruppen som behöver skydd (homosexuella) med den grupp som inte behöver skydd (heterosexuella). På så sätt kommer domstolen fram till att frånvaron av sexuell läggning som diskrimineringsgrund ger oproportionerligt stora konsekvenser för de homosexuella i jämförelse med de heterosexuella. På så sätt nekas den svagare gruppen substantiell och reell likhet inför lagen.[312]

---

308 *Vriend v. Alberta*, [1998], 1 S.C.R. 493.

309 *Vriend v. Alberta*, [1998], 1 S.C.R. 493, p. 56–64.

310 *Vriend v. Alberta*, [1998], 1 S.C.R. 493, p. 56.

311 Smith, M, *Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada* s. 341.

312 Året därpå avgjorde domstolen ett mål, *M. v. H.*, [1999] S.C.C, där en heterosexuell definition av ”spouse” (maka) ansågs strida mot artikel 15. Domstolen tar hänsyn till vilket slags intresse som är i fråga och hur pass sårbar den berörda gruppen är. Den bedömer också hur lagstiftningen behandlat gruppen tidigare i historien (det vill säga om den blivit särbehandlad av det allmänna). Slutligen så tar domstolen hänsyn till om statens intresse i att forma socialpolitiken skulle hotas. Återigen är det en substantiell bedömning som görs. Jämför Smith, M, a.a.s. 342. Målet har lett till att federal lagstiftning i familjerätt erkänner samkönade förhållanden och så även de flesta delstater.

Kanada är ett dualistiskt land med en tradition av common law, vilket aktualiserar implementering av mänskliga rättigheter i den nationella rätten. FN:s ESK-kommitté har preciserat implementeringsfrågor i *general comment no 9, the domestic application of the Covenant*, vilket analyseras närmare nedan i avsnitt 3.2.3.2.3. Kommittén framhåller i sina Concluding observations rörande Kanada (1993) följande:

> The Committee notes, in particular, that the courts have applied section 15 of the Charter to extend parental benefits and security of tenure in the field of housing. The Committee was informed that the process of interpretation of the Charter is still in its early stages, but that its provisions and the interpretations adopted by the Supreme Court in early cases suggest that Canadian courts will give full consideration to the rights in the Covenant when interpreting and applying the Canadian Charter of Rights and Freedoms.[313]

Citatet visar att de kanadensiska domstolarnas tillämpning av den relativt nya stadgan får ett positivt gensvar hos kommittén. Däremot har Kanada fått kritik av kommittén för att inte garantera tillräckliga rättsmedel för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Bristen på rättsmedel har motiverats av att rättigheterna i fråga är målsättningar för den politiska maktens arbete och därför inte prioriteras på samma sätt som medborgerliga och politiska rättigheter.[314] Kommittén har förklarat att rätten till jämlikhet måste tolkas, så långt det är möjligt, på ett sådant sätt att den ger effektiva rättsmedel mot kränkningar av samtliga rättigheter.

2.3.5.6 Särskilt om rätten till socialt bistånd

Supreme Court gav lägre domstolar en möjlighet att utveckla praxis rörande artikel 7 genom avgörandet Irwin Toy Ltd, men underinstanserna var avvaktande. En vändpunkt var när målet *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*[315] togs upp i Supreme Court. I målet anförde Gosselin att nivåerna av socialt bistånd var inadekvata för förmånstagare under 30 år som inte deltog i arbetsträningsprogram. Denna grupp levde i fattigdom och det låga biståndet för personer i en viss ålder kränkte såväl artikel 7 som artikel 15 enligt klaganden. Domstolen ansåg, med 9 röster mot 7, att artikel 7 inte var tillämplig på fallet. I domen diskuterades huruvida den lägre nivån kunde motiveras som ett incitament för individerna att delta i arbetsprogram.[316] Samtidigt var det positivt att domstolen inte kategoriskt uteslöt krav på en

---

313 Paragraf 5, E/C.12/1993/5. Se även Concluding observations, 10/12/98, paragraf 4 (E/C.12/1/Add.31).

314 Paragraf 40, E/C.12/1/Add.31.

315 *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429.

316 *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, p. 41–44.

adekvat biståndsnivå från artikelns tillämpningsområde, vilket regeringen och lägre domstolsinstanser hade fastslagit var fallet.

Majoriteten kom här fram till att det inte förekom någon diskriminering gentemot en ung (under 30) ensamstående kvinna som nekats socialbidrag. Däremot hade det varit fråga om diskriminering om klaganden inte hade haft möjlighet att delta i ett sysselsättningsprogram av något slag.[317] Skiljaktige domaren Arbour menade att artikel 7, det vill säga rätten till liv, medför en skyldighet för staten att ge stöd till alla personer som befinner sig i nöd,[318] särskilt för en person som Gosselin eftersom en strikt syn på artikel 7 som en negativ rättighet gör att artikeln över huvud taget inte blir tillämplig för henne. Hotet mot hennes personliga säkerhet, menar Arbour, kommer inte ifrån andra (eller staten) utan från hennes egna personliga livsomständigheter. I ett sådant fall blir artikel 7 endast meningsfull om den inbegriper en skyldighet för staten att agera. Majoriteten håller inte med Arbour, men antyder att en dylik tolkning av artikel 7 kan komma att bli aktuell i framtiden.[319]

Till Ontarios Court of appeal överklagades *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social services)*,[320] som handlade om flera fall där socialt stöd för ensamstående dragits in av myndigheterna sedan det visat sig att personerna sammanbodde med andra. Enligt Ontarios lagstiftning rörande socialt bistånd ändrades år 1995. Före 1995 motsvarade begreppet sammanboende i sociallagen det begrepp som användes inom ramen för familjerättslig lagstiftning, vilket betydde att ett par var sammanboende om de levt tillsammans under tre års tid. Den nya sociallagstiftningen ändrades till en presumtion att när två personer av motsatt kön levde tillsammans så var de ett par.[321] För ett sammanboende par, var bidragsreglerna annorlunda. Detta drabbade Falkiner. Hon var ogift, ensamstående mor och fick därför bistånd. Hon träffade en man som flyttade in hos henne, vilket innebar att bidraget drogs in innan paret hade bott tillsammans ett år. Själv sade hon att relationen var ny och att det inte fanns någon ömsesidig överenskommelse om hur deras respektive finansiella situation skulle hanteras.

Domstolen hänvisar till Supreme Court och understryker därmed vikten av att studera vilka *effekter* lagstiftningen medför i diskriminatoriskt

317 *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, p. 47.

318 *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, p. 353.

319 *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, p. 82 och 83.

320 *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social services)*, [2002], 59 =.R. (3d) 481 (C.A.). Domen överklagades till Supreme Court, men togs inte upp till prövning, enligt beslut 2004 09 01, ärende nr 29294.

321 Domstolen kallar den nya regeln för ”spouse in the house rule”, *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social services)*, [2002], 59 =.R. (3d) 481 (C.A.), p. 2.

hänseende, inte enbart hur lagen var tänkt att användas. Vidare skall lagen vägas mot den grundläggande tanken bakom artikel 15, nämligen mänsklig värdighet.[322] Kontentan av domstolens bedömning är att diskrimineringen i detta fall inte enbart gällde det faktum att svarandena var socialbidragstagare och kvinnor, men också att de var *ensamstående mödrar*, vilket enligt domstolen är en analog grund till diskriminering.[323] I *Falkiner*-målet vidgade överklagandeinstansen de sociala förmånerna (bistånd) till ensamstående mödrar som nekats förmånen på grund av ”spouse in the house-regeln” i delstatslagstiftningen. Domstolen fann nämligen att biståndsmottagare inte skulle tvingas in i ett ekonomiskt beroende på ett tidigt stadium av en relation eller berövas grundläggande nödvändigheter med hänvisning till en definition av ”spousal relationship” som enbart används i förhållande till biståndsmottagare.[324]

2.3.5.7 Särskilt om rätten till hälsa

Chaoulli v. Quebec[325] aktualiserade *rätten till liv och säkerhet för personen* (artikel 7) i relation till tillgång till sjukvård inom viss tid. Kanadas utvecklade regelverk kring sjukvård kom här att bli en domstolsfråga. Till skillnad från USA, där privata sjukförsäkringar dominerar sjukvården, har Kanada ett system som mer liknar de europeiska ländernas i syfte att ha en bred garanti för vård, finansierad via skattesystemet. Domstolen menade att ett förbud mot privat sjukförsäkring, i det fall då det fanns väntelistor inom vården tillhandahållen av det allmänna, stred mot artikel 7 i konstitutionens rättighetsstadga.[326] Förbudet motiverades med att privat försäkring skulle undergräva den allmänna sjukvården. En majoritet av domstolens ledamöter ansåg att det var fråga om en kränkning av rätten till liv och personlig säkerhet att inte låta mer bemedlade personer få välja privat vård. Domstolen framförde också att när det allmänna väljer att inrätta ett system för hälsovård, så måste detta vara överensstämmande med stadgan. Det underströks också att stadgan inte innehåller någon rätt till hälsa.[327] Domstolen var dock inte enig vad gäller tillämpligheten av artikel 7. I grunden låg också en fråga om vem som har talerätt inför domstolen. Frågorna domstolen hade att ta ställning

---

322 A. dom, p. 65. Se också Hogg, P W, a.a.s. 89.

323 A. dom, p. 78, 92 och 93.

324 *Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social services)*, [2002], 59 =.R. (3d) 481 (C.A.), p. 84.

325 *Chaoulli v. Quebec*, 2005 S.C.C. 35.

326 Kommittén för mänskliga rättigheter kritiserar Kanada i dess Concluding observations (07/04/99), paragraf 12 och menar att Kanada inte respekterar artikel 6 i Konventionen för de civila och politiska rättigheterna då landet inte gjort tillräckligt i fråga om sjukdom som uppkommit till följd av hemlöshet. (CCPR/C/79/Add.105).

327 *Chaoulli v. Quebec*, 2005 S.C.C. 35, p. 104.

till rörde ett allmänt intresse varför domstolen använde sig av ett test från tidigare praxis[328] för att se om klaganden hade rätt att anhängiggöra klagomålet vid domstolen. Villkoren var i detta fall uppfyllda, det vill säga klaganden kunde visa att det var en allvarlig fråga, att de antingen var direkt berörda av frågan alternativt att de har ett intresse i saken i egenskap av medborgare samt att det inte fanns något annat effektivt medel för dem att tillgå för att få sin sak prövad.[329]

Frågan om *statens skyldighet att handla* och att *tillföra resurser* så att jämlikhet inför lagen kan uppnås ställdes på sin spets i fallet *Eldridge v. British Columbia.*[330] Fallet är också intressant utifrån rätten till hälsa. Det var fråga om döva personers rätt att få hjälp av en dövtolk för att kunna tillgodogöra sig information från sjukvårdspersonal när de sökte sjukvård. Staten (British Colombia) hade inte velat finansiera ett program för inrättande av dövtolkar för just dessa sjukvårdssituationer. Supreme Court slog fast att rätten till jämlikhet innebär att staten har en *positiv skyldighet* att skjuta till de nödvändiga resurser som krävs för att jämlikhet skall uppstå i en hälsovårdssituation, det vill säga för att garantera en jämlik tillgång till vården. Statens argument, att den enbart har en skyldighet gentemot allmänheten i stort (som tillgodosetts genom hälsovårdslagstiftning), vann inte gehör hos domstolen. Domstolen menade att statens argumentation visade på en begränsad syn på rättigheterna i artikel 15. Problemet bestod i den *delegerade beslutskedjan*, inte i själva lagstiftningen, eftersom lagstiftningen inte anger detaljerna i varje beslutssituation för myndigheterna.[331] Här kan vi se en mer *substantiell* än formell likhet inför lagen och jämlikhet. Domstolen menar också att kostnaden för det allmänna är så liten att det inte motsvarar den begränsning av dövas rättigheter som beslutet medfört.[332]

Eldridge-målet uppvisar en liknande skälighetsbedömning som Sydafrikas Constitutional Court valt att anta i relation till boende och hälsa.[333] I målet framhöll regeringen att domstolar inte skall ålägga det allmänna positiva skyldigheter avseende fördelningen av det allmännas medel. Domaren svarar

---

328 *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575.

329 Domen bekräftar sambandet mellan rätten till hälsa och rätten till liv genom att domstolen slår fast att den förra är en del av den senare.

330 *Eldridge v. British Columbia (Attorney-General),* [1997] 3.S.C.R. 624.

331 Supreme Court valde också att göra en ”declaration” som går ut på att myndighetsbeslutet ifråga ersätts under sex månader. På så sätt rättas den konstitutionellt otillfredsställande situationen till och staten får ett halvår på sig att finna en ny lösning, se *Eldridge v. British Columbia (Attorney-General),* [1997] 3.S.C.R. 624, p. 95 och 96.

332 Jämför med artikel 1 i Stadgan, se *Eldridge v. British Columbia (Attorney-General),* [1997] 3.S.C.R. 624, p. 92 och 93.

333 Se nedan avsnitt 2.5.5.5, angående målen *Grootboom* och *TAC* i Sydafrikas Constitutional Court.

följande: ”They assert, in other words, that governments should be entitled to provide benefits to the general population without ensuring that the disadvantaged members of society have the resources to take full advantage of those benefits. In my view, this position bespeaks a thin and impoverished vision of s. 15 (1).”[334] Domstolen kan alltså granska hur förenligt lagstiftarens val är med stadgan och om så krävs bestämma en lämplig “remedy”. [335]

Fyra år efter att *Eldridge*-fallet avgjordes avkunnade Supreme Court dom i *Auton (Guardian ad litem of) mot British Columbia (Attorney General)*.[336] Denna dom kontrasterar *Eldridge*-fallet. *Auton* handlade om autistiska barns rätt att få ovanlig och kostsam beteendeterapi, vilket klagandena menade att staten skulle bekosta. Domstolen konstaterar här att staten inte har någon skyldighet att tillgodose önskemålet ifråga och, framför allt, att det inte kan vara fråga om diskriminering om det inte finns någon grupp att jämföra den klagande gruppen med.[337] Vidare konstaterar Supreme Court att *Eldridge*-fallet inte går att använda i *Auton*-fallet, eftersom det förra utgår ifrån att en existerande lag tillämpas på ett diskriminerande sätt (ett krav i sig för att kunna pröva frågan i förhållande till artikel 15) och det i detta fall inte finns någon lag som erkänner autistiska barn denna behandling.[338] Supreme slutsats är att det allmänna inte har någon skyldighet att ge en viss tjänst till autistiska barn om det inte finns någon diskriminering i relation till någon annan grupp.[339]

2.3.5.8 Särskilt om rätten till bostad

I fallet *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*[340] var det fråga om ett *bostadsprograms diskriminerande* bestämmelser. Bostadsprogrammet var upprättat för att mindre bemedlade skulle få bostad via det allmännas försorg, men dessa hade sämre avflyttningsvillkor än de personer

---

334 *Eldridge v. British Columbia (Attorney-General),* [1997] 3.S.C.R. 624, p. 72–73.

335 *Eldridge v. British Columbia (Attorney-General),* [1997] 3.S.C.R. 624, p. 95–96.

336 *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 S.C.C. 78.

337 Som jämförelseperson anser domstolen att antingen en icke-funktionshindrad person alternativt en person med ett fysiskt handikapp skulle kunna vara. Denna jämförelseperson skall då kräva bistånd för psykisk terapi som är viktig för nutida och framtida hälsa, men som bara nyligen blivit medicinskt efterfrågad. Då det inte finns någon sådan grupp, så kunde inte domstolen se att det fanns någon särbehandling, vare sig direkt eller indirekt.

338 Jämför här Bull, T, *Diskriminering och dekonstruktion: om positiv faderskapstalan* s. 728 f, för en diskussion kring vilka kriterier som används vid bestämning av jämförelseobjekt i en diskrimineringsbedömning.

339 *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, 2004 S.C.C. 78, p. 55.

340 *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*, [1993] 101 D.L.R. (4th) 224 (N.S.C.A).

som fick bostad via privata hyresvärdar. *Dartmouth*-målet innebar att överklagandeinstansen vidgade besittningsrätten för hyresgäster i offentligt ägda fastigheter med hänvisning till artikel 15 och det faktum att boende i sådana bostäder företrädesvis är fattiga, svarta och ensamstående mödrar. [341] Frågan hade prövats tidigare i Supreme Court och inte lett till någon förändring. När så *Dartmouth*-fallet togs upp i Nova Scotias Supreme Court, blev domslutet ett annat. Fattigdom är, enligt domstolen, en analog grund till diskriminering[342] och därför skulle skydd för detta läsas in i lagstiftningen så att denna blev överensstämmande med artikel 15 i rättighetsstadgan. Även ras och kön var aktuella som diskrimineringsgrunder och diskuterades av domstolen som också konstaterade att just ensamstående mödrar var extra utsatta[343] och den grupp i samhället som löpte störst risk att leva i fattigdom eller, i vart fall, under fattigdomsliknande förhållanden.[344]

Kearney v. Bramalea Ltd.[345] avgjordes av Ontario Board of Inquiry (härefter nämnden), särskilt upprättad för att avgöra fall rörande Ontarios Human Rights Code (härefter Code). Rätten till bostad aktualiseras genom artikel 11 Code som stadgar rätten till likabehandling och i vilka fall särbehandling kan tillåtas.

Avgörandet består av tre individuella fall (Catarina Luis, J.L. och Dawn Kearney) som har gemensamt att de nekats bostad av privata hyresvärdar med hänvisning till inkomstkriterier som hyresvärdarna satt upp. Hyresvärdarna krav bestod i att en person var tvungen att ha en viss inkomst för att komma i fråga som hyresgäst, men också att hyresbetalningen inte fick överskrida en viss andel av inkomsten (25-33 procent, beroende på hyresvärd).

Nämnden tar som utgångspunkt den federala Supreme Courts avgörande i fallet *Gibbs v. Battlefords and District Co-operative Ltd.*, av vilket det följer att all

---

341 *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*, [1993] 101 D.L.R. (4th) 224 (N.S.C.A) s. 232–235.

342 A. dom s. 234 f.

343 Fattigdomen i Kanada diskuteras i Concluding observations från Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (03/06/93), paragraf 13. (E/C.12/1993/5). Kommittén lyfter särskilt fram ensamstående mödrars situation i Concluding observations (10/12/98), paragraf 35 (E/C.12/1/Add.31) och menar att kvinnors rättigheter enligt Konventionen bör förverkligas genom att budgetära resurser riktas direkt till denna grupp (paragraf 54). Detta gäller alla nivåer i den federala strukturen.

344 Se *Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks*, [1993] 101 D.L.R. (4th) 224 (N.S.C.A) s. 233 f. Just kopplingen mellan diskriminering och hemlösa analyseras av Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i dess Concluding observations (E/C.12/1993/5), paragraf 18–22. Kommittén uppmanar Kanada att tydligare följa general comment nr 4, om rätten till bostad. Se även paragraferna 17 och 24 i Concluding observations 02/11/2005 (CCPR/C/CAN/CO/05).

345 *Kearney v. Bramalea Ltd.* [1998] O.H.R.B.I.D. No 21.

lagstiftning i frågor rörande mänskliga rättigheter skall tolkas extensivt då denna har ett nära samband med de värden som framgår av grundlag.[346]

I den första klagandes fall, *Catarina Luis*, konstaterar domstolen att hon blev nekad bostad enligt ett inkomstkriterium som hyresvärden bestämt. Kostnaden för bostaden skulle ha inneburit att mer än 30 procent av hennes inkomst skulle ha gått till boende. Gränsen om 30 procent innebär i sig att *ingen* person som får bidrag för boende från staten skulle ha råd med bostaden.[347] Vidare visar expertvittnen på att inkomstkriteriet påverkar andra grupper än bidragsmottagare. Utsatta ensamstående personer samt ensamstående mödrar har i regel lägre inkomst och berörs därför direkt av inkomstkriteriet. Flyktingar får bidrag för sitt uppehälle och mer än 50 procent av detta går till hyra. Även denna grupp är således utsatt. Luis var en flykting från Angola, ensamstående mor och beroende av bidrag för att klara sig och sin familj. Domstolen menade att hon uppfyllde diskrimineringsgrunderna, ras, kön, familjestatus, medborgarskap, ursprung samt behov av socialt understöd och att hon blivit utsatt för indirekt diskriminering.[348] Nästa fall handlade om en ung (16 år) kvinna, *J. L.*, som ville hyra en bostad tillsammans med en väninna. Även här ledde inkomstkravet till ett avslag på ansökan. J.L. sökte lägenhet tillsammans med en väninna. Hyresvärden hade som policy att medge att par kunde få lägga samman sina inkomster i beräkningen av om de kunde kvalificeras som hyresgäster. För två väninnor var det dock inte möjligt. Nämnden kom fram till att unga, ensamstående kvinnor ytterst sällan kan tjäna de summor som krävs enligt hyresvärden och att denna grupp diskrimineras indirekt på grund av kön och ålder.[349]

Den tredje klagande, *Kearney*, sökte lägenhet tillsammans med sin man. De var båda under 20 år gamla och väntade sitt första barn. Inkomsten var på grund av graviditeten lägre då kvinnan inte kunde arbeta. Då familjen inte fått någon lägenhet var den tvungen att bo i ett litet rum hos mannens föräldrar. Nämnden menade att inkomstkriteriet i detta fall diskriminerade klaganden på grund av kön och ålder genom att hänvisa till praxis från Supreme Court.[350] Ontarios Human Rights Code, som tjänade som grund för bedömningen i *Kearney*-fallet, hade tidigare tolkats av Kanadas Supreme

346 *Kearney v. Bramalea Ltd.* [1998] O.H.R.B.I.D. No 21 s. 32.

347 A. dom s. 36.

348 A. dom 36 f.

349 A. dom s. 38.

350 A. dom s. 39 f. Domstolen fäster stor vikt vid vittnesmål som pekar på ekonomiska kalkyler för att bevisa hur beslutet i det enskilda fallet ingår i ett samhälleligt fenomen. Det handlar om att inför domstolen göra sociala rättigheter *konkreta* och *mätbara*. Se särskilt a. dom s. 40 angående effekterna av hyresvärdarnas beslut (ökad segregering, fattigdom, sämre arbetsmöjligheter, hälsoproblem).

Court i målet *Zurich Insurance Co v. Ontario*[351]. Supreme Court hade fastslagit att tolkningen av mänskliga rättigheter skall generös och att begränsningar av rättigheter skall vara restriktiva både när det är fråga om federal lagstiftning och delstatslagstiftning. I Zurich-målet konstaterade Supreme Court att godtagbar diskriminering, enligt artikel 11 Code, måste vara restriktivt konstruerad, så att inte lagens övergripande syften hotas.[352]

Artikel 11 Ontarios Code lyder:

> 1) A right of a person under part I is infringed where a requirement, qualification or factor exists that is not discrimination on a prohibited ground but that results in the exclusion, restriction or preference of a group of persons who are identified by a prohibited ground of discrimination and of whom the person is a member, except where,
>
> a) the requirement, qualification or factor is reasonable and bona fide in the circumstances; or
>
> b) it is declared in this Act, other than in section 17, that to discriminate because of such ground is not an infringement of a right.
>
> 2) The Commission, the board of inquiry or a court shall not find that a requirement, qualification or a factor is reasonable and *bona fide* in the circumstances unless it is satisfied that the needs of the group of which the person is a member cannot be accommodated without undue hardship on the person responsible for accommodating those needs, considering the cost, outside sources of funding, if any, and health and safety requirements, if any.

Nämnden drar därför slutsatsen att hyresvärdarna först måste visa att det var *skäligt* att använda inkomstkriterierna och att kriterierna faktiskt bidrar till att minska problem med betalning av hyra. Nämnden menar att det inte kunde visas, då hyresvärdarnas kriterier inte bygger på empiriskt underlag. Slutsatsen stöds av flera expertvittnen. Bristande hyresbetalning beror oftast på omständigheter som inträffar efter att hyresavtalet ingåtts.[353] Däremot hade denna prövning varit skälig om hyresvärdarna hade kunnat visa att risken för obetalda hyror hade minskat. Nämnden använder sig här av empiriska studier och sociologisk forskning i sin bedömning av risken för inställd hyresbetalning i det enskilda fallet. Den kommer också fram till att brister i betalningen beror på andra kriterier än de som hyresvärdarnas

351 *Zurich Insurance Co v. Ontario* (Human Rights Commission) [1992] 2 S.C.R. 321.

352 *Kearney v. Bramalea Ltd.* [1998] O.H.R.B.I.D. No 21, s . 41.

353 A. dom s. 43–44.

prövning tar sikte på. Hur mycket av inkomsten som går till hyra är därmed inte avgörande.[354]

Med kriteriet *bona fides* avses att hyresvärdarna skall kunna visa sannolikt att de använde sig av inkomstkriterierna med ärligt uppsåt i tron att det var nödvändigt för deras affärsverksamhet.[355] Så var det dock inte, då det under förhandlingarna visade sig hyresvärdarna inte alltid använde kriterierna. Inkomstkriteriet tillämpades godtyckligt och förekomsten av hyresvärdar som väljer att avstå från dylika kriterier innebar att det inte finns någon genuin övertygelse om att en sådan praxis är nödvändig. Inte heller detta kriterium var alltså uppfyllt.[356]

Det tredje kriteriet är *undue hardship*. För att diskrimineringen skall anses godtagbar krävs att hyresvärdarna visar att de kommer att lida ”undue hardship” om det krävs av dem att de slutar tillämpa inkomstkriterierna. Termen skulle på svenska motsvara ”orättmätigt umbärande”. En visad kostnad är inte tillräckligt för att kriteriet skall vara uppfyllt: The cost must be of such significance that a board of inquiry would permit a practice that is *prima facie* discriminatory.”[357] Eftersom inkomstkriteriet i sig inte visats kunna ge någon ökad trygghet för hyresvärdarnas inkomster, så har de inte kunnat visa att några särskilda omständigheter föreligger som kan ge tillåtelse att fortsätta med inkomstkriterierna.[358] Nämnden ålade

---

354 På a. dom s. 44 konstaterar domstolen att det oftast är ändrade förhållanden efter det att lägenheten tillträtts som gör att hyran inte betalas.

355 A. dom s. 49.

356 A. dom s. 49. Jämför också *Québec (Commission des droits de la personne) c. Whittom*, [1997], A.Q. no 2328, p. 18, där domaren Brossard varnar för att godtyckliga bedömningar av individuella fall blir resultatet då summariska kriterier används vid val av hyresgäst: ”Ceci, à mon avis, ne peut s’apprécier dans un vacuum factuel. On ne saurait généraliser le risque, ni établir en fonction de critères strictement abstraits, tel le pourcentage des revenus consacrés au logement, sans tenir compte de la situation et de l’état de l’individu concerné, locataire potentiel.”

357 A. dom. 50.

358 A. dom s. 50. Denna dom följdes av en dom med liknande utgång (*Ahmed v. Shelter Corporation (2 maj 2002)*, Ottawa 02/007 (Ontario Human Rights Board of Inquiry)). I detta fall diskriminerades en man med utländsk härkomst då han ansökt om en lägenhet för sig och sin familj. Mannen i fråga kunde inte få en lägenhet, enligt hyresvärden, då han inte hade några referenser avseende bankfrågor, arbetsgivare etc. i Kanada. Att familjen hade inkomst och sparade medel var inte tillräckligt enligt hyresvärden. I domskälen slår domstolen fast att avsaknaden av dylika referenser enbart berodde på att mannen inte hunnit vara tillräckligt länge i Kanada och han diskriminerades därför på grund av sitt medborgarskap och ursprung, se a. dom s. 36. I *Sinclair v. Morris A. Hunter Investments Ltd.*, [2001], O.H.R.B.I.D. No 24, uttrycker Ontario board of inquiry att dess praxis avseende godtycklig användning av inkomstkriterier ligger fast och varnar hyresvärdar generellt för användning av dessa då praxis tydligt är att döma till klagandens fördel. Se a. dom s. 20.

hyresvärdarna att sluta använda inkomstkriterierna när de valde ut hyresgäster. Klagandena fick skadestånd.

2.3.6 Kommentar

Vi har kunnat se hur de ovan diskuterade fallen visar vilka komplexa frågeställningar ekonomiska och sociala rättigheter medför. I den relativt kortfattade kanadensiska rättighetskatalogen ingår inte några sociala rättigheter. Via Supreme Courts praxis inkluderas dock sociala rättigheter i den kanadensiska konstitutionen. På så sätt implicerar till exempel rätten till liv sociala rättigheter. Vidare medför den grundlagsskyddade principen om ickediskriminering att sociala rättigheter ges ett skydd inom ramen för konstitutionen. Den materiella jämlikheten som stadgas i artikel 15 innebär också att utsatta grupper i samhället får ett utökat genom Supreme Courts praxis. Bestämmelsen medför också ett slags *drittwirkung*,[359] då den kan åberopas i tvister mellan enskilda.

Vid en jämförelse med Sverige finner vi flera olikheter. Det skiljer inte ens 10 år mellan antagandet av de svenska respektive kanadensiska grundlagarna. Båda konstitutionerna innehåller kortfattade rättighetskataloger. Den svenska grundlagens 2 kap. vänder sig främst till lagstiftaren, vilket innebär att en enskild skulle ha svårigheter att använda sig av till exempel det grundlagsstadgade diskrimineringsförbudet i domstol.[360] Inte heller rätten till liv skyddas i regeringsformen, varför det inledande stadgandet om rätten till mänsklig värdighet i 1 kap. 2 § 2 st.RF endast materialiseras genom vanlig lagstiftning. Det kanadensiska systemet är dessutom uppbyggt kring aktiva domstolar, vilket har sin förklaring i den common law-tradition landet har och det federala system som organiserar Kanada. Olikheterna är på så sätt betydande mellan de två länderna. Men det är inte enbart i Kanada som medborgerliga och politiska rättigheter i grundlagen omfattar sociala rättigheter. Som vi kommer att se i del III är rätten till liv, mänsklig värdighet samt likabehandling också avgörande för förverkligandet av sociala rättigheter i folkrätten.[361] Innan dess är det dock dags att närmare studera ett land som har fler gemensamma nämnare med Sverige än något annat, nämligen Finland.

---

[359] Stadgan får därigenom effekt mellan enskilda. En enskild kan stämma en annan person inför domstol för att denne inte respekterat de grundlagsstadgade rättigheterna.

[360] 2 kap. 15 och 16 §§ RF. Se också 1 kap. 2 § 4 st. RF.

[361] Jämför till exempel artikel 2 och 14 EKMR.

2.4 Finland

2.4.1 Sociala rättigheter som ”grundrättigheter”

Sveriges och Finlands respektive traditioner avseende mänskliga rättigheter (eller, som de kallas i Finland, grundrättigheter) har sina rötter i 1766 års tryckfrihetsförordning. I och med att den finländska regeringsformen från år 1772 trädde i kraft som autonom grundlag år 1809, kom Finlands konstitutionella rättighetsutveckling att ske separat från den svenska. År 1906 antogs lagen angående yttrande-, församlings- och föreningsfrihet samt reformen för lika och allmän rösträtt.[362] Sedan 1919 har grundrättigheter ingått i regeringsformen.[363]

Finlands grundlag (hädanefter GL) trädde i kraft den 1 mars 2000[364] och bygger på den grundrättighetsreform som startade år 1995.[365] Terminologin är annorlunda i det finländska språkbruket jämfört med det svenska. Med *grundrättigheter* avses de fri- och rättigheter som stadgas i den finländska grundlagens 6-23 §§ och som tillkommer individen. I förarbetena till rättighetskapitlet anförs också att rättigheterna skall vara allmänna, det vill säga tillkomma alla i lika mån för att anses som grundläggande. De har genom sitt grundlagsskydd också en särskild varaktighet och rättslig natur.[366] Rättighetskatalogen i den finländska grundlagen är vid och innehåller såväl ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som medborgerliga och politiska. Nästan alla rättigheter garanteras envar, utom rörelsefriheten (9 §) och vissa rättigheter rörande val (14 §). 2 kap. regeringsformen, om de grundläggande fri- och rättigheterna, trädde i kraft den 1 augusti 1995 genom lag (969/1995). Kapitlet infördes med några mindre ändringar i den nya grundlagen år 2000.[367]

Utgångspunkten för all grundlagstolkning i den finländska grundlagen är den *värdegrund* som slås fast i 1-2 §§, av vilken det framgår att konstitutionen skall trygga människovärdets okränkbarhet, den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället. Värdegrunden är individcentrerad och värdena skall inverka på lagstiftningen och påverka

362 Suksi, M, *Finlands statsrätt* s. 133.

363 Jämför Tuori, K, *Vad skall vi ha en ”grundlag” till?* s. 219.

364 RP 1/1998 rd, GrUB 10/1998 rd. Se också RP 75/1998 rd om övergångsbestämmelser till följd av den nya grundlagen.

365 RP 309/1993 rd, GrUB 25/1994 rd. Lagen om ändring av regeringsformen för Finland (969/1995) trädde i kraft 1 augusti 1995.

366 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 1. Inledning.

367 RP 1/1998 Detaljmotivering 1/3 rd. 2 kap. Grundläggande fri- och rättigheter. 15 § regeringsformen blev den nya 18 § GL och 15 a § regeringsformen blev 19 § GL.

tolkningen av rättigheterna när de tillämpas i enskilda fall. Tanken med värdegrunden är att den offentliga makten skall utövas på ett sådant sätt som sammanfaller med samhällets (individernas) gemensamma värderingar. Detta gäller också lagstiftningen.[368] Värdegrunden konkretiseras i de grundlagsstadgade fri- och rättigheterna.

Förutom värdegrunden är 22 § GL av grundläggande betydelse för förståelsen av rättighetskapitlet. Av 22 § GL följer att det allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses. Med detta avses att riksdagen vid konflikt mellan grundrättigheter och stadganden i lagförslag bör göra de ändringar i lagförslaget som är nödvändiga för att konflikten med grundrättigheterna undanröjs. Riksdagen kan också avstå från att stifta lag som strider mot grundrättigheterna. De offentliga organen skall inte enbart respektera grundrättigheterna utan också *aktivt verka för* att dessa grundrättigheter genomförs i praktiken.[369] De mänskliga rättigheterna, såsom de är erkända i internationella konventioner,[370] kommer in i finländsk rätt dels via § 22 GL men också via den ovan nämnda värdegrunden.[371] Därmed säkras de internationella konventionernas rättigheter i Finland; de skall i stor utsträckning motsvara grundrättigheterna i rättighetskapitlet.[372] 22 § GL har använts som grund för att grundlagsutskottet i sin abstrakta normprövning har rätt att föreslå materiella förändringar i lagförslag.[373] Bestämmelsen i 22 § GL är av stor betydelse då den stadgar det allmännas *skyldighet att tillförsäkra* att grundrättigheterna och de mänskliga rättigheterna förverkligas.[374] Det handlar dels om den formella aspekten, till exempel att

---

368 Suksi, M, a.a.s. 3.

369 Av 80 § 1 st. GL följer att grunderna för individens rättigheter och skyldigheter skall regleras genom lag. 124 § GL ställer villkor för att få överföra förvaltningsuppgift till andra än myndigheter, vilket bör ske via lag eller med stöd av lag. Grundläggande fri- och rättigheter eller rättssäkerheten får inte äventyras genom överförandet.

370 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 16 §. Se också betänkande av kommittén för grundläggande fri- och rättigheter 1992:3 (s. 347) hänvisar till Europarådets sociala stadga samt FN:s internationella konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Se även van den Brandhoff, H, *The Republic of Finland* s. 194 f.

371 Den finske justitiekanslern framhåller i sin årsberättelse 2000 (s. 53) att de grundläggande fri- och rättigheterna oftast aktualiseras i samband med övervakningen av författningsberedning. Det är då som de krav grundlagen och de internationella konventionerna ställer blir som tydligast. Man skulle kunna säga att grundlagen kodifierar rättens osynliga djupstruktur och att man därför skall vara försiktig att tolka in så kallade oskrivna grundrättigheter. Tuori, K, *Från ideologikritik till kritisk positivism* s. 7

372 Suksi, M, a.a.s. 131.

373 GrUU 33/2004 rd s. 3.

374 Därmed inte sagt att kontrollen stannar därvid. JO uttalar i flera årsberättelser att den nya grundlagen kommit att inta en central ställning i JO:s arbete, se till exempel årsberättelser 1999 s. 64, 2000 s. 68 samt 2001 s. 58. JO lyfter också fram att det formella

stifta lagar till skydd för grundrättigheterna, men också den materiella som innebär att de ekonomiska resurserna skall fördelas på ett sådant sätt som främjar rättigheternas förverkligande.

Utgångspunkten för regleringen av de grundläggande fri- och rättigheterna har varit att skydda individens frihet mot ingrepp från statsmaktens sida. Det handlar inte enbart om relationen mellan den enskilde och staten. De grundläggande fri- och rättigheternas ställning som grundvärden i samhället understryker också deras betydelse för relationerna mellan enskilda. De skall i egenskap av grundvärden ha en påverkan på hela samhället. Kravet på lagbundenhet skall förstås som en förpliktelse att vid all utövning av offentlig makt tillämpa rättsordningen i sin helhet, inklusive reglerna om grundläggande fri- och rättigheter.[375]

2.4.2 Grundlagsreformen år 2000

Arbetet med den grundlagen sågs som en totalrevidering av det finländska systemet till skydd för grundläggande fri- och rättigheter. Lagstiftaren önskade modernisera och precisera detta system, utvidga dess tillämpningsområde till att omfatta fler personer och tillfoga fler rättigheter till grundlagen. Behovet att revidera rättighetskapitlet sågs mot bakgrunden att förteckningen över rättigheterna hade varit oförändrad i mer än 70 år, och därmed föråldrad. Det anfördes vidare att den gamla regeringsformens rättighetskatalog var ett typiskt exempel på den liberala rättsstatens grundlag, vilket inte motsvarar den moderna välfärdsstatens kännetecken. I förarbetena understryks att i ett välfärdssamhälle bör skyddet för rättigheterna även gälla faktisk jämlikhet och ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.[376] Det var alltså fråga om en genomgripande förändring av det finländska systemet till skydd för grundläggande fri- och rättigheter i syfte att modernisera och precisera detta system, utvidga dess tillämpningsområde till att omfatta fler personer och tillfoga fler rättigheter till grundlagen. Samtidigt bygger grundlagen på äldre konstitutionella traditioner. Grundlagen understryker vikten av internationellt samarbete och parlamentarismen har stärkts.[377]

---

förfarandet i och med den nya grundlagen inte är tillräckligt, utan att det allmänna och den därtill kopplade kontrollen måste se till den sociala trygghetens materiella innehåll, se JO:s årsberättelse 2004 s. 51. Se också Suksi, M, a.a.s. 128, där författaren framhåller att 22 § GL innebär att staten måste agera för att förverkliga rättigheterna.

375 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan.

376 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 1. Inledning.

377 Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 533.

Med grundläggande fri- och rättigheter avses de friheter och rättigheter som regleras i grundlagen och som tillkommer individen. I propositionen anförs också att rättigheterna skall vara allmänna, det vill säga tillkomma alla i lika mån för att anses som grundläggande. De har genom sitt grundlagsskydd också en särskild varaktighet och rättslig natur.[378]

Precis som i Sverige hade den gamla finländska regeringsformens rättighetsskydd kommit att tillämpas främst av lagstiftaren och därmed varit aktuellt i relation till lagstiftningsordningen. I förarbetena till det nya 2 kap. konstateras dock att rättigheterna de senaste årtiondena fått karaktären av individens rättigheter i och med att de blivit viktigare i domstolsverksamheten. Ur den enskildes synvinkel var det därför viktigt att precisera och klargöra de grundläggande rättigheterna.[379]

Genom reformen ville man alltså utvidga och stärka skyddet för individens fri- och rättigheter på grundlagsnivå. Stadgandena strävar till att förbättra rättskyddet för individen såväl avseende traditionella grundläggande friheter som ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. En önskan var också att skapa *förutsättningar* för människor att i större utsträckning påverka ärenden som gäller dem själva och deras livsmiljö samt öka den faktiska jämställdheten i samhället. Fler människor skall omfattas av de grundläggande fri- och rättigheterna. Skyddet för de grundläggande fri- och rättigheterna utvecklas också genom att utvidga och precisera de grundlagsfästa friheterna på ett sådant sätt som anges i de internationella konventionerna om mänskliga rättigheter[380] och genom att till grundlagen foga stadganden om centrala ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, miljörättigheter och rättsskyddsgarantier i fråga om lagskipning och förvaltning.[381] De faktiska möjligheterna, till exempel ekonomiska resurser, att förverkliga fri- och rättigheterna skall beaktas. Lagstiftaren önskade

---

378 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 1. Inledning.

379 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 1. Inledning.

380 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.1. Mål. Se också RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 6.2 Samband med internationella fördrag, där det framhålls att de internationella konventionerna skall ges en starkare ställning i rättssystemet. Även de mänskliga rättigheterna skall vara en del av de nationella övervakningsmekanismerna och ingår i det allmännas skyldighet att säkerställa förverkligandet av rättigheterna. Av 1 § 3 p. GL följer att Finland deltar i internationellt samarbete bland annat med hänvisning till att säkerställa fred och mänskliga rättigheter samt utveckla samhället.

381 I den gamla regeringsformen ingick skyddet för arbetskraften och rätten till arbete i 6 § 2 st. Se RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 2. Nuläge.

stärka skyddet genom att villkoren för begränsningar preciseras och skärps.[382]

I propositionen konstateras att de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna intar en betydande ställning i de internationella konventioner som syftar till att skydda mänskliga rättigheter. I propositionen understryks *odelbarheten* och *enhetligheten* i fråga om grundläggande fri- och rättigheter samt att förverkligandet av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna ses som en förutsättning för förverkligandet av de andra fri- och rättigheterna och vice versa. De ekonomiska och sociala rättigheterna formuleras i propositionen som förpliktelser för det allmänna eller lagstiftaren. Detta innebär att det allmänna eller lagstiftaren är förpliktad att trygga eller främja rättigheterna i fråga. Undantaget är stadgandet i 19 § som innebär att man tryggar miniminivån på förutsättningarna för ett människovärdigt liv, ett så kallat existensminimum. Det har formen av en individuell (subjektiv) rättighet. Stadgandet hör, som vi kommer att se nedan, samman med rätten till liv i 7 §.[383]

Stadgandena rörande fri- och rättigheter begränsar riksdagens behörighet som lagstiftare, men inbegriper också förpliktelser att agera. Ett sådant stadgande kan leda eller styra lagstiftning eller innehålla ett grundlagsenligt uppdrag att skapa en viss lagstiftning.[384] En del av stadgandena innehåller förpliktelser för det allmänna att främja rättigheten, till exempel rättigheter att delta i samhällelig verksamhet, rätten till arbete, rätten till social- och hälsovårdstjänster, rätten till bostad, rätten till en sund miljö samt rätten till utbildning. Den allmänna förpliktelsen att trygga de grundläggande fri- och rättigheterna kompletteras av detta. I flera stadganden hänvisas till närmare reglering i lag. Det innebär dock att fri- och rättigheten som anges i grundlagen är den absoluta huvudregeln och får inte försvagas till sina grunder genom lagstiftningen, endast preciseras. Lagen ses som ett sätt att i praktiken förverkliga rättigheten.[385]

Grundlagens stadganden om grundläggande fri- och rättigheter har betydelse i riksdagens lagstiftningsverksamhet och för utövningen av

---

382 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.1. Mål. Begränsningar får alltså inte bygga på förordning, kommunala stadgor eller förvaltningsbeslut, se RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 3.5. Begränsningar av och avvikelser från de grundläggande fri- och rättigheterna.

383 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.2. De föreslagna grundläggande fri- och rättigheterna. I propositionen föreslår regeringen att det som senare blev 18 § respektive 19 § skulle ingå i en enda paragraf, 15 § GL.

384 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan.

385 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan. Se också RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 3.5.

lagstiftningsmakten. Men riksdagen kan ju också styra tolkningen av lagar genom utskottsbetänkanden och utlåtanden. Grundlagsutskottet har också konstaterat att myndigheterna har en förpliktelse att tolka lagen i rättigheternas anda, både i fall av enskilda lagar som en allmän princip för myndigheternas verksamhet. Stadgandena om de grundläggande fri- och rättigheterna skall också beaktas när riksdagen utövar sin budgetmakt.[386]

2.4.3 Om tolkning av grundlag

Tanken med den nya grundlagen var att skapa en grundlag som var beständig. Bestämmelserna gavs därför en generell utformning med undvikande av tidsbundna tekniska bestämmelser och detaljer.[387] Ett av skälen bakom antagandet av den nya grundlagen var också att den gamla regeringsformen hade ändrats vid många tillfällen, vilket ansågs vara mindre bra för grundlagarnas värdighet och rättsliga status.[388] Grundlagsutskottet har uttryckt att man bör vara återhållsam med grundlagsändringar. Men samtidigt måste grundlagen ge en rättvisande bild av den statliga maktutövningen och grunderna för individens rättsliga ställning.[389]

Liksom Sverige, har Finland en tradition av att grundlagens rättighetskapitel främst riktar sig till riksdagen. Det är lagstiftaren som skall ge rättigheterna ett mer precist innehåll, inte domstolar eller myndigheter när de beslutar i enskilda fall. Under 1990-talet började denna tradition att uppluckras, framför allt genom att grundlagen från år 1995 fick mer precist utformade rättigheter. Vidare etablerade grundlagsutskottet *principen om den grundrättighetsvänliga tolkningen av lag i enskilda fall*:

> Domstolarna bör välja ett sådant alternativ bland de motiverbara alternativa lagtolkningarna som bäst främjar syftet med de grundläggande fri- och rättigheterna och som eliminerar sådana alternativ som kan anses stå i strid med grundlagen. Då kan man tala om en grundlagsenlig lagtolkning eller en lagtolkning som ställer sig positiv till de grundläggande fri- och rättigheterna.[390]

Förutom denna grundlagsvänliga tolkning,[391] som har sin grund i grundlagsutskottets praxis, har dessutom subjektiva sociala rättigheter

---

386 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan.

387 GrUB 5/2005 rd s. 2 med hänvisning till RP 1/1998 rd s. 34/II.

388 GrUB 5/2005 rd s. 2 med hänvisning till RP 1/1998 rd s. 32/II.

389 GrUB 5/2005 rd s. 2.

390 GrUB 25/1994 s. 4, citerad i Suksi, M, *Finlands statsrätt* s. 136.

391 Om grundlagens företräde stadgas i 106 § GL. Se också Justitiekanslerns årsberättelse 2002 s. 63.

införts i grundlagen.[392] *Rätten till avgiftsfri utbildning* (16 § 1 st) samt *rätten till social trygghet* (19 § 1 st) kan därför äga direkt tillämplighet inför myndigheter och domstolar, vilket är den raka motsatsen till den svenska ordningen som beskrivits ovan.[393] Dessa rättigheter är på så sätt subjektiva; de kräver inte någon tillämpningslagstiftning av riksdagen, utan individen kan direkt åberopa grundlagsbestämmelsen. Då rätten till utbildning inte faller inom ramen för arbetets syfte, kommer jag nedan att analysera 19 § GL.[394]

Inspirationen till rättighetskapitlet kommer till viss del från internationella konventioner till skydd för mänskliga rättigheter. Samtidigt har rättigheterna getts konstitutionell stats i Finland och uttrycks på ett annorlunda sätt i grundlagen. Finländska myndigheter skall tolka och tillämpa konstitutionella respektive mänskliga rättigheter, så att dessa överensstämmer med varandra. Dessutom skall det allmänna garantera att skyddet för konstitutionella rättigheter är vidare än det som ges för motsvarande mänskliga rättigheter enligt internationella konventioner.[395]

Finland är ett dualistiskt land. Det är oftast så att implementeringen av internationella överenskommelser sker genom korta lagar som slår fast att överenskommelsen i fråga skall vara gällande nationellt. Detta har beskrivits som de facto monism.[396] I 94 § GL stadgas att den finländska riksdagen skall godkänna såväl godkännande som avstående från internationella överenskommelser. Om en internationell överenskommelse är i strid med grundlagen, krävs att riksdagen med två tredjedels majoritet står bakom beslutet att ratificera överenskommelsen för att så skall ske.[397] Den internationella överenskommelsen får dock aldrig hota de demokratiska grunderna i grundlagen (94 § 3 st).

Den nationella implementeringen av internationella åtaganden behandlas i 95 § GL. I de fall som internationella förpliktelser hör till lagstiftningsområdet, implementeras de genom lag. I övrigt är det presidenten som genom förordning sätter förpliktelserna i kraft. En internationell överenskommelse hör till lagstiftningsområdet om den innehåller regler som stadgar rättigheter eller skyldigheter för den enskilde. Traditionellt sett har den inkorporerande rättsaktens status ansetts bestämmande för statusen på det finländska åtagandet. Detta har till viss del

---

392 Tuori, K, *Socialrätten som ett självständigt rättsområde*, Lov og Rett, 1997.

393 Ojanen hänvisar till Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden KHO 2000:36, KHO 2001:35, KHO 2001:50, KHO 2002:43, KHO 2002:61, se Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 544.

394 För en diskussion kring rätten till undervisning och kultur, se RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 13 §.

395 Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 543.

396 Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 534.

397 GL 94 § 2 st.

ändrats när det handlar om mänskliga rättigheter, genom den värdegrund som grundlagen ger uttryck för och som ger rättigheter en särskilt stor tyngd i den konstitutionella rätten i Finland.[398] Om en internationell förpliktelse bedöms vara i strid med grundlagen, så är det i sig inget hinder för att Finland ändå tillträder överenskommelsen. Ett krav är dock att två tredjedelar av riksdagens ledamöter tillstyrker ratificeringen av överenskommelsen (95 § 2 st).

2.4.4 Stiftande av grundlag och undantagslag

Stiftande av lagar som har grundlagskaraktär regleras i 73 § GL. Med det avses lagförslag som syftar till stiftande, ändring eller upphävande av grundlagen eller till antagande av begränsade undantag till grundlagen (undantagslag). Antagande av sådan lag kan ske genom antingen det tudelade förfarandet (73 § 1 st) eller det brådskande förfarandet (73 § 2 st). I det första fallet skall riksdagen besluta om lagen i två på varandra följande riksdagar, där den senare skall besluta med kvalificerad majoritet (två tredjedelar av rösterna).[399] Det brådskande förfarandet innebär att riksdagen beslutar att godkänna att rösta om lagförslaget genom ett beslut med fem sjättedelar av rösterna. För att lagen sedan skall träda i kraft krävs stöd av två tredjedelar av rösterna.

Möjligheten att anta *undantagslagar* framgår av ordalydelsen i 73 § 1 st.GL och är en lag som gör undantag till grundlagen, men utan att grundlagens ordalydelse ändras.[400] Dessa kan ändras i vanlig lagstiftningsordning om inte ändringslagen utvidgar de undantag från grundlagen som gjorts genom dem.[401] Tillägg och ändringar som är oväsentliga med tanke på helheten och som i sig innebär en mindre utvidgning av ett undantag i grundlagen kan genomföras i vanlig lagstiftningsordning, förutsatt att bestämmelserna som en gång genomförts som ett undantag från grundlagen därigenom inte ändrar karaktär.[402] Finlands medlemskap i EU reglerades genom undantagslag med hänvisning till att bestämmelserna i anslutningsfördraget kränkte Finlands suveränitet. Efter att grundlagen trädde i kraft är nu synen att suveräniteten skall tolkas mot bakgrund av att Finland är medlem i flera internationella organisationer och genom reformen togs avstånd från

---

398 Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 535.

399 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan. Suksi, M, a.a.s. 92.

400 RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 3.5. Begränsningar av och avvikelser från de grundläggande fri- och rättigheterna.

401 Suksi, M, a.a.s. 93.

402 GrUU 36/2006 rd s. 4 med hänvisning till RP 1/1998 rd s. 125/II.

tolkningen att sådant medlemskap kränker Finlands suveränitet.[403] Det är också i fråga om internationella fördrags implementering i den nationella rätten som undantagslag är vanligast förekommande. På området för de mänskliga rättigheterna är det svårare att tillämpa förfarandet, genom att utrymmet för tillåtna inskränkningar är mycket begränsat.

2.4.5 Grundlagens företräde och normhierarkin

106 § GL stadgar att domstolarna skall ge företräde åt grundlagens bestämmelser när en lag i ett enskilt fall uppenbart kommer i konflikt med dessa. Därmed säkras att grundlagen har högre rang i normhierarkin.[404] Paragrafen är avsedd att tillämpas i de fall när ingen annan åtgärd kan lösa konflikten mellan en lag och grundlagen. Regeln infördes som ett sätt att hantera ev. tillkortakommanden i den abstrakta normprövning som grundlagsutskottet genomför, men inte för att underminera den abstrakta normprövningen som grundlagsutskottets granskning innebär och som utvecklas nedan. Oförutsedda konstitutionella problem kan dessutom upptäckas vid granskningen av ett enskilt fall som inte kunde förutses vid den abstrakta prövningen.[405] Rent konkret innebär grundlagsstadgandet att domstolen inte skall tillämpa en regel i det enskilda fallet om den upptäcker att den strider mot grundlagen. För att konflikten med grundlagen skall lösas krävs sedan att lagstiftaren ändrar lagen ifråga eller grundlagen. [406] 106 § GL blir aktuell i ytterst få fall, då tanken är att de flesta motstridigheter mellan grundlag och annan författning borde kunna lösas genom tolkning.[407] Bland flera alternativ skall domstolen alltid välja den tolkning som bäst främjar syftet med de grundläggande fri- och rättigheterna och som eliminerar alternativ som kan stå i strid med grundlagen.[408]

Precis som i svensk grundlag (11 kap. 14 § RF) återfinns i 106 § ett uppenbarhetsrekvisit, vilket innebär att konflikten mellan grundlag och annan författning måste vara klar och ostridig.[409] Grundlagsutskottets betydande roll vid förhandsgranskningen understryks genom detta rekvisit,

---

403 GrUU 36/2006 rd s. 4.

404 GrUB 10/1998 s. 29.

405 Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 559.

406 RP 1/1998 Allmän motivering 2/2 rd, avsnitt 3.11. Kontrollen av lagarnas grundlagsenlighet och grundlagens företräde. Se också RP 1/1998 Detaljmotivering 3/3 rd. 10 kap. Laglighetskontroll, om 106 §.

407 Suksi, M, a.a.s. 418 f.

408 RP 1/1998 Allmän motivering 2/2 rd, avsnitt 3.11. Kontrollen av lagarnas grundlagsenlighet och grundlagens företräde.

409 Värt att understryka är att den 106 § GL riktas till domstolarna endast, medan 11 kap. 14 § RF är tillämplig för såväl domstolar som myndigheter.

då dess förhandskontroll skall beaktas vid tolkningen av rekvisitet. Om grundlagsutskottet yttrat sig angående lagens grundlagsenlighet, så skall lagen vara i enlighet med grundlagen.[410] Utskottet har själv uttalat att: ”Om utskottet i det sammanhanget har konstaterat att lagen är grundlagsenlig, kan den motsatta åsikten inte anses klar och obestridlig, om utskottet gjort sin bedömning utifrån en tolkningssituation lik det specifika fall som behandlas av domstolen.”[411]

106 § GL kompletteras av 107 § GL, i vilken det stadgas att en bestämmelse i förordning eller annan författning på lägre nivå inte får tillämpas av domstolar eller andra myndigheter om den strider mot grundlagen eller någon annan lag. Bestämmelsen utgör en grund för normhierarkin och innehåller inte någon uppenbarhetsprövning.[412]

2.4.6 Begränsning av grundrättigheter

Av 80 § GL följer att bestämmelserna om grunderna för individens rättigheter och skyldigheter skall utfärdas genom lag.[413] I de fall där en begränsningsgrund uttryckligen anges för en grundrättighet i grundlagen, skall också den grunden användas. För flertalet av grundrättigheterna finns det dock inte något stadgande som anger hur en begränsning av rättigheten får ske. Bedömningen av begränsningar sker i de fallen mot bakgrund av den praxis som grundlagsutskottet har utarbetat. För att en begränsning av en konstitutionell rättighet skall anses vara konstitutionellt godtagbar krävs att begränsningen är tillräckligt *precis* och *detaljerad* samt att den anges i *lag*.[414] Vidare måste *skälet* till begränsningen av rättigheten vara godtagbart i de konstitutionella rättigheternas kontext, svara mot ett samhälleligt behov och vara *nödvändig* i förhållande till skälet.[415] Proportionalitetsprincipen skall respekteras. En begränsning av en rättighets kärna får inte göras genom vanlig lag. I samband med att en begränsning av en grundrättighet görs, skall också rättsskyddsgarantier för den enskilde upprättas. Slutligen skall

---

410 RP 1/1998 Allmän motivering 2/2 rd, avsnitt 3.11. Kontrollen av lagarnas grundlagsenlighet och grundlagens företräde, där det också hänvisas till Sveriges regeringsform, 11 kap. 14 §, dock utan att närmare gå in på vad paragrafen haft för konsekvenser i det svenska systemet.

411 GrUB 10/1998 s. 30.

412 RP 1/1998 Detaljmotivering 3/3 rd. 10 kap. Laglighetskontroll, om 107 §. Se också Suksi, M, a.a.s. 423.

413 GrUU 37/2000 rd s. 2; GrUU 50/2001 rd s. 2; GrUU 46/2002 rd s. 8; GrUU 55/2002 rd s. 4; GrUU 5/2003 rd s. 2.

414 GrUU 36/2005 rd s. 4.

415 GrUU 34/2001 rd s. 3.

begränsningen också vara i överensstämmelse med Finlands internationella förpliktelser på området för mänskliga rättigheter.[416]

I de fall de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna inte är subjektiva bör grundlagsutskottets bedömning av en begränsning av grundrättigheten bygga på en analys av om *förverkligandegraden* sjunker alltför lågt, om lagförslaget ifråga antas. Grundlagsutskottet studerar då om det finns godtagbar orsak till den svaga förverkligandegraden.

Begränsningar av rättigheter skall således bygga på lag och det innebär ett förbud mot delegation av begränsningsmöjligheten till lägre instans än riksdagen.[417] Lagen skall vara exakt och noggrant avgränsad. Begränsningen skall uttryckas direkt i lagen och därigenom skall dess omfattning och exakta förutsättningar framgå. Det krävs att det finns godtagbar grund för att begränsa en rättighet. Exceptionella, djupgående eller summariska begränsningar kan inte ske genom vanlig lag.[418] Regler som *preciserar* redan lagstadgade rättigheter och skyldigheter kan beslutas genom förordning av regeringen eller underlydande myndighet, men bemyndigandet måste vara klart avgränsade och inte allmänt formulerade.[419]

2.4.7 Kommunal självstyrelse

Kommunal självstyrelse garanteras i § 121 GL. Kostnadsfördelningen mellan stat och kommun är av grundläggande betydelse för förverkligandet av grundrättigheter. När det ges nya uppgifter till kommunerna, så måste de också få de faktiska förutsättningarna att förverkliga dem, vilket också är en del av 22 § GL.[420] Frågor som är betydelsefulla för kommuner skall meddelas genom lag, så även kostnadsfördelning mellan staten och kommunerna.[421] De eventuella nya förpliktelser som revideringen av fri- och rättigheterna i grundlagen innebär för kommunerna skall regleras genom lag. Då skall man också sörja för att kommunerna har de faktiska förutsättningarna för att sköta uppgifterna. Hur kostnaderna mellan stat och

---

416 Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law* s. 544. Ojanen hänvisar till Viljanen, se Ojanen, a.a.s. 544 not 35. Suksi, M, *Finlands statsrätt* s. 134 med hänvisning, i not 11, till GrUB 25/1994 s. 5.

417 RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 3.5. Begränsningar av och avvikelser från de grundläggande fri- och rättigheterna.

418 RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 3.5. Begränsningar av och avvikelser från de grundläggande fri- och rättigheterna.

419 GrUU 55/2002 rd s. 4; GrUU 33/2004 rd s. 4. Jämför GrUU 17/2007 rd och GrUU 20/2008 rd.

420 GrUU 20/2004 rd s. 3.

421 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan. GrUU 50/2001 rd s. 2. Jämför GrUU 55/2002 rd s. 2.

kommun skall hanteras regleras i lag, ej i grundlagen.[422] Grundlagsutskottet har uttalat att staten inte får frånsäga sig sitt ansvar genom att flytta över uppgifter med rättighetsanknytning till kommunen, utan att tillse att det finns ekonomi att klara av det.[423] Kommunerna ansvarar inför dem som är medlemmar i kommunen, men i fråga om sociala rättigheter är kommunen skyldig att förverkliga rättigheterna även för personer som inte är kommunmedborgare. Med kommunens invånare avses personer som har hemort i kommunen enligt lagen om befolkningsböcker.[424] Om en person inte har en sådan hemort så betraktas han som invånare i den kommun där han eller hon vistas.[425] Kommunen kan vara skyldig att bevilja en utländsk medborgare utkomststöd om denne vistas stadigvarande i kommunen eller om behovet av stöd är brådskande. Rätten till utkomststöd är enligt den finländska lagstiftningen inte beroende av att personen vistas lagligen i landet.[426]

124 § GL medger att offentliga förvaltningsuppgifter överförs på andra än myndigheter med stöd av lag. Bemyndigandet får dock inte vara alltför öppet och omfattande, lagen skall ange hur delegationen skall gå till och vad som får delegeras.[427] Syftet med stadgandet är att begränsa överföringen av offentliga förvaltningsuppgifter utanför det egentliga myndighets-maskineriet.[428]

2.4.8 Grundlagsutskottet och övervakningen av de grundläggande fri- och rättigheterna

Konstitutionella rättigheter spelar en allt viktigare roll som standard för det finländska deltagandet i den europeiska integrationen och som en potentiell gräns för EU-rättens företräde framför nationell finländsk rätt. I samband med tillkomsten av det nya rättighetskapitlet konstaterade regeringen att den

---

422 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan.

423 80 § 1 st. GL ställer upp kravet att frågor som rör grundlagen skall regleras genom lag, vilket av grundlagsutskottet har tagits till intäkt för att resursfördelningen till kommunerna skall regleras genom lag då den kommunala självstyrelsen stadgas i grundlag. Se GrUU 40/2001 rd som handlade om planering av och anslag till social- och hälsovård.

424 3 kap. 14 § socialvårdslagen.

425 Enligt 3 kap. 15 § socialvårdslagen skall kommunen i brådskande fall eller där omständigheterna annars förutsätter det ombesörja anordnandet av anstaltsvård och annan social service också för andra personer än kommunens invånare.

426 Det finns särskilda regler för asylsökande och flyktingar, men ingen särreglering för arbetssökande, se SOU 2005:34 s. 138.

427 GrUU 47/2002 rd s. 4.

428 GrUU 55/2002 rd s. 2.

direkta tillämpningen av de grundläggande fri- och rättigheterna i domstol inte varit omfattande. Om stadgandena i fråga preciseras och om de internationella konventionerna beaktas i högre grad vid domstolar så kommer de grundläggande fri- och rättigheterna att förstärkas.[429] Skyldigheten för att det allmänna skall vidta aktiva åtgärder för att förverkliga rättigheterna i grundlagen innebär också att övervakningen av att rättigheterna respekteras måste intensifieras.[430] Till detta hör verksamheterna i grundlagsutskottet, JO och JK. Finska domstolar har en sekundär position i kontrollen av finländsk lagstiftnings överensstämmelse med grundlagen. Den viktigaste rollen har nämligen grundlagsutskottet som under lagstiftningsprocessen uttalar sig om ett lagförslags överensstämmelse med grundlag och internationella konventioner rörande mänskliga rättigheter (74 § GL).

Grundlagsutskottet är, som redan konstaterats, en mycket viktig aktör i skyddet för rättigheterna och det är också därför dess utlåtanden och betänkanden utgör viktiga källor till förståelsen av det finska skyddet för grundrättigheter. Grundlagsutskottets roll i lagstiftningsarbetet är central i den *preventiva* kontrollen och därmed i tillskapandet av ett effektivt skydd av de mänskliga rättigheterna.[431] Det är ett politiskt organ som består av riksdagsledamöter, men hör experter i konstitutionell rätt innan de publicerar sina rapporter och yttranden i en viss fråga.[432] I samband med grundlagsreformen uttalade lagstiftaren att det är ”väsentligt att övervakningen grundar sig på statsförfattningsrättsliga synpunkter”. Utskottet har sedan 1980-talet förändrat sin praxis till att avse mer substantiella frågor än rent formella i sin övervakning. Utlåtandena tar ställning till valet av lagstiftningsordning, men uppställer också krav på att innehållet i ett lagförslag skall ändras på det sätt som grundlagen förutsätter. Grundläggande fri- och rättigheter får inte begränsas mer än nödvändigt, ens till formuleringen.[433] Förhandskontrollen av lagars grundlagsenlighet

---

429 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan.

430 RP 309/1993 Motivering II/III rd, avsnitt 3.6. Övervakningen av att de grundläggande fri- och rättigheterna respekteras.

431 Därmed inte sagt att kontrollen stannar därvid. JO uttalar i flera årsberättelser att den nya grundlagen kommit att inta en central ställning i JO:s arbete, se till exempel årsberättelser 1999 s. 64, 2000 s. 68, samt 2001 s. 58. JO lyfter också fram att det formella förfarandet i och med den nya grundlagen inte är tillräckligt, utan att det allmänna och den därtill kopplade kontrollen måste se till den sociala trygghetens materiella innehåll, se JO:s årsberättelse 2004 s. 51.

432 Ojanen, T, a.a.s. 532.

433 RP 309/1993, Motivering I/III rd, *Allmän motivering*, avsnitt 3.4. De grundläggande fri- och rättigheternas bindande verkan.

syftar till att förhindra att lagar som strider mot grundlagen stiftas i vanlig lagstiftningsordning. Grundlagsutskottet har framhållit att inskränkningar i det skydd som grundläggande fri- och rättigheter åtnjuter skall vara så små som möjligt, oberoende av vilken lagstiftningsordning de antas.[434]

Grundlagsutskottets uppgift enligt 46 § riksdagsordningen, som var det stadgande som reglerade utskottet innan grundlagsreformen, var att avge utlåtande om lagförslag och andra ärenden under behandling kunde anses som förenliga med grundlag. Dessutom skulle relationen till de internationella människorättskonventionerna bedömas. Riksdagen var bunden av grundlagsutskottets ståndpunkt endast i de fall som kallades för talmannens vägran enligt 80 § riksdagsordningen.[435] 46 § riksdagsordningen togs vid reformen in i 74 § grundlagen utan att någon ändring i sak skedde. Enligt 74 § GL skall utskottet göra en materiell prövning i syfte att bedöma lagförslags och andra ärendens förenlighet med grundlag, som kan resultera i en rekommendation om användning av grundlagsstiftningsordning (jämför ovan).

Justitiekanslern (JK) och den biträdande justitiekanslern väljs av presidenten enligt 69 § 1 st.GL för en period om fem år och har sitt uppdrag vid statsrådet (regeringen). Justitieombudsmannen (JO) och de två biträdande justitieombudsmännen väljs av riksdagen för en mandatperiod om fyra år (38 § 1 st.GL). JK:s övervakning av de mänskliga rättigheterna stadgas i 108 § 1 st.GL,[436] och JO:s övervakning av desamma i 109 § 1 st.GL.[437] Såväl JO som JK har till uppgift att övervaka att domstolar, andra myndigheter och alla andra som har offentliga uppgifter följer lag och utför de uppgifter de är ålagda.[438] Till detta kommer också de mänskliga rättigheterna, vilket är en logisk följd av 22 § GL. Som vi har sett stadgar 22 § GL att grundrättigheterna och de mänskliga fri- och rättigheterna skall tillgodoses. Detta sker för JO: s och JK:s del genom att de får ta emot klagomål från enskilda, men också genom de bedömningar som deras respektive årsberättelser utgör.[439]

---

434 RP 1/1998 Allmän motivering 2/2 rd, avsnitt 3.11. Kontrollen av lagarnas grundlagsenlighet och grundlagens företräde.

435 I nuvarande grundlagens 42 § 2 st. regleras talmannens roll. Talmannens vägran att ta upp ett ärende till omröstning eller beredning på grund av att han eller hon anser att det strider mot grundlagen kan på begäran av riksdagen hänskjutas till grundlagsutskottet.

436 Se till exempel GrUB 1/2008 rd.

437 Se till exempel GrUB 4/2009 rd.

438 Jämför 2 § 3 st. GL: ”All utövning av offentlig makt skall bygga på lag. I all offentlig verksamhet skall lag noggrant iakttagas.” Riksdagen omfattas dock inte av någon kontroll.

439 För JO:s del stadgas skyldigheten att skriva en årsberättelse till riksdagen i 109 § 2 st. och för JK:s del i 108 § 3 st. GL.

2.4.9 Diskrimineringsförbud och jämlikhet

Jämlikhets- och jämställdhetsbestämmelser stadgas i 6 § GL. Av paragrafen följer att alla är lika inför lagen, vilket innebär att domstolar och andra myndigheter skall tillämpa lagen utan att göra åtskillnad mellan olika individer. Även lagstiftaren är skyldig att respektera jämlikhetsprincipen vid stiftande av lag, i syfte att undvika godtycke. Olikbehandling kan godtas i syfte att uppnå faktisk jämställdhet mellan människor.[440]

I paragrafens 2 st. anges förbjudna diskrimineringsgrunder, nämligen kön, ålder, ursprung, språk, religion, övertygelse, åsikt, hälsotillstånd eller handikapp. Listan är inte uttömmande, eftersom också ”annan orsak som gäller hans eller hennes person” anges. Grundlagsutskottet har därvidlag angett att det inte är ett godtagbart skäl att särbehandla någon avseende grundläggande fri- och rättigheter, med hänvisning till ett geografiskt kriterium.[441] I vissa fall har utskottet anfört att det är godtagbart att viss ojämlikhet införts i försökslagstiftning, till exempel i fråga om samarbete inom regioner. Kraven i samhällsutvecklingen kan kräva det och då är grundlagen flexibel. I fråga om ett lagförslag om befrielse för arbetsgivares skyldighet att betala sociala avgifter i vissa glesbygdsregioner, ansåg utskottet att förslaget var förenligt med grundlagen. Lagstiftaren önskade studera hur en sådan åtgärd påverkar sysselsättningen i områdena. Sysselsättningen garanteras grundlagsskydd genom 18 § 2 st. GL.[442] Förslaget innebar inte heller några orimliga konsekvenser för andra arbetsgivare och varade under en begränsad tidsperiod, vilket utskottet också framhåller i sitt yttrande.

I sin praxis har utskottet framfört att det är möjligt att alla människors försörjning vid arbetslöshet inte tryggas på samma sätt.[443] En åldersbestämd särbehandling i fråga om arbetsmarknadsstöd för ungdomar har accepterats av utskottet med hänvisning till önskan att hantera de speciella problem som arbetslöshet för ungdomar innebär.[444] Samtidigt föreskriver 6 § 2 st. GL att ingen får särbehandlas på grund av ålder utan att det finns ett godtagbart skäl.[445] Grundlagsstadgandet anger också att särbehandling på grund av kön inte får ske utan godtagbart skäl. Kvinnor har allmänt sett fler perioder utanför arbetsmarknaden än män, vilket lagstiftning som är

---

440 Suksi, M, a.a.s. 158.

441 GrUU 39/2002 s. 2; GrUU 59/2001 rd s. 2; GrUU 11/2002 rd s. 2.

442 GrUU 39/2002 rd s. 2. Utskottet var dock inte enigt. Ledamot Jansson ansåg att förslaget innebar diskriminering då Åland inte kunde delta i försöket på grund av dess självstyrelse, GrUU 39/2002 rd s. 4. Om sysselsättning, se också nedan avsnitt 2.4.10.2.

443 GrUU 46/2002 rd s. 6, med där gjorda hänvisningar till utlåtanden från grundlagsutskottet; GrUU 42/2004 rd s. 2.

444 GrUU 46/2002 rd s. 6. Se också GrUU 34/2005 rd s. 2 om pension för personer i olika åldrar som får pension på olika grunder.

445 GrUU 34/2005 rd s. 2. Om jämlikhet och barn, 6 § 2 st. GL, se GrUU 58/2006.

kopplad till arbetsperioder måste konstrueras på ett tillräckligt generöst sätt för kvinnor.[446] Det är dock viktigt att ha i åtanke att särbehandlingen får inte vara godtycklig och att skillnaderna får inte bli oskäliga.[447] 6 § GL utgör alltså inte ett hinder mot positiv särbehandling som är nödvändig för att uppnå faktisk jämlikhet, dvs. åtgärder som förbättrar någon grupps villkor och förhållanden.[448] Vad som utgör en godtagbar grund till särbehandling, såväl positiv som negativ, bestäms dock av lagstiftaren.

Finland har ratificerat tilläggsprotokoll nr 12 EKMR som stadgar ett allmänt diskrimineringsförbud. Protokollet har alltså en större räckvidd än art 14 EKMR som gäller tillsammans med rättigheter i konventionen och dess tilläggsprotokoll. Utskottet har konstaterat att diskrimineringsförbudet i protokollet motsvarar bestämmelserna i IKMPR och diskrimineringsförbudet i den finländska grundlagen. Protokollet är förenligt med grundlagens suveränitetsbestämmelser om att Finland deltar i internationellt samarbete i syfte att säkerställa fred och mänskliga rättigheter samt i syfte att utveckla samhället.[449]

2.4.10 Rätten till social trygghet enligt 19 § GL

2.4.10.1 Inledning

Jag kommer nu att studera hur rätten till bostad, hälsa och socialt stöd hanteras i grundlagens 19 §. Stadgandet var helt nytt när det infördes i samband med reformen av rättighetskapitlet. Tidigare hade de sociala rättigheterna skyddats genom ett stadgande i den finländska riksdagsordningen om att lagförslag kunde förklaras vilande. I propositionen konstateras att skyddet i den finländska sociallagstiftningen är så gott som heltäckande och att det nya stadgandet inte avser att ändra lagstiftningen.[450] Paragrafen motsvarar de internationella åtaganden som Finland har ingått genom IKESKR (artiklarna 9-12), Europeiska sociala stadgan (artiklarna 7, 8, 11-17 och 19) samt artikel 4 i stadgans protokoll.[451] Paragrafen rubriceras *rätten till social trygghet* och består av fyra stycken:

---

446 För beräkning av tilläggsdagar, se GrUU 46/2002 rd s. 6.

447 GrUU 34/2005 rd s. 2; GrUU 16/2006 rd s. 2.

448 GrUU 34/2005 rd s. 2 med hänvisning till RP 309/1993 rd.

449 GrUB 4/2004 rd s. 2.

450 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §.

451 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §. Jämför nedan, avsnitten 3.2.3.7 och 3.3.3.8.

> Alla som inte förmår skaffa sig den trygghet som behövs för ett människovärdigt liv har rätt till oundgänglig försörjning och omsorg.
>
> Genom lag skall var och en garanteras rätt att få sin grundläggande försörjning tryggad vid arbetslöshet, sjukdom, arbetsoförmåga och under ålderdomen samt vid barnafödsel och förlust av en försörjare.
>
> Det allmänna skall, enligt vad som närmare bestäms genom lag, tillförsäkra var och en tillräckliga social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster samt främja befolkningens hälsa. Det allmänna skall också stödja familjerna och andra som svarar för omsorgen för barn så att de har möjligheter att trygga barnens välfärd och individuella uppväxt.
>
> Det allmänna skall främja vars och ens rätt till bostad och möjligheter att själv ordna sitt boende.

19 §st. 2–4 visar vad individen i *första* hand kan förvänta sig av det allmänna medan 19 § 1 st. är tillämplig i *andra* hand. Den subjektivt utkrävbara rätten till socialt bistånd (19 § 1 st. GL) i den finländska grundlagen är alltså en *sista* utväg för individen och är inte underställd några nationalitetskrav.

I stadgandet återfinns sociala rättigheter som är avsedda att vara rättsligt bindande, men också sådana som inte grundar subjektiva rättigheter för den enskilda utan enbart en objektiv förpliktelse för det allmänna.[452] 19 § GL utformar rättigheter som innebär en *förpliktelse* för det allmänna att främja eller trygga dessa rättigheter. För det första, ger 19 § 1 st. en *subjektiv rätt* till en social förmån gentemot det allmänna. Införandet av rättigheterna i grundlagen medför att dessa rättigheter åtnjuter en särskild status genom det konstitutionella skyddet. Detta visar sig genom förbudet att tillämpa ett stadgande på lägre nivå som strider mot en social grundrättighet. I det sammanhanget är ovan nämnda 106-107 §§ GL viktiga då de förutsätter tolkningsföreträde för en grundrättighetsvänlig tolkning. Grundlagsstadgandet innebär också, för det andra, att det allmänna har en plikt att agera för att förverkliga rättigheterna. 22 § GL stadgar denna plikt generellt, men den framkommer också tydligt genom 19 § 2 – 4 st. Det sätt som det allmänna skall agera och vad det betyder för den enskildes möjligheter att komma i åtnjutande av rättigheterna varierar sinsemellan de olika styckena i 19 § GL. Jag kommer att återkomma till det. Grundlagsskyddet för de sociala rättigheterna i paragrafen medför också att rättigheterna är föremål för *försämringsförbudet*, det vill säga ett förbud att sänka rättighetsskyddsnivån till en redan tidigare uppnådd nivå.[453]

---

452 Helenelund, J-E, *Den subjektiva rätten till boende i grundrättighetssystemet* s. 149.

453 Vilket motsvarar förbudet mot *retrogressive measures* inom folkrätten.

2.4.10.2 Om rätten till oundgänglig försörjning och omsorg enligt 19 § 1 st. GL

Den subjektiva rätten till socialt bistånd återfinns således i 19 § 1 st. Denna aktualiseras först när de olika socialskyddsarrangemang som 19 § 2–4 st. garanterar inte räcker till för att tillgodose individens behov samt när individen inte har möjlighet att få hjälp av andra personer. Den subjektiva rätten framgår klart av de olika rekvisiten i stycket: Alla som inte förmår skaffa sig den trygghet som behövs för ett människovärdigt liv har rätt till oundgänglig försörjning och omsorg. 19 § 2 st. GL stadgar rätten till *grundläggande försörjning*, en trygghet som är kopplad till vissa sociala risksituationer och som innebär en mer långtgående rättighet än den som stadgas i 1 st.[454] Systemet med tryggad grundläggande försörjning kan inte utgöras av den trygghet som i sista hand följer av 1 st. En *helhetsbedömning* av den enskildes situation och av de lagstadgade trygghetssystemen skall göras för att se om individen har förutsättningar att försörja sig oberoende av att de normala försörjningssätten förändrats på grund av en sådan omständighet som nämns i stadgandet.[455] Med *oundgänglig utkomst och omsorg* avses en sådan inkomstnivå och sådana tjänster som tryggar förutsättningarna för ett människovärdigt liv. Exempel som anges i förarbetena är att se till att den stödbehövande får den föda och har möjlighet till sådant boende som är en förutsättning för att hälsan och livskraften skall bevaras. Enligt tolkningspraxis rörande sociala stadgan artikel 13 p. 1 skall staten trygga rätten till tillräcklig hjälp och vård i sjukdomsfall för envar som saknar tillräckliga tillgångar och inte förmår skaffa sådana. Denna rättighet skall tryggas som en subjektiv rättighet.[456]

19 § 1 st. GL ingår i paragrafen som ger rätt till social trygghet och skall trygga ett människovärdigt liv, något som definieras från ett kulturellt och historiskt sammanhang.[457] I detta ingår också en miniminivå för att trygga liv, 7 § GL.[458] Det har framförts att för just bostadslösa kan det finnas luckor i vanlig lagreglering som gör att 19 § 1 st. aktualiseras, det vill säga den subjektiva rätten till bostad.[459]

Vilka krav ställer då grundlagsutskottet på de lagar som skall *precisera* 19 § 1 st. GL? Till att börja med skall grunderna för avgränsning av den

---

454 GrUU 48/2006 rd s. 2.

455 GrUU 33/2004 rd s. 2; GrUU 48/2006 rd s. 2.

456 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §.

457 Beskrivet av Helenelund, J-E, a.a.s. 149, med hänvisning till Tuori.

458 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §. Grundlagsutskottet har vid flera tillfällen yttrat att de tjänster som tryggar ett människovärdigt liv skall ingå i GL 19 § 1 st., såsom rätten till akut sjukvård. Se RP 309/1993 rd s. 73–74 samt GrUU 20/2004 rd s. 2.

459 Se Helenelund, J-E, a.a.s. 144–170.

personkrets som omfattas av rättigheter enligt 19 § 1 st. GL finnas i lag.[460] Grundlagsutskottet har också konstaterat att begränsningar som berör kärnan i en grundrättighet inte kan införas via vanlig lag. 19 § 1 st. GL är utformad som en subjektiv och absolut rättighet, vilket innebär att stadgandet anger en *skyddad kärna*, som ger en subjektiv rätt till utkomststödets ”grunddel” vilken utgör en förutsättning för ett människovärdigt liv.[461] Den nivån får inte äventyras ens i situationer där mottagare av utkomststöd brister i samarbetsvilja ifråga om villkor som uppställts för att få utkomststöd. Även oundgänglig omsorg (rätt till hälsovård till exempel) har en skyddad kärna.

Paragrafens första stycke innehåller alltså en subjektiv rätt till socialt stöd, boende och akut sjukvård, vilket visats genom såväl förarbetsuttalanden som grundlagsutskottets praxis. Enligt förarbetena till 19 § 1 st. GL ingår det i denna bestämmelse en dimension av en rätt till boende som baseras på att rättigheten är okränkbar. Rätten till boende medger nämligen hälsa och livsduglighet.[462] Genom utskottets praxis har också materiella krav på lagstiftningens *innehåll* ställts upp. Den subjektiva rätten till boende måste till exempel uppfylla hälsoskyddskrav och kravet på skydd för hemfriden och privatlivet.[463]

19 § GL ger var och en rätten till social trygghet, det vill säga även utländska medborgare. Grundlagsutskottet har med anledning av detta understrukit vikten av att lagförslag överensstämmer med gemenskapsrätten, Europarådets sociala stadga och FN:s konvention om barnets rättigheter.[464]

---

460 Förordning ansågs inte tillräckligt när det var fråga om personkrets av asylsökande.

461 Jämför 7 § GL.

462 19 § 1 st. GL tolkas utifrån grundlagsutskottet, de högsta instanserna och även JO. Grundlagsutskottet och JO har framfört att lagstiftning behövs för grupper av individer som har en subjektiv rätt till boende, vilket är en sista utväg. Rättigheten är därmed subsidiär. Vidare skall minimistandarden för boende regleras i lagstiftning. Om en viss grupp har betydligt lägre standard än en annan, så skall åtgärder vidtas för att ordna situationen. Effektiva rättsmedel skall finnas för alla individuella rättigheter, även rätten till boende.

463 Socialvårdslagen (1412/1997) från den 30 december 1997 och lagen om utkomststöd (1412/1997), förverkligar den subjektiva rätten till utkomststöd i 19 § 1 st. I den senare anges socialt bistånd till immigranter eller personer som vistas i kommunen.

464 GrUU 22/2004 rd s. 3; GrUU 48/2006 rd s. 4 där bosättningskrav på tre år för utlänningar skall få sociala förmåner i Finland kan anses vara för strängt, även om lagförslaget i fråga innebar en minskning om två år.

2.4.10.3 Rätten till grundläggande försörjning enligt 19 § 2 st. GL

2.4.10.3.1 Allmänt om 19 § 2 st. GL

I 19 § 2 st. garanteras var och en *grundläggande försörjning* i de fall individen inte kan försörja sig själv.[465] Rättigheten förverkligas genom lag. [466] Skyddet enligt 19.§ 2 st. är mer omfattande än den basnivå som 19 § 1 st. garanterar och syftar till att uppnå ett heltäckande skydd så att inga grupper lämnas utanför.[467] Men det är inte fråga om en subjektiv (individuellt utkrävbar) rättighet på grundlagsnivå i 2 st. Stadgandet förutsätter dock att man i de situationer som nämns i grundlagen garanterar denna rättighet på lagnivå.[468]

I samband med rättighetsreformen i mitten av 1990-talet uttalade regeringen att:

> Till välfärdssamhället hör rätten till ett tryggt liv oberoende av individens ställning i arbetslivet, familjeförhållanden och sociala ställning eller andra motsvarande faktorer. I enlighet med denna princip föreslås att lagstiftaren i grundlagen åläggs att garantera ett skydd för grundläggande utkomst i situationer där individen själv saknar möjlighet att själv skaffa utkomst. [469]

Som exempel på sådana situationer anges arbetslöshet, sjukdom, arbetsoförmåga, ålderdom, barnafödsel och förlust av en försörjare.[470] Rekvisitet ”grundläggande utkomst” tar sikte på lagstiftarens skyldighet att ”genom lagstadgade skyddssystem garantera den grundläggande utkomsten i olika livssituationer.”[471] Vad som utgör grundläggande utkomst definieras inte enbart genom den existerande sociallagstiftningen. Den grundläggande försörjningen skall avgöras genom en helhetsbedömning som tar hänsyn till både de lagstadgade skyddssystemen och individens situation i övrigt

---

465 ”Genom lag skall var och en garanteras rätt att få sin grundläggande försörjning tryggad vid arbetslöshet, sjukdom, arbetsoförmåga, och under ålderdomen samt vid barnafödande och förlust av en försörjare.” I GrUU 43/2002 rd konstateras att sociala krediter som tillhandahålls av kommuner inte ingår i de rättigheter som GL 19 § stadgar, utan att det är en frivillig uppgift för kommunerna. Utskottet menar att förslaget om sociala krediter skapar problem utifrån en jämlikhetsaspekt även om det inte strider mot 6 § GL att ha en lagstiftning som *medger* kommunerna möjligheten att ge social kreditgivning, utan det är inom ramen för 121 § GL (kommunal självstyrelse). Den sociala kreditgivningen ersätter inte heller varje individs rätt till oundgänglig försörjning enligt 19 § 1 st. GL.

466 Jämför GrUU 60/2002 rd s. 3, GrUU 42/2004 rd s. 2 samt GrUU 33/2004 rd s. 4.

467 Se GrUU 60/2002 rd s. 3, angående pensioner, GrUU 33/2004 rd s. 2, angående pensioner, GrUU 42/2004 rd s. 2, angående utkomstskydd för arbetslösa.

468 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §.

469 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §.

470 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §.

471 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §. Se också Suksi, M, a.a.s. 198.

ingår.[472] Grundlagsutskottet har i linje med detta anfört att de sociala trygghetssystemen som garanterar en grundläggande försörjning inte behöver utsträckas till dem som omfattas av lagfästa trygghetssystem och som med hänsyn till sin egen situation i övrigt (till exempel familjeförhållanden) som helhet bedömt *har* möjlighet att försörja sig. Detta gäller även om deras normala försörjningsmöjligheter har försvagats på grund av sjukdom.[473] Behovsprövningen utifrån dessa faktorer är tillåten enligt grundlagen. Grundlagen kräver vidare inte att den som enbart är hänvisad till trygghet enligt 19 § 1 st. bör omfattas av det system som avses i 2 st. med anledning av sjukdom.

Det finns inget hinder mot att i den lag som skall förverkliga 19 § 2 st. införa *villkor* för förmånerna, såsom behovsprövning (även om de framstår som subjektiva rättigheter i lagtexten).[474] För att kunna bestämma vad som skall ses som en tillräcklig försörjning skall, precis som fallet är med 1 st., en helhetsbedömning av de existerande trygghetssystemen samt individens situation i övrigt tas i beaktande. Tanken är att skapa en bestående skyddslagstiftning som gör att en grundläggande försörjning kan garanteras på lång sikt.[475]

Även ur 19 § 2 st. kan man utläsa en okränkbar kärna. Paragrafen innebär ett förbud mot att låta marginalgrupper uppstå som saknar lagstadgad grund till en bättre grundläggande utkomst än den som garanteras alla i 19 § 1 p. GL när dessa grupper är i en sådan social risksituation som 19 § 2 p. avser. Det allmänna får alltså inte särbehandla någon grupp negativt, vilket följer av skyldigheten att förverkliga grundrättigheterna (22 § GL) tagen tillsammans med diskrimineringsförbudet (6 § GL).[476] Bedömningen av lagstiftningens grundlagsenlighet är alltså beroende av om det uppstår marginalgrupper

---

472 Familjeförhållanden kan här spela in, jämför GrUU 46/2002 rd s. 3 och 5. Väntetider och karensdagar får heller inte utformas på ett sådant sätt att grundlagens utkomstskydd urholkas (s. 5).

473 GrUU 40/2001 rd s. 2, med hänvisning till GrUU 15/1995.

474 Se t.ex. GrUU 46/2002 rd, där grundlagsutskottet (s. 2) understryker att ”om en förmån förvägras som sanktion måste detta i sak stå i motiverad proportion till vilket slag av sysselsättningsfrämjande åtgärder som stått till buds och av den arbetslösa själv kan anses vara skuld till. Perioderna utan ersättning kan heller inte göras så långa att de blir ett sätt att kringgå förpliktelsen i grundlagen.” Se även GrUU 47/2002 rd s. 3.

475 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §.

476 Jämför Suksi, M, a.a.s. 198 f., där författaren framför att lagstiftarens skyldighet att handla och därmed utveckla det sociala skyddet i takt med den ekonomiska utvecklingen skall göras i syfte att kunna försäkra en grundläggande försörjning i det långa loppet. Ändringar som motsvarar väsentliga ingrepp i det skydd som GL 19 § 2 st. leder per automatik till en noggrann och kritisk granskning i grundlagsutskottet.

med avseende på 19 § 2 st. GL.[477] Tanken är att bestämmelsen i grundlagen skall borga för att det lagstiftade trygghetssystemet är så pass omfattande att inga grupper blir lidande och hamnar utanför systemet.

2.4.10.3.2 Grundläggande försörjning och rätten till sysselsättning

19 § 2 st. har en nära koppling till 18 § som stadgar rätten till sysselsättning.[478] 19 § 2 st. GL rör också skyddet för försörjning under sysselsättningsfrämjande utbildning. Försörjningen måste vara tryggad på ett sådant sätt som är acceptabelt enligt paragrafen.[479] Systemen som skall garantera grundläggande försörjning måste vara så heltäckande att inga grupper lämnas utanför dem.[480]

Enligt 18 § 2 st. GL skall det allmänna främja sysselsättning och rätten till sysselsättningsfrämjande utbildning anges vidare genom bestämmelser i lag. Lagstiftaren avsåg inte att säkerställa någon subjektiv rättighet till sysselsättningsfrämjande utbildning när grundlagsstadgandet infördes. Detaljerna om vad rättigheten innebär bestäms i lag och därmed är det fråga om en sådan situation där lagstiftaren är mindre bunden av grundlagen än när själva huvudregeln kan utläsas direkt i grundlagen. Lagstiftaren har en allmän skyldighet att tillse att det lagstadgade utbildningssystemet ger arbetsförmögna personer en faktisk möjlighet att få denna utbildning, vilket inte kan åsidosättas på grund av budgetmässiga skäl. Utskottet uttalar: ”Samma skyldighet blir en grundlagsinriktad princip för lagtolkning när bestämmelserna tillämpas.”[481]

I ett utlåtande rörande ett lagförslag om utkomstskydd för arbetslösa uttalade sig grundlagsutskottet om såväl 19 § 2 st. som 18 § 1 st. Enligt 19 § 2 st. har var och en rätt att få sin grundläggande försörjning tryggad vid arbetslöshet.[482] Men grundlagen hindrar inte att det uppställs *villkor* för en förmån om tryggar en grundläggande utkomst.[483] Villkoren kan vara att den berörde själv medverkar till åtgärder som i sista hand kan bidra till att han eller hon bevarar sin arbetsförmåga och får arbete.[484] Om en förmån förvägras som en sanktion så måste det stå i proportion till vilket slag av

---

477 GrUU 40/2001 rd s. 2, med hänvisning till GrUU 15/1995. GrUU 33/2004 rd s. 2; GrUU 42/2004 rd s. 2; GrUU 48/2006 rd s. 2.

478 Om sysselsättning, se RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 §.

479 GrUU 47/2002 rd s. 3.

480 GrUU 60/2002 rd s. 3.

481 GrUU 47/2002 rd s. 2.

482 GrUU 46/2002 rd s. 2 med hänvisning till GrUB 1994 s. 10/II: ”att garantera var och en, som behöver grundläggande utkomstskydd, en subjektiv rätt till denna lagfästa trygghet som det allmänna skall ordna.”

483 GrUU 46/2002 rd s. 2, med där angivna förarbetshänvisningar.

484 GrUU 46/2002 rd s. 2.

sysselsättningsfrämjande åtgärder som stått till buds och av den arbetslösa själv kan anses vara skuld till. Villkoren för att få arbetslöshetsförmån måste vara sådana att den berörda inte faller utanför utkomstskyddet i 19 § 2 st. Det skulle nämligen innebära att personen blir ett marginalfall i strid med grundlagen.[485] Arbetsförmåga och arbetets lämplighet blir föremål för bedömning när det uppkommer en skyldighet för den berörde att ta emot ett erbjudande om arbete. Grundlagsutskottet har därvidlag betonat vikten av att 11 § GL respekteras. I nämnda paragraf stadgas religions- och samvetsprincipen, som blivit än mer aktuell och viktig med tanke på att Finland är ett mångkulturellt samhälle.[486] Erbjudanden som är moraliskt eller etiskt tvetydiga skall heller inte kunna påtvingas den arbetssökande. Inte heller får dessa faktorer innebära en förlust av arbetslöshetsförmåner, karenstider etc. 19 § 2 st. GL accepterar väntetider, karenstider och självrisker för utkomstskydd, men dessa får inte vara så långa att det grundläggande skyddet för utkomst riskeras.[487]

Lagstiftning som innebär att arbetslös ungdom som fortfarande bor hos sina föräldrar får 60 procent av stödet har av utskottet ansetts respektera såväl 19 § 2 st. GL som ILO:s konvention nr 168 (som ställer upp ett krav om 50 procent av den lagstadgade minimilönen eller lönen till en vanlig arbetstagare eller till en nivå som ger minimum för grundläggande levnadsomkostnader, beroende på vilken som för tillfället är högst). En sänkning av arbetsmarknadsstödet måste dock ta hänsyn till ”den arbetssökandes verkliga ekonomiska situation i förhållande till sina föräldrars hushåll där han eller hon bor”.[488] En annan faktor att ta i beaktande är den i 9 § 2 st. GL stadgade rätten att välja bostadsort. Det är viktigt att arbetslagstiftningen tolkas i positiv och grundlagsvänlig anda i det enskilda fallet, så att denna rättighet inte kränks.[489]

För att få utkomstskydd vid arbetslöshet föreslogs år 2002 att den arbetssökande måste, förutom att vara registrerad som arbetssökande, ha en giltig arbetsansökan. När arbetsansökan upphör att gälla, så uppfyller inte den arbetssökande längre villkoren för att få arbetslöshetsförmåner. Lagförslaget kritiserades av utskottet, då det inte var tillräckligt preciserat avseende åtgärderna från arbetskraftsbyråns sida eller proportionalitetsprincipen inom förvaltningen. Avseende det senare ansåg utskottet att endast allvarliga försummelser från sökandens sida skulle leda till att ansökan upphörde att gälla.[490] Utskottet önskade också se

485 GrUU 46/2002 rd s. 2.
486 GrUU 46/2002 rd s. 3.
487 GrUU 46/2002 rd s. 4.
488 GrUU 46/2002 rd s. 5.
489 GrUU 46/2002 rd s. 4.
490 GrUU 47/2002 rd s. 3.

preciseringar om när en ansökan kan bli giltig igen och för de fall det saknas uppgifter från den enskilde så att myndigheten kan lägga upp en jobbsökarplan. Utskottet anser att det finns risk för att en arbetssökande, utan att preciseringar rörande dessa frågor i lagen, blir utan ersättning i 60 dagar något som än en gång aktualiserar proportionalitetsprincipen, 19 § 2 st. GL samt 80 § GL.[491]

2.4.10.3.3 Besvärsrätt

GL 21 § ger den enskilde rätt att få rättigheter eller skyldigheter behandlade vid domstol eller något annat oavhängigt rättskipningsorgan, det vill säga även i fråga om prövningsbaserade stöd. Grundlagsutskottet har uttalat att: ”Ju mer myndigheternas prövning kopplas till lagfästa villkor, desto större blir behovet att kontrollera myndigheternas verksamhet med hjälp av överklaganderätt av enskilda. Detta är nödvändigt till exempel för att kontrollera att myndigheterna är rättvisa i sin verksamhet och för att säkerställa att lagen tillämpas på lika grunder.”[492] Utlåtandet gällde prövningsbaserat stöd enligt GL 19 § 2 st., dvs. ett stöd som skall trygga *mer* än oundgänglig försörjning och omsorg som stadgas i 1 st. Rättsskyddet i 21 § GL innebär att en besvärsrätt garanteras för såväl 19 § 1 st. som 19 § 2 st.

I 21 § 2 st. GL stadgas rätten att få motiverade beslut och att få söka ändring av beslut.[493] Intresserepresentationen i de nämnder som hanterar besvär kan innebära problem med tanke på skyddet för grundläggande fri- och rättigheter.[494] Ett rättskipningsorgan måste till sin sammansättning uppfylla kravet på oavhängighet och då är det ur grundlagssynpunkt viktigt att intresserepresentanterna inte är i majoritet i beslutsinstansen.[495] Lagstadgade besvärsförbud som innebär att en fråga enbart kan prövas i en instans kan bli problematiska i ljuset av 21 §. Besvärsförbud vid begränsning av offentliga arbetsförmedlingstjänster är inte i enlighet med 21 § 2 st. GL.[496] Grundlagsutskottet har också ansett att pensionsnämnders beslut skall kunna överklagas till försäkringsdomstol, med hänvisning till 21 § GL.[497] Även om myndigheterna har en prövningsrätt (21 § 2 st. GL) som en del av principen om god förvaltning, så undanröjer den inte i sig behovet av

491 Jämför GrUU 55/2002 rd s. 2.

492 För detta stycke och citatet, se Helenelund, J-E, a.a. s. 156 f.

493 Skriftligt beslut om förmåner skall ges även när det är fråga om indexjustering eller någon annan motsvarande grund som bestäms direkt med stöd av lag eller förordning, åtminstone på begäran. Se för detta GrUU 46/2002 rd s. 8 och GrUU 10/2009 rd s. 3.

494 GrUU 46/2002 rd s. 9; GrUU 55/2002 rd s. 3 (rörande pensionsnämnder).

495 GrUU 55/2002 rd s. 3; GrUU 25/2004 rd s. 2; GrUU 22/2005 rd s. 2 (om pensionsnämnd och olycksfallsnämnd); GrUU 34/2006 rd s. 2; GrUU 35/2006 rd s. 2.

496 GrUU 47/2002 rd s. 4.

497 GrUU 55/2002 rd s. 3.

att söka ändring. Kontrollen av myndighetsverksamhet bör därför ordnas via besvärsrätt för enskilda människor enligt utskottet.[498]

2.4.10.4 Social-, hälsovårds- och sjukvårdstjänster enligt 19 § 3 st. GL

De *institutionella* formerna för den sociala tryggheten kommer till uttryck i GL 19 § 3 st., enligt vilket det allmänna är förpliktad att trygga tillgången till social-, hälso- och sjukvårdstjänster samt främja befolkningens hälsa.[499] Lagstiftningen är ett oundgängligt redskap i förverkligandet av denna paragraf, då grundlagen inte anger på vilket sätt tjänsterna skall ordnas utan enbart hänvisar till lag.[500] Privata social- och hälsovårdstjänster är tillåtna enligt grundlagen, men dessa måste följa villkoren för hur offentliga förvaltningsuppgifter skall utföras av annan än myndighet och som framkommer av 124 § GL.[501] I förarbetena har framhållits vikten av att samhället tillhandahåller *tillräckligt* med tjänster så att alla människor kan verka som fullvärdiga medlemmar i samhället.[502] Tjänsterna skall också vara på en sådan *nivå* att alla människor ges förutsättningar att fungera som fullvärdiga medlemmar i samhället.[503]

19 § 3 st. definierar inte hur hälso- och sjukvårdstjänsterna skall organiseras, men däremot att tillgången till tillräckliga tjänster skall tryggas genom lagstiftning. Andra grundlagsstadganden påverkar också tillgången till och sättet att ordna tjänster (jämlikhet, diskrimineringsförbud, rätten till liv, personlig integritet och säkerhet, skyddet för privatliv, religions- och samvetsfriheten). Även mänskliga rättigheter skall i detta sammanhang respekteras.[504]

Den exakta innebörden av rättigheterna i 3 st. är inte enkel att utläsa direkt från grundlagstexten. Grundlagsutskottet anser att rättighetens innehåll bestäms av hur fri- och rättigheterna sammantaget med vanlig lagstiftning är konstruerade.[505] Utskottet har – i linje med

---

498 GrUU 46/2002 rd s. 9; GrUU 55/2002 rd s. 4.

499 GrUU 37/2000 rd s. 2; GrUU 10/2009 rd s. 2.

500 GrUU 20/2004 rd s. 2.

501 124 § GL lyder: ”Offentliga förvaltningsuppgifter kan anförtros andra än myndigheter endast genom lag eller med stöd av lag, om det behövs för en ändamålsenlig skötsel av uppgifterna och det inte äventyrar de grundläggande fri- och rättigheterna, rättssäkerheten eller andra krav på god förvaltning. Uppgifter som innebär betydande utövning av offentlig makt får dock ges endast myndigheter.” Lagen om privat hälso- och sjukvård (152/1990). Andra lagar som anger institutionella ramar åt dessa frågor är socialvårdslagen (710/1982), folkhälsolagen (66/1996), lagen om specialiserad sjukvård (1062/1989).

502 RP 309/1993 rd s. 75, hänvisning i not 103 i Suksi, M, a.a.s. 200.

503 GrUU 20/2004 rd s. 2 med hänvisning till RP 309/1993; GrUU 10/2009 rd s. 3.

504 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §. Se också GrUU 20/2004 rd s. 2; GrUU 37/2000 rd s. 2; GrUU 10/2009 rd s. 2.

505 Se GrUU 20/2004 rd s. 2.

förarbetsuttalandena – också lyft fram vikten av att statens anslag höjs till kommunerna, så att dessa rent faktiskt har möjlighet att svara för de skyldigheter det allmänna har på hälso- och sjukvårdsområdet.[506] Med *befrämjande* av befolkningens hälsa menas dels de förebyggande åtgärder social- och hälsovård har som en del i verksamheten, men också en mer allmän strävan att samhället skall utvecklas i en riktning som främjar befolkningens hälsa.[507]

GL 19 § 3 st. 2 men. syftar till att utgöra ett stöd för barnets omgivning, såsom familjen och andra ansvariga. Det största ansvaret för att barnet skall ha en god livsmiljö och utveckling läggs på familjen.[508] För att föräldrarna skall kunna ge barnet en så bra uppväxt som möjligt, finns det stödformer som till exempel barnbidrag som åsyftas i grundlagsstadgandet.

Även 19 § 1 st. skall tas i beaktande i relation till st. 3. I st. 1 stadgas var och ens rätt till oundgänglig försörjning och omsorg, vilket inkluderar tjänster som tryggar ett människovärdigt liv och där ingår rätt till akut sjukvård.[509] Det finns alltså en individuell och rättsligt verkställbar rättighet att få vård enligt 1 st., vilket inte är fallet enligt st. 3. Men den subjektiva rätten i st. 1 innebär att patienter måste ha möjlighet att under kvällar och veckoslut ha en möjlighet att ta kontakt med vårdcentral eller någon annan serviceproducent för att få akut vård.[510] Öppettider och tillhandahållande av vård ingår i det som avses med tillgång till hälso- och sjukvårdstjänster i 19 § 3 st.

2.4.10.5 Rätten till boende enligt 19 § 4 st. GL

Rätten till bostad är i den finska grundlagen utformad på så sätt att det är individen själv som skall ta initiativ till förverkligandet av rättigheten. Grundlagsutskottet har framfört att bostaden är en särskilt viktig del för människans liv och utkomst.[511] Samtidigt anses 19 § 4 st. endast utgöra en

---

506 RP 309/1993 rd s. 28, GrUB 25/1994 rd s. 3, GrUU 37/2000 rd s. 2, GrUU 20/2004 rd s. 3 (som dessutom tillägger att reformers kostnadseffekter måste följas upp). Om kommunernas självstyrelse, se 121 § GL. Justitiekanslern har noterat brister i äldreomsorgen i en finsk kommun i ärende 78/1/00, se Justitiekanslerns årsberättelse 2001 s. 58, men valde att be de övervakande myndigheterna om yttranden och lämnade ärendet utan åtgärd. JK framhåller dock att äldreomsorgen måste utvecklas på så sätt att den tar hänsyn till grundlagens krav, men menade att han inte är direkt behörig att ta ställning till den allmänna frågan om äldreomsorgens tillstånd.

507 GrUU 37/2005 rd s. 2, där också grundlagsutskottet hänvisar till miljöstadgandet i GL 20 § samt rätten att utöva näring (18 § GL). Den 1 mars 2005 trädde lagen om vårdgaranti i kraft (855–858/2004), som anger den maximala väntetiden för vård.

508 Jämför GL 6 § 3 st. samt 16 § 1 st. GL (rätten till utbildning).

509 GrUU 20/2004 rd s. 2 med hänvisning till RP 309/1993; GrUU 10/2009 rd s. 3.

510 GrUU 20/2004 rd s. 3.

511 GrUB 25/1994 rd s. 11, citerad i Suksi, M, a.a.s. 202.

målsättning för det allmänna och paragrafen kompletteras också med vanlig lag, till exempel lagen om utvecklande av bostadsförhållandena (919/1985), bostadsaktiebolag (809/1991) samt lagen om hyra av bostadslägenhet (481/1995), dock utan att kravet på lag ingår i grundlagsstadgandets ordalydelse. Internationell rätt ger i det finska systemet miniminivåer för rättigheten, då tanken med grundlagens rättighetsregleringar att de nationella grundrättigheterna är mer omfattande än de internationella konventionerna.

Det fjärde stycket tryggar alltså inte rätten till bostad som en subjektiv rättighet och det finns heller inte någon sådan i vanliga lagar.[512] Stadgandet ställer inte särskilda kvalitetskrav på boendet. Av förarbetena framgår dock att när rätten till bostad främjas, så skall det fästas särskild uppmärksamhet på boendets inverkan på hälsan (19 § 3 st. GL) när åtgärder vidtas för att uppfylla det allmännas skyldigheter enligt paragrafen. [513]

Bostaden skall också trygga privatlivet och hemfriden i enlighet med 10 § grundlagen.[514] Utskottet anser därvidlag att det inte är proportionerligt att tillåta ingrepp i hemfridsskyddet för att utreda förseelser som endast kan leda till böter.[515]

Vid en genomgång av grundlagsutskottets praxis kan konstateras att utskottet hänvisar till 19 § 4 st. GL som en sistahandsgrund, i kompletterande frågor om egendomsskydd kopplade till hyresbostäder,[516] ränte- och amorteringsfrågor för boende,[517] förmedling av bostäder[518] samt social trygghet.[519] Men även statligt *stöd till boende* aktualiserar 19 § 4 st. GL vilket är en del av den sociala bostadspolitik som finns i Finland. Staten har sedan länge medgett möjlighet till statssubventionerade lån för hyreshus och också räntebidrag för huslån direkt till långivaren. I och med grundlagsreformen krävdes att det tidigare sättet att styra boende via inkomster, ägande och skatter för de boende, byttes mot en mer

---

512 En subjektiv rätt till boende finns inskriven i speciallagstiftning för vissa grupper som på grund av handikapp eller sjukdom behöver service för att kunna leva ett fullgott liv. Se Suksi, M, a.a.s. 203 för en närmare redogörelse om till exempel lagen om service och stöd på grund av handikapp (380/1987).

513 GrUU 39/2005 rd s. 2.

514 RP 309/1993 Motivering II/III rd. Detaljmotivering rörande 15 a §. Alla lokaler som används för stadigvarande boende omfattas av 10 § GL, se GrUU 39/2005 rd s. 2. Suksi, M, a.a.s. 203.

515 GrUU 39/2005 rd s. 2; GrUU 40/2002 rd s. 2.

516 Egendomsskyddet finns i 15 § 1 st. GL, GrUU 19/2003 rd. Se även GrUU 45/2002 rd.

517 GrUU 5/2003 rd.

518 GrUU 24/2000 rd.

519 GrUU 22/2004 rd. Den finske JO framhöll i ärende 2132/4/98 att stöd borde ha beviljats retroaktivt även för en vräkningshotad familjs utgifter. Att en familj drabbades var viktigt i beslutet, men också det faktum att myndigheterna skall välja det tolkningsalternativ som bäst främjar syftet med de grundläggande fri- och rättigheterna.

lagstiftningsinriktad reglering, som tar sin utgångspunkt i grundlagen, men förverkligas längre ned i normhierarkin. Självfallet spelar de lokala myndigheterna en viktig roll när det är fråga om den finska bostadspolitiken. Dessa beslutar om vilka projekt som skall finansieras av det allmänna och utgör också den största ägaren av hyreshus i dag.

Enligt ett lagförslag skulle bosättning i en kommun innebära förtur till räntestödda hyresbostäder. Grundlagsutskottet ansåg att förslaget måste bedömas mot bakgrund av 6 § 2 st. GL samt 19 § 4 st. GL. Särbehandling på grund av bostadsort är en sådan ”annan orsak” som anges i 6 § 2 st. Frågan är då om särbehandlingen kan motiveras på ett godtagbart sätt med tanke på systemet för de grundläggande fri- och rättigheterna.[520] Förslaget ansågs godtagbart ur grundlagssynpunkt, då det i sista hand fanns en grund för särbehandlingen i 121 § GL – kommunala självstyrelsen.[521]

2.4.11 Egendomsskyddets påverkan på de sociala grundrättigheterna

Det är inte enbart rätten till sysselsättning som är nära sammanbunden med rätten till grundläggande försörjning i 19 § 2 st. Även egendomsskyddet i 15 § GL är grundläggande för individens möjligheter att försörja sig. Med egendom avses intressen som har förmögenhetsvärde. Äganderätten, begränsade sakrättigheter, den offentliga maktens betalningsprestationer som har förfallit till betalning samt immateriella rättigheter med förmögenhetsvärde anses åtnjuta egendomsskydd.[522]

I finländsk rätt är det i princip förbjudet att från lagstiftarens sida ingripa ingripa retroaktivt i förmögenhetsrättsliga avtalsförhållanden mellan privatpersoner genom vanlig lag. Detta får också betydelse i relation till sociala stöd. Sociala understöd och motsvarande förpliktelser anses vara egendom som skyddas av grundlagen då de förfallit till betalning. När förmånerna väl har intjänats av en person genom sin lön, så har dessa förmåner ansetts vara en del av det grundlagsstadgade egendomsskyddet. Grundlagsutskottets praxis har avsett försämringar av förmåner i privata pensionslagar och i statens pensionslag.[523] En inkomstrelaterad förmån, som till exempel rätten till arbetspension, intjänas således medan anställningsförhållandet pågår. När den senare betalas ut så betraktas den som en del av vederlaget för en arbetsprestation. Men utskottet har också framfört att egendomsskyddet inte ansetts gälla rätten till folkpension. För

[520] GrUU 14/2006 rd s. 2.

[521] GrUU 14/2006 rd s. 2.

[522] RP 309/1993 Motivering III/III rd. Detaljmotivering rörande 12 §.

[523] RP 309/1993 Motivering III/III rd. Detaljmotivering rörande 12 §.

att egendomsskyddet i 15 § GL skall aktualiseras skall det vara fråga om en *konkret* intjänad förmån och inte ett skydd för ett visst pensionssystem.[524] Egendomsskyddet i den svenska regeringsformen, 2 kap. 18 §, har inte preciserats i denna utsträckning av den svenske lagstiftaren. För att förstå dess omfattning är *Bertil Bengtssons* analyser av stort värde.[525] I svensk rätt anses egendomsskyddet enligt regeringsformen endast omfatta privaträttsliga fordringar och inte offentligrättsliga.[526] Bengtsson anser att grundlagsskyddet för egendom enligt 2 kap. 18 § RF kan omfatta pensionsrätten då det inte är fråga om folkpension eller sociala bidrag.[527] De senare grundar sig på bosättning och har inte den individuella karaktär som krävs för att anses som en fordran. Det kan konstateras att ju mer försäkringslik den offentligrättsliga socialförsäkringsförmånen är, ju större möjlighet att den kan skyddas genom 2 kap. 18 § RF.[528]

Egendomsskyddet tryggar avtalsförhållandens fortbestånd, även om förbudet mot retroaktiva ingrepp i avtalsförhållandenas okränkbarhet inte har blivit absolut i grundlagsutskottets praxis.[529] Tanken med skyddet för förmögenhetsrättsliga rättshandlingars giltighet är att skydda *berättigade förväntningar* i ekonomiska frågor.[530] Berättigade förväntningar handlar om att den enskilde skall kunna lita på att lagstiftningen om rättigheter och skyldigheter som är väsentliga i ett avtalsförhållande består på ett sådant sätt att parternas rättsliga ställning inte kan försvagas i oskälig mån genom bestämmelser om dessa omständigheter i vanlig lag.[531]

Egendomsskyddet har också bedömts av grundlagsutskottet i relation till rätten till bostad i 19 § 4 st. En bostadsrätt som grundar sig på ett bostadsrättsavtal är en rätt med förmögenhetsvärde som omfattas av

---

524 GrUU 60/2002 rd s. 2.

525 Bengtsson, B, *Ersättning vid offentliga ingrepp 1. Egendomsskyddet enligt regeringsformen* s. 130, 141, 144 och densamme *Rättsutlåtande till 1997 års premiereservsutredning*, SOU 1997:131, bilaga 2 s. 207–210. Denna diskussion återupptas inte av Grundlagsutredningen i betänkandet 2008:125.

526 Jämför SOU 2008:125 s. 440 och s. 728 som inte behandlar dessa frågor i samband med de föreslagna förändringarna av 2 kap. 18 § RF.

527 Bengtsson, B, *Rättsutlåtande till 1997 års premiereservutredning* s. 208.

528 Se också Erhag, T, *Socialförsäkringen och det nya pensionssystemet – en ny syn på rättsförhållandet mellan försäkringsgivare och föräkringstagare i den obligatoriska försäkringen* s. 145

529 GrUU 45/2002 rd s. 2; GrUU 24/2002 rd.

530 GrUU 45/2002 rd s. 2; GrUU 48/1998 rd s. 2.

531 Skyddet för berättigade förväntningar och tillitsskyddet blir ännu viktigare när det är fråga om en ordning, som till exempel bostadsrätter, som tillkommit genom lag. GrUU 45/2002 rd s. 2. Jämför här också med Lotta Westerhäll som föreslår just tillitsaspekten när det är fråga om sociala rättigheters konstitutionella skydd. Hon avviker därmed från Bertil Bengtssons syn, se Westerhäll, L, *Rättigheter som grund för social trygghet* s. 30 ff.

egendomsskyddet i 15 § 1 st. GL.[532] 19 § 4 st. GL är i sista hand en i grundlagen hänförlig grund för bestämmelser om bostadsrätter.[533] Om lagen inte garanterar den enskilde att få tillbaka en betald bostadsrättsavgift så är det en oskälig försämring i en enskilds förmögenhetsvillkor, men det är också ett hot mot 19 § 4 st., då personens förutsättningar att själv ordna sitt boende minskar. Skyddet för berättigade förväntningar och tilliten för de bostadsrättshavare som förvärvat sin bostad med stöd av gällande lag blir kraftigt reducerat med lagförslaget.[534] Grundlagsutskottet har också ansett att frågor om kreditgivning för husägare med hyresgäster bör bedömas med hänsyn till 80 § 1 st. GL, då det blir direkta återverkningar för hyresgäster hur lånevillkoren hanteras. Genom att hyresgästers situation berörs, så aktualiseras nämligen 19 § 4 st. GL.[535]

2.4.12 Kommentar

Utmärkande för den finska grundlagsregleringen är värdegrunden som genomsyrar såväl lagstiftning som tolkningen av rättigheterna i enskilda fall. Värdegrunden innebär att mänsklig värdighet och fri- och rättigheter skyddas och att ett kontinuerligt arbete med främjande av rättvisa pågår i det allmännas totala verksamhet. Som vi också har sett kompletteras värdegrunden av plikten i 22 § GL för det allmänna att garantera mänskliga rättigheter och grundrättigheter. Därigenom åläggs det allmänna skyldigheten att både respektera och agera för ett förverkligande av rättigheterna.

Vi har sett att den finska riksdagen gjorde ett antal viktiga ställningstaganden vid reformen av grundlagens rättighetskapitel. Det första ställningstagandet är att domstolarna *skall* tillämpa grundlagens stadganden. Detta understryks också av reglerna om grundlagens företräde och av normhierarkin (106 och 107 §§). Det andra ställningstagandet jag önskar lyfta fram är riksdagens önskan att fler människor i Finland skulle få tillgång till fler rättigheter. Därvidlag blir inkluderandet av de folkrättsliga åtagandena och de mänskliga rättigheterna betydelsefullt. Till detta hör också skapandet av faktiska förutsättningar för människor att påverka sin livssituation. Grundlagen syftar till, vilket också är min tredje punkt, att skapa faktisk jämställdhet. Det sker just genom inkluderandet av mänskliga rättigheter, fler grundrättigheter och införandet av sociala rättigheter i grundlagen. Den subjektiva rätten till oundgänglig omsorg och trygghet i 19

532 GrUU 45/2002 rd s. 2.
533 GrUU 45/2002 rd s. 3.
534 GrUU 45/2002 rd s. 3.
535 GrUU 5/2003 s. 2. Jämför också GrUU 19/2003 rd s. 2.

§ 1 st. GL infördes till synes utan diskussion om att den politiska makten och folksuveränitetsprincipen skulle urholkas.

Dessa tre ställningstaganden skiljer sig från den svenska synen på grundlagsstadgade sociala rättigheter. Även om de två länderna har flera gemensamma nämnare så kan vi konstatera att olikheterna även finns i det gemensamma. Grundlagsutskottet i Finland motsvaras av det svenska lagrådet. Båda utför en abstrakt normprövning. Grundlagsutskottet är sammansatt av riksdagsledamöter, vilket inte lagrådet är. Trots detta har utskottet skapat en solid plattform i fråga om tolkningen av grundrättigheterna, inklusive sociala sådana. Lagrådets möjligheter att i fråga om sociala rättigheter företa normprövning är däremot begränsade, eftersom 1 kap. 2 § 2 st. inte tillämpas på det sätt som 19 § GL gör. Precis som i Sverige sätts folksuveräniteten i Finland främst. Detta har dock inte hindrat ett aktivt val att skapa en grundlag som innehåller grundrättigheter som skall förverkligas och som skall vara närvarande i domstolars och förvaltningsmyndigheters verksamhet. Den försiktighet som kännetecknar den svenska debatten återfinns inte i de finska förarbetena.

Den finska grundlagen och den svenska regeringsformen antogs i stabila samhällen som kännetecknades av en relativt stor politisk enighet. Situationen var den motsatta i Sydafrika när dess nuvarande konstitution antogs. Precis som i Finland grundlagfästes sociala rättigheter i Sydafrika och det är nu dags att närmare studera på vilket sätt dessa förverkligas.

2.5 Sydafrika

2.5.1 Inledning

Den sydafrikanska rätten är från början en blandning mellan olika europeiska rättstraditioner och prekolonial rätt. Brittiskt och nederländskt kolonialt styre har bidragit till att såväl ”common law” som ”civil law” samtidigt ingår i rättssystemet. Processrätten och domstolsorganisationen är starkt präglade av det brittiska arvet. Allt detta återspeglas i konstitutionen från år 1996.[536]

Det var först år 1994 som samtliga sydafrikaner kunde delta i demokratiska val och som alla medborgare kunde anses vara lika inför lagen. Lagstiftning från tiden före 1994 var fortfarande i kraft, men den underställdes konstitutionens rättighetskatalog. Den nya konstitutionen

536 du Bois, F, *Sources of Law: Overview of the Constitution* s. 33 och du Bois, F, *Sources of Law: Common Law and Precedents* s. 65.

innebar att hela rättssystemet förändrades, eftersom all normgivning skulle tolkas i enlighet med de principer som katalogen ställde upp. Konstitutionen blev utgångspunkten för *all* juridisk argumentation, vilket också var ett brott med den äldre ordningen. Domstolarna fick ny makt och sedan dess har konstitutionen företräde i det sydafrikanska rättssystemet.[537]

Arbetet med den nya konstitutionen fördes i skuggan av arvet efter apartheid som dominerade landet under 1900-talet.[538] Apartheidregimens fall aktualiserade också den klassiska diskussionen kring en grundlag som *något mer* än ett regelverk för staten och det allmänna. Konstitutionen skall ge ett regelverk åt staten, dess myndigheter, domstolarna etc., men också spegla de värden som skall råda i landet. I konstitutionens ingress står det också att författningens syfte är att "Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights." Rättighetskatalogen kan i detta sammanhang anses ge legitimitet åt demokratin och konstitutionens resterande regelverk, då den syftar till att garantera trygghet för medborgaren i förhållande till staten. De sociala rättigheterna har i och med den nya konstitutionen blivit *legala* rättigheter och inte endast politiska målsättningar.

Särskilt påtagligt blir det historiska arvet när man studerar utformningen av rättighetskatalogen (Bill of Rights) i konstitutionens 2 kap. Katalogen är en vidareutveckling av Freedom charter – ett dokument skapat av ANC under 1950-talet.[539] Under apartheidregimen hade majoriteten i landet, den svarta befolkningen, förtryckts socialt och ekonomiskt av den vita minoriteten samtidigt som deras medborgerliga och politiska rättigheter var så gott som obefintliga. Vikten av att en ny grundlag skulle kunna förhålla sig till detta arv understryks i både övergångskonstitutionen (the transitional constitution,[540] nedan kallad TC) och det dokument som kom att bli Sydafrikas nya konstitution 1996.[541] Demokratiska principer och då särskilt

---

537 du Bois, F, *Sources of Law: Overview of the Constitution* s. 34.

538 Scott, C, och Macklem, P, *Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution* s. 2 ff.; se också Strand, P, *Decisions on democracy. The politics of constitution making in South Africa 1990–1996* samt Davis, D M, *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience* s. 181–195. Se också Klug, H, *South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation* s. 267 ff. och Liebenberg, S, *The Interpretation of Socio-Economic Rights* s. 3 f.

539 Davis, D M, a.a.s. 183. Davis för också fram att den sydafrikanska konstitutionen påverkats starkt av den kanadensiska, den tyska respektive den malaysiska grundlagen, a.a.s. 187 f. Numreringen i konstitutionen är löpande och ej kapitelindelad, varför jag inte kommer att ange kapitel hädanefter.

540 Constitution of the Republic of South Africa, Act 200 of 1993.

541 Constitution of the Republic of South Africa, Act 108 of 1996 (härefter CSA). Chaskalson, *A, From wickedness to equality: The moral transformation of South African law* s. 590–

”the achievement of equality” spelar en central roll, vilket framkommer i 1 § a). De grundlagsfästa sociala rättigheternas förverkligande är en förutsättning för ett jämlikt och demokratiskt Sydafrika. Den inledande bestämmelsen i konstitutionen lyder:[542]

> The Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values:
>
> a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms.
>
> b) Non-racialism and non-sexism.
>
> c) Supremacy of the constitution and the rule of law.
>
> d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

I Sydafrikas fall har införandet av sociala rättigheter i grundlagen skapat debatt. Ett av skälen till detta är det sätt på vilket konstitutionaliseringen av rättigheterna skett. Under arbetet med den nya konstitutionen fördes det fram åsikter om att sociala och ekonomiska rättigheter är olämpliga att innefatta i en grundlag. Anhängarna till denna åsikt ansåg det olämpligt att grundlagsfästa dessa rättigheter då de till sin natur inte är utkrävbara. En annan kritik gick ut på att införandet av ekonomiska och sociala rättigheter skulle kunna innebära att konstitutionens demokratiska legitimitet i sig kunde gå förlorad. Svaret på denna kritik blev att det var av särskild vikt för Sydafrika att erkänna dessa rättigheter i grundlagen, med tanke på det historiska arv landet har. Constitutional Court tog ställning i debatten när den hade till uppgift att avgöra huruvida det omarbetade förslaget till ny konstitution var i överensstämmelse med de konstitutionella principer som omnämns i interimkonstitutionen. Argument mot sociala rättigheters utkrävbarhet framfördes i detta fall med hänvisning till domstolarnas kompetens att uttala sig om frågor som gäller statens positiva skyldigheter eller som har med budget och politik att göra. Domstolen konstaterade:

> In our view, it cannot be said that by including socio-economic rights within a bill of rights, a task is conferred upon the Courts so different from that ordinarily conferred upon them by a bill of rights that it results in the separation

---

609; Pieterse, M, *Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience* s. 882–905.

542 1 § CSA. Jämför målet CCT 11/00, *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom* (härefter *Grootboom*) nedan.

> of powers… The fact that socio-economic rights will almost inevitably give rise to budgetary implications does not seem to us to be a bar to their justiciability. At the very minimum, socio-economic rights can be negatively protected from improper invasion.[543]

Denna dom ledde till att sociala rättigheter kunde bli upptagna i grundlagen och genom det bli verkställbara och utkrävbara. Men framför allt innebar domen att Constitutional Court visade att den inte skulle komma att göra någon avgörande skillnad på medborgerliga och sociala rättigheter vad gäller förverkligandet av dessa rättigheter såsom de står upptagna i konstitutionen. Domstolen visade också att den *inte* ansåg att sociala rättigheter per automatik kräver ”positive state action”, något som också visas i den slutgiltiga konstitutionen. Som vi kommer att se var det denna linje som kom att uttryckas i såväl grundlag som Constitutional Courts praxis. Mänskliga rättigheters odelbarhet och beroende av varandra fördes ofta fram i debatten och apartheidregimens rättighetskränkande politik kunde ses som ett bevis på det.[544]

I detta avsnitt kommer jag att diskutera hur sociala rättigheter hanteras i den sydafrikanska konstitutionen och hur folkrättens påverkan på det sydafrikanska systemet ser ut. Avsnittet inleds med en introduktion till den sydafrikanska konstitutionen och rättighetskapitlet. Därefter följer en analys av de konstitutionella reglerna rörande tillämpning, genomdrivande och tolkning av rättigheter. För att förstå rättighetsskyddet i det sydafrikanska rättssystemet måste också domstolarnas roll i det konstitutionella systemet diskuteras. I den sydafrikanska konstitutionen ges domstolarna ett stort ansvar i förverkligandet av mänskliga rättigheter, vilket till viss del kan anses begränsa den politiska makten. Därefter behandlas rätten till socialt stöd, rätten till hälsa och rätten till bostad såsom dessa stadgas i den sydafrikanska grundlagen. För att kunna illustrera viktiga principer i det sydafrikanska sättet att förverkliga sociala rättigheter, så kommer jag att använda mig av främst fyra rättsfall från Constitutional Court. En kortfattad beskrivning av dessa inleder avsnittet om de sociala rättigheterna. Texten om Sydafrika avslutas med en sammanfattande kommentar.

---

543 Mål CCT 23/96, *Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 (4) SA 744 (CC) (1996), p. 78, härefter *First Certification*.

544 Jämför Michelman, F, *The Constitution, social rights, and liberal political justification* s. 13 f.

2.5.2 Konstitutionen och utformningen av dess ”Bill of Rights”

2.5.2.1 Inledning

Den sydafrikanska konstitutionen är omfattande och består av över 200 paragrafer uppdelade i 14 kapitel. Det inledande kapitlet har rubriken ”Founding provisions” och anger, som redan konstaterats, de grundläggande värdena för den sydafrikanska republiken. Kapitlet stadgar också konstitutionens företräde och dess högsta position i normhierarkin.[545] Av grundläggande betydelse är också de många språk som talas i Sydafrika. 6 § anger vilka de 11 (!) officiella språken är, men också främjandet av flera andra språk. Vi finner också regler om samarbetsstyre som reglerar relationen mellan de nationella, delstatliga och lokala nivåerna av styren. De komplicerade reglerna om det politiska styret syftar till att garantera att problem löses genom politiska kompromisser och ansvarstagande.[546]

Konstitutionen ställer inte upp någon lista på vad som räknas som rättskällor i Sydafrika, däremot omnämns ett antal rättskällor i texten. Lagstiftning, ”common law”, betydelsen av domstolsavgöranden (precedents),[547] ”customary law” i betydelsen ”law of indigenous origin”,[548] folkrätt och utländsk rätt,[549] sedvana samt doktrin står alla omnämnda i konstitutionen. Du Bois delar in rättskällorna i *bindande* respektive *bevekande* rättskällor. De förra har företräde före de senare. Till de senare hör doktrin och utländsk rätt, medan övriga rättskällor räknas som bindande.[550] Konstitutionen är högst i rättskällehierarkin och följs av lagstiftning.[551] Common law och customary law kan ändras via lagstiftning, varför dessa kommer på tredje plats i hierarkin. Sedvana binder domstolar endast i de fall som den inte är i konflikt med övriga rättskällor.

Kapitel 2 (7-39 §§) reglerar mänskliga rättigheter och konstitutionen omfattar medborgerliga, politiska, sociala och ekonomiska rättigheter utan att gruppera dessa sinsemellan. De *sociala rättigheter* som tas upp i rättighetskapitlet är rätten till boende, rätten till mat, vatten och social trygghet samt rätten till hälsovård och rätten till utbildning (26-29 §§). *Värdighet*, *jämlikhet* och *frihet* utgör såväl grundläggande konstitutionella värden som principer som skall främjas vid tolkningen av de grundlagsstadgade rättigheterna. Rätten till värdighet och rätten till liv utgör,

---

545 Se 2 §.

546 Se 65 § 2 p., 73–77 §§ samt 146–150 §§ CSA. Se också Klug, H, a.a.s. 276 f.

547 8 § 3 p, 39 § 2 och 3 p., 173 § CSA.

548 39 § 3 p. samt 211 §. Se du Bois, F, *Sources of Law: Overview of the Constitution* s. 35.

549 39 § 1 p.

550 du Bois, F, *Sources of Law: Overview of the Constitution* s. 36.

551 2 § CSA anger att: ”This Constitution is the supreme law of the Republic; law or conduct inconsistent with it is invalid, and the obligations imposed by it must be fulfilled.”

enligt Constitutional Court, de viktigaste av alla mänskliga rättigheter och en förutsättning för att övriga rättigheter i konstitutionen skall förverkligas.[552] Mänsklig värdighet, jämlikhet och främjandet av mänskliga rättigheter är enligt 1 § grundläggande för den sydafrikanska konstitutionen. Av konstitutionen följer att staten är skyldig att respektera mänsklig värdighet och att staten inte kan göra undantag från paragrafen ens i kristid. När domstolarna skall avgöra om en rättighetsinskränkning är skälig och godtagbar så skall alltid värdigheten beaktas i bedömningen.

Rättigheterna måste tolkas i deras *historiska* och *sociala* kontext, enligt Constitutional Court.[553] Domstolen grundar detta på vad domare Chaskalson skrev i *Soobramoney*:

> We live in a society in which there are great disparities in wealth. Millions of people are living in deplorable conditions and in great poverty. There is a high level of unemployment, inadequate social security, and many do not have access to clean water or to adequate health services. These conditions already existed when the Constitution was adopted and a commitment to address them, and to transform our society into one in which there will be human dignity, freedom and equality, lies at the heart of our new constitutional order. For as long as these conditions continue to exist that aspiration will have a hollow ring.

Constitutional Court understryker i detta citat kopplingen mellan sociala rättigheter och de grundläggande konstitutionella värdena mänsklig värdighet, jämlikhet och frihet samt att denna koppling är ett mål med konstitutionen. För att den sydafrikanska demokratin skall fungera och för att hela befolkningen skall få ta del av grundläggande konstitutionella värden, krävs det att sociala och ekonomiska rättigheter ges meningsfull betydelse och effekt.

Skyldigheten att respektera, skydda, främja och infria (respect, protect, promote, fulfil) rättigheterna i konstitutionen framgår av 7 §.[554] Detta betyder att rättigheterna medför såväl positiva som negativa skyldigheter för staten. Skyldigheten att *respektera* en rättighet ställer krav på staten att avstå från att stifta lag eller vidta andra åtgärder som direkt eller indirekt ingriper i

---

552 Se målet *S v. Makwanyane*, 1995 (6) BCLR (CC), p. 104.

553 *Grootboom*, p. 22 och 25; mål CCT 8/02 *Treatment Action Campaign, no* 2, härefter *TAC*, p. 24; mål CCT 32/97 *Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal),* härefter *Soobramoney*, p. 8.

554 Denna terminologi bygger på en analys som Henry Shue gjorde av staternas skyldigheter som uppkommer i och med att en stat ratificerar en internationell människorättskonvention, se Shue, H, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Begreppen respect, protect, och fulfil ingick i Shues terminologi (även omnämnd som ”tripartite typology”). Den används inom FN och särskilt inom ramen för IKESKR och analyseras i *Grootboom*. Se nedan, avsnitt 2.5.5.3. ESK-kommittén anser att skyldigheten att främja (promote) en rättighet ingår i skyldigheten att uppfylla rättigheten, se general comment nr 14, p. 33.

individens åtnjutande av rättigheten. Ett exempel är godtycklig vräkning. Skyldigheten att *skydda* innebär att staten har en skyldighet att stifta lag och vidta andra åtgärder, inklusive tillhandahålla effektiva rättsmedel, för att skydda utsatta grupper mot rättighetskränkningar från starkar och mäktigare privata aktörer. Det kan vara banker, försäkringsbolag och hyresvärdar. Skyldigheten att *främja* rättigheter brukar ibland räknas som en del av skyldigheten att förverkliga en social rättighet.[555] Staten måste öka medvetandet om en rättighet och vidta utbildningsåtgärder rörande en rättighet, till exempel genom om vilka mekanismer som finns i landet för att få tillgång till en rättighet. Skyldigheten att infria innebär att staten skall vidta åtgärder för att garantera att de personer som saknar tillgång till en rättighet får denna tillgång.[556] ESK-kommittén har uttalat att det finns två aspekter på skyldigheten att infria en rättighet. Den första är att möjliggöra att folk får tillgång till sociala och ekonomiska rättigheter. Den andra är att utge rättigheter direkt när en person eller grupp inte kan, på grund av skäl bortom deras kontroll, få till gång till rättigheten. Det handlar då särskilt om utsatta och sårbara grupper.[557] Av konstitutionen följer att de skyldigheter som sociala och ekonomiska rättigheter medför kräver ett brett spektrum av både positiv och negativ handling från statens sida. Detta innebär också att rättigheternas beroende av varandra och hur de påverkar varandra stärks än mer. *Right to equality* (9 §) och *right to life* (11 §) är rättigheter som stärker andra rättigheter i konstitutionen. Dessa kan staten inte heller göra undantag från.[558] Genom att dessa inte tolkas alltför restriktivt kan de på ett effektivt sätt föra fram betydelsen och förverkligandet av ekonomiska och sociala rättigheter.

Rättighetskapitlet innehåller regler om tillämpningen av rättigheter (8 §), genomdrivande av rättigheter (38 §) samt tolkning av rättigheter (39 §), vilka samtliga ger domstolarna en betydande makt.

2.5.2.2 Om tillämpningen av rättighetskatalogen

8 § reglerar hur rättighetskatalogen skall tillämpas. Den anger i 1 p. att katalogen är tillämplig hela rätten och binder lagstiftare, domstolar, den verkställande makten och de offentliga organen. I 2 p. anges att rättigheterna främst syftar till att binda det allmänna, även om vissa rättigheter riktas till individer. Detta framkommer också av 3 p. som anger att när en konstitutionell rättighet binder en fysisk eller juridisk person, så

555 Se till exempel general comment nr 15, p. 25.

556 General comment nr 15, p. 25.

557 General comment nr 12, p. 15; general comment nr 14, p. 37; general comment nr 15, p. 25.

558 37 § 5 p. CSA.

kan rättigheten endast ges bindande effekt genom lag eller common law. Rättighetskatalogen binder det allmänna direkt, medan fysiska och juridiska personer endast binds indirekt.[559] 8 § 2 och 3 p. hanterar således den *horisontella* effekten av rättighetskatalogen:

> 2. A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right.
>
> 3. When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court
>
> a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and
>
> b) may develop rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36(1).

Domstolarna är skyldiga att utveckla common law i de fall som lagstiftning inte ger effekt åt rättigheten (p. 3). Det finns ett samband mellan det allmännas skyldighet att skydda sårbara gruppers rättigheter i förhållande till mäktigare privata aktörer och en direkt konstitutionell skyldighet för de privata aktörerna i fråga. Staten *måste* anta nödvändig lagstiftning för att reglera hur privata aktörer beter sig i relation till sociala rättigheter. Men domstolarna är skyldiga, om det inte finns någon lagstiftning för den aktuella frågan, anpassa och utveckla common law enligt 8 § 3 p. a), vilket kan innebära att privata aktörer åläggs positiva skyldigheter.

Rättigheterna i konstitutionen skall vara verkliga för den enskilde och de facto betyda något i samhället. För att detta skall ske, stadgas i den sydafrikanska grundlagens 38 § en vid talerätt och stora möjligheter för domstolarna att besluta om rättsmedel:

> Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are -
>
> a) anyone acting in their own interest;
>
> b) anyone acting on behalf of another person who cannot act in their own name;

[559] du Bois, F, *Sources of Law: Overview of the Constitution* s. 39.

c) anyone acting as a member of, or in the interest of, a group or class of persons;

d) anyone acting in the public interest; and

e) an association acting in the interest of its members.

Domstolarna har rätt att utfärda en ”order” som kan utformas fritt när en kränkning av en grundlagsstadgad rättighet konstateras. Detta följer av 167 och 172 §§ samt 38 §. Domstolarna har dessutom i konstitutionen fått en vid befogenhet att välja ”appropriate relief” när det är fråga om kränkningar av fri- och rättigheter. Dessutom har domstolarna möjlighet att ta till de konstitutionella sanktioner som återfinns i paragraferna 172[560] och 173[561] samt i vissa av de fri- och rättigheter som stadgas i rättighetskapitlet.[562].

2.5.2.3 Om tolkning och begränsning av konstitutionens rättigheter

Mänsklig värdighet, jämlikhet och frihet är grundläggande tolkningsprinciper för domstolarna i fråga om tolkning av rättigheter, vilket följer av 39 § 1 p. Sydafrikanska domstolar skall dessutom vid tolkningen av konstitutionens rättighetskatalog ta hänsyn till regler inom folkrätten[563] (samt hur reglerna tolkas av olika internationella organ och hur reglerna tillämpas). På så sätt kan domstolarna i sin praxis följa med den internationella utvecklingen och få stöd för sin egen tolkning vad gäller utvecklandet av de sociala rättigheterna. Den internationella utvecklingen vad gäller såväl praxis som doktrin, skall alltså återspeglas i den nationella sydafrikanska kontexten. I syfte att faktiskt kunna tillämpa rättighetskapitlet samt utveckla en egen praxis, *skall* domstolarna ta folkrätten i beaktande. De *får* också ta hänsyn till utländsk rätt. Folkrätt, inklusive ickebindande sådan, är därför till viktig ledning för tolkningen av rättigheterna i konstitutionen.[564] Men alla folkrättsliga regler är inte lika tungt vägande

---

560 Orders of invalidity.

561 ”The development of common law to give effect to constitutional rights, creation of procedural mechanisms necessary for the protection and enforcement of constitutional rights.”

562 Processuella mekanismer återfinns i 32 § 1 p. (access to information), 33 § 2 p. (just administrative action) och 34 § (access to courts) CSA.

563 39 § 1 p. b). Domstolarna är inte begränsade till att enbart beakta folkrättsliga dokument som Sydafrika ratificerat, utan 39 § 1 p. b) avser alla folkrättsliga källor som avses i artikel 38 p. 1 i the Statute of the International Court of Justice (sedvanerätt, traktater, allmänna rättsprinciper, rättspraxis och doktrin). Se också författningsdomstolens dom *S v. Makwanyane*, 1995 (6) BCLR (CC) s. 686. Combrinck, H, *Positive State Duties to Protect Women from Violence: Recent South African Developments* s. 672.

564 *Grootboom*, p. 26.

enligt Constitutional Court som har uttalat att ”where a relevant principle of international law binds South Africa, it may be directly applicable.”[565] Sydafrika har inte ratificerat IKESKR , vilket betyder att den inte har direkt juridisk effekt i nationell rätt. Men den används enligt 39 § 1 st. b) för att tolka ekonomiska och sociala rättigheter i konstitutionen.

Skillnaderna mellan IKESKR och den sydafrikanska konstitutionen har behandlats av Constitutional Court i *Grootboom* i relation till bostad. IKESKR ger en rätt till bostad, medan konstitutionen ger en rätt till tillgång till bostad. Vidare kräver IKESKR att staterna vidtar ”appropriate steps”, vilket skall inkludera lagstiftning, medan den sydafrikanska konstitutionen stadgar att det allmänna skall vidta ”reasonable legislative and other measures.” Dessa skillnader är, enligt domstolens mening, viktiga för att förstå till vilken utsträckning som IKESKR kan användas som tolkningskälla för 26 §.[566] Skillnaderna utgjorde grunden till att minimum core-skyldigheten, utvecklad av ESK-kommittén, inte accepterades av domstolen.[567] Däremot ansågs det progressiva förverkligandet vara ”in harmony with the context in which the phrase is used in our Constitution.”[568]

39 § 2 p. utsträcker rättigheternas påverkan bortom dess bindande kraft som de får genom 8 §, då den stadgar att rättighetskatalogens syfte, anda och mål skall främjas: ”When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.” Stadgandet är centralt för förverkligandet av 8 §. De värden som 39 § 2 p. ger uttryck för är desamma som skall gälla för rättighetsbegränsningar enligt 36 §. Om en regel som är hänförlig till lagstiftning, common law eller customary law begränsar en rättighet i konstitutionen så bedöms begränsningen utifrån 36 §. Formuleringen i denna paragraf 36 är lik den som återfinns i EKMR och Europadomstolens praxis, det vill säga en begränsning av en rättighet kan ske om begränsningen är ”reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including: the nature of the right; the importance of the purpose of the limitation; the nature and extent of the limitation; the relation between the limitation and its purpose; and whether there exist less restrictive means to achieve the purpose.” Här återfinns alltså såväl en proportionalitetsbedömning som avvägning mellan rättigheter och syften.

---

565 *Grootboom*, p. 26. Se också 231 § CSA.

566 *Grootboom*, p. 28.

567 *Grootboom*, p. 33.

568 *Grootboom*, p. 45.

39 § 1 p. c) anger att domstol kan använda sig av utländsk rätt vid bedömningen av de konstitutionella rättigheterna. Så har också skett i och med att Constitutional Court byggde delar av *Soobramoney* på det indiska fallet *Pascim Banga Khet Mazdoor Samity & others v. State of West Bengal & another*.[569] 27 § 3 st. i den sydafrikanska konstitutionen tolkades mot bakgrund av detta fall. Indiens Supreme Court tog ställning till 37 § i den indiska konstitutionen som anger riktlinjer för hur staten skall förverkliga sociala rättigheter. I paragrafen anges uttryckligen att riktlinjerna inte är ”enforceable by any court”. Den indiska Supreme Court valde att utveckla en praxis som går ut på att ge medborgerliga och politiska rättigheter ett innehåll av sociala och ekonomiska rättigheter. I *Pascim*-fallet fastslog domstolen att staten kränkte den grundlagsstadgade rätten till liv genom att den inte i tillräckligt stor utsträckning garanterat rätten till hälsovård. Den juridiska betydelsen av detta är viktig, eftersom medborgerliga och politiska rättigheter kan genomdrivas av indisk domstol.[570] Sydafrikas Constitutional Court konstaterar i anslutning till detta att den sydafrikanska konstitutionens 27 § 3 st. syftar till att ge akut vård och att rätten till liv därför inte behöver aktualiseras.[571]

2.5.3 Domstolarnas roll

2.5.3.1 Hörnstenen i rättigheternas förverkligande?

Domstolarna har i den nya sydafrikanska konstitutionen getts stora befogenheter. När arbetet med övergångskonstitutionen pågick höjdes röster till varning för att domstolarnas allt större roll kunde bli kontraproduktivt i arbetet för att förverkliga sociala rättigheter. Argumentet har sin grund i synen på maktdelning och demokrati. De av folket valda företrädarna har till uppgift att styra politikens utveckling och om den dömande makten får stora möjligheter att överpröva politikernas val så kan demokratin hotas. Det framfördes också att domstolarna inte är vana vid att bedöma frågor som rör samhällets resursfördelning.[572] Det vinnande motargumentet var dock att domstolarna i sin dömande verksamhet utövar ett slags konstitutionell kontroll och är på så sätt viktiga i förverkligandet av

---

569 (1996) AIR SC 2426, se *Soobramoney*, p. 18.

570 Liebenberg, S, a.a.s. 16.

571 *Soobramoney*, p. 24.

572 Se till exempel Scott, C, och Macklem, P, a.a.s. 4 f., där författarna diskuterar faran med att en liten grupp domare tillhörande ”eliten” påtvingar resten av det sydafrikanska samhället sina åsikter. Om en domares syn på domstolsverksamhetens verksamhet under tiden för apartheid, se Chaskalson, A, *From wickedness to equality: The moral transformation of South African law* s. 590–609.

sociala rättigheter. Sydafrikanska domstolar skall döma över *alla* frågor rörande statens verksamhet som gäller förenligheten med Sydafrikanska konstitutionens rättighetskatalog. Konstitutionen är alltså inte enbart ett dokument som reglerar den offentliga makten. Den är också ett uttryck för ”an objective, normative value system” som är närvarande i varje del av rättssystemet.[573] Rättighetskatalogen fyller en oerhört viktig funktion i detta avseende. Samtliga domstolar har till uppgift att se till att konstitutionen ges effekt i rättssystemet, även om det är Constitutional Court som har sista ordet.[574]

En orsak till domstolarnas tunga position i förverkligandet av den sydafrikanska rättighetskatalogen är det utanförskap som majoriteten av det sydafrikanska folket hade i samhället före år 1994. Genom den nya konstitutionen har människor som tidigare inte haft tillgång till vare sig rättigheter, domstol eller det politiska livet inkluderats i samhället. Apartheid genomsyrade varje område i en människas liv. Constitutional Court har yttrat att de flesta sydafrikaners liv var ”almost entirely governed by labyrinth administrative regulations which, amongst other things, prohibited freedom of movement, controlled access to housing, education and jobs and which were implemented by a bureaucracy hostile to fundamental rights or accountability.”[575]

2.5.3.2 Domstolarnas möjligheter enligt konstitutionen

Domstolsprocessen är inte det enda sättet att uppnå respekt för och ett förverkligande av sociala rättigheter, likaväl som att lagen inte är det enda verksamma verktyget för att förändra ett samhälle. Däremot kan det framhållas, med rätta enligt mig, att konstitutionen ändå är en viktig del i den politiska och sociala verksamheten. Att ha möjlighet att få pröva sin sak i domstol kan, även om klaganden förlorar sitt mål, leda till politiska, sociala och så småningom juridiska konsekvenser (och framsteg). Samtidigt kan frågor som rör sociala rättigheter vara svåra för domstolarna att döma i.[576] Då frågorna rör politiska överväganden så kan domare uppleva att de rör sig i gränslandet av vad som är tillåtet i deras dömande verksamhet i relation till maktdelningsteorin. Att konstitutionen tillerkänner domstolarna – med en svepande lydelse – möjligheten att använda nya processuella verktyg kan vara ett sätt att dels få legitimitet för de sociala rättigheterna politiskt och juridiskt, dels ge domarna praktiska möjligheter att döma.[577]

---

573 du Bois, F, *Sources of Law: Overview of the Constitution* s. 37.

574 173 § 2 p. och 167 § 3 p. CSA.

575 *President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union* 2000 (1) SA 1 (CC), p. 133.

576 Vilket i och för sig också kan vara fallet för civila och politiska rättigheter.

577 Se Trengove, W, *Judicial Remedies for Violations of Socio-Economic Rights*, på

Konstitutionen ger domstolarna stora möjligheter att i sitt dömande styra förverkligandet av rättigheterna. I 38 § stadgas att domstolen har rätt att ge ”appropriate relief” när en grundlagsstadgad rättighet har kränkts eller hotats.[578] Domstolarna har också rätt att i sina domar besluta om rättsmedel som är ”just and equitable” när tolkning, skydd eller genomdrivande av konstitutionen aktualiseras.[579] Till detta kommer också andra andra grundlagsstadgade rättsmedel såsom ogiltighetsförklaring (172 § 1 p. a),[580] utvecklandet av common law i syfte att ge effekt åt konstitutionella rättigheter (173 § och 8 § 3 p.) samt skapandet av processuella mekanismer som är nödvändiga för att skydda och genomdriva konstitutionella rättigheter (173 §). Dessutom kan domstolarna bestämma vilken ”order” som helst som är ”just and equitable”. I fallet *Fose v. Minister of Safety and Security* konstaterade Supreme Court att ”[…] appropriate relief will in essence be relief that is required to protect and enforce the Constitution.”[581] I det ingår också att skapa nya rättsmedel som garanterar skydd och förverkligande av de grundläggande rättigheterna.

I *Grootboom* gjorde domstolen en så kallad *declaratory* order.[582] I *TAC* beslutade domstolen att ge en mandatory relief. Den ansåg sig ha rätt att göra det för att vara säker på att ”effective relief” uppnåddes.[583] Domstolens beslut kan också åtföljas av övervakning i syfte att garantera att ordern blir implementerad, så kallad supervisory order. En sådan skall endast göras när det finns skäl att tro att domstolens beslut inte kommer att åtföljas och Constitutional Court förklarade att det skall vara nödvändigt att utfärda en sådan, vilket inte var fallet i det målet.[584]

Utifrån konstitutionens olika stadganden som utformats i syfte skydda och förverkliga grundlagsfästa rättigheter, lyfter Trengove fram ytterligare rättsmedel som domstolar kan använda sig av för dessa syften. Constitutional Court har nämligen förklarat att domstolarna kan vara tvungna att uppfinna nya rättsmedel för att garantera att grundläggande

---

http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr1999/1999march_trengove.php, sidan besökt 2005 07 11.

578 Constitutional Court har förklarat att ”appropriate relief will in essence be relief that is required to protect and enforce the Constitution.” Se *Fose v. Minister of Safety and Security*, 1997 (3) sa 786 (CC), 1997 (77) BCLR 851 (CC), p. 19, härefter *Fose*.

579 172 § 1 p. b) samt 167 § 7 p.

580 172 § visar hur domstolarna skall hantera konstitutionella frågor och vilka slags ”order” de kan utdöma. Paragrafen ger domstolarna vida befogenheter i fråga om förverkligandet av 8 §.

581 Fose, p. 19. Hänvisad till i *TAC*, p. 102.

582 *Grootboom*, p. 99.

583 *TAC*, p. 104–106.

584 *TAC*, p. 129.

rättigheter skyddas och förverkligas.[585] Det första är *preventive damages*, vilka går ut på att staten skall betala en organisation eller SAHRC som bekämpar kränkningar av den aktuella rätigheten. Finansiella medel används därmed i syfte att undvika framtida kränkningar av mänskliga rättigheter i stället för att betala för tidigare kränkningar. Det andra är *reparation in kind* som fokuserar på att låta en hel grupp ta del av kompensation för en kränkning, inte enbart individen.[586] Domstolen kan också be det allmänna att redovisa hur strukturer som möjliggör kränkningar av sociala rättigheter kan förändras, vilket ofta sträcker sig över en längre tid, vilket omnämns som *supervisory jurisdiction*. Avslutningsvis kan domstolen *kräva* att lagstiftaren lagstiftar i de fall konstitutionen stadgar att lag krävs för fullgörande av rättigheter, så kallade *orders to enact legislation*. En vägran att lagstifta i ett sådant fall kan leda till att de personer som ingår i den lagstiftande församlingen hamnar i fängelse för domstolstrots och att domstolen själv ser sig tvungen att ge en lagstiftande order som träder in i stället för den obefintliga lagen ifråga.[587]

2.5.4 The South African Human Rights Commission (SAHRC)

Konstitutionen tillerkänner domstolarna stor betydelse men även de offentliga kontrollorganen inrättade i syfte att stödja konstitutionell demokrati (supporting constitutional democracy) är viktiga för konstitutionens legitimitet och förverkligandet av rättigheterna. I 9 kap. konstitutionen finns de regler som rör Public Protector (motsvarande vår JO), South African Human Rights Commission (SAHRC),[588] Commission for the Promotion and Protection of the Rights of Cultural, Religious and Linguistic Communities, Commission for Gender Equality samt Auditor-General. SAHRC spelar en viktig roll i främjandet av sociala rättigheter enligt följande.

Kommissionen har till uppgift att främja respekten för en *kultur* av mänskliga rättigheter. Detta skall ske genom att kommissionen övervakar och bidrar till hur mänskliga rättigheter respekteras. En liknelse med FN-systemet vara på sin plats; kommissionens uppgifter är att samla information från olika statsorgan för att kartlägga hur dessa klarar det progressiva förverkligandet av sociala rättigheter, vilket följer av 184 § 3 p. i konstitutionen. SAHRC publicerar årligen en rapport om de resultat

---

585 Fose, p. 19.

586 Trengove anger som exempel det amerikanska fallet *Milliken v. Bradley II* (1977) 433 US 267.

587 Trengove, W, ibid.

588 SAHRC har sitt mandat i 184 § CSA.

kommissionen kommit fram till och där den också kommenterar de svar regeringen gett på specifika frågor.

Förfarandet har stor likhet med det klassiska sättet att kontrollera efterlevnaden av mänskliga rättigheter, det vill säga rapporteringen som stater gör inom ramen för både FN och regionala organisationer.[589] SAHRC bistår också staten med hjälp när det allmänna av domstol ålagts att revidera sin resursfördelning.[590]

SAHRC har, enligt 184 § 1 p, mandat att främja mänskliga rättigheter samt övervaka och utvärdera deras efterlevnad i Sydafrika.[591] Av artikelns 2 p. följer att kommissionen skall utreda och rapportera om hur rättigheterna respekteras, vidta åtgärder för att säkra att gottgörelse sker när rättigheter kränkts, forska och utbilda om mänskliga rättigheter. I relation till ekonomiska och sociala rättigheter har kommissionen en särskild uppgift som framgår av 184 § 3 p: ”Each year, the South African Human Rights Commission must require relevant organs of state to provide the Commission with information on the measures that they have taken towards the realisation of the rights in the Bill of Rights concerning housing, health care, food, water, social security, education and the environment.”

Informationen kan användas på flera sätt inom ramen för det uppdrag som kommissionen har. Den kan rapportera till parlamentet och presidenten om hur sociala och ekonomiska rättigheter respekteras. Den har också möjlighet att göra policyrekommendationer eller rekommendationer om lagstiftning till det allmännas institutioner och den kan söka lämplig gottgörelse för dem vars rättigheter blivit kränkta. Detta följer av lagstiftning som närmare preciserar kommissionens mandat. Av lagen framgår att kommissionen har rätt att använda sig av alternativa tvistelösningar, såsom medling, förlikning och förhandling (8 §). Den har också, enligt lagens 7 § p. 1 e), möjlighet att ta fall till domstol, vilket kan ske

---

589 Jämför artikel 16 IKESKR. Även Finlands system kan nämnas i anslutning till detta, då Justitieombudsmännen i Finland lämnar särskild rapportering om mänskliga rättigheter i årsberättelsen till riksdagen, jämför ovan avsnitt 2.4.8.

590 Klaaren, J, *A Second Look at the South African Human Rights Commission, Access to Information and the Promotion of Socioeconomic Rights* s. 539–561. Författaren konstaterar att både doktrin och SAHRC gärna framställer kommissionen som ett instrument som följer statens handlande på ungefär samma sätt som de olika FN-organen, till exempel ESK-kommittén, se s. 545. Författaren föreslår att rätten till information i stället skall få ökad betydelse i det sydafrikanska systemet, så att individer genom information får medel att själva förverkliga sina rättigheter. Samarbetet mellan det allmänna och individerna, gärna genom att använda förvaltningsrättsliga grepp och särskilt ”policy-making”, bör enligt Klaaren vara navet i en organisation som SAHRC, se a.a.s. 558 f.

591 Human Rights Commission Act 54 (1994) preciserar denna befogenhet ytterligare.

på såväl individers som gruppers vägnar, men också i eget namn. Kommissionen identifierar också frågor som behöver utredas närmare, enligt 9 § Commission Act. Kommissionens verksamhet kan vara till nytta såväl för det allmänna som för de som söker driva processer rörande sociala rättigheter. För det allmänna utgör kommissionens material en källa till stöd för att en åtgärd kan anses som skälig. Dessutom kan kommissionen engageras av domstol i att övervaka och genomdriva domstolsbeslut (så kallade supervisory orders).[592]

Det krävs nationella strategier (plans) för att sociala rättigheter skall förverkligas. I framtagandet av dessa och för en helhetssyn av sociala rättigheters betydelse är kommissionens arbete viktigt.

Commission for Gender Equality har inte något uttryckligt mandat rörande sociala och ekonomiska rättigheter, men spelar en roll i utvecklingen av ett könsperspektiv på förverkligandet av rättigheterna. Mandatet återfinns i 187 § och Commission for Gender Equality Act 39 (1993). De två kommissionerna skall samarbeta i syfte att garantera att könsperspektiv tas i beaktande i övervakningen av sociala och ekonomiska rättigheter.

2.5.5 Sociala rättigheter

2.5.5.1 Inledning

Vissa sociala rättigheter i den sydafrikanska konstitutionen har specifika karakteristika på så sätt att de, till skillnad från de medborgerliga och politiska rättigheterna, anger ett visst tillvägagångssätt för staten i syfte att säkra dessa rättigheters förverkligande. Statens *skyldighet* att garantera rättighetens *förverkligande* betonas särskilt i flera artiklar. Så är fallet för, till exempel, ”the right to access to adequate housing” (26 §) samt “the right to have access to health care services” (27 §). Båda dessa paragrafer tillförsäkrar den enskilde en brett formulerad rättighet i paragrafens p. 1, för att sedan i respektive paragraf låta p. 2 precisera att det är tillräckligt för staten att vidta lagstiftning och andra åtgärder inom ramen för de resurser som finns tillgängliga. Förverkligandet av rättigheten sker, enligt båda dessa artiklar, progressivt.[593] Det kan konstateras att p. 2 i dessa paragrafer är så gott som en avskrift av artikel 2 p. 1 IKESKR, trots att Sydafrika ännu inte ratificerat konventionen.[594] Sociala och ekonomiska rättigheter tjänar de

---

592 *Grootboom*, p. 97.

593 26 § 2 p. samt 27 § 2 p. lyder: ”The State must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of each of these rights.”

594 FN:s internationella konvention till skydd för de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna. Hur konventionens artiklar uppfylls av konventionsstaterna kontrolleras av en

grundläggande värdena i det sydafrikanska samhället (mänsklig värdighet, frihet och jämlikhet) och gör så att människor kan komma i åtnjutande av alla andra rättigheter som garanteras i konstitutionen.[595] En social rättighet kan inte heller ses som isolerad: "Their interconnectedness needs to be taken into account in interpreting the socio-economic rights, and, in particular, in determining whether the State has met its obligations in term of them."[596]

Sociala och ekonomiska rättigheter i den sydafrikanska konstitutionen kan delas in i tre kategorier. Den första gruppen utgörs av rättigheter som var och en skall ha tillgång till, nämligen adekvat boende, hälsovårdstjänster (inklusive mödravård), tillräckligt mat och vatten samt social trygghet. Dessa återfinns i 26 § 1 p. och 27 § 1 p. För att förverkliga dessa rättigheter är staten skyldig att "take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights" som det uttrycks i 26 § 2 p. och 27 § 2 p. Denna grupp omnämner Liebenberg som de *kvalificerade* ekonomiska och sociala rättigheterna.[597]

De *ickekvalificerade* rättigheterna består av grundläggande sociala och ekonomiska rättigheter för barn (28 §), var och ens rätt till grundläggande utbildning (29 § 1 p.) och frihetsberövade personers sociala och ekonomiska rättigheter (35 § 2 p. e)).[598] Till denna grupp finns inte något uttryckligt krav på progressivt förverkligande, skäliga åtgärder eller resursbegränsningar.

Den tredje gruppen består av stadgandena i 26 § 3 p. och 27 § 3 p. Enligt det först nämnda stadgandet kan ingen avhysas från sitt hem eller få sitt hem förstört utan att en domstol fattat beslut om det efter att ha tagit till bedömning alla relevanta omständigheter. Vidare kan ingen lagstiftning medge godtycklig vräkning. Av 27 § 3 p. framgår att ingen kan förvägras akut medicinsk behandling. Den tredje gruppen innebär alltså ett skydd mot vissa åtgärder från statens, men också privata aktörers sida.

Konstitutionellt stadgade sociala rättigheter har tagits upp till bedömning av Constitutional Court vid ett fåtal tillfällen. Av de fall som domstolen dömt i är det tre stycken som är avgörande för förståelsen av sociala rättigheter i den sydafrikanska grundlagen. Efter en kortfattad beskrivning av rättsfallen kommer jag att fortsätta med en analys av rättigheternas innebörd.

---

kommitté (ESK-kommittén), genom att den granskar staternas rapportering. ESK-kommittén har hittills författat 19 st. general comments som syftar till att förtydliga artiklarnas innehåll. Mer om IKESKR och dess artikel 2 p. 1 nedan, avsnitt 3.2.3.2.

595 *Grootboom*, p. 23.

596 *Grootboom*, p. 24.

597 Liebenberg, S, a.a.s. 5.

598 Constitutional Court har inte tagit ställning till dessa paragrafer i något avgörande.

2.5.5.2 Avgöranden rörande konstitutionella sociala rättigheter

Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health (KwaZulu-Natal) rör rätten till hälsa och då särskilt rätten till hälsovård. Denna rättighet framkommer av 27 §, där också rätten till tillgång till mat, vatten och social trygghet stadgas:

> 1. Everyone has the right to have access to
>
> a) health care services, including reproductive health care;
>
> b) sufficient food and water; and
>
> c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance.
>
> 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of each of these rights.
>
> 3. No one may be refused emergency medical treatment.

Klaganden fick inte delta i ett dialysprogram på grund av att hans hälsa var *alltför* dålig och hans sjukdom gick inte att bota. Sjukhuset ansåg sig nämligen ha för dåliga resurser och menade att det var tvunget att bortprioritera klaganden från vård, vilket sjukhusets policy medgav när resurserna var knappa. Klaganden menade att hans rätt till att inte bli nekad akut sjukvård hade blivit kränkt (27 § 3 p.), alternativt att hans rätt till liv kränkts.

Domstolen konstruerade sitt domslut utifrån 27 § 1 p. a), rätten till hälsovård, och ansåg sig inte kunna fastslå att staten inte uppfyllde sina konstitutionella åligganden eftersom sjukhusets policy var rationellt utformad och sjukhuset inte fattade godtyckliga beslut. Domare Chaskalson lyfte fram vikten av att domstolar inte alltför hastigt lägger sig i politiska beslut som till exempel budgetfrågor på hälsovårdsområdet: ”A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and mediala authorities whose responsibility it is to deal with such matters.”[599]

Även om domstolen valde att inte acceptera klagandens yrkande om det nära bandet mellan rätten till liv och hälsa, så finns det några punkter värda att nämna om detta tidiga rättsfall i Constitutional Courts praxis. Domen understryker, om än kort, vikten av att sociala och ekonomiska rättigheter förverkligas för att rätten till liv till fullo skall kunna åtnjutas. Vidare understryks den betydande roll sociala rättigheter spelar i det demokratiska sydafrikanska samhället. Utan dessa rättigheter och jämlikt ett samhälle,

[599] *Soobramoney*, p. 29.

baserat på ”social justice”, kommer aldrig den stora majoriteten i landet att kunna få ett värdigt liv, vilket också är en av målsättningarna i grundlagens preambel. Slutligen bör noteras att domstolen i domen öppnar upp för att granska statliga instansers beslut i frågor rörande sociala rättigheter. Dessa beslut måste ha en *rationell miniminivå* och tas i *god tro*. Om så inte är fallet, vilket framgår indirekt av domen, kan domstolen revidera dessa beslut.

Government of the Republic of South Africa v. Grootboom aktualiserade rätten till boende och barns utsatta situation. Rätten till boende stadgas i 26 § enligt följande:

> 1. Everyone has the right to have access to adequate housing.
>
> 2. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.
>
> 3. No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.

Ett antal hemlösa hade olagligen ockuperat mark och blev därför bortkörda därifrån. De yrkade hos High Court att få en ”order” som gav dem rätt till ett tillfälligt boende till dess att de fick en mer permanent boendemöjlighet i regi av en regional boendepolicy. Bland de hemlösa fanns också ett antal barn, vilka har ett särskilt skydd genom 28 § i konstitutionen. I paragrafens p. 1 c) fastslås att varje barn har rätt till ”basic nutrition, shelter, basic health care services and social services”.

Underinstansen kom fram till att rätten till boende för gruppens barn hade kränkts enligt 28 § 1 c) p. När Constitutional Court tog ställning till överklagandet konstaterade den dock att det inte var 28 § som skulle tillämpas, utan 26 § (rätten till tillgång till boende). *Varje* individs rätt till bostad hade kränkts på grund av att den regionala boendepolicyn inte klarade av skälighetströskeln i 26 § 2 p. Domstolen valde att inte döma utifrån den negativa rätten till boende som stadgas i p. 1, utan förde argumentationen utifrån den positiva rättigheten i p. 2.

Fallet *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* gällde ett överklagande gjort av Minister of Health. Departementet hade fått en domstolsorder av High Court enligt vilken program rörande medicinering för att minska risken för HIV-spridning från mor till barn skulle utvidgas till en större grupp deltagare än Ministeriet avsett. High Court menade att medicinen även skulle ges på offentliga sjukhus i de fall det ansågs vara medicinskt lämpligt och där det fanns kapacitet att testa och ge rådgivning. Därför blev staten också skyldig att anpassa regelverket till domstolsordern.

Constitutional Court menade att rätten till hälsa i 27 § hade kränkts och att skälighetsbedömningen, såsom den presenterats i *Grootboom*, inte hade respekterats. Programmet ansågs inte vara tillräckligt flexibelt. Dessutom var det en medicin som gav resultat, det fanns pengar till att administrera programmet i större skala och de mödrar och barn som inte fick delta var mycket utsatta.

Den stora landvinningen för förverkligandet av sociala rättigheter i detta fall är det faktum att regeringens argumentation om att domstolar inte har rätt att ge en order rörande komplicerade socioekonomiska frågor inte höll. Regeringen menade att domstolarnas möjligheter sträcker sig enbart till att ge ett icke-bindande yttrande. Det faktum att domstolen ansåg sig kunna ge en court order menar flera i doktrinen innebär att sociala rättigheters utkrävbarhet blir en allt mer självklar och därigenom mindre omtvistad fråga. Domstolen framförde följande som bemöter kritiken om att domstolarna i sådana fall kränker principen om maktdelning:

> The Constitution requires the State to "respect, protect, promote and fulfill the rights in the Bill of Rights." Where State policy is challenged as inconsistent with the Constitution, Courts have to consider whether in formulating and implementing such policy the State has given effect to its constitutional obligations. If it should hold in any given case that the State has failed to do so, it is obliged by the Constitution to say so. Insofar as that constitutes an intrusion into the domain of the Executive, that is an intrusion mandated by the Constitution itself. There is also no merit in the argument […] that a distinction should be drawn between declaratory and mandatory orders against government. Even simple declaratory orders against government or organs of State can affect their policy and may well have budgetary implications. Government is constitutionally bound to give effect to such orders whether or not they affect its policy and has to find the resources to do so.[600]

Så länge som domstolsordern inte har till syfte att ändra själva budgeten och så länge den formuleras på ett sådant sätt att staten/den verkställande makten har en flexibilitet att anpassa sin politik när så behövs, så är inte principen om maktdelning kränkt.

2.5.5.3 Rätten till *tillgång* till en social rättighet

Såväl 26 § som 27 § stadgar i 1 p. en rätt var för var och en att få tillgång (access) till en rättighet. Terminologin skiljer sig därvidlag från det sätt som rättigheter oftast beskrivs i internationella konventioner och i andra länders konstitutioner. Constitutional Court har också uttalat att det är en skillnad mellan rätten till tillgång till boende (26 § 1 p.) och rätten till adekvat boende

[600] *TAC*, p. 99.

såsom artikel 11 IKESKR stadgar.[601] I *Grootboom* skriver domstolen om tillgång till rätten till boende enligt följande:

> It recognises that housing entails more than bricks and mortar. It requires available land, appropriate services such as the provision of water and the removal of sewage and the financing of all of these, including the building of the house itself.[602]

Domstolen kommer fram till att staten måste engagera hela samhället i strävan att förverkliga rättigheten, då det behövs att enskilda och organisationer också deltar. Genom lagstiftning och andra åtgärder skall rättigheten förverkligas så att inte sårbara grupper förhindras att få tillgång till boende. Frågan är hur pass stor skillnaden är mellan konstitutionen och IKESKR. ESK-kommittén har utvecklat liknande krav i relation till artikel 11 IKESKR.[603]

2.5.5.4 Närmare om de positiva skyldigheterna i 26 och 27 §§

Punkterna 1 och 2 i paragraferna 26 respektive 27 hör samman och skall läsas tillsammans.[604] I den första punkten stadgas en *negativ* skyldighet och i den andra en *positiv* skyldighet.

Syftet med den inledande punkten i paragraferna är att beskriva rättighetens räckvidd. 26 § 1 p. innebär att rättigheten skall tillämpas på var och en, inklusive barn, och att staten har en *negativ* skyldighet avseende rättigheten. Constitutional Court har också förklarat: "at the very minimum, socio-economic rights can be negatively protected from improper invasion."[605] Detta uttalande kan tas som intäkt för att domstolen anser att de negativa skyldigheter som dessa rättigheter medför för staten skall genomdrivas (vilket motsvarar skyldigheten att respektera rättigheterna). Avseende boende är den negativa skyldigheten "placed upon the State and all other entities and persons to desist from preventing or impairing the right of access to adequate housing".[606] Det sätt på vilket avhysningen hade ägt rum i *Grootboom*-fallet var i strid med denna negativa skyldighet.[607] Skyldigheten att inte förhindra ("preventing") och inte försvaga ("impairing") tillgången till sociala och ekonomiska rättigheter är vidare än den folkrättsliga skyldigheten att respektera rättigheterna (duty to respect).

---

601 *Grootboom*, p. 35.
602 *Grootboom*, p. 35.
603 Jämför general comment nr 4, p. 8 e), 14 och 17.
604 *Grootboom*, p. 34.
605 *First* Certification, p. 78.
606 *Grootboom*, p. 38.
607 *Grootboom*, p. 88.

Den folkrättsliga skyldigheten innebär enbart direkt eller indirekt ingripande i individers rättigheter, medan ”preventing” och ”impairing” kan inkludera policies som skapar hinder för individers eller gruppers försök att få tillgång till en rättighet.[608] Den positiva skyldigheten som framgår av paragrafernas p. 2 spelar då inte någon roll i rättfärdigandet av försämringen av tillgången till en rättighet i det första steget av en analys av rättigheten.[609] I *TAC* bekräftade domstolen den negativa skyldigheten att inte förhindra eller försämra tillgången till en rättighet enligt 27 § 1 p.[610] Samtidigt visar *TAC* att analysen av p. 1 och 2 i dessa paragrafer ofta hör ihop och är svåra att skilja från varandra. Var förbudet mot allmän fördelning av medicinen en kränkning av den negativa skyldigheten i 27 § 1 p. (den negativa skyldigheten att inte förhindra eller försämra tillgång till hälsovårdstjänster) eller den positiva skyldigheten att garantera skälig tillgång till hälsovårdstjänster i p. 2?[611] Domstolen beslutade att staten skulle ta bort hindren (negativ skyldighet) som förhindrade att medicinen blev tillgänglig för allmänna sjukhus. Den andra order som domstolen antog var att ge staten en skyldighet att tillåta och underlätta användningen av medicinen och att göra den tillgänglig där det fanns ett medicinskt behov för det.[612] Domen visar också att där en effektiv tillgång till en rättighet kräver resurser, om än så små, så tillämpar domstolen skälighetstestet enligt 26 § 2 p. och 27 § 2 p.[613]

Punkten två anger alltså statens positiva skyldighet och kräver att staten sätter upp en omfattande och genomförbar *plan* för att skyldigheten skall anses som uppfylld.[614] Denna positiva skyldighet består i en skyldighet att ”take reasonable legislative and other measures”,[615] ”to achieve the progressive realisation”, och att göra detta ”within available resources”.[616]

Soobramoney, *TAC* och *Grootboom* behandlade frågor rörande de positiva skyldigheterna för staten. I *Soobramoney* hänvisar domstolen till målet *First Certification* och konstaterar att ”the issue of whether socio-economic rights are justiciable at all in South Africa has been put beyond question by the

608 Liebenberg, S, a.a.s. 18. Författaren jämför där med *TAC*.

609 Liebenberg, S, a.a.s. 18, *Grootboom*, p. 38.

610 *TAC*, p. 46. Den negativa skyldigheten var relevant för de åtgärder som regeringen vidtog för att bekämpa HIV och MTCT. Det allmännas förbud att ge medicinen till allmänna sjukhus som inte hörde till forskningsinstitutioner ifrågasattes därmed antydningsvis (p. 46). Men fokus hamnade i fallet på 27 § 2 p.

611 Jämför *Grootboom*, p. 88–90.

612 *TAC*, p. 135.

613 *TAC*, p. 67–73 och 80–81.

614 *Grootboom*, p. 38. Jämför general comment nr 4, p. 12 och 43 f).

615 *Grootboom*, p. 38.

616 *Grootboom*, p. 38.

text of our Constitution as construed in the Certification judgment."[617] Dessutom finns skyldigheterna i 7 § 2 st. som innebär att domstolarna är konstitutionellt bundna att garantera att rättigheterna skyddas och infrias.[618] Men *hur* dessa rättigheter skall genomdrivas måste avgöras från fall till fall, då det kräver att hänsyn till det konstitutionella stadgandets ordalydelse och kontext tas i beaktande i relation till just ett enskilt fall.[619]

2.5.5.5 Sociala rättigheters kärna

Paragraferna 26 p. 3 och 27 p. 3 ger ett slags "kärnområde" åt rättigheterna då de innehåller "the guarantee against eviction" samt "the right to nonrefusal of emergency medical treatment".

Även andra prioriterade (kärn-) skyldigheter vad gäller socioekonomiska rättigheter finns i konstitutionen. Dessa rättigheter ger intrycket av att vara omedelbara till sin natur och som sådana fullt utkrävbara utan att ekonomiska resurshänsyn eller progressivt förverkligande lägger hinder för deras förverkligande. Exempel på detta är barns rätt till familjeomsorg, mat, boende, grundläggande vård och omsorg samt socialomsorg (§ 28), rätten till grundläggande utbildning (29 § p. 1 a)),[620] samt frihetsberövades rätt till korrekt behandling vad gäller medicinsk vård, mat och motion från statens sida (35 § p. 2 e)).

26 § 3 p. och 27 § 3 p. innehåller inte de begränsningar som p. 2 gör i respektive paragraf. Domstolen har förklarat att den negativa rättighet som ingår i 26 § p. 1 förklaras närmare i p. 3 som förbjuder godtycklig vräkning.[621] Men p. 3 kan också var en grund för positiva skyldigheter att skydda rättigheterna i 7 § p. 2. Skyldigheten att skydda sociala rättigheter kräver att staten antar och implementerar effektiv lagstiftning och andra åtgärder som förhindrar att enskilda kränker andras rättigheter.[622] Sådan lagstiftning är till exempel lagstiftning som skyddar individer från godtycklig vräkning och som skyddar deras besittningsrätt. Punkten 3 kan alltså vara grund för positiva skyldigheter att infria (fulfil) rättigheter. 27 § 3 p. skulle därmed kunna innebära att det finns en skyldighet att se till att det finns akutvård. Stadgandet blir föremål för en skälighetsbedömning om det är fråga om en positiv skyldighet. I *Soobramoney* ansåg domstolen inte att det var fråga om en positiv skyldighet då rättigheten formuleras som en negativ sådan (rätten att inte vägras akutvård). Vidare menade domstolen att rätten

617 *Grootboom*, p. 20.

618 *Grootboom*, p. 20.

619 *Grootboom*, p. 20.

620 29 § 1 p. b) stadgar rätten till senare utbildning som en rättighet som förverkligas progressivt.

621 *Grootboom*, p. 34.

622 General comment nr 4, p. 10.

att få omedelbar akutvård inte räckte så långt som till behandling av en pågående kronisk sjukdom i syfte att få ett längre liv.[623] Rätten att få omedelbar behandling som är nödvändig och tillgänglig finns enbart i syfte att skydda från skada i fall av en plötslig katastrof.[624] Däremot är det inte klarlagt om 27 § 3 p. innebär en skyldighet för staten att etablera nya center för akutvård eller om det är förbjudet att stänga sådana på grund av budgetskäl. 27 § 1 p. kan i sådana fall få betydelse då tillgången till akutvård berörs.

I det indiska fallet *Paschim*[625] kom indiska Supreme Court fram till att rätten till akutvård hörde samman med rätten till liv. Klaganden fick skadestånd för att dennes rätt till liv kränkts. Domstolen ansåg att i denna rätt fanns också en rätt till akutvård som kräver att staten vidtar åtgärder så att rätten till akutvård är tillgänglig för var och en. Domen innebar att staten skulle vidta åtgärder för att garantera detta genom infrastruktur och tjänster, enligt en tidsbestämd plan. Däremot är det inte sagt att privata vårdgivare binds av den negativa skyldigheten i 27 § 3 st.

2.5.5.6 Begränsning av sociala rättigheter och tillämpningen av skälighetsbedömningen

2.5.5.6.1 Inledning

Vi har redan kunnat konstatera att de grundlagsstadgade rättigheterna kan begränsas enligt 36 § 1 p. Begränsningen skall ske genom lag och endast i den utsträckning som den är skälig och godtagbar i ett öppet och demokratiskt samhälle som baseras på mänsklig värdighet, jämlikhet och frihet. Men detta är inte helt rätt att applicera i förhållande till sociala rättigheter som skyddas genom 26 och 27 §§. Av 26 § 2 p. och 27 § 2 p. följer att staten är skyldig att anta *skäliga* åtgärder för att *progressivt förverkliga* rättigheterna. En bedömning av om begränsningen av dessa rättigheter är konstitutionellt godtagbar måste alltså ske i ljuset av dessa två rekvisit, för vilket domstolen har utvecklat en skälighetsbedömning.

2.5.5.6.2 Tillgängliga resurser

Vi har sett ovan att stadgandet ”tillgängliga resurser” återfinns i konstitutionens 26 § 2 p. och 27 § 2 p. För att åtgärdsprogram skall anses som skäligt och godtagbart enligt konstitutionen, måste det garantera att såväl mänskliga som finansiella resurser finns tillgängliga.[626] De resurser som står till buds för sociala program har nämligen betydelse vid

[623] *Soobramoney*, p. 20.
[624] *Soobramoney*, p. 20.
[625] *Soobramoney*, p. 18–20.
[626] *Grootboom*, p. 39 och 68.

skälighetsbedömningen.[627] Men hur bedöms tillgängliga resurser? Är det fråga om den summa som tilldelats en viss politik i syfte att förverkliga rättigheter eller är det de politiska besluten i budgetutformningen som är det avgörande? Frågan blev aktuell i *Soobramoney*. I det målet var det delstatsregeringen som var svarande, inte den nationella. Domstolen nämner inte något om att den skulle granska den nationella regeringens budgeterade medel till delstaterna på hälsoområdet. Samtidigt är det så att om räckvidden av 26 och 27 §§ är beroende av de tilldelade medlen som staten gjort sina val kring, så skulle inte sociala rättigheter få någon verklig påverkan på politikens utformning. I *TAC* anfördes att staten har en skyldighet att fastställa en sammanhållen, nationell plan i syfte att främja sociala rättigheter. Denna skyldighet existerar oavsett resurser. Regeringen var bekymrad över kostnaderna för den infrastruktur som krävdes för att distribuera medicinen och att personalen skulle ha den utbildning som behövdes. Domstolen ansåg att resursfrågorna var relevanta för helheten, men inte för de sjukhus och kliniker som redan testade och gav rådgivning. Därför ansåg domstolen att det inte skulle bli några extra kostnader för staten om distributionen gjordes via de redan existerande vårdgivarna.[628] ”A potentially lifesaving drug was on offer and where testing and counseling facilities were available it could have been administered within the available resources of the State without any known harm to mother and child.”[629] Constitutional Court konstaterade också att programmet inte implementerades på samma sätt i landet och ansåg att det inte skulle vara något problem för staten att vidga distributionen till andra allmänna sjukhus än forskningssjukhus.[630] Kostnaden för detta var inte något problem, och om ingenting förändrades så var det beroende på att det saknades politisk vilja till förändring.[631]

Staten har rätt att ange resursbrist som en del av skälighetsbedömningen, men det måste då finnas sakliga skäl till denna brist, vilket staten måste ha bevis för inför domstol. Liebenberg framför att det är osannolikt att domstolar skulle underkänna statens totala budget, men anser att Constitutional Courts beslut ändå har indirekta budgetimplikationer. Detta bekräftas i *TAC*-målet: ”The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of

627 *Grootboom*, p. 46. *Soobramoney*, p. 11.
628 *TAC*, p. 71.
629 *TAC*, p. 80.
630 *TAC*, p. 83 och 95.
631 *TAC*, p. 118 och 119.

reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance."[632]

2.5.5.6.3 Progressivt förverkligande

Punkten 2 i 26 och 27 §§ innehåller kriteriet *progressive realisation*, vilket är taget från artikel 2 IKESKR.[633] Progressive realisation har två uppgifter. Dels anger den att statens skyldigheter skall förverkligas i ett visst tempo eftersom den erkänner att sociala rättigheters förverkligande inte kan uppstå omedelbart.[634] Dels ålägger den staten vissa skyldigheter, då staten skall vidta åtgärder i syfte att progressivt förverkliga rättigheterna: "It means that accessibility should be progressively facilitated: legal, administrative, operational and financial hurdles should be examined and, where possible, lowered over time. Housing must be made accessible not only to a larger number of people but to a wider range of people as time progress."[635]

En del av det progressiva förverkligandet är att skapa en *nationell strategi* och handlingsplan. Mål, indikatorer och riktvärden skall ingå i strategin och planen skall vara transparent och nationell. Genom dessa kan det allmänna, nationella organ såsom SAHRC och regeringen övervaka framsteg som görs. Särskild uppmärksamhet skall riktas mot svaga och sårbara grupper.[636] Skyldigheten för staten att ordna ett program för förverkligandet av rättigheten kom till uttryck i Grootboom som en del av vad som skall räknas som ett skäligt program.[637] Även i TAC förklarade domstolen att staten var skyldig att skapa en nationell, transparent plan som skulle främja legitimitet i allmänhetens ögon och dess engagemang. [638]

Åtgärder med retroaktiv verkan är en annan aspekt av det progressiva förverkligandet. ESK-kommittén har behandlat frågan i ett flertal general comments.[639] Kommittén anser att åtgärder som har till effekt att de minskar redan existerande nivåer på tillgång till sociala rättigheter är oförenliga med IKESKR och kräver att dessa legitimeras av staten.[640] I den

---

632 *TAC*, p. 38.
633 *Grootboom*, p. 27 och 45.
634 *Grootboom*, p. 45.
635 *Grootboom*, p. 45.
636 General comment nr 4, p. 12; General comment nr 12, p. 21–30; General comment nr 14, p. 43 f); General comment nr 15, p. 37 f), 46–54.
637 *Grootboom*, p. 39–41.
638 *TAC*, p. 82–89.
639 General comment nr 3, p. 9.
640 Scott, C, och Macklem, P, a.a.s. 80. Existerande nivåer blir därmed ett slags grundnivå.

sydafrikanska kontexten blir därför den allmänna begränsningsklausulen relevant.

2.5.5.6.4 Utfallet av skälighetsbedömningen (reasonableness test)

Det var i målet *Soobramoney* som Constitutional Court första gången använde sig av skälighetsbedömningen. Domstolen ansåg att frågan skulle bedömas mot bakgrund av 27 § 1 p. a) tagen tillsammans med 27 § 2 p. och inte, som klaganden önskade, mot bakgrund av 27 § 3 p.[641] Supreme Court förklarade också att:"A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility is to deal with such matters."[642] Sjukhusets riktlinjer för bestämmande av vilka patienter som skulle få dialys var inte oskäliga och hade i vart fall inte tillämpats på ett orättvist eller oskäligt sätt i klagandens fall.[643] Detta ledde till att domstolen antog skälighetsbedömningen inom ramen för 26 och 27 §§. Men den stora frågan i målet rörde huruvida *tillräckliga medel* hade avsatts för att ge dialysbehandling till personer i motsvarande situation som klaganden, inte det enskilda sjukhusets agerande i det specifika fallet.[644] Domstolen analyserar därför vad det skulle innebära att tillmötesgå klagandens önskemål, vilket skulle leda till att alla andra i motsvarande situation skulle ha rätt till samma behandling. Konsekvenserna skulle bli enorma: "And if this principle were to be applied to all patients claiming access to expensive medical treatment or expensive drugs, the health budget would have to be dramatically increased to the prejudice of other needs which the state has to meet."[645]

Domstolen ger inte någon större ledning i hur skälighetsbedömningen skall gå till, men erkänner att staten måste ha en vid marginal i sin bedömning av sociala och budgetmässiga prioriteringar.

Skälighetsbedömningen utvecklades sedan i målet Grootboom. Domstolen förtydligade bedömningen genom att slå fast att politiken måste – både till innehåll och till implementering – vara adekvat på så sätt att det skall underlätta det progressiva förverkligandet av rättigheten inom ramen för de existerande resurserna och dessutom vara förståeligt, koherent, balanserat och flexibelt.

Ett policyprogram måste klart och tydligt ange vilket av de statliga organen som har ansvar för vad, säkra att nödvändiga behov tillgodoses i en krissituation och slutligen inte exkludera en betydelsefull del av samhället

641 *Soobramoney*, p. 22.
642 *Soobramoney*, p. 29.
643 *Soobramoney*, p. 25.
644 *Soobramoney*, p. 23
645 *Soobramoney*, p. 28.

från tillämpning av programmet. Boendeprogrammet i fråga höll inte måttet då det inte tog hänsyn till de omedelbara behov som fanns hos särskilt utsatta grupper, vilket också ledde till att domstolen utfärdade en ”order”. SAHRC fick i uppgift att utforma en plan så att det statliga programmet kunde uppfylla de krav som Constitutional Court ansåg att konstitutionen ställer.

Det är i fallet *Grootboom* som Constitutional Court förklarar skälighetsbedömningen på ett tydligare sätt. När de positiva skyldigheterna i 26 § är uppe till bedömning så måste domstolen avgöra huruvida lagstiftning och andra åtgärder i syfte att förverkliga rättigheten är skäliga.[646] Det handlar nämligen inte om att domstolen skall undersöka huruvida bättre åtgärder skulle ha kunnat vidtas eller om det allmännas pengar kunde ha spenderats på ett bättre sätt. Frågan som domstolen har att ta ställning till är huruvida åtgärderna är skäliga. Skäligheten för bostadsprogrammet bedömdes enligt följande faktorer. För det första måste programmet vara vittomfattande och samordnat. Det skall ange de olika institutionernas ansvar och uppgifter och garantera att ”the appropriate financial and human resources are available”.[647] Den nationella regeringen har huvudansvaret för att programmet möter de krav som konstitutionen uppställer.[648] För det andra skall programmet underlätta förverkligandet av rättigheten.[649] Det tredje kravet är att politiken och åtgärdsprogrammet måste vara ”skäliga” avseende såväl implementering som ”conception”.[650] Programmet skall, för det fjärde, vara balanserat, flexibelt och innehålla regler för att kunna möta bostadskriser på kort och lång sikt. Det får heller inte utesluta en betydande del av samhället.[651] Programmet skall avslutningsvis innehålla åtgärder som tar hand om akuta behov hos de personer som befinner sig i desperata situationer:

> A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realize. […] It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realization of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If

646 *Grootboom*, p. 33.
647 *Grootboom*, p. 39.
648 *Grootboom*, p. 40. Jämför 214 § CSA.
649 *Grootboom*, p. 41.
650 *Grootboom*, p. 42.
651 *Grootboom*, p. 43.

> the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of the most desperate, they may not pass the test.[652]

Därför har också staten ett ansvar att planera, budgetera och övervaka infriandet av rättigheten för de personer som har omedelbara behov. Även om inte alla dessa kan få rättigheten infrias på en gång, så måste de vidtagna åtgärderna riktas mot ”a significant number” av dessa personer.[653] I *Grootboom*-fallet var det den femte punkten som staten misslyckats med att uppfylla, då omedelbara åtgärder för de mest utsatta inte fanns upptagna i programmet.[654]

I *TAC* ansågs åtgärderna inte möta upp kraven som ställs i skälighetsbedömningen då Constitutional Court fann dem vara oflexibla,[655] inte tog hänsyn till en särskilt utsatt grupp,[656] och då beslutet att inte tillåta medicinen utanför forskningscentra ansågs oskäligt.[657] Staten ålades att omedelbart ta bort de hinder som fanns mot medicinens användning på allmänna sjukhus och dessutom tillåta och underlätta dess användning.[658] Där det var medicinskt motiverbart skulle medicinen användas och i detta låg också en skyldighet att testa den gravida kvinnan och ge henne rådgivning.[659] Vidare ålades staten att tillse att det fanns en övergripande politik för att bekämpa MTCT, som också skulle tillämpas på samma sätt i hela landet. Vårdpersonal skulle också få utbildning i hur medicinen ifråga fungerar för att kunna ge korrekt information till patienterna.[660] En nyhet, i förhållande till *Grootboom*, är att domstolen lägger till ett krav på transparens i skälighetsbedömningen, programmets innehåll måste ”be known appropriately”.[661] I detta fall ser vi alltså hur skälighetsbedömningen kan användas konstruktivt i syfte att stärka tillgången till sociala rättigheter för många personer.

Även om domstolen inte kräver att det allmänna antar ett visst socialt program för att förverkliga sociala rättigheter, så gör den en substantiell granskning av de vidtagna åtgärderna. Domstolen studerar huruvida programmet kan underlätta rättighetens förverkligande, om det är skäligt formulerat och implementerat och om det innehåller de åtgärder som är

---

652 *Grootboom*, p. 44.

653 *Grootboom*, p. 68.

654 *Grootboom*, p. 69 och 99. Domstolen hänvisar till ett annat boendeprogram, ännu inte implementerat, för att visa staten hur den skulle kunna gå tillväga. Se a. dom, p. 99.

655 *TAC*, p. 80.

656 *TAC*, p. 70.

657 *TAC*, p. 81.

658 *TAC*, p. 135.

659 *TAC*, p. 135.

660 *TAC*, p. 90, 95 och 135.

661 *TAC*, p. 123.

nödvändiga för att ge omedelbar lättnad för personer i desperata omständigheter. I *Grootboom* och *TAC* innebar domstolens granskning att staten blev tvungen att utsträcka sociala förmåner till grupper som hade exkluderats från programmen om boende och hälsa. Men det kan också vara fråga om att det inte alls finns någon politik eller program som går att vidga för att inkludera utsatta grupper. Staten har då helt enkelt misslyckats med att anta ett program. 38 och 172 §§ ger domstolen rätten att identifiera en kränkning av en rättighet och sedan definiera den reform som skall implementeras men det är enligt dessa artiklar staten som väljer vilka medel den skall använda för att följa domen.

I *TAC* ansåg domstolen att inte alla kunde kräva tillgång till behandlingen i fråga. Men staten skulle göra varje ansträngning för att utsträcka tillgången till behandlingen så snart som det var skäligt möjligt.[662]

Skälighetstestet har kritiserats för att vara vagt och ge för lite ledning till staten i hur den skall uppfylla sina skyldigheter i förverkligandet av sociala rättigheter. *Bilchitz* anser det är ett misslyckande att det enbart tar hänsyn till p. 2 i 26 och 27 §§, och inte förenar p. 2 med p. 1. Bilchitz menar att det vore mer logiskt att först bestämma rättighetens innehåll och därefter avgöra om de vidtagna åtgärderna är skäliga eller ej. För att kunna tillämpa testet i ett särskilt fall måste domstolen, enligt Bilchitz, ha en förståelse av vilka statens skyldigheter är ifråga om rättighetens förverkligande. *Liebenberg* framhåller att domstolen inte slipper undan svåra tolkningsproblem genom att avfärda minimum core-resonemanget och förespråka skälighetstestet. Testet är inte enkelt att definiera eller tillämpa. Hon tar exemplet med extrem fattigdom och menar att i ett sådant fall är det inte enkelt att avgöra vilka grupper som har rätt till omedelbar hjälp genom desperata behov och oacceptabla levnadsförhållanden.[663] Hon föreslår i stället att rättigheten enligt p. 1 i §§ 26 och 27 skall anses ge upphov till två slags skyldigheter som beskrivs genom p. 2. Den första är att var och en har rätt till tillgång till en grundläggande nivå av saker och tjänster (minimum core). Det medför att individer som inte har kunnat få tillgång till det allra nödvändigaste får ett genomdrivbart krav mot staten avseende grundläggande materiellt stöd. Den andra skyldigheten är att staten över tid skall förbättra kvaliteten på de sociala rättigheterna. Skälighetstestet får då betydelse i relation till den andra skyldigheten, förutsatt att det inte handlar om frågor som rör överlevnad.

Domstolens tillvägagångssätt vad gäller skälighetsbedömningen har stora likheter med det förvaltningsrättsliga förfarande som sedan länge funnits i

662 *TAC*, p. 125.

663 Liebenberg, S, a.a.s. 40 f.

Sydafrika och den skälighetsbedömning som görs där.[664] Det kan vidare framföras att genom användningen av välkända förvaltningsrättsliga grepp har domstolen tagit ett viktigt steg, som också kan ses som pedagogiskt viktigt i de svåra och komplexa avgöranden som sociala rättigheter ger upphov till. På det sättet är sociala rättigheter en del av domstolarnas ”vanliga” verksamhet även när de är konstitutionellt stadgade. *Grootboom* kan anses illustrera en mer konkret tillämpning av artikel 2 p. 1 IKESKR:s kriterium om ”appropriateness”. 33 § 1 p. i den sydafrikanska konstitutionen anger att en förvaltningsrättslig åtgärd måste vara *skälig* (reasonable). Skäligheten återfinns också i 27 § 2 p. i fråga om att staten skall vidta skäliga åtgärder för att garantera rättigheters förverkligande. Domstolarna måste här hantera en situation där den verkställande maktens befogenhet hotas samtidigt som de trots allt är skyldiga att utöva kontroll över de förvaltningsrättsliga besluten. Skälighetstestet har sin grund i common law.[665] Myndigheternas makt måste användas på ett skäligt sätt, vilket också återspeglas i § 36. Med skälighet avses i § 33 p. 1 för det första att det förvaltningsrättsliga beslutet skall vara *rationellt*, det vill säga grundas på bevis och information som beslutsfattaren tagit del av. Men i rationalitetskravet ingår också att beslutet skall vara motiverat. Beslutet skall objektivt vara i linje med den *befogenhet* myndigheten getts och för det syfte som beslutet togs.[666] Det andra elementet i skälighet utgörs av *proportionalitet* som ger uttryck för balans, nödvändighet samt användandet av lagliga och lämpliga medel för att nå ett visst mål.[667]

2.5.5.6.5 Skälighetsbedömning i relation till 36 §

Om det skulle fastställas att statens åtgärder eller underlåtenhet att handla är oskäligt, så skulle det vara svårt att finna att begränsningen av rättigheten är godtagbar i ljuset av 36 §. Om det inte finns någon lag som syftar till att förverkliga en grundlagsstadgad rättighet så kan inte staten hänvisa till 36 §. Om rättigheten hör till 26 eller 27 §§ så underlåtenheten att anta lagstiftning nödvändig för att ge effekt åt rättigheten anses oskälig enligt p. 2 i dessa paragrafer.

Samma resonemang blir aktuellt i fråga om tillräckliga resurser. Enligt p. 2 i såväl 26 som 27 §§ kan staten hänvisa till bristande resurser när skälighetsbedömningen görs. Om inte detta godtas inom ramen för skälighetsbedömningen, så är det svårt att se hur det skulle kunna ske inom

---

664 Pieterse, M, *Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience* s. 893.

665 Hoexter, C, *Administrative Law in South Africa* s. 293 f.

666 Hoexter, C, a.a.s. 306 f.

667 Hoexter, C, a.a.s. 310.

den allmänna begränsningsklausulen. I fråga om barns rättigheter enligt 28 § finns det inte någon regel om tillgängliga resurser. Kan i sådant fall tillgängliga resurser vara en godtagbar grund för begränsning enligt 36 §? Generellt anser man i sydafrikansk rättsvetenskap att resursfrågor inte är en godtagbar rättighetsbegränsning.[668] Men när det gäller positiva skyldigheter föranledda av grundlagsstadgade sociala rättigheter är det svårt att inte ta resursfrågor i beaktande. Liebenberg hänvisar till det kanadensiska *Eldridge*-målet och anser att den generella begränsningsklausulen i 36 § skulle kunna tillämpas på 28 § på det sätt som Kanadas Supreme Court avgjorde det aktuella målet. Om staten kan visa att en begränsning av rättigheten är nödvändig för att undvika ”undue hardship”i relation till ekonomiska resurser och andra behov den är skyldig att uppfylla, så blir begränsningen godtagbar. Detta förutsätter förstås att begränsningen inte går längre än nödvändigt för att undvika ”undue hardship”.[669]

Fallet *Grootboom* ger en bekräftelse av de sociala rättigheternas verkställbarhet och utkrävbarhet, samt ett erkännande att rättigheter såväl politiska som sociala är nära sammanbundna och beror av varandra. Vidare antyds i domen att ESK-kommitténs syn på det progressiva förverkligandet av dessa rättigheter i sig innebär att avsiktligt tillbakadragande av de framsteg rättigheterna tillerkänts innebär att staten brustit i sina skyldigheter.

2.5.5.6.6 Skälighetsbedömningen i ljuset av minimum core obligation

Av Constitutional Courts praxis följer dock en viss tveksamhet till att anamma den folkrättsliga teorin om minimum core obligation.[670] Trots det är influenserna från folkrätten starka, såväl i konstitutionstexten som i Constitutional Courts domar. Skyldigheten att respektera, skydda och uppfylla rättigheterna erkänns, som vi redan sett, i den sydafrikanska konstitutionen. Dessa tre skyldigheter brukar omnämnas som *”tripartite typology of interdependent duties”*, som ingår i *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights* (se guideline nr 6) och senare i vissa av de general comments (t.ex. nr 14) som FN:s kommitté för de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna (ESK-kommittén) sammanställt.

Är det så att 26 och 27 §§ ger individen rätt till en viss miniminivå (minimum core) under särskilda omständigheter eller är det endast en rätt till skälighetsbedömning som individen har i förhållande till det allmännas sociala program? Frågan diskuterades i *Grootboom* och *TAC*. I *Grootboom* förklarade domstolen att 26 § inte innehåller någon miniminivå på grund av två skäl. Det första var att det skulle vara svårt att bestämma en sådan för

---

668 Liebenberg, S, a.a.s. 56.

669 Liebenberg, S, a.a.s. 57. Om *Eldridge*-målet, se ovan avsnitt 2.3.5.7.

670 Se nedan, del III, avsnitt 3.2.3.2.3.

förverkligandet av rättigheten då möjligheterna till detta varierade mycket.[671] Det andra skälet var att behoven såg olika ut.[672] Inkomster, arbetslöshet, fattigdom och tillgången av land varierar till exempel. Behoven är olika så till vida att vissa personer behöver land, andra bostäder och andra finansiellt stöd. Miniminivån skulle kunna vara en variabel i bedömningen om statens åtgärder varit skäliga, men då tillägger också domstolen: ”However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core in any given context.”[673] Slutsatsen i fallet *Grootboom* blev alltså att 26 § 2 p. last tillsammans med 26 § 1 p. inte ställer upp någon minsta nivå på rätten till bostad.

I *TAC* bekräftades denna bedömning. *Amici curiae* i målet menade att var och en har rätt till en grundläggande nivå av hälsovård, i vilket det ingår det minsta nödvändiga för ett värdigt liv enligt 27 § 1 p. tagen tillsammans med 7 § 2 p.[674] Domstolen höll inte med. Den ansåg att amici curiaes tolkning inte hade något stöd, vare sig av en ändamålstolkning av paragrafen eller dess ordalydelse. Den bekräftade istället att p. 2 hänvisar till p. 1 och därmed definierar och begränsar de positiva skyldigheter som p. 1 medför.[675] De positiva skyldigheterna som finns i p. 1 är de som beror av p. 2. Det finns alltså ingen självständig positiv skyldighet enligt p. 1.[676] Domstolen uttrycker detta enligt följande: ”Sections 27 (1) and 27 (2) must be read together as defining the scope of the positive rights that everyone has and the corresponding obligations on the state to ”respect, protect, promote and fulfil” such rights. The rights conferred by sections 26(1) and 27(1) are to “have access to the services that the state is obliged to provide in terms of sections 26(2) and 27(2).”[677] En ändamålstolkning av 27 § leder inte till någon annan slutsats, då det är omöjligt att ge var och en tillgång till en kärna av en tjänst omedelbart.[678] Enligt domstolen är det endast möjligt att begära att staten agerar skäligt för att ge tillgång till de rättigheter som stadgas i 26 och 27 §§ på ett progressivt sätt.[679] Därmed bekräftas utgången i *Grootboom*. Minimum core är relevant för bedömningen av skäligheten i de åtgärder som det allmänna vidtagit, men skapar inte en ”self-standing right

---

671 *Grootboom*, p. 32.
672 *Grootboom*, p. 33.
673 *Grootboom*, p. 33.
674 *TAC*, p. 28.
675 *TAC*, p. 29–31.
676 *TAC*, p. 39.
677 *TAC*, p. 39.
678 *TAC*, p. 35.
679 *TAC*, p. 35.

conferred on everyone under section 26(1)."[680] Domstolen framhöll också att domstolar inte är institutionellt utrustade att göra de vida undersökningar av faktiska och politiska omständigheter som är nödvändiga för att fastställa en minimum core-nivå. Domstolar är också illa rustade för att döma i frågor där deras beslut får många och vida ekonomiska och sociala konsekvenser för samhället.[681] Även om skälighetsbedömningen kan ha budgetimplikationer , så syftar den inte till att "rearranging budgets".[682]

Kritik har framförts mot Constitutional Courts sätt att använda skälighetstestet ("reasonableness test") som beskrivs ovan.[683] Kritiken går ut på att *särskilt utsatta grupper inte prioriteras tillräckligt* samt att den *sociala nöd som individer kan uppleva inte är annat än sekundär* i relation till bedömningen som fokuserar på koherens, flexibilitet, skälighet och rationalitet vad gäller politikens formulering och fullbordan. *Pieterse* framför, och ansluter sig därmed till Michelman, att det är särskilt oroande att p. 1 i 26 respektive 27 §§ skiljer sig från p. 2 i nämnda paragrafer.[684]

Domstolen är, enligt Pieterse, så inriktad på skälighetstestet att den stänger av möjligheten för den enskilde att få upprättelse enligt *både* folkrätten och Bill of Rights. Detta märks först och främst i domstolens envisa hållning att *inte* vilja godta en "minimum core standard", vilket skedde i såväl *Grootboom* och *TAC*.[685] Pieterse anser att Constitutional Court verkar ha missförstått vad "minimum core standard" betyder och att den i dessa mål nästan överdriver begreppets komplexitet. Kärnrättighetsbegreppet inom folkrätten innebär att kärnrättigheten återfinns inom ramen för en övergripande struktur av progressivt förverkligande av rättigheten och att det finns omständigheter då avsteg från

680 *TAC*, p. 34.

681 *TAC*, p. 38.

682 *TAC*, p. 38. För en sammanställning av kritiken mot domstolens avfärdande av minimum core obligations, se Liebenberg, a.a.s. 27 ff.

683 Pieterse, M, a.a.s. 896. Bilchitz, D, *South Africa: Right to health and access to HIV/AIDS drug treatment* s. 528.

684 Pieterse, M, a.a.s. 896: "Michelman warned against an interpretation of Sections 26 and 27 that conflates the rights awarded with the standards through which compliance with the duties they impose are measured, which would result in the rights representing little more than an amorphous obligation on the state to devise a reasonable plan to counter social hardship generally." Se också Michelman, *The Constitution, Social Rights and Reason: A Tribute to Etienne Mureni*k.

685 Jämför utvecklingen inom ramen för IKESKR och de grundläggande skyldigheter/ åtaganden staten tar på sig i och med ratificeringen av nämnda dokument. Att inte respektera dessa åtaganden är godtagbart endast om staten kan visa att"every effort has been made to use all resources that are at the state's disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations". Se ESK-kommittén, general comment nr 3, nedan avsnitt 3.2.3.2.3. Se även Maastricht Guidelines (Guideline 9).

att respektera rättigheten är godtagbart.[686] Domstolen väljer att beskriva minimum core obligation som något oprecist och obestämbart, trots att begreppet blivit alltmer preciserat i folkrätten under det senaste decenniet. Vidare hävdar domstolen att begreppet ger upphov till enbart positiva rättigheter (för många fattiga innebär möjlig överlevnad på miniminivå att staten avhåller sig från att handla). Vidare slog domstolen fast att 27 § 1 p. aldrig skulle kunna ge upphov till ”a self-standing and independent positive right enforceable irrespective of considerations mentioned in section 27 p. 2.”[687] Dessutom visar domen att Constitutional Court anser att det är näst intill omöjligt att tillgodose kärnrättighetens omfång, vilket är intressant då den universella miniminivån faller inom ramen för Sydafrikas ekonomiska kapacitet.[688]

2.5.5.7 Barn och utsatta grupper

28 § 1 p. c) skiljer sig från de övriga sociala och ekonomiska rättigheterna i konstitutionen. Det står inte att var och en har rätt till och den är heller inte formulerad som p. 2 i 26 och 27 §§. Detta skulle kunna betyda att barn har rätt till en viss grundläggande nivå som staten skall tillgodose utan dröjsmål. Constitutional Court tog ställning till barns rättigheter i *Grootboom*, där barns rätt till boende prövades enligt 28 § 1 p. c) och inte enligt 26 § 2 p. ”The carefully constructed constitutional scheme for progressive realisation of socio-economic rights would make little sense if it could be trumped in every case by the rights of children to get shelter from the state on demand.”[689] Enligt domstolen skall 28 § 1 p. b) och c) läsas tillsammans.[690] Av b) följer vilka som är ansvariga för barnens omvårdnad och av c) vad som skall ingå i denna. Detta innebär att den främsta skyldigheten att ta hand om barnen vilar på föräldrarna eller familjen, enligt domstolen: ”It follows that section 28(1) (c) does not create any primary State obligation to provide shelter on demand to parents and their children if children are being cared for by their parents or families.”[691] Barns rätt till omvårdnad enligt 28 § 1 p. c) uppkommer enbart när barn inte kan få omvårdnad av sina familjer, till exempel om de är föräldralösa eller övergivna. I *Grootboom*-fallet hade barnen inte rätt till omvårdnad då de fortfarande var i sina familjers vård.[692]

---

686 Medan domstolens synsätt mer liknar det tyska wesengeheltsgarantie.
687 *TAC*, p. 39.
688 Pieterse, M, a.a.s. 899.
689 *Grootboom*, p. 71.
690 *Grootboom*, p. 76.
691 *Grootboom*, p. 77.
692 *Grootboom*, p. 79.

Statens skyldigheter enligt 28 § 1 p. c) är att se till att lagar antas och genomdrivandemekanismer finns för underhåll av barn, så att de inte blir illa behandlade, åsidosatta och att det finns andra former av skydd som stadgas enligt 28 § 1 p. c).[693] Dessutom skall staten ge tillgång till sociala och ekonomiska rättigheter såsom de stadgas i 25-27 §§. Barnbidrag och föräldrapenning är några av sätten på vilka staten infriar sina skyldigheter enligt 27 §. Barn som lever i familjer som är fattiga till den grad att de inte kan ge det grundläggande till sina barn skall få sina rättigheter enligt 26 och 27 §§. Dessa stadganden ger inte en direkt skyldighet för staten att ge service till den enskilde. De ställer upp som krav att staten antar ett åtgärdsprogram som är skäligt enligt de krav som utvecklats i Constitutional Courts praxis. Domstolen är tveksamt inställd till att tolka stadgandena i grundlagen som att de skulle inbegripa individuella krav på direkt materiellt stöd från statens sida. *TAC*-målet nyanserar detta något. Constitutional Court konstaterar att det inte krävs att barnen är skilda från sina föräldrar för att deras sociala och ekonomiska rättigheter enligt 28 § skall kunna krävas: ”The state is obliged to ensure that children are accorded the protection contemplated by section 28 that arises when the implementation of the right to parental or family care is lacking. Here we are concerned with children born in public hospitals and clinics to mothers who are for the most part indigent and unable to gain access to private medical treatment which is beyond their means. They and there children are in the main dependant upon the state to make health care services available to them.”[694]

Det verkar som att domstolen anser att barn vars föräldrar är för fattiga för att ge dem det de behöver skulle ha en utkrävbar rätt till sociala rättigheter enligt 28 § 1 p. c). Men någon sådan generell regel uppställer inte domstolen. Den använder sig i stället av 28 § 1 p. c) för att stödja sin syn på att statens restriktiva politik i behandlingen av HIV var oskälig eftersom en sårbar grupp exkluderades och skadades. Det handlar alltså till sist om 27 § 2 p.[695]

Utsatta gruppers rätt till bostad blev föremål för Constitutional Courts bedömning i *Minister of Public Works & others v. Kyalami Ridge Environmental Association & others*.[696] Staten försvarade i detta fall ett beslut att ordna ett tillfälligt boende för människor som hade förlorat sina hem på grund av översvämningar och ansåg att den hade en skyldighet att vidta åtgärder för människor i kris enligt konstitutionen. En förening för grannarna till detta

---

693 *Grootboom*, p. 78.

694 *TAC*, p. 79.

695 *TAC*, p. 93.

696 *Minister of Public Works & others v. Kyalami Ridge Environmental Association &* others, 2001 (3) SA (CC), 2001 (7) BCLR 652 (CC), härefter *Kyalami Ridge.*

läger ansåg att statens beslut var felaktigt, då det inte fanns någon grund att ta beslutet enligt lagstiftning och att det stred mot stadsplaneringen rörande land och miljö som var i kraft. Constitutional Court konstaterade att det inte fanns något som hindrade staten från att göra den statliga marken tillgänglig för översvämningsoffer i syfte att ge dessa tillgång till bostad, vilket i sig är en konstitutionell skyldighet för staten. Men värdet på den privatägda marken kan minska till följd av detta.[697] Om ett billigare boende etableras på angränsande mark, så kan redan etablerade husägare drabbas. Det är en faktor som det allmänna måste ta hänsyn till när det skall utforma politiken som förverkligar rätten till bostad. Men i detta fall vägde den konstitutionella skyldigheten att säkra rätten till bostad tyngst.[698]

2.5.6 Avslutande ord

Det sätt på vilket sociala rättigheter hanteras i den sydafrikanska konstitutionen är unikt. Det sydafrikanska exemplet visar att sociala rättigheter *kan* göras utkrävbara och skrivas in i en konstitutionellt stadgad rättighetskatalog. De är därmed inte enbart relevanta inom folkrätten, på universell alternativt regional nivå. De domar jag har studerat visar att de sydafrikanska domstolarna inte står helt bakbundna av maktdelningsteorin när det handlar om nationell verkställighet av sociala rättigheter. De visar vidare att skillnaden mellan medborgerliga och politiska rättigheter å ena sidan och sociala och ekonomiska å andra sidan, inte behöver vara särskilt stor. De sociala rättigheternas ”avvikande natur” har kunnat hanteras av Constitutional Court i de fall som domstolen hittills avgjort. Till stor del beror det på den inställning som domstolen har valt att hålla och säkerligen öppnar konstitutionens hänvisningar till komparativa studier och folkrättsliga analogier upp för en mer pragmatisk inställning till de sociala rättigheterna.

Värt att lyfta fram i detta sammanhang är att Constitutional Court, trots konstitutionens uttryckliga hänvisning till folkrätten, valt bort en viktig del i den folkrättsliga teoribildningen kring sociala rättigheter nämligen ”minimum core rights”.[699] Det är förvånande när man studerar den likhet i ordalydelse som står att finna mellan konstitutionen och IKESKR. i fallet *Grootboom* hänvisar domstolen dessutom explicit till IKESKR och FN:s

---

697 *Kyalami Ridge*, p. 51.

698 *Kyalami Ridge*, p. 107 och 109. Rätten till god förvaltning hade inte heller kränkts.

699 Synen på de sociala rättigheternas kärnområde som utvecklats av FN:s kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Se General comments nr 3, 9 och 14, nedan avsnitt 3.2.3.2.3. I *Certification of the Constitution of South Africa* analyserar författningsdomstolen både FN- och Europarådskonventioner.

kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, trots att Sydafrika ännu inte ratificerat konventionen.[700] Constitutional Court anser dock att domstolar inte är den institution som är bäst lämpad att bestämma kärnrättighetens omfång då de inte har resurser att utföra de undersökningar som krävs för att kartlägga ekonomiska och sociala konsekvenser. Detta trots konstitutionens ordalydelse i fråga om domstolarnas kompetens och skyldighet att tolka rättighetskatalogen i överensstämmelse med internationell lag. Pieterse har kritiserat det sätt på vilket domstolen tolkar och tillämpar sociala rättigheter. Han hänvisar till Scott och menar att Constitutional Court visar på så kallad *negative textual inferentialism* när det handlar om sociala rättigheter.[701] Termen innebär, enligt Scott, en överdrivet formalistisk tolkningsmetod som leder till att rättigheter som är beroende av varandra läses på ett sådant sätt att ett slags begränsande ”takeffekt” uppstår hos *alla* rättighetsdelarna. I *Soobramoney* förlitade sig klaganden främst på rätten att inte bli nekad akut sjukvård enligt 27 § 3 p. och alternativt på rätten till liv i 11 §. När domstolen valde att avslå klagomålet framhöll den att inget av nämnda lagrum var tillämpliga på fallet. I stället skulle 27 § 1 p. tillsammans med 27 § 2 p. vara tillämpliga, eftersom sjukhusets begränsade resurser ursäktade att inte erbjuda dialysbehandlingen. En *icke tillämpbar* rätt att inte bli nekad akut vård används som skäl till att *inte aktualisera* rätten till liv i förhållande till en tillämpbar rättighet (rätten till hälsovård) vars skydd inte är lika starkt som 27 § 3 p. De begränsningar 27 § 2 p. innebär ledde i detta fall till motsvarande begränsningar i rätten till liv. Kopplingen mellan rätten till liv och sociala rättigheter blev alltså själva grunden till att förklara varför 27 § 1 p. *inte* kunde användas. I detta finns också en implicit kritik av sociala rättigheter som individuella rättigheter:

> There are also those who need access to housing, food and water, employment opportunities, and social security. These too are aspects of the right to … human life: the right to live as a human being, to be a part of a broader community, to share in “the experience of humanity”. The State has to manage its limited resources in order to address all these claims. There will be times when this requires it to adopt a holistic approach to the larger needs of society than to focus on the specific needs of particular individuals within society.[702]

Såväl den kollektiva som den individuella aspekten av sociala rättigheters förverkligande, enligt Pieterse, lidande. Även *Grootboom* kan ses som ett exempel på ”negative textual inferialism”, då domstolen anför följande:

---

[700] Sydafrika undertecknade konventionen den 3 oktober 1994.

[701] Scott, C, *Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of "Economic, Social and Cultural Rights"* s. 638 ff.

[702] Pieterse, M, a.a.s. 900.

> Carefully constructed constitutional scheme for progressive realisation of socioeconomic rights would make little sense if it could be trumped in every case by the rights of children to get shelter from the State.
>
> […]
>
> The obligation created by Section 28 (1) (c) can properly be ascertained only in the context of the rights and, in particular, the obligations created by Sections 26 and 27 of the Constitution.

Domstolen antyder alltså att statens skyldigheter såsom de framträder i 26 § 2 p. skall läsas in i 28 § 1 p. c) varvid skälighetstestet återkommer i den senare paragrafen och *endast* genom skälighetstestet kan 28 § få genomslag. 28 § 1 p. c) begränsas vidare av 28 § 1 p. b) som stadgar ”parental care”. Enligt detta resonemang skall Staten *endast* anses ansvara för barn som blivit övergivna av sina föräldrar eller på annat sätt avlägsnats från sin familjemiljö. Det enda som är en skyldighet för staten i förhållande till alla barn är att den skall tillförsäkra barnen en juridisk och förvaltningsrättslig miljö som ger barnen medel att tilltvinga sig rättigheter i förhållande till sina föräldrar. Innehållet i 28 § 1 p. c) blir därmed svagt och interaktionen mellan statens respektive föräldrarnas ansvar gentemot barnen mindre viktigt.

Även om kritik kan anföras mot den sydafrikanska Constitutional Courts sätt att döma, anser jag att domstolens sätt att döma skall ses i ljuset av den den situation landet befinner sig i. Jag tror inte att tillämpningen av skälighetstestet i slutändan leder till ett annat resultat än om det folkrättsliga minimum core obligation skulle användas. Däremot kan det vara känsligt för en relativt ung Constitutional Court som har till uppgift att tillämpa en lika ny konstitution att använda sig av allt för mycket utomnationellt material. Denna text har visat att konstitutionen medger detta till stor utsträckning, men frågan är om det är lämpligt när det trots allt fortfarande handlar om att underbygga konstitutionens legitimitet. Införandet av konstitutionella sociala rättigheter skedde mot bakgrund av konstitutionens grundvärde – säkrandet av mänsklig värdighet och en stabil demokrati. Hur detta skall göras måste dock förenas med såväl tidigare juridisk kunskap och tradition som nya konstitutionella krav.

Rätten till jämlikhet (§ 9) och *rätten till liv* (§ 11) ges en särställning genom att de har ett absolut skydd i den sydafrikanska konstitutionen.[703] Vi har också kunnat se att deras betydelse för uttolkningen av de sociala rättigheterna i den sydafrikanska grundlagen hittills har varit begränsad. Likaså kan det konstateras att det inte är mer än en handfull fall rörande sociala rättigheter som Constitutional Court dömt i, trots att domstolen är mycket aktiv.

[703] 37 § 5 p. CSA.

2.6 Sammanfattande kommentarer till del II

Tidsspannet mellan de olika grundlagarna som studerats i denna del är inte stort. Den äldsta är den svenska regeringsformen som också skiljer sig en del från de andra tre. Till skillnad från de tre övriga stadgas inte rätten till liv i regeringsformen. Den svenska grundlagen innehåller inte heller något generellt diskrimineringsförbud.

Gemensamt för alla länderna i studien är att människovärdet (mänsklig värdighet) återfinns tidigt i konstitutionerna. Sverige skiljer sig dock från de övriga länderna genom att inte garantera rätten till liv i regeringsformen. Gemensamt för Sydafrika, Finland och Kanada är en önskan att genom antagandet av en ny konstitution skapa en nationell anda präglad av rättigheter. De grundlagsstadgade rättigheterna *skall* i dessa tre länder tillämpas av domstol, vilket tydligt markerats av lagstiftaren. I dessa grundlagar är det också framträdande att rättigheterna medför att staten har positiva skyldigheter gentemot individerna i landet. Rättigheternas indelning i kategorier luckras upp, då staten faktiskt har skyldighet att agera avseende samtliga rättigheter. Detta illustreras också genom tillämpningen av diskrimineringsförbudet och strävan efter faktisk jämställdhet. *Individen* sätts på så sätt i centrum. En annan viktig iakttagelse är att grundlagsrättigheterna är svåra att separera från varandra, men också att de förstärker varandra sinsemellan.

Detta avsnitt har visat hur införande av sociala rättigheter i grundlag kan ske. Avseende Finland, Kanada och Sydafrika är påverkan av internationella konventioner på rättighetssynen påtaglig. Jag kommer nu att övergå till att studera hur sociala rättigheter skyddas genom dessa konventioner.

Del III Sociala rättigheter i folkrätten

No one can be free if he or she lacks food, water, shelter and safety.

B. Richardson

3 Sociala rättigheter i folkrätten

3.1 Inledning

Förenta nationernas (FN) tillkomst och utveckling har inneburit att det mellanstatliga samarbetet fullkomligt exploderat inom ramen för mänskliga rättigheter. I och med att andra världskriget tog slut, föddes den internationella människorättsrörelsen. Ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter regleras sedan dess i en mängd olika konventioner såsom Flyktingkonventionen,[704] Konventionen för avskaffande av all diskriminering gentemot kvinnor[705] och Rasdiskrimineringskonventionen.[706] Jag kommer inte att behandla alla dessa konventioner i denna framställning, utan har valt att koncentrera mig på de konventioner som utgör folkrättens ”Bill of Rights” och därmed blivit styrande för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheters utveckling. Ett faktum som är värt att framhålla redan här är att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter finns inskrivna i dessa dokument. De ingår i konventionerna explicit, men också via det som omnämns som ”integrated approach”, med vilket menas att medborgerliga och politiska rättigheter *i sig* inkluderar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

Till FN-systemet hör också arbetet som bedrivs inom ramen för World Health Organization (WHO) och International Labour Organization (ILO). Dessa organisationer är särskilt inriktade på frågor rörande sociala rättigheter och har under lång tid spelat en aktiv roll på området.[707]

---

[704] Convention Relating to the Status of Refugees, Geneva 28 July 1951, 189 UNTS 137. I kraft den 22 april 1954.

[705] International Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women. New York, 18 December 1979, 1249 UNTS 13. I kraft den 3 september 1981.

[706] International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. New York, 7 March 1966, 660 UNTS 195. I kraft den 4 januari 1969.

[707] Den indirekta harmonisering av nationella system som dessa organisationers verksamhet innebär är i sig mycket intressant, men behandlas inte i detta arbete. Riktlinjer som WHO utarbetar används inom vården för att klassificera sjukdom och arbetsförmåga och påverkar därmed nationell bedömning.

Ickestatliga organisationer (non governmental organisations, NGO)[708] tar allt mer plats i den folkrättsliga kontexten och ställer krav på att staterna skall handla för att möta individers behov. Vissa menar att NGO är en nödvändighet för att säkra ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter även på det nationella planet, då de kan göra svaga röster hörda.[709] Många NGO är aktiva i samarbetet med ILO och WHO.

ILO har under 1900-talet bidragit till sociala rättigheters utveckling inom folkrätten. Från början handlade ILO-konventionerna mest om arbetsförhållanden och säkerhet på arbetsplatserna. Redan på ett tidigt stadium kom ILO:s konventioner om arbetslöshet (nr 2), föreningsfrihet (nr 11), likabehandling (nr 19), sjukförsäkring (nr 24 och 25) och minimilön (nr 26). Allt fler konventioner kom att beröra frågor som hörde till välfärdsstaten och ekonomiska och sociala rättigheter och blev därigenom föremål för internationell övervakning. Dessa processer blev så småningom jämförbara med dem som gällde för medborgerliga och politiska rättigheter.[710] 1944 kom så Philadelphiadeklarationen som syftade till att det internationella samarbetet skulle förverkliga det sociala medborgarskapet. Under efterkrigstiden skapades flera konventioner rörande social trygghet, likabehandling och sociala förmåner. Dessa initiativ återspeglar de växande välfärdsstaterna. ILO-konventionerna kan sägas utgöra ett av de första bevisen på mänskliga rättigheters odelbarhet och beroende av varandra och har också bidragit till framväxten av de nu existerande instrumenten som syftar till att garantera mänskliga rättigheter, till exempel inom Europarådet. Jag hänvisar löpande till ILO där dess konventioner har inspirerat till åtgärder, såväl lagtekniska sådana som domstolspraxis.

I denna del kommer jag först att behandla sociala rättigheters ställning inom FN och därefter det regionala skydd de åtnjuter genom Europarådet.

---

[708] En NGO är en organisation grundad på privat initiativ, som inte har ett vinstdrivande syfte och som har en intern demokratisk struktur, se Lindblom, A-K, *The Legal Status of Non-Governmental Organisations in International Law* 2001 s. 13 och 53 ff.

[709] Rubenstein, L, *How International Human Rights Organizations Can Advance Economic, Social and Cultural Rights: A Response to Kenneth Roth* s. 847.

[710] Whelan, D, och Donnelly, J, *The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight* s. 940 f.

3.2 Förenta nationernas ”Bill of Rights”

3.2.1 Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (AFMR)

Förenta nationernas stadga[711] (härefter FN-stadgan) antogs 1945 och understryker i artikel 55 a) och b) att FN skall verka för ”higher standards of living, full employment, and conditions of economic and social progress and development; [and] solutions of international economic, social, health, and related problems; and international cultural and educational cooperation.”

Detta återspeglas i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter[712] som antogs endast några år efter det att FN-stadgan trätt i kraft. I förklaringens preambel st. 5 ges en introduktion till de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna, tillsammans med begrepp som värdighet och lika rättigheter:

> Whereas the people of the United Nations have in the Charter reaffirmed their faith in fundamental human rights, in the dignity and the worth of the human persons and in the equal rights of men and women and have determined to promote social progress and better standards of life in larger freedom.

I förklaringen tas såväl medborgerliga och politiska rättigheter (artiklarna 1–21) som ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (artiklarna 22–27) upp. Redan i preambelns första stycke lyfts rätten till mänsklig värdighet fram som en grundförutsättning för mänskliga rättigheter:

> Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.

Den allmänna förklaringen ger var och en rätt, såsom varandes medlem i samhället, till social trygghet och förverkligandet av de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som är oundgängliga för individens mänskliga värdighet och personlig utveckling (artikel 22). Den slår också fast rätten till arbete (artikel 23), rätten till vila och fritid (artikel 24) samt rätten till en levnadsstandard som är god nog för individens och dennes familjs välbefinnande och hälsa (artikel 25). I rätten till en god levnadsstandard

711 1 UNTS XVI, San Fransisco den 26 juni 1945.

712 Antagen av Generalförsamlingen den 10 december 1948 genom resolution 217 A (III), 3 UN GAOR.

inkluderas också mat, boende och rätt till social trygghet vid fall av sjukdom, handikapp, ålder eller för det fall att saker inträffar som är bortom den enskildes kontroll. I artikel 25 p. 2 lyfts också barn och mödrar fram särskilt, då dessa grupper anses ha rätt till särskilt stöd. Avslutningsvis stadgas rätten till utbildning och att staterna skall tillhandahålla kostnadsfri sådan på grundläggande nivå (artikel 26) samt rätten för var och en att delta i det kulturella livet (artikel 27). Artiklarna 22 och 25 kompletterar varandra. Även artikel 25 innehåller ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som har kopplingar till medborgerliga och politiska rättigheter. Äganderätten är en förutsättning för en god levnadsstandard, men kan inte åtnjutas av alla. Därför blir rätten till arbete och social trygghet viktiga för förverkligandet av en god levnadsstandard och för den enskildes möjligheter att självständigt skapa sin egen tillvaro.[713]

Den allmänna förklaringen blev utgångspunkten för arbetet med mänskliga rättigheter i FN-systemet. Den utgör legitimeringsgrund för de mellanstatliga konventioner till skydd för mänskliga rättigheter som skapats det senaste halvseklet.[714]

I inledningen till detta arbete nämndes argumentet att sociala rättigheter ålägger staten skyldigheter att agera, som tagits till intäkt för att se dessa rättigheter som annorlunda till sin natur och därmed svagare än de medborgerliga och politiska. I AFMR kan återfinns motargument till detta av flera olika skäl. För det första kan man, med utgångspunkt i AFMR, säga att det finns starka skäl för tolkningen att varje människas rätt till ett *människovärdigt liv* kräver att dessa rättigheter förverkligas, vilket också framgår av ordalydelsen i artikel 22:

> Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.

För det andra, så behövs dessa rättigheter *för att de medborgerliga och politiska rättigheterna skall kunna förverkligas och åtnjutas till fullo*. Sociala rättigheter är då förutsättningar för att till exempel rätten till liv och yttrandefrihet skall

713 Eide, A, och Barth Eide, W, *Article 25*, s. 533 f.

714 Den har alltså fått ett stort genomslag trots dess initialt låga juridiska status och har en sedvanerättslig betydelse idag i enlighet med artikel 38 i Internationational Court of Justices stadga. Se Steiner, J, och Alston, P, *International Human Rights in Context. Law, politics, morals* s. 229 samt Eide, A, och Alfredsson, G, *Introduction*, s. xxxi.

finnas.[715] Sociala och ekonomiska rättigheter handlar om den materiella dimensionen av mänsklig välfärd och bidrar till att marginaliserade och utsatta grupper får det bättre. Om den materiella aspekten av tillvaron inte uppnår en viss nivå kan det vara svårt att tillgodogöra sig medborgerliga och politiska rättigheter. Ytterligare en dimension läggs till detta genom tanken om rättigheternas *odelbarhet och ömsesidiga beroende*.[716] I förklaringen görs det ingen skillnad mellan medborgerliga och politiska rättigheter, å ena sidan, och ekonomiska, sociala och kulturella, å andra sidan. Värt att notera är att det inte rådde någon oenighet om att sociala rättigheter skulle ingå i förklaringen.[717] Med det sätt som världen utvecklades, sågs det som självklart att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter skulle ingå som en del av de gemensamma principer för den nya världsordning som förklaringen gav uttryck för.[718] Det var dock diskussion mellan staterna om dokumentet skulle vara juridiskt bindande, i form av en konvention, eller ej. Kompromissen blev, på förslag av Frankrike, att först skapa ett politiskt dokument och senare författa en juridiskt bindande konvention.[719]

Det bör understrykas att AFMR har gett avtryck i preamblarna till FN:s konventioner om mänskliga rättigheter. Dessa bekräftar att:

> In accordance with the Universal Declaration of Human Rights, the ideal of free human beings enjoying civil and political freedom and freedom from fear and want can only be achieved if conditions are created whereby everyone may enjoy his economic, social and cultural rights, as well as his civil and political rights.

Förklaringen är en viktig inspirationskälla och grund för FN:s arbete för mänskliga rättigheter, men också för icke-statliga organisationer (NGO) och mellanstatligt samarbete. Den sätter en miniminivå för mänskliga rättigheter även i dagens rättighetsarbete. Eftersom alla stater accepterat förklaringen,

---

715 Rätten till liv är självklart en förutsättning för alla andra mänskliga rättigheter, men det hindrar inte att den upprätthålls genom sociala rättigheter såsom rätten till mat och rätten till hälsa. Se nedan avsnitt 3.2.3.5 till 3.2.3.7.

716 Jämför här med Vienna Declaration and Programme of Action, A/CONF.157/33, (härefter Wiendeklarationen), 25 juni 1993, som uttalar att de mänskliga rättigheterna är lika mycket värda, odelbara och nära sammanbundna. Se särskilt preambeln samt artikel 5, första meningen: "All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated." Vid den internationella människorättskonferensen i Teheran år 1968 uttalade staterna att mänskliga rättigheter och grundläggande friheter är odelbara och att förverkligandet av civila och politiska rättigheter inte kan ske utan ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Se Res I/X A/CONF, 32/41, 1968, p. 13. Jämför nedan, avsnitt 3.2.3.4.1.

717 Samnøy, Å, *The Origins of the Universal Declaration of Human Rights* s. 11 f.

718 Andreassen, B–A, *Article 22* s. 454.

719 Samnøy, Å, a.a.s. 10.

så blir den en naturlig gemensam utgångspunkt och det har gett avtryck i arbetet med övervakningen av mänskliga rättigheter.[720]

Redan 1947 bestämdes det att FN:s kommission för mänskliga rättigheter (MR-kommissionen) skulle, förutom den icke-bindande förklaringen, skapa ett fördrag om mänskliga rättigheter samt ett dokument som ställer upp åtgärder för implementering.[721] Den nystartade MR-kommissionen tog på ett tidigt stadium, efter långa debatter, beslutet att inte inkludera ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i konventionen. Därmed skulle tanken i FN-stadgan och förklaringen inte följas i den nya konventionen. Beslutet kom dock att sättas åt sidan av Generalförsamlingen som konstaterade att:

> [W]hen deprived of economic, social and cultural rights, man does not represent the human person whom the Universal Declaration regards as the ideal of the free man… [and so requests that the Covenant includes] a clear expression of economic, social and cultural rights in a manner which relates them to civil and political freedoms proclaimed by the draft Covenant.[722]

MR-kommissionen arbetade därför fram en konvention till skydd för mänskliga rättigheter som bestod av 73 artiklar i sex delar. Rättigheterna som inkluderades i dokumentet utgjordes av såväl ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som medborgerliga och politiska.[723] Debatten fortsatte och ECOSOC och Generalförsamlingen tog upp frågan igen, vilket ledde till att MR-kommissionen ombads:

> [D]raft two Covenants on human rights […] One to contain civil and political rights and the other to contain economic, social and cultural rights, in order that the General Assembly may approve the two Covenants simultaneously and open them at the same time for signature, the two Covenants to Contain, in order to emphasize the unity of the aim in view and to ensure respect for and observance of human rights, as many similar provisions as possible.[724]

---

[720] Eide, A, och Alfredsson, G, a.a.s. xxxi.

[721] HR Commission, 2nd session, UN doc E/600, ECOSOC OR, 6th session, supp. 1 (1948), para. 18.

[722] GA res. 421 (V), 4 December 1950.

[723] HR Commission, 7th session, UN ESCOR, supp. 9 (E/1992) (24 maj 1951) s. 20–26. Del II (artiklarna 2–18) bestod av civila och politiska rättigheter och del III (artiklarna 19–32) bestod av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. De rättigheter som förslaget innehöll återfinns i de två nu gällande konventionerna. Del IV handlade om hur en kommitté för mänskliga rättigheter skall utses och hur dess arbete skall organiseras. Del V reglerade rapporteringsförfarandet och del VI reglerna om ikraftträdande av konventionen.

[724] GA res 543 (VI), 5 feb 1952. Resolutionen som tog beslut om två konventioner inkluderar också, i preambeln, följande: ”the enjoyment of civil and political freedoms and of economic, social and cultural rights are interconnected and interdependent.”

Att det blev två dokument har ansetts vara ett uttryck för den ideologiska konflikten mellan Öst och Väst. Väst har ansetts prioritera frihet och demokrati, som är starkt sammankopplade med medborgerliga och politiska rättigheter, medan Öst (med Sovjetunionen i täten) ansåg att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter var viktigast då de sågs som nära sammankopplade med socialistiska mål.[725] Denna uppdelning i två skilda dokument har sedan tagits som intäkt för att det finns en inbyggd motsättning mellan de två grupperna av rättigheter som konventionerna innehåller.[726]

Det dröjde hela 20 år efter det att förklaringen antogs till dess att FN:s generalförsamling enades om den slutgiltiga utformningen av de två konventionerna, vilka trädde ikraft först tio år senare. Den internationella konventionen till skydd för de medborgerliga och politiska rättigheterna (IKMPR)[727] och den internationella konventionen till skydd för de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna (IKESKR)[728] aktualiserar båda två frågor om hur skyddet för mänskliga rättigheter garanteras inom FN-systemet, varför dessa i det nästföljande analyseras närmare.

3.2.2 Internationella konventionen till skydd för de medborgerliga och politiska rättigheterna (IKMPR)

3.2.2.1 Inledning

Inom ramen för IKMPR etablerades ett rapporteringssystem, enligt vilket Kommittén för de mänskliga rättigheterna (härefter MR-kommittén) granskar staternas rapporter om efterlevnad av konventionen. Dessutom inrymmer fördraget ett *fakultativt tilläggsprotokoll* som ger individer möjlighet att klaga till MR-kommittén.[729] Kommittén kan ses som ett slags

---

[725] Craven, M, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on Its Development* s. 9.

[726] För ett exempel på hur synen på det historiska arvet ser ut, jämför det intressanta meningsutbytet mellan författarna Kirkup och Evans, å ena sedan, och Whelan och Donnelly, å andra sidan; Kirkup, A, och Evans, T, *The Myth of Western Opposition to Economic, Social and Cultural Rights? A Reply to Whelan and Donnelly* s. 221–238 samt Whelan, D, och Donnelly, J, *Yes, A Myth: A Reply to Kirkup and Evans* s. 239–255.

[727] International Covenant on Civil and Political Rights. New York, 1 december 1966, 999 UNTS 171. I kraft den 23 mars 1976.

[728] International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. New York, 16 December 1996, 999 UNTS 3. GA res 2200A (XXI). I kraft den 3 januari 1976.

[729] Det första fakultativa tilläggsprotokollet trädde i kraft samtidigt med konventionerna. Att notera är att Sverige under arbetet med det fakultativa tilläggsprotokollet framförde önskemål om att klagomålsproceduren skulle vara obligatorisk och likna mer Europarådets

”kvasidomstol”, då den inte är en riktig domstol sett till de befogenheter den tilldelats i protokollet. Kommittén kan behandla klagomål härrörande från de stater som ratificerat protokollet (artikel 1) om samtliga nationella talemöjligheter uttömts av klaganden (artikel 2). Frågan får inte vara föremål för prövning i något annat forum och alla nationella instanser skall dessutom vara uttömda (artikel 5). Resultatet av prövningen meddelas den svarande staten samt klaganden. Uppföljningen av kommitténs beslut sker genom rapporteringssystemet, eftersom kommittén inte är en domstol. Individuell kompensation är inte fastslagen inom ramen för protokollet. Trots det är denna möjlighet till prövning av statens åtaganden under konventionen viktig och den blir än viktigare om man studerar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.[730] Inom ramen för IKESKR finns än så länge inget motsvarande system och den praxis som utvecklats kring ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter inom ramen för IKMPR har därför betydelse för individer och för utvecklingen av praxis och teoribildning rörande ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.[731]

Artiklarna 6-27 IKMPR stadgar de rättigheter som skyddas av konventionen, vilka är medborgerliga och politiska såsom till exempel likhet inför lagen (artikel 14), yttrandefrihet (artikel 19) och föreningsfrihet (artikel 22). [732] Särskilt *artikel 26* är viktig att diskutera utifrån denna studies perspektiv då MR-kommitténs praxis rörande diskrimineringsförbudet lett till flera avgöranden rörande sociala rättigheter, vilka inte uttryckligen inryms i artiklarnas ordalydelse. Det är också mot den vi nu riktar vår uppmärksamhet.

3.2.2.2 Principen om icke-diskriminering, artikel 26 IKMPR

Diskrimineringsförbudet löper som en röd tråd genom den moderna juridikens sätt att hantera mänskliga rättigheter och så även i folkrätten. I

---

arbetssätt, för att de individuella rättigheterna skulle få en större tyngd. Se prop. 1971:125 s. 39 ff.

730 McGoldrick framför att konventionen är en del av sedvanerätten, se McGoldrick, D, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights* s. 19 f. Se även Steiner, H, och Alston, P, *International Human Rights in Context: law, politics, morals* s. 125.

731 Ett fakultativt tilläggsprotokoll inom ramen för IKESKR öppnades för signatur den 24 september 2009. Se nedan avsnitt 3.2.3.4.2.

732 Uppdelningen mellan å ena sidan civila och politiska rättigheter och ekonomiska, sociala och kulturella, å andra sidan, är inte helt konsekvent mellan de två konventionerna. Artikel 27 IKMPR slår fast att minoriteter har rätt att enskilt eller tillsammans i grupp få använda sitt språk, utöva sin religion samt ha en rätt till sin egen kultur. Se *Ominayak (Lubicon Lake Band) v. Canada* (167/1984), *Länsman v. Finland 1–2* (511/1992, 167/1995), *Mahuika et al. v. New Zeeland* (547/1993).

artikel 2 p. 1 IKMPR åtar sig konventionsstaterna ”[…] to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.” Detta innebär att artikeln begränsar diskrimineringsförbudets räckvidd till att gälla de rättigheter som återfinns i konventionen. Så är dock inte fallet för artikel 26 enligt vilken:

> All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Denna artikel garanterar att alla är lika inför lagen och att alla har rätt till lika skydd av lagen utan diskriminering. Det är alltså fråga om en självständig rättighet.[733] *All* lagstiftning som antas i en konventionsstat måste alltså vara i enlighet med denna artikel. Artikeln innebär också krav på att staten vidtar aktiva åtgärder för att garantera att människor kommer i åtnjutande av rättigheterna. Därmed kan positiv särbehandling vara nödvändigt.[734]

Diskrimineringsförbudet återfinns också i artikel 3. Artikeln stadgar att konventionsstaterna är skyldiga att tillförsäkra lika rätt för män och kvinnor att komma i åtnjutande av konventionens rättigheter. Likabehandlingens betydelse understryks genom att suspension av konventionens rättigheter inte får ske genom diskriminerande åtgärder (”property, birth or other status” är dock undantaget) enligt artikel 4 p. 2.[735] Nära kopplat till diskrimineringsförbudet är principen om allas likhet inför lagen (se artikel 14 om domstolar) och rätten för medborgare att på lika villkor kunna ta del av det offentliga livet (artikel 25). Men konventionen preciserar inte närmare *vad* definitionen av diskriminering är, vilket dock MR-kommittén försökt göra.[736]

Via artikel 26 har MR-kommittén i praxis tagit ställning till frågor som rör ekonomiska och sociala rättigheter och då särskilt frågor om

---

733 Jämför general comment (CCPR) nr 18 *Non-discrimination*, p. 12 och 18 där vad som utgör diskriminering preciseras. Varken EKMR eller Europeiska sociala stadgan innehåller någon definition av diskriminering.

734 Lerwall, L, *Könsdiskriminering. En analys av nationell och internationell rätt* s. 77 f.

735 I artikel 20 p. 2 förbjuds också ”advocacy of national, racial or religious hatred which constitutes incitement to discrimination.” Det finns också artiklar som ålägger stater att vidta åtgärder i syfte att säkra likabehandling, se artikel 23 p. 4 samt artikel 24.

736 General comment nr 18, p. 7–10.

arbetslöshetsersättning, pension och rätt till utbildning. I *Zwaan-de Vries v. the Netherlands*[737] och *Broeks v. the Netherlands*[738] bedömdes konventionsenligheten av nederländsk lagstiftning rörande kvinnors rätt att få arbetslöshetsersättning. Som lagstiftningen var utformad, hade inte gifta kvinnor rätt till ersättning, vilket däremot ogifta kvinnor hade. Kvinnor var också tvungna att visa att de var familjeförsörjare för att få ersättning, men något motsvarande krav ställdes inte på män. Oavsett civilstånd, hade män rätt till arbetslöshetsersättning. MR-kommittén förklarade att det inte fanns någon skyldighet för staten enligt konventionen att anta lagstiftning som ger ett socialförsäkringsskydd, men att *om* sådan lagstiftning är antagen så skall den respektera diskrimineringsförbudet i artikel 26.[739] Följaktligen kritiserades också Nederländerna av kommittén.

Gueye ym. v. France[740] handlade om soldaters rätt till pension från den franska armén, då soldaterna hade senegalesiskt ursprung. Frankrike hade minskat pensionerade senegalesiska soldaters pension på ett sätt som inte var fallet för de franska soldaterna, trots att båda grupperna tjänstgjort i franska armén. Detta protesterade senegaleserna emot och menade att de blivit utsatta för diskriminering. MR-kommittén ansåg att "other status" också kan vara en diskrimineringsgrund inom ramen för artikel 26 och tillämpbar på sociala rättigheter samt att det i detta fall handlade om att *nationalitet* motsvarade "*other status*". Frankrike hade därmed ingen framgång med sin argumentation till försvar av sitt agerande.

Young v. Australia[741] handlade om *efterlevandepension* för en man som levt i samkönat samboförhållande. Youngs sambo hade arbetat i armén och sedan han gick bort hade Young försökt att få pension, vilket efterlevande till militärer har rätt till i Australien. Young nekades pension på den grunden att hans partner var av samma kön. Kriteriet enligt lagstiftningen var klart uttalat att det skulle vara "a person of the opposite sex".[742] MR-kommittén ansåg att Young hade rätt att få sin sak prövad utifrån artikel 26. Till att börja med konstaterade MR-kommittén att den i tidigare praxis inte ansett det vara felaktigt att göra skillnad i lagstiftningen mellan gifta heterosexuella

---

737 *Zwaan-de Vries v. the Netherlands* (182/1984).

738 *Broeks v. the Netherlands* (182/1984).

739 Jämför direktiv 79/7/EEG och 86/378/EEG (med förändringar genom direktiv 96/97) och andra direktiv om likabehandling i gemenskapsrätten. Jämför också *Simunek and others v. the Czech Republic* (516/1992) där klagandenas förlust av egendom föll inom ramen för en prövning enligt artikel 26 (p. 11.6). Den nationella lagens krav på medborgarskap och bosättning för att äga hus ansågs strida mot IKMPR. Av betydelse var att klagandena tvingats fly från Tjeckoslovakien.

740 *Gueye ym. v. France* (196/1985).

741 *Young v. Australia* (941/2000).

742 *Young v. Australia* p. 2.1.

par och ogifta heterosexuella par, så länge dessa skillnader kunde motiveras på ett skäligt och opartiskt sätt. I detta fall, då det var fråga om ett homosexuellt par, fanns inte möjlighet till giftermål och därför kunde Young inte heller komma ifråga för efterlevandepension, eftersom ett godkänt samboende enligt lagstiftningen skulle vara mellan två personer av motsatt kön. Skillnaden avseende efterlevandetryggheten mellan ett heterosexuellt par och ett homosexuellt par hade i detta fall inte kunnat motiveras eller förklaras med objektiva skäl från statens sida. Kommittén klandrade således Australien med motiveringen att artikel 26 inte respekterats ”by denying the author a pension on the basis of his and her *sexual orientation*”.[743]

Frågan om efterlevandes rätt till stöd var återigen aktuell i *Derksen v. the Netherlands*.[744] Derksen hade fått barn med sin sambo och sedan sambon avlidit önskade hon få ekonomiskt bistånd för sig och sitt barn. Myndigheterna avslog ansökan om bistånd på grund av att Derksen inte hade varit gift. Enligt gällande lag var hon inte änka och med det kunde varken hon eller barnet få hjälp. Enligt en nyare lagstiftning skulle hennes barn ha fått understöd om hennes pappa hade gått bort tio månader senare. Även modern skulle ha fått bidrag enligt den nyare lagstiftningen, men fick inte det på grund av tidpunkten för mannens bortgång. Derksen menade att detta var diskriminerande enligt artikel 26.

MR-kommittén delade upp frågan i två delar. Till att börja med studerade kommittén huruvida lagstiftningens syn på par kunde anses vara grund för diskriminering.[745] Den nya lagstiftningen kom till för att garantera likabehandling mellan gifta och ogifta par. MR-kommittén ansåg inte att det kunde krävas av staten att göra ny lag tillämplig retroaktivt. Nästa fråga var huruvida det faktum att barnet nekats ekonomiskt bistånd kunde anses utgöra förbjuden diskriminering enligt artikel 26. Barnet kan ju inte gärna påverka sina föräldrars beslut att ingå äktenskap eller ej. Kommittén underströk återigen kravet på att särbehandling endast är godtagbart om det finns en objektiv grund till en sådan. Att endast låta barn som är födda utom äktenskapet efter ett specifikt datum ha rätt till detta ekonomiska stöd menade kommittén inte var godtagbart. Staten var medveten om den

---

743 *Young v. Australia* p. 10.4. Sexuell läggning ingår alltså i diskrimineringsgrunden ”kön”, vilket framkom i avgörandet *Toonen v. Australia* (488/1992), p. 8.7. I mål C-249/96 *Grant v. South-West Trains Ltd* åberopade klaganden *Toonen*-avgörandet inför EG-domstolen. Domstolen valde att inte inkludera sexuell läggning i gemenskapsrättens likabehandlingsprincip. Kommittén har alltså en generösare syn till den enskildes fördel avseende diskriminering på grund av sexuell läggning. Se också Lerwall, L, a.a.s. 102.

744 *Derksen v. the Netherlands* (976/2001).

745 *Derksen v. the Netherlands* p. 9.2.

diskriminerande effekten som också den nya lagstiftningen medförde och därför skulle lagstiftningen ha kunnat få retroaktiv tillämpning.[746]

Rätten till *utbildning* kom att diskuteras inom ramen för artikel 26 i fallet *Waldman v. Canada*[747] och pekar på flera frågor av konstitutionell betydelse. Klaganden ansåg att Kanada inte respekterat hans rätt till religions- och samvetsfrihet (artikel 18 p. 1) och inte heller respekterat den rätt föräldrar har enligt artikel 18 p. 4 att få välja utbildning för sina barn i enlighet med sina moraliska och religiösa övertygelser. Han ansåg sig också vara diskriminerad enligt grunderna i artikel 26. Waldman tillhörde den judiska minoriteten i Ontario och var far till två barn för vilka han betalade stora summor till en judisk privatskola. Den enda icke-sekulära skolan som finansierades via statliga medel var den romersk-katolska. Den statliga skolan erbjuder alla barn kostnadsfri skolgång. I Ontario definierades de icke-statliga skolorna som romersk-katolska och på så sätt fick den minoritet som fanns när lagen antogs sitt skydd. Detta var i enlighet med 1867 års Constitution Act. Kommittén avfärdade statens argument om att den tydliga grundlagen utgjorde ett objektivt skäl till särbehandling, då enbart det faktum att ett stadgande är upptaget i grundlag inte per automatik gör det objektivt.[748] Vidare, ansåg kommittén, hade staten inte visat på att den romersk-katolska minoriteten idag skulle vara i en sämre position än den judiska, vilken också vill säkra sina barns utbildning i religiös skola. Särbehandlingen kunde därför inte anses godtagbar utifrån den konstitutionella utgångspunkten. Ett system där katolska skolor utgör en egen del av det statliga skolsystemet och finansieras med statliga medel *samtidigt* som det finns skolor där annan religiös åskådning kommer till uttryck och som är tvungna att vara privata utgjorde en olikbehandling som inte var objektiv och skälig.[749] Staten måste hitta ett sätt att finansiera skolorna som sker utifrån objektiva kriterier, och därför kunde det konstateras att Kanada inte mött kraven som artikel 26 ställer upp.[750]

Vi ser således att även om IKMPR inte uttryckligen skyddar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, så kan artikel 26 föra upp sociala rättigheter till prövning av kommittén. Det är värt att notera att MR-kommittén fastslagit att staterna visserligen inte har skyldigheter utifrån

---

746 *Derksen v. the Netherlands*, p. 9.3.

747 *Waldman v. Canada* (694/1996).

748 *Waldman v. Canada*, p. 10.4.

749 *Waldman v. Canada*, p. 10.5.

750 MR-kommittén valde att inte ta upp frågorna kring artiklarna 18 och 27, då dessa inte skulle ha lett till några nya överväganden, se p. 10.7. Ledamot Scheinin utvecklade dock i sitt yttrande att artiklarna 18 och 27 *är* av betydelse. Artikel 27 ställer dessutom upp krav på att staten skall handla för att försäkra religionsundervisning för religiösa minoriteter, se Scheinins yttrande p. 5.

IKMPR att införa sociala rättigheter, men när sådana regleras i nationell kontext så skall de leva upp till kraven på ickediskriminering. Utifrån iakttagelsen att nästan alla stater numera har någon form av socialrättslig reglering får detta betydelse.

3.2.3 Internationella konventionen till skydd för de sociala, ekonomiska och kulturella rättigheterna (IKESKR)[751]

3.2.3.1 Allmänt om IKESKR

Konventionen till skydd för de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna innehåller ett antal rättigheter av intresse för denna studie. Jag kommer i detta avsnitt att analysera rätten till social trygghet, rätten till hälsa samt rätten till bostad. Inledningsvis kan det konstateras att de ekonomiska, social och kulturella rättigheter som är inskrivna i FN:s allmänna förklaring också återfinns i IKESKR, om än i tydligare utformning. Konventionen inleds med *arbetstagares rättigheter* genom rätten till arbete (artikel 6), rätten till goda arbetsförhållanden (artikel 7) och rätten att bilda och bli medlem i fackföreningar (artikel 8).[752] Rätten till *social trygghet* återfinns i artikel 9, som dock har kopplingar till artikel 11 där *rätten till en fullgod levnadsstandard* garanteras. Levnadsstandarden inbegriper mat, kläder, boende samt förbättring av levnadsförhållanden. *Barn och mödrar* lyfts särskilt fram i artikel 10 (rätten till skydd för familjen) och i artikel 12 som stadgar *rätten till hälsa*. *Rätten till utbildning* återfinns i artiklarna 13 och 14. Rätten att få delta i *kulturella sammanhang* är den sista av konventionens materiella rättigheter (artikel 15).

Frågan om hur implementeringen av IKESKR:s artiklar skulle övervakas var under många år föremål för omfattande diskussion.[753] Lösningen ansågs

751 993 UNTS 3 (1966).

752 Valet av artiklar som skulle tas med i IKESKR berodde till stor del på hur pass utvecklad praxis var för rättigheterna. För arbetstagares rättigheter fanns ett väl utarbetat system inom ILO, vilket påverkade utformningen av IKESKR, se Craven, M, a.a.s. 2. I syfte att undvika konflikter med ILO formulerades IKESKR i relativt generella ordalag, Craven, M, a.a.s. 26. Artikel 8 p. 3 hänvisar till ILO:s konvention nr 87 och innebär för de stater som ratificerat denna ILO-konvention att artikel 8 motsvarar konventionen. För de länder som inte ratificerat konventionen kan artikel 8 få en annan betydelse, Craven, M, a.a.s. 27.

753 Redan 1951 lade Libanon fram ett detaljerat förslag om en kommitté för ekonomiska ‚sociala och kulturella rättigheter (E/CN.4/570 (1951)), vilket dock avfärdades. Mot förslaget anfördes att ett eget organ för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna skulle bli ett stöd för åsikten att dessa rättigheter skiljer sig från medborgerliga och politiska rättigheter., vilket inte ansågs önskvärt. Ett franskt förslag år 1954 gick ut på att MR-kommittén, som alltså hör till IKMPR (E/CN.4/L.388), skulle ha ansvar för ESK-

under flera år bestå i att staterna skulle lämna in rapporter till ECOSOC. Först 1966 kom ett alternativt förslag som gick ut på att en kommitté av oberoende experter skulle skapas för att granska staternas rapporter. Förslaget fick dock inte något stöd. När konventionen väl trätt i kraft så tillsattes den första arbetsgruppen (Working Group) med ansvar för att granska staternas rapporter år 1979. 1985 föreslog ECOSOC att en kommitté för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (härefter ESK-kommittén) skulle skapas. Förslaget antogs och kommittén består av 18 medlemmar som är självständiga experter inom området för mänskliga rättigheter och som har en mandattid på fyra år. Sammansättningen av ledamöterna skall respektera geografisk spridning och olika länders sociala och juridiska system skall återspeglas i valet av ledamöter.[754]

IKESKR innehåller inte någon regel om individuell klagorätt. I december år 2008 antogs ett fakultativt tilläggsprotokoll om ett klagomålsförfarande som ännu inte trätt i kraft.[755] ESK-kommitténs bemötande av staternas rapportering[756] och de kommentarer (general comments) som kommittén författat sedan början av 1990-talet har därför blivit bestämmande för hur konventionen skall tolkas.[757]

De olikartade uppfattningar om konventionens materiella betydelse som staternas rapporter förmedlade under 1980-talet ledde till att ESK-kommittén antog ett dokument, *Limburg principles* (1986), som kom att bli

---

rättigheter men inte heller denna idé fick stöd. Under flera år rådde en intensiv debatt om hur konventionerna skulle implementeras och hur övervakningen skulle ske.

754 Economic and Social Council (ECOSOC) Resolution 1985/17, UN ESCOR, Supp. (No.I), p. 15. För en redogörelse av de utmaningar den nya kommittén stod inför i slutet av 1980-talet, se Alston, P, *Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights* s. 332–381. Författaren understryker i artikeln att den nya kommittén har att lära av det arbete som ägt rum inom ramen för Europarådets sociala stadga och av den kommitté som ansvarat för granskningen av staternas rapportering i det instrumentet (a.a.s. 334).

755 Generalförsamlingens resolution A/RES/63/117, den 10 december 2008. Jämför nedan avsnitt 3.2.3.4.2. Från den 24 september 2009 är det möjligt för stater som ratificerat IKESKR att underteckna protokollet, vilket träder i kraft tre månader efter det att 10 stater ratificerat det. Se artiklarna 17 och 18 i det fakultativa tilläggsprotokollet.

756 Artiklarna 16 och 17 IKESKR; se också reviderade riktlinjer för staternas rapportering, E/C.12/1991/1.

757 Om ESK-kommitténs betydelse för uttolkningen av rättigheterna i IKESKR, se Craven, a.a.s. 4 f. och s. 31 ff. Kommittén beslutade att författa general comments i slutet av 1980-talet (E/1988/14, p. 138, UN ESCOR, Supp. (No. 4) (1988)) efter att ECOSOC framställt önskemål om detta i resolution 1987/5 (26 maj 1987), se E/C.12/1989/4. Staternas rapportering stadgas i artiklarna 16 och 17 IKESKR. I dokumentet *Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 17 June 1991, E/C.12/1991/1 preciserar kommittén vad den önskar få information om i rapporterna.

utgångspunkten för de general comments kommittén skrivit sedan dess, i syfte att förklara vissa av konventionens artiklar. Av Limburgdokumentet följer att det är möjligt för nationella domstolar att tillämpa åtminstone vissa av IKESKR artiklar,[758] något som också de 20 general comments som hittills författats visar. Limburgprinciperna och kommentarerna har haft stor betydelse för en konkretisering av rättigheternas innehåll och visar möjliga sätt att implementera sociala rättigheter i nationell rätt.[759] Jag kommer nu att diskutera vad staternas skyldigheter att förverkliga konventionens rättigheter innebär, för att sedan diskutera betydelsen av ett eventuellt klagomålsförfarande inom ramen för IKESKR. Därefter kommer rätten till hälsa, rätten till boende och rätten till socialt stöd och social trygghet att analyseras utifrån IKESKR.

3.2.3.2 Statens skyldigheter och åtaganden enligt IKESKR

3.2.3.2.1 Skyldigheter och åtaganden

Ett av de tyngre vägande skälen till att många stater finner det svårt att godta ett klagomålsprotokoll inom ramen för IKESKR står att finna i konventionens artikel 2 som beskriver de skyldigheter som konventionen medför. Artikelns p. 1 lyder (min kurs)

> Each State Party to the present Covenant undertakes to *take steps*, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its *available resources*, with a view to achieving *progressively* the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.

Lydelsen är påtagligt annorlunda än den motsvarande artikeln i artikel 2 IKMPR:

> Each State Party to the present Covenant undertakes to *respect* and to *ensure* to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

---

758 Se princip nr 8 (UN doc. E/CN.4/1987/17). Se även *Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*.

759 Här är värt att nämna att också ILO:s arbete bidragit till att utforma tolkningsstandarder och riktlinjer som motsäger att ESK-rättigheter i folkrättsliga dokument inte skulle vara tillräckligt precisa för att kunna tillämpas inom den nationella rättsordningen. Jämför inledningskapitlet i detta arbete.

> Where not already provided for by existing legislative or other measures, each State Party to the present Covenant undertakes to take the necessary steps, in accordance with its constitutional processes and with the provisions of the present Covenant, to adopt such laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the present Covenant.

Som vi ser i dessa två artiklar tar artikel 2 p. 1 IKESKR upp att staterna skall ”take steps”, det vill säga använda det maximala av sina tillgängliga resurser i syfte att progressivt förverkliga de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna. I motsvarande artikel 2 p. 1 IKMPR åtar sig staterna att respektera och garantera konventionens artiklar. Detta har tagits som intäkt för att de rättigheter som skyddas i respektive konvention därmed skiljer sig åt. Nämnda artikel brukar användas som ett av argumenten för att förklara att sociala rättigheter skiljer sig från medborgerliga och politiska.[760] Motsvarande artikel i IKMPR omnämner inte ett successivt förverkligande av rättigheterna inom ramen för tillgängliga resurser, utan rättigheterna *skall* respekteras. Artikel 2 är av grundläggande betydelse för att kunna förstå resten av IKESKR och är, som ovan noterats, ett av argumenten till varför ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter anses vara svagare än medborgerliga och politiska. Kommittén förtydligar tolkningen av artikel 2 i general comment nr 3 och understryker att artikeln skall anses ha ”a dynamic relationship with all of the other provisions of the Covenant”.[761] Det som sägs i detta avsnitt har därför också betydelse för de nästkommande, i vilka rätten till boende och rätten till hälsa diskuteras.

Skillnaderna mellan de två konventionernas ordalydelse är något som ofta lyfts fram som något problematiskt, och ESK-kommittén understryker därför att det finns flera likheter mellan de båda instrumenten. Båda dokumenten innebär att staterna har *omedelbara skyldigheter* i relation till de rättigheter individerna tillförsäkras. För att förstå hur staternas skyldigheter ser ut, så måste man ha i åtanke att staterna genom tillträdandet till konventionerna åtar sig att garantera att rättigheterna utövas utan diskriminering.[762] Båda dokumenten kräver att *staten fullgör skyldigheter* och dessa skyldigheter kan, enligt båda instrumenten, vara av varierande grad.[763] Vikten att reglera rättighetsskyddet via lagstiftning understryks och detta även i anknytning till kravet på ”to take steps” som återfinns i artikel 2 p. 2

---

760 Vilket framhålls i prop. 1971:125 s. 40. Se även E/CN.4/1999/112/add.1, 4 mars 1999, där konflikten mellan de två rättighetsgrupperna lyfts fram av Sverige.

761 General comment nr 3, p. 1.

762 Jämför artikel 2 p. 2 IKESKR.

763 En skyldighet som är lika viktig i båda konventionerna är att staterna i och med ratificeringen av dokumenten åtar sig att garantera rättigheterna på ett icke-diskriminerande sätt.

IKESKR.[764] Staterna måste alltså agera för att målet om ett progressivt förverkligande av rättigheterna uppfylls.[765] Åtgärderna i detta handlande skall vara konkreta och motsvara de skyldigheter som IKESKR sätter upp för konventionsstaterna. Lagstiftning är enligt kommittén det mest effektiva sättet att garantera att konventionens syften uppfylls.[766]

Att det skall finnas en juridisk struktur som upprätthåller rättighetsskyddet är oundgängligt, men även andra sätt att föra fram rättigheter är av betydelse. Kommittén anser att detta inte är något som skiljer de två konventionerna åt. Kommittén menar att flera av IKESKR:s rättigheter kan tillämpas direkt. De har därmed en självständig och precis innebörd, se artiklarna 3 (equality), 7 (a) (i) (lika lön för lika arbete), 8 (fackföreningar), 10 p. 3 (särskilda åtgärder till stöd och skydd för barn), 13 p. 2 (rätten till kostnadsfri grundskoleutbildning), 13 p. 3 (föräldrars rätt att välja utbildning åt sina barn), 13 p. 4 (rätten att få bilda skolor), och 15 p. 3 forsknings- och konstnärlig frihet).

I artikel 2 p. 1 finns det två typer av skyldigheter, skyldigheten att nå resultat och skyldigheter avseende uppförande (obligation of result och obligations of conduct).[767] På ett tidigt stadium anslöt sig kommittén till synen att alla mänskliga rättigheter innebär tre former av skyldigheter för staten; att respektera, skydda och uppfylla rättigheterna.[768] Skyldigheten att respektera innebär att staten skall avstå från att blanda sig i individens frihet, det vill säga att inte hindra individen från att få tillgång till rättigheten. Skyldigheten att skydda innebär att staten skall skydda individen från att andra individer kränker individens rättigheter. Att uppfylla rättigheten innebär en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för staten att tillse att den enskildes behov uppfylls då personens egna ansträngningar för detta inte räcker till.[769]

---

764 General comment nr 3, p. 3.

765 Se general comment nr 3, p. 2. I den engelska texten står det att staterna åtar sig ”to take steps”, vilket på franska motsvarar ”s’engage à agir” (åtar sig att handla).

766 För att säkerställa likabehandling, men också skydd för utsatta grupper som kvinnor och barn är lagstiftning nödvändigt, se general comment nr 3, p. 3.

767 General comment nr 3, p. 1 och 9.

768 Asbjørn Eide använder sig av begreppen ”respect, protect and fulfil” i E/C.12/1989/SR.20 samt i Eide, A, *Right to Adequate Food as a Human Right*, vilket omnämns som “the tripartite typology”. Begreppen lanserades av Shue år 1980, se Shue, H, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. General comment nr 12, 13 och 14. Jämför artikel 33 i Konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, där skyldigheterna för ansvariga samhällsorgan beskrivs som främja (promote), skydda (protect) och övervaka (monitor). Se SOU 2009:36.

769 General comment nr 12, p. 15 anger att underlätta (facilitate) och förse (provide) bildar skyldigheten att uppfylla rättigheten. General comment nr 14, p. 33 anger att ”facilitate” och

3.2.3.2.2 Progressive realization

Med ”progressive realization” avses, enligt ESK-kommittén, insikten att ett fullt förverkligande av IKESKR:s rättigheter görs under en viss tid. Detta är, som vi har kunnat se, en skillnad i förhållande till IKMPR. Skillnaden innebär dock inte att staterna har ett fritt skön vad gäller rättigheternas förverkligande. I stället skall uttrycket läsas i ljuset av konventionens *syfte*, det vill säga målet att fastställa skyldigheter för staterna att förverkliga dess rättigheter.[770] Att rättigheterna skall förverkligas över tid, innebär inte att konventionen är utan mening för rättighetssubjekten. Förverkligandet över tid betyder nämligen att staten har åtagit sig att uppfylla målet så fort och effektivt som det går.[771] Det kan vara godtagbart att staterna vidtar åtgärder som i realiteten innebär att rättighetsskyddet minskar. I sådana fall måste minskningen kunna förklaras i relation till de åtaganden staten har i förhållande till alla rättigheter i IKESKR samt utifrån de resurser som staten besitter.[772]

3.2.3.2.3 Statens resurser och ”minimum core obligations”

ESK-kommitténs syn på *”minimum core obligation”* har stor betydelse i andra nationella och internationella organ.[773] Med detta menas att staten är skyldig att tillhandahålla ett *slags grundläggande nivå av och skydd för varje rättighet*. Om staten underlåter att göra det, så brister den i förhållande till sina skyldigheter under IKESKR. Som exempel nämner kommittén ett land där stora grupper saknar mat, husrum, eller grundläggande utbildning. Utan en sådan miniminivå på rättigheterna skulle konventionen berövas sitt ”*raison d’être*.” En bedömning av uppfyllelsen av statens åtaganden skall dock göras utifrån landets individuella situation.[774] Kriteriet *”available minimum resources”*

”provide” och ”promote” tillsammans bildar skyldigheten att uppfylla rättigheten när det handlar om rätten till hälsa. Detta förklaras med en hänvisning till WHO:s arbete, not 23.

[770] Att medvetet minska ett skydd som tillerkänts en rättighet är samma sak som att göra en ”retrogressive measure”, se p. 10, om det inte finns en noga övervägd förklaring till detta. I detta resonemang kan det skönjas att kommittén framför att rättigheter kan ha olika styrka.

[771] Se general comment nr 3, p. 9.

[772] Enligt general comment nr 1 skall strategier och program för rättigheternas förverkligande sättas upp av staten. Dessutom skall övervakningsmekanismer vara operativa, i vilka riktvärden anges. Detta gäller oavsett vilka framsteg staten har möjlighet att göra för en viss rättighet.

[773] Se till exempel FN:s Barnkonvention (Convention on the Rights of the Child. New York, 20 November 1989. I kraft 2 september 1990), artikel 4 och Europarådets sociala stadga, nedan avsnitt 3.3.3.5.

[774] Man kan här jämföra med Europadomstolens praxis och konstatera att den individuella bedömningen av ett lands situation även har betydelse för tillämpningen av EKMR. Europadomstolen har utvecklat en omfattande praxis rörande staternas tolkningsmarginal (margin of appreciation). Begränsningar av rättigheterna i EKMR får göras med hänvisning

taget tillsammans med skyldigheten ”to take steps”, det vill säga artikel 2 p. 1 IKESKR, blir därför viktiga för att kunna avgöra om rättighetens kärna respekterats:[775]

> In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.[776]

De tillgängliga resurserna skall bedömas i en för individen rättighetsvänlig anda och särskild hänsyn skall tas till utsatta och marginaliserade grupper, framför allt i svåra ekonomiska tider.[777]

ESK-kommittén har sedan vidareutvecklat detta resonemang i general comment nr 9.[778] Kommittén lyfter här fram två principer som enligt folkrätten är vägledande för tillämpningen av konventionen i den nationella rättsordningen. Den första är att en fördragsslutande part inte har rätt att åberopa en nationell regel som grund för att inte tillämpa det internationella avtalet.[779] Den andra är att var och en har rätt till ett effektivt rättsmedel då grundläggande rättigheter kränkts.[780] Dessa principer begränsar – eller preciserar – det som kan ses som flexibelt eller vagt i IKESKR. I detta sammanhang kan man kort konstatera att det är ytterst få konventioner rörande mänskliga rättigheter som stadgar exakt *hur* staterna skall uppnå konventionsmålen; det vanligaste är trots allt att de *skall* göra det. Varje stat väljer hur förverkligandet av konventionsåtagandet skall gå till, vilket i sig beror på hur man hanterar internationella överenskommelser i den nationella rättstraditionen.[781] Kommittén menar att det mest effektiva sättet bör väljas och att IKESKR inte skall behandlas annorlunda än andra

till vad som är nödvändigt och godtagbart i ett demokratiskt samhälle, vilket kan variera något från land till land.

775 Av p. 13 följer att nämnda resurser också inbegriper bistånd från andra länder och från det internationella samfundet. Se även general comment nr 14 som diskuteras strax nedan.

776 General comment nr 3, p. 10.

777 General comment nr 3, p. 10 och 12.

778 General comment nr 9.

779 General comment nr 9, p. 3. Jämför Wienkonventionen artikel 27.

780 Ibid.

781 I general comment nr 9, p. 8 framhåller ESK-kommittén dock att direkt inkorporering av konventionen är att föredra, då staten på så sätt undviker problem som kan uppkomma vid översättningen till det nationella systemet. En direkt inkorporering innebär också att möjligheterna för individen att klaga vid nationell domstol med konventionen som stöd ökar. Vidare lyfts också fördragskonform tolkning fram (p. 15) som innebär att det mest konventionsvänliga alternativet skall väljas när nationell lagstiftning tolkas.

traktater (till exempel konventioner som behandlar medborgerliga och politiska rättigheter).

Två principiellt viktiga frågor bör uppmärksammas i detta sammanhang. Den första är huruvida ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter rör politiska frågor och därför inte är lämpliga att avgöra i domstol. Den andra är frågan om artiklarna i konventionen kan ses som direkt tillämpliga (self-executing) eller inte. Dessa två frågor hör samman och har sin grund i frågan om mänskliga rättigheter bör ses som odelbara och beroende av varandra eller inte. I den första frågan framhåller kommittén att domstolarna *alltid* har dömt i frågor som medfört överväganden med stora ekonomiska konsekvenser och att det i sig aldrig varit ett hinder; de har inte därför ansetts syssla med politik. Kommittén anför också att, om det skulle accepteras att dessa rättigheter inte kan behandlas i domstol, så skulle principen om de mänskliga rättigheternas odelbarhet undergrävas på ett godtyckligt sätt.[782] Avseende den andra frågan, så är det just domstolarna som skall avgöra om en en konventionsrättighet är ”self-executing” eller inte.[783] Domstolarna är oundgängliga i förverkligandet av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

3.2.3.3 Likabehandling

I artikel 2 p. 2 återfinns diskrimineringsförbudet och principen om jämlikhet, principer som är av grundläggande betydelse för förverkligandet av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. IKESKR gäller för *alla* som befinner sig på en stats territorium. Artikel 2 p. 3 ger utvecklingsländer möjligheten att bestämma i vilken utsträckning de önskar ge utlänningar ekonomiska rättigheter. Den lista på otillåtna diskrimineringsgrunder som ingår i artikeln är inte avsedd att vara uttömmande, även om inte ”discrimination of any kind” finns upptaget.[784] Till skillnad från artikel 26 i IKMPR har inte artikel 2 p. 2 en helt självständig betydelse, utan den måste kopplas till någon av de rättigheter som är upptagna i IKESKR. Likabehandlingsprincipen återkommer gång efter annan igenom hela konventionen. Exempel på det är artikel 3 som stadgar kvinnors och mäns lika rättigheter, ett stadgande som visar på hur samtidens engagemang vid skapandet av konventionen var fokuserat på jämlikhet mellan män och

---

782 General comment nr 9, p. 10.

783 I general comment nr 9, p. 11 beskrivs hur ett förslag, vid författandet av IKESKR, om att det skulle stå att reglerna var ”non-self-executing” inte godtogs.

784 General comment nr 20, p. 28 och 15. Diskriminering på grund av sexuell läggning ingår i diskrimineringsgrunden ”annan ställning” (other status) i artikel 2 p. 2 IKESKR och inte i grunden ”kön” som vi sett var fallet i IKMPR, jämför ovan avsnitt 3.2.2.2. Detta följer av general comment nr 20, p. 32.

kvinnor.[785] Artikel 7 ger en rätt till lika lön för lika arbete och lika möjlighet till befordran och artikel 13 stadgar att högre utbildning skall vara tillgänglig för alla.

Staten skall inrätta välfärdsinstitutioner och sociala trygghetssystem (boende, mat, kläder och social trygghet) skall göras tillgängliga för alla. *Var och ens* grundläggande rättigheter garanteras, då konventionen inte ställer upp krav ratione personae.

Barn och mödrar har rätt till särskilt skydd enligt artikel 10 p. 2 och p. 3 och anges konkret i konventionstexten såsom grupper som är mer utsatta än andra. Kommittén har också framhållit att staterna, som ett första steg i förverkligandet av konventionsrättigheterna, skall identifiera vilka grupper i befolkningen som är mest förfördelade.[786] Staterna skall därefter vidta åtgärder i syfte att garantera ett mer jämlikt åtnjutande av rättigheterna.

Vi ser alltså att staterna har ett ansvar att agera och vidta åtgärder tryggar rättigheternas åtnjutande i syfte att garantera såväl formell som materiell jämställdhet. Detta lämnar också utrymme för positiv särbehandling och går utöver den formella jämställdhet som diskrimineringsförbudet och likabehandling innebär.[787]

3.2.3.4 Internationella klagomålsprocedurer för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

3.2.3.4.1 Allmänt

Utvecklingen innebär inte bara att man kan skönja en grund för självständiga sociala rättigheter, men också ett skydd för medborgerliga och politiska rättigheter via ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. På det internationella planet är det dock nödvändigt med någon form av klagomålsprocedur knutet till ett dokument där rättigheter tas upp för att kunna tala om utkrävbara rättigheter. Inom ramen för IKESKR finns det, som konstaterats ovan, inte något sådant ännu, varför IKMPR spelar en allt större roll för att utveckla de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna.

I det sammanhanget är det betydelsefullt *vem* som kan klaga på staten i fråga om rättigheter och då särskilt om den enskilde kan klaga. Utifrån en demokratisk och rättsstatlig synvinkel är detta viktigt, då det betyder att individen kan bli delaktig och få rättsskydd. Nationellt är det till största delen individen som via det nationella rättssystemet kan få upprättelse.[788]

---

[785] Craven, M, a.a.s. 159.

[786] General comment nr 1, p. 3.

[787] Lerwall, L, a.a.s. 76.

[788] Några undantag finns dock, till exempel Sydafrika och Indien där grundlagarna i fråga låter organisationer driva processer.

Folkrättsligt sett har bilden varit oförändrad under lång tid, det vill säga möjligheterna att klaga på staters ageranden har varit mycket små. Staterna har till stor del förhållit sig till kritiken inom ramen för rapporteringsförfarandet som är knutet till respektive instrument. Men nu kan vi börja skönja en utveckling i flera olika folkrättsliga system som leder till att både individer och grupper (inkluderat *actio popularis*) kan få tillgång till domstol eller till ”domstolsliknande” instanser. Europarådets sociala stadga har till exempel ett kollektivt klagomålsförfarande.[789] Kanske att en ökad förekomst av alternativa procedurer kommer att innebära att kraven på att rättigheter skall vara individuellt utkrävbara för att räknas som just rättigheter håller på att urholkas.[790]

En av frågorna i detta avsnitt är självklart vilka effektiva substantiella rättigheter som kan bli härledda ur en föreskrift i ett internationellt fördrag, både från en ensam artikel som flera sammantagna artiklar. Det handlar då ytterst om vilken tolkning som görs av domstolen (eller liknande organ) som skall avgöra frågan. Redan nu, i den del som har behandlat Förenta nationerna, kan det noteras att tolkningsutvecklingen inom ramen för de olika konventionerna går mot en allt större betoning av *interdependence* (ömsesidiga beroende), det vill säga att mänskliga rättigheter hänger samman sinsemellan och beror av varandra. Detta skulle kanske i framtiden kunna leda till att frågan om huruvida en fördragsartikel, som stadgar en rättighet, i sig är direkt och individuellt utkrävbar kan komma att bli mindre viktig.[791] Med denna systematiska syn ges nämligen alla rättigheter samma status.

Principen om mänskliga rättigheters lika värde som uttrycktes i den allmänna deklarationen år 1948 kom 1993 att bekräftas i ett liknande

---

789 Se nedan avsnitt 3.3.3.2.

790 Klagomålsförfaranden finns också inom ramen för konventionen om avskaffande av alla former av diskriminering av kvinnor (Convention on the Elimination of Discrimination Against Women, CEDAW) vars fakultativa tilläggsprotokoll trädde i kraft i december 2000; Artikel 14 i den internationella konventionen om avskaffande av alla former av rasdiskriminering. Det fakultativa tilläggsprotokollet till konventionen om rättigheter för personer med funktionsnedsättning trädde i kraft i december 2008, se prop. 2008/09:28. Konventionen mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling innehåller ett individuellt klagomålsförfarande i artikel 22. (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. New York, 10 December 1984, 1465 UNTS 85. I kraft 26 juni 1987.)

791 Jämför Afrikanska stadgan och Afrikanska kommissionens beslut i *Serac v. Nigeria*, oktober 2001. Fallet handlade om rätten till mat och rätten till bostad för en grupp av människor (Ogonifolket) som tvingats lämna sina hem på grund av att oljeföretag tagit över deras land. Rättigheterna bedömdes vara såväl individuella som kollektiva i detta fall. Se också Nwobike, C, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Demystification of Second and Third Generation Rights under the African Charter: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria* s. 129–146.

dokument, Wiendeklarationen.[792] Staternas ansvar för att skydda och förverkliga rättigheterna understryks i denna och det är framför allt p. 5 som bekräftar tanken att rättigheterna är universella och beroende av varandra (min kurs.):[793]

> All human rights are *universal*, *indivisible* and *interdependent* and *interrelated*. The international community must treat human rights globally in a fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, *it is the duty of States, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all human rights and fundamental freedoms.*

Med tanke på att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter förklarats vara annorlunda än de medborgerliga och politiska, med hänvisning till att IKESKR inte har något klagomålsförfarande, så är det nyligen skapade protokollet betydelsefullt. Rättigheternas lika värde som uttrycks i deklaration får genom det nya protokollet en större tyngd.

3.2.3.4.2 Förslaget till ett fakultativt protokoll om klagomål inom ramen för IKESKR

Efter flera decenniers diskussion enades generalförsamlingens tredje utskott i oktober 2008 om ett förslag till klagomålsförfarande inom ramen för IKESKR genom ett särskilt protokoll,[794] vilket antogs av generalförsamlingen den 10 december 2008.[795] Protokollet är likt det redan nu befintliga klagomålsförfarandet som IKMPR:s första tilläggsprotokoll ställer upp. Detta kan te sig förvånande med tanke på att flera lyft fram det kollektiva klagomålsförfarandet inom ramen för Europeiska sociala stadgan

---

792 Se ovan, avsnitt 3.2.1.

793 Att mänskliga rättigheter är odelbara och universella understryks också av den svenska regeringen i prop. 2003/04:20. Notera dock att det i samma proposition framhålls att det inte finns någon saklig grund för att göra åtskillnad mellan civila och politiska rättigheter å ena sidan och sociala och ekonomiska rättigheter å andra sidan, men att den svenska regeringen ställer sig tveksam till ett individuellt klagomålsförfarande inom ramen för IKESKR, se s. 40 ff. samt prop. 1997/98:99 s. 47 och 50.

794 A/C.3/63/L.47, 31 oktober 2008. Ett förslag till ett fakultativt tilläggsprotokoll lades dock fram redan 1997 (*Draft optional protocol to the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, E/CN.4/1997/105, 18 December 1996), sedan Wiendeklarationen hade antagits. 1997 års förslag byggde på fyra rapporter författade av Philip Alston (E/C.12/1991/WP.2, E/C.12/1992/WP.9, E/C.12/1994/12 och E/C.12/1996/CRP.2/Add. I).

795 A/Res/63/117, 10 december 2008.

som en mall för IKESKR.[796] Samtidigt är det positivt då båda konventionernas rättigheter kommer att behandlas på ett likvärdigt sätt.

Protokollet inleds med en längre preambel där hänvisning görs till såväl FN-stadgan, den allmänna förklaringen, de två konventionerna till skydd för mänskliga rättigheter samt Wiendeklarationens princip om rättigheternas lika värde, universalitet och beroende av varandra. Redan i preambeln understryks att staterna i IKESKR förbundit sig att ta steg, såväl individuellt som genom internationellt samarbete, för att progressivt uppnå förverkligandet av rättigheterna i IKESKR. För detta skall tillgängliga resurser användas till fullo. I preambelns 5 st. återfinns samma formuleringar som i artikel 2 p. 1 IKESKR. Det betyder att protokollet skall tolkas i ljuset av denna artikel vilket följer av Wienkonventionen om tolkning av traktat. Att artikeln återges så exakt och lojalt med dess ursprungliga ordalydelse skulle kunna ses som att staterna markerar just den särställning man anser att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har. Men det kan också betyda att de krav som kommittén ställt på staterna i sin praxis kan få större genomslag, då staterna valt att inte markera någon annan åsikt i själva protokollstexten.

Protokollet och IKMPR:s klagomålsprotokoll har sedan så gott som samma innebörd vad avser respektive kommittés möjlighet att ta emot klagomål (nya protokollet artikel 1). Även villkoren för att en ansökan skall kunna tas upp till prövning (nya protokollet artikel 3) följer ordalydelsen i IKMPR:s protokoll. Den stora skillnaden mellan dokumenten återfinns i det förslagets artikel 2 och behandlar *vem* som har rätt att klaga:

> Communications may be submitted by or on behalf of individuals or groups of individuals, under the jurisdiction of a State Party, claiming to be victims of a violation of any of the economic, social and cultural rights set forth in the Covenant by that State Party. Where a communication is submitted on behalf of individuals or groups of individuals, this shall be with their consent unless the author can justify acting on their behalf without such a consent.

I tilläggsprotokollet till IKMPR har endast individer klagorätt. Det är inte tillåtet för grupper att klaga och inte att anhängiggöra klagomål å någon annans vägnar. Detta medger alltså det nya protokollet.

Kommitténs arbetssätt under utredningen av klagomålen är också likt det som gäller för medborgerliga och politiska rättigheter. En skillnad är dock att det nya protokollet i artikel 8 p. 3 och p. 4 presenterar dels vilka källor kommittén kan använda sig av, dels att skäligheten i de av staten vidtagna

[796] Se till exempel Alston, P, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System* not 3 på s. 46 och 49 för en kort beskrivning av hur arbetet kring förslaget om ett tilläggsprotokoll har gått till under åren. Se också E/CN.4/2005/52, p. 52–53.

åtgärder skall bedömas i ljuset av att så många olika slags åtgärder kan vidtas för att progressivt förverkliga rättigheterna i IKESKR. Motsvarande saknas i det första tilläggsprotokollet till IKMPR.

Vidare innebär det föreslagna protokollet att staten skall garantera klagandens skydd (artikel 13), så att han eller hon inte råkar ut för repressalier på grund av att ett klagomål lämnats in. Denna regel är inte med i IKMPR:s tilläggsprotokoll. En annan skillnad är det mellanstatliga samarbete som återfinns i artiklarna 10 och 14 förslaget. I den mycket omfattande artikel 10 förklaras hur en stat kan kommunicera klagomål gentemot en annan stat till kommittén och hur det skall gå till. I artikel 14 återfinns det mellanstatliga samarbete som IKESKR stadgar i artikel 2 p. 1.

Att de två protokollen liknar varandra i struktur är också av betydelse, då det kan symbolisera en konkretisering av tanken att mänskliga rättigheter oavsett ”kategori” faktiskt är lika mycket värda. Även sociala rättigheter är ”värda” ett klagomålsförfarande. Detta nya steg som tagits kan bero på den offensiva teoribildning som ESK-kommittén bedrivit sedan 1980-talet. Men motståndet mot ett klagomålsförfarande inom ramen för FN-samarbetet har också ifrågasatts då det i andra sammanhang konstaterats att sociala rättigheter är utkrävbara och verkställbara, såväl nationellt som folkrättsligt. Den syn som utvecklats utanför FN-systemet står i kontrast till FN:s sätt att hantera rättigheterna, samtidigt som hanteringen internt inte är konsekvent. Det kan konstateras att skillnaderna mellan rättighetsgrupperna dock har minskat.

Jag väljer här att ta rättighetsartiklarna i den ordning som de kommenterats av ESK-kommittén. Rätten till boende, rätten till hälsa och rätten till social trygghet diskuteras därför i tur och ordning. De artiklar som stadgar dessa rättigheter överlappar varandra. Rätten till boende, hälsa och socialt stöd är alla delar av rätten till en adekvat levnadsstandard. Statens ansvar att garantera sociala tjänster (artikel 11) och ett socialt trygghetssystem (artikel 9) hör samman, varför jag kommer att behandla dessa i samma avsnitt.

3.2.3.5 Särskilt om rätten till boende

Rätten till en tillfredsställande levnadsstandard stadgas i artikel 11 p. 1. Det är också denna bestämmelse som garanterar en rätt till boende:

> The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing, and to the continuous improvement of living conditions. The States Parties will take appropriate steps to ensure the realization of this right, recognizing to this effect the essential importance of international co-operation based on free consent.

Jag väljer att kalla denna rättighet för rätten till boende, trots att det i konventionen benämns som ”*adequate housing*”.[797] Redan av artikelns ordalydelse framgår det att artikeln inte enbart behandlar en rätt att ha tak över huvudet, utan att också frågor om mat, hygien och vad som skall ses som familjeansvar kommer in i bilden. Artikeln handlar i grunden om att människovärdet (”the inherent dignity of the human being”) skall respekteras och skyddas. Därför skall också artikeln ges en vid innebörd och gälla för var och en. Varje individ och varje familj skall få leva i fred, säkerhet och värdighet.[798]

Det som räknas som ett ”adekvat” boende bedöms utifrån sociala, ekonomiska, kulturella och ekologiska faktorer. Förutom att ett boende skall vara ekonomiskt möjligt för varje person, så skall också staten kunna tillhandahålla boende som ger möjlighet till rent vatten och till att hygienen kan skötas. Vidare skall det vara praktiskt möjligt att bo i byggnaden i fråga.[799] Ett boende som inte skyddar mot regn, kyla och värme är inte adekvat då det kan leda till sjukdomar. I fråga om juridisk säkerhet, så anför kommittén att det krävs att staterna omedelbart garanterar individens rätt att få bo utan att trakasseras, bli hemlös eller andra hot.[800]

Även *resursfrågor* aktualiseras i fråga om boende. Olika länders olika ekonomiska standard skulle kunna innebära att förutsättningarna för individens rättighetsförverkligande varierar beroende på vilket land det handlar om, något som redan antyds genom ”available resources” i artikel 2 p. 1. Kommittén framhåller i detta sammanhang återigen att varje stat har en skyldighet att vidta vissa åtgärder omedelbart. Den första åtgärden är att *inte* göra något, det vill säga att frånhålla sig från att utföra handlingar som inverkar menligt på människors boende.[801] Vidare är så kallad ”hjälp till självhjälp” för utsatta grupper en omedelbar åtgärd. Om staten kan visa på

---

[797] General comment nr 4 och general comment nr 7 behandlar rätten till boende.

[798] General comment nr 4, p. 7. Se också *UN Habitat Agenda*, 1996, p. 38 och 40 (http://www.unhabitat.org/downloads/docs/1176_6455_The_Habitat_Agenda.pdf; sidan besökt 2009 09 25).

[799] Kommittén hänvisar i general comment nr 4, p. 8 (d) till WHO:s Health principles of Housing.

[800] Kulturella krav på boende skall också respekteras, samt vissa gruppers (funktionshindrade, barn, sjuka etc.) särskilda behov, se general comment nr 4, p. 8 (e) - (f).

[801] General comment nr 4, p. 10. General comment nr 7 diskuterar särskilt frågan om ”forced evictions”. Men även i general comment nr 4 fastslår kommittén att handlingen är i strid med artikel 11, förutsatt att det inte är fråga om exceptionella omständigheter och framhåller vikten av att internationell rätt i så fall respekteras, se p. 18. Att avhysa någon från hans boende på grund av till exempel obetald hyra är inte i strid med konventionen, förutsatt att det inte finns något bra skäl till att hyran inte betalts, att avhysningen sker på ett lagligt och förutsebart sätt, samt att den avhyste har möjlighet att få sin sak prövad juridiskt (se p. 11). Vad gäller den juridiska prövningen, se artikel 17 p. 1 IKMPR.

att denna hjälp inte ryms inom dess tillgängliga resurser, så skall staten be om att få assistans från andra länder till detta.[802] Under perioder av särskilt svåra ekonomiska förhållanden är det också av än större vikt att varje land tillämpar och respekterar konventionen.[803] Det innebär att en omotiverad försämring av boendenivån som går att relatera till förändrad lagstiftning för vilken staten inte vidtar några kompensatoriska åtgärder anses vara ett brott mot konventionens efterlevnad.[804]

ESK-kommitténs resonemang rörande rätten till boende påvisar boendefrågans nära band till medborgerliga och politiska rättigheter. Valet att tala om rätten till boende som ”adequate housing” med hänvisning till människovärdet visar att ESK-kommittén ser rättigheterna som sammanlänkade. Rätten till boende, rätten till hälsa och rätten till liv är nära sammankopplade och flera av de medborgerliga och politiska rättigheterna är betydelsefulla för att rätten till boende skall förverkligas. Rätten att välja var man vill bo, rätten att delta i det offentliga beslutsfattandet, yttrandefrihet bidrar till att rätten till boende för *samtliga* grupper stärks i ett land. I detta finns alltså en demokratisk dimension som understryks genom kravet på att varje stat skall ha en offentlig boendepolicy och samla in statistik i syfte att kartlägga utsatta gruppers boendesituation.[805] Vi har redan sett att rätten till bostad i Finland är sammanlänkad med rätten till privatliv, vilket också är fallet inom ramen för IKESKR. Det är mycket svårt att ha ett privat- och familjeliv utan ett adekvat boende. Innehållet i rätten till boende kan alltså preciseras, men den är som alla andra rättigheter kontextberoende.[806]

3.2.3.6 Särskilt om rätten till hälsa

Kopplingen till rätten till liv aktualiseras alltså när det gäller rätten till hälsa. I artikel 12 IKESKR stadgas rätten till hälsa på följande sätt:

> 1. The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health.
>
> 2. The steps to be taken by the States Parties to the present Covenant to achieve the full realization of this right shall include those necessary for:

---

802 Jämför artiklarna 11 p. 1, 22 och 23, som anförs i general comment nr 4 p. 10.

803 I general comment nr 7 analyserar ESK-kommittén hur rätten till boende skall betraktas i relation till när individer förlorar boendet mot deras vilja och då särskilt under svåra förhållanden. Kvinnor och barn är i det sammanhanget särskilt utsatta.

804 Se p. 11–15, där kravet på en nationell boendestrategi understryks. Se även Craven, M, a.a.s. 331.

805 General comment nr 4, p. 13.

806 Jämför *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the rights to an adequate standard of living, Miloon Kothari*, E/CN.4/2005/48, 3 March 2005, p. 13.

a) The provision for the reduction of the stillbirthrate and infant mortality and for the healthy development of the child;

b) The improvement of all aspects of environmental and industrial hygiene;

c) The prevention, treatment and control of epidemic, endemic, occupational and other diseases;

d) The creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness.

Vi ser här att artikel 12 p. 1 ger en definition av rätten till hälsa enligt IKESKR och att p. 2 ger exempel på staternas skyldigheter avseende rättigheten.[807] Artikeln har nära band med artikel 11 och den där stadgade rätten till en fullgod levnadsstandard. Gemensamt för rätten till hälsa, rätten till mat och rätten till vatten är, enligt ESK-kommittén, att de är *nödvändiga för att människor skall kunna leva ett värdigt liv* och de är också intimt kopplade till rätten till liv.[808] Vad gäller rätten till hälsa skulle det rentav kunna hävdas att den är ”uppbyggd” av andra rättigheter på så sätt att rätten till bostad, rätten till liv, rätten till mat, rätten till säkerhet etc. är *nödvändiga* för att skall kunna tala om hälsa. Kommittén hänvisar till arbetet med framtagandet av IKESKR och förklarar rätten till hälsa på följande sätt:

> […] the right to health embraces a wide range of socio-economic factors that promote conditions in which people can lead a healthy life, and extends to the underlying determinants of health, such as food and nutrition, housing, access to safe and potable water and adequate sanitation, safe and healthy working conditions, and a healthy environment.[809]

Artikel 12 har en annan ordalydelse än den definition på hälsa som under 1940-talet utarbetades av WHO.[810] Artikel 12 är betydligt vidare till sin innebörd och lydelse än WHO:s definition, eftersom den stadgar var och ens rätt att uppnå den högsta möjliga nivån av fysiskt och psykiskt välbefinnande. I detta ingår en rättighet att ha tillgång till ett (sjukvårds)

---

807 Listan är inte uttömmande, se general comment nr 12, p. 7.

808 General comments nr 12, 14 och 15, vilka skrevs under åren 1999 till 2002, visar rättigheternas odelbarhet och att dessa beror av varandra. Kommentarerna behandlar i tur och ordning rätten till mat (adequate food), rätten till hälsa (highest attainable standard of health) samt rätten till vatten (right to water). Rätten till mat uttrycks i artikel 11, rätten till hälsa i artikel 12 och rätten till vatten härrör från såväl artikel 11 som artikel 12, enligt kommittén.

809 General comment nr 14 (2002), p. 4.

810 Enligt ingressen till WHO:s stadga är hälsa ”a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease and infirmity.”

system som ger var och en lika möjlighet till att uppnå bästa möjliga hälsa,[811] men också andra sociala och ekonomiska faktorer som krävs för ett hälsosamt liv. Exempel på sådana faktorer är mat, boende, tillgång till drickbart vatten, säker arbetsmiljö och en god miljö.[812] Rättigheten inbegriper också en rätt att få bestämma över sin egen kropp och innehåller alltså också friheter; att inte bli torterad, att inte bli utsatt för behandling mot sin vilja och att få bestämma över sin sexualitet och över graviditet.

Kommittén menar att synen på rätten till hälsa förändrats sedan 1966 då IKESKR skrevs.[813] Synen på utsatta grupper har förändrats, medvetenheten om resursfördelningsfrågor har ökat, nya sjukdomar har uppkommit med stora sociala problem som följd. Detta gör att det inte bara är möjligheten att få vård när man är sjuk som skall ingå i rätten till hälsa, utan rättigheten måste inbegripa underliggande hälsobetingelser som mat, vatten och information. Kommittén menar att det därför också är viktigt att hela samhället deltar i arbetet kring förverkligandet av rättigheten.[814]

Även rätten till hälsa aktualiserar principen om ickediskriminering och medvetenheten om utsatta gruppers särskilda sårbarhet såsom viktiga beståndsdelar i förverkligandet av rättigheten. Detta i kombination med principen om kärnområdets okränkbarhet gör att kommittén uttalat sig på följande vis:[815]

> Inappropriate health resource allocation can lead to discrimination that may not be overt. For example, investments should not disproportionately favour expensive curative health services which are often accessible only to a small, privileged fraction of the population, rather than primary and preventive health care benefiting a far larger part of the population.

I kommentaren görs vissa mer generella uttalanden om konventionens stadganden att staterna är skyldiga att respektera, skydda samt uppfylla rättigheter (tripartite typology). Statens skyldighet att *respektera* en rättighet ges en mer detaljerad beskrivning, där rätten till hälsa till exempel respekteras genom att staten avhåller sig från att förgifta miljön.[816] Brott mot skyldigheten att respektera rätten till hälsa är också sådana fall där staterna handlar, gör program eller stiftar lagar som kommer i konflikt med

811 General comment nr 14, p. 8–9. Det är således inte en fråga om att ha *rätt* att vara frisk!

812 General comment nr 14, p. 4.

813 Vilket i sig inte är unikt för rätten till hälsa. Synen på samtliga mänskliga rättigheter har förändrats betydligt sedan 1960-talet.

814 Se p. 10 och 11. De senaste årtiondena har det civila samhällets roll i förverkligandet av mänskliga rättigheter kommit att få en allt större betydelse.

815 General comment nr 14, p. 19.

816 General comment nr 14, p. 34.

artikel 12 och som kan leda till fysisk skada och onödig död.[817] Att neka någon tillgång till vård eller att inte ha hälsoaspekter i åtanke vid avtalsslut med annat land är exempel på detta.[818]

Skyldigheten att *skydda* en rättighet kräver av staten att alla nödvändiga åtgärder skall vidtas för att skydda personer mot att deras rätt till hälsa inskränks av någon annan. Som exempel tar kommittén underlåtenhet att stifta lagar för att förhindra att vatten drabbas av miljöförstöring, att konsumenter och arbetstagare inte skyddas och att inte skydda kvinnor mot våld.[819] Vidare skall staten garantera att förekomsten av privata vårdalternativ inte hotar den allmänna tillgången till sjukvård på så sätt att alla har råd och tillgång till sjukvård av god kvalitet. Detta gäller särskilt svaga och marginaliserade grupper i samhället.

Skyldigheten att *uppfylla* en rättighet ges en ännu vidare betydelse då hälsa skall erkännas i lagstiftning och i nationella policyprogram:[820]

> States must ensure provision of health care, including immunization programmes against the major infection diseases, and ensure equal access for all to the underlying determinants of health, such as nutritiously safe food and potable drinking water, basic sanitation and adequate housing and living conditions.

Att inte vidta ett nationellt handlingsprogram eller andra nödvändiga steg för att förverkliga rätten till hälsa är således en kränkning av artikel 12.[821] Kärnrättigheten inom rätten till hälsa inkluderar till en viss nivå rätten till vatten, mat och bostad. Tillgång till hälsovård skall garanteras för alla, utan diskriminering. Nödvändig mat, vatten och mediciner (enligt WHO:s program om nödvändiga mediciner) skall tillhandahållas och göras tillgängliga för alla. Sanitära lösningar måste finnas i alla boenden.[822]

Avslutningsvis kan det konstateras att den systematik ESK-kommittén valt att använda sig av vid analysen av rätten till hälsa också är densamma i

---

[817] Staterna har alltid en skyldighet att bevisa att de har gjort allt för att *inte* minska skyddet för rättigheten. Sådana åtgärder (retrogressive measures) skall, som redan visats i texten ovan, alltid vara en sista utväg och skall då kunna motiveras i förhållande till statens totala tillgångar. Se general comment nr 14, p. 32.

[818] General comment nr 14 hänvisar till WHO som ett mycket viktigt FN-organ i förverkligandet av rätten till hälsa, se p. 63. WHO arbetar på internationell, regional och nationell nivå och kan på så sätt bistå länder och organisationer i utarbetandet av program rörande hälsa. Jag behandlar dock inte dessa organisationer närmare, jämför avsnitt 3.1 ovan.

[819] General comment nr 14, p. 51.

[820] General comment nr 14, p. 36.

[821] General comment nr 14, p. 52.

[822] General comment nr 14, p. 42 och 43.

fråga om rätten till mat och rätten till vatten, se general comment nr 12 respektive 15. Icke-diskriminering och jämlikhet utgör navet från vilket staternas skyldighet kommer. Detta har sin grund i artikel 2 IKESKR samt i FN-förklaringen, särskilt då den senares betoning av mänsklig värdighet. Rätten till hälsa, mat och vatten, med tillhörande kommentarer, kan ses som ett exempel på att mänskliga rättigheter kan delas in i olika generationer och kategorier luckras upp, särskilt som rättigheterna är sammanbundna (intertwined) med varandra. Dessutom lyfts rättighetsskyddet betydelse för marginaliserade grupper fram på ett tydligare sätt idag än tidigare.[823] Rättighetsskyddets betydelse för barn och mödrar nämns specifikt i konventionstexten, men dessa får en ännu starkare ställning i definitionen av kärnrättigheterna. Kvinnors utsatthet avseende hälsorisker samt en betoning av betydelsen av ett genusperspektiv för just rätten till hälsa kopplas dessutom till kravet på ickediskriminering som är en grundläggande tanke i konventionen.[824]

3.2.3.7 Särskilt om rätten till social trygghet

Rätten till social trygghet återfinns i IKESKR artikel 9. Liksom rätten till hälsa och rätten till bostad är rätten till social trygghet komplex och det var först år 2008 som kommittén författade en general comment för att precisera rättighetens innehåll.[825] Artikel 9 har också nära kopplingar till rätten till en fullgod levnadsnivå som stadgas i artikel 11.[826] Artiklarna kompletterar varandra.[827] Artikel 9 lyder:

> The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to social security, including social insurance.

I den sociala tryggheten är alltså socialförsäkringar inkluderade. Det är inte en enkel uppgift att exakt definiera vad som menas med social trygghet, då variationen mellan länderna är stor avseendet sättet på vilket man organiserar sociala trygghetssystem. I rätten till social trygghet ingår därför såväl försäkringsbaserat skydd som sådant skydd som förmånstagaren får

---

[823] Se dock general comment nr 6 (1994): The economic, social and cultural rights of older people. (Som i sig visar på ett slags ”helhetssyn” vad gäller mänskliga rättigheter) samt general comment no 5: *Persons with disabilities*. Jämför general comment nr 14, p. 37 och vad gäller minimum core obligations, p. 43 (f).

[824] General comment nr 14, p. 20, 21 och 22. Vård av barn och mödrar är en del av kärnrättigheten enligt kommentarens p. 44.

[825] General comment nr 19.

[826] I general comment nr 19, p. 28 tas just relationen till andra rättigheter upp. Särskilt utsatta och marginaliserade grupper omnämns också.

[827] Rätten till social trygghet syftar till att förebygga socialt utanförskap, vilket också stöttar rätten till en fullgod levnadsstandard.

genom att själv bidra, via anställning eller skatt. Men, eftersom många personer inte täcks av dessa så skall staten tillhandahålla ett socialt skydd som inte bygger på individens egen förmåga att bidra. Det kan vara allmänt utformat på så sätt att det ger förmånen i fråga till alla som utsätts för en viss risk eller omständighet, eller så kan det vara särskilt riktade stöd som ger förmåner till de personer som är i behov av stöd.[828] En slutsats av detta är att det inte råder någon skarp åtskillnad mellan artiklarna 9 och 11 och att uttrycket social security är vidare än det svenska begreppet socialförsäkringar.[829]

Även om andra rättigheter kräver att artikel 9 respekteras, så understryker kommittén att artikeln har ett självständigt syfte. Detta innebär att åtgärder som vidtas för att förverkliga andra rättigheter inte kan åberopas såsom grund för att åtgärder inom ramen för artikel 9 har vidtagits. Tolkningen av artikeln är också starkt knuten till ILO:s konvention nr 102 från 1952 om social trygghet, vilken har tjänat som grund för urvalet av vilka sociala risksituationer och för individen oförutsedda händelser som skall täckas in av det nationella trygghetssystemet: Hälsovård, sjukdom, ålder, arbetslöshet, arbetsskada, stöd för barn och familj, graviditet, funktionshinder, efterlevande och föräldralösa barn.[830]

Kommittén konstaterar i kommentaren att brist på tillgång till adekvat social trygghet underminerar förverkligandet av konventionens övriga rättigheter och att det endast är 20 procent av världens befolkning som har möjlighet att få ett reellt skydd av rättigheten. Av de resterande 80 procenten lever 20 procent i extrem fattigdom.[831] Kommittén ställer inte upp några krav på *hur* nationella sociala trygghetssystem skall se ut, men menar att ett minimum av rättigheten måste förverkligas för envar. Rättigheten består dels av rätten att få adekvat skydd mot sociala risker, dels att inte bli föremål för godtycklig eller orimlig begränsning av existerande socialt skydd. Social trygghet är ett ”social good” och inte ett rent ekonomiskt instrument.

Det är nödvändigt att sociala trygghetssystem regleras i lag och att det allmänna tar ansvar för att övervaka och/eller administrera systemet. Systemet skall ta hänsyn till nuvarande och kommande generationer och alla personer skall omfattas av ett socialt trygghetssystem. Detta betyder att

---

828 General comment nr 19, p. 4.

829 Jämför Erhag, T, a.a.s. 57 och 64.

830 General comment nr 19, p. 13–21.

831 General comment nr 19, p. 7–8. I kommentarens p. 1 konstaterar kommittén: ”The right to social security is of central importance in guaranteeing human dignity for all persons when they are faced with circumstances that deprive them of their capacity to fully realize their Covenant rights”.

system som *inte* grundar sig på att individen betalar för att få tillgång till tryggheten måste finnas.[832]

Förmånen skall vara *adekvat*, oavsett om det är fråga om pengar eller inte, vilket innebär att den skall vara tillräcklig för att individen eller dennes rätt till skydd och stöd för familjen skall förverkligas. Individen skall ha råd med de saker och tjänster som krävs för att konventionens rättigheter skall bli verkliga rättigheter för honom/henne. Icke-diskriminering och mänsklig värdighet måste därmed också respekteras.[833] Icke-diskriminering är också en del av de generella skyldigheter som artikel 9 omedelbart ställer på staten. *Den mänskliga värdigheten* är av grundläggande betydelse för rätten till social trygghet, vilket betyder att staten skall prioritera rättighetens förverkligande.[834] De villkor som uppställs för att få del av förmånerna skall vara skäliga, proportionella och transparenta.[835] Till transparensen hör också att staten måste medge individer och organisationer rätt att söka och få information om deras rätt till social trygghet.[836]

Staten måste anta en nationell strategi på det sociala trygghetsområdet och även om rättigheten kräver stora ekonomiska resurser så måste den prioriteras genom skatte- och andra tillgängliga medel. Internationellt samarbete är i det sammanhanget också av betydelse.[837]

De ”kärnskyldigheter” som hör till rättigheten definieras också av kommittén, i enlighet med preciseringarna som ställdes upp redan i general comment nr 3 som behandlar konventionsstaternas skyldigheter. Staten skall

---

832 General comment nr 19, p. 23. Särskilt utsatta och marginaliserade grupper lyfts därvidlag fram, se till exempel p. 31 om grupper som har svårt att förverkliga sina rättigheter samt p. 33–39. Om bidrag krävs, så skall dessa preciseras i förväg och vara möjliga för alla att betala, se p. 25.

833 General comment nr 19, p. 29: ”The Covenant thus prohibits any discrimination, whether in law or in fact, whether direct or indirect, on the grounds of race, colour, sex, age, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth, physical or mental disability, health status (including HIV/AIDS), sexual orientation, and civil, political, social or other status, which has the intention or effect of nullifying or impairing the equal enjoyment or exercise of the right to social security.”

834 General comment nr 19, p. 40–41. Staten skall naturligtvis också vidta steg i syfte att artikel 11 p. 1 och artikel 12 förverkligas och som redan nämnts, så skall dessa vara konkreta, övervägda och inriktade på att förverkliga rättigheten.

835 General comment nr 19, p. 24, vilket innebär att minskning eller borttagande av bidrag måste vara skäligen grundat, vara föremål för en särskild process samt stadgas i lag. Detta bygger på ILO-konvention nr 168 från 1988.

836 General comment nr 19, p. 26; jämför också med ILO-konventionen nr 102 från 1952 (artiklarna 70–71).

837 Se general comment nr 19, p. 41 samt p. 52–53 om internationellt samarbete och internationella skyldigheter. I övrigt återkommer skyldigheten att respektera, skydda och verka för rättigheten i kommentarens p. 44–47.

garantera tillgång till ett socialt trygghetssystem som ger en minsta förmånsnivå till alla individer och familjer så att dessa kan få grundläggande hälsovård (som beskrivs ovan), boende, vatten, mat, utbildning och sanitära lösningar. Om staten inte kan garantera detta skall den ha en omfattande konsultationsprocess i syfte att välja ut grupper som är av social riskkaraktär. Redan existerande trygghetssystem skall respekteras och skyddas från oskälig inblandning utifrån. Skyldigheten att anta en nationell handlingsplan är en del av kärnskyldigheten och så är också att vidta steg och åtgärder särskilt avseende marginaliserade grupper. Rättighetens förverkligande skall övervakas av staten.[838]

3.2.4 Kommentar

3.2.4.1 Likabehandling och mänsklig värdighet som gemensamma nämnare mellan rättighetskategorier

Även om skillnaderna mellan FN:s två MR-konventioner är påtagliga, så kan det konstateras att båda systemen lyfter fram principen om ickediskriminering som ett oundgängligt medel att uppnå ett skydd för mänskliga rättigheter. Denna princip bekräftades också i Wiendeklarationen 1993.

Den allmänna förklaringen betonar mänsklig värdighet och ger via denna stöd för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Mänsklig värdighet är också en utgångspunkt i FN-stadgan och utgör grunden för de konventioner som är skapade till skydd för mänskliga rättigheter. Viktigt att understryka är att den allmänna förklaringen inte gör någon åtskillnad mellan rättighetskategorier, vilket också bekräftas i ingresserna till de två rättighetskonventionerna. *Den mänskliga värdigheten* är en gemensam nämnare mellan rättigheterna. Genom den och även genom likabehandlingsprincipen urholkas distinktionerna mellan rättigheterna. Likabehandlingsprincipen innebär att materiell jämställdhet åsyftas, vilket leder till att rättigheternas innehåll preciseras.

ESK-kommitténs general comments blir allt mer detaljerade över tid och försöker ge tydligare instruktioner till hur man skall bedöma rättigheterna. Principerna från Wienkonferensen blir ett stöd till att utveckla rättigheterna i dessa dokument. Vidare pekar ESK-kommitténs praxis på en tolkning av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som inte är väsensskiljd från

[838] General comment nr 19, p. 59. Kommentaren följer i stort den uppställning Tooze gör över rätten till social trygghet. Se Tooze, J, *The Rights to Social Security and Social Assistance: Towards an Analytical Framework* s. 331.

IKMPR och använder sig gärna av likheterna som trots allt finns mellan IKMPR och IKESKR i den redaktionella uppbyggnaden av IKESKR.

3.2.4.2 Mänsklig värdighet och rättigheternas odelbarhet

En viktig iakttagelse är att mänsklig värdighet, ”human dignity”, återkommer i samtliga konventioner rörande mänskliga rättigheter och i många av de nyare nationella grundlagar som antagits.[839] Vad begreppet egentligen betyder är dock svårare att utröna, då ingen definition finns inskriven i konventionerna. Samtidigt används mänsklig värdighet flitigt i såväl domstolspraxis, internationella organs arbeten som lagstiftning. Mycket ofta handlar det om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. *Schachter* föreslår, i kantiansk anda, att begreppet innebär en skyldighet att behandla varje människa som ett mål och inte som ett medel, det vill säga att individen inte skall behandlas som medel för andra människors vilja.[840] Detta får en tydligare betydelse när man ser till faktiska, politiska sammanhang, vilket enligt Schachter innebär att det allmänna skall tillförsäkra individuella val en hög prioritet i hanteringen av politiska, samhälleliga och juridiska frågor som rör livsstil, attityder och trosfrågor. Att en minoritet eller en enda person styr över den stora majoriteten är därmed oförenligt med mänsklig värdighet. Termen har alltså demokratiimplikationer. En annan aspekt är att individens eget ansvar inte får komma i skymundan, med undantag för de personer som inte klarar av att ta eget ansvar. Det skall därför också erkännas att individen har förmåga att hävda krav för att skydda sin värdighet. Ekonomiska och sociala ordningar kan inte heller exkluderas från värdigheten; det behövs åtminstone ett minimum av ”distributive justice” för att möta individens behov så att personens värdighet respekteras.[841] Vi kan med anledning av detta återknyta till Amartya Sens teori om rättigheter som förmåga,[842] som visar att negativ frihet kräver positiv handling för att den verkligen skall betyda något. Staten är alltså tvungen att agera för att försäkra individerna *alla* deras individuella friheter, oberoende av vilket slags rättighet det är fråga om. Om man tar detta som utgångspunkt, blir gränserna mellan rättigheterna vaga. Den materiella jämställdheten och strävan efter mänsklig värdighet i de konventionerna som tagits upp i detta avsnitt harmonierar också med Sens idé om funktioner: ”being well-nourished, avoiding

839 Till exempel den tyska grundlagens artikel 1.

840 Schachter, O, *Human Dignity as a Normative Concept* s. 849.

841 Schachter, O, a.a.s. 851.

842 Avsnitt 1.3.3.3 ovan.

escapable morbidity and premature mortality… having self-respect and being able to take part in the life of the community."[843]

Utvecklingen avseende synen på rättigheter och framväxten av institutioner som skall övervaka rättigheternas efterlevnad är dynamisk inom folkrätten. Folkrätten är idag pluralistisk, vilket får följder för den nationella rättsordning som skall ge effekt till folkrätten nationellt. Nationell rätt påverkas dock inte enbart av FN-systemet. Effekterna av Sveriges medlemskap i Europarådet bidrar i än högre grad till en pluralistisk nationell rätt, då rättigheterna utformats till viss del annorlunda i Europa. Europarådets institutioner som skall vaka över respekten för mänskliga rättigheter är utformade på ett annorlunda sätt jämfört med FN och ger andra verkningar i det nationella systemet, varför det blir aktuellt att analysera det europeiska regionala systemet. Jag vänder därför uppmärksamheten mot det regionala skyddet för mänskliga rättigheter i Europa.

3.3 Europarådet

3.3.1 Inledande ord om regionala system till skydd för mänskliga rättigheter

De regionala instrument som skapats till skydd för mänskliga rättigheter har till stor del inspirerats av FN:s allmänna förklaring. Europarådets framväxt och utarbetandet av Europakonventionen[844] skedde dessutom i nära anslutning – tidsmässigt sett – till nämnda FN-dokument. Det finns flera regionala system för rättighetsskydd och innan jag fördjupar framställningen rörande Europarådet vill jag kort nämna de amerikanska respektive afrikanska systemen. Inom ramen för Organisationen för de amerikanska staterna (Organisation of American States, OAS) antogs en konvention till skydd för de mänskliga rättigheterna som till stor del inspirerats av Europakonventionen och Europeiska sociala stadgan.[845] Den

[843] Sen, A, *Inequality reexamined* s. 4 f. Jämför också Nussbaum, M, *Women and Human Development: the Capabilities Approach* s. 96 f.

[844] Konvention till skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, CETS nr 5. Öppnad för underskrift den 4 november 1950. Ikraft den 3 september 1953.

[845] Den Interamerikanska konventionen till skydd för de mänskliga rättigheterna (Interamerican Convention on Human Rights. San José, 22 November 1969, ILM 673.) trädde i kraft den 18 juli 1978. OAS hade dock funnits under en betydligt längre tid än så; redan 1890 bildades den Internationella unionen av amerikanska republiker, vilken bytte namn till OAS 1948. Det grundläggande dokumentet till skydd för mänskliga rättigheter är

Interamerikanska konventionen behandlar ekonomiska och sociala rättigheter endast i artikel 26, enligt vilken staterna såväl nationellt som genom internationellt samarbete skall vidta åtgärder som syftar till att förverkliga standarder på ekonomiska, sociala, utbildningsmässiga, vetenskapliga och kulturella områden, vilka framkommer och förtydligas av OAS' stadga. I och med att dessa rättigheter inte finns upptagna i konventionen ryms de inte heller inom den individuella klagorätten. I San Salvador-protokollet (1990) tas dock ekonomiska och sociala rättigheter upp genom att rätten att organisera sig fackligt (artikel 8 p. 1 a)) samt rätten till utbildning (artikel 13). Därmed ges enskilda möjligheten att anhängiggöra klagomål för kränkningar av dessa rättigheter enligt protokollets artikel 19 p. 6.[846]

Afrikanska stadgan till skydd för de mänskliga och folkens rättigheter har tillkommit i ett betydligt yngre mellanstatligt samarbete och det var först under 2004 som medlemsstaterna i Afrikanska unionen kunde enas om en Afrikansk domstol till skydd för de mänskliga och folkens rättigheter, även om stadgan som sådan trädde i kraft 1986. Liksom i det interamerikanska systemet,[847] har man i det afrikanska fäst en stor betydelse vid kommissionens roll.[848] I det senare fallet är det dessutom så att domstolen ännu inte avgett någon dom, varför kommissionen blir oumbärlig i tolkningen av och utvecklandet av rättighetsskyddet. Den Afrikanska stadgan skiljer sig från de två andra regionala systemen på flera sätt. Värt att lyfta fram är *folkens* rättigheter, det vill säga rätten till god miljö (artikel 24), rätten till ekonomisk, social och kulturell utveckling (artikel 22) och, framför allt, folkens rätt att fritt bestämma över sin välfärd och kollektiva resurser (artikel 21).[849] Förutom dessa kollektiva rättigheter understryker stadgan betydelsen av rätten till hälsa (artikel 16) samt rätten till utbildning (artikel 17). Betydelsen av "integrated approach" går att utläsa i stadgans preambel

---

den Amerikanska förklaringen om de mänskliga rättigheterna från den 2 maj 1948, som således är samtida med FN-förklaringen, se Kirilova Eriksson, M, *Skydd av mänskliga rättigheter. Det Interamerikanska systemet*.

846 Gomez, V, *Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System* s. 167–194.

847 Om amerikanska kommissionen, se Kirilova Eriksson, M, a.a.s. 94–99.

848 Kommissionen fungerar som rådgivare till staterna i frågor om mänskliga rättigheter (artikel 45 p. 1). Vidare upplyser kommissionen om stadgan (artikel 45.3), beslutar i mellanstatliga klagomål (artiklarna 47–53) samt övervakar staternas rapporteringsskyldighet (artikel 62). Av artiklarna 55–59 följer att både individuell och kollektiv talan till kommissionen tillåts. Se också Baderin, M A, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Implementation of Economic, Social, and Cultural Rights in Africa* s. 139–166; Odinkalu, C A, *Analysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social, and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights* s. 327–369.

849 Murray, R, och Wheatley, S, *Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights* s. 213–236.

(min kurs), på så sätt att medborgerliga och politiska rättigheter förverkligas via de ekonomiska, sociala och kulturella:

> Convinced that it is hencefore essential to pay particular attention to the right to development and that civil and political rights cannot be dissociated from economic social and cultural rights in their conception as well as universality and that the satisfaction of economic, social and cultural rights is a *guarantee* for the enjoyment of civil and political rights.

Inom ramen för EKMR är förhållandet det motsatta, det vill säga ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter kan förverkligas via de medborgerliga och politiska. Termer som *"progressive realization"*, *"taking the measures"*, samt *"to the maximum of the available resources"*, vilka vi sett ovan och också kommer att se i följande text, står inte att finna i den afrikanska stadgan.[850]

I detta avsnitt kommer jag att behandla Europarådets två konventioner som inrättats till skydd för de mänskliga rättigheterna. Att jag väljer att koncentrera mig på Europarådet och inte att fördjupa mig i det Interamerikanska respektive det Afrikanska systemet beror på att mitt arbete har som utgångspunkt sociala rättigheters konstitutionella ställning i Sverige. Till det svenska "konstitutionella systemet" hör då Europarådets konventioner i egenskap av folkrättsliga dokument som binder Sverige och i Europakonventionens fall, även i egenskap av lag med en viss konstitutionell särställning genom 2 kap. 23 § RF. Vidare har Europarådet betydelse för delarna III och IV i detta arbete, då även EG-rätten kommit att interagera allt mer med europarätt i vid mening.

3.3.2 Europakonventionen om skydd för de mänskliga fri- och rättigheterna

3.3.2.1 Om EKMR:s struktur

Listan på medborgerliga och politiska rättigheter i EKMR är kortare än den som den allmänna förklaringen återger. I EKMR stadgas rätten till liv (artikel 2), förbudet mot tortyr och annan omänsklig och förnedrande behandling (artikel 3), förbudet mot slaveri och tvångsarbete (artikel 4), rätten till frihet och säkerhet (artikel 5), rätten till rättvis rättegång (artikel 6), ne bis in idem (artikel 7), rätten till privatliv (artikel 8), samvets-, tanke- och religionsfriheterna (artikel 9), yttrandefrihet (artikel 10), mötes- och föreningsfrihet (artikel 11), rätt att ingå äktenskap (artikel 12), rätten till

[850] I övriga konventioner finns inte några bestämmelser som behandlar skyldigheter, vilket afrikanska stadgan innehåller i artiklarna 27–29.

effektivt rättsmedel (artikel 13) och diskrimineringsförbudet (artikel 14). I EKMR saknas dock regler om erkännande som en person inför lagen, nationalitet, rörelsefrihet, asyl, att få ta del i det demokratiska styret och rätten att få ta del i regelbundna val. Tilläggsprotokoll nr 1 innehåller äganderätt (en ekonomisk rättighet) och rätten till utbildning (en social eller kulturell rättighet), vilket inte hindrade att protokollet antogs.[851]

Även om Europakonventionen från början var avsedd att skydda främst medborgerliga och medborgerliga rättigheter, så aktualiseras sociala rättigheter inom ramen för konventionen. Genom en läsning e contrario av några av konventionens artiklar, kan sociala rättigheter ingå direkt genom artiklarnas ordalydelse.[852] I vart fall kan rättigheterna ha en negativ som positiv sida, vilket ger utrymme för sociala rättigheter genom domstolens tolkning. Det är den dynamiska praxisutvecklingen som vidgat konventionens tillämpningsområde. Europadomstolen har från början av 1990-talet kommit att utvidga och förtydliga konventionens tillämplighet avseende flera medborgerliga och politiska rättigheter till att gälla även sociala rättigheter. Denna utveckling innebär att tänkesättet kring olika generationer av rättigheter kan ifrågasättas allt mer. Europadomstolens praxis leder till att staterna får *fler och tydligare skyldigheter*, framför allt avseende skyldigheten att förebygga kränkningar av rättigheter.[853] Dessa skyldigheter granskas av domstolen enligt de metoder de granskar övriga rättigheter (margin of appreciation, proportionalitetsprincipen), varför distinktionen mellan olika kategorier av rättigheter luckras upp allt mer.[854] Det har emellertid framhållits i doktrin att Europadomstolens praxis inte skyddar ekonomiska och sociala rättigheter, utan endast ekonomiska och sociala *aspekter* av konventionsrättigheterna.[855] Jag kommer att återkomma till denna fråga längre fram, men noterar redan nu att Europadomstolens principer om effektivitet och dynamisk tolkning trots allt förändrat konventionens tillämplighet i frågor som inte framgår av konventionstexten, vilket i sin tur inneburit en förstärkning av sociala och ekonomiska rättigheter.

---

851 Whelan, D, och Donnelly, J, *The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight* s. 943.

852 Artikel 4 (förbudet mot slaveri och tvångsarbete) innebär e contrario rätten att välja arbete. Föreningsfriheten, det vill säga artikel 11, har sedan länge enligt domstolen ansetts innebära en rätt att organisera sig fackligt. Domstolens tillämpning av dessa artiklar har inte gett upphov till någon diskussion vare sig bland medlemsstater eller i doktrin.

853 Kan ED vara lagstiftare?

854 Även rätten till utbildning täcks numera in av Europakonventionen i dess tilläggsprotokoll nr 1 artikel 2.

855 Warbrick, C, *Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights* s. 241.

Redan i fallet *Airey v. Ireland*[856] markerar Europadomstolen 1979 att det inte finns någon strikt gräns mellan å ena sidan ekonomiska och sociala rättigheter och, å andra sidan, politiska och medborgerliga.[857] Frågor rörande medborgerliga och politiska rättigheter har ofta ekonomiska och sociala implikationer. Europadomstolens val att därefter i sin praxis låta sociala och ekonomiska rättigheter skyddas via de medborgerliga och politiska rättigheterna (som på engelska omnämns som ”integrated approach” [858]) kan tematiseras utifrån *rätten till liv* (artikel 2), *förbudet mot tortyr och annan omänsklig och förnedrande behandling* (artikel 3), *rätten till rättvis rättegång* (artikel 6), *rätten till privatliv* (artikel 8) samt *äganderätten* (tilläggsprotkoll nr 1 artikel 1). Jag kommer att analysera praxis nedan, efter att först ha diskuterat diskrimineringsförbudets (artikel 14) betydelse för sociala rättigheter.

3.3.2.2 Artikel 14 EKMR och dess inverkan på utvecklingen för sociala rättigheter

3.3.2.2.1 Diskrimineringsförbudet och statens skyldighet att agera

Diskrimineringsförbudet i artikel 26 IKMPR har, vilket jag visat ovan, öppnat för klagomål rörande sociala rättigheters ställning inom ramen för IKMPR, trots att dessa rättigheter rent textuellt inte finns inskrivna i konventionen. Ovan har också noterats att denna praxis tillsammans med general comments skrivna av ESK-kommittén utgör en viktig grund för den folkrättsliga teoribildningen kring dessa rättigheter.[859] På liknande sätt har artikel 14 kommit att få en avgörande betydelse för utvecklingen av sociala rättigheters ställning inför Europadomstolen, då det är i denna artikel Europakonventionens diskrimineringsförbud stadgas:

---

856 Mål 6289/73 *Airey v. Ireland* (application nr 6289/73, Judgment of 9 October 1979). Samma artiklar var aktuella i *van Raalte v. the Netherlands*, application nr 20060/92, Judgment of 28 January 1997.

857 ”No water tight division”, p. 26 st. 3 i *Airey*-domen, där domstolen också understryker vikten av att EKMR tolkas i ljuset av ”present-day conditions”. Däremot definieras inte sociala rättigheter i domen. Airey ansåg att rättshjälp var en civil rättighet och anförde i sin argumentation att hon var fattig. Det Europadomstolen tar fasta på är en rätt till domstol och därmed fälldes Irland. Se *Airey v. Ireland.* I *Marckx*-målet (application nr 6833/74, Judgment of 13 June 1979) var det fråga om respekt för familjelivet och ”the right to enjoyment of possessions” för barn födda utom äktenskapet. Belgien fälldes för diskriminering.

858 *Airey v. Ireland*, *Feldbrugge v. the Netherlands* (application nr 8562/79, Judgment of 29 May 1986), *Deumeland v. Germany* (application nr 9384/81, Judgment of 24 April 1986, final 29 May 1986); *Salesi v. Italy* (application nr 13023/87, Judgment of 26 February 1993), *Schuler-Zgraggen v. Switzerland* (application nr 14518/89, Judgment of 24 June 1993).

859 Att dessa dokument också används på nationell nivå kommer att visas i genomgången av nationell konstitutionell praxis enligt nedan.

> The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Det finns skillnader mellan denna artikel och dess motsvarighet i IKMPR. Artikel 14 har ingen självständig betydelse, utan måste alltid kopplas till en fråga som går att härleda till en annan konventionsartikel.[860] I syfte att ytterligare stärka diskrimineringsförbudet antogs tilläggsprotokoll nr 12, som trädde i kraft den 1 april 2005.[861] Protokollet ger diskrimineringsförbudet självständig status, men ytterst få stater har ännu ratificerat protokollet. Av Europarådets 47 medlemsstater har 17 ratificerat protokollet och av dessa är en tredjedel västeuropeiska stater. Europarådet är i dag delat i två läger vad gäller synen på diskrimineringsprotokollet, vilket i sig skulle kunna leda till att praxisutvecklingen för protokollets del inte blir omfattande. Jag kommer därför att koncentrera mig på betydelsen av artikel 14 EKMR.

Artikel 14 är mycket viktig vid en diskussion om vilka *skyldigheter* staten har gentemot individen. *Det belgiska språkmålet*[862] är ett tidigt exempel på hur domstolen kräver att staten handlar för att fullgöra sina skyldigheter enligt konventionen och så att rättigheterna blir effektiva och reella i individens liv. Fallet rörde rätten för en nationell minoritet att få undervisning på sitt modersmål. Det var i detta mål som domstolen kom att utveckla den sedermera mycket använda tredelade bedömningen om vad som skall ses som en godtagbar särbehandling. Åtgärden skall, enligt domstolens praxis, ha ett legitimt mål, kunna rättfärdigas objektivt samt vara proportionerlig.

Ett exempel är *Thlimmenos v. Greece*,[863] vilket handlade om en man som var troende och aktiv inom Jehovas vittnen. Thlimmenos hade vapenvägrat och suttit i fängelse för det en tid. På grund av fängelsestraffet kunde han inte bli registrerad som revisor senare i livet. Domstolen (Grand Chamber)

---

860 Danelius, H, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis* s. 306. Det krävs dock inte att en kränkning av den materiella artiekln föreligger för att diskrimineringsförbudet skall ha kränkts. Man bör dessutom ha i åtanke att konventionen är ett levande instrument och att uppräkningen i artikel 14 inte är uttömmande, varför dess betydelse ändras över tiden, med samhällsutvecklingen, och omfattar nya grunder.

861 Sverige har ännu inte vare sig undertecknat eller ratificerat protokollet (CETS 177) och det verkar dröja ännu en tid, om man ser till vad regeringen uttalat i en nationell handlingsplan för de mänskliga rättigheterna (se Ju2004/11236/D). Regeringens skrivelse 2005/06:95 återger den nuvarande nationella handlingsplanen (2006–2009) och är tydlig på att Sverige inte kommer att ratificera tilläggsprotokoll nr 12 (s. 25 f.). Jag kommer därför inte att beröra protokollet närmare i detta sammanhang.

862 *Belgian linguistic case* (application nr 1474/62, 1677/62, Judgment of 23 July 1968). Se också Lerwall, L, a.a.s. 130.

863 *Thlimmenos v. Greece* (application nr 34369/97, Judgment of 6 April 2000).

klargjorde att artikel 14 på sätt och vis ändå är en självständig artikel, då det inte är ett krav att någon annan artikel har kränkts. I Thlimmenos' fall rörde frågan religionsfriheten och det var tillräckligt för att domstolen skulle kunna tillämpa artikel 14; det var på grund av sin tro han senare inte skulle kunna få utöva sitt arbete.[864] Domen kom att förtydliga att staterna har en skyldighet att inte bara behandla lika fall lika och vid särbehandling kunna motivera det enligt testet ovan, vilket tidigare varit den stora frågan inför domstolen. Staterna skall också kunna behandla olika fall olika. Rätten till icke-diskriminering kränks när stater utan en objektiv och skälig förklaring misslyckas med att behandla personer olika när dessas situationer är olika.[865] Vidare innebär artikel 14 att staten är *skyldig att handla* för att garantera rätten till icke-diskriminering och att det är upp till staten att bevisa att den gjort det.

3.3.2.2.2 Artikel 1 tilläggsprotokoll 1 och artikel 14

I *Gaygusuz v. Austria*[866] fastslog domstolen att artikel 14 tillsammans med artikel 1 tilläggsprotokoll 1 var tillämplig på ett fall där en turkisk medborgare som arbetat i Österrike i många år blev nekad förskott på sin pension i form av "emergency assistance". Anledningen till detta var att han inte var österrikisk medborgare. Domstolen menade att Österrike diskriminerat då den enda grunden till särbehandling var nationalitet. Gaygusuz hade arbetat och betalat skatt i Österrike i många år och artikel 1 tilläggsprotokoll 1 var, enligt Europadomstolen, tillämplig:

> […] the rights to emergency assistance – in so far as provided for in the applicable legislation – is a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1). That provision is therefore applicable without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay taxes or other contributions.[867]

Den sociala förmånen (emergency assistance) var i Gaygusuz fall kopplad till arbetslöshetsförsäkring och de bidrag arbetstagaren betalat in till arbetslöshetskassa under den tid han arbetat. Om inte betalning gjorts till kassan så finns heller ingen rätt att få den sociala förmånen.[868] En rätt till

---

[864] Se Spiliopoulou Åkermark, S, *The Limits of Pluralism – Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights with Regard to Minorities: Does the Prohibition of Discriminnation add anything*? s. 4. Författaren lyfter fram frågan om rätten till arbete som inte täcks uttryckligen av Europakonventionen (även om en tolkning e contrario av artikel 4 ger för handen att var och en är fri att välja sitt arbete, min anmärkning).

[865] Se *Thlimmenos v. Greece*, p. 44.

[866] *Gaygusuz v. Austria* (application nr 17371/90, Judgment of 16 September 1996).

[867] *Gaygusuz v. Austria,* p. 41.

[868] *Gaygusuz v. Austria,* p. 39.

ersättning fanns eftersom betalning till försäkringen skett, vilket är förklaringen till att äganderätten ansågs aktuell i fallet. Olikbehandlingen i förhållande till österrikiska medborgare kunde inte legitimeras och Europadomstolen underströk också att det krävs mycket tungt vägande skäl för att en sådan skall accepteras när det är fråga om diskriminering på grund av nationalitet. För Österrikes del ställs här den av landet valda distributiva rättvisan (att bestämma över fördelningen av medel inom landet) mot den kommutativa rättvisan. Den distributiva rättvisan är, som vi sett ovan, ett viktigt verktyg för att förverkliga välfärdspolitiken.

Praxisen har därefter bekräftats och utvecklats vad gäller pensioner. I målet *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*[869] fick käranden pension när hon fyllt 65 år. I Nederländerna är alla som bor i landet eller betalar skatt där försäkrade och har rätt till pension oavsett om de bidragit ekonomiskt eller inte. Europadomstolen tar inte upp hur individens bidrag till skyddet skall tolkas, utan konstaterar enbart att artikel 1 i tilläggsprotokoll 1 är tillämplig[870] Fru Wessels-Bergervoets pension sänktes med 38 procent med hänvisning till att hennes man arbetat utomlands i olika omgångar mellan åren 1957 och 1977. Hon klagade över att kvinnors pension sänktes på samma sätt som männens oavsett om dessa kvinnor var försäkrade i det andra landet eller ej. Reglerna ändrades, men inkluderade inte några åtgärder för att rätta till den diskriminering som tidigare funnits. På grund därav ansåg Europadomstolen att kränkning av artikel 1 tilläggsprotokoll 1 tagen tillsammans med artikel 14 EKMR ägt rum.

---

869 *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands* (application nr 34462/97, Judgment of 4 June 2002). Jämför här också med *Willis v. the United Kingdom* (application nr 36042/97, Judgment of 11 June 2002) där samma artiklar ansågs ha kränkts när en man inte fått rätt till änkepension, vilket en kvinna i motsvarande situation skulle ha fått. Egendomen ansågs vara förhanden i och med att mannens fru betalat till National Insurance Fund som ansvarade för efterlevandepensioner (a. dom, p. 59). *Azinas v. Cyprus* (application nr 56679/00, Judgment of 28 April 2004) aktualiserade frågan om det krävs att en person direkt bidrar för att äganderätten skall anses tillämplig. Europadomstolen (Grand Chamber) förklarade att den inte kunde ta upp målet då nationella instanser inte uttömts, men i Chamber judgment ansåg domarna att det räckte med att pensionen var en del av ett anställningskontrakt för att äganderätten skulle kunna aktualiseras. I *Mazurek v. France* (application nr 34406/97, Judgment of 1 February 2000 (final 1 May 2000)) fälldes Frankrike för att i nationell lagstiftning ha diskriminerat utomäktenskapliga barns rätt till arv. Se också *Andrejeva v. Latvia*, application number 55707/00, Judgment of 18 February 2009

870 Jämför *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands* (Decision on admissibility, 3 October 2000).

Koua Poirrez v. France[871] behandlar också artikel 1 tilläggsprotokoll 1 tillsammans med artikel 14. Klaganden var född utomlands, men adopterades vid 21 års ålder av en fransk medborgare. Efter adoptionen ansökte han om att få franskt medborgarskap, vilket avslogs. Då han var funktionshindrad, hade han möjlighet att ansöka om bidrag, vilket avslogs på grunden att han inte var fransk medborgare och att han inte kom från ett land med vilket Frankrike hade avtal i frågan. Det sökta bidraget finansierades helt och hållet med skattemedel. Domstolen hänvisade till *Gaygusuz*-fallet och konstaterade att den där hade ansett att emergency assistance (akut stöd) var en ”pecuniary right” i enlighet med tilläggsprotokoll 1 artikel 1 och att det inte behövdes något samband mellan rätten till stödet och skyldigheten att betala skatt. Även om Gaygusuz hade betalat till arbetslöshetskassan och därmed rätt till akut stöd så betyder inte det att ”a non-contributory social benefit […] does not give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1.”[872] Domstolen framhåller till att nationalitetskriteriet som leder till en skillnad i behandling av fransmän och utlänningar inte grundar sig på ”objective and reasonable justification”.[873] Utestängandet av utlänningar i förhållande till socialt bistånd kan därför utgöra diskriminering även i fall då dessa inte direkt bidragit till det förmånssystem de önskar ta del av. En viktig markering görs av domstolen när den understryker att Frankrike har åtagit sig att garantera konventionsrättigheterna till var och en inom det franska territoriet, vilket inte får åsidosättas på grund av att ett avtal saknas med den enskildes ursprungsland. [874]

Stec-målet[875] bekräftar utvecklingen kring äganderätten. I detta mål framför en grupp kvinnor att de diskriminerats på grund av att pensionsåldern vid den för målet aktuella tidpunkten var lägre för kvinnor (60 år) än för män (65 år). I Storbritannien betalades arbetsskadeersättning ut även efter pensionsåldern uppnåtts, vilket innebar att kvinnor fick en lägre summa att leva på totalt mellan åren 60-65 jämfört med män. Domstolens *decision on admissibility* är fylligare än själva domen och utgår från

---

871 *Koua Poirrez v. France* (application nr 40892/98, Judgment of 13 December 2003). Domstolen hänvisar också till den Europeiska sociala stadgan i p. 29 och 39, avseende frågan om vilka åtgärder som vidtagits inom ramen för Europarådet för personer med funktionsnedsättning. I målet *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (application nr 55480/00, 59330/00, Judgment of 27 October 2004) görs utförliga hänvisningar till såväl den Europeiska sociala stadgan (inklusive ES-kommitténs praxis), p. 31 som ILO-konventioner angående rätten att fritt få välja yrke, p. 32 och p. 59.

872 *Koua Poirrez v. France*, p. 37.

873 A. dom, p. 49.

874 A. dom, p. 49.

875 *Stec and others v. the United Kingdom* (application nr 6573/01 and 65900/01, Judgment of 12 April 2006).

att tidigare rättspraxis innebär att artikel 6 p. 1 är tillämplig på socialförsäkringar samt att artikel 1 tilläggsprotokoll 1 skall ”reflect the reality of the way in which welfare provision is currently organised within the Member States of the Council of Europe.”[876] Inom konventionsstaterna finns det ”[…] a wide range of social security benefits designed to confer entitlements which arise as of right. Benefits are funded in a large variety of ways: some are paid for by contributions to a specific fund; some depend on a claimant's contribution record; many are paid for out of general taxation on the basis of a statutorily defined status […]”.[877] Därmed blir det konstlat att vidhålla att enbart förmåner som finansierats via avgift till en särskild fond eller kassa skulle falla inom ramen för tillämpningsområdet för artikel 1 i tilläggsprotokoll 1. Hur den sociala tryggheten organiseras spelar inte någon roll för tillämpningen av EKMR: “Moreover, to exclude benefits paid for out of general taxation would be to disregard the fact that many claimants under this latter type of system also contribute to its financing, through the payment of tax.”[878] Europadomstolen kan på detta sätt sägas anpassa tolkningen av artikel 14 i kombination med äganderätten till nutida förhållanden, vilket kritiserats av Warbrick.[879]

Även relationen mellan EKMR och den Europeiska sociala stadgan berörs. Europadomstolen ger uttryck för sin syn på distinktionen mellan medborgerliga och politiska rättigheter å ena sidan, och ekonomiska och sociala, å andra sidan:

> […] the Court considers that to hold that a right to a non-contributory benefit falls within the scope of Article 1 of Protocol No. 1 no more renders otiose the provisions of the Social Charter than to reach the same conclusion in respect of a contributory benefit. Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The mere fact that an interpretation of the Convention may extend into

---

876 *Stec and others v. the United Kingdom*, (Decision on admissibility of 6 July 2005), p. 50. Notera dock att det är den slutgiltiga domen som är rättskällan. Resonemanget i beslutet är ändå viktigt att ta med, på grund av dess utförlighet och då det utgör en förutsättning för den senare domens tillkomst.

877 Ibid.

878 Ibid. I nästföljande stycke, p. 51, understryks detta: ”In the State, many individuals are, for all or part of their lives, completely dependent for survival on social security and welfare benefits. Many domestic legal systems recognise that such individuals require a degree of certainty and security, and provide for benefits to be paid - subject to the fulfilment of the conditions of eligibility - as of right. Where an individual has an assertable right under domestic law to a welfare benefit, the importance of that interest should also be reflected by holding Article 1 of Protocol No. 1 to be applicable”.

879 Warbrick, C, *Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights* s. 250. Författaren kritiserar alltså att förmånen, som inte grundas på en avgift till en särskild kassa, jämställs med egendom.

> the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention (see *Airey v. Ireland*, judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, § 26).[880]
>
> In conclusion, therefore, if any distinction can still be said to exist in the case-law between contributory and non-contributory benefits for the purposes of the applicability of Article 1 of Protocol No. 1, there is no ground to justify the continued drawing of such a distinction.[881]

Här ser vi alltså att det viktigaste är att EKMR skall tolkas i ljuset av nutida förhållanden, i sin egenskap av ett levande instrument till skydd för mänskliga fri- och rättigheter. Gränsen mellan ekonomiska och sociala rättigheter, å ena sidan, och medborgerliga och politiska, å andra, är inte helt klar. Det hindrar dock inte att EKMR tillämpas.[882] Äganderätten blir därför tillämplig i målet och genom det så blir artikel 14 möjlig att tillämpa. I den slutliga domen resonerade Europadomstolen mer knapphändigt. Resultatet av domen blev att Storbritannien inte ansågs ha kränkt artikel 1 tilläggsprotokoll 1 tagen tillsammans med artikel 14 EKMR, vilket framför allt hade sin grund i att motsatt resultat skulle ha lett till allvarliga och långtgående resultat för såväl kvinnor som landets totala ekonomi.[883] Därmed ansågs frågan falla inom statens tolkningsmarginal.[884]

Det verkar som att frågan om det sätt på vilket personen bidragit (försäkring, skatt) eller inte till det sociala trygghetssystemet spelar en allt mindre roll i domstolens praxis. Fokus läggs i stället på huruvida förmånen i fråga har en juridisk grund på så sätt att klaganden har krav som faktiskt går att genomdriva, vilket skulle kunna ses som en princip om berättigade förväntningar. Om så är fallet, så blir egendom, ”possession”, aktuellt i enlighet med artikel 1 tilläggsprotokoll 1.[885]

---

880 *Stec and others v. the United Kingdom* (Decision on admissibility of 6 July 2005), p. 52.

881 *Stec and others v. the United Kingdom* (Decision on admissibility of 6 July 2005), p. 53.

882 Jämför *Golder v. the United Kingdom* (application nr 4451/70, Judgment of 21 February 1975), om tolkningen av EKMR som ett levande instrument I relation till Wienkonventionen.

883 Vilket motsvarar det som inom EG-rätten benämns som *rule of reason*.

884 *Stec and others v. the United Kingdom*, p. 65. I *Łuczak v. Poland* (application number 77782/01, Judgment of 27 November 2007 (final 2 June 2008)) anses inte statens tolkningsmarginal vara lika vid, då budgetimplikationerna inte är lika stora. Se a. dom, p. 58.

885 Tydligast framgår det i *Stec* (Decision on admissibility), p. 49: It is in the interest of the coherence of the Convention as a whole that the autonomous concept of ‘possessions’ in Article 1 Protocol No. 1 should be interpreted in a way which is consistent with the concept of pecuniary rights under Article 6 (1). It is moreover important to adopt an interpretation of Article 1 Protocol No. 1 which avoids inequalities of treatment based on distinctions which, at the present day, appear illogical or unsustainable.”

Vi ser att Europadomstolens tolkning av sociala rättigheter i dessa fall är dynamisk och att domstolen tar intryck av samhällsutvecklingen i sina domskäl. En rörelse mot ”justiciable social rights” kan skönjas, även om domstolen håller sig inom ramen för den terminologi som konventionen medger. Även om Europadomstolen inte uttalar sig om hur sociala trygghetssystem skall organiseras så ställs det ändå krav på vilka konsekvenser systemen de facto får. Diskrimineringsförbudet skall respekteras och påverkar därmed *vem* som får ta del av systemet och förändringar av systemet skall respektera individernas berättigade förväntningar.

3.3.2.3 Rätten till liv, artikel 2 EKMR, och rätten till fysisk säkerhet, artikel 3 EKMR

3.3.2.3.1 En ”integrated approach”

Vi har redan kunnat konstatera att Europakonventionen tillämpas med en ”integrated approach” i Europadomstolens avgöranden. Som framgått ovan innebär det i EKMR:s fall att ekonomiska och sociala rättigheter blir tillämpliga via de i konventionen stadgade medborgerliga och politiska rättigheterna. Detta är mycket tydligt i fråga om rätten till liv (artikel 2) och förbudet mot, omänsklig och förnedrande behandling (artikel 3). Artikel 3 skyddar rättigheten i absolut form, oavsett vad människor gjort sig skyldiga till.[886] Båda artiklarna har gemensamt att de ålägger staterna att vidta åtgärder för att förverkliga dem. Det är nödvändigt att artiklarna är effektiva för att konventionen i dess helhet får genomslag.[887]

Båda artiklarna har varit uppe till bedömning, var för sig eller tillsammans, i flera fall som rört våld mot frihetsberövade personer. Rätten till liv enligt artikel 2 EKMR är inte absolut. Våld som leder till att någon dör kan legitimeras genom de undantag som står uppräknade i p. 2.[888] Våldet skall dock vara absolut nödvändigt för att undantagen skall vara tillämpliga.[889] Vad som räknas som nödvändigt avgörs utifrån en strikt och mycket restriktiv proportionalitetsbedömning, där våldet skall vara

---

886 *Tyrer v. the United Kingdom* (application nr 5856/72, Judgment of 25 April 1978), p. 30 och 31.

887 *Ognyanova and Choban v. Bulgaria* (application nr 46317/99, Judgment of 23 February 2006), p. 92; *Ali and Ayse Duran v. Turkey* (application nr 42942/02, Judgment of 8 April 2008 (final 8 July 2008)), p. 59.

888 Undantagen är a) att försvara någon mot en olaglig våldsgärning, b) att verkställa en laglig arrestering eller för att hindra att någon som är lagligen berövad friheten att undkomma, eller c) för att i laglig ordning stävja upplopp eller uppror.

889 *Saoud c. France* (requête numéro 9375/02, Jugement du 9 octobre 2007 (définitif le 9 janvier 2008)), p. 88.

proportionerligt i förhållande till undantagen i p. 2.[890] Om någon dör till följd av våld, skall staten också utreda händelsen noggrant, i tid och effektivt.[891]

Skyldigheten att vidta åtgärder för att garantera rätten till liv innebär att det allmänna skall vidta preventiva åtgärder för att skydda den enskilde från andra personers brottsliga gärningar. Frihetsberövade personer är mer utsatta än andra för risken att artikel 2 EKMR kränks, vilket staten måste ta i beaktande och agera efter.[892] Om det finns en risk för mord[893] på ett fängelse eller för att en fängslad person skall ta sitt liv,[894] så skall staten handla för att garantera att artikel 2 respekteras.

Det krävs att den förnedrande behandlingen en person utsätts för når en viss nivå för att artikel 3 skall bli tillämplig.[895] En helhetsbedömning av det individuella fallet görs som skall ta i beaktande hur länge behandlingen varade, vilka fysiska och psykiska effekter den medförde och i vissa fall personspecifika omständigheter som individens ålder, kön och hälsotillstånd.[896] Konventionsstaterna är även i relation till artikel 3 skyldiga att vidta åtgärder för att skydda de frihetsberövade och måste ta i beaktade deras utsatthet.[897] Staten har bevisbördan för att en kränkning inte ägt rum. Användning av isoleringscell har prövats i relation till artikel 3 och då

---

890 *Saoud c. France*, p. 89.

891 *Ognyanova and Choban v. Bulgaria*, p. 104–106; *Brecknell v. the United Kingdom* (application nr 32457/04, Judgment of 27 November 2007 (final 27 February 2008)), p. 65 och 76–81 preciserar kraven på en sådan utredning. Resultatet av utredningen skall också bli känt och ansvariga skall få sina straff, se till exempel *Ali and Ayse Duran v. Turkey* (application nr 42942/02, Judgment of 8 April 2008 (final 8 July 2008)), p. 70–71.

892 En fängslad persons mänskliga värdighet måste respekteras, vilket innebär att det allmänna måste kunna hantera mycket svårt sjuka personer på ett värdigt sätt när de är frihetsberövade. *Scoppola c. Italie* (requête numéro 50550/06, Jugement du 10 juin 2008 (définitif le 26 janvier 2009)). Se också *Scoppola v. Italy (No. 2)* (application nr 10249/03, Judgment of 17 September 2009 (Grand Chamber)).

893 *Osman v. the United Kingdom* (application nr 23452/94, Judgment of 28 October 1998) p. 115–116.

894 *Keenan v. the United Kingdom* (application nr 27229/95, Judgment of 3 April 2001), p. 92. I *Keenan*-fallet kom Europadomstolen fram till att artikel 2 inte hade kränkts, se p. 99 och 101

895 *Ramirez Sanchez v. France* (application nr 59450/00, Judgment of 4 July 2006) (Grand Chamber)), p. 116.

896 *Tekin v. Turkey* (application nr 22496/93, Judgment of 9 June 1998) p. 52; *Keenan v. the United Kingdom*, p. 109. Europadomstolen har uttalat att psykiskt sjuka är mer utsatta än andra, se *Keenan v. the United Kingdom,* p. 111.

897 Se till exempel *Mehmet Emin Yüksel v. Turkey*, application nr 40154/98, Judgment of 20 July 2004, p. 25 och 30.

utifrån om behandlingen kan anses som omänsklig när den försämrar den fängslades hälsa.[898]

En dimension av rätt till hälsa och mänsklig värdighet framkommer i relation till artikel 3 av domskälen i *D v. the United Kingdom,*[899] där det var fråga om utvisning av en allvarligt sjuk utländsk medborgare som dömts till långt fängelsestraff för grov brottslighet. Mannen hade under sin tid i fängelse utvecklat AIDS i framskridet stadium.[900] I fängelset hade han fått vård, men utvisningen till hemlandet skulle enligt läkarna innebära en tidigare död, då resurser för vård saknades i hemlandet. Storbritannien ansåg att artikel 3 respekteras tillräckligt väl om bara D fysiskt klarar av resan. Europadomstolen avfärdar statens invändning och understryker att en verklig risk att dö under bedrövliga omständigheter i sig är en kränkning av artikel 3. De särskilda omständigheter som präglade fallet och de humanitära omständigheterna gjorde att Storbritannien ansågs ha brustit i sina åtaganden avseende artikel 3. Någon rätt till medicinsk vård uttalade inte Europadomstolen, men däremot innebär målet att en individ kan ha rätt att kräva fortsatt behandling om avbrytande skulle innebära att artikel 3 aktualiseras.[901] I målet *N. v. the United Kingdom*[902] tog Europadomstolen ställning till om kraven som satts i *D. v. the United Kingdom* var för höga. Domstolen konstaterar att EKMR främst syftar till att skydda medborgerliga och politiska rättigheter, även om dessa kan ha social eller

---

[898] *Öcalan v. Turkey* (application nr 46221/99, Judgment of 12 May 2005 (Grand Chamber)), *Messina v. Italy (No 2)*, (application nr 25498/94, Judgment of 28 September 2000) samt *Argenti v. Italy* (application nr 56317/00, Judgment of 10 November 2005). Jämför *Ramirez Sanchez v. France*, p. 134 där isoleringen inte bedömdes nå den nivå som krävs för att artikel 3 skall bli tillämplig.

[899] *D. v. the United Kingdom* (application nr 30240/1996, Judgment of 2 May 1997). Jämför även *Keenan v. the United Kingdom.*

[900] *Keenan v. the United Kingdom*. Se också *Powell v. the United Kingdom*, (Decision on admissibility, 4 May 2000).

[901] I *B.B. v. France* (application nr 30930/96, Judgment of 7 September 1998) var omständigheterna liknande de i fallet *D. v. the United Kingdom*, vilket innebar att Frankrike ansågs ha kränkt artikel 3 EKMR. I målen *Karara v. Finland* (application nr 40900/98, Commission decision of 29 May 1998), *S.C.C. v. Sweden* (application nr 46553/99, Decision of 15 February 2000), *Bensaid v. the United Kingdom* (application nr 44599/98, Judgment of 6 February 2001), *Arcila Henao v. the Netherlands* (application nr 13669/03, decision of 24 June 2003), *Ndangoya v. Sweden* (application nr 17868/03, decision of 22 June 2004) samt *Amegnigan v. the Netherlands* (application nr 25629/04, decision of 25 November 2004) ansågs inte klagandena vara så sjuka att det skulle strida mot artikel 3 EKMR att skicka tillbaka dem till deras hemländer. Jämför kommissionens beslut *Ibrahim Tanko v. Finland*, application nr 23634/94, decision of 19 May 1994, p. 1.

[902] *N. v. the United Kingdom* (application nr 26565/05, Judgment of 27 May 2008 (Grand Chamber)).

ekonomisk innebörd. Konventionen syftar till att uppnå en rättvis avvägning mellan det allmännas intressen och den enskildes. Artikel 3 EKMR kräver inte att konventionsstaterna skall ge fri och obegränsad vård samt möjlighet att stanna på konventionsstatens territorium åt personer de inte har ansvar för.[903] Klaganden i målet ansågs inte kunna visa på sådana särskilda omständigheter som var för handen i *D. v. the United Kingdom*. Hennes medicinska tillstånd var inte kritiskt, tack vare den långa behandling hon fått i Storbritannien. Domstolen ansåg att hon kunde utvisas till hemlandet Uganda och menade att hennes beskrivning av en för tidig och svår död inte kunde bevisas.[904] Domen visar att de höga kraven i *D. v. the United Kingdom* står fast. Det framgår också att den enskildes fattigdom och utsatthet i hemlandet inte påverkar domstolen i bedömningen. Inte heller det faktum att WHO förklarat att endast hälften av de sjuka i Uganda har tillgång till medicin och behandling påverkade bedömningen. Det finns dock en viss nyansskillnad i förhållande till 1997 års fall. Behandlingen av HIV/AIDS hade utvecklats mycket under de tio år som gått mellan de två fallen. Detta innebär att domstolen ser sjukdomen som mindre allvarlig år 2008, vilket kan tyda på att omständigheterna i 1997 års fall på sätt och vis blir ännu mer extraordinära. Ett viktigt förtydligande görs också av domstolen när den slår fast att bedömningen enligt *D. v. the United Kingdom* också är tillämplig på utvisningsfall där individerna har andra svåra sjukdomar.[905]

I fallet *Z and others v. the United Kingdom* [906] var det fråga om fyra syskons rätt till en värdig uppväxt, sedan de levt under svåra förhållanden i barndomshemmet. Den sanitära miljön var så dålig att deras hälsa både psykiskt och fysiskt försämrades. De brittiska myndigheterna hade utrett fallet under flera år, men inte ingripit tillräckligt kraftfullt. Domstolen menade att barnens levnadsförhållanden var så svåra att staten borde ha ingripit på ett kraftfullare sätt i enlighet med den skyldighet artikel 3 innebär.[907] *A v. the United Kingdom*[908] handlar om en pojke som blev svårt misshandlad av sin styvfar. När styvfadern åtalades för barnmisshandel, så

---

903 *N. v. the United Kingdom*, p. 17.

904 *N. v. the United Kingdom*, p. 50–51.

905 *N. v. the United Kingdom*, p. 45: "[…] the same principles must apply in relation to the expulsion of any person afflicted with any serious, naturally occuring physical or mental illness which may cause suffering, pain and reduced life expectancy and require specialised medical treatment which may not be so readily available in the applicant's country of origin or which may be available only at substantial cost." Domarna är beklagansvärda utifrån ett rättighetsperspektiv och motverkar rätten till hälsa för dem som är mest utsatta.

906 *Z and others v. the United Kingdom* (application nr 29392/95, Judgment of 10 May 2001).

907 A. dom, p. 74.

908 *A v. the United Kingdom* (application nr 25599/94, Judgment of 23 September 1998).

valde den nationella domstolen att fria honom. Pojken klagade till Europadomstolen och menade att den brittiska staten misslyckats med att skydda honom från misshandeln och att den nationella lagstiftningen inte levde upp till konventionens krav på statens aktiva agerande för att respektera konventionen. Europadomstolen ansåg att misshandeln av pojken var så allvarlig att artikel 3 var aktuell. Storbritannien hade dessutom misslyckats med att skydda honom från misshandeln och därmed brustit i sina skyldigheter, då juryn i rättegången mot styvfadern friat denne trots de bevis som förekom i målet.[909] Den nationella lagstiftningen medgav nämligen att det var upp till den misshandlade (barnet) att bevisa att misshandeln var orättmätig och inte upp till den åtalade (styvfadern) att den var skälig i syfte att uppfostra barnet.[910] Här ser vi alltså två mål om barns fysiska och psykiska hälsa där domstolen fäller konventionsstaten för att den inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att garantera barnens säkerhet, i vilket hälsa ingår.

3.3.2.3.2 Hälso- och sjukvård i ljuset av artiklarna 2 och 3 EKMR

Vi har kunnat konstatera att konventionsstaterna är skyldiga att vidta åtgärder för att skydda rätten till liv i artikel 2 EKMR.[911] Enligt Europadomstolens avgörande i målet *Powell v. the United Kingdom*[912] har staterna positiva skyldigheter på hälso- och sjukvårdsområdet enligt artikel 2 EKMR. Skyldigheten inbegriper skapandet av ett självständigt system ”for establishing the cause of death of an individual under the care and responsibility of health professionals and any liability on the part of the latter”.[913] Staterna är dessutom skyldiga att tillse att både offentliga och privata sjukhus vidtar de åtgärder som krävs för att skydda patienters liv.[914]

I fråga om abort har domstolen undvikit att ta ställning till om artikel 2 EKMR är tillämplig. I målet *Vo v. France* konstaterar den att det inte finns någon gemensam syn bland konventionsstaterna i fråga om när livet börjar och det medför att konventionsstaterna själva kan bestämma hur

---

909 A. dom, p. 23–24.

910 Jämför *Campbell and Cosans v. the United Kingdom* (application nr 7511/76 and 7743/76, Judgment of 25 February 1982). Aga av barn i skolan ansågs i det fallet kränka artikel 2 i tilläggsprotokoll 1 (rätten till utbildning), men ej artikel 3 EKMR.

911 Se till exempel *Öneryildiz v. Turkey* (application nr 48939/99, Judgment of 30 November 2004).

912 *Powell v. the United Kingdom* (application nr 45305/99, decision on admissibility of 4 May 2000).

913 *Powell v. the United Kingdom*, p. 1. Detta bekräftades i domen *Calvelli and Ciglio v. Italy*, (application nr 32967/96, Judgment of 17 January 2002, (Grand Chamber)) p. 49.

914 *Calvelli and Ciglio v. Italy*, p. 49. Se också *Taylor and others v. the United Kingdom*, application nr 23412/94, Decision on the admissibility of 30 August 1994 (kommissionen).

lagstiftningen i frågan skall utformas.[915] Fallet handlar om två kvinnor som förväxlats med varandra. Den ena kvinnan fick fel medicinsk behandling, vilket ledde till att hon tvingades genomgå abort. De franska domstolarna menade att det inte var fråga om vållande till annans död, eftersom fostret inte ansågs vara en person. Europadomstolen ansåg att det var upp till konventionsstaterna att själva bestämma i frågan.[916]

I beslutet *X. v Denmark*[917] konstaterar kommissionen att artikel 3 i vissa fall kränks när medicinsk behandling av experimentell karaktär genomförs utan patientens samtycke. Mot detta ställs domen *Herczegfalvy v. Austria* där Europadomstolen anför att terapeutiskt nödvändig behandling och ingrepp i regel inte kan utgöra tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling enligt artikel 3 EKMR.[918]

Aktiv dödshjälp kom upp till bedömning i målet *Pretty v. the United Kingdom*,[919] Såväl artikel 2 och 3 som artikel 8 aktualiserades. En svårt sjuk kvinna ville att hennes man skulle få åtalsimmunitet för att hjälpa henne att ta sitt liv. När myndigheterna vägrade att bevilja åtalsimmuniteten, klagade hon till Europadomstolen. Hon menade att beslutet stred mot artikel 2 och 8 EKMR. Rätten att dö ingår inte i rätten till liv som stadgas i artikel 2 EKMR. Artikeln åligger staten skyldigheten att skydda liv.[920] Däremot ansåg domstolen att kvinnans rätt till privatliv inskränkts genom beslutet. Inskränkningen var dock godtagbar. Syftet med beslutet var att skydda människoliv och det ansåg domstolen vara godtagbart. Dessutom var ingreppet proportionerligt.[921]

Patientens rätt att bestämma över vård i livets slutskede behandlas av Europadomstolen i *Burke v. the United Kingdom*.[922] Burke ansåg att hans rättigheter enligt artikel 2 EKMR respekterades. Han önskade själv bestämma hur han skulle vårdas i slutskedet av sitt liv. Den nationella

---

915 *Vo v. France* (application nr 53924/00, Judgment of 8 July 2004 (Grand Chamber)) p. 82.

916 *Vo v. France*, p. 85. Mot detta kan ställas fallet *Evans v. the United Kingdom* ställas (application nr 6339/05, Judgment of 7 March 2006). Evans ansåg att hennes rättigheter enligt artiklarna 2, 8 och 14 hade kränkts av Storbritannien då hon inte fick genomgå IVF-behandling, sedan hennes partner ångrat sig och inte längre önskade bilda familj med henne. Beslutet att göra IVF-behandlingen hade fattats gemensamt av paret efter att Evans fått diagnosen cancer. Behandlingen var hennes enda chans att få biologiska barn.

917 *X. v. Denmark* (application nr 9974/82, Decision on admissibility of 2 March 1983).

918 *Herczegfalvy v. Austria* (application nr 10533/83, Judgment of 24 September 1992).

919 *Pretty v. the United Kingdom* (application nr 2346/02, Judgment of 29 April 2002 (final 29 July 2002)).

920 *Pretty v. the United Kingdom*, p. 39–40. Jämför *Keenan v. the United Kingdom*. Resonemanget är det samma avseende artikel 3, se a. dom, p. 54 och 56.

921 *Pretty v. the United Kingdom*, p. 77.

922 *Burke v. the United Kingdom* (application nr 19807/06, Decision on admissibility of 17 May 2006).

lagstiftningen tillät läkare avbryta livsuppehållande behandling endast om det fanns mycket liten chans att överleva och om lidandet var stort. I annat fall krävdes medgivande från domstol. Burke led av en nervsjukdom som så småningom skulle göra honom helt förlamad. Han fruktade att dö av törst och svält, vilket enligt klaganden inte togs upp av den nationella lagstiftningen.[923] Europadomstolen menade att det inte förelåg någon kränkning av konventionen. Det var i linje med EKMR att låta läkarna bestämma vad som ligger i patientens intressen. Om alltför mycket överläts till domstolarna, så skulle läkarna och annan vårdpersonal inte våga behandla patienter. Skyldigheterna enligt artikel 2 går ut på att staten skall inrätta åtgärder för att skydda rätten till liv och enligt artikel 3 att säkerställa att ingen utsätts för tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling. Den senare artikeln hade inte kränkts eftersom Europadomstolen fann det osannolikt att läkarna skulle låta Burke på ett smärtsam och plågsam sätt.[924]

Europadomstolen har antytt att kränkning av artikel 3 skulle kunna aktualiseras om en persons levnadsstandard anses allt för låg,[925] men praxis är ännu inte tillräckligt uttalad för att det skulle kunna vara fråga om ett tröskelvärde som är satt av domstolen. I begreppet omänsklig och förnedrande behandling har hittills inte fattigdom kunnat ingå.[926] Däremot

---

[923] Därmed ansåg han också att hans rättigheter enligt artikel 3 hade kränkts. Artikel 8 och skyddet för privatlivet hade också kränkts i det brittiska regelsystemet, enligt klaganden. Eftersom han inte fick påverka sin vård i förväg, så skulle han inte ha någon möjlighet till självbestämmande senare när han var oförmögen att kommunicera med omvärlden.

[924] Möjligheten till självbestämmande i en vårdsituation bedömdes också i *Glass v. the United Kingdom* (application nr 61827/00, Judgment of 9 March 2004) där föräldern till ett svårt sjuk barn menade att hon och barnet utsatts för godtycklig behandling från läkarnas sida och att domstolarna inte gjort en självständig bedömning utan helt gått på läkarnas linje. Barnet medicinerades kraftigt trots moderns protester. Europadomstolen kom fram till att artikel 8 var tillämplig och att det påtvingade kroppsliga ingreppet inte kunde motiveras, a. dom p. 81–83.

[925] *Pancenko v. Latvia*, (application nr 40772/98, Decision on admissibility of 28 October 1999), *Nitecki v. Poland* (application nr 65653/01, Decision on admissibility of 21 March 2002). ES-kommittén har definierat fattigdom som ”fifty per cent of the media equivalised income”, se conclusions XVIII-1, 2004, och nedan avsnitt 3.3.3.9.2.

[926] I *Larioshina v. Russia* (application nr 56869/00, Decision on admissibility of 25 June 1999) yttrar dock domstolen att ”a complaint about a wholly insufficient amount of pension and other social benefits may, in principle, raise an issue under Article 3 of the Convention which prohibits inhuman or degrading treatment.” Notera också fallet *Moldovan and others v. Russia* (application nr 41138/98; 64320/01, Judgment no 2 of 12 July 2005, (final 30 November 2005)). Statens underlåtenhet att handla för de romer som i fallet förlorat sina hem och därefter levde under mycket svåra förhållanden gjorde att Rumänien fälldes för att ha kränkt artikel 3 (men också artiklarna 6 och 8, var för sig och tillsammans med artikel 14). Se särskilt a. dom, p. 110.

har domstolen uttalat att artikel 3 kräver att staten agerar genom att ge stöd till en person med svåra funktionshinder. Om staten inte agerar nekas individen helt ett privatliv, vilket strider mot artikel 8.[927]

3.3.2.4 Processuella garantier och sociala rättigheter, artikel 6 EKMR

Målen *Airey v. Ireland* samt *König v. Germany* har tydliggjort hur Europadomstolen ser på rätten till domstolsprövning (artikel 6) i samband med socialförsäkringsmål.[928] För att artikel 6 skall vara tillämplig, krävs att frågan faller under ”civil rights” vilket innebär att domstolen är tvungen att göra en bedömning av om den ifrågasatta rättigheten är av privaträttslig karaktär eller ej. Den privaträttsliga karaktären är således ett led i att artikel 6 skall anses tillämplig. På så sätt ger artikeln den formella inramningen till socialförsäkringsmål, utan att identifiera *hur* socialförsäkringsskyddet skall utformas. *Feldbrugge v. the Netherlands*[929] och *Deumeland v. Germany*[930] var de första fallen där artikel 6 kom att tillämpas i fråga om sjukförsäkringar. I dessa fall var anslutning till socialförsäkringssystemen i fråga obligatoriskt enligt nationell lagstiftning, men förmånerna betalades ut via privata försäkringsorgan. ”Välfärdsbetalningar” jämställdes i dessa fall för första gången med medborgerliga rättigheter med hänsyn till den betydelse de har för enskilda. Dessa två fall följdes senare av *Salesi v. Italy*.[931] *Salesi*-målet är av principiellt intresse då det behandlar socialhjälp finansierat helt med allmänna medel. Europadomstolen understryker i domen att det här var fråga om ”welfare assistance” och inte socialförsäkring, men att graden av statlig inblandning i det sociala stödet inte var sådan att artikel 6 inte kunde tillämpas. [932]

---

927 *Marzari v. Italy* (application nr 36448/97, Decision on admissibility 4 May 1999).

928 *Airey v. Ireland*, p. 89; *König v. Germany* (application nr 6232/73, Judgment of 28 June 1978) p. 89. I dessa samt i de efterföljande målen understryker Europadomstolen att konventionsstaternas sociala trygghetssystem sinsemellan ser mycket olika ut, både avseende lagstiftning och praxis.

929 *Feldbrugge v. the Netherlands* (application nr 6232/73, Judgment of 29 May 1986).

930 *Deumeland v. Germany*. I såväl detta som det föregående fallet handlade det om socialförsäkringar som kännetecknades av starka civilrättsliga drag. Europadomstolen gör en bedömning i varje enskilt fall för att se om de civilrättsliga eller offentligrättsliga kännetecknen dominerar.

931 *Salesi v. Italy*.

932 A. dom, p. 19. I *Francesco Lombardo v. Italy* (application nr 11519/85, Judgment of 26 november 1992) tas statliga pensioner upp. Se också *Muller v. Austria* (application nr 5849/72, Decision on admissibility of 16 December 1972) samt *Mennitto v. Italy* (application nr 33804/96, Judgment of 5 October 2000). Mennitto-målet handlade om förmåner till en pojke med funktionshinder. Regeringen anförde där att förmånen inte kunde ses som en

Schouten and Meldrum v. the Netherlands [933] handlade om inbetalning av sjukförsäkringsavgifter. VD:n (Schouten) för en klinik med sjukgymnaster upprättade ett avtal med sjukgymnasterna. Han stod för lokalerna och utrustning mot att sjukgymnasterna gav honom 35 procent av det de tjänade. Han ordnade också, enligt avtalet, flera sjukförsäkringskontrakt på sjukgymnasternas vägnar, vilka själva betalade in de summor som försäkringarna kostade. Efter ett par år köpte sjukgymnasterna kliniken av Schouten varpå avtalet dem emellan upphörde. En kort tid därefter emottog den före detta VD:n ett retroaktivt krav på betalning till olika sjukförsäkringar, upprättade enligt lag. Han begärde omprövning av beslutet, vilket avslogs på den grunden att även om det inte var fråga om ett anställningskontrakt mellan honom och sjukgymnasterna så var avtalet dem emellan att se som ”social equivalent” till ett anställningskontrakt.[934] I nationell domstol anförde Schouten att han inte fått ta del av ansvarig myndighets beslut i skälig tid och att detta hotade hans möjligheter att få saken prövad. Den nationella instansen beklagade myndighetens dröjsmål, men förklarade att artikel 6 påverkade frågan. Han var trots allt skyldig att betala avgifterna.

Klagandena anförde också i Europadomstolen att artikel 6 hade kränkts. Den svarande staten ansåg att artikeln inte var tillämplig då det inte kunde vara fråga om ”civil rights and obligations” när det handlade om betalningar till socialförsäkringar. Såsom systemet var konstruerat liknade betalningarna skatter och de reglerades genom lag, inte genom avtal.

Detta är alltså det första fall som handlar om betalning till socialförsäkringar, vilket skiljer sig från de fall som behandlat rätten till förmåner enligt socialförsäkringar. Domstolen ansåg att synsättet som framfördes i *Feldbrugge*-fallet också kan tillämpas i *Schouten and Meldrum*. Precis som i Feldbrugge var det fråga om socialförsäkringar som var stadgade i lag, som var obligatoriska och som administrerades av ett organ tillhörande det allmänna eller i vart fall enligt instruktioner från staten. Dessa tre faktorer innebär att socialförsäkringarna till övervägande del är offentligrättsliga. Mot detta ställs att privata försäkringar i Nederländerna inte skiljer sig från de offentligrättsligt reglerade:

> In the Court's opinion, greater weight should be attached to the similarities between the social-security schemes and private insurance than to the difference adverted to by the Government, namely the lack of a direct connection between

---

civil rättighet eftersom det var ett gynnande från statens sida i solidaritetens namn. Argumentet godtogs inte av Europadomstolen (a. dom, p. 22 och 26).

933 *Schouten and Meldrum v. the Netherlands* (application nr 19005/91, 19006/91, Judgment of 9 December 1994).

934 A. dom, p. 11. Meldrum var i samma situation.

> payment of contributions and entitlement to benefits. It may be that an employer's failure to fulfill his obligations under the social-security schemes does not affect the employee's entitlement to benefits under those schemes. That, however, is a specific feature of social security which follows from its very nature as a special legal relationship; although "grafted onto" the contract of employment, it essentially derives from employees' perceived need of social protection and, consequently, is designed to ensure such protection.[935]

Europadomstolen kommer också fram till att de civilrättsliga dragen i försäkringarna överväger vilket gör att artikel 6 blir tillämplig. Schoutens och Meldrums skyldighet att betala avgifter till sociala välfärdssystem kunde därför prövas i relation till artikel 6. [936]

Distinktionen mellan vad som kan anses höra till den civilrättsliga respektive offentligrättsliga sfären har blivit allt svårare för Europadomstolen att bedöma i relation till artikel 6 och domstolen går allt mer över till att fokusera på den *ekonomiska natur* som kravet kan anses ha.[937] Utvecklingen som visas ovan avseende äganderättsskyddet i EKMR, ser vi alltså avseende artikel 6.[938] Rekvisitet ”vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter” i artikel 6 kan idag även anses inkludera sociala rättigheter, eller understödja sociala element, i nationell rätt. [939] Även här ser vi ett exempel på ”integrated approach” i Europadomstolens praxis. Vi har kunnat konstatera att rättighetens ekonomiska natur ges större utrymme. Detta leder till att rättighetsanspråket förstärks och att domstolen ger berättigade förväntningar mer utrymme. Den enskildes bidrag till systemet får således mindre betydelse.

3.3.2.5 Rätten till privatliv, artikel 8 EKMR

Ekonomiska och sociala rättigheter har också visat sig relevanta för bedömningen av rätten till privatliv enligt artikel 8. Två exempel är *Lópe*z

---

935 A. dom, p. 59.

936 I målet *Schuler-Zgraggen v. Switzerland* ansågs artikel 6 också vara tillämplig när det handlar om sociala förmåner som regleras i lag och som kräver något slags prövning för att komma individen till godo. Angående bostadsbidrag som en del av rekvisitet ”civila rättigheter och skyldigheter”, se *Tsfayo v. the United Kingdom* (application nr 60860/00, Judgment of 14 November 2006) p. 46 och 47. Artikel 6 var tillämplig i målet.

937 I *Salesi*-målet hade domstolen problem med att förklara de offentligrättsliga aspekterna som trots allt kom att ingå i ”civil rights”, se också *Le Calvez v. France* (application nr 25554/94, Judgment of 29 July 1998) p. 57–58 samt *Mennitto v. Italy*, p. 28. (I målen *Kerojärvi v. Finland*, application nr 17506/90, Judgment of 19 June 1995, respektive *Paskhalidis and others v. Greece* (application nr 20416/92; 22857/93, Judgment of 24 February 1997) höll Europadomstolen fortfarande fast vid distinktionen.

938 För en analys av konsekvenserna av detta för svenskt vidkommande, se del V.

939 Se också Mårsäter, O, *Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning* s. 220 ff.

Ostra v. Spain,[940] och *Hatton and others v. the United Kingdom*.[941] Det första fallet rör rätten till hälsa och det senare rätten till bostad.

López Ostra och hennes familj fick hälsoproblem på grund av gasutveckling och dålig luft från en avfallsstation som placerats nära hennes hem. Frågan inför domstolen kom att bli huruvida staten gjort tillräckligt för att skydda klagandens rätt till privatliv. Domstolen menar att en avvägning måste göras mellan individen och samhället samt att staten självklart har en viss ”margin of appreciation”. Samtidigt hade många människor börjat må dåligt av utsläppen från anläggningen. Domstolen kom fram till att staten i detta hänseende brustit i förhållande till sina skyldigheter. Staten hade inte lyckats att göra en rättvis avvägning mellan den enskildes intressen, å ena sidan, och det allmännas, å andra sidan. Därmed understryker domen de positiva förpliktelser som artikel 8, enligt Europadomstolens praxis, sedan lång tid inneburit för konventionsstaterna.[942]

Hatton-fallet avgjordes i Grand Chamber och rörde frågan om nattlig flygtrafik från den stora flygplatsen Heathrow inkräktat på klagandenas rätt till bostad, till den grad en sådan rätt kan sägas ingå i rätten till privat- och familjeliv.[943] I den allmänna avvägningen av den enskildes intressen mot samhällets konstaterar domstolen vid flera tillfällen att det ekonomiska bidrag till samhället som flygningarna medför väger tyngre än de (subjektiva) obehag individerna kan uppleva. Staten hade inte varit konsekvent i tillämpningen av flygrestriktioner och tillhörande regler, varför domstolen ansåg sig kunna kritisera dess sätt att hantera dess ”margin of appreciation”.[944] Staten hade misslyckats med avvägningen mellan det allmännas och den enskildes intresse – striking a fair balance – vilket underströks av den långa tid som situationen fortgick och av statens underlåtenhet att följa domstolsbeslut som var till klagandens fördel.[945]

---

[940] *López Ostra v. Spain* (application nr 16798/90, Judgment of 9 December 1994).

[941] *Hatton and others v. the United Kingdom* (application nr 36022/97, Judgment of 8 July 2003).

[942] *López Ostra*, p. 57–58. Domstolen bekräftade detta resonemang i målen *Guerra and others v. Italy* (application nr 116/1996/735/932, Judgment of 19 February 1998, p. 60) och *Fadeyeva v. Russia* (application nr 55723/00, Judgment of 30 November 2005, p. 132). Inte i något av dessa fall fann Europadomstolen att det fanns anledning att pröva artikel 2 EKMR.

[943] *Hatton and others v. the United Kingdom* (application nr 36022/97, Judgment of 2 October 2001).

[944]Jämför *López Ostra*, p. 58

[945] *Hatton and others v. the United Kingdom*, p. 107 (2001). Grand Chamber kom dock till motsatt slutsats i sin dom (Judgment of 8 July 2003). Den senare domen bekräftar bedömningen som gjordes i målet *Powell and Rayner v. the United Kingdom* (application nr 9310/81, Judgment of 21 February 1990) p. 45. Skillnaden mellan domen i *Hatton*-målet år 2003 och *Powell and Rayner* är att den förra slår fast att rätten till ett effektivt rättsmedel (artikel 13) har kränkts. Den bedömningen går domstolen inte in på i Powell and Reyner, eftersom den inte ansåg att artikel 8 var tillämplig.

Påtvingat kroppsligt ingrepp är alltid ett intrång i rätten till privatliv.[946] Rättighetsinskränkningen kan vara motiverad om den görs i syfte att skydda andra människors rättigheter.[947] I rätten till privatliv ingår också rätten att själv bestämma om man vill ha en viss medicinsk behandling. Ingreppen som patienten fått utstå i fallet *Herczegfalvy v. Austria*[948] var dock motiverade av medicinska skäl, då patientens tillstånd var så allvarligt att han inte hade kunnat ge sitt samtycke till behandling.[949]

Är det förenligt med artikel 8 att inskränka rätten att göra abort? *Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* visar att det inte är en begränsning av privatlivet att inskränka möjligheten att göra abort. [950] Graviditet ansågs inte enbart höra till privatlivet, vilket bekräftas av att konventionsstater har antagit juridiska regler för att reglera abortfrågan. Avsaknad av rätten att hindra sin fru från att göra abort diskuteras i *X v. the United Kingdom*[951] där kommissionen kom fram till att en makes rätt till privatliv begränsades genom att han inte har möjlighet att hindra sin fru från att göra abort. Inskränkningen var dock godtagbar då den syftade till att skydda kvinnans rätt till privat- och familjeliv.[952]

---

946 *X v. the Netherlands* (application nr 8239/78, Decision of 4 November 1978 (Kommissionen)).

947 Kommissionen har därför godtagit blodprov i samband med alkoholtester i trafiken (*X v. the Netherlands*, application nr 8239/78, Decision on admissibility of 4 November 1978), blovprov till ett faderskapstest (*X. v. Austria*, application nr 8278/78, Decision on admissibility of 13 December 1979), tuberkulostest och röntgen (*Acmanne and others v. Belgium*, application nr 10435/83, Decision on admissibility of 10 December 1984) urinprov (*Peters v. the Netherlands*, application nr 21132/93, Decision on admissibility of 6 April 1994) samt obligatorisk kontroll av skolbarns tänder (*J.R. and others v. Switzerland*, application nr 22398/93, Decision of 5 April 1995). Även psykiatrisk undersökning räknas som påtvingat ingrepp och godtogs som begränsning av artikel 8 i fallet *Matter v. Slovakia* (application nr 31534/96, Judgment of 5 July 1999), p. 64.

948 *Herczegfalvy v. Austria* (application nr 10533/83, Judgment of 24 September 1992) p. 82.

949 Föräldrars eller ställföreträdares samtycke till medicinsk behandling är också av betydelse i relation till artikel 8 EKMR. Röjande av uppgifter i patientjournaler till föräldrar eller ställföreträdare har ansetts utgöra godtagbara begränsningar av rätten till privatliv om det sker i ett legitimt syfte. Se *Z. v. Finland* (application nr 22009/93 1997, Judgment of 25 February 1997) och *M.S. v. Sweden* (application nr 20837/92, Judgment of 27 August 1997).

950 *Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* (application nr 6959/75, Decision on admissibility of the 19 May 1976 (kommissionen)). *Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany* (application nr 6959/75, Report of the Commission adopted on 12 July 1977) p. 59 och 61.

951 *X v. the United Kingdom* (application nr 8416/79, Decision on admissibility of 13 May 1980 (kommissionen)).

952 *X v. the United Kingdom*, p. 26. Rätten till liv (artikel 2 EKMR) ansågs inte vara tillämplig på fostret, a. dom, p. 22–23.

Rätten att få sin vård bekostad av det allmänna kan inte grundas på artikel 8 enligt avgörandet i *Powell*-målet.[953] Detta nyanseras till viss del i andra fall[954] och slutsatsen som kan dras är att staten har en vid tolkningsmarginal avseende fördelningen av de allmänna medlen. En yttersta gräns sätts dock genom diskrimineringsförbudet i artikel 14 EKMR. Om resurserna fördelas på ett sådant sätt att vissa grupper inte får en viss vård, medan andra erhåller den, så kränks konventionen.[955]

Konventionsstaterna har stor frihet att bestämma hur resurser på hälso- och sjukvårdens område skall fördelas. *Pentiacova and others v. Moldavia*[956] Men om vården är bristfällig och därmed leder till dödsfall eller en stor risk för dödsfall, så kan artikel 2 EKMR bli tillämplig.[957] Huvudfrågan i fallet blev om det hade avsatts tillräckliga allmänna medel för den typ av behandling som klagandens tillstånd krävde, hemodialysbehandling av njursvikt. *Pentiacova and others v. Moldavia* anger att en konventionsstats handling eller underlåtenhet att handla avseende hälso- och sjukvård kan aktualisera ansvar enligt artikel 2 EKMR.[958] Om en patients liv riskeras av att det allmänna nekar henne vård som den är skyldig att ge den övriga befolkningen, så aktualiseras ansvar enligt artikel 2.[959]

Konventionsstaterna är enligt Europakonventionen inte tvungna att betala för mediciner som inte är listade som erkända mediciner.[960] Staternas skyldighet att vidta åtgärder för att skydda rätten till liv i artikel 2 EKMR skulle kunna tolkas som att det krävs att staten står för kostnaden av vissa behandlingar eller mediciner som är nödvändiga för att rädda liv.[961]

---

953 *Powell v. the United Kingdom* (application nr 45305/99, Decision on admissibility of 4 May 2000) i avsnitt C.

954 *Zehnalová and Zehnal v. Tjeckien* (application nr 38621/97, Decision on admissibility of 14 May 2002) och *Sentges v. the Netherlands* (application nr 27677/02, Decision on admissibility of 8 July 2003), vilka rörde åtgärder för att underlätta rörligheten för och vård av personer med funktionsnedsättning. Jämför Brännström, L, *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning* s. 80.

955 Brännström, L, a.a.s. 80.

956 *Pentiacova and others v. Moldova* (application nr 14462/03, Decision on admissibility of 4 January 2005).

957 Jämför *Association X v. the United Kingdom* (application nr 7154/75, Decision on admissibility of 12 July 1978 (kommissionen)).

958 *Pentiacova and others v. Moldova* hänvisar till *Powell v. the United Kingdom*, application nr 45305/99, Decision on admissibility of 4 May 2000, i avsnitt C.

959 *Pentiacova and others v. Moldova*, avsnitt C, med hänvisning till *Nitecki v. Poland*, application nr 65653/01, Decision on admissibility of 21 March 2002 och *Cyprus v. Turkey* (application nr 25781/94, Judgment of 10 May 2001).

960 *Roberto Scialacqua v. Italy* (application nr 34151/96, Decision on admissibility of 1 July 1998 (kommissionen)).

961 Jämför Brännström, L, a.a.s. 78.

Väntetider i samband med vård har också bedömts i relation till artikel 8. I målet *Scialacqua* ansåg klaganden att det tagit för lång tid att få tid för en undersökning och att hennes rättigheter enligt artikel 8 EKMR därför hade kränkts. [962] Kommissionen ansåg att hon inte hade visat att väntetiden försämrat hennes hälsotillstånd, varför en kränkning av artikel 8 EKMR inte förelåg. Beslutet visar att om staten är skyldig att tillhandahålla vård, men att behandling dröjer och dröjsmålet försämrar patientens hälsa så kan en kränkning av artikel 8 vara för handen.

Artikel 8 innebär alltså ett förbud för staten mot att blanda sig i enskildas privatliv och också en positiv skyldighet att på ett effektivt sätt skydda individens privatliv i relation till andra. När statlig myndighet berövat en enskild hans bostad, har det ansetts utgöra en kränkning av EKMR när staten i särskild lagstiftning medgett rådighetsinskränkningar av ett bostadshus.[963] Artikeln skyddar dock enbart redan existerande hem och boende och inte en förväntan om att få ett sådant, enligt målet *Velosa Barreto v. Portugal*.[964] Statens skyldighet att agera gäller också i relation till personer med funktionshinder. Staten skall, så långt det går, möjliggöra ett normalt privat- och familjeliv och det boende som kan sägas ingå däri.[965]

Även socialförsäkringar kan aktualiseras av artikel 8. Österrike fälldes i Europadomstolen för att endast ha låtit mödrar ha rätt till ersättning vid föräldraledighet. Domstolens resonemang gick ut på att föräldraförsäkringen är ett sätt för Österrike att skydda rätten till familjeliv, och eftersom inte män fick ta del av detta skydd så ansågs Österrike ha kränkt artikel 8 i kombination med artikel 14 i *Petrovic*-målet.[966]

Vi ser alltså återigen att sociala rättigheter inkluderas i tillämpningen av Europakonventionens medborgerliga och politiska rättigheter. Rättigheterna förstärker dessutom varandra. Diskrimineringsförbudet är än en gång av väsentlig betydelse för förstärkningen av de sociala rättigheterna.

---

962 *Passannante v. Italy* (application nr 32647/96, Decision on admissibility of 1 July 1998 (kommissionen)).

963 *Gillow v. the United Kingdom* (application nr 9063/80, Judgment of 24 November 1986) se särskilt p. 57. Om expropriation och berättigade förväntningar, se *Aka v. Turkey* (application nr 107/1997, Judgment of 23 September 1998).

964 *Velosa Barreto v. Portugal* (application nr 18072/91, Judgment of 26 October 1995) p. 24.

965 *Botta v. Italy* (application nr 21439/93, Judgment of 24 February 1998).

966 *Petrovic v. Austria* (application nr 20458/92, Judgment of 27 March 1998). Europadomstolen förklarar noggrant att den inte kräver att en dylik försäkring skall finnas, men att om den finns så måste diskrimineringsförbudet respekteras. Målet bekräftas i *Niedzwiecki v. Germany* (application nr 58453/00, Judgment of 25 October 2005 (final 15 February 2006)) p. 31 och 33.

3.3.2.6 Artikel 8 respektive tilläggsprotokoll 1 artikel 1 EKMR i relation till en rätt till bostad

Boendefrågor har behandlats i Europadomstolens praxis när tillämpning av artikel 8, artikel 1 tilläggsprotokoll 1 samt artikel 14 har kunnat aktualiserats.[967] De två förstnämnda artiklarna utgör ett skydd mot vräkning och uppsägning av hyreskontrakt i förtid,[968] då hyresgästers hem och egendom hotas. Inskränkningar i hyresvärdars äganderätt har behandlats av Europadomstolen vid ett flertal tillfällen.[969] Hyresreglering[970] samt reglering för när hyresgäster kan köpa sin bostad[971] har också avgjorts av Europadomstolen. I samtliga dessa fall konstaterade Europadomstolen att hyresgästernas skydd och deras boendeproblem var i det allmännas intresse. Inskränkningen i ägarens rättigheter endast var ett sätt att kontrollera hur egendomen användes och därmed var den förenlig med EKMR.[972]

Målet *Hutten-Czapska v. Poland*[973] behandlar en hyresvärds konflikt med en hyresgäst och det är första gången som en värd vinner ett mål tack vare *hyresgästers* lagstadgade skydd. Klaganden framförde att ny nationell lagstiftning som föreskrev begränsningar i hyresvärdars möjlighet att höja hyror samt avsluta hyreskontrakt utgjorde en kränkning av äganderätten i artikel 1 tilläggsprotokoll 1. Den nationella lagstiftning som bedömdes antogs under åren 1994 till 2001 och var avsedd att möta samhällets behov av boende i det Polen som omvandlades från ett kommunistiskt styrt land till ett marknadsekonomiskt med akut bostadsbrist. Lagarna innebar att staten bestämde hur hyror skulle sättas, vem som skulle bo i de tillgängliga

---

967 *Matos e Silva Lda., and others v. Portugal* (application nr 15777/89, Judgment of 27 March 1998). Rätten att använda andras egendom jämställs med *skyddad* egendom (artikel 1 tilläggsprotokoll 1).

968 Se *Larkos v. Cyprus* (application nr 29515/95, Judgment of 18 February 1999) om upphörande av hyresgästs besittningsrätt. Artikel 8 tillsammans med artikel 14 ansågs ha kränkts när lagstiftning medgav annan besittningsrätt för hyresgäster vars hyresvärd var det allmänna än när det var fråga om privat hyresvärd. Se a. dom, p. 31.

969 I *Immobiliare Saffi v. Italy* (application nr 22774/93, Judgment of 28 July 1999), *Velosa Barreto v. Portugal*, samt *Mellacher and others v. Austria* (application nr 10522/83, 11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989) har Europadomstolen bedömt staters förbud mot ”terminations of tenures and evictions”.

970 *Mellacher and others v. Austria.*

971 *James and others v. the United Kingdom* (application nr 8793/79, Judgment of 21 February 1986), *Thordur Thors v. Iceland* (application nr 24428/94, decision on admissibility of 17 January 1996 (kommissionen)).

972 Jämför också *Gillow v. the United Kingdom*, där myndigheternas vägran att förlänga ett hyresavtal ansågs brista i relation till kravet på att en inskränkning skall vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

973 *Hutten-Czapska v. Poland* (application nr 35014/97, Judgment of 19 June 2006 (Grand Chamber)). Friendly settlement 28 april 2008.

lägenheterna och när kontrakt kunde sägas upp. Ett stort antal människor, såväl hyresvärdar som hyresgäster, berördes av lagstiftningen.[974] Äganderätten bedöms av Europadomstolen utifrån tre principer: om inskränkningen av rättigheten skett på ett lagenligt sätt, om inskränkningen utgör ett legitimt mål i det allmännas intresse och slutligen om en rättvis avvägning gjorts mellan de medel som använts och de mål staten önskat uppnå. Angående den andra principen uttalar domstolen i *Hutten-Czapska*:

> […] In articular, spheres such as housing of the population, which modern societies consider a prime social need and which plays a central role in welfare and economic policies of Contracting States, may often call for some form of regulation by the State. […] Finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, the Court has on many occasions declared that it will respect the legislature's judgment as to what is in the "public" or "general" interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation. These principles apply equally, if not a fortiori, to the measures adopted in the course of the fundamental reform of the country's political, legal and economic system in the transition from a totalitarian regime to a democratic State […].[975]

Den nationella lagstiftningen ansågs ha ett legitimt syfte i det allmännas intresse.[976] När avvägningen mellan den enskildes och det allmännas intressen görs skall det ske på ett sådant sätt att samtliga intressen tas i beaktande, samtidigt som EKMR syftar till att skydda rättigheter som är praktiska och effektiva.[977] Domstolens slutsats blev att hyresvärdens rättighet hade kränkts. Lagstiftningen innebar att en orimligt stor börda lades på hyresvärden, vilket inte kunde legitimeras med hänsyn till lagstiftningens mål. Till exempel så täcktes inte värdens kostnader av de summor hon kunde få in via hyror.[978] Inte heller kom värdens situation att förbättras under åren som gick, varför kränkningen fortsatte. Det fanns heller inte någon ny möjlighet för hyresvärden att få ersättning för de summor hon förlorat under årens lopp.[979] Den speciella politiska och sociala situation som den polska staten hade att hantera gick på ett felaktigt sätt ut över en särskild grupp i samhället:

> […] Nevertheless, the legitimate interests of the community in such situations call for a fair distribution of the social and financial burden involved in the transformation and reform of a country's housing supply. This burden cannot,

974 *Hutten-Czapska v. Poland*, p. 156.
975 A. dom, p. 156.
976 A. dom, p. 178.
977 A. dom, p. 168.
978 A. dom, p. 209.
979 A. dom, p. 211, 214 och 221.

> as in the present case, be placed on one particular social group, however important the interests of the other group or the community as a whole.[980]

Europadomstolen hänvisar inte i sitt avgörande till den Europeiska sociala stadgan eller till andra konventioner som behandlar rätten till bostad. Utsatta gruppers situation eller krav på en minsta standard på vad staten är skyldig att erbjuda individer i syfte att säkra en värdig levnadsstandard berörs inte heller av Europadomstolen. Detta är en tydlig skillnad mot hur IKESKR och Europeiska sociala stadgan tolkas av respektive kommitté. Europadomstolen har inte tagit intryck av den praxisen.

3.3.2.7 Hänvisningar till andra instrument antagna i syfte att skydda mänskliga rättigheter

Europadomstolen hänvisar till andra instrument rörande mänskliga rättigheter i sin praxis. Dessa hänvisningar har blivit fler på senare år. Tydligt har detta blivit när frågor om minoritetsrättigheter, vilka inte uttryckligen tagits in i konventionen, aktualiserats inför domstolen. I tre fall har resandefolkets (travellers) situation i Storbritannien uppmärksammat. Det är målen *Buckley v. the United Kingdom*,[981] *Chapman v. the United Kingdom*[982] och *Connors v. the United Kingdom*.[983] På sätt och vis kan dessa fall anses röra rätten till bostad, då denna folkgrupp ville ha rätt att välja sin traditionella boendeform. Domstolens sätt att hänvisa till och använda sig av Europarådets minoritetskonvention är knapphändigt och antyder att det inte råder en tillräckligt stor konsensus bland Europarådets konventionsstater om att minska staternas tolkningsmarginal och låta diskrimineringsförbudet i artikel 14 bli tillämpligt på resandenas boendesituation. Europarådets minoritetskonvention är i sig ett bevis på detta, enligt Europadomstolen, eftersom staterna inte kunde enas om hur den skulle implementeras.[984]

Allmänt kan det konstateras att Europadomstolen använt sig av flera olika internationella dokument för att tolka konventionen, utan att ta ställning till om någon av dessa är viktigare än någon annan.[985] ILO:s

---

980 A. dom, p. 225.

981 *Buckley v. the United Kingdom* (application nr 20348/92, Judgment of 25 September 1996).

982 *Chapman v. the United Kingdom* (application nr 27238/95, Judgment of 18 January 2001).

983 *Connors v. the United Kingdom* (application nr 66746/01, Judgment of 27 May 2004). Se Spiliopoulou Åkermark, S, a.a.s. 18–20.

984 Se till exempel *Chapman v. the United Kingdom*, p. 93 och 94.

985 Om betydelsen av att använda internationella dokument, se *Demir and Baykara v. Turkey* (application nr 34503/97, Judgment of 12 November 2008) p. 76. I a. dom, p. 78–79 hänvisas också till *Marckx v. Belgium* (application nr 6833/74, Judgment of 13 June 1979), där Europadomstolen i sin tolkning använde sig av konventioner som Belgien inte hade ratificerat.

konventioner har använts i syfte att bestämma den positiva skyldighet som åligger staten när det handlar om artikel 4 EKMR, förbudet mot slaveri.[986] När det varit fråga om barn, har FN:s barnkonvention vid ett flertal tillfällen använts.[987] FN:s konvention om avskaffande av alla former av tortyr och annan omänsklig eller förnedrande behandling tagen tillsammans med IKMPR har bidragit till praxisutvecklingen rörande non-refoulement.[988] Självklart använder sig också domstolen av källor från Europarådets olika organ.[989]

Domstolen hänvisar också till den Europeiska sociala stadgan i fallen *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*,[990] *Koua Poirrez v. France* och *Luczak v. Poland*.[991] Hänvisningarna antyder i dessa fall ett närmande mellan konventionerna. Stadgan utgör också en viktig referenspunkt i *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*,[992] där fråga var om så kallade pre-entry closed shop clauses[993] stred mot artikel 11 EKMR. Den praxis som kommittén för ekonomiska och sociala rättigheter (ES-kommittén) utvecklat genom såväl rapporteringsförfarande som kollektiva klagomål analyseras noggrant av Europadomstolen i målet. Resultatet blir att Danmark fälls för att inte ha respekterat den negativa föreningsfriheten, då landets lagstiftning inte kan få något stöd i de europeiska instrument som skyddar denna rättighet.[994]

Vi lämnar nu Europakonventionen för att närmare studera det skydd för sociala rättigheter som ges i Europeiska sociala stadgan.

---

986 *Siliadin v. France* (application nr 73316/01, Judgment of 26 July 2005) p. 85–87.

987 *Pini and Others v. Roumania* (application nr 78028/01; 78030/01, Judgment of 22 June 2004) p. 139 och 141; *Emonet and others v. Switzerland* (application nr 39051/03, Judgment of 13 December 2007) p. 65.

988 *Soering v. the United Kingdom* (application nr 14038/88, Judgment of 7 July 1989).

989 Se *Demir and Baykara v. Turkey*, p. 74.

990 *Sidabras and Dziautas v. Lithuania.*

991 *Luczak v. Poland* (application nr 77782/01, Judgment of 27 November 2008).

992 *Sørensen and Rasmussen v. Denmar*k (applications nr 52562/99 and 52620/99, Judgment of 11 January 2006). Även EU:s stadga till skydd för de grundläggande rättigheterna (artiklarna 12 och 53), ILO-konventionerna nr 87 och 98 samt gemenskapsstadgan för arbetstagares rättigheter används i syfte att visa hur den negativa föreningsfriheten skyddas i Europa, se a. dom p. 37–38 samt 73.

993 Klausuler i kollektivavtal som stadgar att arbetstagare skall vara anslutna till ett visst fackförbund för att få arbete på en viss arbetsplats.

994 A. dom p. 75. Se också *Demir and Baykara*, p. 84–85, där konventionsstaternas val att skapa ett kollektivt klagomålsförfarande används som stöd för att Europadomstolen kan bedöma frågor som har med sociala rättigheter att göra.

3.3.3 Europeiska sociala stadgan

3.3.3.1 Inledning

Den Europeiska sociala stadgan tillkom 1961[995] som ett svar på det faktum att Europakonventionen inte innehöll några explicita regler rörande sociala rättigheter.[996] Stadgan skiljer sig till stor del från Europakonventionens struktur, vilket visar sig på ett grundläggande sätt genom dess ”à la carte-struktur”, se artikel A. Detta innebär att staterna är skyldiga att ratificera sex av nio ”kärnartiklar” som framkommer i del III artikel A 1b.[997] *Utöver dessa* skall staterna välja 16 artiklar fritt bland de övriga, enligt del III artikel A 1c. Kärnartiklarna utgörs av rätten till arbete (artikel 1), rätten att organisera sig fackligt (artikel 5), facklig förhandlingsrätt (artikel 6), barns och ungdomars rätt till skydd (artikel 7), rätt till social trygghet (artikel 12), rätten till socialt och medicinskt stöd (artikel 13), familjens rätt till ett socialt, juridiskt och ekonomiskt skydd (artikel 16), migrerade arbetares och deras familjers rätt till skydd och stöd (artikel 19), samt rätten till lika möjligheter och likabehandling utan könsdiskriminering (artikel 20). Vidare finns det ett appendix till Stadgan, vilket till viss del begränsar dess faktiska betydelse. Genom klagomålsförfarandet har dock praxis kommit att modifiera den tidigare något strikta bilden av appendixet, vilket jag återkommer till nedan.[998] De rättigheter som skyddas av såväl EKMR som Stadgan är rätten att slippa tvångsarbete (artikel 4 EKMR och artikel 1 p. 2 Stadgan) och föreningsfriheten (artikel 5 Stadgan och artikel 11 EKMR). Samma sak gäller de fall där rätten till privat- och familjeliv (artikel 8 och 12 EKMR) aktualiseras (artiklarna 16, 17 och 19 p. 6 Stadgan), rätten till överklagande samt rätten till socialförsäkringsförmåner och social trygghet (artiklarna 12 och 13 Stadgan).[999]

Stadgans rättighetsskydd var från början starkt kopplad till *arbetstagarens sociala rättigheter*,[1000] vilket innebär att detta dokument – till skillnad från Europakonventionen och FN:s konventioner till skydd för mänskliga

---

995 I den följande texten hänvisar jag till den Reviderade Sociala stadgans artiklar, då det är den som är det gällande dokumentet för Sverige. Sverige ratificerade Stadgan på ett tidigt stadium, se prop. 1962:175. Hänvisning till stadgan görs i artikel 136 EG-fördraget, vilket behandlas nedan i avsnitt 4.3.3.

996 Se Grévisse, S, *La Charte sociale: rapport introductif* s. 4.

997 Whelan, D, och Donnelly, J, *The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight* s. 943.

998 Jämför collective complaint nr 14/2003 *International Federation of Human Rights League (FIDH) v. France* samt nedan avsnitt 3.3.3.4.2.

999 Jämför artikel 1 tilläggsprotokoll 1 kombinerad med artikel 14 EKMR.

1000 Om man jämför Stadgan med till exempel IKESKR, så ger den senare än i dag rättighetsskydd till en större kategori personer.

rättigheter – inte är tillämpligt på samtliga människor som befinner sig på en stats territorium. Det är endast medborgare i det egna landet samt medborgare från ett land som ratificerat Stadgan som har rätt till det skydd som Stadgan ställer upp.[1001] Vidare kan man se i Stadgan att rättigheterna kan indelas i rättigheter som är kopplade till den ekonomiska verksamhet personen utövar, men att andra är relaterade till individen som en del av det sociala systemet i samhället. Det arbetsrättsliga perspektivet dominerar än i dag texten och bygger på erfarenheter från arbetet inom ramen för ILO.[1002] 1961 års stadga antogs i syfte att vara ett komplement till EKMR. Kopplingen till ILO är stark, då ILO:s konventioner var förebilder till 1961 års stadga i såväl struktur som innehåll. Syftet med stadgan var att säkra just *arbetstagares* rättigheter, varför det universella perspektivet sakta men säkert började infinna sig genom de protokoll och den nya stadgan som antogs under 1990-talet. Kommitténs slutsatser och beslut via klagomålsförfarandet har också bidragit till en förändring av stadgans innebörd.

Sedan Stadgan antogs 1961 har alltså ett omfattande reformarbete ägt rum. Två tilläggsprotokoll har trätt i kraft till följd av detta arbete. 1988 års protokoll lade till flera rättigheter till Stadgan och protokollet från 1995 inrättade ett kollektivt klagomålsförfarande.[1003] En bredare syn på sociala rättigheter har blivit resultatet av detta reformarbete och det arbetsrättsliga perspektivet har blivit, som kommer att visas nedan, mindre dominerande.

Den *Reviderade* sociala stadgan tillkom 1996 och i dess artikel D har så det kollektiva klagomålsförfarandet förts in. Protokollet om klagomålsförfarandet har i skrivande stund ratificerats av 14 stater. Det är det första internationella instrument som medger att sociala rättigheter avgörs i en internationell instans, vilket innebär att kommitténs beslut är viktiga för utvecklingen av dessa rättigheter. Ett femtiotal klagomål har anhängiggjorts, varav de flesta handlar om arbetsrelaterade frågor.[1004] Allt fler klagomål har dock kommit att handla om rätten till hälsa samt rätten till bostad, och dessa kommer att diskuteras nedan.

[1001] Se artikel 1 i appendix. Jämför här med gemenskapsrätten, se nedan kapitel 5.

[1002] Alston, P, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System* s. 61. Detta syns också i kommitténs sätt att formulera sig i sina årliga rapporter, a.a.s 64.

[1003] Jämför också preambeln, i vilken det anges att syftet med det reviderade dokumentet är ”to give the Charter fresh inputs”. Additional Protocol to the European Social Charter, Strasbourg 5.V.1988, CETS nr 128 samt Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints, Strasbourg,). 9 XI.1995, CETS nr 158.

[1004] 2009 06 21 hade 59 klagomål anmälts till kommittén. Av dessa hade vid samma datum 10 st. klagomål ännu inte avgjorts. I 26 fall har kommittén fastslagit att någon av Stadgans rättigheter kränkts.

Sverige ratificerade den Sociala stadgan tidigt och så även de efterföljande protokollen, inklusive det som behandlar det kollektiva klagomålsförfarandet.[1005] Sverige ratificerade också den reviderade stadgan relativt omgående[1006] och det är till den som hänvisningar görs i denna text, då den utgör det nu gällande instrumentet för Sverige. Viktigt att ha i åtanke är att den reviderade stadgan inte skall innebära en lägre nivå av skydd för rättigheterna än den tidigare stadgan. Reformarbetet syftade till att i Stadgan inkludera utvecklingen som skett för sociala och ekonomiska rättigheter, såväl i andra internationella instrument som i medlemsstaternas egen lagstiftning. [1007] Ett annat syfte utgjordes också av önskan att inkludera sociala problem som ännu inte tagits i beaktande av andra internationella instrument.[1008]

[1005] Prop. 1997/98:82. Sverige ratificerade protokollet (ETS 198) den 29 maj 1998. Den 17 december 1962 ratificerade Sverige den Europeiska sociala stadgan (ETS 035), se prop. 1962:175.

[1006] Vilket i sig är intressant med tanke på den avoghet som Sverige visat och fortfarande visar till att ratificera ett fakultativt tilläggsprotokoll som inrättar ett klagomålsförfarande inom ramen för IKESKR. För ratificeringen av den reviderade stadgan, se prop. 1997/98:82. I dag har 25 stater ratificerat den reviderade stadgan och till det kommer 15 stater som ratificerat 1961 års sociala stadga. Det är endast Finland som accepterat att nationella NGO:er har rätt att anmäla kollektiva klagomål (17 juli 1998). Sverige ratificerade den reviderade europeiska sociala stadgan (ETS 163) den 29 maj 1998, 1988 års tilläggsprotokoll (ETS 128) den 5 maj 1989 samt 1991 års tilläggsprotokoll (ETS 142) den 18 mars 1992. Sverige har ännu inte accepterat artiklarna 2 p. 1–2 (om reglering av arbetstid och betald semester), 3 p. 4 (om främjande av hälsovård i preventivt och rådgivande syfte för arbetstagare), 4 p. 5 (om hur villkor för löneavdrag skall regleras), 7 p. 5 och 6 (unga arbetstagares och lärlingars rätt till rättvis lön samt att praktik skall anses vara en del av en ung arbetstagares arbete), 8 p. 2, 4 och 5 (rätten för kvinnliga arbetstagare att få skydd under graviditet), 12 p. 4 (att staten ingår avtal med andra länder avseende social trygghet), 24 (rätt till skydd när anställning upphör) och 28 (arbetstagarrepresentanters rätt till skydd).

[1007] Alston, P, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System* s. 51. Systemet med kärnartiklar och möjligheten att välja de rättigheter staten vill vara bunden till är, enligt mig, olyckligt. Det är ett sätt att se till att så många stater som möjligt ratificerar dokumentet, men innebär också att en signal sänds om att det faktiskt går att välja bort rättigheter, vilket i sig strider mot tanken om odelbara rättigheter som är beroende av varandra. Vidare betyder det också att överskådligheten förloras och att det blir krångligt att veta vilken stat som ratificerar vad. Till detta kommer också att rapporteringen av dessa olika kategorier av artiklar löper över olika tidsperioder och i sig tar mycket tid

[1008] Se p. 7 Explanatory Report on the Collective Complaints Protocol (1995), tillgänglig på http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/158.htm (sidan besökt 2009 09 18).

För att veta vad rättigheterna i Stadgan innebär hämtas ledning i, förutom artiklarnas ordalydelse, Stadgans förklarande rapport,[1009] staternas rapportering samt den klagomålspraxis som kommittén utvecklat. Kommittén framhåller gärna kopplingen till Europakonventionen och har vid ett flertal tillfällen framhållit att stadgan är ett ”living instrument, whose purpose is to protect rights not merely theoretical but also in fact”.[1010] Följden blir att: ”It therefore interprets the rights and freedoms set out in the Charter in the light of current conditions”.[1011]

3.3.3.2 Närmare om det kollektiva klagomålsförfarandet

Det är alltså kommittén som fattar de juridiska besluten och dessa kan inte överklagas. I Stadgan formuleras inte klagomålsmöjligheten som att en rättighet skall vara kränkt. I stället har Europarådet valt att i art 1 i 1995 års protokoll uttrycka det som att klagomålet skall gälla en otillfredsställande tillämpning av stadgan. Det finns inte heller något krav på att ett offer för denna tillämpning skall kunna påvisas, vilket i sig är intressant; avsaknaden av en ”kränkning” av individers rättigheter är på så sätt – genom sin frånvaro – inskriven i förfarandet. Av artikel 1 följer vidare vilka organisationer som har rätt att framföra klagomål. Dessa kan delas in i tre grupper. Artikel 1 a) anger internationella arbetstagar- respektive arbetsgivarorganisationer som artikel 27 i stadgan hänvisar till.[1012] Vidare har NGO med konsultativ status vid Europarådet och som dessutom finns upptagen på en särskild lista sammanställd av regeringskommittén rätt att anmäla klagomål (se artikel 1 b)). Slutligen ger artikel 1 c) en möjlighet till representativa arbetsgivarorganisationer samt fackföreningar i det berörda landet att anmäla sitt hemland. Vad som är representativt avgörs från fall till fall och är en tolkningsfråga för kommittén. Finland har, som enda land hittills, valt att ratificera artikel 2 i protokollet, vilken ger möjlighet för staten att godkänna en ännu vidare krets av möjliga klagomålslämnare. Genom en

---

[1009] Rapporten med förklaringar antogs av Ministerkommittén samtidigt som den reviderade Stadgan antogs. Enligt rapportens p. 6 är den inte bindande och dess syfte är endast att förklara den reviderade stadgans innehåll.

[1010] Collective complaint nr 1/1998 *International Commission of Jurists (ICJ) v. Portugal*, p. 3; Collective complaint nr 30/2005 *Marangopoulos Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece*, p. 194.

[1011] Collective complaint nr 30/2005 *Marangopoulous Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece*, p. 194. Enligt reglerna för hur kommittén skall arbeta (mars 2004) så skall den göra ”a legal assessment of the conformity of national situations with the European Social Charter, the 1988 Additional Protocol and the Revised European Social Charter” (se regel nr 2, p. 1 och 2).

[1012] European Trade Union Confederation (ETUC), Union of Industrial and Employers' Confederations in Europe (UNICE) samt International Organisation of Employers (IOE).

särskild deklaration tillåter staten att andra representativa NGO med särskild kompetens rörande de rättigheter som finns upptagna i stadgan och som verkar inom statens jurisdiktion får rätt att klaga.[1013] Att endast ett land valt att acceptera detta är beklagligt och innebär att klagomålsförfarandet fortfarande är begränsat till endast vissa klaganden, vilket i ett längre perspektiv kan leda till att processen kan upplevas som otillgänglig och kanske allt för starkt koppla till arbetsrättsliga och inte allmänna frågor rörande sociala rättigheter. Att inte låta nationella organisationer få delta i förfarandet är ju också ett sätt för staterna att kontrollera att stadgans påverkan på det nationella systemet är relativt begränsat. Detta försvagar Stadgans ställning.[1014]

Till skillnad från anmälningar till Europadomstolen, så finns inget krav på att nationella instanser måste uttömmas innan kommittén kan pröva frågan. Detta är ju på sätt och vis logiskt; förfarandet är inte individbaserat, utan mer abstrakt och kollektivt. Det finns heller ingen regel om att klagomålet skall anhängiggöras inom sex månader eller att samma fråga inte får ha varit uppe i ett annat domstols (liknande) organ. I relation till rapporteringsövervakningen finns heller inte någon res judicata.

Klagomålet skall hänvisa till en eller flera artiklar i stadgan som den svarande staten har ratificerat och ange på vilket sätt tillämpningen av dessa artiklar inte är tillfredsställande, vilket är ett krav för att klagomålet skall accepteras enligt artikel 4 i 1995 års protokoll. Om en NGO enligt artiklarna 1 b) eller 2 anmäler ett klagomål, så måste organisationen kunna påvisa *på vilket sätt* den har särskild kompetens rörande artikelns innehåll. Detta är ett villkor enligt artikel 3 i 1995 års protokoll och det är viktigt att ha i åtanke att regeringskommitténs lista inte preciserar vilka områden som organisationerna har särskild kompetens på.

3.3.3.3 Följder av kommitténs prövning

Kommitténs beslut behandlar således frågan huruvida staten har tillämpat Stadgan på ett tillfredsställande sätt vad gäller de synpunkter som klagomålet behandlar.[1015] Beslutet skickas till Ministerkommittén och till den

---

[1013] Denna artikel skall dock inte tolkas som att staten får rätt att göra en egen lista på vilka organisationer den godtar.

[1014] Jämför Europarådets parlamentariska församling, Recommendation 1415(1999) och Recommendation 1354 (1998) i vilka församlingen önskar att rättigheter skall överföras från Stadgan till ett tilläggsprotokoll till EKMR för att på så sätt ”create the basis for a stricter legal observance” (Rec. 1354, p. 23; Rec. 1415, p. 15). Församlingen föreslår också en utredning om en Europeisk domstol för sociala rättigheter (Rec. 1354, p. 23; Rec. 1415, p. 15). Ministerkommittén delar dock inte församlingens åsikt, se doc. 9047 (20 april 2001).

[1015] Artikel 8 p. 1 klagomålsprotokollet.

Parlamentariska församlingen och blir därefter offentligt.[1016]. Det dröjer dock 4 månader innan offentliggörandet sker. Det är olyckligt att processen är så sluten. Att insynen skjuts upp fyra månader rimmar illa med den önskan om att skapa ytterligare legitimitet för sociala rättigheter och söka skapa ett trovärdigt alternativ till Europadomstolen som framhölls när arbetet med klagomålsprotokollet satte igång.[1017] Ministerkommittén antar en resolution på grundval av ES-kommitténs beslut och kan för detta konsultera regeringskommittén (governmental committee).[1018] Regeringskommittén har till uppgift att vid den normala rapporteringen kontrollera att staterna följer upp de slutsatser och beslut som ES-kommittén fattar och när det inte sker, så kan regeringskommittén uppmana Ministerkommittén att göra en rekommendation i form av en resolution till konventionsstaten i fråga.[1019] När ES-kommittén kritiserat i ett klagomål kritiserat en stat kan Ministerkommittén 2/3 majoritet anta en rekommendation som riktas till staten i fråga.[1020] Den svarande staten skall, enligt artikel 10, rapportera om uppföljning av frågan under nästkommande rapporteringsperiod.

Ministerkommitténs beslut, som alltså fattas på grundval av kommittén för de sociala rättigheternas beslut, är i de flesta fall starkt färgat av ekonomiska och politiska hänsyn och den skall heller inte fatta juridiska

---

[1016] Artikel 8 p. 2 klagomålsprotokollet.

[1017] Samtidigt har jag kunnat konstatera att det inte är särskilt vanligt att Ministerkommitténs överväganden ifrågasätter ES-kommitténs beslut. Se dock collective complaint nr 9/2000 *CFE-CGC v. France* som ställdes i ett annat ljus genom Ministerkommitténs Resolution ResChS(2002) 4, av den 26 mars 2002, då den enbart noterar fakta i klagomålet och helt går på Frankrikes linje. ES-kommittén bemötte detta i collective complaint nr 16/2003, p. 20 och 21, samt collective complaint nr 22/2003, p. 23 och 24 genom att tydligt markera att den är ansvarig för den juridiska bedömningen.

[1018] Detta blir aktuellt om den berörda konventionsstaten begär det och om ES-kommittén väckt ”nya frågor” i sitt beslut, se artikel 9 p. 2. Regeringskommitténs roll är undanskymd och inte helt klar, se Churchill, R R, och Khaliq, U, *Violations of Economic, Social, and Cultural Rights: The Current Use and Future Potential of the Collective Complaints Mechanism of the European Social Charter* s. 220.

[1019] Rekommendationen är ett politiskt dokument och har ingen juridiskt bindande verkan. Det är endast ES-kommittén som gör de juridiska övervägandena, se Brillat, R, *The Supervisory Machinery of ESC: Recent Developments and their Impact* s. 33. Churchill och Khaliq antyder i sin artikel att en mycket aktiv regeringskommitté är av godo för att ge stadgan legitimitet, se Churchill, R R, och Khaliq, U, *The Collective Complaints System of the European Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?* på s. 447. Stadgan var dock det första internationella dokument med syfte att värna sociala rättigheter som trädde i kraft och vars övervakningsmekanism trädde i kraft relativt snart, i slutet av 1960-talet. Som konstateras ovan i avsnitt 3.2.3.1 var det först 1987 som granskningen av staternas rapportering fungerade inom ramen för IKESKR.

[1020] Se artikel 9 klagomålsprotokollet.

beslut.[1021] Det kan därför bli så att det juridiska beslutet och analysen hamnar i bakgrunden då politiska och ekonomiska överväganden kommer in i bilden, vilket kan ge intryck av att de effekter som *skulle ha kunnat* bli resultatet inte alltid uppstår.[1022] Det verkar som att Ministerkommitténs roll inom ramen för EKMR är tydligare och skulle kunna tjäna som förebild för arbetet inom Stadgan. Trots detta är ES-kommitténs arbete av stort intresse för teoribildningen kring sociala rättigheter i såväl internationell som nationell rätt. Den har kommit att – med rätta – omnämnas som en kvasidomstol,[1023] vilket har sin grund i den roll som kommittén tilldelats genom protokollet om ett kollektivt klagomålsförfarande, men också i de regler som styr ES-kommitténs arbete. Kommittén har genomdrivit att de dokument som läggs fram inom ramen för klagomålsförfarandet skall göras offentliga om inte ordföranden beslutar annorlunda. Dokumenten kommuniceras mellan parterna, så att alla får yttra sig över dessa och kommittén håller numera förhandlingar med parterna. De organisationer som själva har presenterat inlagor eller kommentarer rörande klagomålet i fråga till kommittén får också delta i förhandlingarna.[1024] Kommittén ger tolkning till Stadgans artiklar och klargör därmed dess innehåll och räckvidd, varför kommitténs roll huvudsakligen är av juridisk betydelse. Frågan är då om slutsatser och beslut som kommittén fattar de facto har en påverkan på det nationella planet. Det kan konstateras att kommittén är detaljerad i sina instruktioner till konventionsstaterna i de dokument som den författar, vilket medför att staterna får tydlig ledning i hur Stadgan faktiskt skall tillämpas på det nationella planet.[1025] Av artikel I följer att staterna har rätt att välja hur implementeringen sker.[1026]

[1021] Explanatory Report, p. 46.

[1022] Se collective complaint nr 1/1998 *International Commission mot Portugal*, nr 10/2000 *Tehy ry and STTK ry mot Finland*. I endast ett fall har en rekommendation gjorts (collective complaint nr 6/1999). De resolutioner som antagits har varit allmänt hållna. Mestadels noteras utvecklingslinjer eller så noterar Ministerkommittén endast att den tagit del av ES-kommitténs beslut.

[1023] Brillat, R, *The Supervisory Machinery of ESC: Recent Developments and their Impact* s. 34.

[1024] Alston, P, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System* s. 64. Churchill och Khaliq framför kritik mot kommittén och anser att ES-kommitténs praxis bör bli tydligare och mer lättillgänglig, se desamma, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?* s. 456.

[1025] Rättigheterna skall vara praktiska och effektiva - inte teoretiska (Collective complaint nr 1/1998 *International Commission of Jurists v. Portugal*, p. 32). I collective complaint nr 12/2002 *Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden* ges också tydliga instruktioner genom att det klargörs att ansvaret ligger på staten att se till att stadgan efterlevs. Därigenom kan inte staten frånhända sig ansvaret till arbetsmarknadens parter, se p. 42 samt conclusions XVII-

Artikel I – Implementation of the undertakings given

1. Without prejudice to the methods of implementation foreseen in these articles the relevant provisions of articles 1 to 31 of Part II of this Charter shall be implemented by :

a) laws or regulations;

b) agreements between employers or employers' organisations and workers' organisations;

c) a combination of these two methods;

d) other appropriate measures.

Tillämpningen av artikeln får dock inte innebära att en stor andel personer exkluderas från Stadgans tillämpning.[1027] Det finns, enligt Gori, få fall av nationell praxis som hänvisar till Stadgan och av vilken den framhålls som direkt tillämplig eller "justiciable".[1028] Å andra sidan är de folkrättsliga dokumenten sällan direkt tillämpbara i nationell domstol och får betydelse på andra sätt. Resultatet är att reglerna och rättigheterna i Stadgan är beroende av att konventionsstaten agerar för att dessa skall förverkligas.

3.3.3.4 Inbyggda begränsningar i Stadgan

3.3.3.4.1 Inledning

Stadgan är i sin konstruktion också ett exempel på en olikbehandling inom folkrätten av sociala rättigheter i jämförelse med medborgerliga och politiska rättigheter inom folkrätten. Artikel I p. 2 innebär att för att kommittén skall kunna bedöma om en stat efterlever stadgan, så krävs det att en *majoritet* av arbetstagarna i landet skall vara berörda, vilket har tolkats som att 80 procent måste vara berörda.[1029] Detta gäller för de åtaganden som följer av artikel 2 (p. 1-5 samt 7), artikel 7 p. 4, 6 och 7), artikel 10 (p. 1-3, 5) samt

---

1, på s. 205. De finansiella följderna av implementeringen av rättigheter behandlas i collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 53.

[1026] Artikel E (ickediskriminering), del III i appendixet samt artikel 12 i protokollet om ett kollektivt klagomålsförfarande anses vara direkt tillämpbara. De två senare stadgandena har samma lydelse: "It is understood that the Charter contains legal obligations of an international character, the application of which is submitted solely to the supervision provided for in Part IV thereof and in the provisions of this Protocol."

[1027] Collective complaint nr 9/2000 *CFE-CGC v. France*, p. 40.

[1028] Gori, G, *Domestic Enforcement of the European Social Charter: The Way Forward* s. 61.

[1029] Conclusions I.

artiklarna 21 och 22.[1030] Om inte detta krav är uppfyllt, anses landet per automatik ha respekterat nämnda artiklar. Kommittén har kommenterat detta i såväl slutsatser som klagomålsbeslut och valt att inta följande hållning när det var fråga om arbetstidsreglering för en viss grupp av administrativ personal att ”[…] the application of Article I of the revised Social Charter cannot give rise to a situation in which a large number of persons forming a specific category are deliberately excluded from the scope of a legal provision”.[1031] När det är fråga om en särskild, i lagstiftningen urskiljbar kategori så spelar därmed inte det totala antalet arbetstagare i kategorin någon roll.[1032] Kommittén har också fastslagit att om en lag inte motsvarar kraven artikel I p. 2, men drabbar mindre än 20 procent av arbetstagarna så anses den kränka artikeln om den *skulle kunna* vara tillämpbar på alla arbetstagares situation.[1033]

3.3.3.4.2 Stadgans appendix

Av stadgans *appendix*[1034] framgår att konventionsstaterna åtar sig att tillämpa stadgans artiklar på sina egna medborgare och andra konventionsstaters medborgare, förutsatt att de senare är ”lawfully resident and/or working regularly” i värdstaten.

> Without prejudice to Article 12, paragraph 4, and Article 13, paragraph 4, the persons covered by Articles 1 to 17 and 20 to 31 include foreigners in so far as they are nationals of other Parties lawfully resident or working regularly within the territory of the Party concerned, subject to the understanding that these articles are to be interpreted in the light of the provisions of Articles 18 and 19. This interpretation would not prejudice the extension of similar facilities to other persons by any of the Parties.[1035]

Detta innebär också att stadgan *inte* tillämpas på utlänningar som inte uppfyller dessa krav (dock på flyktingar och statslösa, se appendix p. 2 och 3).[1036] Detta är unikt i de instrument som skapats inom folkrätten för att

---

[1030] Rätt till rättvisa arbetsförhållanden (artikel 2), barns och ungas rätt till skydd (artikel 7), rätten till yrkesutbildning (artikel 10), rätten till information och konsultation (artikel 21) och rätt att delta i bestämmande och förbättring av arbetsvillkor och arbetsförhållanden (artikel 22).

[1031] Collective complaint nr 9/2000 *Confédération Française de l'Encadrement (CGC) v. France*, p. 40.

[1032] Collective complaint nr 9/2000, *CFE-CGC v. France*, p. 39–41.

[1033] Conclusions XIV-2, Norway s. 578.

[1034] Stadgans appendix utgör en integrerad del av Stadgan, se artikel N.

[1035] Appendix, p. 1.

[1036] Stadgan skyddar inte rörelsfrihet för individer, utan frågor om inresa och vistelse regleras av det enskilda landet. I artikel 19 p. 6 anges att staterna skall underlätta familjeåterförening och av artikel 18 p. 1–3 följer att staterna skall sträva efter att liberalisera

skydda mänskliga rättigheter, då det därmed inte finns en universell garanti för personer som skyddas.

Den andra meningen är mycket intressant, då den skulle kunna öppna upp för en tillämpning av stadgan som är generösare mot utlänningar och rentav ger möjlighet till ett allmänt skydd för dessa. Varje gång en stat utsträcker en rättighet som skyddas i stadgan till utlänningar som inte är medborgare i en konventionsstat så vidgas också stadgans skyddsområde. Detta kan ske genom förändringar i nationell lagstiftning eller genom internationella åtaganden som staten ingår. Genom att ratificera internationella konventioner till skydd för mänskliga rättigheter eller anta nationella regler som inte skiljer mellan de personer som återges i appendix och andra utlänningar, så anses motsvarande rättigheter i stadgan bli tillämpliga på utlänningars situation. Appendixets utformning påverkar inte detta.[1037] Tanken med Stadgan var inte att begränsa rättigheter som gäller för alla personer inom konventionsstaternas jurisdiktion. Syftet med appendixet var att förhindra att andra än konventionsstaternas medborgare fick del av de nya positiva rättigheter som Stadgan skulle innebära. Därmed blir de rättigheter som i Stadgan motsvarar Europakonventionens rättigheter även gällande för de personer som inte uppfyller kraven som ställs upp i Stadgan. De rättigheter i EKMR som aktualiserar hälsa, socialt stöd och boende kan därmed, i den mån de också finns i Stadgan, bli gällande för de personer som inte omfattas av Stadgan.[1038] Kommittén har möjlighet att bedöma hur staterna uppfyller sina skyldigheter angående utlänningars situation, antingen via rapporteringsförfarandet eller via kollektiva klagomål. Därmed finns det också en öppning för att förverkligandet av vissa av stadgans rättigheter kräver att utlänningar som ej omfattas av stadgans tillämpning och landets egna medborgare faktiskt behandlas lika. [1039] Detta resonemang kan verka långtgående, inte minst eftersom staterna inte explicit

---

regler rörande utländsk arbetskraft. Jämför FN:s International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and members of their Families, A/RES/45/158, New York, 18 december 1990, i kraft 1 juli 2003. Sverige har inte ratificerat konventionen.

1037 Akandji-Kombé, J-F, *The Material Impact of the Jurisprudence of the ECSR* s. 9 f.

1038 Mikkola menar, i linje med detta, att de rättigheter i Stadgan som är så kallade ”positive dignity rights” därmed kan åberopas av alla på en stats territorium. Dessa rättigheter grundar sig på principen om mänsklig värdighet och innebär dessutom en skyldighet för staterna att de agerar för att skydda dem. Minimiinkomst (artikel 13 p. 4), tillfälligt boende (artikel 31 p. 2), akut socialt stöd (artikel 14 p. 1) och akut medicinsk behandling (artikel 13 p. 4) hör till denna grupp. Se Mikkola, M, *Social Human Rights of Migrants under the European Social Charter* s. 56.

1039 Illegala immigranters rätt till hälsa bedömdes i collective complaint nr 14/2003, se nedan avsnitt 3.3.3.7.

accepterat det. Då staterna inte aktivt nekat en sådan tillämpning, skulle det kunna vara möjligt att anta en sådan.

Det måste avslutningsvis observeras att artikel I och appendixet utgör i sig ett ifrågasättande av tanken på mänskliga rättigheter som universella, odelbara och lika mycket värda, även om begränsningarna i dessa delar sakta men säkert luckras upp allt mer. Anledningen till denna utformning torde vara det ursprungliga syftet med Stadgan.[1040]

3.3.3.5 Icke-diskriminering – artikel E

Ickediskriminering är, i likhet med artikel 14 Europakonventionen, inte en självständig rättighet.[1041] Artikel E lyder:

> The enjoyment of all rights set forth in this Charter shall be secured without discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national extraction or social origin, health, association with a national minority, birth or other status.

Artikel E förbjuder såväl direkt diskriminering som alla former av indirekt diskriminering.[1042] Indirekt diskriminering kan uppstå ”by failing to take due and positive account of all relevant differences or by failing to take adequate steps to ensure that the rights and collective advantages that are open to all are genuinely accessible by and to all.”[1043] Detta visas tydligt i det kollektiva klagomålet nr 13/2002 *Autism Europe v. France*. Klagomålet rörde autistiska personers, barns såväl som vuxnas, rätt till utbildning. Principen om icke-diskriminering innebär att staterna har en skyldighet att handla även inom ramen för Sociala stadgan. Klagomålet visar att den reviderade stadgan är tydligare och innehåller fler rättigheter än 1961 års stadga. Kommittén talar om ett ”profound shift of values”, eftersom personer med funktionshinder garanteras självständighet, social integration och deltagande i det offentliga livet.[1044] Även om icke-diskriminering i sig själv inte är en rättighet enligt stadgan, så konstaterar kommittén att handikapp är en otillåten diskrimineringsgrund.[1045] Kanske man kan säga att icke-diskriminering i och med detta enligt kommittén är en halvt självständig rättighet.[1046] Rätten till

---

[1040] Jämför ovan, avsnitt 3.3.3.1.

[1041] I 1961 års stadga finns diskrimineringsförbudet med i Stadgans preambel, inte i en därför avsedd artikel. Införandet av artikel E anses vara ett uttryck för att diskrimineringsförbudet är allt viktigare i förverkligandet av Stadgans rättigheter. Jämför collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 51.

[1042] Collective complaint nr 27/2004 *ERRC v. Italy*, p. 36.

[1043] Collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 52.

[1044] Collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 48.

[1045] Collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 51 och 52.

[1046] Kommittén hänvisar också till Europadomstolens avgörande i *Thlimmenos*-målet, p. 52

utbildning, skyddet för personer med funktionshinder samt icke-diskrimineringen i artikel E ansågs vara omöjliga att skilja åt i detta klagomål.[1047]

När förverkligandet av en rättighet är särskilt komplext och kostsamt, så måste staten vidta åtgärder som medger att Stadgans mål uppnås inom skälig tid, med mätbara framsteg och till den utsträckning som är förenligt med det maximala användandet av tillgängliga resurser.[1048] Detta visas i klagomålet nr 13/2000. Dessa tre kriterier motsvarar de som utvecklats inom IKESKR för att förtydliga innebörden av och underlätta implementerinen av rättigheterna i IKESKR.[1049] Kommittén kom fram till att Frankrike ansågs brista i uppfyllelsen av artikel 15 (skyddet för personer med funktionshinder) då utvecklingen inte mätbart gått framåt.[1050] Vidare kränks artikel 17 (barns och ungas rätt till socialt, juridiskt och ekonomiskt skydd) tagen tillsammans med artikel E för de autistiska barnen, eftersom dessa drabbas oproportionerligt hårt. Artikel 15 respekteras inte heller i och med att det under lång tid saknas omvårdnadsmöjligheter och lokaler. Kommittén gör därmed en behovsbaserad bedömning. Vissa sociala rättigheter kan alltså ges skydd genom krav på planering, redovisning, mätbarhet, etc., vilket får demokratiska implikationer. Detta har vi också kunnat se avseende rättigheterna i IKESKR och i Sydafrika (såväl Constitutional Courts praxis som konstitutionen, till exempel SAHRC, utgör exempel på detta).[1051]

3.3.3.6 Begränsning av rättigheter – artikel G

I såväl slutsatser som kollektiva klagomål har kommittén utvecklat sin teori kring hur rättigheter i Stadgan skall behandlas och därmed också hur begränsning av rättigheter kan ske inom ramen för stadgans tillämpningsområde.[1052] Artikel G behandlar begränsningar och är tillämplig på stadgans artiklar 1 till 31. Den motsvarar p. 2 i artiklarna 8 till 11 EKMR. I kommitténs uttalanden återfinns nu den avvägning som Europadomstolen gör. En begränsning skall anges i *lag*, den skall vara *nödvändig i ett demokratiskt samhälle* för att skydda individers rättigheter och friheter eller det allmännas intresse, nationell säkerhet, folkhälsa eller moral. Proportionalitet skall dessutom råda i relation till det mål som önskas uppnås med begränsningen.

[1047] Collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 51 och 52.

[1048] Collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 53.

[1049] Avsnitt 3.2.3.2 ovan.

[1050] Collective complaint nr 13/2002 *Autism-Europe v. France*, p. 54.

[1051] Jämför ovan avsnitten 2.5.4, 2.5.5.6.3 samt 3.2.3.2.

[1052] Conclusions 2006, Albania s. 30; collective complaint nr 32/2005 *Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria, Confederation of Labour "Podkrepa" and European Trade Union Confederation v. Bulgaria*, p. 34–37.

3.3.3.7 Rätten till hälsa

Flera artiklar tar upp rätten till hälsa i Stadgan och de gör det på ett sätt som skiljer sig från IKESKR. Rätten till skydd för hälsa återfinns i artikel 11, enligt vilken staterna skall avlägsna så långt det är möjligt orsaker till ohälsa och förebygga epidemiska och endemiska sjukdomar samt olyckor. Artikeln återfinns även i 1961 års stadga, men har fått en vidare räckvidd genom senare års praxis. Artikeln har ansetts utgöra en skyldighet att ratificera Kyotoprotokollet och vidta effektiva åtgärder för att säkra dess mål.[1053] Artikeln stadgar också att staterna skall ge rådgivning och utbildning i hälsofrågor samt uppmuntra individuellt ansvarstagande i hälsofrågor. Rätten till hälsa återkommer dock i ett flertal artiklar i stadgan. Arbetsrelaterade hälsofrågor behandlas i artikel 2 p. 4 och artikel 3. Rätten till socialt och medicinskt stöd (artikel 13) innebär också skyldigheter för staten på så sätt att personer som saknar resurser skall få den omvårdnad som deras hälsotillstånd kräver.[1054] Kvinnors rätt till hälsa lyfts fram i artiklarna 8 och 17 och då särskilt gravida och kvinnor med barn. I artikel 23 finns äldres hälsa särskilt omnämnd.

Artikel 11 är avsedd att komplettera artiklarna 2 och 3 EKMR, då den stadgar ett antal skyldigheter som staten har i syfte att garantera en effektiv rätt till hälsa.[1055] Staterna skall vidta åtgärder för att främja hälsa och ”health care provision in case of sickness”. Artikeln lyder:

> With a view to ensuring the effective exercise of the right to protection of health, the Parties undertake, either directly or in co-operation with public or private organisations, to take appropriate measures designed inter alia:
>
> 1 to remove as far as possible the causes of ill-health;
>
> 2 to provide advisory and educational facilities for the promotion of health and the encouragement of individual responsibility in matters of health;
>
> 3 to prevent as far as possible epidemic, endemic and other diseases, as well as accidents.

Artiklarna 7 och 17 stadgar att barn har rätt till särskilt skydd. I artikel 7 finns regler om arbetsvillkor för barn (p. 2, 9 och 10). Artikel 17 behandlar barns och ungas rätt till socialt, juridiskt och ekonomiskt skydd. Den har tillämpats i flera fall inom ramen för det kollektiva klagomålsförfarandet där

---

[1053] Conclusions XV-1, om artikel 11 p. 1 för alla stater.

[1054] Principen om mänsklig värdighet aktualiseras bland annat i tolkningen av artikel 13 som behandlar rätten till socialt och medicinskt stöd. Detta framkommer i conclusions I, på s. 64.

[1055] Conclusions XVII-2 och Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11 §.

barnaga bedömts.[1056] Artikeln innebär, enligt ES-kommittén, att samtliga former av kroppsaga av barn skall förbjudas i lag, oavsett om det sker i hemmet, i skolan eller på ”institution”.[1057] Annars anses medlemsstaten kränka stadgan,[1058] vilket är en tolkning som är lojal med den som skett inom ramen för FN:s barnkonvention även om ES-kommittén är betydligt tydligare i sin formulering.

Sammantaget ser vi att rätten till hälsa löper som en röd tråd genom stadgan. Tanken är att tillgången till hälsovård skall garanteras var och en på ett ickediskriminerande sätt. För detta krävs att hälsovården också ses som en grundläggande rättighet i det nationella systemet.[1059] Artikel 11 stadgar att staterna har både en skyldighet att främja rätten till hälsa och att ge hälsovård till dem som behöver det. I främjandet ingår att förebygga hälsorisker (luftföroreningar, matkvalitet, olyckor), men också att utbilda och medvetandegöra människor om hälsa. Hälsa betyder såväl fysisk som psykiskt välbefinnande.[1060] Det är statens ansvar att tillse att befolkningen också får den bästa hälsa som är möjlig, vilket mäts mot indikatorer rörande livslängd och orsaker till dödsfall. Undersökningar skall visa på en utveckling och inte vara för långt från ett Europeiskt genomsnitt.[1061] Vidare skall alla ha tillgång till hälsovård. Detta betyder att individen inte skall bära en allt för stor kostnad för vården och att konkreta åtgärder skall vidtas i syfte att hjälpa förfördelade gruppers möjlighet att få vård.[1062] Det måste också finnas tillräckligt med vårdpersonal och utrustning. Tillgången till vård

---

[1056] Collective complaint nr 17/2003 *OMCT v. Greece*, nr 18/2003 *OMCT v. Ireland*, nr 19/2003 *OMCT v. Italy*, nr 20/2003 *OMCT v. Portugal*, nr 21/2003 *OMCT v. Belgium*, nr 34/2006 *World Organisation against Torture v. Portugal*, nr 41/2007 *Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Bulgaria*. Se också Conclusions XV-2 på s. 30 för artikel 17 samt XV-1 s. 342.

[1057] Conclusions XV-2 s. 28 f. förklarar detta på ett bra sätt. Kommittén hade kommit till samma slutsats tidigare i dess Conclusions XIII-2 s. 159 samt Conclusions XIII-4 s. 313. Se också Recommendation nr R ChS (98) 1 av den 4 februari 1998.

[1058] Se till exempel Conclusions 2003 (France), på s. 176. Collective complaint nr 17/2003 *OMCT v. Greece*, collective complaint nr 18/2003 *OMCT v. Ireland*, collective complaint nr 19/2003 *OMCT v. Italy*, collective complaint nr 20/2003 *OMCT v. Portugal*, collective complaint nr 21/2003 *OMCT v. Belgium*. Om artikel 17, se också Akandji-Kombé, J-F, a.a.s. 106 f. Principen om mänsklig värdighet i relation till artikel 17 diskuteras av kommittén i Conclusions IV, på s. 104.

[1059] Conclusions, 2005, Sweden s. 8 f. Conclusions XVII-2, Statement of Interpretation on Article 11 § 5.

[1060] I enlighet med WHO:s definition, se Conclusions XVII-2 och Conclusions 2005, Statement of Interpretation on Article 11 § 5.

[1061] Conclusions 2005, Lithuania s. 336 ff. Jämför Collective complaint nr 46/2007 *European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria*, p. 49.

[1062] Conclusions XVII-2, Portugal s. 680 ff.

skall inte vara godtycklig utan avgöras genom nationellt satta kriterier. Dessutom får inte väntetider vara för långa.[1063]

Det finns nära band mellan den grundläggande rätten till hälsa och rätten till socialt och medicinskt stöd, varför vi nu vänder uppmärksamheten till artikel 13 i Stadgan.

3.3.3.8 Rätten till social trygghet och rätten till socialt bistånd

3.3.3.8.1 Artiklarna 12 och 13

Den reviderade sociala stadgan är den enda konvention till skydd för mänskliga rättigheter som uttryckligen garanterar rätten till socialt och medicinskt stöd, artikel 13:

> With a view to ensuring the effective exercise of the right to social and medical assistance, the Parties undertake:
>
> 1 to ensure that any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition;
>
> 2 to ensure that persons receiving such assistance shall not, for that reason, suffer from a diminution of their political or social rights;
>
> 3 to provide that everyone may receive by appropriate public or private services such advice and personal help as may be required to prevent, to remove, or to alleviate personal or family want;
>
> 4 to apply the provisions referred to in paragraphs 1, 2 and 3 of this article on an equal footing with their nationals to nationals of other Parties lawfully within their territories, in accordance with their obligations under the European Convention on Social and Medical Assistance, signed at Paris on 11 December 1953.

Konventionsstaterna är skyldiga att ge socialt stöd till de personer som faller inom tillämpningsområdet för artikeln.[1064] Förutom socialt stöd, garanterar Stadgan också social trygghet som återfinns i artikel 12 i den reviderade stadgan:

> With a view to ensuring the effective exercise of the right to social security, the Parties undertake:

[1063] Conclusions XV-2, United Kingdom, p. 599.

[1064] Conclusions I, Statement of Interpretation on Article 13 § 1 s. 65–67. Sverige uppfyller sina åtaganden enligt artikeln genom SoL.

1 to establish or maintain a system of social security;

2 to maintain the social security system at a satisfactory level at least equal to that necessary for the ratification of the European Code of Social Security;

3 to endeavour to raise progressively the system of social security to a higher level;

4 to take steps, by the conclusion of appropriate bilateral and multilateral agreements or by other means, and subject to the conditions laid down in such agreements, in order to ensure:

a) equal treatment with their own nationals of the nationals of other Parties in respect of social security rights, including the retention of benefits arising out of social security legislation, whatever movements the persons protected may undertake between the territories of the Parties;

b) the granting, maintenance and resumption of social security rights by such means as the accumulation of insurance or employment periods completed under the legislation of each of the Parties.

De två artiklarna har olika syften, men hör ändå samman. Av texten går det inte att utläsa om en förmån skall räknas som en del av social trygghet (socialförsäkring) eller om det är en förmån som hänför sig till socialt stöd. Syftet med förmånen torde därför vara avgörande för vilken artikel i Stadgan som blir tillämplig i det enskilda fallet. Till socialt stöd hör förmåner vars främsta kriterium är det individuella behovet utan att det finns något krav på tillhörighet till ett socialförsäkringssystem eller andra krav på yrkestillhörighet eller bidrag från individens sida.[1065] Stödet ges när ingen socialförsäkring garanterar individen tillräckliga resurser eller medel för att bekosta behandling som är nödvändig för hans hälsotillstånd.[1066] Rätten till stöd förutsätter alltså att personen ifråga inte kan skaffa sig de nödvändiga resurserna av egen förmåga.

3.3.3.8.2 Rätt till skydd mot fattigdom

Artiklarna 12 och 13 återspeglar också rätten att skyddas mot fattigdom och socialt utanförskap, som framkommer av artikel 30.[1067] Kommittén har förklarat att denna rättighet syftar till att garantera mänsklig värdighet. Ett liv i fattigdom och socialt utanförskap kränker också principen om mänsklig

[1065] Conclusions XIII-4, Statement of Interpretations on Articles 12 and 13 s. 36.

[1066] Artikel 13 p. 1, se också Conclusions XIII-4, Statement of Interpretations on Articles 12 and 13 s. 36.

[1067] Conclusions 2006, France s. 329 f.

värdighet.[1068] Staterna är därför skyldiga att vidta övergripande åtgärder som syftar till att övervaka samtliga aktörer, inte enbart myndigheter utan också civilsamhället och individer som påverkas av fattigdom och utanförskap.[1069] *Tillgången* till grundläggande sociala rättigheter måste främjas för att uppnå syftet med artikel 30 och kommittén lyfter i det sammanhanget särskilt fram arbete, boende, utbildning och socialt och medicinskt stöd.[1070]

3.3.3.8.3 Sociala trygghetssystem

Stadgan anger inte på vilket sätt konventionsstaterna skall organisera sina sociala trygghetssystem, men det skall finnas ett system som bygger på lagstiftning och som fungerar i praktiken för att möta risker som arbetstagare, egenföretagare och deras familjemedlemmar kan utsättas för[1071]. Sjukvård, sjukförsäkring, arbetslöshetsförsäkring, pensioner, arbetsskadeförmåner, familjeförmåner och moderskapsförmåner skall ingå.[1072] Systemet skall vidare vara kollektivt finansierat, det vill säga finansieras genom bidrag från arbetsgivare och arbetstagare och/eller statens budget. När det finansieras genom skatt, så skall principen om likabehandling respekteras.[1073] Staterna är skyldiga att garantera att rätten till social trygghet är effektiv. När det handlar om ersättning för inkomst, så innebär det att ersättningen skall motsvara en skälig nivå i relation till den inkomst individen haft tidigare och nivån måsta vara högre än det som

[1068] Conclusions 2003, France s. 214.

[1069] Conclusions 2005, France s. 261, där fattigdom förklaras som ”deprivation due to the lack of resources”.

[1070] Conclusions 2003, France s. 214. De åtgärder staten vidtar skall stärka tillgången till sociala rättigheter, förbättra proceduren och hanteringen av förmåner och tjänster samt förbättra informationen om sociala rättigheter och förmåner. När det behövs, skall särskilt utsatta grupper och regioner kartläggas i syfte att förändra de politiska åtgärderna, se Conclusions 2003, France s. 214. Statistik och informationsinhämtning är av betydelse i även detta sammanhang. Conclusions 2005, Sweden s. 39 f. Jämför också artikel 14 om rätten att komma i åtnjutande av sociala välfärdstjänster. Se Conclusions 2005, Sweden s. 14 f.

[1071] Det sociala trygghetssystemet skall täcka betydande del av befolkningen och åtminstone ge förmåner på olika områden, se Conclusions XIII-4, General introduction s. 37. När kommittén kontrollerar hur p. 1 efterlevs, så studerar den olika gruppers möjlighet att ta del av trygghetssystemet. Dessa grupper kan vara arbetstagare, egenföretagare, kvinnor och män, yrkeskategorier och anhöriga till dessa grupper, se Conclusions XV-1 s. 47, 84, 124 och 139.

[1072] Conclusions 2006, Bulgaria s. 116.

[1073] Conclusions XVI-1, Statement of Interpretation on Article 12 s. 10. Likabehandling avseende kön och social trygghet stadgas i artikel 20. I artikel 8 stadgas vidare om ersättning vid moderskap och i artikel 16 om skydd för familjen.

definieras som fattigdomströskeln.[1074] För *arbetslöshetsförsäkringar* gäller vidare att utbetalningar skall ske under en skälig tid. Den arbetssökande måste också få möjlighet att under en initial period av sin arbetslöshet tacka nej till erbjudanden om arbete som inte motsvarar dennes kompetens utan att förlora sina förmåner.[1075] Av artikel 12 p. 2 följer att det sociala trygghetssystemet per automatik anses respektera Stadgans krav om ansvarig stat ratificerat och respekterar Europarådets European Code of Social Security.[1076]

Artikel 12 p. 3 innehåller krav på att staterna *progressivt* skall höja nivån på den sociala tryggheten och utöka den sociala tryggheten till hela befolkningen.[1077] Staten skall också enligt artikelns p. 4 vidta åtgärder för att garantera likabehandling och underlätta migrerande arbetstagares möjligheter att behålla försäkringsperioder intjänade i andra konventionsstater. Förbättringen av trygghetssystemet skall ske genom att systemet byggs ut, hanterar nya risker eller höjer nivån på förmånerna.[1078] En avstannande utveckling av trygghetssystemet behöver dock inte innebära en kränkning av artikel 12 p. 3. Kommittén gör en bedömning utifrån förändringarnas natur (tillämpningsområde, nivå på ersättningarna, förmånsvillkor), skälen till förändringarna och hur den ekonomiska och sociala politiken i stort ser ut, hur pass nödvändig reformen är samt hur det sociala stödet enligt artikel 13 ser ut.[1079] Även vilka grupper som påverkas samt hur stor nettosänkningen av förmånen blir tas i beaktande. Det kan vara nödvändigt att vidta åtgärder i syfte att trygga samhällets finanser i kärva ekonomiska tider, men åtgärderna får inte gå så långt att det sociala trygghetssystemet förvandlas till ett system som endast garanterar grundläggande socialt stöd.[1080]

[1074] Conclusions 2006, Bulgaria s. 118. Uträkningen görs utifrån Eurostats ”risk at poverty”-nivå.

[1075] Conclusions XVIII-1, Austria s. 20.

[1076] I 1961 års sociala stadga är ILO:s konvention nr 102 angiven som den lägsta nivån för social tygghet. Den anger att social trygghet skall täcka olika grenar, nämligen hälsovård, sjukförsäkring, invaliditetsförmåner, arbetslöshetsförmåner, föräldrapenning, arbetsskadeförmåner, familjeförmåner, åldersförmåner och efterlevandeförmåner. I den reviderade stadgan är det alltså ändrat, vilket också innebär att de krav som ställs på staterna i detta avseende har höjts. Se Conclusions XIV-1, Finland s. 223.

[1077] Conclusions XIII-4, General Observation s. 143 f.

[1078] Conclusions XVI-1, Statement of Interpretation on Article 12 s. 11; Conclusions XV-1, Portugal s. 484.

[1079] Conclusions XVI-1, Statement of Interpretation on Article 12 s. 11.

[1080] Conclusions XVI-1, Statement of Interpretation on Article 12 s. 47 f. Jämför *Stec*-målet, ovan 3.3.2.2.1. Se också Conclusions XIII-4, General Observation on Art 12(3) s. 143; Conclusions XIV-1, General Introduction s. 39 och 46; Conclusions XIV-1, Denmark s. 185–188; Conclusions XV-1, Poland, addendum s. 160 f.

Av stadgans appendix följer att artikel 12 p. 4 är tillämplig på medborgare från andra konventionsstater som har bott eller arbetat regelbundet i en annan konventionsstat än hemlandet och som i värdlandet erhållit rättigheter, som till exempel invaliditetsförmåner, pensionsrättigheter, sjukförmåner. Även egenföretagare täcks av artikeln tillämpningsområde.[1081] Genom artikel 12 p. 4 har dessa personer rätt till likabehandling och att behålla de rättigheter som de tjänat under vistelse i annan konventionsstat.[1082] Därmed har inte staterna rätt att reservera vissa socialförsäkringsförmåner till sina egna medborgare och heller inte på andra sätt diskriminera, indirekt eller direkt, på grund av nationalitet. Staten har dock rätt att ställa bosättningskrav som villkor för erhållandet av en förmån. Kravet måste dock vara skäligt och kommittén har med tydlighet förklarat att ett krav på fem års bosättning inte är förenligt med artikel 12 p. 4.[1083]

3.3.3.8.4 Rätt till socialt och medicinskt stöd

Artikel 13 är avsedd att vara universellt tillämplig på så sätt att varje person som är i behov av stödet skall ha rätt att få det. Kommittén har med anledning av detta också uttalat att villkor om bosättningens längd i en värdstat inte respekterar artikel 13 p. 1.[1084] Skyldigheten att ge stöd infaller så fort en person inte har tillräckliga resurser att leva ett anständigt liv och tillfredställa sina grundläggande behov på ett adekvat sätt.[1085] Nivån på stödet skall respektera fattigdomsnivån, ovan beskriven avseende artikel 12. Konventionsstaterna har rätt att ställa krav på att personen som är i behov av stöd söker arbete eller får något slags yrkesutbildning, i syfte att finna en lösning på individens svåra situation.[1086] Det är inte i enlighet med artikel 13 att ta tillbaka stödet eller att minska det om åtgärden riskerar att äventyra den behövandes försörjning.[1087]

[1081] Statslösa och flyktingar inräknas också. Conclusions XVI-1, Turkey s. 769 f. Reciprocitetsprincipen tillämpas inte på artikel 12 p. 4.

[1082] Förmånernas exportabilitet skall hanteras genom bilaterala överenskommelser eller nationell lagstiftning. Conclusions XIII-4, Statement of Interpretation on Article 12 s. 54.

[1083] Conclusions 2004, Lithuania s. 370. Jämför nedan avsnitt 5.3.3 med EG-domstolens syn på bosättningskrav och den period om fem år som anges i fri rörlighetsdirektivet nr 2004/38/EG. Sverige har inte accepterat artikel 12 p. 4.

[1084] Conclusions XIII-1, Czech Republic s. 238.

[1085] Conclusions XIV-1, Portugal s. 701 f.; Conclusions XIII-4, Statement of Interpretation on Article 13 § 1 s. 54–57. Personen skall inte ha möjlighet att via egna resurser eller andra, till exempel socialförsäkringssystemets förmåner, klara sig.

[1086] Vilket också ligger i linje med artikel 14 som behandlar sociala tjänster i allmänhet. Artikel 13 p. 3 handlar om tjänster riktade till de personer som saknar tillräckliga resurser.

[1087] Conclusions XIII-4, Statement of Interpretation on Article 13 § 1 s. 52 ff., där det också anges att ett negativt beslut måste kunna överklagas till en självständig instans som avger bindande beslut.

Stadgan ställer inte upp några krav på hur det sociala biståndet skall utformas. Det kan alltså vara i form av såväl naturaförmåner som kontanter så länge som hela befolkningen har rätt att vid behov få stödet.[1088] Rätten till medicinskt stöd inkluderar fri eller rabatterad hälsovård eller utbetalningar som möjliggör att den behövande får den vård som dennes medicinska status kräver.[1089]

Stödet enligt artikel 13 p. 1 skall alltså möjliggöra att den behövande kan leva ett anständigt liv och möta dennes grundläggande behov och skall utges så länge som behovet finns kvar. Det allmänna kan neka att utge socialt eller medicinskt stöd endast i de fall där individen har tillräckliga resurser.[1090]

Utlänningar från andra konventionsstater har rätt till likabehandling avseende tillämpningen av artikel 13, när de lagligen vistas eller regelbundet arbetar i värdstaten.[1091] Flyktingar och statslösa som vistas lagligen i en konventionsstat har rätt till att inte bli sämre behandlade än vad som anges i flyktingkonventionen och andra konventioner som är tillämpliga på flyktingars situation.[1092] Personkretsen ändras dock när det handlar om rätten till akut stöd enligt artikel 13 p. 4. Av appendix framgår att artikel 13 p. 4 är undantagen från regeln att artiklarna 1 till 17 samt 20 till 31 tillämpas på andra konventionsstaters medborgare är lagligen bosatta eller regelbundet arbetar i värdlandet. Artikel 13 p. 4 anger ”nationals of other Contracting Parties lawfully within their territories”. När det är fråga om

---

[1088] Conclusions XIII-4, Statement of Interpretation on Article 13 § 1 s. 54 ff.; Conclusions, Moldova s. 122 f. Rätten till socialt stöd för äldre personer garanteras i artikel 23. Jämför också personkretsen enligt appendix.

[1089] Vilket slags vård som behövs bestäms inte utifrån Stadgans text eller kommitténs praxis. Inte heller anges om det medicinska stödet enbart handlar om att behandla sjukdom, se Conclusions XIII-4 s. 180 f.

[1090] Conclusions XIII-1, Spain s. 745.

[1091] Appendix. Conclusions XIII-4, Statement of Interpretation on Article 13 § 1 s. 54 ff. Även i detta fall innebär likabehandling att rättigheten inte enbart garanteras medborgare eller vissa grupper genom lagstiftningen. Nationalitet får inte vara en grund för olikbehandling, se Conclusions XVIII-1, Germany s. 319. Att det uppställs krav på hur länge en person skall vara bosatt eller vistas i ett land för att *klassificeras som bosatt* och därmed få söka stöd enligt artikel 13 är godtagbart enligt kommitténs praxis då det hänför sig till nationell kompetens, så länge tidskriteriet inte är uppenbart överdrivet, se Conclusions XVIII-1, Czech Republic s. 240 (där ett krav om 10 år för att erhålla status som bosatt ansågs kränka artikel 13 p. 1). När en person uppnått statusen, får inte värdlandet tillämpa ytterligare villkor som inte tillämpas i fall med landets egna medborgare, se Conclusions XVIII-1, Denmark s. 144 f.

[1092] För statslösa är det Konventionen om statslösas rättsliga ställning. (Convention Relating to the Status of Stateless Persons. New York, 28 September 1954. 360 UNTS 117. I kraft 6 juni 1960.)

akut stöd som faller inom ramen för artikel 13 så kan inte rättigheten villkoras av krav på en viss vistelsetid.[1093]

I ett beslut från 2004 utvecklade kommittén sin praxis avseende utlänningars rätt till medicinskt stöd.[1094] Den fastslog att alla utlänningar, även personer som vistas illegalt i en konventionsstat, har rätt till medicinskt stöd. Stadgans appendix måste tolkas på ett sådant sätt att denna rättighet garanteras alla. Kommittén anför tre skäl för detta. Det första är att tolkning av ett traktat skall ske enligt Wienkonventionens regler, i god tro, utifrån ordalydelsen och i ljuset av traktatets syften och mål.[1095] Mänskliga rättigheter grundas på mänsklig värdighet, inom ramen för såväl stadgan som EKMR. Stadgan skall tolkas på ett sådant sätt att den ger liv och mening åt grundläggande sociala rättigheter, vilket betyder att begränsningar skall tolkas restriktivt i syfte att respektera syftet med konventionen.[1096] Stadgan är ett komplement till EKMR och är ett ”[…] living instrument dedicated to certain values that inspired it: dignity, autonomy, equality and solidarity. The rights guaranteed are not ends in themselves but they complete the rights enshrined in the European Convention on Human Rights.”[1097] Hälsovård är en förutsättning för upprätthållandet av mänsklig värdighet, varför rätten till medicinskt stöd inte får förnekas illegala immigranter.[1098] Därmed begränsas också räckvidden av den begränsning som appendix medför.[1099]

3.3.3.9 Rätten till bostad

3.3.3.9.1 En ”mätbar” rättighet

I och med den Reviderade stadgan infördes artikel 31[1100] som stadgar en rätt till bostad. Artikeln innehåller ett förbud mot hemlöshet och ett krav på att individen skall ha råd med sitt boende. Jag kommer att diskutera dessa två

[1093] Conclusions XIV-1, United Kingdom s. 845; Collective complaint nr 14/2003 *FIDH v. France*, p. 32. Artikel 13 p. 4 skall inte tolkas restriktivt, se Conclusions XIV-1, Netherlands, p. 598.

[1094] Collective complaint nr 14/2003 *FIDH v. France*.

[1095] Wienkonventionen, artikel 31 p. 1. Collective complaint nr 14/2003 *FIDH v. France*, p. 26.

[1096] Collective complaint nr 14/2003, p. 29.

[1097] Collective complaint nr 14/2003, p. 28.

[1098] Collective complaint nr 14/2003, p. 31.

[1099] Jämför diskussion ovan i avsnitt 3.3.3.

[1100] Collective complaint nr 27/2004 *European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy*, collective complaint nr 33/2006 *International Mouvement ATD Fourth World v. France*, collective complaint nr 39/2006 *European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. France*. Artikeln återfinns alltså inte alls i 1961 års stadga.

aspekter av rätten till bostad efter en allmän analys av rättighetens innehåll. Artikelns lydelse är som följer:

> With a view to ensuring the effective exercise of the right to housing, the Parties undertake to take measures designed:
>
> 1 to promote access to housing of an adequate standard;
>
> 2 to prevent and reduce homelessness with a view to its gradual elimination;
>
> 3 to make the price of housing accessible to those without adequate resources.

Staterna är skyldiga att vidta åtgärder, genom lagstiftning men också på andra sätt, för att rätten till boende skyddas effektivt. Vad som menas med adekvat boende skall definieras i lag.[1101] Med ”adequate housing” avses ett boende som är säkert från sanitär och hälsosynpunkt, tillräckligt stort och vars besittningsrätt garanteras genom lagstiftning.[1102] Konventionsstaterna har en vid tolkningsmarginal avseende valet av åtgärder i relation till de resurser som finns tillgängliga.[1103] Samtidigt skall de rättigheter som stadgan erkänner, inklusive rätten till boende i artikel 31, vara effektiva och inte teroetiska.[1104] Åtgärderna (juridiska, ekonomiska och praktiska) måste därför garantera en stadig förbättring mot att nå de mål som sätts upp i stadgan. Statistisk skall föras över behov, resurser och resultat och den påverkan som de valda åtgärderna haft på rätten till boende skall utvärderas med regelbundenhet.[1105] Arbetet med förverkligandet av rättigheten skall utföras enligt en vald tidtabell där det skall finnas deadlines för varje mål som staten önskar uppnå.[1106]

Även för rätten till bostad skall de tre kriterierna avseende rättighetens förverkligande tillämpas. En skälig tidsram skall fastställas, mätbara framsteg skall ske och finansieringen av åtgärderna skall motsvara den maximala

---

[1101] Vilket Sverige inte har gjort och därmed fått kritik för, se conclusions 2003, Sweden s. 651.

[1102] Conclusions 2003, France s. 221. Besittningsrätt är ett krav som framgår av artikel 31 p. 2. Boendet skall ha fungerande vatten, värme, avfallshantering, dusch och toalett, elektricitet. Definitionen avser såväl nybyggda som redan existerande boenden.

[1103] Collective complaint nr 31/2005 *ERRC v. Bulgaria*, p. 35.

[1104] Collective complaint nr 33/2006 *International Movement ATD Fourth World v. France*, p. 59.

[1105] Collective complaint nr 33/2006 *International Movement ATD Fourth World v. France*, p. 63. Statistikkravet beror på att rätten till bostad är en mycket komplex rättighet då så många olika politikområden är inblandade. Åtgärderna måste också kunna analyseras utifrån de effekter de har på särskilda grupper, främst utsatta grupper.

[1106] Collective complaint nr 33/2006 *International Movement ATD Fourth World v. France*, p. 60. Vid utarbetandet av schemat skall hänsyn till de mest utsatta grupperna också tas.

användningen av tillgängliga resurser. Rätten till bostad innebär också att staten skall främja tillgång till bostad bland särskilt utsatta grupper, vilka definieras som låginkomsttagare, arbetslösa, ensamstående föräldrar, unga, personer med handikapp och personer med mental ohälsa.[1107]

EKMR och IKESKR utgjorde inspirationskällor till artikel 31 och artikeln skall därför tolkas i ljuset av dessa konventioner. ESK-kommitténs general comments och de rapporter som FN:s särskilda rapportör i boendefrågor författar är därvidlag av betydelse.[1108]

3.3.3.9.2 Förbud mot hemlöshet

Med hemlösa personer avses dem som juridiskt sett inte har någon bostad eller annan form av boende i den mening som artikel 31 p. 1 stadgar.[1109] Staterna har en skyldighet att jämlikt artikel 31 p. 2 förebygga att utsatta grupper blir hemlösa. För detta skall det också finnas en bostadspolitik för att garantera tillgången till ”social housing”, artikel 31 p. 3.[1110]

För att staterna skall anses ha uppfyllt kraven som artikeln ställer måste de etablera nationella procedurer så att risken för vräkning begränsas. Om ändå vräkning sker så skall den utföras under villkor som respekterar de berörda personernas värdighet. Personer som hotas av vräkning har rätt till ett juridiskt skydd som innebär att en skyldighet att konsultera med de berörda parterna finns i syfte att finna alternativa lösningar.[1111] Dessutom måste information om vräkning ges inom en skälig period innan den äger rum. Rättslig hjälp till dem som vill ompröva vräkningsbeslutet skall ges och vräkning får inte äga rum under natten eller under svåra

---

[1107] Conclusions 2003, France s. 221. Jämför Collective complaint nr 33/2006 *International Movement ATD Fourth World v. France*, p. 60 och collective complaint nr 15/2003, p. 53. Jämför också Guidelines on access to housing for vulnerable groups, CM(2007)55 add, 10 April 2007 (European Committee for Social Cohesion).

[1108] Collective complaint nr 33/2006 *International Movement ATD Fourth World v. France*, p. 68–71.

[1109] Conclusions 2003, Italy s. 345.

[1110] Conclusions 2005, Lithuania s. 409. Sverige har flera gånger uppmanats att förklara varför landet inte har någon sådan politik, se conclusions 2003, Sweden s. 654 och conclusions 2005 s. 49 f.

[1111] Här kan en jämförelse med Europadomstolens avgörande *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden* (application nr 23883/06, Judgment of 16 December 2008) vara på sin plats. Hyresgästerna i målet förlorade sitt hyreskontrakt sedan de satt upp en parabol. Europadomstolen diskuterar inte rätten till bostad i sin dom. Sverige ansågs däremot ha kränkt rätten till informationsfrihet såsom den följer av artikel 10 EKMR. För att artikel 10 skall respekteras måste staten agera och se till att privata hyresvärdar respekterar artikeln. Sverige hade inte sett till att lagstiftningen gav hyresgästerna tillräckligt skydd för rätten att ta emot information. Europadomstolen avstod från att uttala sig om artikel 8.

väderförhållanden.[1112] Det juridiska skyddet inbegriper också en skyldighet för staten att kompensera för olaglig vräkning och när en vräkning äger rum med hänvisning till allmänt intresse, så skall myndigheterna ha vidtagit åtgärder för att finna nytt boende till den vräkta personen eller finansiellt stödja de som berörs.[1113]

ES-kommittén har också på ett tydligt sätt satt upp kriterier för vräkning. Olaglig ockupation av ett boende eller en plats är ett exempel på något som enligt kommittén kan legitimera vräkning av ockupanterna. Men, kriterierna för vad som räknas som ”olaglig ockupation” får inte vara orimligt vida. Vräkning/avhysning skall äga rum i enlighet med tillämpliga procedurregler och dessa skall tillräckligt väl skydda de berörda personernas rättigheter.[1114]

Staterna skall också aktivt arbeta för att reducera hemlösheten, i syfte att den helt försvinner. Det kräver att akuta åtgärder, som provisoriska boendelösningar skapas så att hemlösa får omedelbart tak över huvudet. Dessa lösningar skall respektera individernas rätt att leva under värdiga förhållanden.[1115] Tillfälliga lösningar skall vara just tillfälliga. Individens rätt till bostad innebär därför en rätt att få ett eget boende så snart det går, inom en skälig tidsperiod och få hjälp med de personliga problem som skapat en ohållbar boendesituation för dem. Målet skall vara att inte bli hemlös än en gång.[1116]

3.3.3.9.3 Att ha råd med sitt boende

Artikel 31 utgör ett förbud mot hemlöshet, men också ett skydd mot att boendet blir så dyrt att de boende inte har råd med det. Hyresreglering inom ramen för bostadspolitiken blir därmed nödvändigt i syfte att säkerställa att boendekostnader är möjliga att hantera för de med mindre resurser. I detta ingår också ett implicit förbud mot att försämra individens boendesituation genom att kraftigt höja redan satt pris. Av artikel 31 p. 3 följer att staterna skall vidta åtgärder i syfte att tillse att dem som inte har tillräckliga resurser ändå har råd med sina boendekostnader. Kommittén har uttalat att ett hushåll har råd med boendet om det kan betala eventuell förskottshyra/deposition, hyran och boenderelaterade kostnader på längre sikt samtidigt som det upprätthåller en minimilevnadsstandard enligt de kriterier som kännetecknar hushållets samhälle.[1117]

[1112] Vräkning när det är vinter i norra Europa till exempel.

[1113] Jämför Europadomstolens domar i målen *Gillow v. the United Kingdom* och *Connors v. the United Kingdom* (application nr 66746/01, Judgment of 27 May 2004), se ovan avsnitt 3.3.2.5. Se också Conclusions, 2005, Sweden s. 46 ff.

[1114] Collective complaint nr 15/2003, p. 51.

[1115] Collective complaint nr 39/2006 *FEANTSA v. France*, p. 108–109.

[1116] Conclusions 2003, Italy s. 684.

[1117] Conclusions 2003, Sweden s. 655.

Rätten till boende inkluderas också i familjens rätt till socialt, ekonomiskt och juridiskt skydd som återfinns i artikel 16.[1118] Det är alltid staten som har det yttersta ansvaret för hur Stadgans rättigheter förverkligas i landet. Det är alltså *staten* som har en skyldighet att visa att den och kommunala eller regionala myndigheter har tagit konkreta steg för att garantera att åtgärder oavsett den nivå dessa vidtagits på är effektiva.[1119] Staterna skall främja utbudet av boenden för familjer, vilket innebär att familjers behov skall tas i beaktande i bostadspolitiken. Vidare måste redan befintliga hus ha en godtagbar standard och nödvändig service, såsom värme och elektricitet. Godtagbar eller adekvat standard innebär att boendet skall vara säkert, det vill säga att vatten, värme, elektricitet och sanitära lösningar fungerar. Bostaden skall också vara anpassad till familjens storlek.[1120] Familjers boende skall vidare vara skyddat i lagstiftning och skyldigheten att främja och sörja för boende utsträcker sig till skydd mot ”unlawful eviction”, även avseende artikel 16.[1121]

Vi ser alltså att artiklarna 16 och 31 är sammanlänkade och överlappar varandra. Rätten till bostad är en viktig komponent i en fullgod levnadsstandard. Därför är det grundläggande att tillhandahållandet av sociala bostäder (”social housing”) främst riktas mot de mest förfördelade i samhället.[1122] Bostadsköer får inte vara allt för långa.[1123] Boendeförmåner

---

[1118] Collective complaint nr 31/2005 *European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria*. Artikeln lyder: With a view to ensuring the necessary conditions for the full development of the family, which is a fundamental unity of society, the Parties undertake to promote the economic, legal and social protection of family life by such means as social and family benefits, fiscal arrangements, provision of family housing, benefits for the newly married and other appropriate means.

[1119] Collective complaint nr 27/2004 *European Roma Rights Center v. Italy*, p. 26 samt collective complaint nr 15/2003 *European Roma Rights Center v. Greece*, p. 29.

[1120] Collective complaint nr 15/2003 *European Roma Rights Center v. Greece*, p. 24. Conclusions 2003, France s. 224.

[1121] Collective complaint nr 15/2003 *European Roma Rights Center v. Greece*, p. 24.

[1122] Vid flera tillfällen har kommittén framhållit vikten av att de i samhället som har det svårast skall ägnas särskild uppmärksamhet från statens sida. Detta innebär att det allmänna måste ta hänsyn till hur beslut påverkar dessa grupper, även vad gäller politiska beslut, för såväl utsatta individer som deras familjer. Collective complaint nr 13/2002, p. 53, i vilket det var fråga om autistiska personers möjligheter att få utbildning anpassat efter särskilda behov. Frankrike blev starkt kritiserat av kommittén, bland annat för att den av landet valda definitionen av autism ansågs vara snävare än den som WHO ställt upp, se p. 54. Fallet handlade om artikel 15.1 (handikappade personers rätt till integration), artikel 17 p. 1 (barns och ungas rätt till socialt, juridiskt och ekonomiskt skydd), tagna var för sig men också i kombination med artikel E. Artikel 15 tolkas närmare i conclusions XIV-2, på s. 63 avseende mänsklig värdighet. Artiklarna 18 och 19 behandlar migrerande arbetstagares juridiska situation. Konventionsstaterna har inte en gemensam arbetsmarknad såsom den

måste finnas, i form av *individuell* rättighet, åtminstone för låginkomsttagare och förfördelade grupper.[1124]

3.3.3.10 Retrogressive measures

ES-kommittén har vid ett par tillfällen uttalat sig om ”retrogressive measures”, det vill säga när rättighetsskyddet försämrats för individer. Den utförligaste redogörelsen står kommitténs beslut i klagomål nr 14/2003 *FIDH v. France* för. Fallet gällde illegala invandrares möjlighet att få kostnadsfri vård. Kostnadsfri vård hade varit en rättighet för dessa personer tidigare, men ändrades genom ny lagstiftning. Frågan att ta ställning till för kommitténs del är hur ett försämrat rättighetsskydd skulle tolkas i ljuset av stadgan. Kommittén var här tvungen att ta hänsyn till om illegala invandrare alls kunde komma att falla in under stadgans tillämpningsområde, något som också sätter stadgans appendix i fokus.

Kommittén framhöll att vid tolkningen av stadgan skall hänsyn tas till att den är ett komplement till EKMR och som sådan ett levande instrument som bygger på värdena värdighet, autonomi, jämlikhet och solidaritet. Hänsyn skall också tas till att alla mänskliga rättigheter är odelbara, beror av varandra och lika vikiga, ett resonemang som stödjer sig på p. 5 Wiendeklarationen. Den tredje faktorn i tolkningen av stadgan är enligt kommittén att den skall tolkas så att den ger ”liv och mening” till grundläggande sociala rättigheter, vilket innebär att begränsningar av rättigheterna skall tolkas restriktivt.[1125] Frågan blev därmed hur begränsningen i stadgans appendix skall tolkas utifrån dessa tre parametrar. Begränsningen gäller många artiklar i stadgan och påverkar dessa olika starkt. Fallet i fråga gällde dock rätten till sjukvård som i sin tur är kopplad till rätten till liv och den mänskliga värdigheten, varför kommittén fastslog att lagstiftning som nekar utländska medborgare (även de som vistas illegalt inom statens territorium) vård, är i strid med stadgan.[1126] En oenig kommitté (9 mot 4) kom sedan fram till att Frankrike inte kränkt rätten till vård i artikel 13 för de vuxna som berördes av den nya lagstiftningen. Skälet

---

Europeiska unionen. Genom artikel 18 åtar sig konventionsstaterna att liberalisera de nationella reglerna rörande arbete och uppehållstillstånd.

[1123] Om de är för långa så skall det finnas rättsmedel att tillgå, jämför collective complaint nr 33/2006, p. 131. I klagomålet var väntetiden på ett socialt boende längre än två år, vilket föranledde stark kritik från kommittén.

[1124] Conclusions 2003, Sweden s. 658 f. Avslag på ansökan om boendeförmån skall kunna överklagas, conclusions 2005, Sweden s. 50 f. Se också Mikkola, M, *Housing as a Human Right in Europe* s. 249–294.

[1125] Collective complaint nr 14 *International Federation of Human Rights League (FIDH) v. France*, p. 27–29.

[1126] Collective complaint nr 14 *FIDH v. France*, p. 31–32.

till detta var att det trots allt fanns vård att tillgå, även om villkoren för det ekonomiska stödet var snävt formulerade. Kommittén kom dock fram till att barns och ungdomars rätt till socialt skydd enligt artikel 17 inte hade respekterats av Frankrike.[1127] Men också på denna punkt var kommittén oenig (7 mot 6). Avgörande blev i denna fråga att artikel 17 bygger på FN:s barnkonvention som i sin tur ger barn och ungdomar ett högt generellt skydd för vård och stöd.

I nr 10/2000 *Tehy ry and STTK ry v. Finland* aktualiserades frågan om en försämring av arbetsvillkoren för sjukvårdspersonal som utsattes för strålning kunde anses falla inom ramen för artikel 2 p. 4. Artikeln behandlar rättvisa arbetsförhållanden och p. 4 innebär att staten åtar sig att ge betald extra ledighet eller reducerad arbetstid för dem som arbetar inom farliga eller ohälsosamma yrken. Till och med 1998 ansågs sjukvårdspersonal som utsätts för strålning höra till denna grupp, vilket också framkom i finländsk lagstiftning och som utgjorde grunden för ratifikationen av artikel 2 p. 4. Efter år 2000 fanns dock varken lagstiftning eller kollektivavtal som hanterade denna yrkesgrupps rättighet enligt artikel 2 p. 4, vilket den klagande organisationen starkt kritiserade. Kommittén besvarade klagomålet genom att först besluta att den aktuella yrkeskategorin faktiskt kan åberopa artikel 2 p. 4. Den finska statens framförde att Finlands gränsvärden för strålning ligger väl under de gränser som EU och ILO uppställer. Enligt kommittén räckte inte det. Ett yttrande från International Commission on Radiological Protection (ICPR) visade att cancerrisk inte kan undvikas helt även om nämnda tröskelvärden respekteras. Artikel 2 p. 4 skall därför till fullo respekteras och därmed de berörda arbetstagarnas rättigheter.[1128] Finland ansågs inte ha respekterat stadgan.

Retroaktivt verkande åtgärder har också behandlats av kommittén i relation till artikel 12, rätten till social trygghet, och särskilt p. 3 som anger att konventionsstaterna skall förbättra de nationella trygghetssystemen.[1129] Kommittén bekräftar sin tidigare praxis såsom den kommit till uttryck i slutsatser från rapporteringsförfarandet, där huvudregeln är att förändringar måste garantera att det fortsatt finns ett grundläggande socialt trygghetssystem som är tillräckligt omfattande. Klagomålet handlade dock om ett kompletterande instrument för en viss kategori av statligt anställda, vilken överfördes till den socialförsäkring som gällde för andra statligt anställda. Av klagomålet följer att staten har en stor tolkningsmarginal i fråga om val av specialiserade socialförsäkringar riktade till vissa yrkesgrupper när det är en fråga om kompletterande skydd. Den nivå på

[1127] Collective complaint nr 14 *FIDH v. France*, p. 36–37.

[1128] Collective complaint nr 10/2000 *Tehy ry och STTK ry v. Finland*, p. 27.

[1129] Collective complaint nr 43/2007 *SMMP v. Portugal.*

skyddet som yrkesgruppen kom att erhålla var ändå högre än det allmänna skyddet, varför kommittén ansåg att staten respekterat Stadgans krav.[1130]

3.3.3.11 Kommentar om EKMR och Stadgan

De olika systemen som inrättats till skydd för mänskliga rättigheter överlappar varandra, vilket skulle kunna innebära att det finns lika många definitioner av rättigheterna som det finns texter. Men överlappningen gäller också de olika övervakningssystemen och verkställighetsmekanismerna. Det mest raffinerade juridiska förverkligandet av sociala rättigheter i folkrätten innebär att de kan åberopas i domstol och tillämpas direkt i nationell rätt. På så sätt skulle de ha direkt effekt för individer som skulle tillerkännas rättigheter och rentav ersätta och komplettera nationella regler. När en nationell domstol förklarar sig inte kunna använda sig av Stadgan så konstaterar den ofta att artikelns ordalydelse medför att den inte kan tillämpas direkt, att appendixet[1131] är tillämpligt eller att det är fråga om ett fall där endast rapportövervakning är aktuellt.[1132] Trots detta kan reglerna i Stadgan utvecklas bortom det som var tanken med dem från början och komma att bli direkt tillämpliga eller ”self-executing”, vilket skett i ett antal fall.[1133]

Europadomstolen har på olika sätt vidgat tillämpningsområdet för EKMR och staten positiva skyldigheter i förverkligandet av konventionsrättigheterna konstateras allt oftare. Konventionens rättigheter ger såväl indirekt som direkt skydd till rättigheter som inte framgår av konventionstexten, vilket möjliggör att Europadomstolen dömer i fråga om sociala rättigheter. Rättigheternas horisontella effekt och diskrimineringsförbudets ökade betydelse (inklusive tilläggsprotokoll nr 12) är två sätt på vilket domstolen har kommit att inkludera ekonomiska och

---

[1130] Collective complaint nr 43/2007 *SMMP v. Portugal*, p. 45–48.

[1131] Appendixet begränsar Stadgans tillämpning avseende de personer som kommer i åtnjutande av rättigheterna, se ovan avsnitt 3.3.3.1.

[1132] Gori, G, a.a.s. 75.

[1133] Högsta instanser i såväl Nederländerna, Tyskland och Belgien har funnit att Stadgans artikel 6 p. 4 (rätt att vidta stridsåtgärder) är direkt tillämplig. För Nederländerna handlade det om att motsvarande rättighet saknades i nationell lag, varför artikeln kom att tillämpas. Finland har beslutat att nationella myndigheter och domstolar skall tillämpa stadgan, eftersom den inte är inkorporerad i finländsk rätt. Artikel 13 har förklarats vara direkt tillämplig i finländsk domstolspraxis. Artiklarna 5 och 6 har bedömts vara direkt tillämpliga i nederländsk rätt. Nederländerna är dock ett monistiskt land, varför det inte ställs krav på en inkorporering utan endast att artikeln ordalydelse är tillräckligt tydlig. Se för detta Gori, G, a.a.s. 77 f.

sociala rättigheter.[1134] Domstolen har också, som redan påvisats i denna text, hänvisat till Stadgan i sin praxis.[1135]

Principen om de mänskliga rättigheternas odelbarhet, universalism och beroende av varandra bekräftades av kommittén på ett tidigt stadium.[1136] Detta yttrar sig dock på olika sätt beroende på vilken konvention det handlar om. Sociala rättigheter förs in i EKMR genom att teorin om statens positiva skyldigheter appliceras eller på grundval av teorin om ”inherence”, det vill säga att sociala rättigheter är ”inherent elements of civil and political rights”.[1137] Vi har kunnat se detta genom tillämpningen av ”integrated approach.”

Inom ramen för den Europeiska stadgan arbetar kommittén på ett annat sätt än domstolen gör ifråga om sociala rättigheter. Kommittén söker bedöma sociala och ekonomiska rättigheter på ungefär samma sätt som Europadomstolen bedömer medborgerliga och politiska. De sociala rättigheterna har därför i Stadgans sammanhang en självständig betydelse och tolkas och tillämpas därefter. Kommitténs mål är att rättigheterna blir effektiva och verkliga i praktiken,[1138] och har därför försökt att göra övervakningen så konkret som möjligt. I övervakningen ingår klagomålsförfarandet och kommittén har också läst in rätten till ett effektivt rättsmedel i stadgan, utan att den finns uttryckt i konventionstexten. På så sätt kan nationella domstolar få ett större incitament att tillämpa stadgan på det nationella planet. Inspirationen till detta kommer från artiklarna 6 och 13 EKMR (rätten till en rättvis rättegång respektive rätten till effektiva rättsmedel). Alla rättigheter i stadgan omfattar rätten till ett effektivt rättsmedel.[1139] De nationella domstolarna är nödvändiga för att göra rättigheterna verkliga.[1140]

1134 *Bensaid v. United Kingdom*, *Gaygusuz v. Austria*, *Larioshina v. Russia* (Decision on admissibility of 23 April 2002), *Botta v. Italy*; *Z and others v. the United Kingdom.*

1135 *Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland* (application nr 16130/90, Judgment of 30 June 1993), *Gustafsson v. Sweden* (application nr 15573/89, Judgment of 28 March 1996), *Wilson and the National Union of Journalists* (application nr 30668/96, 30671/96 and 30678/96, Judgment of 2 July 2002, final 2 October 2002, p. 30–33 samt 48), *Sanchez Navojas v. Spain* (application nr application nr 57442/00, Decision on admissibility, p. 2), *Koua Poirrez v. France*, *Sidabras and Džiantas v. Lithuania*, p. 31 och 47.

1136 Collective complaint nr 1/1998, collective complaint nr 6/1999 (p. 26). Europadomstolens konstaterande att det inte finns någon ”watertight division” mellan de olika rättighetskategorierna återkommer i detta klagomålsavgörande, se *Airey*-målet, ovan avsnitt 3.3.2.1 och 3.3.2.4.

1137 Akandji-Kombé, J-F, a.a.s. 92.

1138 Collective complaint nr 1/1998. Se också Conclusions III, general introduction.

1139 Akandji-Kombé, J-F, a.a.s. 92

1140 Se collective complaint nr 6/1999 *Syndicat national des professions du tourisme v. France* och nr 12/2002 *Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden* (p. 28 samt p. 42 – om nationella

Utvecklingen rör sig alltså bort från sociala rättigheter som mål och uttryck för politiska principer. I stället ges de ett substantiellt innehåll.[1141] Vidare kan utvecklingen kring Europeiska sociala stadgan (ESS) anses innebära en tydligare juridifiering av kontrollmekanismen inom ramen för det instrumentet, och på så sätt en utveckling av de sociala rättigheternas ställning.

3.4 Sammanfattande kommentarer till del III

Utvecklingen rörande skyddet för mänskliga rättigheter inom folkrätten under de senaste årtiondena pekar på en allt större variation av rättigheter för individen. Till detta kan tilläggas en större acceptans i såväl nationella som internationella rättsordningar för att rättssubjekten, individerna, sinsemellan är mycket olika. Nya sätt att hantera rättigheterna krävs,[1142] vilket är tydligt för de sociala rättigheterna. En annan fråga är om de sociala rättigheterna i sig ändrar karaktär.

Principen om ickediskriminering är grundläggande inom folkrätten. Såväl nationellt som internationellt har denna kommit att leda till att olika rättigheter kan sägas vara intimt sammankopplade. Denna princip operationaliserar rättigheterna. Vidare kan ickediskriminering vara ett led i det som jag i denna text benämner som ”integrated approach”, det vill säga att medborgerliga och politiska rättigheter inbegriper sociala och ekonomiska. Likabehandlingen blir ett slags motor i de sociala rättigheternas utveckling och leder till att gränsen mellan olika sorters rättigheter luckras upp allt mer.

---

domstolars roll). Det senare klagomålet behandlar Sverige och hur negativ föreningsfrihet skyddas. Den negativa föreningsfriheten finns inte med i artikel 11 EKMR, men nämns uttryckligen som lika viktig som den positiva i artikel 5 stadgan. Det var först 1999 som Europadomstolen kom att ge den negativa föreningsfriheten lika stor tyngd som den positiva, vilket skedde i målet *Chassagnou v. France* (application nr 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Judgment of 29 April 1999). Som vi också har kunnat se så har Europadomstolen före detta mål hänvisat till stadgan när det varit fråga om att tolka föreningsfrihetsfrågor, se *Sigurjónsson v. Iceland* (artikel 5 Stadgan togs med av Europadomstolen) samt *Wilson and the National Union of Journalists and others v. The United Kingdom*, p. 47. Om föreningsfrihet och framför allt fackföreningar, se Warbrick, a.a.s. 246 f. som anser att den största skillnaden mellan de två konventionerna är att EKMR inte skyddar fackföreningars rätt att fungera effektivt, vilket han menar går i strid med ES-kommitténs och ILO:s syn.

[1141] Vilket också yttrar sig i att flera av Stadgans rättigheter har utvecklats till att bli individuellt utkrävbara rättigheter, artikel 1 p. 2, artikel 4 p. 2–5, artikel 5, artikel 6 p. 3 och 6 p. 4; artikel 7, artikel 13, artikel 17 (om grundutbildning), artikel 19 p. 6 och 8, artikel 20, artikel 24 och 25, artikel 28, artikel 31 p. 1; jämför Gori, a.a.s. 83.

[1142] Bobbio, N, *Rättigheternas epok* s. 72 f.

Förutom likabehandling är *människovärdet* och rätten för varje människa att leva ett värdigt liv en grundläggande aspekt på mänskliga rättigheter. I både folkrätten och nationell rätt är detta återkommande. Återigen kan de integrerade rättigheterna lyftas fram. Rätten till liv ger rätt till ett människovärdigt liv, vilket i sin tur kräver att vissa grundläggande rättigheter är uppfyllda. Staterna åläggs därmed en skyldighet att agera, vilket vi sett inom ramen för Europakonventionen. Europadomstolen understryker allt mer staternas positiva skyldigheter. Människors olika behov och olika utgångspunkter skapar samtidigt den stora utmaningen för likabehandlingsprincipen. Ovan har visats att skillnader mellan olika individer också medför en rätt att bli behandlad annorlunda, eftersom rättigheterna annars inte skulle kunna uppfyllas.

En väsentlig skillnad mellan de nationella konstitutionella rättsordningarna och den folkrättsliga är möjligheten för individen att få sin sak prövad. Domstolarnas roll i den nationella rätten är en naturlig del av rättsstatstanken och även om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter inte är uttryckligt upptagna i grundlagen, så aktualiseras de via välfärdslagstiftningen som den enskilde ofta kan åberopa i domstol. Problem kan dock uppstå när den materiella lagstiftningen inte harmonierar med internationella åtaganden och när grundlagen inte innehåller principer om ickediskriminering som kan åberopas i och tillämpas av domstol. Sydafrika har här funnit en unik lösning och lyckats förena den internationella rätten med den nationella och ålagt domstolarna att döma i frågor som rör kränkningar av ekonomiska och sociala rättigheter.[1143] Folkrätten däremot har ett mångfacetterat sätt att hantera rättighetskränkningar. Denna text visar att de folkrättsliga institutionerna utvecklar en allt mer nyanserad praxis och att de olika kontrollorganen söker nya processuella sätt att pröva kränkningar av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Vidare pekar utvecklingen mot en trend där alternativ till att enbart individen skall ha rätt att klaga blir allt vanligare. Inom ramen för Europarådet finns, vilken redogjorts för ovan, både individuell talan och grupptalan.[1144] Grupptalan kan vara ett sätt att låta marginaliserade grupper göra sig hörda och få rättighetskränkningar prövade. Den avvaktande inställningen till att skapa ”riktiga” domstolar även för de konventioner som behandlar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter har sin till stor del i den politiska oviljan, på samma sätt som den kan finnas i det nationella

[1143] Craven anser att ”[…] the degree to which domestic courts would give effect to social and economic rights would depend firstly on the extent of their constitutional and legislative powers and secondly on the role traditionally played by courts in the country's constitutional system.” Citerad av Pieterse, M, *Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience s.* 903.

[1144] Grupptalan är dock, än så länge, kraftigt begränsad.

systemen.[1145] Ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna är nära sammankopplade med välfärden, men därmed också med demokratin och den stora frågan om *vem som skall bestämma* politikens utformning.

Sociala rättigheter idag definieras av välfärdsstaten, rättstatsprinciperna och den grundläggande principen om var och ens rätt till ett människovärdigt liv. Dessa faktorer återfinns även i den EG-rättsliga kontexten, varför nästa del kommer att fokusera på sociala rättigheter i just den specifika rättsordningen och på hur dessa (konstitutionella) fenomen påverkar den EG-rättsliga utvecklingen på området, särskilt avseende rätten till bostad och rätten till hälsa.

[1145] Jämför avsnitten ovan om Sverige (2.2) och Sydafrika (2.5)

Del IV Sociala rättigheter i den Europeiska unionen

But when we come to matters with a European element, the Treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back.

Lord Denning

4 Inledande ord till del IV

4.1 Inledning

I de föregående delarna har framväxten av de sociala rättigheterna i folkrätt och nationell konstitutionell rätt studerats. De rättigheter som starkast förknippas med den liberala rättsstaten, de medborgerliga och politiska, har också behandlats. Vi har kunnat se hur till exempel tillämpningsområdet för EKMR har vidgats till att omfatta det vi benämner sociala rättigheter.[1146] De föregående delarna pekar på att olika rättigheter, oavsett om de klassificeras som medborgerliga, politiska eller sociala, är beroende av varandra och mycket ofta svåra att separera från varandra. Såväl nationella konstitutioner som den internationella folkrätten visar detta tydligt.

Europeiska unionen ger ytterligare dimensioner och nyanserar än mer framväxten av sociala rättigheter under det senaste halvseklet. EG-rätten fångar, på sitt sätt, upp delar av utvecklingen inom folkrätten. Som en del av den nationella rätten, medför gemenskapsrätten att dimensioner av såväl folkrättslig och gemenskapsrättslig karaktär läggs till det som konstitutionellt sett utgör sociala rättigheter i Sverige. Gemenskapsrättens företräde innebär att sociala rättigheter får konstitutionell status nationellt, genom den fria rörligheten.

För att förstå EG-rätten idag, inleds kapitel 4 med en redogörelse för hur mänskliga rättigheter har kommit att inkluderas i EG-rätten. Det är nödvändigt att göra en sådan historisk genomgång för att kunna förstå såväl den senaste tidens lagstiftning inom EU som EG-domstolens praxis. Redogörelsen är också viktig för att läsaren skall ha i åtanke att idén om mänskliga rättigheter med svårighet kan delas in i kategorier; i EG-rätten är detta mycket tydligt och är redan i sig en inledande poäng. I de ursprungliga EG-fördragen fanns inte några artiklar som refererade till mänskliga rättigheter. Det fanns dock vissa fördragsartiklar som hade ett slags dimension av grundläggande rättighet, nämligen artikel 12 EG-fördraget (principen om icke-diskriminering) och artikel 141 EG-fördraget (lika lön för män och kvinnor). Dessa kommer att diskuteras i denna framställning, då deras tillämpning tillsammans med de fyra friheterna de facto lett till att sociala rättigheter är en del av gemenskapsrätten.

[1146] Avsnitt 3.3.2.2.

Det EG som skapades under 1950-talet hade till syfte att säkra freden genom ett allt starkare ekonomiskt samarbete mellan en liten grupp länder. Antalet medlemsstater är i skrivande stund 27 och det ekonomiska samarbetet har breddats. Sedan många år tillbaka är diskussionen om det demokratiska underskottet i EU livaktig och institutionerna söker på olika sätt bemöta detta. Ett sätt var att starta arbetet med en gemensam konstitution för Europa, där själva förberedelserna skulle vara öppna och demokratiska och skapa ett slags folklig legitimitet för europasamarbetet.[1147] Konstitutionen skulle dessutom inbegripa en alldeles egen rättighetsstadga, i syfte att understryka det som EU ditintills åstadkommit och som EU-medborgare nu kan se som sitt gemensamma konstitutionella arv. Stadgan och EU-medborgarskapet kommer att analyseras i denna framställning, särskilt som dessas betydelse för sociala rättigheter inte kan underskattas. Försöket med en gemensam konstitution kom att få sig en rejäl törn genom folkomröstningarna i Frankrike respektive Nederländerna år 2004. Arbetet med en gemensam konstitution fortsätter dock, om än i förändrad form, och i princip samtliga medlemsstater har ratificerat det aktuella Lissabonfördraget.[1148]

Då den Europeiska unionen inte har någon direkt kompetens när fråga är om socialpolitik, betyder det att förekomsten av ett ”socialt Europa” grundar sig helt på medlemsstaternas egna välfärdssystem.[1149] Den nya utmaningen för de nationella systemen är hur de skall förhålla sig till den stora andel *unionsmedborgare* som har rätt att ta del av de sociala trygghetssystemen på det nationella planet, trots att de inte är medborgare i landet ifråga. Just unionsmedborgarskapet ger dem denna rätt. För de länder där den nationella grundtanken är att social trygghet är något man får efter att ha bidragit till det (till exempel genom skatt eller genom själva medborgarskapet) blir detta en utmaning. De nationella välfärdssystemen är konstruerade till att begränsas till medlemsstatens nationella territorium. Det är enbart inom det egna territoriet staten kan anses ha tillräcklig kontroll över de komplicerade välfärdsystemen, inklusive finansieringen av dessa. Vi

---

[1147] Om arbetet med konstitutionen i det så kallade konventet, se de Búrca, G, *The drafting of the European Union Charter of Fundamental Rights* s. 131 ff., Menendez, A J, *Between Laeken and the Deep Blue Sea* s. 115 ff., Tarschys, D, *Europarådet, EU och de mänskliga rättigheterna* s. 517 f.; Eijsbouts, W T, *The European Way. History, Form and Substance* s. 5–11.

[1148] Tjeckien och Irland har ännu inte ratificerat Lissabonfördraget. Den tyska författningsdomstolen tog den 30 juni 2009 ställning till frågan om en tysk ratificering strider mot den tyska grundlagen genom att begära viss tilläggslagstiftning från det tyska parlamentet. Sverige ratificerade Lissabonfördraget den 20 november 2008, se prop. 2007/08:168.

[1149] Jämför Lenaerts, K, och Heremans, T, *Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice* s. 101.

kan konstatera att den territoriella avgränsningen kommer i konflikt med EU:s målsättningar.

Genom den fria rörligheten vill unionen förverkliga den inre marknaden. För att detta skall kunna ske, måste de hinder som finns tas bort, vilket också gäller de fall som härrörs till välfärdssystemen. Antalet personer som skall inkluderas i det nationella systemet kan alltså komma att öka och även den territoriella tillämpningen förändras då till exempel sjukvårdstjänster utförda i annat land omfattas av det egna landets ekonomiska ansvar.

Idén om det sociala Europa i kombination med mänskliga rättigheter framförs som ett sätt att skapa legitimitet för EU. Den gemensamma strävan att uppnå ekonomiska mål som EU grundades på anses, mot bakgrund av de gemenskapsrättsliga förändringar som skett de senaste 20 åren, inte vara tillräcklig. Samtidigt är de sociala frågorna intimt kopplade till den nationella identiteten och medlemsstaternas medborgares förväntningar på vad den egna staten skall erbjuda. Detta understryks av nederlaget i de nationella folkomröstningarna om konstitutionen.

Krävs det att EU nu siktar på en ännu starkare social dimension i relation till medborgarna och vilken roll kan de sociala rättigheterna då komma att få? EG-domstolens roll blir i denna del mycket viktig, då det är den som avgör hur de konflikter som eventuellt uppstår mellan EG-rätten och den nationella rätten skall tolkas. Till stor del handlar det också om att lösa direkta normkonflikter, eftersom nationella lagregler kolliderar med EG-regler. Det är också här som kompetensfrågan ställs på sin spets. Min tes i detta sammanhang är att medlemsstaterna valt denna ordning genom att förhålla sig avvaktande till sociala rättigheter och att domstolen till stor del kan anses vara tvungen att träda in på ett svårt och snårigt tolkningsområde där politiska överväganden de facto överlämnas till en juridisk instans. Denna diskussion fortsätter till viss del i nästa delkapitel, då skapande av nya rättigheter behandlas, närmare bestämt alternativa sätt att nå ett mål som liknar rättigheter. Jag kommer då att analysera den ökande användningen av den öppna samordningsmetoden som i sig skulle kunna vara ett sätt att motverka den allt större makt EG-domstolen fått på området.

Vad avser *välfärdssystem i de olika medlemsstaterna*, så skulle det kunna sägas att staterna i dag har förlorat inflytande över den del som gäller bestämmandet av *vilka* som skall få efterfråga välfärdsrättigheterna/ tjänsterna. Diskrimineringsförbudet och krav på likabehandling inom gemenskapen har förändrat medlemsstaternas handlingsutrymme. På så sätt har också en del av möjligheten att styra en svår ekonomisk situation

påverkats och rentav minskat för medlemsstaterna.[1150] Dessutom medför budgetrestriktioner som till exempel EMU och stabilitetspakten ett minskat utrymme för medlemsstaterna vad gäller valmöjligheter i utformandet av den sociala välfärden. Hur skall då en medlemsstat kunna svara på ekonomiskt svåra situationer? Ett marknadsekonomiskt generellt sätt att se på saken är att skapa ett gynnsamt affärsklimat som kan stimulera till ekonomisk tillväxt. Detta berör också den nationella välfärden. EU måste kunna balansera den totala europeiska välfärden med det grundläggande renodlade marknadsperspektiv som EU grundas på. Ett sätt att göra det är att försöka finna en gemensam väg för social trygghet i Europa, vilket inte är enkelt att hantera inom ramen för den kompetensfördelning som råder mellan EU och medlemsstaterna. Ett allt för stort socialt underskott i EU leder till bristande legitimitet för det unionsrättsliga samarbetet, vilket också gäller det demokratiska.[1151]

Det är viktigt att ha i åtanke att reglerna som rör den inre marknaden också fyller en funktion i det att de påverkar marknaden i olika riktningar. Principen om icke-diskriminering och den fria rörligheten blir på så sätt ett medel för att omfördela tillgångar genom att vissa personer eller grupper av personer erkänns rättigheter.[1152]

Den kommande framställningen är strukturerad på följande sätt. Kapitel 4 utgör en grund för hela del IV. Efter de inledande gemenskapsrättsliga utgångspunkterna kommer såväl EU:s socialpolitiska utveckling att kommenteras samt EU:s stadga för grundläggande rättigheter analyseras. Stadgan kan i dag ses som kulmen på utvecklingen inom regleringen för mänskliga rättigheter inom EU till dags dato. Den bekräftar grundläggande rättigheter ”as they result” i medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och internationella åtaganden,[1153] samt EKMR, Europeiska sociala stadgan och Europadomstolens respektive EG-domstolens praxis.[1154] Nya organ, aktörer och en vidgad soft law påverkar också förrättsligandet av sociala rättigheter, vilket utreds närmare i avsnitt 4.4.

[1150] Hatzopoulous, V, *A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon* s. 1601.

[1151] Jämför Hatzopoulos, V, *A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon* s. 1601, med referenser i not 7.

[1152] Man kan i linje med detta också framhålla att det finns en social dimension av den inre marknaden som formar politiken inom det sociala området, till exempel genom åtgärder kopplade direkt till marknaden såsom arbetsmarknadspolitik.

[1153] ILO:s många konventioner har som syfte att säkra en gemensam miniminivå. Stadgan inleds också med skyddet och respekten för människans värdighet.

[1154] Om tillkomsten av Stadgan, se de Búrca, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 821 f. Stadgan kan enligt författaren ses som en maktbegränsande och inte transformativ eller maktgivande text.

Kapitel 5 behandlar hur sociala rättigheter blir ett resultat av reglerna om fri rörlighet, men också genom unionsmedborgarskapets ökade betydelse. Rätten till bostad och socialt stöd behandlas i detta sammanhang. I dessa två kapitel är det den positiva integrationen som företrädesvis ges utrymme i framställningen. Med positiv integration avses införandet av gemensamma regler för att utjämna skillnader mellan medlemsstaterna. Det avslutande kapitlet 6 fokuserar på rätten till hälsa inom EU, i vilket den negativa integrationen, det vill säga avskaffandet av olika hinder framförallt via EG-domstolens försorg, blir mer framträdande.

4.2 EG-rättsliga utgångspunkter

4.2.1 Inledning

Redan i såväl EU-fördragets som EG-fördragets ingress finns sociala framsteg och solidaritet omnämnda.[1155] Detta bekräftas i fördragets inledande artiklar. I artikel 2 stadgas gemenskapens mål. Förutom de ekonomiska målen med en gemensam inre marknad samt en ekonomisk och monetär union, så är ett av målen för gemenskapen att ”främja en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, […], en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.”[1156]

Den inre marknaden och det ekonomiska samarbetet är förutsättningar för dessa mål. Målen skall uppnås genom verksamheten i EG såsom den beskrivs i artikel 3. Artikeln listar EG:s kompetensområden och främjandet av samordningen av medlemsstaternas sysselsättningspolitik (i), den ekonomiska och sociala sammanhållningen (k), bidrag till en hög hälsoskyddsnivå (p) står upptagna efter punkterna rörande den inre marknaden och de fyra friheterna. Tillnärmningen av medlemsstaternas lagstiftning skall ske i den utsträckning som den gemensamma marknadens funktion kräver det (h). Redan i denna tredje artikel går det att se spänningar som gemenskapsrätten ger upphov till på det sociala området. De artiklar i

---

[1155] I ingressen till EU-fördraget betonas respekten för de mänskliga rättigheterna, de grundläggande friheterna samt rättsstatsprinciperna. De sociala rättigheterna såsom dessa kommer till uttryck i europeiska sociala stadgan samt i gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter anges som viktiga.

[1156] Vilket i sin tur kan ses i *Defrenne*-målet (43/75), p. 10–12. (I p. 20 hänvisas dessutom till ILO-konvention nr 100.) Om likalöneprincipen som en konstitutionell princip, se Christensen, A, *Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen* s. 15.

fördraget som rör fri rörlighet och den gemensamma marknaden har starkare rättsföljder än de artiklar som ger undantag för dessa artiklar, jämför till exempel artikel 28 med dess undantag i artikel 30 EG-fördraget. På det sociala området är uttrycken vagare: EG skall *bidra* till, *främja* samordning etc.

Artiklarna 136 (harmonisering av sociala system) och 152 (mål och medel för folkhälsopolitik) EG-fördraget förverkligar sociala mål och genomför gemenskapsrättslig verksamhet på det sociala området. Med dessa artiklar som grund antas minimidirektiv och resultaten blir mindre ”hårda”. I artiklarna finns inte sociala rättigheter explicit uttryckta och inte heller mänskliga rättigheter. I de ursprungliga fördragen nämndes inte heller grundläggande rättigheter. Det ekonomiska samarbetets mål var att säkra fred och välfärd i det krigshärjade Europa och detta ansågs då inte röra de mänskliga rättigheterna. I slutet av 1950-talet konstaterade därför också EG-domstolen att den saknade kompetens att undersöka huruvida ett beslut inom ramen för kol- och stålsamarbetet utgjorde en kränkning av en grundläggande rättighet erkänd i en medlemsstats konstitution.[1157] Det var dock via EG-domstolens praxis och via principerna om direkt effekt och EG-rättens företräde som frågan under 1960-talet kom att ställas på sin spets, varför det är på sin plats att kort beröra dessa.

4.2.2 Allmänna principer

Frågan om EG-rättens företräde och den direkta tillämpligheten av artikel 25 (dåvarande artikel 12) behandlades av EG-domstolen i fallet *Van Gend och Loos* år 1963.[1158] Den nederländska staten invände mot EG-domstolens kompetens att låta EG-rätt gå före nationell konstitutionell rätt och menade att det är endast den staten som kan bestämma över de avtal landet ingått och som eventuellt har inkorporerats i nationell rätt. Det är i denna dom som domstolen uttalar de i dag berömda orden att:

> […] gemenskapen utgör en ny rättsordning inom folkrätten till vars förmån staterna, låt vara på begränsade områden, har inskränkt sina suveräna rättigheter och som inte enbart medlemsstaterna utan även dessas medborgare lyder under. På samma sätt som gemenskapsrätten ålägger de enskilda förpliktelser, är den följaktligen även avsedd att oberoende av medlemsstaternas lagstiftning skapa rättigheter som blir en del av de enskildas rättsliga arv.[1159]

[1157] Mål 1/58 *Stork mot High Authority*, REG 1959, engelsk specialutgåva s. 17. Moberg, A, *Villkorsklausuler: om avtalsklausuler som utrikespolitiskt instrument*.

[1158] Mål 26/62 *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend och Loos mot Nederländerna*, REG 1963, svensk specialutgåva s. 161.

[1159] Mål 26/62 *Van Gend en Loos*, REG 2963 s. 1.

I fallet *Costa mot ENEL* utvecklades argumentet om EG-rättens företräde, på så sätt att domstolen underströk vikten av EG-rättens enhetliga tillämpning. Om EG-rätten inte tillämpas på ett enhetligt sätt, så sätts principerna om lojalitet (artikel 10) samt skapandet av en gemensam marknad i fara.[1160] EG-rättens företräde bekräftas också av artikel 249, då det i denna artikel stadgas att förordningar är bindande och direkt tillämpliga i alla medlemsstater.

Att grundläggande *mänskliga* rättigheter är en allmän princip inom gemenskapsrätten framkom 1969 då fallet *Stauder*[1161] ställde den tyska rättens fundamentala principer, som dessa kommer till uttryck i Grundgesetz, mot EG-rätten. Som en del av ett gemenskapsrättsligt välfärdsprogram hade Stauder rätt att köpa billigare smör. För att kunna göra detta, måste han kunna visa upp en kupong med sitt namn på. Mannen ansåg att det var förnedrande för honom att behöva avslöja sin identitet och menade att EG-beslutet måste anses vara ogiltigt i denna del då det stred mot den tyska grundlagen. EG-domstolen slog fast att en tolkning av EG-rättsakten innebär att det inte krävs att mannen avslöjar sin identitet.[1162] Än viktigare är att domstolen konstaterade att: ”Tolkad på detta sätt innehåller den omtvistade bestämmelsen ingenting som ifrågasätter de grundläggande mänskliga rättigheter som omfattas av gemenskapsrättens allmänna principer och vars iakttagande domstolen säkerställer.”[1163] Tolkningen av gemenskapsrätten skall ske i ljuset av allmänna principer och de mänskliga rättigheterna.

Internationale Handelsgesellschaft[1164] innebar att ytterligare ett steg togs i skapandet av en egen doktrin för mänskliga rättigheter inom EG. Återigen var det tysk rätt som kom att ställa EG-domstolen inför tolkningsproblem. Fallet rörde exportfrågor kopplade till den gemensamma jordbrukspolitiken. För vissa produkter hade ett system införts som krävde att exportören hade erhållit en licens för att få exportera. Syftet var att kontrollera marknaden för en viss produkt. Exportören som ansökt om licensen var tvungen att deponera en viss summa pengar, som han sedan inte skulle få tillbaka om exportmålet som licensen avsåg inte uppnåddes. Kärandena yrkade att hela konstruktionen skulle ogiltigförklaras, eftersom det – enligt dem – stred mot grundläggande mänskliga rättigheter i det att den tyska förvaltningsrättsliga

---

1160 Mål 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L*, REG 1964, svensk specialutgåva s. 211. Artikel 37 som behandlar skapandet av en gemensam marknad är i dag borttagen.

1161 Mål 26/69 *Erich Stauder mot Staden Ulm – Sozialamt*, REG 1969, svensk specialutgåva s. 421.

1162 A. dom, p. 6.

1163 A. dom, p. 7.

1164 Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel,* REG 1970 s. 1125.

principen om proportionalitet inte respekterades.[1165] Domstolen kom i detta sammanhang att understryka att EG-rättsliga åtgärders giltighet inte kan bedömas eller underkännas på grundval av nationella regler eller begrepp. Men därefter följer i domskälen ett stycke som blivit en del av det konstitutionellrättsliga arvet i EG och senare i EU:[1166]

> Det skall dock prövas om inte en motsvarande garanti i gemenskapsrätten har kränkts. Iakttagandet av de grundläggande rättigheterna utgör nämligen en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vars upprätthållande domstolen skall säkerställa. Respekten för dessa rättigheter är visserligen grundad på medlemsstaternas gemensamma författningsmässiga traditioner, men skall säkerställas inom ramen för gemenskapens struktur och mål. Med hänsyn till de betänkligheter som förvaltningsdomstolen uttryckt bör det därför prövas om ordningen för ställandet av säkerheter har kränkt rättigheter av grundläggande karaktär, vars upprätthållande skall säkerställas inom ramen för gemenskapens rättsordning.

Frågan om äganderätt och rätten att få ägna sig åt ekonomisk aktivitet var uppe till bedömning i *Nold mot Kommissionen.*[1167] Domstolen förklarade att den, när den bedömer frågor om skydd för grundläggande rättigheter, är

> […] skyldig att utgå från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och den får således inte tillåta åtgärder som är oförenliga med de grundläggande rättigheter som är erkända och som garanteras genom dessa staters grundlagar. I de internationella avtal rörande skyddet av de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna har varit med om att utarbeta eller anslutit sig till kan det också finnas anvisningar som man bör ta hänsyn till inom ramen för gemenskapsrätten.[1168]

Medlemsstaternas egna konstitutioner tjänade därefter som inspiration till tolkning i fallet *Hauer mot Land Rheinland-Pfalz,*[1169] där äganderätten och friheten att handla och utöva ett yrke ansågs vara EG-rättsliga principer. Dessa rättigheter kan dock begränsas och är inte absoluta, vilket i detta fall domstolens tolkning av tre medlemsstaters grundlagar samt Europakonventionen visade. Vi kan idag konstatera att mänskliga

---

[1165] Principen innebär i korthet att det allmänna endast kan påtvinga enskilda skyldigheter som är nödvändiga för att ett särskilt allmänt mål skall uppnås. Denna princip har sedan dess blivit starkt förankrad inom EG-rätten och är i dag en allmän rättsprincip inom EU. Jämför EG-fördraget artikel 5.

[1166] A. dom p. 4. Att notera är att domstolen kom fram till att ingen rättighet kränkts i detta fall, a. dom p. 24–25.

[1167] Mål 4/73 *Nold mot Kommissionen*, REG 1974 s. 491, svensk specialutgåva s. 291.

[1168] A. dom, p. 13.

[1169] Mål 44/79 *Hauer mot Land Rheinland-Pfalz,* REG 1979 s. 3727, svensk specialutgåva s. 621.

rättigheter, såsom de framgår av Europakonventionen, är en del av EG-rätten.[1170]

”Klassiska” rättigheter var således tidigt en del av EG-domstolens praxis. EG-domstolen har också gjort en extensiv tolkning av EG-fördragets ekonomiska friheter som inneburit ett skydd för de individuella rättigheterna. *Defrenne II*-målet[1171] är startpunkten på EG-domstolens praxis avseende sociala rättigheter. Genom fallet tillmättes artikel 141 (dåvarande artikel 119) direkt effekt och EG-domstolen signalerar tydligt gemenskapens sociala dimension när den uttrycker följande om principen om lika lön för lika arbete:

> Å andra sidan utgör denna bestämmelse en del av gemenskapens sociala mål, vilka inte enbart inskränker sig till en ekonomisk union utan samtidigt strävar efter att säkerställa sociala framsteg genom gemensamma åtgärder och att fortgående förbättra levnads- och arbetsvillkoren för de europeiska folken, vilket framhävs i ingressen till fördraget.[1172]

I *Defrenne III*-målet förstärktes denna slutsats ytterligare, genom att EG-domstolen i sitt avgörande slog fast att avskaffandet av könsdiskriminering omfattas av de grundläggande mänskliga rättigheter som domstolen skall säkerställa.[1173] Även EG-lagstiftaren valde att gå i samma riktning genom att anta flera olika åtgärder med målet att uppnå *icke-diskriminering* mellan individer som lagligt vistas inom EU:s gränser (och då inte enbart EU-medborgare), vilket också inneburit att grundläggande sociala rättigheter kommit att likställas allt mer.

Till detta bör tre aspekter i rättsutvecklingen anges och som också behandlas i detta arbete: 1) erkännandet av att EU-medborgarskapet har direkt effekt, 2) den ökade betydelse som Europadomstolens praxis kommit att få, 3) antagandet av EU:s egen rättighetsstadga (som, vilket vi redan sett,

---

[1170] Hettne, J, a.a.s. 50 ff. Sedan 1991 kan också individer åberopa grundläggande rättsprinciper i relation till nationell rätt, se mål 260/89 *ERT*, REG 1991 s. I-2925, svensk specialutgåva s. I-209.

[1171] Mål 43/75 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, REG 1976 s. 455, svensk specialutgåva s. 59. Detta mål behandlar frågan hur artikel 141 (dåvarande artikel 119) i Romfördraget skall tolkas. Defrenne var anställd hos bolaget Sabena och hävdade att hon var utsatt för diskriminering, då hon hade en lägre lön än de män som på hennes arbetsplats utförde samma slags arbete som hon själv. Sabena yrkade att domstolen skulle fastslå att artikel 119 har direkt effekt och att individen kan åberopa den direkt inför nationell domstol utan att artikeln implementerats i nationell lagstiftning.

[1172] Mål 43/75 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, p. 10.

[1173] Mål 149/77 *Gabrielle Defrenne mot Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, REG 1978 s. 1365, svensk specialutgåva s. 127, p. 26 och 27.

kodifierar både EG-rätt och Europakonventionsregler). Dessa teman kommer att diskuteras närmare nedan.

Hur den fria rörligheten för gemenskapens "humankapital" skall garanteras har sedan 1970-talet varit föremål för EG:s lagstiftare och domstolen. Tolkningsfrågor rörande samordning av socialförsäkringar i förordning 1408/71 som behandlar fri rörlighet för arbetstagare, egna företagare, familjemedlemmar, hur hälsovårdsrättigheter hanteras samt direktiv 80/987 om skyddet för arbetstagare i fall arbetsgivaren blir insolvent är några exempel. Lika möjlighet till tillgång till utbildning, praktik och relativa förmåner har också inneburit att sociala rättigheter fått en plats i EG-rätten. I nyare praxis från EG-domstolen kan det noteras att den inre marknaden rör sig från att enbart handla om ekonomiska värden till att alltmer ta hänsyn till sociala värden och rättigheter. EG-domstolen visar detta tydligt i de fall som rör rätten till sjukvård utan gränser i anknytning till fri rörlighet för personer.[1174]

Vi kan sammanfattningsvis konstatera att EU och medlemsstaterna är skyldiga att följa allmänna rättsprinciper såsom de utvecklats genom EG-domstolens praxis. Till dessa hör mänskliga och grundläggande rättigheter, även då dessa har en social dimension. Rättigheterna ger också legitimitet för samarbetet inom EU. De tjänar också som ett skydd för medlemsstaterna i relation till EU då de sätter gränser för unionens kompetens. Grunden till detta är medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, men också de nationella konstitutionerna i sig.[1175] Nationellt grundlagsstadgade sociala rättigheter kan därmed i förlängningen skydda välfärdsstaten.[1176] Från ett EU-rättsligt perspektiv kan grundläggande rättigheter, bland annat i form av allmänna rättsprinciper, ha

---

[1174] EG-domstolen visar detta tydligt i de fall som rör rätten till sjukvård utan gränser i anknytning till fri rörlighet för personer som behandlas i kap. 6 nedan. Se Hatzopoulous, V, *A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon s.* 1604 f. Gevers, S, *The Right to Health Care*, European Journal of Health Law, nr 11, 2004 s. 29–34, på s. 32 f.

[1175] Artikel 6 EU-fördraget; jämför tyska författningsdomstolens avgörande i Maastricht-målet, BVerFGE 89, 155, jämför van Gerven, W, *Remedies for Infringements of Fundamental Rights* s. 263. För svensk del är det regleringen i 10 kap. 5 § RF som i nationell konstitutionell rätt hanterar befogenhetsöverlåtelse till EU. Beslutanderätt kan enligt stadgandet överlåtas till EU utom i de fall som principerna för statsskicket berörs. Till detta räknas riksdagens ställning, den fria åsiktsbildningen, skyddet för mänskliga rättigheter enligt 2 kap. RF och EKMR, tryckfrihetsförordningens respektive yttrandefrihetsgrundlagens regler om offentlighetsprincipen, censurförbud och skyddet av uppgiftslämnare. Se prop. 2001/02:72 s. 31 ff. Ingen ändring föreslås rörande detta i SOU 2008:125. Om 1 kap. 2 § 2 st. hade räknats som konstitutionella principer, så hade det kunnat få betydelse i värnandet av välfärdsstaten. Jämför avslutande kap. 10 i detta arbete.

[1176] Jämför tyska författningsdomstolens dom den 30 juni 2009.

en offensiv roll som syftar till att integrera medlemsstaternas lagstiftning.[1177] Från dessa principer är det nu dags att ta steget till de materiella reglerna rörande socialpolitiken i primärrätten.

4.3 Utvecklingen inom socialpolitiken

4.3.1 En trevande start

EG-fördragets struktur och kompetensfördelning avseende socialpolitiken har påverkat den sedan länge rådande spänningen mellan medlemsstaternas önskan att själva bestämma över sociala frågor, å ena sidan, och gemenskapsrättens behov av att kunna hantera dessa frågor i syfte att säkerställa den fria rörligheten för personer och tjänster samt hanterandet av spänningen i förhållande till de ekonomiska målen med EG-arbetet, å andra sidan. År 1971 framhöll kommissionen i dess ”Preliminary Guidelines for an EC Programme of Social Policy” att fördraget inte tillåter harmonisering av sociala förmåner. Två år senare underströk kommissionen i en rapport att den inte ville påverka eventuella socialpolitiska skillnader som finns i de olika medlemsstaterna. Efter det att kommissionens Vitbok om den inre marknaden tagits fram 1985 uppstod oro för att marknadens självreglering skulle leda till att arbetstillfällen skulle försvinna till låglöneländer och att nationell lagstiftning rörande lön och arbetsförhållanden skulle urholkas.[1178] I anslutning till detta utformade kommissionen år 1989 en gemensam social stadga. Gemenskapsstadgan skapades till följd av att medlemsstaterna inte kunde enas om hur en gemenskapsrättslig socialpolitik skulle se ut och kommissionen hoppades att den skulle utgöra en start för såväl åtgärder som lagstiftning inom både EG och medlemsstaterna.[1179] Genom

[1177] Vilket EU-stadgan motsvarar, se nedan 4.4.2.

[1178] COM(1985) 310. Detta gav dock upphov till att det i preambeln till Enhetsakten från år 1986 står: ”Determined to work together to promote democracy on the basis of fundamental rights recognised in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Social Charter, notably freedom, equality and social justice.”

[1179] Det första förslaget till gemenskapsstadga var mycket inspirerat av folkrättsliga konventioner (ILO, EKMR, Europarådets sociala stadga). Den behandlade medborgarnas sociala rättigheter och sökte grunda en europeisk socialstat. Medlemsstaterna accepterade inte stadgan då de ville garantera fackföreningarnas roll. De framhöll också att EG inte hade kompetens att agera på områden rörande social välfärd, vilket förslaget till gemenskapsstadga skulle innebära. Vid tidpunkten för förslaget existerade inte det rättsliga begreppet unionsmedborgare, vilket föranledde medlemsstaterna att protestera mot att alla

gemenskapsstadgan skulle den europeiska sociala modellen befästas. I fokus stod arbetstagare och rättigheter relaterade till arbetslivet. Även om gemenskapsstadgan inte blev bindande, har den inneburit juridiska konsekvenser framför allt på arbetsmiljöområdet.[1180]

1993 presenterade kommissionen *Green Paper – European Social Policy – Options for the Union*,[1181] i vilken det förtydligas att sociala frågor inte kan stå tillbaka för ekonomisk återhämtning i syfte att främja utveckling. I den påföljande vitboken från 1994 understryker kommissionen att det inte är något mål med en total harmonisering av socialpolitiken.[1182]

De senaste åren har även stadgan för de grundläggande rättigheterna[1183] getts en allt större plats, vilket visas i meddelanden från kommissionen som syftar till att förbättra respekten från EU:s sida avseende respekten för mänskliga rättigheter i både rättsakter och policyinstrument som antas.[1184] Innan vi går över till att analysera EU:s stadga skall utvecklingen av socialpolitiken närmare analyseras.

4.3.2 Fördragsreglering av socialpolitiken

4.3.2.1 Maastricht

Utvecklingen av EU:s socialpolitik utgör en viktig del i den europeiska integrationen vad avser engagemanget för EU:s mål och en mer allmän återspegling av medlemsstaternas attityder till en vision om ett socialt Europa. Under förhandlingarna om EU-fördraget (Maastrichtfördraget) började medlemsstaterna söka efter något slags differentierad utveckling av socialpolitiken, där de egna ländernas traditioner inom socialpolitiken kunde bevaras och där strävan efter en viss flexibilitet i sociala frågor lyftes fram

---

medborgare skulle ha tillgång till välfärdstjänster oavsett deras status som arbetstagare. Se Kenner, J, a.a.s. 8 f. för en utförlig beskrivning.

[1180] Artikel 137 EG-fördraget. Se till exempel mål C-84/94 *Storbritannien mot rådet*, REG 1996 s. I-5755. Den användes ofta i ingresser till direktiv under 1990-talet och blev därmed en tolkningskälla för EG-domstolen. Artikel 136 EG-fördraget hänvisar explicit till gemenskapsstadgan. Den har också indirekt höjt Europeiska sociala stadgans status i gemenskapsrätten då den innehåller de flesta av det dokumentets rättigheter.

[1181] Green Paper – European Social Policy – Options for the Union, COM(93) 551 final.

[1182] European Social Policy – A Way Forward for the Union – A White Paper, COM(94) 333 s. 9.

[1183] EGT C 364 s. 1. Härefter EU-stadgan.

[1184] KOM(2005) 172 slutlig, 27.4.2005. År 2001 hade Kommissionen beslutat att alla former av rättsakter som antas skall, som en del i det normala beslutsfattandet, studeras utifrån Stadgan för att se om dessa överensstämmer med den senare, se SEC(2001) 380/3. SEC (2005) 791, 15.6.2005 ger en än större betydelse till den eventuella påverkan som olika policyval har.

som ett önskemål. En grundlig reform av EU:s socialpolitik efterfrågades, då politiken vid tidpunkten skapat stora problem. Genom antagandet av den Europeiska enhetsakten[1185] år 1987 utvidgades EG:s kompetenser på den ekonomiska integrationens område, men inte på de övriga. Kompetensfrågorna inom det socialpolitiska området förändrades inte nämnvärt genom Enhetsakten.[1186]

Storbritannien hade redan 1989 lagt in sitt veto mot en juridiskt bindande social stadga för EG, vilket resulterade i att gemenskapsstadgan till skydd för arbetstagares grundläggande rättigheter antogs som en politisk åsiktsförklaring.[1187] Storbritannien fortsatte att motsätta sig reformer inom socialpolitiken under Maastrichtförhandlingarna, då kommissionen hade föreslagit att införa ett kapitel om socialpolitik i fördraget. Landet lyckades säkra en opt out möjlighet från fördragets sociala kapitel, vilket innebar att ett *protokoll* om socialpolitik lades till EG-fördraget. [1188] Till detta protokoll kopplades ett *avtal* om socialpolitik mellan medlemsstaterna.

Gemenskapens socialpolitik blev alltså föremål för två självständiga, men kompletterande referensramar. För de 11 medlemsstater som trots allt ville delta så kom förändringarna att innebära följande. EG:s kompetens utökades till ett *större antal* socialpolitiska områden (arbetsförhållanden, jämställdhet mellan män och kvinnor avseende behandling på arbetsplatser och arbetsmarknadsmöjligheter, integration av personer som exkluderats

---

[1185] Ändringar i EG-fördraget föranledde också separata lösningar avseende andra frågor. Protokoll nr 14 om Danmark (år 1992) begränsade Danmarks samarbete i fråga om Europeiska centralbanken och stadgan om Europeiska centralbankssystemet. Storbritanniens önskan att stå utanför EMU-samarbetet respekterades genom protkoll nr 17 om vissa bestämmelser angående Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland (år 1992) och undantag från EMU-samarbetets tredje etapp garanterades Danmark genom protokoll nr 18 (år 1992). Särskilda lösningar förhandlades fram även för Irland och Danmark under Amsterdamförhandlingarna rörande förändringar i EU-fördraget. Storbritannien och Irland deltog inte fullt ut i Schengensamarbetet och Danmark behöll en möjlighet att inte gå vidare i samarbetet (protokoll nr 3 från år 1997 om införlivande av Schengenregelverket inom Europeiska unionens ramar; för Danmarks del, se också protokoll nr 6 om Danmarks ställning från år 1997). Angående Irland och Storbritannien, se också protokoll nr 4 om tillämpning av dessa inslag i artikel 14 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen på Förenade kungariket och Irland (år 1997) och protokoll nr 5 om Förenade kungarikets och Irlands ställning (år 1997). Ändringar i EG-fördraget föranledde också separata lösningar, se till exempel protokoll nr 14 om Danmark.

[1186] Soft law tillfördes på det sociala området, genom att kommissionen fick i uppdrag att föreslå åtgärder samt stödja och uppmuntra samtal mellan arbetsmarknadens parter.

[1187] COM(1989) 568 final, Community charter on the fundamental social rights of workers. Gemenskapsstadgan om grundläggande rättigheter för arbetstagare.

[1188] Vilket Erhag benämner som det första exemplet på flexibel integration, se Erhag, T, *Fri rörlighet och finansieringen av social trygghet* s. 158.

från arbetsmarknaden; artikel 2 Avtalet). *Majoritetsomröstning* accepterades också för fler frågor (information till arbetstagare till exempel) och den sociala dialogen (”*corporatist decision-making*”) utmönstrades.[1189] Under de första 18 månaderna användes också avtalet som rättslig grund för de projekt som inte hade godtagits av Storbritannien.

Detta ledde till att röster höjdes om att Maastrichtfördraget saknade koherens, vilket riktades mot de sociala reglerna som ansågs vara allt för dåligt utformade.[1190] Debatt uppstod om huruvida avtalet var en del av gemenskapsrätten då flera ansåg att det inte var en del av det socialpolitiska protokollet utan endast en bilaga till det senare. Avtalet, ansåg vissa, var en ren mellanstatlig överenskommelse vars effekt var beroende av att medlemsstaternas parlament ratificerade det. Konsekvensen skulle därmed bli att EG-domstolen inte var kompetent och att varje handling från en medlemsstats sida var frivillig och beroende av det nationella parlamentets godkännande. De flesta bedömare ansåg dock att avtalets ordalydelse innebar att det var en del av Protokollet och därmed (genom artikel 311) en del av fördraget.[1191] Direktiv nr 94/45/EG var det första bindande instrumentet som antogs under det socialpolitiska avtalet, vilket bekräftade att även EU:s lagstiftningsorgan såg avtalet som en del av fördraget.[1192]

4.3.2.2 Amsterdam

Önskan att uppnå en sammanhållen och stark juridisk socialpolitik inom EU förverkligades alltså inte i och med Maastricht, vilket innebar att socialpolitiken stod på agendan även under förhandlingarna om Amsterdamfördraget. Ingen ytterligare beslutskompetens överfördes till gemenskapsinstitutionerna i och med Maastricht. Amsterdamfördraget från år 1998 medförde inte heller några större förändringar.

Reglerna om *flexibilitet* genom närmare samarbete mellan stater som lades till genom Amsterdamfördraget är dock en reaktion på utgången av Maastrichtförhandlingarna och ett försök att rätta till de problem som på kort tid redan hade upptäckts. Såväl institutionerna som medlemsstaterna hade noterat den begränsade roll som EG-domstolen fått under tredje pelaren, men också hur lite artikel 6 EU-fördraget, som behandlar mänskliga rättigheter, kommit att betyda. Maastrichtfördraget ledde till att EG-

---

1189 Falkner, G, *The Maastricht Protocol on Social Policy: Theory and Practice* s. 3.

1190 Falkner, G, a.a.s. 2.

1191 Falkner, G, a.a.s. 2 samt Barnard, C, *Flexibility and Social Policy* s. 200 f. Se också KOM(93) 600 slutlig, p. 7.

1192 Rådets direktiv 94/45/EG av den 22 september 1994 om inrättandet av ett europeiskt företagsråd eller ett förfarande i gemenskapsföretag och grupper av gemenskapsföretag för information till och samråd med arbetstagare. Se också Fitzpatrick, B, *Community Social Law after Maastricht* s. 204.

domstolen blev exkluderad från viktiga områden där EU de facto *var* involverad, vilket ändrades genom Amsterdamfördraget som gav domstolen kompetens på vissa nya områden i EU-fördraget.

Funderingar kring EG-domstolens roll och påverkan leder vidare till hur juridikens roll tar sig uttryck i ett EU i olika hastigheter och som faktiskt ställts på sin spets i fallet med socialpolitiken. Vid Maastrichtfördragets tillkomst valde Storbritannien att avstå från samarbete. Idén att all gemenskapslagstiftning inte skall tillämpas likadant för alla medlemsstater var inte på något sätt ny vid EU-fördragets tillkomst.[1193] Det resultat som uppnås genom ett närmare samarbete mellan vissa stater skall inte påverka de stater som inte deltar i samarbetet. Därmed uppstår en situation som behandlas som gemenskapsrättslig av vissa medlemsstater, men inte anses vara det av andra (de som inte deltar). Detta har i doktrinen framförts som en ”erosion och allvarlig fragmentering” av det som brukade kallas EG-rättens enhetliga natur och tradition.[1194]

År 1997 fick Storbritannien en ny regering och då uppstod problemet med att det sociala kapitlet inte innehöll någon klausul som medgav en möjlighet för Storbritannien att ”opt-in”, vilket fick lösas i förhandlingarna om Amsterdamfördraget. Genom det nya fördraget lades ett avsnitt om ”EU och medborgaren” till, som innehåller ett kapitel om ”Sociala bestämmelser”. I detta kapitel inkorporerades – med vissa förändringar – såväl artiklarna 117 till 121 EG-fördraget som Maastrichts socialpolitiska avtal (som nu alltså utgör artiklarna 136-145). Samtliga 15 medlemsstater var eniga om detta, varför nu också Storbritannien är bundet av detta.[1195]

Amsterdamfördraget förverkligade alltså det nya socialpolitiska kapitlet, men som framgår ovan innehåller artikel 2 EG-fördraget också motsatta intressen. Exempel på detta är ”en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan män och kvinnor” men *också* ”en hållbar och icke-inflatorisk utveckling, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens”. Det är därför naturligt att närmare studera utformningen av socialpolitiken i EG-fördraget och hur Lissabonfördraget reglerar socialpolitiska frågor.

[1193] Lyons, C, *Flexibility and the European Court of Justice* a.a.s. 95 f.

[1194] Lyons, C, a.a.s. 106.

[1195] Barnard, C, *Flexibility and Social Policy* s. 202. För att Storbritannien skulle kunna ansluta sig till sekundärlagstiftning som landet tidigare inte önskat vara bundet av, så antogs flera av direktiven på nytt av unionens medlemsstater.

4.3.3 Närmare om artikel 136 och föreslagna fördragsförändringar genom Lissabonfördraget

Som den korta redogörelsen ovan visat, så är inte regler om sociala frågor i dag något nytt inom EU. Genom Amsterdamfördraget infördes kapitlet Sociala bestämmelser (i avdelning XI) där artiklarna 136-145 behandlar harmonisering av de sociala trygghetssystemen, samrådsförfarande mellan arbetsmarknadens parter, samarbete på det sociala området etc. Av artikel 136 följer att målen för medlemsstaterna och gemenskapen är att främja sysselsättningen, förbättra levnadsvillkor och möjliggöra harmonisering utan att uppnådda förbbättringar urholkas. Detta skall ske under beaktande av den sociala stadgan och gemenskapsstadgan. Gemenskapens uppgift är att *understödja och komplettera medlemsstaternas* verksamhet inom området för social trygghet och socialt skydd för arbetstagarna. Kapitlet stadgar att det skall finnas en kommitté för socialt skydd (artikel 144). I artikel 137 p. 5 anges explicit att bestämmelserna i artikel 137 inte skall tillämpas på löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout. Befogenheten i kapitlet handlar således främst om att vidta åtgärder som syftar att hindra att medlemsstaternas sociala åtgärder snedvrider konkurrensen inom EU. I linje med detta öppnar kapitlet upp för en social dialog mellan arbetsmarknadens parter i artikel 138. Resultatet av denna dialog kan bli att rådet fattar beslut på förslag av kommissionen (artikel 138). Vidare har gemenskapsrättens regler som behandlar arbetsrelaterade rättigheter kommit att vidgas till att behandla även hur arbeten *skapas* i titel VIII där sysselsättningsstrategier behandlas (artiklarna 125-130).

Om Lissabonfördraget träder i kraft, så blir förändringarna inte märkbara för EU:s socialpolitik. Lissabonfördragets ikraftträdande innebär att de nuvarande EG- respektive EU-fördragen ersätts med *Fördraget om Europeiska unionen* (FEU)[1196] och *Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt* (FEUF).[1197] Nytt är dock att solidaritet tagits med i artikel 2 FEU som anger de värden som skall vara grundläggande för EU. En annan nyhet är också att främjandet av välfärd skall vara ett av EU:s mål.[1198] Av artikel 2 p. 3 FEUF följer att medlemsstaterna skall samordna sin ekonomiska politik och sysselsättningspolitik i enlighet med de närmare bestämmelserna i fördraget. Unionen har befogenhet att meddela närmare föreskrifter om

---

[1196] Artikel 1 FEU anger att den Europeiska unionen bygger på FEU och fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEU)

[1197] Artikel 1 FEUF anger att FEUF reglerar unionens funktionssätt, fastställer områdena för, avgränsningen av och de närmare villkoren för utövandet av unionens befogenheter. Befogenheterna preciseras i artikel 2 FEUF.

[1198] Artikel 3 FEU. Värt att notera är att det i den franska versionen motsvaras av ”bien-être” och i den engelska av ”well-being”. Här finns således en skillnad i översättningarna.

samordningen, genom att rådet antar allmänna riktlinjer.[1199] Detta får inte innebära någon harmonisering av nationell lagstiftning eller författningar, enligt artikel 2 p. 5. Av artikel 9 följer att sociala hänsyn; främjandet av hög sysselsättning, garantier för ett fullgott socialt skydd, kampen mot social utestängning samt en hög utbildningsnivå och hälsoskyddsnivå för människor; skall beaktas när unionen fastställer och genomför sin politik och verksamhet. I FEUF understryks än en gång medlemsstaternas kompetens rörande sysselsättning (avdelning IX, artiklarna 146-150) och socialpolitiken (avdelning X, artiklarna 151-161).[1200] Kopplingen mellan sysselsättningspolitiken och unionens ekonomiska politik framkommer av artikel 146 FEUF.

De grundläggande sociala rättigheter som är inskrivna i Europeiska sociala stadgan och i 1989 års gemenskapsstadga skall fortsatt tas i beaktande när socialpolitiken inom EU utformas.[1201] Det nya i denna avdelning är att den sociala dialogen och betydelsen av arbetsmarknadens parter skrivs in i kapitlet om socialpolitik.[1202] Stödjande åtgärder skall vidtas inom ramen för social trygghet och socialt skydd för arbetstagarna (artikel 153 p. 1 c)) och i kampen mot social utslagning (j). Precis som förut skall förverkligandet av socialpolitiken ske gradvis genom att minimidirektiv antas enligt ordinarie lagstiftningsförfarande.[1203]

[1199] Artikel 5 preciserar detta ytterligare. I artikel 5 p. 2 tas samordningen för medlemsstaternas sysselsättningspolitik upp, särskilt att ange riktlinjerna för denna politik, och i p. 3 att unionen får ta initiativ för att säkerställa samordningen av medlemsstaternas socialpolitik.

[1200] Jämför prop. 2007/08:168 s. 189.

[1201] Artikel 151 FEUF. I st. 3 står det skrivet att en harmonisering av de sociala systemen kommer att ske genom tillämpningen av fördragen och tillnärmningen av bestämmelser i lagar och andra författningar.

[1202] Artikel 152. Jämför nedan.

[1203] Artikel 153 p. 2 b). Undantaget är kampen mot den sociala utslagningen (j) och modernisering av socialt skydd (k). Det kan överlåtas till arbetsmarknadens parter att genomföra minimidirektiv enligt p. 3.

4.4 Att skapa sociala rättigheter på ett nytt sätt? – Europeiska Unionens stadga till skydd för de grundläggande fri- och rättigheterna

4.4.1 Inledning

Mänskliga rättigheter har under lång tid varit en del av EG-rätten, om än indirekt, även om de uttalade politiska målen med EG var att främja det ekonomiska samarbetet i syfte att uppnå fred och stabilitet. EG-domstolens praxis har i hög grad bidragit till att föra in mänskliga rättigheter, vilket också lett till att fördragen allt eftersom kommit att anpassas till domstolens syn på vad som räknas som grundläggande rättigheter.[1204] Enligt artikel 6 EU-fördraget skall unionen bygga på principen om respekt för mänskliga rättigheter och grundläggande friheter, vilket ger EG-domstolen ett starkt stöd i utvecklingen av rättspraxis. Skapandet av en egen rättighetsstadga är mot bakgrund av detta ett logiskt steg för EU att ta, om än nytt inom EU. Inom ramen för detta arbete är studiet av olika rättighetskataloger oumbärligt. Att ”skapa” rättigheter genom att anta en rättighetskatalog är inte något nytt, vare sig inom folkrätten eller nationell rätt. EU:s stadga skiljer sig dock från de kataloger som analyserades i delarna II och III. Det gäller både tillkomsten av och innehållet i stadgan.

År 2000 proklamerades EU-stadgan av Europaparlamentet, rådet och kommissionen.[1205] Det är värt att i detta sammanhang nämna Kölntoppmötets slutsatser avseende EU-stadgans innehåll:

> […] in drawing up such a Charter account should furthermore be taken of economic and social rights as contained in the European Social Charter and in

[1204] Jämför artikel F i EU-fördragets initiala lydelse samt artikel 6 i dess lydelse genom Amsterdamfördraget.

[1205] Det var under det tyska ordförandeskapet som Europeiska rådet fattade beslut om att skapa en stadga för grundläggande fri- och rättigheter för EU. Den antogs år 2000 i Nice. OJ C 364/1. En något förändrad version av Stadgan proklamerades av Europaparlamentet, Rådet och kommissionen den 12 december 2007. OJ C 12 Dec. 2007 303/1-16. Genom protokoll nr 30 har Storbritannien och Portugal förhandlat fram undantag från EU-stadgans tillämpningsområde. Protokollet understryker att EU-stadgan inte medför att befogenheterna för EU:s domstol eller de båda ländernas domstolar utvidgas. Med all tydlighet står det i protokollets artikel 1 p. 2 att ”nothing in Title IV of the Charter creates justiciable rights applicable to Poland or the UK except in so far as such rights have been provided for in its national law.” (Jämför också protokollets artikel 2). Undantaget för Polen och Storbritannien är olyckligt och går stick i stäv med den grundläggande tanken om ett likformigt rättighetsskydd för unionsmedborgarna. Se Hettne, J, a.a.s. 249 f.

> the Community Charter of Fundamental Social Rights for Workers insofar as they do not merely establish objectives for action by the Union.[1206]

Jag skall i detta avsnitt studera EU:s stadga och särskilt hur sociala rättigheter regleras i EU-stadgan. Inledningsvis kommer EU-stadgans tillkomst att beröras, vilket följs av en diskussion kring utformningen av stadgans rättigheter. EU:s stadga är starkt inspirerad av arbetet med mänskliga rättigheter inom Europarådet, såsom det kommer till uttryck i den Reviderade europeiska sociala stadgan och Europakonventionen. Flera av stadgans artiklar är tänkta att direkt motsvara rättigheter i EKMR, varför relationen till Europakonventionen också behandlas.

I syfte att stärka den sociala dimensionen och skapa ett konkurrenskraftigt EU finns sedan år 2000 den så kallade Lissabonstrategin.[1207] Inom ramen för denna har nya former av samarbeten mellan EU och medlemsstaterna utvecklats. I dessa samarbeten bjuds även andra aktörer än medlemsstaterna och EU:s institutioner in. EU:s stadga för grundläggande rättigheter har en roll att spela i dessa samarbeten. Jag avslutar kapitlet med en diskussion kring denna roll och kopplar samman diskussionen med den konkreta innebörd den Reviderade europeiska sociala stadgan, som artikel 136 hänvisar till, kan ge EU-stadgans sociala rättigheter inom ramen för hälsa, bostad och socialt stöd.

4.4.2 EU-stadgans tillkomst

I ingressen till EU:s stadga anges att EU byggs på ”de odelbara och universella värdena människans värdighet, frihet, jämlikhet och solidaritet samt på den demokratiska principen och rättsstatsprincipen”. Människan skall sättas i centrum för EU:s verksamhet genom det inrättade unionsmedborgarskapet. De grundläggande rättigheterna i EU:s stadga har till grund människans värdighet, precis som de folkrättsliga konventioner som antagits till skydd för mänskliga rättigheter.[1208] En bild växer fram av ett EU som söker sätta människan och inte enbart marknaden i centrum.

Dokumentet är en produkt av sin tid; mänskliga rättigheter på 2000-talet inkluderar samtliga rättighetsgenerationer, vilket också EU-stadgan gör.[1209] I stadgan sammanförs de bestämmelser som utgör medlemsstaternas

---

[1206] Conclusions of the Presidency of the European Council of Cologne (3 and 4 June 1999) on the drawing up of a Charter of Fundamental Rights of the European Union, annex 4, p. 43.

[1207] Se vidare avsnitt 4.4.4.2.

[1208] Artikel 1 EU:s stadga.

[1209] För en översikt av de rättigheter som ingår i EU-stadgan, se Bull, T, och Lind, A-S, *Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter* s. 17 ff.

gemensamma konstitutionella traditioner och folkrättsliga fri- och rättigheter. Det betyder att medborgerliga och politiska rättigheter (till exempel tortyrförbudet i artikel 4 och yttrandefriheten i artikel 11), ekonomiska och sociala rättigheter (till exempel rätten att arbeta och fritt yrkesval i artikel 15) och rättigheter som är specifika för EU och EU-medborgaren (till exempel rätten att rösta i EU-val i artikel 39) samlas i ett enda dokument. En stor del av stadgan utgörs av en kodifiering av redan gällande allmänna rättsprinciper inom EU.[1210]

EU-stadgan har redan idag betydelse även om den inte blir juridiskt bindande förrän Lissabonfördraget träder i kraft.[1211] EG-domstolen, inklusive generaladvokaterna, hänvisar allt oftare till EU-stadgan, särskilt när det är fråga om allmänna rättsprinciper.[1212] Nationella domstolar, andra internationella domstolsliknande organ samt Förstainstansrätten gör också regelbundna hänvisningar till EU-stadgan.[1213] Även Europadomstolen har använt sig av EU:s stadga i sin praxis.[1214] Genom valet att författa en stadga har Unionen klart och tydligt signalerat att syftet med dess existens idag går bortom de ursprungliga ekonomiska målen. Detta gäller både processen bakom och själva innehållet i Stadgan. Innehållet i EU-stadgan pekar på att det finns spänningar mellan medlemsstaterna och EU:s institutioner och mellan traditionell och ”nyare” syn på vad mänskliga rättigheter egentligen är. [1215] Kan det vara så att det är EU:s stadga som är en del i det som

---

[1210] Hettne, J, a.a.s. 247; Hallström, P, *Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter* s. 757.

[1211] Av artikel 6 p. 1 FEU följer att EU-stadgans rättigheter, friheter och principer kommer att ha samma juridiska värde som fördragen när Lissabonfördraget träder i kraft. I konstitutionsfördraget ingick EU-stadgan i fördragstexten, men i Lissabonfördraget placeras den vid sidan av de två grundläggande fördragen. Juridiskt blir det ingen skillnad.

[1212] Se till exempel C-540/03 *Parlamentet mot Rådet*; målen C-402/05 P och C-415/05 P *Al-Barakath*, REG 2008 s. I-6351; mål C-127/08 *Blaise Baheten Metock m. fl. mot Ministry of Justice*, REG 2008 s. I-6241; C-438/05 *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*; mål C-305/05 *Ordre des Barreaux Francophones et Germanophones mot Conseil des ministres*; C-432/05 *Unibet mot Justitiekanslern*.

[1213] Se Lawson, R, *Human Rights: The Best is Yet to Come* s. 28. Jämför också T-54/99 *max.mobil*, REG 2002 s. II-313 och mål C-141/02 *Kommissionen mot max.mobil*, REG 2005 s. I-1283 (EG-domstolen upphävde förstainstansrättens dom).

[1214] Generaladvokaten Kokott i förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02 *Silvio Berlusconi*, para. 19, fotnot 83. Exempel på fall där Europadomstolen hänvisar till EU-stadgan är *Christine Goodwin v. the United* Kingdom, application nr 28957/95, Judgment of 11 July 2002 (Grand Chamber).

[1215] Om konstitutionens tillkomst, se Closa, C, *Constitution and Democracy in the Treaty Establishing a Constitution for Europe* s. 145-164; Craig, P, *Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the IGC*; Walker, N, *Postnational constitutionalism and the problem of translation* not 13 på s. 31 om konventets betydelse. Se också KOM(2005) 172 slutlig, Bryssel den 27.4.2005, Meddelande från kommissionen: Hur respekten för stadgan

politiskt eftersträvas idag, nämligen en demokratisk medvetandeprocess inom den Europeiska unionen? Andra grupper än medlemsstaternas representanter har fått påverka dess utformning och fler rättigheter än vad som från början avsågs har kodifierats. Från början var det tänkt att de redan existerande rättigheterna i EG-rätten (inklusive domstolens praxis) skulle kodifieras.[1216]

4.4.3 Sociala rättigheter i EU:s stadga

4.4.3.1 Inledning

EU:s stadga riktar sig till EU-organen och till medlemsstaterna när dessa skall tillämpa unionsrätten. Adressaterna skall respektera rättigheterna, iaktta principerna och främja tillämpningen rättigheter och principer enligt deras olika kompetensområden. Detta stadgas i artikel 51 p. 1. Av p. 2 följer att varken unionsrättens tillämpningsområde eller unionens uppgifter ändras i och med EU-stadgan. De befogenheter och uppgifter som föreskrivs i fördragen står alltså fast. Samtidigt skall EU bygga på respekten för mänskliga rättigheter och EU har som mål att främja dessa. Frågan blir då om EU-stadgan verkligen tillför något nytt.

Stadgan anger inte *vilka* rättigheter som skall anses vara sociala. Där ingår rättigheter som är kopplade till arbetsförhållanden,[1217] till exempel arbetstagarens rätt till information på arbetsplatsen (artikel 27), rätt till förhandling och kollektiva åtgärder (artikel 28) rätt till tillgång till arbetsförmedlingar (artikel 29) och skydd mot uppsägning utan saklig grund (artikel 30). Arbetstagare har rätt till rättvisa arbetsförhållanden (artikel 31) och ett socialt trygghetssystem för sig och sin familj (artikel 33). Rätten till social trygghet är upptagen i artikel 34. Stadgan inbegriper också artiklar som inte är relaterade till just arbetstagare, utan som gäller individer i allmänhet. Rätten till utbildning (artikel 14), integration av funktionshindrade (artikel 25), och rätten till hälsa (artikel 35) är några exempel. Rättigheternas odelbarhet understryks då medborgerliga, politiska

om de grundläggande rättigheterna skall upprätthållas i kommissionens lagstiftningsförslag, Metoder för en systematisk och strikt kontroll; Europaparlamentets resolution om främjande och skydd av grundläggande rättigheter: rollen för nationella institutioner och EU-institutioner, inklusive byrån för de grundläggande rättigheterna (2005/2007 (INI)), OJ 18.5.2006, C117 E/242; García, R A, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* s. 492–514.

1216 Magnette, P, *In the Name of Simplification: Coping with Constitutional Conflicts in the Convention on the future of Europe* s. 432–451.

1217 Dessa artiklar är inspirerade av Europeiska sociala stadgan (inklusive den reviderade versionen). För en kommentar till varje artikel, se www.ue.int/df/default.asp?.

och sociala rättigheter ingår i ett och samma dokument (tillsammans med tredje och fjärde generationens rättigheter). De sociala rättigheterna får en viss tyngd då ett helt kapitel omnämns *Solidaritet*. Dessutom garanteras rätten till strejk, mötesfrihet och kollektiv förhandling, vilka tidigare varit helt uteslutna från det gemenskapsrättsliga samarbetet.

Spänningarna mellan vad som kan ses som ny och redan befäst rättslig kunskap, mellan det klassiska och det moderna, görs dock tydlig i artiklarna 51-54 i EU-stadgan.[1218] Genom dessa kan det konstateras att EU:s institutioner endast är bundna av stadgan inom ramen för deras kompetens och att medlemsstaterna endast binds då det är fråga om att förverkliga EU-rätt. Dessutom skall inte EU:s stadga ge EG eller EU nya uppgifter eller mer befogenhet och inte heller skall några uppgifter eller befogenheter påverkas av stadgan. De rättigheter som härrör ur EG-fördraget skall utövas under de villkor som EG-fördraget uppställer, samtidigt som nationell lag och praxis skall tas under beaktande (artikel 52 p. 6). Rättigheterna skall också tolkas i samstämmighet med de gemensamma konstitutionella traditionerna som följer av artikel 6 EU-fördraget.[1219] Spänningen befästs också, som vi kommer att se, genom artikel 52 p. 5 i Stadgan. Artikeln är kärnan i spänningen mellan EU-stadgans olika rättigheter. Vi kan dock konstatera att skillnaden mellan principer och rättigheter inte förklaras i själva stadgan,[1220] utan kommer att bli en fråga för domstolar vid uttolkningen av stadgan i framtiden. Därmed blir det svårt att veta om det går att dra en linje mellan rättigheter som är ”justiciable” eller ”non-justiciable”. Jag fortsätter därför med att närmare analysera skillnaden mellan principer och rättigheter.

4.4.3.2 Närmare om principer och rättigheter

Av artikel 51 p. 1 framgår att rättigheter skall respekteras och principer skall iakttas. Men vad som är en princip eller en rättighet är inte helt klart. Till viss del kan EU-stadgans *Explanatory report* klargöra om en artikel består av en princip eller rättighet. Principerna kan betraktas mer som målsättningar och skall därmed *iakttas* och alltså inte respekteras. Artikel 52 p. 5 lyder:

> De bestämmelser i denna stadga som innehåller principer får genomföras genom lagstiftningsakter och verkställighetsakter som beslutas av unionens

---

[1218] Jämför Sola, F, *A quelle nesessité juridique repond la négociation d'une charte des droits fondamentaux, de l'Union européenne?* s. 598.

[1219] Se artikel 52 p. 4. Artikel 54 garanterar ett förbud mot missbruk av rättigheterna i Stadgan. I artikel 53 garanteras att Stadgan inte medför ett sämre skydd för de mänskliga rättigheterna som EU eller dess medlemsstater åtagit sig att respektera, särskilt EKMR och medlemsstaternas konstitutioner.

[1220] Jämför de Witte, B, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the EU* s. 160.

> institutioner, organ och myndigheter och genom medlemsstaternas akter när de vid utövandet av sina respektive befogenheter genomför unionsrätten. De får endast prövas i domstol med avseende på tolkningen av dem och avgöranden om sådana akters laglighet.[1221]

Artikeln innebär att enbart vissa av rättigheterna i stadgan kan utkrävas av medborgarna. Det är de rättigheter som finns i fördragen eller som befästs genom rättspraxis. Om en rättsakt inte respekteras när EU eller medlemsstaterna vidtar en åtgärd som berör rättigheten i stadgan så kan åtgärden (till exempel rättsakten) prövas i domstol. Herzfeld Olsson framhåller att endast stater kan åberopa principerna i domstol.[1222] Spänningen mellan sociala rättigheter, å ena sidan, och medborgerliga och politiska, å andra sidan, kvarstår alltså och befästs till viss del i EU-stadgan eftersom de senare uttrycks på ett annat sätt än de förra.

Politiska och medborgerliga rättigheter formuleras som individuella rättigheter. Sociala rättigheter formuleras, i vissa fall, som positiva rättigheter i enlighet med nationell lag och praxis. I vissa fall uttrycks de inte som rättigheter. Det senare är fallet med artikel 33, socialt skydd för familjen. Det finns också exempel på hur EU har en skyldighet att respektera en viss rättighet (till exempel handikappades rättigheter), men också fall då denna skyldighet inte ens kopplas till en rättighet (respektera kulturell, religiös och lingvistisk mångfald).

De många olika sätten att uttrycka rättigheter på har sin förklaring i de olika syften som finns med EU:s stadga. Förutom att ge EU-samarbetet legitimitet och skapa ett Europa för människan,[1223] syftar den också till att förhindra att unionens ekonomiska kompetenser begränsar ekonomiska och sociala rättigheter på medlemsstatsnivå. Strejkrätten i artikel 28 är ett exempel på detta. Artikeln kan ses som ett sätt att bevara strejkrätten då denna kan undergrävas av EU:s ekonomiska friheter eftersom den inte är upptagen i fördraget. Artikel 28 är därför en viktig tolkningskälla till denna rättighet, vilket också bekräftats av EG-domstolen då den erkänt rätten att vidta kollektiva åtgärder som en grundläggande rättighet.[1224] Samma resonemang kan föras kring de rättigheter i EU-stadgan som formuleras som att unionen har en skyldighet att respektera. Dessa rättigheter kan

---

[1221] Se också *Förklaringar avseende Stadgan om de grundläggande rättigheterna* (2007/C 303/02, 14.12.2007).

[1222] Herzfeld Olsson, P, *Betydelsen av vissa arbetsrättsligt relevanta rättigheter i EU:s stadga om grundläggande rättigheter – å vad bidde det då då?* s. 224.

[1223] Kenner, J, a.a.s. 5.

[1224] Mål C-438/05 *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Esti*, REG 2007 s. I-10779 och C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, REG 2007 s. I-11767.

ifrågasättas i domstol, vilket i sig visserligen är beroende av EG-domstolens vilja att tillmäta EU-stadgan betydelse.[1225] Vi kan alltså konstatera att stadgan kan bli ett medel för medlemsstaterna att skydda sig mot att EU får ökade befogenheter. En juridiskt bindande stadga leder också till att EG-domstolens möjligheter att utveckla ännu mer allmänna principer begränsas genom att domstolen måste respektera EU-stadgan.[1226] Slutligen tjänar stadgan syftet att värna individen eftersom den garanterar att EU inte inskränker grundläggande rättigheter. Även i den nationella kontexten kan EU-stadgans ikraftträdande få återverkningar, eftersom den kommer att kunna användas gentemot medlemsstaternas egen lagstiftning. Om en nationell lag berör unionsrättens område, så blir EU-stadgan tillämplig. Detta är också till värn om individens rättigheter.

Jag väljer att använda mig av rätten till hälsa som en inledande illustration. Vi kan konstatera att kompetensen på hälsovårdsområdet fortfarande främst hos medlemsstaterna, vilket också bekräftas av utformningen av artikel 35 EU-stadgan.[1227] Artikeln innefattar inte en definition av vad en rätt till hälsa skulle kunna vara, utan stadgar i stället en rätt till hälsovård:

> Var och en har rätt till tillgång till förebyggande hälsovård och till medicinsk vård på de villkor som fastställs i nationell lagstiftning och praxis. En hög nivå av skydd för människors hälsa ska säkerställas vid utformning och genomförande av all unionspolitik och alla unionsåtgärder.

Artikelns första mening, som ger var och en rättighet i enlighet med nationell rätt, är hämtad från artikel 11 i Europarådets sociala stadga. Artikeln inkluderar också en rätt till tillgång till förebyggande hälsovård, vilket egentligen är en förutsättning för god hälsa.[1228] Vilken betydelse just en rätt till *tillgång* till en rättighet kommer att få återstår dock att se. Den andra meningen upprepar innehållet i artikel 152 p. 1 EG-fördraget och

---

[1225] Se Fredman, S, *Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space* s. 58. Hon frågar om EU kan förhindras att sätta budgetrestriktioner på så sätt att dessa påverkar medlemsstaternas socialförsäkringssystem, då detta kan vara i strid med artikel 34 som stadgar att EU erkänner och respekterar rätten till sociala trygghetsförmåner och social service. Även om detta skall ske i enlighet med nationell lag och praxis samt gemenskapsrätten, så kan det framhållas att EU-stadgan kan höra till gemenskapsrätten.

[1226] Jämför Hettne, a.a.s. 248.

[1227] Lenaerts omnämner artikel 35 som en ”grundläggande rättighet”, vilket är intressant då han är domare i EG-domstolen, se Lenaerts, K, och Heremans, T, a.a.s. 109. Europarådets konventioner kan antas komma få betydelse när denna artikel tolkas i framtiden, eftersom artikeln bygger på Europarådets sociala stadga.

[1228] Jämför del III, avsnitt 3.2.3.6 ovan.

utsträcker området från att i fördraget gälla gemenskapen, till att i och med stadgan vara gällande även för EU.[1229]

De ekonomiska och sociala rättigheter som EU-stadgan innehåller kan delas upp i tre kategorier, varav den första består av klara och tydliga individuella rättigheter. Den andra kategorin kan sägas vara de rättigheter som EU erkänner och respekterar, medan den tredje kategorin enbart är målsättningar. I så fall skulle artikel 35 – enligt dess ordalydelse – hamna i den tredje gruppen och möjligheten för artikeln att tjäna som en för individen utkrävbar rättighet i domstol skulle vara mycket liten, även om EU-stadgan är juridiskt bindande.

EU-stadgans preambel hänvisar till Europarådets sociala stadga och flera av artiklarna bygger på Europarådsstadgan. Den senare omnämns även i artikel 136 EG-fördraget och är därför en gemenskapsrättsligt relevant källa. Frågan är om också de tolkningar som Europarådets kommitté för sociala rättigheter gjort via beslut och kollektiva klagomål kommer att få en betydelse för de av artiklarna som har sin grund i Europarådets stadga, såsom till exempel artikel 35. Jag menar att så borde ske, då det faktiskt är kommittén som uttolkar Europeiska sociala stadgan. Medlemsstaterna skall respektera EU-stadgan när de implementerar unionsrätten, men detta har fått en vidare betydelse i förklaringarna till rapporten. Genom att låta EU-stadgans hänvisningar till Europarådsstadgan och dess kommitté få status som en del av gemenskapsrätten (”fall within the scope of Community law”) skulle effekterna av EU-stadgan bli större. Om domstolen dessutom kommer fram till att det *är* fråga om en mänsklig rättighet, så är det möjligt att medlemsstaternas skönsmån minskar på hälsoområdet.

Artikel 35 kan också få betydelse om den tillsammans med andra allmänna gemenskapsrättsliga principer kan leda till individuellt utkrävbara rättigheter. Sammantaget med en ökad tendens att se rättigheters odelbarhet och beroende av varandra, så skulle domstolar kunna tillmäta artikel 35 en större betydelse än vad som var tänkt när EU-stadgan skapades. Artikeln kan kombineras med andra artiklar i EU-stadgan; diskrimineringsförbudet

[1229] Det finns även andra artiklar i EU-stadgan som är relevanta för rätten till hälsa. Artikel 1 stadgar människans okränkbara värdighet och är en förutsättning för rätten till hälsa. Varje människas rätt till integritet (artikel 3) har sin grund i Europarådets konvention om mänskliga rättigheter och biomedicin, och visar också den på en klar koppling till en rätt till hälsa. Även diskrimineringsförbudet i artikel 21 som innehåller en icke uttömmande lista på förbjudna diskrimineringsgrunder (ordalydelsen i den svenska versionen av Stadgan är ”bland annat”) kan komma att öppna för en än starkare rätt till hälsa i Stadgan och gemenskapsrätten då den baseras på artikel 13 i EG-fördraget, artikel 11 i konventionen om mänskliga rättigheter och biomedicin samt artikel 14 EKMR. I förklaringarna till Stadgan står det att artikel 21 skall tillämpas såsom artikel 14 EKMR tillämpas, i de avseenden som den motsvarar den senare artikeln. Artikel 52 p. 3 innebär dessutom att Europadomstolens praxis knyts närmare gemenskapsrätten.

(artikel 21), rätten till värdighet (artikel 1) men också rätten till god förvaltning (artikel 41).[1230] Även som soft law kan artikeln användas av domstol för att tolka gemenskapsrätten och för att utveckla åtgärder inom EG-rätten.

Det bör dock noteras att i nuläget har EG-domstolen inte gjort någon hänvisning till artikel 35 EU-stadgan i de fall som rör hälsovård och den inre marknaden.[1231] Detta betyder att den konkreta betydelsen av artikel 35 för en rätt till hälsa med stöd av EU i hög grad ligger i framtiden.

Vi ser alltså att vissa sociala rättigheter kan liknas vid principer och att dessa inte får samma status som rättigheterna. Därmed söker medlemsstaterna befästa att de sociala rättigheterna är en del av politiken och därmed politikernas ansvar.[1232] Den nationella politiken kan förlora fäste om EU får alltför stor makt på det sociala området, vilket i EU-stadgan inskrivna sociala rättigheter som är utkrävbara av medborgarna skulle kunna innebära. Även om medlemsstaterna önskar begränsa tillämpningen av unionsrätten i utformningen av EU-stadgan, kan frågor om förhandsbesked betyda att EG-domstolen trots allt prövar frågor där domstolens befogenhet är begränsad. Eftersom principerna i stadgan också de kan förverkligas genom rättsakter och nationell normgivning, kan tillämpningsområdet för unionsrätten komma att vidgas.[1233] Flera av rättigheterna och principerna i EU:s stadga återfinns också i Europakonventionen, varför vi nu vänder uppmärksamheten till den.

4.4.4 Relationen EU-stadgan – Europakonventionen

Europakonventionen har, som vi redan sett, en särskild status inom EU. EG-domstolen gjorde sin första hänvisning till Europakonventionen redan 1975.[1234] Konventionens speciella ställning inom EG-rätten har dels uttryckts i den fortsatta EG-domstolspraxisen,[1235] dels i artikel 6 p. 2 EU-fördraget. Det är ett av de internationellrättsliga dokument som uttryckligen nämns i fördragen.[1236] EG-domstolen har också kommit till slutsatsen att

---

[1230] Hervey, T K, *The Right to Health in EU Law* s. 205.

[1231] Se avsnitt 6.5 nedan.

[1232] Bull, T, *Vem känner passion för vår union?* s. 81.

[1233] Hettne, a.a.s. 248 f.; van Gerven, W, *Remedies for infringement of Fundamental Rights* s. 263.

[1234] Mål 36/75 *Rutili*, REG 1975 s. 1219.

[1235] Se förenade målen C-46/87 och 222/88 *Hoechst* REG 1989 s. 2859, där domstolen förklarar att EKMR har en särskild betydelse för uttolkandet och bestämning av såväl grundläggande rättigheter som allmänna rättsprinciper. Vidare hänvisar EG-domstolen till enskilda mål vid Strasbourgdomstolen sedan mitten av 1990-talet. Se till exempel C-13/94 *P mot S*, REG 1996 s. I-2143.

[1236] Artikel 136 hänvisar till Europeiska sociala stadgan.

dess egen äldre praxis kan komma att behöva ändras på grund av den utveckling Strasbourgdomstolens praxis fått.[1237]

Allt sedan senare delen av 1970-talet har det diskuterats huruvida EG/EU skall eller bör ratificera Europakonventionen. Mänskliga rättigheter har, trots tveksamheten om deras funktion och roll i gemenskapsrätten, funnits med i institutionernas arbete sedan 1970-talet. År 1977 beslutade EG-institutionerna om att anta en deklaration avseende grundläggande rättigheter.[1238] 1996 kom EG-domstolens yttrande 2/94, av vilket det framgick att EG inte har någon kompetens att tillträda Europakonventionen. I Konstitutionsfördragets del I, artikel 7, paragraf 2 infördes en juridisk möjlighet till tillträde och i och med Europakonventionens tilläggsprotokoll 14 har nu EU givits möjlighet att jämte stater tillträda konventionen.[1239] Om EU blir medlem, så är den största konsekvensen att Europadomstolen övervakar i sista instans huruvida EU:s medlemsstater respekterar mänskliga rättigheter, såsom de uttrycks i Europakonventionen.[1240] Det är Lissabonfördraget som inkorporerar EU-stadgan och som också ger EU möjlighet att tillträda EKMR, artikel 6 p. 1 och p. 2 FEU. Lissabonfördraget är också viktigt för den enskilde då det ökar möjligheterna för individer att få en akt – även av generell karaktär – som är riktad mot honom eller henne ogiltigförklarad.[1241] Dessutom vidgas EG-domstolens jurisdiktion i och med förslaget.[1242]

[1237] C-94/00 *Roquette Frères*, REG 2002 s. I-9011.

[1238] Joint Declaration by the European Parliament, the Council and Commission on fundamental rights, of 5 April 1977 (OJ C 103, 27.4.1977). Den första punkten lyder:

"The European Parliament, the Council and Commission stress the prime importance they attach to the protection of fundamental rights, as derived in particular from the constitutions of the Member States and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms." Punkt 2: "In the exercise of their powers and in pursuance of the aims of the European Communities they respect and will continue to respect these rights."

[1239] Sveriges regering beslutade den 8 oktober 2009 att underteckna protokoll 14 bis (ETS 204) med reservation för ratifikation. Protokoll 14 (ETS 194)ratificerades av Sverige den 17 november 2005.

[1240] Europadomstolen skulle på så sätt placeras "högre" än EG-domstolen i domstolshierarkin.

[1241] Artikel 263 st. 4 och 5 FEUF.

[1242] EG-domstolen byter namn till Europeiska unionens domstol, och Förstainstansrätten kallas Europeiska unionens tribunal. Domstolen kommer att ha behörighet i samtliga delar av FEU och FEUF, utom i de fall det stadgas annorlunda. I vissa frågor som är kopplade till området för frihet, säkerhet och rättvisa kommer domstolen inte att vara behörig. Samma sak gäller den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken, med undantag för restriktiva åtgärder mot enskilda.

Av artikel 52 p. 3 EU-stadgan följer att de rättigheter i EU-stadgan som också garanteras av EKMR skall ha samma innebörd som i det senare dokumentet, om inte EG-rätten ger rättigheten ett vidare skydd. Precis som i förhållande till nationell rätt skall Europakonventionen ange en miniminivå.

Sett i ljuset av EKMR:s inflytande över EG-rätten kan EU-stadgan också bidra till att genomslaget av konventionens rättigheter ökar i framtiden. De artiklar som i EU-stadgan har sin grund i EKMR skall tolkas i enlighet med Europadomstolens praxis. Detta kan få omfattande konsekvenser i EU. I del III framgick att Europadomstolen tolkat att flera av rättigheterna i EKMR kräver att staterna vidtar åtgärder, framförallt genom lagstiftning, för att förverkliga rättigheterna samt att detta också får konsekvenser mellan enskilda.[1243] Sociala rättigheter som i EU-stadgan formuleras som principer kan dessutom få formen av rättigheter genom att de erkänts av Europadomstolen. EU-stadgan kan få en roll som källa avseende värden och normer, vilken kan påverka tolkningen av lagstiftning och andra åtgärder inom EU samt ha betydelse för policyfrågor och mer allmänna EU-aktiviteter.[1244] I detta sammanhang är Lissabonstrategin av intresse.

4.4.5 En (om)väg via Lissabonstrategin

4.4.5.1 Inledning

Konflikten mellan den ekonomiska samarbetsgrunden i Unionen och dess sociala mål skulle, som vi sett, kunna hota sociala rättigheter. EU-stadgan kan utgöra en motvikt till de ekonomiska grundmålen eller i vart fall bekräfta rättigheter inom EU. Att ge rättigheter plats i ett konstitutionellt dokument är ett sätt att antingen skapa eller bekräfta rättigheterna. EG-domstolens rättspraxis är ett annat sätt.[1245] Önskan att uppnå flexibilitet på

[1243] Se till exempel målet *Calvelli and Ciglio*, ovan avsnitt 3.3.2.3.1.

[1244] Se Fredman, S, a.a. s. 57, där hon omnämner de Búrca.

[1245] Självklart finns mycket rättspraxis inom detta område, något som kan skymtas i källförteckningen till detta arbete. Några av fallen tas upp i denna text som också till stor del bygger på tesen att EG-domstolens roll är oundgänglig i skapandet och bekräftandet av sociala rättigheter, i vart fall om man diskuterar dessa i en konstitutionell kontext. Är den aktiva domstolen ett tecken på att Unionen är icke-demokratisk eller är den demokratisk på ett implicit eller indirekt sätt? Är det så att medlemsstaterna har valt att ge demokratisk makt till domstolen och att den senare inte har tagit makten på det sätt den kritiseras för att ha gjort? Som jag antytt i denna text, skulle man kunna säga att domstolen har blivit tvungen att utveckla en praxis rörande sociala rättigheter i en viss riktning därför att medlemsstaterna valt att avhålla sig från att enas i känsliga frågor. Denna politiska tystnad tvingar då domstolen att agera i syfte att mot de krav som Romfördraget ställer på dess uppgift.

det sociala området har också lett till att allt fler *softlaw*-åtgärder blivit ett faktum.[1246] För att förstå vad soft law är inom gemenskapsrätten måste vi vända uppmärksamheten mot EG-fördraget.

I artikel 249 EG-fördraget räknas gemenskapens rättsakter upp. I stycke 5 anges att rekommendationer och yttranden inte skall vara bindande. Bindande rättsakter utgörs av förordningar, direktiv och beslut.[1247] Icke bindande rättsakter hör till det som ofta kallas soft law, till exempel riktlinjer, policyuttalanden, handlingsprogram och Europeiska rådets deklarationer. Trots att de inte är bindande, så kan de ha en juridisk betydelse. Till att börja med kan de ses som en *intention* att en fråga bör hanteras, om än så länge inte i form av ”hard law”. Ibland har dessa också varit föregångare till lagstiftning och i vissa fall alternativ till lagstiftning. [1248] Kommissionen kan använda sig av soft law-lösningar när det är omöjligt att finna en lösning i syfte att uppnå en förordning eller ett direktiv, men det kan också vara det bästa sättet att nå ett visst politiskt mål. Soft law kan ”ha en normerande verkan på medlemsstaternas agerande”,[1249] och även användas som tolkningsdata för EG-domstolen.

Det är inte endast rättsakterna som klassificeras som soft law. Själva *åtgärderna* de avser kan ses som soft law. Den *öppna samordningsmetoden* (open method of coordination, OMC) har förts fram som ett medel för att vitalisera den demokratiska debatten inom EU, inkludera medborgare i nära anslutning till de frågor som berör dem, samt engagera företag i skapandet av EU. Den är en del av soft law inom EU och förs fram som ett (alternativt) sätt att garantera sociala rättigheters genomdrivande i EU, utan att medlemsstaterna förlorar sin bestämmanderätt. Vissa rättsvetare menar att sociala rättigheter skulle utgöra grunden för en ny modell för mänskliga rättigheter och att denna modell skulle bygga på en viss aktivitet mellan olika grupper och institutioner.[1250] Det finns därför skäl att se närmare på detta sätt att skapa normer och dess betydelse för skydd av sociala rättigheter.

[1246] I och med att medlemsstaterna har beslutanderätten i sociala frågor (i linje med subsidiaritetsprincipen) är det svårt att uppnå enighet för att anta lagstiftning om minimiregler.

[1247] Beslut är bindande för dem som de är riktade till, se artikel 249 stycke 4.

[1248] Craig, P, och de Búrca, G, *EU Law. Text, Cases, and Materials* s. 843 f. Rådets beslut 2000/228/EG är exempel på en rättsakt som är bindande hard law, men som också innehåller Employment guidelines (soft law).

[1249] Erhag, T, *Fri rörlighet och finansieringen av social trygghet* s. 123.

[1250] Fredman, a.a.s. 41.

4.4.5.2 Närmare om den öppna samordningsmetoden

Det var vid toppmötet i Lissabon år 2000 som målet att göra Europa till ”den mest konkurrenskraftiga och dynamiska kunskapsbaserade ekonomin i världen”[1251] formulerades. *Målet* med själva Lissabonprocessen[1252] innebär i sig att de nationella välfärdssystemen involveras och moderniseringen av det som kallas den Europeiska sociala modellen blir en av de tre pelarna i strategin, som skall förverkligas genom den öppna samordningsmetoden.[1253] För att detta mål skall uppnås, har det beslutats att en särskild samordningsmetod skall användas, som innebär att EU och medlemsstaterna fattar beslut som i stort sett *inte* är juridiskt bindande. [1254] På så sätt kan en politik utformas och denna grundar sig i en gemensam strategi med målformuleringar och riktlinjer. Genom Lissabonfördraget skrivs den in i EU-fördraget inom politikområdena socialpolitik, folkhälsa, industri samt forskning, teknisk utveckling och rymden.[1255] För att nå målet syftar strategin till att både samhället och ekonomin skall vara kunskapsbaserade, den inre marknaden helt förverkligas, modernisera den

---

[1251] Se Presidency Conclusions, Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, p. 5. Fredman menar att just detta är det tydligaste tecknet på att EU har valt den så kallade ”Tredje vägen”, vilken skiljer sig från socialdemokratiskt respektive neoliberalt tänkande på så sätt att statens roll är att stötta individuella beslut och val, och att dess funktion i detta skall vara så smidig och underlättad som möjligt, att individuella rättigheter också innebär individuella skyldigheter (civic responsibility), att det skall vara en participativ demokrati och slutligen, att lika möjligheter för individen är viktigare än lika resultat. Detta innebär också att ekonomiska åtgärder ses som en del av ett socialt mål (se Fredman, S, a.a.s. 44).

[1252] Se ordförandeskapets slutsatser, p. 5: ”The Union has today set itself a new strategic goal for the next decade: to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world, capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion. Achieving this goal requires an overall strategy aimed at:
- preparing the transition to a knowledge-based economy and society by better policies for the information society and R&D, as well as by stepping up the process of structural reform for competitiveness and innovation and by completing the internal market;
- modernising the European social model, investing in people and combating social exclusion;
- sustaining the healthy economic outlook and favourable growth prospects by applying an appropriate macro-economic policy mix.”

[1253] Lissabonstrategins tre pelare utgörs av socialpolitik (europeisk social modell), ekonomisk politik (inre marknad) och miljömässigt hållbar ekonomisk utveckling. Bernard menar att den nationella sociala välfärden utifrån gemenskapsrättslig synvinkel är ”klämd” mellan reglerna om den inre marknaden och den gemenskapsrättsliga välfärdspolitiken som till stor del är informell och endast till viss del grundas på icke-bindande instrument, se Bernard, N, *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market v Open Method of Co-ordination in EU Social Welfare* s. 262. Detta beror på medlemsstaternas ovilja att göra tillägg till EG-fördraget på det sociala välfärdsområdet.

[1254] Mörth, U, *Den öppna samordningsmetoden som demokratiproblem* s. 90.

[1255] Prop. 2007/08: 168 s. 149 f. Jämför a. prop. s. 190 ff., 229 ff., 231 ff. och 195 ff.

europeiska sociala modellen, investera i människor och bekämpa socialt utanförskap.[1256] Lissabonstrategin – att tillföra sociala målsättningar i politiska projekt – kan ses som ett för unionen nytt sätt att konstruera sociala rättigheter och det är intressant eftersom det delvis handlar om juridiska regler som faktiskt måste tillämpas.

Den öppna samordningsmetoden är dock inte helt och hållet ny. Maastrichtfördraget inkluderade för första gången ett slags öppen samordningsmetod avseende koordinering av nationell makroekonomisk politik och 1997 introducerades den öppna samordningsmetoden vid toppmötet i Luxemburg, när den europeiska sysselsättningsstrategin diskuterades. År 2000 lade kommissionen fram *Ny socialpolitisk dagordning,*[1257] som behandlade planeringen för en utveckling av sysselsättningspolitiken i medlemsstaterna och kandidatländerna samt en utvärdering av de senares sociala trygghetspolitik. Resultatet av detta var att kommissionen, genom att använda sig av den öppna samordningsmetoden, satte upp förberedande processer inom ramen för sysselsättning, social delaktighet och pensionsreformer.[1258] Sedan Lissabonmötet tillämpas metoden i fråga om socialt utanförskap,[1259] pensioner,[1260] utbildning,[1261] hälsovård,[1262] samt forskning och utveckling.[1263] Metoden har dessutom föreslagits på områden

---

[1256] Presidency Conclusions, Lisbon European Council 23 and 24 March 2000, p. 5.

[1257] KOM(2000) 379 slutlig, 28 juni 2000, Ny socialpolitisk dagordning.

[1258] Se de la Rosa, *The Open Method of Coordination in the New member States – the Perspectives for its Use as a Tool of Soft Law* s. 622–626 för en beskrivning av de så kallade Joint Assessment Papers of employment policies priorities (JAP) och Joint Inclusion Memorandum (JIM).

[1259] Europaparlamentets och rådets beslut nr 50/2002/EG av den 7 december 2001 om inrättande av ett program för gemenskapsåtgärder som skall uppmuntra medlemsstaterna att samarbeta för att motverka social utslagning.

[1260] Stockholm European Council Conclusions of March 2001, Laeken European Council Conclusions of December 2001, samt Joint Report by the Commission and Council on Adequate and Sustainable Pensions, March 2003.

[1261] COM(2002) 629 Commission Communication on European benchmarks in education and training: follow up to the Lisbon European Council, samt Council Conclusions of May 2003 on European benchmarks in education and training [2003] OJ C134/3 samt Report from the Education Council to the European Council, The concrete future objectives of education and the training system, 14 februari 2001, 5680/01 EDUC 18.

[1262] Göteborg och Barcelona European Council Conclusions of June 2001 and March 2002, samt Joint Council and Commission Report on supporting national strategies for the future of health care and care for elderly of February 2003, 6528/03. Se också COM(2001) 304 final, 20 april 2004, Modernising social protection for the development of high-quality accessible and suitable health care and long-term care: support for the national strategies using the "open method of coordination".

[1263] Brussels European Council Conclusions of March 2003, samt COM(2003) 226 Commission Communication on investing in research: an action plan for Europe. Rådets

för vilka det redan existerar möjligheten att använda starkare lagstiftning, såsom migrations- och flyktingpolitik,[1264] handikappolitik[1265] och marknadsliberalisering av tidigare statliga tjänster såsom telekommunikationer.[1266] Miljö och hållbar utveckling, där det redan existerar såväl hard law som soft law-instrument, har börjat integreras med Lissabonstrategin för ekonomisk och social styrning.[1267] Vidare har liknande metoder föreslagits på områden där EU endast har liten eller ingen kompetens alls.[1268]

4.4.5.3 Formerna för öppen samordning

Metoden – eller de olika metoderna inom ”samordningsfamiljen”[1269] – lämnar stor politisk autonomi till medlemsstaterna och blandar riktlinjer/mål beslutade på EU-nivå med utvecklandet av handlingsplaner eller strategirapporter för medlemsstaterna, i en process som skall skapa *koordinering och ömsesidigt lärande i det aktuella politikområdet.*[1270]

Den öppna samordningsprocess som togs med i Amsterdamfördraget, i och med sysselsättningsstrategins införande, inkluderar följande steg: 1) upprättande av EU-riktlinjer för att nå vissa mål på kort och lång sikt enligt en viss tidtabell, 2) bestämmande av riktvärden (benchmarks) för särskilda indikatorer (kvalitativt och kvantitativt) för att det skall gå att jämföra olika nationella metoder, 3) överföra riktlinjerna till nationell och regional politik som passar de olika staterna/regionerna, och 4) periodisk övervakning, utvärdering och peer review i syfte att uppnå ömsesidigt lärande. Lissabontoppmötet lade dessutom till det decentraliserade

förordning av den 22 september 2003 om investering i forskning för europeisk tillväxt och konkurrens, OJ 250/02, 18 oktober 2003.

[1264] COM(2001) 387 final, 11 july 2001, Communication from the Commission on an open method of coordination for the Community immigration policy samt COM(2001) 710.

[1265] Economic and Social Committee proposal for a Council Decision [2002] OJ C36/72 och Committee's opinion on ”Integration of disabled people into society” [2002] OJ C241/89.

[1266] Lisbon European Council Conclusions of Spring 2000 and Commission's subsequent eEurope Action Plans for 2002 and 2005.

[1267] Göteborg European Council Conclusions of June 2001; Commission Communication COM(2001) 264 and its 2002 Document – ”A European strategy for sustainable development”. För kritik, se Economic and Social Committee opinion on ”The Lisbon strategy and sustainable development” [2003] OJ C95/54.

[1268] Ungdomspolitik, se COM(2001) 681 Commission White Paper on a new impetus for European youth.

[1269] Det bör framhållas att den öppna samordningsmetoden är ett instrument som kan ta många skepnader och att det egentligen är fråga om flera öppna samordningsmetoder, i olika stadier av utveckling.

[1270] De Búrca,G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 824.

tillvägagångssättet att involvera lokala och regionala nivåer, sociala aktörer, aktörer från det medborgerliga samhället, företag och andra individer.[1271] De första två momenten i p. 37 inriktas mot politikskapande, medan det tredje och fjärde mer liknar samordning.

4.4.5.4 Vem gör vad? Problem med samordningsmetoden

Den öppna samordningsmetoden utmanar den traditionella konstitutionalismen inom EU på flera sätt. Behovet – eller rättare sagt viljan – att införa kompetensbegränsningar i de aktuella processerna saknas.[1272] Av detta följer att den öppna samordningsmetoden och soft law fått betydelse i *sökandet efter en lösning på de situationer av politisk låsning som kan uppkomma.*[1273] När den politiska processen avstannar och låses, så kan det leda till att själva beslutsprocesserna i EU också fixeras och hotar kommande utvidgningar av EU. Ju fler medlemsländer, desto större problem att nå enighet – något som under de senaste decennierna visat sig vara en sanning. Därför har man sökt finna olika sätt att ändå samarbeta och detta är ett exempel på samarbete där medlemsstaterna inte behöver avhända sig någon suveränitet.[1274]

[1271] Se också Presidency Conclusions, Lisbon European Council 23 and 24 march 2000, p. 37: Implementation of the strategic goal will be facilitated by applying a new open method of coordination as the means of spreading best practice and achieving greater convergence towards the main EU goals. This method, which is designed to help Member States to progressively develop their own policies, involves:

- fixing guidelines for the Union combined with specific timetables for achieving the goals which they set in the short, medium and long terms;
- establishing, where appropriate, quantitative and qualitative indicators and benchmarks against the best in the world and tailored to the needs of different Member States and sectors as a means of comparing best practice;
- translating these European guidelines into national and regional policies by setting specific targets and adopting measures, taking into account national and regional differences;
- periodic monitoring, evaluation and peer review organised as mutual learning processes.

[1272] De Búrca, G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 825 f. Detta beror på att EG-fördraget inte ger EG/EU någon kompetens alls i de aktuella frågorna alternativt att den kompetens som finns är relativt svag, som fallen med sysselsättning och pensioner. Det kan också vara så att unionens möjligheter att handla är begränsade på området genom uttrycklig skrivelse i fördraget (utbildning, hälsa).

[1273] Se Fredman, S, a.a.s. 45 för en diskussion om den ”sociala dialogen”, där hon påpekar att det finns en risk med att kollektiva sanktioner äger rum i skuggan av lagen och där kommissionen finns som ett slags hot mot parterna att enas eftersom den annars beslutar om egen lagstiftning.

[1274] Ett annat sätt att hantera ett större antal medlemsstater och olika önskemål om inriktningen på EU är ett närmare samarbete mellan vissa medlemsstater som infördes genom Amsterdamfördraget, se artikel 40 i EU-fördraget.

Processen är ”blandad” och såväl nationella som EU-aktörer fyller en funktion på flera nivåer i processen. Metoden syftar dessutom till att integrera olika policyinriktningar, varför detta uttrycks explicit och också används som utgångspunkt för det Europeiska rådets toppmöten där nya riktlinjer skapas.

Den öppna samarbetsformen aktualiserar flera problem. Till att börja med kan *skillnaden mellan hard law och soft law* lyftas fram och det faktum att den soft law blir allt vanligare när beslut i politiskt viktiga frågor skall fattas. Vi kan i vart fall konstatera att det finns en tendens att använda sig av alternativ till lagstiftning inom EU i dag. Enligt min mening går det inte att ställa upp en klar gräns mellan hard respektive soft law, vilket i sig skulle kunna anses skapa problem för lagstiftningens legitimitet, efterlevnad och rättskällelärans traditionella tillämpning.[1275] Den öppna samordningsmetoden är inte heller ett traditionellt soft law-instrument, utan handlar mer om ett slags uppförandekod som i sig inte har någon bindande verkan. Soft law har alltid existerat inom EG-rätten, särskilt inom ramen för interinstitutionella relationer.[1276] Den allt större aktivitet dessa institutioner visar upp inom allt fler områden gör att soft law-lösningar blir allt vanligare, vilket uttrycks bland annat genom att den öppna samordningsmetoden allt oftare används. På så sätt kan metoden sägas vara ett slags kompromiss mellan ren integration och ”vanligt” samarbete.[1277]

Nästa problem är relaterat till att EG-fördragets regler rörande den inre marknaden är juridiskt ”tyngre” än reglerna på det sociala området. Detta är ett viktigt faktum som, enligt vissa, återspeglas i den öppna samordningsmetoden.[1278] En dylik hierarki underminerar också den betydelse som metoden kan ha i fråga om att knyta samman policy från olika områden och därmed kan de sociala målen som tas upp i metoden komma att få mindre betydelse.

[1275] Soft law som ett förstadium till lagstiftning eller som ett alternativ till lagstiftning har varit vanligt förekommande på jämställdhetsområdet, se Craig, P, och de Búrca, G, EU *Law. Text, Cases and Materials* s. 843 f., där författarna lyfter fram att det finns rättsakter som är hybrider av de båda och tar som exempel beslut 2000/228/EG (hard law) som innehåller Employment Guidelines (soft law) under artikel 128. Vissa menar att soft law är ett andrahandalternativ, ”second-best”, medan andra anser att en mjukare tillnärmning faktiskt kan leda till att juridiskt bindande regler kan antas inom en inte alltför avlägsen framtid.

[1276] Jämför här Beukers, T, *Enhancing Parliamentary Control Over the European Commission and the Member States. Constitutional Development Through Practice* s. 24 samt Eiselt, I, och Slomonski, P, *Sub-Constitutional Engineering: Negotiation, Content, and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU* s. 209–225.

[1277] De la Rosa, S, a.a.s. 622. Detta fenomen är dock inte något nytt i folkrätten. Jämför Cassese, A, *International Law* s. 160, Malanczuk, P, *Akehurst's modern Introduction to International Law* s. 54.

[1278] De Búrca, G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 831.

Målet med Lissabonprocessen var att knyta samman ekonomi, sysselsättnings- och socialpolitik genom den öppna samordningsmetoden. Välfärdsfrågorna och gemenskapens respektive medlemsstaternas kompetens på detta område hanteras annorlunda inom ramen för Lissabonprocessen än vad som hittills varit gällande inom EG. Det handlar inte om att överföra kompetens på välfärdsområdet från medlemsstaterna till EU, vilket i sig kan vara ett tecken på att gemenskapens marknadsorienterade lagstiftningsstruktur som starkt kontrolleras av medlemsstaterna inte är lyckad på det sociala välfärdsområdet i allmänhet, och på hälsoområdet i synnerhet.[1279] Även om flera av de problem som aktualiserats är liknande mellan medlemsstaterna, så kan det vara så att en och samma lösning inte är det bästa för alla stater. Mindre rigida regleringar kan också vara ett sätt att kunna ta hänsyn till lokala förändringar och behov.[1280] Detta kan i sig innebära ett problem för de mänskliga rättigheternas roll i processen.[1281] Det är ju fråga om just en *process* och innebär inte *per se* krav på vissa resultat, som till exempel förverkligande av mänskliga rättigheter. Just mänskliga rättigheters roll i samarbetsmetoden blir därmed det tredje problemet. Rättigheternas utkrävbarhet kan därigenom få mindre betydelse och individperspektivet hamnar i bakgrunden, vilket påverkar legitimiteten. Det är genom informationsutbyte, rapportering etc. som med tiden det bästa handlingsalternativet skall växa fram. Kritik kan riktas mot detta, då det inte finns kontrollmekanismer i syfte att säkra skyddet för individer och grundläggande värden.

Vi försöker gärna förstå och förklara EU:s demokratiska struktur utifrån det synsätt och den förförståelse det nationella sammanhanget ger. EU är dock inte en stat och beslutsfattande inom EU äger rum på flera nivåer, såväl på den nationella som på EU-nivå med fler beslutsfattare och aktörer än de vi finner på den nationella nivån. Den öppna samordningsmetoden aktualiserar också möjligheten att utveckla sociala frågor inom EU i en kontext där medlemsstaternas kapacitet att stå för en generell välfärd faktiskt har urholkats och där EU saknar legitimitet, befogenhet och konkret möjlighet att centraliserat styra över utvecklingen.[1282] Därigenom aktualiseras den fjärde kritiken – det demokratiska dilemmat – mot den öppna samordningsmetoden.

[1279] Jämför kommissionens Vitbok *Styrelseformerna i EU*, KOM(2001) 428.

[1280] Metoden i sig är den som faktiskt bäst motsvarar idén om idéutbyte, experiment och möjlighet att anpassning sker efter lokala omständigheter.

[1281] Användning av och hänvisning till grundläggande rättigheter har ännu inte fått särskilt stort utrymme som begränsande faktor i användandet av metoden. Däremot har stadgan använts i COM(2001) 873, som en del av utvecklandet av en policy.

[1282] De Búrca, G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union*, a.a.s. 816.

Rådet spelar en central roll i beslutsfattandet i denna metod, medan Europaparlamentet har en undanskymd position, trots att önskemål framförts om att involvera parlamentet. Kommissionen är aktiv i processen och stöttar de olika deltagarna, men det är trots allt rådet som har befäst sin makt inom ramen för den öppna samordningsmetoden.[1283] Europaparlamentet har en mycket begränsad, rentav obefintlig roll i den öppna samordningsmetoden, vilket är ett problem för den demokratiska förankringen i processen. Inte heller de nationella parlamenten inryms i metodens upplägg. Andra traditionellt viktiga former av demokratisk kontroll har inte heller inkluderats. De medlemsstater som *inte* önskar se ett aktivt EU på nya områden, kan tänkas uppskatta alternativet som den öppna samordningsmetoden innebär; en svagare form av styrning av icke-bindande natur. Detta skulle kunna ses som problematiskt utifrån ett demokratiskt synsätt. Men det finns demokratiska fördelar. Andra grupper än etablerade makthavare får möjlighet att komma till tals då det är fråga om ett ”korporativt beslutssystem där olika samhällsgrupper tar del i beslutsfattandet”.[1284] Därför kan det hävdas att metoden kan komma att stärka demokratin i Europa – dialogen vidgas till att *inkludera andra grupper* än de politiska beslutsfattarna. Ett problem av demokratisk natur är dock fortsatt att Europaparlamentet inte deltar fullt ut i processen och att andra traditionellt viktiga metoder av demokratisk kontroll inte har inkluderats i metoden.

Det öppna kan dock också vara slutet. Att tjänstemän kan föra informella samtal med experter och andra som inte representerar ”folket” är ett demokratiskt problem.[1285] På motsvarande sätt innebär besluten i informella processer problem för ansvarsutkrävandet. Det finns en inbyggd spänning mellan å ena sidan den traditionella och strikta konstitutionalism som fokuserar på EU:s begränsade makt, uppdelningen mellan medlemsstaternas respektive EU:s befogenheter och, å andra sidan, den pragmatiska verkligheten som innebär att EU idag kommit att ta plats inom all slags politik, kompetensfrågor avseende beslut som tas på olika nivåer i EU samt det informella beslutsfattandet.[1286]

[1283] Kommissionen är dock mycket aktiv i förberedelsearbetet rörande kandidatländer och utvidgningen, även avseende den öppna samordningsmetoden. Dess roll har alltså, utifrån den aspekten, ökat i och med utvidgningen eftersom kommissionen är delaktig i varje steg under hela processen. Se också Bergström, C F, *Comitology: delegation of powers in the European Union and the committee system*.

[1284] Mörth, U, a.a.s. 91.

[1285] Därmed skulle det kunna anföras att de ”vanliga” beslutsprocesserna hör till det gamla demokratisynsättet som kännetecknas av en tydlig hierarki och en formellt tydlig ansvars- och maktkedja. Mörth, U, a.a.s. 95.

[1286] De Búrca, G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 814.

Det skulle kunna sägas att det faktum att metoden involverar så många aktörer på flera nivåer, gör att det är fråga om en ny ”multi-level form of governance”.[1287] Vilka är aktörerna i denna styrning? Medlemsstater, EU:s institutioner, sociala aktörer och sociala NGO; alla skall påverka metodens utformning tillsammans eftersom de alla både definierar och implementerar målen som står att finna i samordningsmetoden.[1288] Statsrepresentanter, lokala och regionala aktörer, civila samhället etc. skall delta i processen, även om detta regleras enligt nationell rätt och praxis. De Búrca menar att det är svårt att karakterisera den öppna samordningsmetoden som antingen en form av ”intergovernmentalism” eller ”supranationalism”; strukturen är alldeles för komplicerad och alldeles för många nivåer av beslutsfattare är inblandade.[1289] Ansvarsutkrävandet blir därmed också omöjligt att genomföra.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att medlemsstaternas position stärks, vilket också understryks av det faktum att EG-domstolen i nuläget står helt utanför samordningsmetoden. Mot detta kan framföras att de allt fler kommittéer som är inblandade i processen innebär en allt aktivare kommission. Vidare kan det ifrågasättas om det fortfarande är fråga om ett slags ”network governance”. Förfarandet blir allt mer institutionsbaserat och tekniskt, vilket kan leda till att den dynamiska aspekten i förfarandet urholkas.[1290]

4.4.5.5 Samordning i praktiken – sysselsättningstrategin i artikel 128 EG-fördraget

Avdelning VIII (artiklarna 125-130) i EG-fördraget behandlar sysselsättning. I artikel 128 stadgas att rådet varje år skall lägga fast riktlinjer (i enlighet med artikel 99 p. 2) som skall beaktas av medlemsstaterna i deras *sysselsättningsstrategier*.[1291] Rådet skall därvidlag ha utgått från ett kommissionsförslag och ha hört Europaparlamentet, Ekonomiska och sociala kommittén, Regionkommittén samt sysselsättningskommittén.

[1287] De la Rosa, S, a.a.s. 619.

[1288] Jämför Fredman, S, a.a.s. 46 f. Hon redogör där också för de arbetsrättsliga direktiv som antagits, såsom direktiv nr 96/34/EG (om föräldraledighet) och nr 97/81/EG (om deltidsarbete). Enligt Fredman förenas rättighetskrav och ekonomiska villkor enligt dialogmodellen bäst när det är fråga om att uppnå jämlikhet mellan könen och flexibilitet samt att den traditionella föreningsfriheten kräver uppbackning från så kallade ”transformativa sociala rättigheter” för att kunna förverkligas och legitimeras politiskt.

[1289] De Búrca, G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 826.

[1290] De la Rosa, S, a.a.s. 628.

[1291] För en diskussion av kring resultaten av sysselsättningsstrategin, se Jacobsson, K, *EU:s sysselsättningsstrategi som institutionaliserad kompromiss*, i: Gustavsson, S, Oxelheim, L, och Wahl, N, (red), Lissabonstrategin i halvtid s. 139–164.

Utgångspunkten för rådets arbete är de slutsatser som Europeiska rådet gjort utifrån en årsrapport som rådet och kommissionen utformar tillsammans rörande sysselsättning i gemenskapen. Varje medlemsstat utvecklar således sin egen nationella handlingsplan utifrån dessa guidelines och återrapporterar till kommissionen hur dessa implementerats. Rådet konsulterar andra aktörer – bl. a en särskild sysselsättningskommitté – och utvärderar därefter medlemsstaternas arbete, för att sedan kunna anta rekommendationer för den stat som rådet menar behöver en sådan. En årlig rapport författas av rådet och kommissionen tillsammans och denna utgör grunden för nästkommande treårsperiods guidelines.[1292]

I fördragsartiklarna står det dock ingenting om en öppen samordningsmetod och det finns heller inte någon rättslig grund i fördraget för den öppna samordningsmetod avseende sociala frågor (social delaktighet, pensioner och hälsovård) som startade år 2005 och som diskuteras strax nedan.[1293] Även om riktlinjerna/rekommendationerna som rådet beslutar om enligt avdelning VIII inte är bindande, så kan de ändå vara av betydelse på så sätt att staterna har ett slags moralisk skyldighet att beakta dessa (jämför lojalitetsplikten i artikel 10).

Det bör också framhållas att resultatet av användningen av den öppna samordningsmetoden inom ramen för sysselsättningsstrategin har visat sig vara svårt att mäta, vilket har flera förklaringar. Metodens skiftande tillämpning beroende på det område den används inom och att den styrs från EU, nationell och regional nivå är några skäl till att det är svårt att mäta och utvärdera dess resultat.[1294]

[1292] Staterna gör årliga rapporter (National Reform Programmes, NRP). Under en treårscykel skall det första årets handlingsplan ha en strategisk inriktning, det andra året skall fokusera på åtgärder och det tredje året på vilka resultat som uppnåtts.

[1293] Se KOM(2003) 261 slutlig, 27 maj 2003. Det kan också konstateras att den öppna samordningsmetoden fick ytterst lite plats i Konstitutionsförslaget, se artikel III-213, i vilket det inte framgår att det är fråga om just den metoden och där enbart utbildning och socialpolitik omnämns. Sysselsättningsfrågor föll alltså utanför. Dessutom konstateras det att när andra beslutsprocesser är aktuella, så kan inte den öppna samordningsmetoden användas. Det senare är i linje med Kommissionens vitbok om styrningsfrågor i Unionen. Däremot hänvisar artikel I-17 till ”coordinating activities” när det är fråga om kultur, turism, sport, ungdom, administrativt samarbete, utbildning, skydd och förbättring av hälsa. Europaparlamentets roll är svag även i detta dokument. I Lissabonfördraget införs den öppna samordningsmetoden på fyra områden: socialpolitik (artikel 156 FEUF), folkhälsa (artikel 168 p. 2 FEUF), industri (artikel 173 p. 2 FEUF) samt forskning, teknisk utveckling och rymden (artikel 181 FEUF). Metoden kommer alltså inte att stadgas i en allmän artikel, utan riktas in på dessa fyra sakområden.

[1294] Larsson, J, *Den öppna samordningsmetoden. EU:s samordning av medlemsstaternas välfärdssystem.* Se också *Halvtidsöversynen av sysselsättningsstrategin år 2002*. Jämför också Statskontorets rapport

4.4.5.6 Den sociala agendan

År 2000 började medlemsstaterna samarbeta kring frågor för att bekämpa fattigdom och social utslagning inom ramen för den öppna samordningsmetoden.[1295] Detta ledde till ett mer institutionaliserat förfarande, den sociala agendan. Flera olika sociala frågor har därmed lagts samman. En gemensam social strategirapport tas sedan år 2005 fram varje år och behandlar pensioner, hälso- och sjukvård, äldreomsorg och fattigdom och social utslagning.

Den förnyade sociala agendan[1296] syftar till att skapa bättre möjligheter för EU-medborgaren, förbättra tillgången till kvalitativa tjänster och visa solidaritet med dem som påverkas negativt av utvecklingen. Europas befolkning blir allt äldre och andelen pensionärer ökar allt snabbare. ”För solidariteten är det av central betydelse med en reaktion som är anpassad till behoven i olika samhällsgrupper, dvs. som passar både äldre medborgare och ungdomar.”[1297] Kommissionen har också uttalat att: ”Invandrare från länder både i och utanför unionen måste få hjälp att integreras i sina nya samhällen och det måste ske med full respekt för deras mänskliga värdighet.”[1298]

I den förnyade sociala agendan framförs att EU har de bästa förutsättningarna att arbeta i partnerskap och främja samarbete för att hantera socioekonomiska förändringar. EU har begränsade befogenheter på det sociala området och socialpolitiska åtgärder är medlemsstaternas ansvar.[1299] Därför måste medlemsstaterna samarbeta för att möta de utmaningar som bland annat en ökad invandring medför. Agendans mål är att skapa möjligheter för individen (främja rörlighet, motverka diskriminering samt skapa fler och bättre arbeten), skapa tillgång till utbildning, socialt skydd, hälso- och sjukvård för alla och slutligen visa solidaritet (mellan generationer, mellan regioner, mellan dem som har det bättre och dem som har det sämre samt mellan rika och mindre rika medlemsstater).[1300]

2004:10, *Spelar utvärderingar någon roll? En analys av utvärderingselementen inom den öppna samordningsmetoden*.

[1295] KOM(2005) 33. År 2002 försökte man använda metoden också på pensionssystem, men detta visade sig vara mindre lyckat. Medlemsstaterna vägrade helt enkelt att samarbeta.

[1296] KOM(2008) 412 slutlig, En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa.

[1297] KOM(2005) 12 Strategiska mål 2005–2009. EU 2010: Ett partnerskap för Europas förnyelse. Välstånd, solidaritet och säkerhet s. 9 f.

[1298] KOM(2005) 12 Strategiska mål 2005–2009. EU 2010: Ett partnerskap för Europas förnyelse. Välstånd, solidaritet och säkerhet s. 11.

[1299] KOM(2008) 412 slutlig s. 3.

[1300] KOM(2008) 412 slutlig s. 6 f.

Agendan riktar in sig på humankapital, ett längre och friskare liv, rörlighet, social integration, lika möjligheter och delaktighet samt dialog med medborgarna. Tillgång till bostäder nämns när det handlar om ungdomar och fattigdomsbekämpning, men inte annars. Agendan kan alltså indirekt ha betydelse för hur bostadspolitiken utvecklas. Fattigdomsbekämpning, rörligheten på arbetsmarknaden och ungdomars situation kan vara frågor som bostadspolitiken bör beakta. [1301]

Viktigt är också att sociala aspekter och konsekvenser betonas i allt fler sammanhang. Den förnyade agendan visar också en annan utveckling; området sysselsättning, socialpolitik och lika möjligheter skall inte vara det enda området för agendan. Det finns nu en ambition att brygga över alla relevanta politikområden för att kunna möta de utmaningar som den sociala verkligheten står inför.[1302] Kommissionen föreslår också att den öppna samordningsmetoden stärks på det sociala området och att kopplingarna till andra politikområden bör förstärkas. Såväl analysverktygen som kunskapsbasen bör förbättras i syfte att stimulera till ökat kunskapsutbyte, inbördes granskning och övervakning mellan medlemsstaterna.[1303] Det är alltså tydligt att det finns en koppling mellan den sociala agendan och Lissabonstrategin. Kommissionen signalerar också att den kommer att fästa större vikt vid sociala konsekvenser när den utvärderar politiken inom EU. Alla nya initiativ som kommissionen tar kommer också att bli bedömda i ljuset av dess sociala konsekvenser.

Europaparlamentet har engagerat sig i boendefrågan. En arbetsgrupp (Urban-Bostäder) antog den Europeiska stadgan om bostäder i april 2006.[1304] I mars året därpå antog Europaparlamentet en resolution om bostäder och regionalpolitik, där parlamentet föreslår att EU antar en stadga om bostäder utifrån det förslag som parlamentets arbetsgrupp satt upp. Parlamentet konstaterar att bostäder är en grundläggande tillgång, en grundläggande social rättighet och en del av den mänskliga värdigheten. Parlamentet förklarar också att brist på värdiga bostäder medför hinder för konkurrens, sysselsättning och social samhörighet. Även om bostäder inte hör till EU:s kompetens, så drabbas viktiga gemenskapsrättsliga områden.

[1301] Se KOM(2007) 773 Rörlighet som ett verktyg för fler och bättre jobb – EU:s handlingsplan för rörlighet för arbetstagarna (2007–2010). Bostadsfrågor har fått mycket lite utrymme i såväl de nationella handlingsplanerna som i gemenskapsrättens hard law. Allt fler framför nu att ett dåligt utbud på bostäder och höga bostadskostnader hotar den fria rörligheten av arbetstagare.

[1302] SEC(2008) 2157 Summary of the impact assessment.

[1303] KOM(2008) 412 slutlig s. 18.

[1304] Proposal of a European Charter for Housing, Urban Logement 04.04.06. Dessutom har Europaparlamentet antagit en förklaring om avskaffande av hemlöshet, 0111/2007.

I resolutionen anges att rätten till en värdig bostad är avgörande för social integration, fattigdomsbekämpning och social samhörighet i EU (artikel 2). Rätten till en värdig bostad till ett rimligt pris och ekonomiskt boendestöd till ekonomiskt svaga tas också med (artikel 1). Ansträngda bostadsmarknader hämmar arbetskraftens fria rörlighet och bostadsfrågan är nära sammankopplad med energiförsörjningspolitiken. Parlamentet anser därför att bostadsfrågor skall vara en del av EU:s strategi för social samhörighet (social delaktighet, artikel 8) och att det bör tas fram gemensamma indikatorer i syfte att analysera boendesituationen i Europa. Parlamentet anser också att bostadspolitiken bör bli en del av den ekonomiska, sociala och territoriella sammanhållningspolitiken (artikel 7), vilket skulle innebära att strukturfondsmedel skulle kunna användas inom området.[1305] Parlamentet föreslår också att ett särskilt organ för bevakning av boendefrågor inrättas. Organet skulle bland annat analysera konsekvenserna för bostadssektorn av beslut fattade inom EU.[1306]

Resolutionen är inte rättsligt bindande och bostadspolitiken hör till medlemsstaternas kompetensområde. Europaparlamentets resolution tas dock upp i kommunikén från mötet med EU:s bostadsministrar som ägde rum i Frankrike den 24 november 2008. Ministrarna föreslår inte något särskilt organ för bostadsfrågor, men anser att riktvärden för hur hemlöshet och otillräckligt boende definieras och hanteras bör tas fram.[1307] Vidare enas ministrarna om att boende skall vara en del av den Sociala agendan.[1308] Inledningen till kommunikén hänvisar till både den sociala stadgan och EU:s stadga. Den förra har, genom ES-kommitténs praxis, utvecklat riktvärden för att definiera bland annat hemlöshet. Vi vänder därför åter uppmärksamheten till EU:s stadga för grundläggande rättigheter och dess potentiella tillämpning inom ramen för den öppna samordningsmetoden.

4.4.6 EU:s stadga, den sociala stadgan och öppna samordningsmetoden

Av artikel 53 EU-stadgan följer att ingen artikel skall tolkas som att den begränsar de mänskliga rättigheter eller grundläggande friheter som erkänns i EU-rätten, internationell rätt och de konventioner till vilka medlemsstaterna eller unionen är parter. Detta förstärker den betydelse som de två viktigaste källorna till EU-stadgan har, nämligen EKMR och europeiska sociala stadgan. Dessa dokument behövs i tolkningen av EU-

[1305] Lissabonstrategin anges i artikel 6.

[1306] Artikel 10.

[1307] Punkten c).

[1308] Se s. 5, p. 2 och 3.

stadgan för att ge den ett innehåll.[1309] Det betyder också att den europeiska sociala stadgan ges en högre status.[1310]

Som vi sett i del III innebär inte skyldigheten att *respektera och erkänna* en rättighet enbart en skyldighet att avhålla sig från inblandning.[1311] I detta sammanhang skulle det innebära en skyldighet för unionen att *inte* blanda sig i medlemsstaterna socialpolitik. Enligt mig bör EU, i syfte att respektera och erkänna rättigheter, studera hur gemenskapsrättens lagstiftningsakter och politik kan *påverka* medlemsstaternas regler på området i fråga. Om medlemsstaterna inte har erkänt några rättigheter inom det aktuella området, så skulle det betyda att unionen inte heller har något att respektera om den tar steg i riktning mot att rättigheter skapas. Detta kunde få en stor återverkan avseende stadgandet om socialbidrag och bostadsbidrag i artikel 34 EU-stadgan. EU-stadgan kan här bidra till ett slags minimiskydd, eller en kärna av en rättighet såsom det uttrycks i folkrätten.

Vi har i del III sett hur ES-kommittén fastställer en miniminivå för den sociala tryggheten som stadgas i artikel 12 sociala stadgan. Genom artikel 34 i EU-stadgan kan denna miniminivå få effekt i gemenskapsrätten på de områden där EU lagstiftar och vidtar åtgärder som rör social trygghet. Artikel 34 p. 1 lyder:

> Unionen erkänner och respekterar rätten till tillgång till social trygghet och sociala förmåner som garanterar skydd i sådana fall som moderskap, sjukdom, olyckor i arbetet, omsorgsbehov eller ålderdom samt vid arbetslöshet i enlighet med närmare bestämmelser i unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis.

Även om trygghetssystemen skiljer sig åt mellan staterna och ekonomiskt svåra situationer medför att skyddet kan ändras, så skall medlemsstaterna inte inrätta ett trygghetssystem som enbart ger ett minsta skydd i form av socialt stöd. EU skall också undvika att föra en politik som leder till en minskning under miniminivån. Artikel 34 p. 1 EU-stadgan kan också aktualiseras inom ramen för den Sociala agendan som implementeras genom både den öppna samordningsmetoden och lagstiftning. Artikeln kan därför ge de indikatorer och riktvärden som agendan kan använda genom tillämpningen av den öppna samordningsmetoden i syfte att förhindra att social trygghet reduceras till socialt stöd. Även om artikel 34 p. 1 inte kan

---

[1309] Jämför Morijn, J, *Balancing the Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution* s. 22.

[1310] Samtliga EU:s medlemsstater har skrivit under den Reviderade sociala stadgan, men endast hälften har ratificerat den. Se också de Schutter, O, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Charte sociale européenne révisée* s. 5.

[1311] Formuleringen av artiklarna 25 och 26 i Stadgan är ett sådant ”avhållande”, då det stadgas att EU repekterar och erkänner äldres respektive handikappades rättigheter.

utgöra en grund för lagstiftning inom EU då unionen inte har kompetens på området, så kan den påverka den öppna samordningsmetoden. Antalet försäkringsgrenar och förmånstagare och nivån på förmånerna kan bli nyttiga indikatorer och riktvärden under den Sociala agendan. De krav och väntetider som artikel 12 p. 2 sociala stadgan medger kan också bli miniminormer för medlemsstaterna. Om artikel 34 p. 1 skulle tolkas som en rättighet eller frihet kan dessutom artikel 52 p. 1 bli tillämplig. I denna medges begränsningar av EU-stadgans fri och rättigheter endast i den utsträckning som de föreskrivs i lag, om de är nödvändiga och svarar mot ett mål av allmänt samhällsintresse eller i syfte att skydda andra människors fri- och rättigheter. Proportionalitetsprincipen skall alltid respekteras vid en begränsning av en rättighet i EU-stadgan. Troligtvis är artikel 34 p. 1 inte en rättighet eller frihet, med tanke på att den stadgar att EU erkänner och respekterar rätten till tillgång till social trygghet och sociala förmåner.

Artikel 34 p. 2 omfattar såväl social trygghet som socialt stöd.[1312] Den är formulerad som en rättighet och ger var och en som flyttar inom unionen rätt till social trygghet och sociala förmåner i enlighet med unionsrätten samt nationell lagstiftning och praxis. Artikeln grundas på artikel 13 p. 4 i Europeiska sociala stadgan, men återspeglar också reglerna i förordningarna 1408/71 och 1612/68.[1313] Dessa förordningar innehåller regler om hur utländska medborgare skall behandlas i en medlemsstat när det handlar om social trygghet. Artikel 13 p. 4 i europeiska sociala stadgan blir viktig vid tolkningen av socialt stöd. Även artikel 12 p. 4 sociala stadgan blir tillämplig då den också behandlar social trygghet och kan därför ge information om tolkningen av artikel 34 p. 2.

Punkten 3 i artikel 34 lyder:

> I syfte att bekämpa social utestängning och fattigdom skall unionen erkänna och respektera rätten till socialt stöd och till stöd till boendet som, i enlighet med närmare bestämmelser i unionsrätten samt i nationell lagstiftning och praxis, är avsedda att trygga en värdig tillvaro för alla dem som saknar tillräckliga medel.

Till skillnad från p. 1 i artikel 34 erkänner p. 3 en rätt till socialt stöd och boendestöd. Genom artikel 34 p. 3 erkänns nu stöd till bostad för första gången i gemenskapsrätten. Artikeln bygger på artiklarna 30 och 31 i Europarådets sociala stadga. I den förra artikeln stadgas konventionsstaternas ansvar att bekämpa fattigdom och socialt utanförskap, genom såväl socialt stöd som boendestöd. I den senare att medlemsstaterna

---

[1312] Förordning 1612/68 omfattar socialt bistånd och det bekräftas också i EU-stadgans Explanatory report som hänvisar till Europeiska sociala stadgans artikel 13 p. 4.

[1313] Tooze, J, *Social Security and Social Assistance* s. 178 f. Förordningarna analyseras i kapitel 5 nedan.

skall verka för tillgång till rimligt kostsamt boende, bekämpa och gradvis utplåna hemlöshet samt reglera boendekostnader så att de som saknar resurser har råd med sitt boende.[1314] Detta återfinns också i Handlingsprogrammet om socialt utanförskap, vilket har sin grund i artikel 137 EG-fördraget.

Bostadspolitik där stöd från det allmänna ingår är ett exempel på spänningen mellan det sociala å ena sidan och det ekonomiska å andra sidan som återfinns inom gemenskapsrätten. Medlemsstaterna har inte överfört någon kompetens rörande bostadspolitik till EU, men boendefrågor har kommit att bli en integrerad del i EU som ett verktyg inom ramen för den socialpolitik som gemenskapsrätten har utvecklat under senare år och som till viss del förverkligas genom den öppna samordningsmetoden. [1315] Inom ramen för denna skall artikel 34 p. 3 alltså respekteras.

Bostadsproduktion utförd under sociala förtecken är inte upptaget i EG-fördraget och så är inte heller fallet med bostadspolitik i allmänhet.[1316] De tillägg som gjordes till EG-fördraget genom Amsterdamfördraget 1997 tillsammans med tillkomsten av EU:s stadga har inneburit att EU idag har en strävan att ha boende för alla till rimliga priser och hemlöshetens utplånande. Detta är en del av kampen mot socialt utanförskap och fattigdom. Produktion av socialt boende är också produktion i dess ekonomiska betydelse och det är en ekonomisk aktivitet. På så sätt faller frågan inom ramen för gemenskapsrätten och dess fyra friheter, vilket i sin tur aktualiserar konkurrensrätten, reglerna om statsstöd samt reglerna som styr det allmännas tillhandahållande av tjänster.[1317]

Genom att artikel 30 uttryckligen nämns i EU-stadgans Explanatory report när artikel 34 p. 3 förklaras, så blir också artikel 13 p. 1 i den sociala stadgan tillämplig. Artiklarna 30 och 13 p. 1 i den sociala stadgan överlappar nämligen varandra. Exakt hur det sociala stödet skall utformas framkommer inte av ordalydelsen i dessa stadganden. Alla skall dock ha rätt till socialt stöd och detta skall garanteras av staten. Samma sak gäller för det medicinska stödet i artikel 13 p. 1, som också aktualiseras genom artikel 34

[1314] Jämför del III, avsnitten 3.2.3.5 (IKESKR) och 3.3.3.10 (Euriopeiska sociala stadgan).

[1315] Därigenom aktualiseras också konkurrensfrågor och stadsstöd. Se Beslut 50/2002/EG av den 7 december 2001 (COM(2000) 368 av den 16 juni 2000).

[1316] Utan att göra tillägg i fördraget kan dessa frågor endast inkluderas i EU:s kompetens genom ett beslut som tar sin grund i artikel 308, vilket innebär att det är något som krävs för den inre marknadens funktion.

[1317] Intressant att notera är att boende inte blev en explicit del i EG-fördraget, men i det tidiga EG-samarbetet utgjorde bostadsbyggandet en viktig del. 200 000 bostäder kunde skapas genom lån från EG, inom ramen för kol- och stålsamarbetet. I Europarådets sociala stadga, artikel 16, stadgas att konventionsstaterna åtar sig att stödja boenden för familjer, och boende som en rättighet för handikappade var också upptaget i stadgan

p. 3 i EU-stadgan. De olika riktvärden som ES-kommittén använder sig av när artikel 13 p. 1 tillämpas kan också i detta fall användas i EU:s verksamhet, till exempel genom den öppna samordningsmetoden. Rätten till socialt stöd skall, enligt den sociala stadgan, innebära en rätt till överklagande. Detta stärker den individuella rättighet som artikel 34 p. 3 innebär.

4.4.7 Avslutande kommentar

Vi har i del III sett att det blivit allt vanligare att fokusera på statens positiva skyldigheter när det är fråga om mänskliga rättigheter i dag. Detta ser vi också genom Stadgans tillkomst, men också genom att den öppna samordningsmetoden och andra mer softlaw-orienterade processer blir allt vanligare. Ett mer kritiskt förhållningssätt till samordningsmetoden ger dock för handen att staterna undviker att ta ansvar. Om mänskliga rättigheter börjar ses som mjuka värden, så har gemenskapsrätten tagit ett stort steg bakåt i utvecklingen och enligt mig öppnat upp för en ännu större legitimitetskris än den demokratiska som EU står inför idag. Ett sätt att hantera detta är att kombinera den öppna samordningsmetoden med EU:s stadga för grundläggande rättigheter, då denna kan ses som ett uttryck för värden som skall genomsyra all slags politik inom EU.[1318] På så sätt ökar den politiska och demokratiska legitimiteten. Men det innebär också att medlemsstaterna och EU skall ikläda sig en mer aktiv roll och därmed acceptera att ta ett visst ansvar genom att agera, till exempel under politiska beslutsprocesser.[1319] Den flexibilitet man önskar uppnå med den öppna samordningsmetoden hotas dock och metodens dynamiska sida kan gå förlorad.

Avslutningsvis kan vi konstatera att genom EU-stadgan får EG-domstolen ytterligare grund för sina val att ta beslut som i praktiken utgör

---

[1318] Några enstaka exempel på hänvisning till EU-stadgan finns redan i skrivande stund. Se Europaparlamentet, angående skydd mot fattigdom och social utslagning, Decision 50/2002/EC of the European Parliament and Council; Göteborg och Barcelona European Council Conclusions of June 2001 and March 2002, samt Joint Council and Commission Report on supporting national strategies for the future of health care and care for elderly of February 2003, 6528/03; COM(2001) 723. För förslag på hur detta kan göras, se De Búrca, G, *The constitutional challenge of new governance in the European Union* s. 834. OMC kan själv bidra till att ge innebörd till rättigheterna i EU-stadgan. Ett andra alternativ kan vara att vikta resultaten av OMC-processen mot rättigheterna i Stadgan.

[1319] Alternativa sätt att hantera rättigheter har ju också rent konkret tagits in i till exempel Sydafrikas grundlag, där de klassiska sanktionerna för brott och kränkningar av mänskliga rättigheter kommit att kompletteras med samordningsmetoder och civila sanktioner, se ovan del II, avsnitt 2.5.3.2.

motvikter till ekonomiska marknadsrättigheter, en faktor som säkert får större betydelse om/när stadgan blir juridiskt bindande.

Det är nu dags att åter vända uppmärksamheten mot EG-fördragets regler om fri rörlighet och unionsmedborgarskapet för att studera hur den ekonomiska integrationen påverkat utvecklingen för de sociala rättigheterna.

5 Fri rörlighet, likabehandling och sociala rättigheter

5.1 Inledning

Det gemenskapsrättsliga samarbetet bygger, som tidigare avsnitt har visat, på marknadsfriheter. Mänskliga rättigheter fick en plats i detta samarbete på ett relativt sent stadium. Samtidigt är unionssamarbetet och gemenskapsrättens effektiva genomslag beroende av att medlemsstaterna har väl fungerade sociala och ekonomiska ”infrastrukturer”. Det gemenskapsrättsliga målet med ekonomisk utveckling är dock kopplat till att medlemsstaterna kan omsätta denna ”vinst” inom sina egna gränser. EG-domstolens har allt oftare kommit att tolka marknadsfriheterna extensivt. Detta i kombination med principen om EG-rättens företräde har lett till att EU fått möjlighet att till viss del inkräkta på områden som fortfarande formellt sett utgör en del av nationell kompetens, till exempel socialpolitiken i artikel 136 och 137. Jag skall i detta kapitel visa att de ekonomiska friheterna medför att individer ges utkrävbara rättigheter av social karaktär. Detta beror på att gemenskapsrätten ställer krav på att medlemsstaterna respekterar de fyra friheterna och anpassar sin lagstiftning till dessa. Individerna får alltså rättigheter också på det sociala området, vilka kan beskrivas som utlöpare från de ekonomiska marknadsfriheterna.

På ett tidigt stadium började kravet på likabehandling inom gemenskapsrätten innebära ett stärkande av individers rättigheter, även de sociala. Principen om lika lön i artikel 141 tillmättes status som grundläggande rättighet av EG-domstolen genom *Defrenne III*-målet.[1320] Det sociala syftet med *Defrenne II*-målet har också berörts ovan.[1321] Genom att artikeln hade förts in i ett kapitel om socialpolitiska frågor i det tidiga Romfördraget, menade domstolen att *principen* om lika lön är grundläggande i gemenskapen. Detta kräver att medlemsstaterna också implementerar den.

[1320] Mål C-149/77 *Defrenne*.

[1321] Se ovan, avsnitt 4.2.2. Mål 43/75, p. 10: Å andra sidan utgör denna bestämmelse en del av gemenskapens sociala mål, vilka inte enbart inskränker sig till en ekonomisk union utan samtidigt strävar efter att säkerställa sociala framsteg genom gemensamma åtgärder och att fortgående förbättra levnads- och arbetsvillkoren för de europeiska folken, vilket framhävs i ingressen till fördraget.

Ordet princip skall, enligt EG-domstolen, tolkas som att det understryker att det är fråga om en artikel av grundläggande natur och inte en otydlig deklaration.[1322] Artikeln vänder sig enligt domstolen till medlemsstaterna, men den är också relevant för individer. Då artikel 141 är obligatorisk till sin natur, skall diskrimineringsförbudet gälla mellan staten och individen, men också mellan individerna i en medlemsstat. Nationell domstol har därför ett ansvar att säkra tillämpningen av artikel, vilket innebär att individer kan åberopa artikeln inför domstol.[1323]

Defrenne-målet är *ett* exempel på hur gemenskapsrätten de facto kommit att stärka tillgången till sociala rättigheter i medlemsstaterna genom likabehandlingsprincipen. Genom gemenskapsrättens företräde och den direkta effekten så skapas en källa till rättigheter i medlemsstaten som inte är resultatet av en nationell politisk inriktning. Det nära bandet mellan Europeiska unionens ekonomiska friheter och rätten till sociala förmåner har visats i flera fall från EG-domstolen.[1324] Redogörelsen för rättsfall i detta kapitel visar på hur EG-fördragets artiklar kommit att få en allt större räckvidd i rättsutvecklingen. Denna utveckling kombineras också med en dynamisk domstolspraxis, vilket studeras närmare i detta och nästa kapitel.

[1322] Detta skall också framgå vid en jämförelse med andra artiklar i fördraget. Dessutom ställer artikeln upp ett krav på medlemsstaterna att uppnå ett visst resultat inom en viss tid. Detta krav blir inte mindre viktigt för att vissa medlemsstater valt att ignorera det och artikelns effektivitet skall inte bero på denna underlåtenhet. Se även Christensen, A, *Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen* s. 13–40.

[1323] Den andra frågan i fallet gäller tidpunkten från vilken artikel 119 skall anses ha direkt effekt. Domstolen konstaterar sammanfattningsvis att artikelns direkta effekt inte är beroende av att medlemsstaterna eller gemenskapen vidtar särskilda åtgärder. På så sätt kan inte den direkta effekten ”skjutas upp”. Men, då kommissionen inte agerat enligt artikel 169, kan inte den direkta effekten anses ha retroaktiv påverkan. Problem skulle i sådant fall kunna uppstå avseende förutsebarhet och ekonomiska frågor. Alltså blir datumen för avgörandet för Defrenne-målet att se som startpunkten, jämför p. 63–74.

[1324] Målen C-76/90 *Manfred Säger mot Dennemeyer and Co. Ltd.*, REG 1991 s. I-4221 (fri rölighet för tjänster), C-55/94 *Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, REG 1995 s. I-4615 (etableringsfriheten) och C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman*, REG 1995 s. I-4921 (fri rörlighet för arbetstagare).

5.2 Fri rörlighet för medborgare inom EG och tillgången till sociala rättigheter

5.2.1 Likabehandling och fri rörlighet för personer

Fri rörlighet för personer gällde från början endast de personer som flyttade inom gemenskapen av ekonomiska skäl, det vill säga arbete eller annan sysselsättning. Genom en extensiv tolkning av till exempel arbetstagarbegreppet i EG-domstolens praxis kom den fria rörligheten att omfatta även icke-ekonomiskt aktiva personer, såsom arbetssökande[1325] och mottagare av tjänster.[1326] I syfte att förverkliga den fria rörligheten krävdes en icke oansenlig mängd sekundärlagstiftning. Några exempel är förordning nr 1251/70 om arbetstagares rätt att stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställda där,[1327] förordning nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen[1328] samt förordning nr 1408/71 om samordning av sociala trygghetssystem.[1329] Dessa kommer att behandlas i förevarande text.

I början av 1990-talet utvidgades den fria rörligheten till att gälla även för studenter, arbetstagare som inte längre är yrkesverksamma och slutligen anhöriga till en person som har uppehållstillstånd i en annan medlemsstat.[1330] Direktiven som möjliggjorde detta var dock villkorade av

---

[1325] Mål C-292/89 *The Queen mot Immigration Appeal Tribunal*, REG 1991 s. I-745, svensk specialutgåva s. I-55.

[1326] Mål 286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone*, där det var fråga om överföringar av pengar i syfte att i annan medlemsstat få vård respektive vara turist.

[1327] Förordning nr 1251/70 av den 29 juni 1970 om arbetstagares rätt att stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställda där, EGT L 142, 30.6.1970 s. 24. Upphävd genom kommissionens förordning nr 635/2006/EG av den 25 april 2006, EUT L 112, 26.4.2006 s. 9.

[1328] Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen, EGT L 257, 19.10.1968 s. 2.

[1329] Rådets förordning nr 1408/71/EEG om samordning av sociala trygghetssystem om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen. Kommer att ersättas av Europaparlamentets och rådets förordning 883/2004 av den 29 april 2004. Se också rådets förordning nr 574/72 av den 21 mars 1972 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71 när anställda, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen (EGT L 74, 27.3.1972 s. 1).

[1330] Europaparlamentets och rådets direktiv nr 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.

att personen i fråga hade sjukförsäkring och tillräckliga ekonomiska resurser, så att personerna inte blev en börda för värdlandets sociala trygghetssystem. Direktiven ersattes av personrörlighetsdirektivet nr 2004/38,[1331] vilket trädde i kraft den 30 april 2006.[1332]

Jag skall i denna text analysera dessa rättsakter i syfte att se hur rätten till socialt stöd yttrar sig i gemenskapsrätten. För att förstå dessa rättsakter är det nödvändigt att förstå hur rättsutvecklingen påverkats genom EG-domstolens praxis. Ett antal domar kommer därför att studeras närmare då dessa gett avtryck i senare rättspraxis och i gemenskapsrättens lagstiftning. Jag börjar dock med att introducera de nu gällande förordningarna dels för att ge en bild av terminologin och en översikt över hur gällande rätt ser ut, dels för att visa i vilken kontext unionsmedborgarskapet uppstod. Därefter tar framställningen sikte på unionsmedborgarskapets innebörd enligt EG-fördraget och vilka skyldigheter det medför för medlemsstaterna. Medlemsstaternas möjlighet att bibehålla och kontrollera de nationella trygghetssystemen beror till stor del på den räckvidd konkurrensreglerna i EG-fördraget ges. Jag avslutar därför detta kapitel med att studera hur gemenskapsrätten hanterat relationen mellan konkurrensrätten och de sociala skyddsnäten.

5.2.2 Om förordningarna nr 1612/68 och nr 1408/71 samt direktiv 2004/38

5.2.2.1 Förordning nr 1408/71

I dagsläget förverkligas den fria rörligheten för personer inom EU genom direktiv 2004/38/EG. Förordning 1612/68 innehåller särskilda regler om likabehandling av arbetstagare och deras familjer när de väl kommit till värdstaten och förordning 1408/71 säkrar samordningen av förmåner mellan medlemsstaterna. Grundläggande för båda förordningarna är likabehandling.[1333] Personkretsen varierar beroende på vilken av dessa rättsakter som är aktuell och terminologin är inte densamma i de olika rättsakterna.

[1331] Europaparlamentets och rådets direktiv nr 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG.

[1332] Implementerat i svensk rätt (främst) genom utlänningslag (2005:716) (härefter UtlL), se prop. 2005/06:77.

[1333] Artikel 7 p. 2 förordning 1612/68 och artikel 3 p. 1 förordning 1408/71.

Förordning 1408/71 kom till i syfte att ge medlemsstaterna möjlighet att uppfylla skyldigheter enligt artikel 42 EG-fördraget (f.d. artikel 51). Den innebär inte någon harmonisering av medlemsstaterna lagstiftning,[1334] målet är *koordinering/samordning* av nationella regler rörande social trygghet. Med *social trygghet* avses de förmåner som omfattas av förordning 1408/71. Social trygghet är och förblir, enligt förordningen, en fråga för medlemsstaterna.[1335]

För att en person skall omfattas av förordningen, krävs att förmånen beviljas mottagaren på grundval av förhållanden som definieras i lag samt att förmånen hänför sig till någon av de sociala risker som uttryckligen anges i art. 4 p. 1 förordning 1408/71.[1336] Det skall inte vara fråga om en individuell eller skönsmässig bedömning av personliga behov, vilket i stället motsvarar socialt stöd (social assistance). Uppräkningen i art. 4 p. 1 är uttömmande, men har tolkats extensivt, och anger att förordningen är tillämplig på lagstiftning inom sakområdena a) förmåner vid sjukdom och moderskap, b) förmåner vid invaliditet, även sådana som är avsedda att bevara eller förbättra förvärvsförmågan, c) förmåner vid ålderdom, d) förmåner till efterlevande, e) förmåner vid olycksfall i arbetet och arbetssjukdomar, f) dödsfallsersättningar, g) förmåner vid arbetslöshet,[1337] h) familjeförmåner.[1338]

I förordningen återfinns principen om exportabilitet i artikel 10. En förmånstagare som bor i en annan medlemsstat än den som utger förmånerna skall inte hindras att förvärva rätten till förmånen eller att behålla rätten. Så kallade kontantförmåner kan därmed ”exporteras”. Vårdförmåner och sociala tjänster kan svårligen exporteras, men kan under vissa förutsättningar erhållas i annat land än den behöriga staten.

1334 Medlemsstaterna har motsatt sig harmonisering.

1335 Se också den nya förordningen 883/2004, som skall ersätta förordning nr 1408/71 under 2010.

1336 Mål C-78/91 *Hughes*, REG 1992 s. I-4839, p. 15; mål 249/83 *Hoeckx*, REG 1985 s. 973, p. 12–14; mål 122/84 *Scrivner*, REG 1985 s. 1027, p. 19–21; mål C-365/89 *Newton* REG 1991 s. I-3097. SOU 2005:34 s. 145 f. Noteras kan att samma sakområden var upptagna i föregångaren till förordning 1408/71, det vill säga förordning 3/58.

1337 Mål C-406/04 *Gérald de Cuyper mot Office national de l'emploi*, REG 2006 s. I-6947. Exportabilitet av arbetslöshetsförmåner är möjligt enligt artiklarna 69 och 71 förordning 1408/71, vilka inte var tillämpliga på de Cuypers fall. Frågan blev då om den nationella lagstiftningens krav på bosättning för att de Cuyper skulle erhålla förmånen var förenligt med den fria rörligheten för unionsmedborgare i artikel 18 EG-fördraget. EG-domstolen kom fram till att bosättningskravet och de kontroller staten utförde för att försäkra sig om att de Cuyper uppfyllde villkoren för förmånen var såväl objektiva och proportionerliga., se a. dom, p. 45–47.

1338 Mål C-25/95 *Otte*, REG 1996 s. I-3745, p. 22.

Likabehandling avseende rätten till *sociala förmåner* regleras i förordning 1612/68 som har artikel 39 som rättslig grund. Begreppet är vidare än social trygghet och inkluderar alla förmåner som har någon social betydelse. Det är fråga om en social förmån enligt förordning 1612/68 om förmånen bidrar till att integrera arbetstagaren och dennes familj i värdmedlemsstaten.[1339] *Social hjälp* undantas från tillämpningsområdet för förordning 1408/71 enligt artikel 4 p. 4,[1340] men täcks av förordning 1612/68. Bistånd som inte grundas på verksamhets- eller avgiftsperioder och som lämnas för att täcka människors grundläggande behov efter en individuell prövning i det enskilda fallet och ej enligt lagfästa och objektiva kriterier. Socialt bistånd enligt kap. 4 SoL omfattas till exempel inte av förordning 1408/71, men av förordning 1612/68. I samordningsförordningarna för social trygghet används begreppet social hjälp som en avgränsning av tillämpningsområdet.[1341] Ekonomiskt bistånd enligt socialtjänstlagen är ett exempel. För att kunna bestämma om en förmån omfattas av förordning 1408/71 så utgår man från förmånens syfte och villkor för beviljande, inte från om förmånen kvalificeras som en social trygghetsförmån i nationell lagstiftning.[1342] Om båda förordningarna är tillämpliga på den aktuella förmånen, så tillämpas förordning 1408/71 i första hand.[1343]

Via praxis vidgade EG-domstolen tillämpningsområdet för förordning 1408/71, vilket ledde till att medlemsstaterna måste exportera allt fler bosättningsbaserade förmåner av ”hjälp”-karaktär. För att begränsa exporträtten infördes artikel 4 p. 2 a). Artikeln omfattar så kallade särskilda icke avgiftsfinansierade förmåner som inte kan exporteras.[1344] De listade förmånerna skall utgå enligt bosättningsstatens lagstiftning. När domstolen bedömer huruvida en förmån är en särskild icke avgiftsfinansierad förmån, utgår den från syftet med förmånen, sättet på vilket den finansieras och

---

[1339] Förmånen skall ha ett ”positivt innehåll”, se mål C-411/98 *Ferlini mot Centre hospitalier de Luxembourg*, REG 2000 s. I-8081. Förordning 1612/68 kan vara tillämplig även om den anställde arbetar utanför EU. I mål 237/83 *Sàrl Prodest mot Caisse Primaire d'assurance Maladie de Paris*, REG 1984 s. 3153 var en belgisk medborgare anställd hos en fransk arbetsgivare. När den anställde placerades i Nigeria var förordning 1612/68 tillämplig.

[1340] Om distinktionen mellan socialt stöd och social trygghet, se till exempel mål C-78/91 *Rose Hughes mot Chief Adjudication Officer*, REG 1993 s. I-2455, p. 15.

[1341] Social hjälp, enligt direktiv 2004/38/EG och socialt bistånd torde betyda samma sak, se SOU 2005:34 s. 146. I SOU 2005:34 konstateras också att bistånd enligt SoL inte omfattas av förordning 1408/71.

[1342] Mål C-78/91 *Hughes*, REG 1992 s. I-4839, p. 14. SOU 2005:34 s. 145.

[1343] Se mål C-85/96 *Martinez Sala* REG 1998 s. I-02691, mål 249/83 *Hoeckx*, REG 1985 s. 973, mål C-160/96 *Molenaar*, REG 1998 s. I-843.

[1344]. Mål C-20/96 *Snares*, REG 1997 s. I-6057, p. 33, 42 och 43; mål C-297/96 *Partridge*, REG 1998 s. I-3467, p. 34; mål C-43/99 *Leclèrc och Deconescu*, REG 2001 s. I-4265, p. 32.

huruvida den finns upptagen i den lista som förordningens annex II a innehåller.[1345]

Vid en jämförelse med svensk rätt kan vi konstatera att de gemenskapsrättsliga begreppen skiljer sig från de nationella. Inom gemenskapsrätten är social hjälp inriktad på den enskildes behov och bestäms genom myndighetens skön. I svensk rätt har vi de senaste åren sett att social hjälp mer anses som en social rättighet än en rent diskretionär förmån.[1346]

Vi vänder nu uppmärksamheten till förordning 1612/68 eftersom det är i denna förordning som migranters möjlighet att få social hjälp i värdstaten regleras.

5.2.2.2 Närmare om rådets förordning (EEG) nr 1612/68

5.2.2.2.1 Om begreppet arbetstagare samt avlönad verksamhet

EG-domstolens avgörande i fallet Levin från år 1982 illustrerar hur ”arbetstagare” respektive ”avlönad verksamhet” definieras gemenskapsrättsligt. [1347] En brittisk medborgare, fru Levin, ansökte om uppehållstillstånd i Nederländerna. Ansökan avslogs med hänvisning till att hon inte uppfyllde kravet på en tillräckligt hög inkomst. De krav som nationell lag ställde upp för en ”gynnad EEG-medborgare” (det nederländska uttrycket för en person som omfattades av artikel 39, dåvarande artikel 48, EG-fördraget) var därmed inte uppfyllda. Levin ansåg att hon och hennes make hade tillgångar och inkomst som mer än väl räckte för att de skulle vara självförsörjande och inte behövde ligga det nederländska samhället till last, även utan anställning i landet.

EG-domstolen besvarade frågorna utifrån artikel 39 och rätten till fri rörlighet för personer. Till att börja med underströks vikten av icke-diskriminering för att säkra den fria rörligheten för arbetstagare avseende anställning, lön och andra arbetsvillkor. I den fria rörligheten inkluderas en rätt att kunna anställas i en annan medlemsstat, att få vistas i en annan medlemsstat för att arbeta där och att få stanna kvar även när anställning

---

[1345] Se också mål C-299/05 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd*, REG 2007 s. 8695 där de svenska reglerna om handikappersättning och vårdbidrag bedömdes ha främst ett medicinskt syfte och därmed utgöra förmåner vid sjukdom, se a. dom, p. 58–63. SOU 2005:34 s. 38 Jämför mål C-299/05 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd*, REG 2007 s. 8695 där EG-domstolen underkände att de svenska reglerna om handikappersättning sattes upp på förteckningen av särskilda icke avgiftsfinansierade förmåner. Förmånen är nu bestämd som en ”förmån vid sjukdom”, se a. dom, p. 61.

[1346] Erhag, T, *Fri rörlighet och finansiering av social trygghet* s. 56 f.

[1347] Mål 53/81 *D.M. Levin mot Staatssecretaris van Justitie*, REG 1982 s. 1035.

upphört. Inskränkningar i denna rätt kan endast ske med hänvisning till allmän ordning, säkerhet och hälsa.[1348] Dessa regler implementeras genom förordning nr 1612/68 och direktiv nr 68/330.

För att kunna avge ett förhandsavgörande var domstolen tvungen att tolka begreppen *arbetstagare* och *avlönad verksamhet*. Redan 1975 fastslog domstolen att definitionen av arbetstagare inte kan göras utifrån nationell lagstiftning då den har en EG-rättslig betydelse.[1349] Om medlemsstaten själv kunde bestämma hur begreppen definieras riskerar dessa att bli mycket otydliga och kunna ändras unilateralt från medlemsstaternas sida, vilket skulle kunna hota förverkligandet av enskildas rättigheter. Grupper av personer skulle då inte kunna ta del av EG-rätten, på grund av enskilda medlemsstaters beslut. Rent konkret skulle detta vara fallet om det är medlemsstaten som själv bestämmer ett villkor som minimiinkomst då den tar emot en medborgare från en annan medlemsstat. EG-rättens rationae personae skulle komma att variera från ett land till ett annat, vilket dessutom rimmar illa med tanken att rättigheter inte skall tolkas restriktivt för den enskilde.[1350]

Vidare framkommer det av förordning nr 1612/68 att alla arbetstagare har rätt att själva välja vilket arbete de vill ha inom gemenskapen, oberoende av om de är säsongsanställda, fulltidsarbetande eller tillhandahåller tjänster. Förordningen ställer inte upp något villkor avseende anställningens form eller den inkomst arbetet genererar. Deltidsanställning kan vara ett viktigt sätt för människor att förbättra sina levnadsvillkor och är som sådant i linje med de mål som artiklarna 2 och 3 ställer upp för gemenskapen i Romfördraget. Men, lönen som är resultatet av en deltidsanställning underskrider ofta det som satts som minimiinkomst. Detta skall dock inte spela någon roll – regler om minimiinkomst *får inte* äventyra fördragets förverkligande och de rättigheter som däri stadgas för alla arbetstagare – även de som inte arbetar heltid.[1351] Men, fortfarande är det så att reglerna om fri rörlighet för arbetstagare kräver att det är fråga om ett faktiskt och verkligt arbete – ej enbart ett marginellt komplement.[1352]

5.2.2.2.2 Likabehandling och anhörig till migrerande arbetstagare

Den fria rörligheten för migranter är också beroende av hur familjemedlemmar inkluderas i rörligheten. Rätten till privat- och

[1348] Mål 53/81 *Levin*, p. 7.

[1349] Mål 75/63 *Hoekstra.*

[1350] A. dom, p. 12 och 13.

[1351] A. dom, p. 15–16.

[1352] Avslutningsvis diskuteras också vilken betydelse motiven bakom en vistelse i annan medlemsstat skall ha för betydelse. EG-domstolen menar att avsikten inte spelar någon roll, så länge som arbetstagaren ägnar sig åt en genuin yrkesverksamhet.

familjeliv[1353] har blivit en viktig del av gemenskapsrätten och ansågs från början oundgängligt för att arbetstagare skulle kunna tillgodogöra sig den fria rörligheten. *Cristini*-fallet illustrerar detta enligt följande. [1354] Den statliga franska motsvarigheten till svenska SJ, la SNCF, delade ut ett rabattkort till familjer med många barn. En italiensk medborgare, Cristini, som var bosatt i Paris fick inte ta del av rabattkorten. Fransk lagstiftning medgav rabatter endast till franska medborgare och till medborgare från de länder som Frankrike ingått avtal med ömsesidig verkan för rabatter. Cristini var änka efter en italiensk man som arbetat i Paris och avlidit där till följd av en arbetsolycka. Cristini hade fyra barn. Enligt fransk sociallagstiftning skulle hela familjen ha haft rätt till rabattkort om de varit franska medborgare. Detta kom att ge upphov till en prövning i EG-domstolen.

EG-domstolen noterar inledningsvis i sin dom att artikel 7 p. 1 i förordning nr 1612/68 innehåller ett *diskrimineringsförbud*, som innebär att en medborgare från en medlemsstat som är att anse som arbetstagare i en annan medlemsstat inte får behandlas annorlunda avseende arbetsförhållanden och villkor på grund av sin nationalitet än medborgarna i den senare staten. Vidare stadgar artikel 7 p. 2 att *den migrerade arbetstagaren skall ha rätt till samma sociala och skattemässiga fördelar som den nationelle arbetstagaren*. Artikel 7 p. 1-3 lyder:

> 1. En arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat får inom en annan medlemsstats territorium inte på grund av sin nationalitet behandlas annorlunda än landets egna arbetstagare i fråga om anställnings- eller arbetsvillkor, speciellt vad avser lön, avskedande och om han eller hon skulle bli arbetslös, återinsättande i arbete eller återanställning.
>
> 2. Arbetstagaren skall åtnjuta samma sociala och skattemässiga förmåner som landets medborgare.
>
> 3. Arbetstagaren skall även, med stöd av samma rättighet och på samma villkor som landets medborgare, ha tillgång till utbildning i yrkesskolor och omskolningscentra.

SNCF, motparten i fallet, menade att dessa fördelar endast är riktade till den individuelle arbetstagaren eftersom de anses bundna till själva anställningsförhållandet. EG-domstolen menade att så kunde vara i vissa fall, men att då det inte kan sägas vara förmåner kopplade direkt till anställningsavtalet skall dessa förmåner inte tolkas restriktivt.[1355]

[1353] Jämför artikel 8 EKMR och mål C-60/00 *Carpenter*, REG 2002 s. I-6279.

[1354] Mål 32/75 *Anita Cristini mot Société nationale des chemins de fer français*, REG 1975 s. 1085.

[1355] Mål 32/75 *Cristini*, p. 12. Detta bekräftas i mål 261/83 *Castelli mot ONPTS*, REG 1984 s. 3199 där det också anges att förordningens diskrimineringsförbud är tillämpligt på anhöriga

Likabehandlingen som artikel 7 i direktivet syftar till att uppnå, innebär vidare att alla sociala och skattemässiga förmåner, oavsett om de är kopplade till anställningskontraktet, skall anses falla inom artikelns tillämpningsområde. Likabehandlingstanken återkommer även i fråga om arbetstagarens familjemedlemmars rätt att få ta del av dessa förmåner. Domstolen konstaterar nämligen att om fadern hade fått rabatten för både sig och sin familj när han levde, så skall nu inte hans familj behandlas annorlunda i förhållande till en infödd familj när han har gått bort.[1356]

Frågan om *bosättningsrätt för makar till migrerande arbetstagare* behandlades i målet *Diatta*.[1357] Diatta, senegalesisk medborgare, gifte sig med en fransk medborgare som arbetade i Tyskland. Själv hade hon arbetat i Berlin sedan 1978 och separerade från sin man i augusti samma år. När hennes uppehållstillstånd gick ut, begärde hon att få det förlängt. I beslut 1980 förklarade myndigheterna att förlängning inte kunde medges då hon inte hade en familj där någon var medborgare i ett EG-land och inte längre sammanbodde med sin make. Överklagandeinstansen bekräftade beslutet, men menade att det trots separationen fanns familjeband mellan makarna. Högsta instans begärde tolkningshjälp av EG-domstolen. Frågan gällde hur artiklarna 10 och 11 i förordning nr 1612/68 bör tolkas.[1358] Diatta menade att förordningens artikel 10 inte uttryckligen ställer något krav på att makarna är sammanboende, utan förordningen som sådan syftar till att allmän ordning respekteras på så sätt att inte olaglig invandring[1359] kommer i fråga samt att förordningen inte kan sägas kräva att gifta personer måste leva tillsammans. Dessutom är det inte upp till migrationsmyndigheten att avgöra huruvida en återförening av makarna är möjlig. Om sammanboende

---

till anställd som är beroende av denne. Jämför mål 194/84 *Office national de l'emploi mot Deak*, REG 1985 s. 1873. I mål C-33/99 *Fahmi mot Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank*, REG 2001 s. I-2415 slog EG-domstolen fast att studiebidrag inte behövde utbetalas till en anställds barn som återvänt till hemstaten.

1356 EG-domstolen hänvisar i denna del (p. 17) till förordning (EEG) nr 1251/70 vars artikel 3 stadgar att förordning skall 1612/68 tillämpas på de personer som förordning nr 1251/70 anses tillämplig för.

1357 Mål 267/83 *Aissatou Diatta mot Land Berlin*, REG 1985 s. 567.

1358 Artikel 10, p. 1 lyder: Följande personer skall, oavsett sin nationalitet, ha rätt att bosätta sig tillsammans med en arbetstagare som är medborgare i en medlemsstat och som är anställd i en annan medlemsstats territorium: a) Arbetstagarens make och deras avkomlingar som är under 21 års ålder eller är beroende av dem för sin försörjning, […].

Artikel 11 lyder: När en medborgare i en medlemsstat har anställning eller driver en rörelse inom en annan medlemsstats territorium skall hans eller hennes make och de barn som är under 21 års ålder eller beroende av honom eller henne ha rätt att ta anställning inom hela denna stats territorium, även om de inte är medborgare i någon medlemsstat.

1359 Jämför mål C-127/08 *Metock*. Artiklarna 10 och 11 förordning 1612/68 upphävdes i och med att fri rörlighetsdirektivet 2004/38/EG trädde i kraft.

är ett krav enligt förordningen, så skulle det innebära att en person lätt kan bli utvisad från ett land genom att maken slänger ut henne från det gemensamma hemmet. Slutligen anförde klaganden att förordningens artikel 11 visar på en större rätt till bosättning än artikel 10 gör och att den därför är grundad på idén att det är möjligt för gifta par att välja att bo isär.

Av EG-domstolens domskäl följer att artikel 10 i förordning nr 1612/68 inte kan tolkas restriktivt då den skall garantera att den fria rörligheten för arbetstagare, såsom den stadgas i artikel 39 EG-fördraget, förverkligas. Domstolen ville inte ställa krav på att makar skall leva tillsammans under samma tak, utan framför att levnadssättet måste vara det normala för just den familjen, vilket framgår av artikel 10 p. 3 i nämnda förordning. Domstolen ansåg att denna tolkning harmonierar väl med artikel 11 i samma förordning, då den understryker makens rätt att få arbeta i den mottagande medlemsstaten – även om arbetet sker på distans från hemmet. Ett äktenskap upplöses därmed endast genom ett beslut fattat av en kompetent myndighet och det äktenskapliga bandet försvinner inte enbart på grund av att makarna väljer att separera, inte ens om separationen sker i syfte att senare ta ut skilsmässa.[1360]

Vi ser här alltså två exempel på att domstolen låtit fördragens ”hårda” rättigheter få betydelse för sociala rättigheter (eller brist därpå) i de nationella systemen.

5.2.2.2.3 Social förmån och arbetstagare

Såväl arbetstagarbegreppet som vad som utgör social förmån bedöms av EG-domstolen i *Lair*-målet.[1361] Lair var en fransk medborgare som bodde i Tyskland och som under ett par års tid arbetat på bank. Under en treårsperiod var hon omväxlande arbetslös, under omskolning eller visstidsanställd. Därefter valde hon att studera litteraturvetenskap, tyska och romanska språk vid universitetet – studier som leder till yrkesbehörighet.

Den tyska lagen om studiebidrag medgav att bidrag betalades ut till vissa kategorier av utlänningar som studerar vid universitetet, särskilt om dessa tidigare förvärvsarbetat och bott i Tyskland under minst fem år innan studierna påbörjades. Det uppställdes inget motsvarande krav på förvärvsarbete för tyska medborgare. Vidare krävdes att sökanden inte hade någon annan ekonomisk möjlighet att finansiera sina studier och levnadsomkostnader. Bidraget medgavs för syftet att den sökande skall uppnå en yrkesbehörighet och betalades ut schablonmässigt utan att någon

---

[1360] Mål 267/83 *Diatta*, p. 17–21. Avslutningsvis förtydligar domstolen att artikel 11 inte ger en självständig rätt till bosättning för den medföljande maken, utan villkoren i artikel 10 måste tas med i bedömningen. Jämför också förenade målen C-297/88 och C-197/89 *Massam Dzodzi mot Belgiska staten*, REG 1990 s. I-3763.

[1361] Mål 39/86 *Sylvie Lair mot Universität Hannover*, REG 1988 s. 3161.

avvägning görs mellan kostnader för uppehälle och för utbildning. Lair ansågs inte uppfylla kraven som ställs på utländska medborgare. Universitetet menade att hon inte hade förvärvsarbetat under en tillräckligt lång period och därför inte bidragit med tillräckligt mycket skatt för att få ta del av detta system.

EG-domstolen utgick från artikel 7 i Romfördraget (nuvarande artikel 12), för att se om dess diskrimineringsförbud var tillämpligt på bidrag till uppehälle och utbildning. Av tidigare praxis följde att ojämlik behandling grundad på nationalitet är att se som diskriminering om den kan anses vara inom fördragets tillämpningsområde och frågor om tillgång till yrkesutbildning hade ansetts falla inom ramen för Romfördraget.[1362] Domstolen konstaterade att bidrag till uppehälle och utbildning i princip inte omfattas av fördraget och därför inte heller av diskrimineringsförbudet.[1363] Dessa bidrag omfattades dels av utbildningspolitiken, dels av socialpolitiska överväganden, vilka inte ingick i fördragsbestämmelserna vid tidpunkten för målets avgörande.

Frågan blev därför om bidraget i Lairs fall kunde jämställas med en social förmån enligt artikel 7 p. 2 förordning 1612/68.

Syftet med förordningen är att uppnå målen som är stadgade i artikel 39, nämligen fri rörlighet för arbetstagare. Denna är en del i den fria rörligheten för personer, som i sig är grundläggande i Romfördraget (jämför artikel 3 (c)). EG-domstolen hade i tidigare praxis (se *Hoeckx*) funnit att en sammantagen bedömning av förordning 1612/68 innebär att *alla de förmåner* som tillerkänns nationella arbetstagare såväl på grund av anställning, som på grund av bosättning inom landet, skall gälla för arbetstagare från andra medlemsstater som vistas i landet om det kan antas att det underlättar den fria rörligheten för arbetstagare. Det behöver således inte finnas någon anknytning till anställningsavtalet. En arbetstagare som är medborgare i en annan medlemsstat och har utövat sin fria rörlighet som arbetstagare i värdlandet, har rätt till samma förmåner som värdlandets egna medborgare för att kunna förbättra sina yrkeskvalifikationer och sociala ställning. Bidraget som Lair ansökt om är en social förmån enligt artikel 7, eftersom det är särskilt ägnat till att förbättra sökandens kvalifikationer, genom att bidra till uppehälle och utbildning, och beror på sociala kriterier som hur

---

[1362] I fallet *Blaizot mot University of Liège* ansåg EG-domstolen att universitetsstudier allmänt sett uppfyller villkoren för yrkesutbildning (mål 24/86). Men domstolen tog aldrig ställning till om EG-rätten ställer ett krav på medlemsstaterna att dessa måste ge samma understöd till andra medlemsstaters medborgare som till de egna. *Gravier*-målet klargjorde att olikbehandling inte var acceptabelt avseende tillgången till yrkesutbildningen.

[1363] A. dom, p. 15.

personens egna resurser ser ut.[1364] Definitionen av sociala förmåner blir därmed mycket vid. Men domstolen understryker också att det skall vara fråga om ett bidrag för genomförande av studier vid ett universitet och att dessa studier skall leda till en yrkesbehörighet.[1365]

Efter att ha tolkat begreppet sociala förmåner blir nästa steg att tolka vad termen *arbetstagare* betyder enligt artikel 7 p. 2 i förordningen. Flera medlemsstater argumenterade för att en person som avbryter sitt arbete eller slutar att söka arbete i värdstaten i syfte att studera, förlorar sin status som migrerande arbetstagare. Varken förordningen eller fördraget ger ett direkt svar på denna problematik, men EG-domstolen konstaterar att EG-rätten inte ger någon grund för att de migrerande arbetstagarnas rättigheter skall vara beroende av ett anställningsförhållande. EG-domstolens praxis hade redan visat att de arbetstagare som har haft en faktisk och egentlig anställning i värdstaten, men som inte längre har anställning, skall ses som arbetstagare under vissa gemenskapsregler. Dessutom ger EG-fördraget medborgare inom gemenskapen rätt att anta anställningserbjudanden och i detta syfte förflytta sig inom medlemsstaternas territorium något som också stadgas i förordning 1612/68. Vidare garanteras migrerande arbetstagare vissa rättigheter som har samband med ställningen som arbetstagare, även om de inte längre har någon anställning.[1366] Utbildningen som stadgas i artikel 7 p. 3 i förordning nr 1612/68 är heller inte beroende av ett fortsatt anställningsförhållande.[1367]

Bidrag till universitetsutbildning kräver dock en kontinuitet mellan den tidigare utförda förvärvsverksamheten och de inledda studierna. Det skall alltså finnas ett samband mellan ställningen som arbetstagare och bidraget till uppehälle och utbildning, det vill säga studiernas syfte och det tidigare arbetet måste ha ett samband. Detta krav kan dock inte ställas om arbetstagaren blivit ofrivilligt arbetslös på grund av arbetsmarknadsläget och därför måste omskola sig.[1368]

1364 A. dom, p. 23. Jämför mål C-357/89 *Raulin mot Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, REG 1992 s. I-1027.

1365 Domstolen gör detta förtydligande med hänvisning till artikel 7 p. 3.

1366 Se kommissionens förordning nr 1251/70 av den 29 juni 1970 om arbetstagares rätt att stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställda där, rådets direktiv nr 68/360 av den 15 oktober 1968 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medlemsstaternas arbetstagare och deras familjer. Se också artikel 7 p. 1 i förordning nr 1612/68 enligt vilken en migrerande arbetstagare som blir arbetslös inte skall behandlas annorlunda än landets egna arbetstagare i samma situation vad avser återinsättande i arbete eller återanställning.

1367 A. dom p. 33–35.

1368 A. dom, p. 37. Detta är också i linje med den utveckling som sker på arbetsmarknaden avseende den fria rörligheten för arbetstagare. Det blir allt vanligare med avbrutna

Slutligen fastslår EG-domstolen att värdstaten inte har rätt att ställa ensidiga krav som ställer upp en viss tid för förvärvsarbete på medborgare i annan medlemsstat, när deras egna medborgare inte behöver leva upp till ett sådant krav. Samtidigt förklarar domstolen att det är endast inom ramen för artikel 39 och förordning nr 1612/68 som en arbetstagare som är medborgare i en annan medlemsstat kan söka bidrag i värdstaten. Men, själva arbetstagarbegreppet skall definieras utifrån dessa artiklar och inte enligt nationell praxis.[1369]

Samma dag som dom avkunnades i Lair-målet, kom också EG-domstolens dom i fallet *Brown*[1370] som förtydligade innebörden av artikel 7 p. 3. Brown var både fransk och brittisk medborgare. Efter att ha tagit studentexamen i Frankrike flyttade han till Skottland, där han under åtta månader arbetade för ett företag. Arbetet betecknades som yrkespraktik inför universitetsstudier. Därefter påbörjade han universitetsstudier i syfte att bli elektroingenjör, något som också hade varit ett krav inför hans anställning. Han ansökte då om att få studiebidrag, vilket avslogs. Studiebidraget utgjordes av ett bidrag till kostnader för uppehälle samt en summa som direkt skall bekosta undervisningsavgifterna. Den förra delen beror på vilka inkomster studentens föräldrar har. Brown medgav att han inte hade rätt till bidraget enligt nationell lagstiftning, men hävdade inför den nationella domstolen att gemenskapsrätten gav honom en rätt till bidrag enligt dåvarande artikel 7 (diskrimineringsförbud) Romfördraget samt artiklarna 7 p. 2 och 3 och artikel 12 förordning 1612/68.

Mot bakgrunden av att universitetsstudier är yrkesutbildning kunde domstolen gå vidare med att tolka artikel 7 p. 3 i förordning 1612/68 och då särskilt begreppet yrkesskolor (vocational schools). Frågan att ta ställning till var därmed om *universitet* som tillhandahåller yrkesutbildning är att anse som yrkesskolor. Domstolen menade att så inte var fallet. Yrkesskolor tillhandahåller endast utbildning som kan ges till arbetstagare när denne har ett arbete eller som är direkt kopplad till anställning, såsom till exempel praktik. Detta gäller inte för universitet. Begreppet yrkesskola är alltså snävare än begreppet yrkesutbildning. [1371]

Därefter läggs ytterligare en fråga till de fall som redan avgjorts av domstolen, nämligen om en medlemsstat är skyldig att utge bidrag till en student från en annan medlemsstat, när landets egna medborgare har rätt till

---

anställningsförhållanden, eftersom perioder med utbildning och omskolning kommit att efterfrågas allt mer, se p. 38.

[1369] A. dom, p. 41 och 42. Jämför mål 66/85 *Lawrie-Blum*, REG 1986 s. 2121 som medförde att en anställd som förlorar sitt arbete och därmed inte omfattas av förordningen trots allt kan falla inom personkretsen som arbetssökande.

[1370] Mål 197/86 *Steven Malcolm Brown mot the Secretary of State for Scotland*, REG 1988 s. 3205.

[1371] A. dom, p. 11–12.

sådant bidrag. Domstolen återkopplar till *Lair*-domen när den fastslår att stöd för uppehälle och utbildning faller i princip utanför EG-fördraget och dess artikel 7, då det handlar om utbildning och socialpolitik. *Däremot* omfattas bidrag till inskrivningsavgifter och avgifter som skall täckas för att studenten skall få tillträde till utbildningen av EG-fördragets tillämpningsområde och diskrimineringsförbudet i dess artikel 7.[1372]

Den sista frågan blev sedan om det kunde anses att Brown tillbringat tillräckligt lång tid i Storbritannien för att få rätt till studiebidrag, det vill säga om han kunde anses ha varit ”bosatt” i landet enligt lydelsen i artikel 7 p. 2. Återigen konstaterar domstolen att begreppet arbetstagare skall bestämmas enligt EG-rätten, inte enligt nationell rätt, och att en person som utför ett faktiskt och verkligt arbete skall anses vara arbetstagare. Arbetet får alltså inte vara ett ”marginellt komplement”. Ett anställningsförhållande kännetecknas av att en person under en viss tid utför arbete åt en annan person under dennes ledning och för detta får en viss ersättning. Det finns inga andra villkor som ställs på begreppet arbetstagare och praxis har också visat att medlemsstaterna inte ensidigt får ställa villkor för att bevilja de sociala förmåner som artikel 7 p. 2 stadgar, vilket innebär att medlemsstaten inte har rätt att själv bestämma och kräva en viss anställningstid av arbetstagaren. Däremot gör domstolen en distinktion mellan fallen *Brown* och *Lair* när det kommer till frågan om kopplingen mellan förvärvsarbete och studier i relation till studiebidrag.[1373] I förevarande mål anser domstolen att en medborgare från annan medlemsstat *inte* har rätt till studiebidrag i värdstaten i egenskap av arbetstagare, om enda skälet till att han beviljats anställning är att han antagits vid universitetet. Anställningsförhållande är då av *underordnad betydelse* i förhållande till studierna som bidraget skall finansiera och därmed är inte grunden – anställningsförhållandet – för förordning 1612/68 uppfyllt.[1374]

5.2.2.3 Om personkretsen i förordning 1612/68 respektive 1408/71

Vi kan konstatera att migrerande arbetstagare enligt förordning 1612/68 har rätt till att behandlas på samma sätt som värdstatens egna medborgare. De har också rätt att få ta med sig sina familjemedlemmar till värdstaten, oavsett var dessa är medborgare. Familjemedlemmarna har rätt att söka arbete i

---

[1372] A. dom, p. 17 och 18.

[1373] A. dom, p. 18.

[1374] Domstolen rundar av sina domskäl med att konstatera att Brown inte heller kan åberopa att hans föräldrar bott i Storbritannien före hans födelse och att han därför som barn till migrerande arbetstagare enligt artikel 12 i förordning 1612/68 skulle ha rättigheter enligt förordningen. Jämför mål C-3/90 *Bernini mot Minister van Onderwijs en Watenschapen*, REG 1992 s. I-1071. Om invaliditetspension, se mål C-43/99 *Leclere mot Caisse Nationale des Prestations familiales*, REG 2001 s. I-4265.

värdstaten och också utnyttja utbildningssystemet på samma villkor som värdstatens medborgare.[1375] Familjebegreppet är därvidlag en viktig faktor.[1376] Om relationen till arbetstagare upphör, till exempel genom skilsmässa så upphör den anhörigas möjlighet att på arbetstagaren grunda sin rätt att vistas i värdstaten. För en tredjelandsmedborgare innebär det att möjligheten att stanna kvar i landet försvinner.[1377]

Personkretsen för förordning 1408/71 avgörs dels av förordningens artikel 2, dels av de lagvalsregler som förordningen innehåller. Huvudregeln är att anställningslandet är behörig stat, där den behöriga institutionen finns. Detta följer av artiklarna 13-17. För den som är anställd för arbete anges i artikel 13 p. 2 a) att lagstiftningen i medlemsstaten där arbetet utförs skall tillämpas oavsett var arbetstagaren är bosatt.[1378] Nationell lagstiftning som innehåller bosättningsvillkor för erhållande av förmåner strider således mot artikel 13 p. 2 a.[1379] Detta gäller även för rätten till kontantförmåner vid sjukdom som stadgas i artikel 22.

Anställda, egenföretagare och studenter som omfattas eller har omfattats av lagstiftningen i en medlemsstat hör till förordningens personkrets under förutsättning att de är medborgare i en medlemsstat eller är statslösa eller flyktingar och är bosatta inom en medlemsstats territorium. Detta följer av artikel 2 förordning 1408/71. Dessa personers familjemedlemmar och anhöriga omfattas också.[1380] Artikel 2 ges vidare ett mer preciserat innehåll genom de definitioner som artikel 1 innehåller. En person räknas som anställd när han eller hon är försäkrad i ett nationellt

---

1375 Inklusive möjligheten att ta studielån och få studiebidrag.

1376 Se till exempel mål C-59/85 *Nederländerna mot Reed*, REG 1986 s. 1283, svensk specialutgåva, volym 8.

1377 Samtidigt har anhörigas rätt att stanna kvar stärkts om vissa förutsättningar är för handen. I artikel 12 p. 2 anges att om unionsmedborgaren avlider efter att familjen varit bosatt minst ett år i värdstaten, så får tredjelandsmedborgaren behålla sin uppehållsrätt. Se också p. 3 för det fall barn studerar i värdstaten.

1378 I mål 302/84 *Ten Holder mot Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging*, REG 1986 s. 1821 konstaterade EG-domstolen att en arbetstagare som upphört att arbeta och flyttar till en annan medlemsstat skall vara underkastad lagstiftningen i den medlemstat som han eller hon arbetade i senast. Det spelar ingen roll hur länge sedan arbetet upphört. Det är endast personer som definitivt upphört att arbeta som inte faller inom ramen för tillämpningsområdet för artikel 13 p. 2 a). För denna grupp blir i stället artikel 13 p. 2 f) tillämplig.

1379 Jämför för svenskt vidkommande mål C-275/96 *Kuusijärvi mot Riksskatteverket*, REG 1998 s. I-3419.

1380 Se också artikel 2 p. 2. Familjemedlemmar har rätt till förmåner på individuell basis förutsatt att förmånerna inte är anställningsrelaterade, se mål C-286/03 *Silvia Hosse mot Land Salzburg*, REG 2006 s. I-1771.

socialförsäkringssystem.[1381] Som tidigare noterats kommer förordning 1408/71 att ersättas av förordningen 883/2004 år 2010, vilket får till följd att personkretsen ändras till att omfatta alla försäkrade personer.[1382]

Denna bild kompletteras och utvecklas genom unionsmedborgarskapet och direktiv 2004/38, vilka behandlas i följande avsnitt.

5.3 Unionsmedborgarskapet

5.3.1 Inledning

I EG-fördragets artiklar 17 till 22 stadgas unionsmedborgarskapet,[1383] vilket innebär att varje person som är medborgare i en medlemsstat också innehar ett unionsmedborgarskap.[1384] Dessa artiklar har också inneburit en allt snabbare utveckling på området för sociala rättigheter inom gemenskapsrätten, då de medfört att även ekonomiskt inaktiva unionsmedborgare får ta del av andra medlemsstaters sociala rättigheter.

Syftet med unionsmedborgarskapet är inte att vidga den materiella gemenskapsrätten så att den omfattar interna nationella förhållanden utan anknytning till gemenskapsrätten.[1385] Av artikel 17 p. 2 följer att

---

[1381] Försäkringen väger därmed tyngre än själva anställningen, se mål C-75/63 *Hoekstra*, REG 1964 s. 117 och mål C-543/03 *Christine Dodl och Petra Oberhollenzer mot Tiroler Gebietskrankenkasse*, REG 2005 s. I-5049. Även personer som aldrig arbetat, men som förmåner för arbetsoförmåga räknas som ”anställda” enligt domen i mål C-154/05 *J.J. Kersbergen-Lap och D. Dams-Schipper mot Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, REG 2006 s. I-6249.

[1382] Artikel 1 och 2 förordning 883/2004. Se också KOM(2000) 622 slutlig; KOM (2004) 304 slutlig; KOM(2005 706; angående arbetet med den nya samordningsförordningen. Notera också att regler om förtidspension och faderskapsförmåner införs.

[1383] Infört genom Maastrichtfördraget, jämför ovan avsnitt 4.3.2.1. Tanken att införa ett unionsmedborgarskap har funnits sedan 1970-talet, se Lokrantz-Bernitz, H, *Medborgarskapet i Sverige och Europa. Räckvidd och rättigheter*, s. 94

[1384] Artikel 17 EG-fördraget. I början ansågs dessa artiklar endast ha ett symboliskt värde, men mot slutet av 1990-talet kom de att bli ett slags katalysator för sociala rättigheter inom Unionen, främst för icke ekonomiska migranter. Se Lenaerts, K, och Heremans, T, *Contours of a European Social Union in the Case-Law* s. 103; Dougan, M, och Spaventa, E, *'Wish You Weren't Here…' New Models of Social Solidarity in the European Union* s. 181–218; Moussis, N, *La construction européenne et le citoyen: Déficit démocratique ou déficit d'information?* s. 154 f.

[1385] Förenade målen C-64/96 och C-65/96 *Uecker och Jaquet*, REG 1997 s. I-3171, p. 23; mål C-148/02 *Garcia Avello*, REG 2003 s. I-11613, p. 26; mål C-192/05, *K. Tas-Hagen och R.A. Tas mot Raadskamer WUBO van de Pensioen – en Uitkeringsraad*, REG 2006 s. I-10451, p. 23; mål C-499/06 *Halina Nerkowska mot Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, REG 2008 s. I-3993, p. 25. Hur en nationell, intern situation skall tolkas var uppe till

unionsmedborgare skall ha de rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i EG-fördraget. Som redan framgått i detta arbete är politikområden som formellt sett inte ligger under EU:s kompetens ändå berörda av gemenskapsrätten. På samma sätt blir också unionsmedborgarskapet relevant när nationella frågor skall hanteras på det nationella planet, men i fall som aktualiserar gemenskapsrätten.[1386] Domstolen har därför uttalat att en medlemsstats behörighet i en viss fråga skall utövas med iakttagande av gemenskapsrätten och då särskilt unionsmedborgarens rätt att röra sig fritt och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.[1387]

Unionsmedborgarskapet och rätten att uppehålla sig i unionens medlemsstater föreskrivs enligt följande i artikel 18:

> Varje unionsmedborgare skall ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförande av fördraget.

I artikel 18 stadgas en allmän rätt till fri rörlighet för både ekonomiskt aktiva och icke aktiva unionsmedborgare, som dock kan begränsas genom de regler som gäller enligt EG-fördraget och sekundärrätten.[1388] Vi kan alltså konstatera att ett av syftena med unionsmedborgarskapet är att skydda individens intressen och rättigheter i relation till såväl EU som medlemsstaterna.

Staterna bestämmer själva helt och fullt vilka kriterierna för ett medborgarskap skall vara.[1389] Detta betyder att de till syvende och sist bestämmer vem som i egenskap av unionsmedborgare har rätt att komma i åtnjutande av gemenskapsrättens rättigheter. Vissa länder förbjuder

---

bedömning i mål C-224/98 *D'Hoop*, REG 2002 s. I-6191, mål C-403/03 *Schempp*, REG 2005 s. I-6421 samt mål C-2002/02 *Zu och Chen*, REG 2004 s. I-9925.

1386 I mål C-224/98 *D'Hoop* fick unionsmedborgarskapet betydelse för en student som använt sig av sin rätt till fri rörlighet när hon kom tillbaka till hemlandet. Hon kunde då åberopa artikel 17 och 18 för att få söka ett arbetslöshetsbidrag för vilket kravet var en examen från hemlandet.

1387 Mål C-192/05, *K. Tas-Hagen och R. A. Tas mot Raadskamer WUBO van de Pensioen – en Uitkeringsraad*, REG 2006 s. I-10451, p. 22; mål C-499/06 *Halina Nerkowska mot Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie*, REG 2008 s. I-3993, p. 24.

1388 Allmän ordning, säkerhet och hälsa, se också artikel 18 p. 3, där det framgår att beslutsprocessen i p. 2 inte skall tillämpas på pass, identitetskort etc. och inte heller på regler om social trygghet eller socialt skydd. Vad gäller sekundärrätten, så kan det konstateras att kraven om sjukförsäkring och tillräckliga ekonomiska resurser fortfarande gäller.

1389 Se också förklaring nr 2 angående medborgarskap i en medlemsstat, bifogad till slutakten till Fördraget om Europeiska unionen, återgiven i Lokrantz-Bernitz, H, *Unionsmedborgarskapet och den fria rörligheten* s. 14.

möjligheten till dubbelt medborgarskap, vilket EG-domstolen i förhållande till unionsmedborgarskapet hanterat i *Micheletti*-målet[1390] genom att förklara att ett dubbelt medborgarskap där det ena medborgarskapet härrör från en medlemsstat inte förhindrar att innehavaren till medborgarskapet är att se som unionsmedborgare. I detta fall underströk också domstolen att en medlemsstats val att ge en person medborgarskap inte kan begränsas genom lagstiftning i värdstaten på ett sådant sätt att de fyra friheterna hotas.[1391]

Unionsmedborgarskapet innebär också att samarbetet inom unionen tagit ett nytt steg, där demokratiska rättigheter som rätten att rösta och ställa upp i val (artikel 19) samt rätten att få skydd av andra medlemsstaters diplomatiska och konsulära myndigheter (artikel 20) säkerställs. På så sätt handlar det inte längre enbart om frågor rörande ekonomiskt samarbete. Ett andra syfte med unionsmedborgarskapet är således att skapa ett engagemang för EU bland dess medborgare, stärka legitimiteten för EU och ge medborgarna möjligheter att aktivt delta i utformningen av EU. Detta skall också i ett längre perspektiv ge en starkare demokratisk legitimitet för EU.[1392] Avslutningsvis kan det noteras att unionsmedborgarskapet inte givits någon särskild gemenskapsrättslig innebörd. Föregående avsnitt visade hur termer på det sociala området givits specifik gemenskapsrättslig innebörd, vilket beror på den olikhet i terminologi och begreppsdefinitioner som råder mellan de olika medlemsstaterna. Att söka definiera unionsmedborgarskapet utifrån gemenskapsrättslig synvinkel är dock inte nödvändigt med beaktande av hur EG-domstolen använt begreppet. Det skulle nog vara oklokt att göra det och därmed väcka slumrande frågor om nationell identitet och suveränitet.

[1390] Mål C-369/90 *Mario Vincente Micheletti et al mot Delegación del Gobierno en Cantabria*, REG 1992 s. I-4239, p. 12–15. I domen förklarar också domstolen att medlemsstaterna måste respektera EG-rätten när de fattar beslut om medborgarskap, vilket är intressant när det handlar om en rent intern nationellrättslig fråga.

[1391] Detta har kommit att bekräftas i målen *Garcia Avello* samt *Zhu och Chen*, mål C-148/02 *Carlos Garcia Avello mot Belgien*, REG 2003 s. I-11613, mål C-200/02 *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, REG 2004 s. I-9925 Själva unionsmedborgarskapet har en symbolisk betydelse genom att det understryker en allt mer sammansvetsad Union och kan vara ett steg på vägen till en federation. Unionen kan därmed sägas bli allt mer statsliknande och medborgarskapet skapar rättigheter som återspeglar den politiska, ekonomiska och sociala utvecklingen i Europeiska unionen, se Lokrantz-Bernitz, H, *Citizenship Law – No Longer Exclusive National Competence* s. 198. *Avello*-målet innebar att en fråga om namngivning av barn med dubbelt medborgarskap (varav ett från medlemsstat) inte kunde ses som rent nationell. Artikel 17 i kombination med artikel 12 hindrade Belgien från att neka en ansökan som följde spansk tradition.

[1392] Överstatligheten är inte av godo för legitimiteten. Den politiska och sociala dimensionen är oundgängliga element för medborgarnas förtroende för EU.

5.3.2 Likabehandling som utgångspunkt

5.3.2.1 Inledning

Vi har redan kunnat konstatera att den *ekonomiskt aktive* medborgaren som flyttar inom EU på ett tidigt stadium fick ta del av alla slags traditionellt nationella sociala rättigheter i värdstaten. Tanken är att den ekonomiskt aktive, tack vare den fria rörligheten, snabbt skall integreras i värdstatens socioekonomiska nätverk. Likabehandlingsprincipen ger därmed en rätt att kräva att få de rättigheter som innebär att rätten till fri rörlighet blir verklig.[1393] Anställda och egenföretagare samt deras familjemedlemmar är alla ekonomiskt aktiva personer som kan nyttja rätten till fri rörlighet för personer (artikel 39 EG-fördraget). Även tjänsteutövare och tjänstemottagare (artikel 50 EG-fördraget)[1394] samt de som nyttjar etableringsfriheten är ekonomiskt aktiva. Eftersom fokus under lång tid varit inriktat på just denna kategori av ekonomiskt aktiva personer så har EG-domstolen valt att tolka denna grupp så vidsträckt som möjligt. Bland andra har arbetssökande fått ta del av sociala rättigheter som har sin grund i artikel 39.[1395] Direkt eller indirekt diskriminering godtas inte enligt domstolens tolkning av fördraget och friheterna i fördraget skall heller inte begränsas på ett icke motiverbart sätt. Från början var således förbud mot diskriminering avseende åtnjutande av sociala rättigheter inom EG-rätten reserverade för de ekonomiskt aktiva personer som var medborgare i ett EG-land.

För de *icke ekonomiskt aktiva* ser utvecklingen annorlunda ut. Denna grupp utgörs av personer som inte utövar någon ekonomisk aktivitet, till exempel studenter, pensionärer och de som försörjer sig på sparade medel. Gruppen fick en ny ställning i och med bosättningsdirektiven på 1990-talet,[1396] vilka sedan ersatts av fri rörlighetsdirektivet. Men, det var först i och med artiklarna om unionsmedborgarskapet som även dessa kunde kräva sin rätt till likabehandling, om än under vissa villkor,[1397] och därmed vissa därav följande sociala rättigheter. Principen om lika behandling mellan de ekonomiskt aktiva personer och det egna landets medborgare var en fundamental utgångspunkt, som gäller än i dag. EU-medborgarskapet lade inte i detta avseende till någon ny dimension till denna grupp. I stället kom

---

[1393] Detta kallas för rättvist byte, det vill säga skatt betalas i förhållande till det utbyte en person har av det offentliga systemet, se Erhag, T, *Fri rörlighet och finansieringen av social trygghet* s. 85.

[1394] Till exempel turister, se mål 186/87 *Cowan*, REG 1989 s. 195.

[1395] Mål C-292/89 *Antonissen*, REG 1991 s. I-745.

[1396] Direktiven 93/96 EEG (studenter), 90/365 EEG (pensionärer), 90/364 EEG (övriga).

[1397] Jämför artikel 18 p. 2 EG-fördraget samtstrax nedan, avsnitt 5.3.2.2.1.

unionsmedborgarskapet och tillhörande rättspraxis som förändrade situationen för dem som inte är ekonomiskt aktiva.

På så sätt kommer vi i texten som följer att se hur unionsmedborgarskapet gett upphov till ett krav på *en solidaritet över nationsgränserna*, en transnationell sådan.[1398] Målet är detsamma som för ekonomiskt aktiva, det vill säga att göra den grundläggande rätten till fri rörlighet och bosättning effektiv. I detta finns dock en inbyggd spänning. Den transnationella solidariteten uppkommer i och med att en medlemsstat blir tvungen att bidra till den sociala välfärden för de personer som inte bidragit till den nationella välfärdsstrukturen genom skatter (skyldigheter) i den betalande staten.[1399] Det är värdstaten som bekostar förmånerna i det egna, nationella systemet och en ekonomiskt inaktiv person bidrar inte till detta genom att till exempel betala skatt. Detta öppnar i sin tur upp för frågor om och oro för social turism.[1400] Staten måste kunna kontrollera den sociala strukturen i landet i syfte att garantera välfärdsstatens grundtanke om distributiv rättvisa och uppnå målen med den nationella socialpolitiken. EG-rättens fundamentala tanke om fri rörlighet utmanar den nationella välfärdstanken, idén om kontroll över den egna socialrätten samt den solidaritet som ligger till grund för välfärdssamhället. Förverkligandet av de gemenskapsrättsliga målen har lett till konsekvenser som inte gick att förutse ett antal år tillbaka, vilket kan illustreras med unionsmedborgarskapet och diskrimineringsförbudet.

5.3.2.2 Unionsmedborgarskap och likabehandling

5.3.2.2.1 Inledningen till en ny era

Den allmänna rätten till fri rörlighet som stadgas i artikel 18 EG-fördraget gäller för alla unionsmedborgare, såväl ekonomiskt aktiva som ekonomiskt icke aktiva. Fortfarande gäller den fria rörligheten för ekonomiskt aktiva personer som framgår av artiklarna 39 till 55, men för dem som inte kan åberopa dessa är artikel 18 EG-fördraget av betydelse.[1401]

Av artikel 12 följer att all diskriminering på grund av nationalitet skall vara förbjuden. Artikeln är tillämplig då inte någon av fördragets andra

---

[1398] Lenaerts, K, och Heremans, T, *Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice* s. 103.

[1399] Jämför så kallad social turism samt ingressen till de olika direktiven nämnda ovan: ”unreasonably burdening the social assistance system”.

[1400] Bosättningsdirektiven innehöll därför i preamblarna ”intent to avoid unreasonably burdening the social assistance system.”

[1401] Artikel 18 EG-fördraget kan därför anses som lex generalis, medan artiklarna 39 till 55 EG-fördraget är lex specialis, se Lokrantz-Bernitz, H, *Unionsmedborgarskapet och den fria rörligheten* s. 18 f.

artiklar som garanterar likabehandling är tillämplig (till exempel artiklarna 39 till 55.) Rättsutvecklingen har lett till att likabehandlingsprincipen i dag är en grundläggande princip inom EG-rätten.[1402] I och med målet *Gravier*[1403] gavs artikel 12 EG-fördraget en självständig betydelse.[1404] Målet behandlade frågan om hur *yrkesutbildning* skall tolkas i förhållande till migrerande arbetstagare. Gravier var fransk medborgare och studerade vid ett belgiskt universitet. Hon hade ombetts att betala en studieavgift till universitetet, något hon motsatt sig eftersom belgiska studenter inte behövde betala avgiften. Detta ledde så småningom till att hon förlorade sin plats på universitetet och därmed också sitt uppehållstillstånd i Belgien. Vid domstol ansökte hon därför om att få slippa betala avgiften och om att få tillstånd att stanna kvar i landet. Hon menade att hon blivit diskriminerad i strid med dåvarande artikel 7 Romfördraget (idag upphävd, men som täcks in av nuvarande artikel 12 EG-fördraget) och att en medborgare från ett annat medlemsland måste ha rätt att åka till Belgien i syfte att studera i enlighet med artikel 49 i Romfördraget.[1405] I Graviers fall kunde det konstateras att belgisk lagstiftning medgav en annorlunda behandling av studenter från andra medlemsstater, då dessa fick betala för utbildningen, vilket nationella studenter inte behövde. Det är just denna olikbehandling som faller inom fördragets tillämpningsområde, närmare bestämt artikel 12. Domstolen menade att det inte var fråga om att EG-rätten inkräktar på medlemsstaternas rätt att organisera eller finansiera utbildningen. Det är själva det ekonomiska hindret som avgiften innebär som är problemet. De utländska studenterna hindras i sin rätt till tillgång till utbildning.

Denna dom tar också upp hur *"vocational training" (*yrkesutbildning*)* skall definieras. Uttrycket återfinns i förordning nr 1612/68, artikel 12, där det står att barn till arbetstagare som finns i den medlemsstat där arbetstagaren arbetar har rätt till yrkesutbildning på samma villkor som landets egna medborgare. Flera andra dokument har gradvis förverkligat en gemensam politik rörande yrkesutbildning.[1406] I denna politik ingår aspekter av fri

---

[1402] Se till exempel mål 186/87 *Cowan*, REG 1989 s. 195.

[1403] Mål 293/83 *Gravier*, REG 1985 s. 593; svensk specialutgåva s. 71.

[1404] Mål 263/86 *Belgien mot Humbel*, REG 1988 s. 5365. *Humbel* innebar till exempel att staten endast fullgör sina skyldigheter gentemot medborgarna när den via skattemedel bekostar utbildning, vilket betyder att gemenskapsrättens regler om fri rörlighet inte är tillämpliga.

[1405] I mål 152/82 *Forcheri*, REG 1983 s. 2323; svensk specialutgåva s. 211, fastställdes att en *inskrivningsavgift* som en medborgare från en annan medlemsstat måste betala för en utbildning i värdlandet i syfte att få tillträde till en yrkesutbildning, omfattas av fördragets tillämpningsområde då landets egna medborgare inte behöver betala.

[1406] Rådets beslut nr 63/226/EEG av den 2 april 1963 (OJ 1963-1964 s. 25) och rådets General guidelines for drawing up a community programme on vocational training (1971), rådets och utbildningsministrarnas resolution av den 13 december 1976 om de åtgärder som

rörlighet för personer, arbetstagares rörlighet och en förbättring av arbetstagares levnadsförhållanden. Möjlighet till yrkesutbildning är betydelsefull för gemenskapsrätten då det är ett sätt för arbetstagaren att höja sin kompetens, så att han eller hon kan söka arbete i vilken medlemsstat som helst. *Villkoren* för tillgång till yrkesutbildning faller därför inom EG-fördragets tillämpningsområde. Då avgiften i detta fall är ett villkor för tillgången till en plats på en yrkesutbildning för studenter från andra medlemsstater, är detta därför att se som diskriminering enligt artikel 7 i förordning 1612/68. Dessutom följer det av rättsakterna antagna på området att yrkesutbildning avser *all slags utbildning* som leder till *behörighet* för en viss anställning, visst yrke eller sysselsättning eller som ger *nödvändig träning eller erfarenhet* för ett visst yrke, anställning eller sysselsättning. Det spelar ingen roll vilken ålder studenterna har eller vilken nivå studierna utförs på, och inte heller om det skulle ingå viss allmänbildande undervisning i programmet.[1407] Men, detta innebär att såväl migrerande som nationella studenter skall betala lika mycket för samma utbildning; i annat fall är det fråga om diskriminering enligt artikel 12 EG-fördraget.

Artikel 12 EG-fördraget blir, tagen tillsammans med artikel 18, grundläggande för den transnationella solidariteten som omnämndes i föregående avsnitt. De personer som endast kan åberopa den fria rörligheten enligt artikel 18 EG-fördraget har också rätt att förlita sig på likabehandlingsprincipen i artikel 12. Om en unionsmedborgare utövat sin grundläggande rättighet till fri rörlighet och bosättning, så faller situationen således inom ramen för artikel 12.[1408] Det första målet som slog fast detta var *Martinez Sala*-målet,[1409] vilket följdes av *Grzelczyk*. Det är värt att stanna upp vid dessa två mål, då de också är grundläggande för konstruktionen av fri rörlighetsdirektivet som behandlas i nästa delkapitel.

Sala-målet handlar om den spanska medborgaren Martínez Sala som bosatte sig i Tyskland 1968. Hon arbetade i Tyskland med vissa avbrott fram till 1989 då hon fick socialbidrag enligt tysk socialhjälpslag. Fram till 1984 hade Martínez Sala uppehållstillstånd i landet. Därefter kom hon att vara utan ett sådant tillstånd under flera perioder, men kunde uppvisa intyg

---

skall vidtas för att bättre förbereda unga människor för arbetslivet och för att underlätta deras övergång från utbildning till arbetsliv (Journal officiel C 308 s. 1), rådets resolution av den 11 juli 1983 om yrkesutbildningspolitik inom Europeiska gemenskapen under 1980-talet (Journal officiel C 193 s. 2).

1407 Mål 293/83 *Gravier*, p. 30.

1408 Mål C-209/03 *Bidar*; mål C-148/02 *Carlos Garcia Avello mot Belgien*, REG 2003 s. I-11613; mål C-184/99 *Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociales d'Ottighies-Louvain-la-Neuve*, REG 2001 s. I-6193. Jämför mål C-274/96 *Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz*, REG 1998 s. I-7637.

1409 Mål C-85/96 *María Martínez Sala mot Freistaat Bayern*, REG 1998 s. I-02691.

på att hon ansökt om förlängning av tillståndet. Under en av dessa perioder när hon inte innehade uppehållstillstånd, i januari 1993, ansökte hon om vårdnadsbidrag för sitt nyfödda barn. Hon blev nekad detta, eftersom hon varken var tysk medborgare eller hade uppehållstillstånd alternativt intyg om uppehållsrätt. Det bör nämnas att det tyska vårdnadsbidraget utbetalades automatiskt till de personer som uppfyllde vissa objektiva kriterier, utan någon skönsmässig bedömning i enskilda fall.[1410]

Vårdnadsbidraget i fråga beviljades bland annat arbetstagare som förvärvsarbetar på deltid, och därför var det en social förmån enligt EG-domstolen.[1411] Eftersom förmånen hade *allmän betydelse* för arbetskraftens fria rörlighet, kunde den tillämpas på sociala förmåner som samtidigt föll inom ramen för förordning nr 1408/71. Detta följer av artikel 7 p. 2 i förordning 1612/68. Därmed föll bidraget inom ramen för gemenskapsrätten.

Frågan blev därmed om det är förenligt med gemenskapsrätten att nationell rätt ställer ett krav på uppehållstillstånd för att vårdnadsbidrag skall utbetalas. Den tyska lagstiftningen gjorde skillnad på ”utlänningar” och tyska medborgare. De förra måste ha ett intyg om att de har uppehållstillstånd för att erhålla vårdnadsbidraget, vilket inte krävs av de tyska medborgarna. EG-domstolen ansåg att detta inte var förenligt med gemenskapsrätten. Ett uppehållstillstånd har endast en deklaratorisk karaktär och tjänar som bevis. Det kan inte ges en konstitutiv karaktär för att bevilja förmåner.[1412] Att utkräva en sådan handling av andra staters medborgare, när de egna medborgarna inte behöver visa upp någon konstitutiv handling är diskriminerande enligt artikel 12 i EG-fördraget. Sala var medborgare i en medlemsstat och lagligen bosatt i värdmedlemsstaten, även om myndigheterna vägrat att utfärda ett uppehållstillstånd.[1413] Därmed ingick hon i den personkrets som EG-fördragets regler om unionsmedborgarskap är tillämpliga på.[1414] Fördragets rättigheter och skyldigheter knyts till unionsmedborgarskapet genom artikel 17 p. 2 EG-fördraget. Stadgandet om ett diskrimineringsförbud i artikel 12 är också knutet till unionsmedborgarskapet under förutsättning att fördragets

---

1410 EG-domstolen hade redan fastslagit i de förenade målen C-245/94 och C-312/94 *Hoever och Zachow mot Land Nordrhein-Westfalen*, REG 1996 s. I-4895 att ett sådant bidrag skall likställas med en familjeförmån i EG-rättslig mening, artikel 4 p. 1 h i förordning nr 1408/71. Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 24.

1411 Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 26.

1412 Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 53. Jämför de regler som idag finns om uppehållsrätt i direktiv 2004/38/EG/, se strax nedan.

1413 Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 60

1414 Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 61.

tillämpningsområde aktualiserats i materiellt hänseende.[1415] Eftersom bidraget föll inom fördragets materiella tillämpningsområde, även om Sala inte hörde till personkretsen i förordningarna 1408/71 och 1612/68, blev artikel 12 tillämplig.[1416] Skyddet mot diskriminering på grund av nationalitet blev därigenom gällande även för de unionsmedborgare som inte utövar en ekonomisk aktivitet, men som lagligen bor i en annan medlemsstat.

I fallet *Grzelczyk*[1417] kunde det konstateras att en unionsmedborgare som lagligen vistas i värdstaten har rätt att inte bli diskriminerad i förhållande till värdstatens egna medborgare när det kommer till förmåner som omfattas av förordningarna 1612/68 respektive 1408/71. Den franske medborgaren Grzelczyk ansåg att det stred mot EG-fördragets artiklar 12, 17 och 18 samt direktiv nr 93/96 artikel 1,[1418] att stoppa utbetalningarna av det existensminimumbidrag (härefter bidraget) han tidigare fått. Grzelczyk började studera vid universitetet i Belgien och bosatte sig därför i landet. De första tre åren finansierade han sina studier och uppehälle med lån och tillfälliga arbeten. Inför det fjärde studieåret ansökte han om att få bidraget, vilket också beviljades av den belgiska myndigheten för perioden oktober 1998 till juni 1999. Samma myndighet valde dock att ta tillbaka det gynnande beslutet sedan den vägrats ersättning från staten. Frågan som EG-domstolen tog ställning till var huruvida artiklarna 12, 17 och 18 förhindrar en villkorad rätt till en social förmån som bidraget när det är fråga om medborgare som lever i annan medlemsstat än sitt eget ursprungsland, när det inte finns några sådana villkor för värdlandets egna medborgare.

De flesta intervenerande medlemsstater menade att Grzelczyks fall skulle bedömas enligt nationell rätt, då EG inte har någon kompetens på det sociala området och då de inte anser att det är en fråga om diskriminering. Portugal avvek dock från de övriga och framförde att medlemsstaternas medborgare inte längre kunde ses som rena ekonomiska faktorer i en

---

1415 Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 62.

1416 Mål C-85/96 *María Martínez Sala*, p. 63. Man kan dock fråga sig varför inte bosättningsdirektiven togs upp i detta mål. Kan det vara så att EG-domstolen ansåg att Martínez Sala vistats så länge i Tyskland att direktiven inte var tillämpliga? Jämför generaladvokat Geelhoeds yttrande i målet Ninni-Orasche (mål C-413/01 *Franca Ninni-Orasche mot Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst*, REG 2003 s. I- I-13187), i vilket han talar om en miniminivå av finansiell solidaritet, vilket yttrar sig i det att den nationella solidaritet som mottagarlandets välfärdsystem bygger på också kommer den migrerade personen till godo. Med andra ord: En unionsmedborgare som efter många år är helt integrerad i mottagarlandets samhälle skall bli behandlad på samma sätt som landets egna medborgare. Samma sak kan anses gälla för mål C-224/98 *D'Hoop*.

1417 Mål C-184/99 *Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociale d'Ottighies-Louvain-la-Neuve*, REG 2001 s. I-6193.

1418 Rådets direktiv 93/96/EEG av den 29 oktober 1993 om rätt till bosättning för studenter (OJL 1993 L317 s. 59).

ekonomisk gemenskap. Landet ansåg att frågan om begränsningar i den fria rörligheten skulle bedömas endast utifrån vad som var absolut nödvändigt för allmän ordning, säkerhet och hälsa. EG-domstolen delade Portugals åsikt och kom fram till att tillämpningsområdet för förordning 1612/68 därför måste utökas, så att den med tydlighet kan tillämpas på alla unionens medborgare.[1419] Med hänvisning till principen om finansiell solidaritet mellan unionsmedborgare kunde Grzelczyk få ta emot bidraget under en viss period (det vill säga till dess att han kom att utgöra en orimlig börda för värdstaten).

Av fallet *Grzelczyk* framgår således att det faktum att en studerande omfattas av diskrimineringsförbudet inte hindrar att värdstaten vidtar åtgärder för att återkalla medborgarens uppehållstillstånd eller att inte förnya detta. Åtgärderna får dock inte bli den automatiska följden av att en studerande som är medborgare i en annan medlemsstat utnyttjar social hjälp i medlemsstaten. En studerande som har rätt till bosättning får inte heller vara en orimlig börda för värdmedlemsstaten. EG-domstolen kom fram till att gemenskapsrätten gav upphov till en viss solidaritet mellan medborgare i värdstaten och medborgare i andra medlemsstater, särskilt om personen som har rätt till bosättning i ett mottagarland har tillfälliga svårigheter. Målen Martínez Sala och Grzelczyk visar således att unionsmedborgare har rätt att inte diskrimineras på grund av nationalitet i fråga om icke avgiftsfinansierade förmåner som täcks av förordningarna 1612/68 och 1408/71, även om unionsmedborgaren inte faller inom personkretsen för förordningarna.

I EG-domstolens praxis framhålls att artikel 18 i EG-fördraget inleder en ny era i gemenskapsrätten. Artikel 18 har också direkt effekt, vilket innebär att den fria rörligheten erkänts som en rättighet för individen och kan underkastas kontroll av domstol.[1420] Unionsmedborgarskapet har inneburit långtgående effekter på rätten till sociala förmåner. De tre bosättningsdirektiven framhöll att den icke ekonomiskt aktive personens vistelse i värdlandet måste vara laglig och inte utgöra en orimlig börda (unreasonable burden) för värdstaten.[1421] EG-domstolen har dock i flera fall visat att detta tudelade krav inte skall tolkas för strikt, utifrån en analys av artikel 18 i EG-fördraget. Artikeln hänvisar till begränsningar och villkor som ställs av EG-fördraget och av de rättsakter som implementerar fördraget, men dessa begränsningar och villkor måste ”be applied in compliance with the limits imposed by Community law and in accordance

---

[1419] Mål C-184/99 *Grzelczyk*, p. 23.

[1420] Mål C-413/99 *Baumbast och R mot Secretary of State for the Home Department*, REG 2002 s. I-7091

[1421] Se mål C-127/08 *Metock*.

with the general principles of the law, in particular the principle of proportionality".[1422]

5.3.2.2.2 Närmare om begränsningar av solidariteten mellan unionsmedborgare och medlemsstater

I och med att en ny era inletts genom unionsmedborgarskapet, så måste dessa begränsningar och villkor respektera gemenskapsrätten och de principer som bär upp rättsordningen. Vi har sett att särskilt viktiga är *proportionalitetsprincipen*[1423] och *diskrimineringsförbudet* i artikel 12 EG-fördraget. De tidigare gällande bosättningsdirektivens formulering om att unionsmedborgaren inte får bli en oskälig börda visar också, enligt EG-domstolen, att direktiven faktiskt kräver en viss nivå av finansiell solidaritet mellan medborgarna i värdstaten och andra medlemsstaters medborgare.[1424] Domstolen har också framhållit att bosättningsdirektiven i sig medgav ett slags finansiell solidaritet mellan medlemsstaternas medborgare, just genom uttrycket "unreasonable burden".[1425] Vi kan alltså konstatera att det finns ett visst utrymme för att ålägga vistelsestaten en "börda". Målet *Grzelczyk* är en illustration av detta då det behandlade gränserna för unionsmedborgarskapets påverkan i fråga om finansiell solidaritet mellan landets egna medborgare och de medborgare från andra medlemsstater som vistas lagligt i värdlandet. 2004 visade EG-domstolen på hur gränssättningen avseende solidaritetsbegreppet bör göras, vilket skedde i fallet *Trojani*.[1426] Domen kan ses som ett svar på rädslan för social turism och anger att solidariteten inte är obegränsad:[1427]

> En unionsmedborgare som befinner sig i en sådan situation som sökanden i målet vid den nationella domstolen har under dessa förhållanden inte någon rätt enligt artikel 18 EG att uppehålla sig i en medlemsstat i vilken han inte är medborgare om han saknar tillräckliga tillgångar i den mening som avses i direktiv 90/364. [1428]

[1422] Mål C-413/99 *Baumbast och R*, p. 85.

[1423] Mål C- 413/99 *Baumbast och R*, p. 85.

[1424] Mål C-184/99 *Grzelczyk* p. 44. Därmed krävs också att det rent faktiskt är fråga om en sådan börda, a. dom p. 43-45.

[1425] Mål C-184/99 *Grzelczyk*, p. 44.

[1426] Mål C-456/02 *Trojani*, REG 2004 s. I-7573.

[1427] Mål C-456/02 *Trojani*, REG 2004 s. I-7573, p. 36.

[1428] Trojani kunde inte begära en rätt till bosättning utifrån artikel 18 EG-fördraget och därmed kunde han inte kräva likabehandling utifrån artikel 12. Men i och med att nationell (belgisk) rätt hade gett honom rätt att bosätta sig i Belgien så hade han rätt till likabehandling.

Trojani handlade om en unionsmedborgare som inte kunde försörja sig och huruvida en sådan person kunde göra gällande en uppehållsrätt som grundas på artikel 18 EG-fördraget. Svaret från domstolen blev nekande. Domstolen kom dock fram till att det finns en rätt till likabehandling enligt artikel 12 EG-fördraget för ekonomiskt icke aktiva unionsmedborgare under förutsättning att medborgaren uppehållit sig lagligt i mottagarlandet och att detta skett under en viss period eller att han har ett uppehållstillstånd.[1429]

I fallet *Bidar*[1430] konstaterade EG-domstolen att ett villkor som inriktas *enbart* på nationalitet för att begränsa inträdet i medlemskapet till välfärdsstatsmedlemskapet står i konflikt med den grundläggande karaktären av rätten till frihet att röra sig och bosätta sig i unionen. *Bidar*-målet visar också på att stödet till individen inte får bli en orimlig börda som kan få konsekvenser för den totala nivån av stöd som en stat ger. Det finns således inte något krav på att likabehandlingen skall vara fullständig.

Rätten till bosättning för icke ekonomiskt aktiva inom EU kan härledas direkt från artikel 39 EG-fördraget, vilket både *Bidar* och *Collins* visar. I båda fallen medger dock EG-domstolen att medlemsstaterna har rätt att ställa krav på den bidragssökande. Ett krav på att vistelsen i värdstaten skall vara av en viss *längd* ansågs inte utgöra diskriminering i förhållande till statens egna medborgare (de har ju faktiskt en fördel i detta hänseende). Domstolen ansåg att ett sådant krav var legitimt då det syftade till att säkra ett genuint band mellan sökanden och arbetsmarknaden ifråga, men att det självklart måste respektera proportionalitetskravet.[1431] Nationalitet är alltså inte det enda sättet att visa på integration, utan även en viss tidsperiod i ett land eller andra personliga omständigheter kan vara sådana faktorer enligt domstolens praxis.[1432] Gemensamt för de olika bedömningarna i fallen *Collins*,[1433] *Bidar*[1434]och *Grzelczyk*[1435] är dock att solidaritetskriteriet också skall vägas in när det har kunnat konstateras att det finns *integrationsfaktorer* i det enskilda fallet. I syfte att undvika en allt för stor belastning på det nationella välfärdssystemet, kan det vara så att en begränsad solidaritet, som till exempel krav på en begränsad vistelseperiod, innebär att bördan blir hanterbar.

1429 Mål C-456/02 *Trojani*, REG 2004 s. 7573. Jämför SOU 2005:34 s. 150.

1430 Mål C-209/03 *Dany Bidar mot London Borough of Ealing och Secretary of State for Education and Skills*, REG 2005 s. I-2119.

1431 Mål C-209/03 *Bidar*, p. 61 (där dock den nationella lagstiftningen de facto gjorde integrationen omöjlig); mål C-138/02 *Brian Francis Collins mot Secretary of State for Work and Pensions*, REG 2004 s. I-2703, p. 67 och 72.

1432 Mål C-209/03 Bidar, p. 62.

1433 Mål C-138/02 *Collins.*

1434 Mål C-209/03 *Bidar*, REG 2005 s. I-2119.

1435 Mål C-184/99 *Grzelczyk.*

I dag har icke ekonomiskt aktiva också en självständig rätt till fri rörlighet som grundas på unionsmedborgarskapet i artikel 18 EG-fördraget. Rätten att röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier har direkt effekt.[1436] Ekonomiskt icke aktiva personers rätt till fri rörlighet kan dock begränsas. Vid sådana begränsningar måste gemenskapsrätten respekteras och de nationella begränsningarna får inte innebära att det blir mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna i fördraget eller att dessa hindras. Reglerna skall vara tillämpliga på ett icke diskriminerande sätt, motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas med åtgärden och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målsättningen. Uppehållsrätten för icke ekonomiskt aktiva är beroende av att de skall kunna försörja sig, men det är inte tillåtet att i nationell rätt uppställa villkor för rätten till socialt bistånd som kan diskriminera medborgare från andra medlemsländer. Rätten till socialt bistånd omfattas av förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet.[1437]

Gemenskapsrätten kräver således att en medlemsstat måste visa samma solidaritet gentemot andra medlemsstaters medborgare som det visar gentemot sina egna när de förra är tillräckligt integrerade i värdstaten.[1438] Myndigheterna måste också beakta omständigheterna i det enskilda fallet när beslut i dessa frågor skall fattas, i vart fall avseende just integrationen.[1439] Även *nivån* på solidariteten som efterfrågas skall tas i beaktande i bedömningen, vilket framkommer i målet *Grzelczyk*[1440] där solidaritetsprincipen lyfts fram i p. 31:

> Ställningen som unionsmedborgare är nämligen avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare så att de medborgare som befinner sig i samma ställning skall kunna få samma behandling i rättsligt hänseende, oberoende av deras nationalitet och med förbehåll för de uttryckliga undantag som föreskrivs i det avseendet.

Detta uttalande antyder att migrerande unionsmedborgare, såväl ekonomiskt aktiva som ekonomiskt inaktiva, har rätt att kräva *samtliga* sociala förmåner som värdstaten tillhandahåller på samma villkor som för dess egna medborgare, om inte förmånerna är av sådant slag att de uttryckligen inte ingår i gemenskapsrätten. Jag återkommer till vad detta innebär för rätten till socialt bistånd i nästa avsnitt. Barnard framför att EG-

---

1436 Mål C-413/99 *Baumbast och R.*

1437 Mål C-184/99 *Grzelczyk.*

1438 Lenaerts, K, och Heremans, T, *Contours of a European Social Union in the Case-Law of the European Court of Justice* s. 107.

1439 Mål C-209/03 *Bidar*, p. 62.

1440 Mål C-184/99 *Grzelczyk.*

domstolens inställning är att unionsmedborgarskapet står för en successiv ökning (incremental approach) av tillgängliga förmåner,[1441] i vart fall avseende boendekriterier och jämlikhet. Detta innebär att ju längre en migrerande unionsmedborgare vistas lagligt i värdstaten, ju fler sociala förmåner har han rätt till och detta kan också anses vara legitimt utifrån integrations- och solidaritetsaspekter.

Uppenbart är att den grundläggande principen om likabehandling gör att det inte går att använda enbart ett nationalitetskriterium för att begränsa åtnjutandet av välfärdsstaten. Likabehandling är en kärna i stärkandet av rättigheterna, precis som vi sett ovan i folkrätten. Samtidigt blir konsekvensen därav att den enskilda statens makt genom diskrimineringsförbudet begränsas. Maktdelningen mellan EU och medlemsstaterna kommer återigen i fokus. Vi kan alltså konstatera att likabehandlingen spelar en betydande roll i gemenskapsrättsliga rättsutvecklingen, vilket jag nu går över till att illustrera mer konkret.

Unionsmedborgaren kan endast kräva likabehandling i en annan medlemsstat om han vistas där lagligt[1442] och uppfyller uttryckliga krav i direktivet om fri rörlighet (2004/38), såsom tillräckliga ekonomiska resurser och giltig sjukförsäkring. Det är nu dags att närmare studera hur fri rörlighetsdirektivet är konstruerat och vad direktivet kan få för följder.

5.3.3 En struktur för likabehandling grundad på unionsmedborgarskapet

5.3.3.1 Allmänt om direktiv nr 2004/38

En medlemsstats medborgare som lagligen vistas på en annan medlemsstats territorium och kräver samma nationella sociala rättigheter som värdstatens egna medborgare har olika långtgående rättigheter beroende på den status han eller hon har. Jag skall förklara detta i det följande genom att undersöka de tre möjligheter till vistelse i annat EU-land som fri rörlighetsdirektivet 2004/38/EG ställer upp. Detta direktiv syftar till att kodifiera rättsutvecklingen på området för fri rörlighet för unionsmedborgare.[1443]

Vi kan konstatera att gemenskapslagstiftaren i direktiv 2004/38 försökt att hantera det breda spektrum av situationer som blir aktuella när det handlar om fri rörlighet för personer. Till skillnad från de tidigare sekundärrättsliga akterna ges familjebegreppet en enhetlig och vidare

---

[1441] Barnard kallar detta för ”the perfect assimilation approach”, se Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, s. 166.

[1442] Jämför målet C-127/08 *Metock*.

[1443] Se p. 3 i ingressen till direktiv 2004/38.

betydelse i direktivet.[1444] Rätten till likabehandling kommer till uttryck i artikel 24 p. 1 och innebär att alla unionsmedborgare som befinner sig i en annan medlemsstat med stöd av direktivet har rätt att behandlas som värdstatens egna medborgare. Likabehandlingen gäller förstås på de områden som omfattas av EG-fördraget och är kopplad till rätten till bosättning. I ena änden har vi således de migranter som tillbringat mycket lång tid i värdstaten, vilket leder till att de genom assimilation i värdstaten har rätt till samma behandling som värdstatens egna medborgare (nationell solidaritet). En andra grupp är de som stannat minst tre månader men mindre än fem år i värdstaten och som därför har rätt till transnationell solidaritet (solidaritet mellan nationella medborgare och migranter).[1445] Likabehandlingen kan här begränsas till vissa förmåner och vissa perioder. Den tredje gruppen, i andra änden av spektrat, består av dem som precis anlänt till eller stannat endast en kort tid i värdstaten. Dessa har endast rätt till begränsad solidaritet när det gäller rätten till socialt stöd med hänvisning till unionsmedborgarskapet. Denna struktur återspeglas i det sätt på vilket fri rörlighetsdirektivet är uppbyggt.[1446] Framställningen är strukturerad efter dessa tre typfall som återfinns i fri rörlighetsdirektivet 2004/38.

5.3.3.2 Sammanhängande vistelse om minst fem år

Unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som bott i värdlandet under en sammanhängande period om fem år, har rätt till så kallad permanent uppehållsrätt (artikel 16 förordning 2004/38/EG). Begreppet permanent uppehållsrätt är nytt och innebär att inga krav på ekonomisk aktivitet, sjukförsäkring eller ekonomiska tillgångar kan ställas när uppehållsrätten erhållits.[1447] Den stadigvarande vistelsen i landet påverkas inte av tillfällig frånvaro enligt de skäl som anges i artikel 16 p. 3. Uppehållsrätten förloras dock om unionsmedborgaren lämnar värdstaten

---

[1444] Artikel 2 p. 2 direktiv 2004/38. Beroende på vilken kategori den migrerande medborgaren tillhörde, så gällde olika regler. Studenter tilläts till exempel endast ta med make eller maka samt barn. Jämför om förordning 1612/68 ovan avsnitt 5.2.2.1. I den svenska implementeringen av direktivet anges också sambo, vilket är generösare än de krav som direktivet ställer upp, se 3 a kap. 2 § UtlL.

[1445] Målet C-158/07 *Jacqueline Förster Förster mot Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, REG 2008 s. 0000 är mycket intressant i detta sammanhang och analyseras nedan, avsnitt 5.3.3.3.2.

[1446] Dir. 2004/38 EG 2004 OJ L158/77. I fallet *Stöber* förespråkade generaladvokat La Pergola att unionsmedborgarskapet skall innebära en ökande jämlikhet mellan unionsmedborgare, oberoende av dessas nationalitet, se förenade målen C-4 och 5/95 *Stöber och Pereira*, REG 1997 s. I-511, p. 50.

[1447] Jämför 3 a kap. 6 och 7 §§ UtlL.

under en period som överstiger två år enligt artikel 16 p. 4 fri rörlighetsdirektivet.[1448]

Denna grupp har rätt att få arbeta i mottagarlandet och också rätt till likabehandling. Vidare finns en rätt till studiestöd i form av lån eller bidrag. Utvecklingen för denna grupp kan illustreras genom det ovan diskuterade *Sala*-målet.[1449]

5.3.3.3 Vistelse om minst tre månader

5.3.3.3.1 Uppehållsrätt

Den andra gruppen utgörs, enligt direktivet, av unionsmedborgare som vistats i värdstaten under mer än tre månader. Konstruktionen för denna grupp bygger till viss del på det ovan analyserade fallet *Grzelczyk*.[1450] Dessa personer har *uppehållsrätt*, vilket är ett nytt gemenskapsrättsligt begrepp som ger unionsmedborgare rätt att vistas i en annan medlemsstat utan att värdstatens myndigheter ger tillstånd till vistelsen.[1451]

Det för unionsmedborgarskapet viktiga målet *Baumbast* ligger också till grund för direktivets reglering av denna grupp. Domstolen framhöll i domen att det i EU-fördraget inte finns någonting som innebär att unionsmedborgare *skall* vara yrkesverksamma eller företagare för att omfattas av de rättigheter som unionsmedborgarskapet aktualiserar. Det finns heller inget som säger att dessa rättigheter skulle försvinna för att den migrerade unionsmedborgarens anställning upphör.[1452] Eftersom artikel 18 p. 1 dessutom är klart och tydligt formulerad hade Baumbast rätt att göra gällande rättigheterna som föreskrivs i artikeln. Rätten att uppehålla sig på en annan medlemsstats territorium är föremål för villkor och begränsningar enligt fördraget och sekundärrätten, men dessa begränsningar är också underställda domstolskontroll. De nationella domstolarna skall därför skydda dessa rättigheter.[1453] I Baumbast fall begränsades rättigheterna genom direktiv nr 90/364 som föreskrev att en medlemsstat har rätt att kräva att medborgare i en annan medlemsstat (och dennes familjemedlemmar) omfattas av en sjukförsäkring när de vistas i värdlandet. Vidare skall de ha tillräckliga medel för att undvika att ligga det sociala

---

[1448] 3 a kap. 9 § UtlL.

[1449] Mål C-85/96 *María Martínez Sala mot Freistaat Bayern*, REG 1998 s. I-02691.

[1450] Mål C-184/99 *Grzelczyk*.

[1451] Detta innebar att den svenska utlänningslagstiftningen ändrades, eftersom det före direktivets ikraftträdande ställdes krav på uppehållstillstånd för utlänningar som vistades i Sverige under längre tid än två månader. I dag stadgas uppehållsrätten i 3 § kap. 1 § UtlL.

[1452] A. dom, p. 80-83.

[1453] Mål C-413/99 *Baumbast*, REG 2002 s. I-7091, p. 85-86. Jämför mål 41/74 *Van Duyn*, REG 1974 s. 1337, svensk specialutgåva s. 389.

trygghetssystemet till last. Baumbast uppfyllde dessa villkor. Dessa villkor återfinns också i direktiv 2004/38.

Det är viktigt att ha i åtanke att när begränsningarna och villkoren tillämpas, så skall detta ske under beaktande av de begränsningar som gemenskapsrätten innebär och dess allmänna principer måste respekteras. Särskilt viktigt är det att proportionalitetsprincipen inte sätts åt sidan; åtgärderna måste alltså vara *ändamålsenliga* och *nödvändiga* för att uppnå det önskade målet.[1454] Att frånta Baumbast rätten att uppehålla sig i Storbritannien endast på den grunden att han saknar akutsjukvårdsklausul i sin sjukförsäkring var i linje med detta en oproportionerlig inskränkning i hans rättighet som följer av artikel 18 p. 1.[1455] Återigen ser vi att EG-rätten ställer ett krav på transnationell solidaritet och att en solidaritetsprincip kommit att etableras.

I fri rörlighetsdirektivet framkommer detta genom att artikel 7 inte medger att medlemsstaterna kräver uppehållstillstånd av unionsmedborgare och deras familjemedlemmar, inte ens ett så kallat EES-tillstånd.[1456] Villkoren som vi sett i fallet Baumbast får dock fortfarande ställas. Detta innebär att en unionsmedborgare som utövar sin fria rörlighet i en annan medlemsstat i mer än tre månader men under kortare tid än fem år, skall ha tillräckliga ekonomiska tillgångar för sig och sin familj samt en heltäckande sjukförsäkring. Unionsmedborgare har uppehållsrätt om de är arbetstagare, egenföretagare eller arbetssökande i värdstaten. Arbetssökande omnämns i artikel 14 p. 4 b, där det framgår att arbetssökande unionsmedborgare eller dennes familj inte får utvisas så länge unionsmedborgaren söker arbete och har en verklig möjlighet att få ett sådant.[1457] Även studenter har uppehållsrätt och hör till denna grupp om de är inskrivna vid en utbildningsinstitution som är erkänd av värdstaten. De skall bedriva studier eller genomgå en yrkesutbildning vid institutionen. De måste visa att de har sjukförsäkring och tillräckligt med ekonomiska resurser så att de inte kommer att utgöra en börda för mottagarlandet. Familjemedlemmar till en unionsmedborgare i denna grupp har också uppehållsrätt i värdstaten. Deras uppehållsrätt är dock beroende av unionsmedborgarens självständiga uppehållsrätt inte går förlorad.[1458]

[1454] A. dom, p. 91.

[1455] Proportionalitetsprincipen förklarar också domstolens sätt att argumentera i *Grzelczyk*-målet. Unionsmedborgarskapet används i båda fallen som ett medel att begränsa möjligheten att använda undantagen som artikel 18 p. 1 EG-fördraget stadgar.

[1456] Det föreskrevs tidigare i 3 kap. 5 § och 5 b §§ UtlF.

[1457] Detta är en kodifiering av EG-domstolens avgörande i målet C-292/89 *Antonissen*.

[1458] Jämför artiklarna 12 och 13 direktiv 2004/38.

5.3.3.3.2 Förster-målet

I slutet av år 2008 kom den första domen där EG-domstolen tar ställning till hur rätten bistånd för uppehälle skall tolkas i ljuset av fri rörlighetsdirektivet, unionsmedborgarskapet och likabehandlingsprincipen.[1459]

Målet handlar om den tyska medborgaren Förster som i mars år 2000 bosatte sig i Nederländerna där hon påbörjade studier året därpå. Från september 2000 beviljades Förster bistånd för uppehälle. Hon betraktades som arbetstagare i den mening som avses i artikel 39 EG och skulle därmed jämställas med nederländska medborgare i fråga om bistånd för uppehälle enligt artikel 7 p. 2 i förordning 1612/68. Under studietiden hade hon en avlönad praktikplats, med koppling till studierna, men också flera avlönade arbeten. Hon tog examen år 2004 och fick strax därefter fast arbete i Nederländerna. Vid en kontroll konstaterade ansvarig myndighet att Förster inte förvärvsarbetat mellan juli och december år 2003. År 2005 beslutade myndigheten att hon inte kunde betraktas som arbetstagare, varför den begärde att hon skulle betala tillbaka det bistånd hon erhållit för perioden juli till december 2003.

Vare sig förordning 1251/70 eller förordning nr 1612/68 var tillämpliga i Försters fall. Huvudfrågan blev därför om och under vilka villkor en studerande kan åberopa artikel 12 EG-fördraget som grund för rätt till bistånd till uppehälle och om ett nederländskt krav på fem års bosättning för rätt till bistånd är förenligt med gemenskapsrätten.

Vi har redan sett att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjudet inom EG-fördragets tillämpningsområde enligt artikel 12 EG-fördraget och att en unionsmedborgare som är lagligt bosatt i värdmedlemsstaten kan åberopa artikel 12 i alla situationer som i materiellt hänseende faller inom tillämpningsområdet för gemenskapsrätten.[1460] Till tillämpningsområdet hör utövandet av grundläggande friheter och rätten att röra sig fritt och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, vilket följer av artikel 18 EG-fördraget.[1461] En medborgare som beger sig till en annan medlemsstat för att studera på gymnasiet utövar sin rätt att röra sig fritt inom medlemsstaternas territorier som följer av just artikel 18 EGF.[1462] En icke ekonomiskt aktiv unionsmedborgare kan åberopa artikel 12 EG-

---

[1459] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*.

[1460] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 36. Se också mål C-85/96 *Martinez Sala*, p. 63 samt mål C-209/03 *Bidar*, p. 32.

[1461] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 37, mål C-148/02, *Garcia Avello*, REG 2003 s. I-11613, p. 24 samt mål C-403/03 *Schempp*, REG 2005 s. I-6421, p. 18.

[1462] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 38, mål C-224/98 *D'Hoop*, p. 29-34 samt mål C-209/03 *Bidar*, p. 35.

fördraget under förutsättning att han uppehållit sig lagligt i värdmedlemsstaten under en viss period.[1463]

I *Bidar*-målet betonades att det är legitimt att en medlemsstat endast beviljar bistånd för uppehälle till studerande som kan påvisa en viss grad av samhällsintegration i denna stat.[1464] Slutsatsen i fallet Bidar blev att det kan anses styrkt att det finns en viss grad av integration när det framgår att den studerande har varit bosatt i medlemsstaten.[1465] En studerande som *lagligen uppehåller sig* i en annan medlemsstat befinner sig alltså i en situation som faller inom ramen för tillämpningsområdet för fördraget i den mening som avses i artikel 12 st. 1 EG-fördraget vad avser rätten till bistånd till uppehälle, eftersom den studerande har uppehållsrätt (artikel 18 EG-fördraget).[1466] I Försters fall var artikel 3 i direktiv 93/96 fortfarande tillämplig, eftersom fri rörlighetsdirektivet inte trätt i kraft när hon flyttade till Nederländerna. Denna artikel medförde inte någon rätt till bistånd för uppehälle från värdmedlemsstaten för studerande med uppehållstillstånd. Artikeln utgjorde dock inte något hinder för att en medborgare i en medlemsstat som i enlighet med artikel 18 EG-fördraget och de bestämmelser som har antagits för att genomföra denna artikel, lagligen uppehåller sig i en annan medlemsstat för att där påbörja eller fortsätta studier, under vistelsen åberopar den grundläggande principen om likabehandling som stadgas i artikel 12 st. 1 EGF.[1467] Att Förster i första hand kom till Nederländerna för att studera och inte arbeta saknade betydelse.[1468]

EG-domstolen ansåg att den nederländska gränsen om krav på bosättning om fem år inte var orimlig. Direktiv 2004/38 var inte tillämpligt på de faktiska omständigheterna i fallet, men domstolen noterar att artikel 24 p. 2 i direktivet anger att mottagande medlemsstat inte är skyldig att bevilja bistånd för uppehälle för studier till studerande som inte har permanent uppehållsrätt.[1469] De nationella myndigheternas tillämpning av

---

[1463] Mål C-209/03 *Bidar*, p. 37; mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 39.

[1464] Staterna har också rätt att förvissa sig om att biståndet till uppehälle för studerande från andra medlemsstater inte blir en orimlig börda som kan få betydelse för nivån på det bistånd som staten totalt kan ge, mål C-209/03 *Bidar*, p. 57.

[1465] Mål C-209/03 *Bidar*, p. 59. *Bidar*-domen avkunnades efter det att direktiv 2004/38 antagits, men innan det trätt i kraft.

[1466] Mål C-209/03 *Bidar*, p. 42. Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 41. Den studerande skall dessutom ha tillräckliga tillgångar, jämför här direktiv nr 93/96 och artikel 7 direktiv 2004/38/EG.

[1467] Mål C-209/03 *Bidar*, p. 46. Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 43.

[1468] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 44.

[1469] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 55. I direktivets artikel 24 p. 2 anges att värdstaten inte skall vara tvingad att ge studiestöd (stöd och lån), inklusive yrkesutbildning, annat än till arbetstagare, egenföretagare, person som behåller sådan status och dessa gruppers

ett krav på bosättning måste styras av klara och i förväg kända kriterier för att kravet skall anses vara proportionerligt.[1470] På så sätt säkerställs, enligt domstolen, en hög nivå av rättssäkerhet och insyn vad avser beviljandet av bistånd till uppehälle för studerande.[1471].

Domstolen drog därefter slutsatsen att kravet i den nationella lagstiftningen var både lämpligt och proportionerligt.[1472] Fem års vistelse i värdstaten betyder därmed att studenten är integrerad, vilket motsvarar den tidsgräns som fri rörlighetsdirektivet 2004/38 ställer upp för att en unionsmedborgare skall få permanent uppehållstillstånd i en annan medlemsstat än hemstaten. Men domstolen analyserar inte vad integration innebär och bemöter inte den diskussion i frågan som generaladvokaten för. Kunde Förster ses som tillräckligt integrerad i det nederländska samhället, då hon faktiskt levt i landet under tre år? Generaladvokaten ansåg att svaret var ja och underströk att det finns en finansiell solidaritet med andra medlemsstaters medborgare så länge dessa inte utgör en orimlig börda för den mottagande medlemsstaten. Domstolen svarade aldrig på frågan om en kortare period än fem år kan anses som tillräckligt för att en person skall anses vara integrerad i en medlemsstat, utan konstaterade kort att kravet på fem år var rimligt. Tanken med detta kan vara att domstolen önskar behålla en viss flexibilitet för att till exempel kunna tillämpa *Baumbast och R* på fall som ligger nära fem år. Ett avslag på biståndsansökan skulle då verka oproportionerligt med hänsyn till andra integrationsfaktorer.

EG-domstolen följer i detta fall lagstiftarens önskan som den uttrycks i direktiv 2004/38. Direktivet anger vidare att det inte finns någon skyldighet för medlemsstaterna att ge likabehandling i fråga om socialt stöd under hela den period som en person är arbetssökande, vilket står i strid med *Collins*-målet som jag diskuterar närmare strax nedan. I *Collins* ansåg domstolen att unionsmedborgarskapet och rätten till likabehandling medför att artikel 39 p. 2 ger en rätt till förmåner av ekonomisk natur som syftar till att underlätta tillträde på arbetsmarknaden i en medlemsstat. Cousins anser att domstolen

---

familjemedlemmar. Detta gäller enligt direktivet fram till dess att studenten erhåller permanent uppehållsrätt (artikel 16 p. 1). Sverige har valt att använda sig av denna undantagsmöjlighet, se prop. 2005/06:134 som ledde till ändringar i studiestödslagen (1999:1395).

[1470] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 56 samt mål 138/02 *Collins*, p. 72.

[1471] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 57. Se också samma mål p. 64 och 67, angående retroaktiv tillämpning. Det kan noteras att direktiv 2004/38 har en snävare syn på studenters rättigheter än vad som framkommit av domstolens tidigare praxis. Vare sig mål C-209/03 *Bidar* eller mål C-138/02 *Collins* är lätta att förena med direktivet.

[1472] Mål C-158/07 *Jacqueline Förster*, p. 52-54.

i fråga om arbetssökande inte kommer att tillämpa undantaget som direktivet uppställer.[1473] Jag anser att bedömningen är riktig.

En annan fråga är *om nya villkor kan ställas retroaktivt*. Förster nekades stöd år 2003 på grundval av regler som infördes år 2005. Domstolen ansåg dock inte att retroaktiv tillämpning av regel satte studenten i en sämre position, eftersom den menade att 2005 års regel gav studenter en bättre position. Men regeln från 2005 var inte bättre. Den ersatte nämligen regler som stod i strid med gemenskapsrätten (Bidar). Förster kom inte i en bättre sits, hon hade ju inte rätt till något stöd alls före 2005. Förutsebarheten är hotad utifrån denna aspekt.

Även om domen i Förster-målet välkomnas av många medlemsstater, så är det alltså inte säkert att domstolen har gjort en helomvändning. *Metock*-målet tyder också på det.[1474] Fallet handlade om unionsmedborgare som gift sig med en tredjelandsmedborgare efter att ha flyttat till en annan medlemsstat. Frågan var om mottagande medlemsstat har rätt att kräva att tredjelandsmedborgaren skall ha uppehållit sig lagligt i en annan medlemsstat för att få komma i åtnjutande av rättigheterna i direktivet. EG-domstolen understryker i *Metock*-målet att bestämmelserna i direktiv 2004/38 inte får tolkas restriktivt och att de inte får fråntas sin ändamålsenliga verkan.[1475] Av skäl 3 i direktiv 2004/38 framgår dessutom att syftet med direktivet är att ”stärka rätten att fritt röra sig och uppehålla sig för alla unionsmedborgare”. Unionsmedborgares rättigheter enligt direktiv 2004/38 kan alltså inte vara sämre än dem som följde av de sekundärrättsakter som ändrats eller upphävts genom direktivet.[1476] EG-domstolen framhåller i domen att denna tolkning är förenlig med kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och gemenskapen.[1477] Genom artiklarna 18 p. 2, 40, 44 och 52 är gemenskapen behörig att vidta nödvändiga åtgärder för att genomföra fri rörlighet för unionsmedborgare och dessa artiklar utgör det rättsliga stödet för direktiv 2004/38.[1478] Om unionsmedborgare inte fick rätt till ett normalt familjeliv i den mottagande medlemsstaten, så skulle deras fördragsstadgade friheter hindras.[1479]

[1473] Cousins, M, *Overview of recent cases before the European Court of Human Rights and the European Court of Justice (October-December 2008)* not 39 på s. 395.

[1474] Mål C-127/08 *Metock*.

[1475] Mål C-127/08 *Metock*, p. 84; se också målet C-291/05 *Eind*, REG 2007 s. I-10719, p. 43.

[1476] Mål C-127/08 *Metock*, p. 59.

[1477] Mål C-127/08 *Metock*, p. 60.

[1478] Mål C-127/08 *Metock*, p. 61.

[1479] Mål C-127/08 *Metock*, p. 62, p. 56 och 63.

Gemenskapslagstiftaren har således medgett möjligheten att unionsmedborgaren bildar familj först efter att ha utövat sin fria rörlighet, vilket är förenligt med syftet med direktivet.[1480]

5.3.3.4 Vistelse upp till tre månader

Den tredje gruppen består av de unionsmedborgare som vistas i värdlandet upp till tre månader. Av artikel 6 direktiv 2004/38 följer att det för denna grupp inga finns några krav på särskilda ekonomiska tillgångar eller sjukförsäkring. Däremot måste de kunna visa upp en giltig handling som styrker deras medborgarskap. Dessa unionsmedborgare och deras familjemedlemmar har rätt till likabehandling och uppehållsrätt, så länge de inte blir en belastning för värdlandets sociala biståndssystem (artikel 14 p. 1).

Bakgrunden till denna reglering återfinns i flera av EG-domstolens fall. I *Collins*-målet konstaterades att arbetssökande har rätt till likabehandling när det gäller *tillträde* till arbete, vilket regleras i artiklarna 1 till 6 i förordning 1612/68. Därmed omfattas rekryterings- och anställningsvillkor, men inte sociala förmåner som stadgas i artikel 7 p. 2. EG-domstolen fastslog att det endast under vissa förutsättningar är tillåtet att utesluta en förmån som är avsedd att underlätta tillträdet till arbetsmarknaden från likabehandlingsprincipen.[1481] Domstolen utgick i domen från unionsmedborgarskapets inrättande samt den tolkning av unionsmedborgares rätt till likabehandling som gjorts i rättspraxis. Det är dock en förutsättning att det finns ett faktiskt samband mellan den arbetssökande och värdstatens arbetsmarknad.[1482] Sambandet skall kunna styrkas av den arbetssökande genom att han eller hon sökt arbete i medlemsstaten under en rimlig tidsrymd.[1483] Domstolen understryker att värdstaten faktiskt *har* ett ekonomiskt ansvar för de unionsmedborgare som vistas inom landets gränser.[1484] Frågan var vidare om det brittiska kravet på ”habitual residence” kunde anses som diskriminerande; regeln slog ju endast mot de personer som använt sig av sin rätt till fri rörlighet. För att inte anses som diskriminerande, måste regeln vara grundad på objektiva överväganden som inte har med nationalitet att göra samt vara proportionerlig i förhållande till det mål som skall uppnås med regeln. Således kan vi konstatera att när personer till viss del är integrerade i en annan medlemsstat, så kan de erhålla dessa förmåner. Här ser vi alltså ytterligare

[1480] Mål C-127/08 *Metock*, p. 88-90.

[1481] Mål C-138/02 *Collins*.

[1482] Jämför mål C-224/98 *D'Hoop*.

[1483] Mål C-138/02 *Collins*, p. 69 och 70.

[1484] I SOU 2005:34 föreslås en ny regel utifrån artikel 24 p. 2 om att arbetssökande inte skall ha rätt till socialt bistånd (a SOU s. 167). Förslaget har inte anammats av lagstiftaren.

tecken på ett slags begränsad transnationell solidaritet, då unionsmedborgarskapet är gemensamt för värdstatens egna medborgare och för dem som kommer från en annan medlemsstat och vistas upp till tre månader i värdlandet.

Det har redan konstaterats att socialt bistånd enligt direktiv 2004/38 betyder samma sak som begreppet social hjälp i förordning 1408/71. Därmed omfattar direktivet allt bistånd enligt socialtjänstlagen, såväl försörjningsstöd som bistånd till livsföringen i övrigt.[1485] Socialt bistånd omfattas av EG-rätten, genom rätten till likabehandling för migrerande arbetstagare och deras familjemedlemmar i fråga om sociala förmåner som stadgas i artikel 7 p. 2 förordning 1612/68. Likabehandlingsprincipen i fråga om sociala förmåner gäller också för egenföretagare, men den grundas på artiklarna 43 och 49 EG-fördraget. Artikel 7 p. 2 förordning 1612/68 har tolkats mycket generöst av domstolen, medan tolkningen av egenföretagares rätt till sociala förmåner varit något försiktigare.[1486] I fri rörlighetsdirektivet görs dock inte skillnad på dessa grupper och därmed är det heller inte möjligt att göra undantag i deras rätt till sociala förmåner.

För andra än anställda och egenföretagare, personer som behåller sådan ställning och deras familjemedlemmar tillåter artikel 24 p. 2 fri rörlighetsdirektivet att medlemsstaterna begränsar rätten till socialt bistånd under vistelsens tre första månader eller under den längre period som anges i direktivet för de unionsmedborgare som är arbetssökande. En arbetssökande unionsmedborgare kan åberopa likabehandlingsprincipen när det gäller ekonomiska förmåner som är avsedda att underlätta tillträdet på arbetsmarknaden. Av Collins-målet följer att en klar och tydlig anknytning mellan den arbetssökande och värdstatens arbetsmarknad för att den arbetssökande skall kunna erhålla bidrag för att söka arbete kan utgöras av att den arbetssökande faktiskt sökt arbete i värdstaten. Målet visar också att en rätt till bistånd kan uppkomma redan innan den tid som den arbetssökande får stanna under förutsättning att det finns en tillräckligt klar anknytning till arbetsmarknaden.

Den fria rörligheten för ekonomiskt icke aktiva unionsmedborgare bygger på att den som vistas i ett annat EU-land kan försörja sig själv. En unionsmedborgare får inte utvisas så länge han inte utgör en orimlig ekonomisk börda för mottagarlandets sociala biståndssystem. En utvisningsåtgärd får dock inte vara en automatisk följd av att unionsmedborgaren sökt socialt bistånd. Mottagarlandet skall beakta om det är fråga om tillfälliga svårigheter, bosättningens längd, den enskildes

[1485] SOU 2005:34 s. 147.

[1486] SOU 2005:34 s. 148 och SOU 1997:153 s. 75.

personliga förhållanden och storleken på det bidrag som beviljats.[1487] Ekonomiskt aktiva personer kan endast utvisas med hänvisning till allmän ordning och säkerhet. I fri rörlighetsdirektivet undantas ekonomiskt icke aktiva personer från rätten till bistånd under vistelsens tre första månader, vilket alltså inte gäller för de ekonomiskt aktiva. Ekonomiskt aktiva personer har alltså rätt till sociala förmåner enligt dels förordning 1612/68, dels fördraget. Några undantag för denna grupp är inte möjliga att göra enligt fri rörlighetsdirektivet 2004/38.

Av EG-domstolens praxis följer att unionsmedborgare kan få *tillfälliga* hjälpbehov tillgodosedda även om rätten att uppehålla sig i landet förutsätter att personen skall försörja sig själv, vilket framkom i *Grzelczyk*-målet. Kravet på att ha en heltäckande sjukförsäkring som gäller i värdlandet ansågs proportionerligt av EG-domstolen i målet *Baumbast och R*, men inte att akutvård skall ingå i försäkringen. Om det är fråga om ett varaktigt hjälpbehov, så har personen inte någon rätt att uppehålla sig i värdmedlemsstaten.[1488]

Unionsmedborgarskapet används i dag för att legitimera begränsade steg i solidaritetens namn (uppifrån och ned) och solidariteten används nerifrån och upp för att skapa en ökad känsla av unionsmedborgarskap.[1489] För denna tredje grupp kan vi konstatera att domstolen inte är lika lyhörd för ekonomiska och politiska skäl som medlemsstaterna framför. Fallen handlar, enligt domstolen, mer om skapandet av en marknad än om migration, vilket leder till att dess praxis om fri rörlighet används till fullo. Detta betyder också att unionsmedborgarskapet för denna grupp har lett till att deras ställning stärkts markant.

5.3.4 Tredjelandsmedborgare

5.3.4.1 Inledning

Fram till att Maastrichtfördraget trädde i kraft bestämde medlemsstaterna själva hur de skulle hantera tredjelandsmedborgare. Gemenskapen slöt dock internationella avtal med artikel 238 som grund. Dessa avtal var bindande för gemenskapen och för medlemsstaterna och gav vissa rättigheter till

---

[1487] SOU 2005:34 s. 151 f. Se också artiklarna 14 och 28 i direktiv 2004/38.

[1488] Jämför artikel 14 direktiv 2004/38 och 8 kap. 2 och 3 §§ UtlL.

[1489] Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 174. Samtidigt kan det vara farligt att gå för fort fram på detta område. En allt för progressiv domstol innebär att mottagarlandets medborgare kan se unionsmedborgarskapet som något negativt. Mål C-274/96 *Bickel och Franz*, REG 1998 s. I-7637; mål C-45/93 *Kommissionen mot Spanien*, REG 1994 s. I-991.

tredjelandsmedborgare. Det viktigaste är EES-avtalet.[1490] Diskriminering på grund av nationalitet är förbjudet enligt detta avtal. Tredjelandsmedborgare som faller inom avtalets tillämpningsområde har samma sociala rättigheter enligt gemenskapsrätten som EU-medborgare. Även associeringsavtalet mellan EEG och Turkiet är av betydelse i detta sammanhang. Avtalet syftade till att främja en förstärkning av ekonomiska och handelsrelationer mellan EEG och Turkiet (artikel 2 p. 1). Genom artikel 12 i associeringsavtalet skulle den fria rörligheten för arbetstagare mellan avtalsparterna successivt stärkas. Artikel 36 i associeringsavtalets protokoll från år 1970 (23 november) och beslut nr 1/80 från den 19 september 1980 anger reglerna för turkiska arbetstagares fria rörlighet.[1491] När den turkiske arbetstagaren anställts enligt en medlemsstats lagstiftning ges han eller hon arbetstagares rättigheter som kan åberopas mot mottagarlandet. Detta följer av artikel 6 p. 1 i beslut 1/80.[1492] Av artikel 10 p. 1 följer att diskriminering på grund av nationalitet mellan gemenskapens arbetare och turkiska medborgare som är korrekt registrerade i mottagarlandet inte får ske i fråga om lön och andra arbetsvillkor. Med protokollets artikel 39 som grund antogs beslut 3/80 den 19 september 1980 som handlar om tillämpningen av sociala försäkringssystem på turkiska arbetstagares och deras familjemedlemmars situation. Därmed blir vissa av reglerna i förordning 1408/71 tillämpliga för dessa personer.[1493] Gemenskapen har således önskat ge de turkiska arbetstagarna liknande rättigheter som gemenskapens egna medborgare. Den stora skillnaden ligger i att de turkiska arbetstagarna inte har någon permanent uppehållsrätt. Rätten till anställning och bosättning beror helt på deras status som arbetstagare eller på relationen till en sådan. Dessutom har de ingen automatisk rätt till fri rörlighet mellan medlemsstaterna.[1494]

EG har också ingått avtal med Marocko, Tunisien och Algeriet, som dock ger färre rättigheter än associeringsavtalet med Turkiet. Detta har sin

---

[1490] The Agreement establishing the European Economic Area, 1992, OJ 1994 L1/3. Norges, Islands och Lichtensteins medborgare (och deras familjemedlemmar) kommer därmed i åtnjutande av gemenskapsrättens regler rörande fri rörlighet.

[1491] Mål C-171/95 *Tetik*, REG 1997 s. I-329.

[1492] Se SOU 2006:87 s. 112 f.

[1493] Kommissionen föreslog att förordning 1408/71 skulle bli tillämplig på tredjelandsmedborgares situation redan år 1997. Förslaget antogs inte. Se KOM(1997) 561 Förslag till rådets förordning i syfte att utvidga förordning (EEG) 1408/71 om tillämpningen av sociala trygghetssystem när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen, till att gälla tredjelandsmedborgare, EGT 6, 10.1.1998.

[1494] Medlemsstaterna har således en stor kontroll över såväl inresa som den första anställningen. Det finns dock en stand still-klausul i artikel 13 beslut 1/80. Jämför också reglerna inom Schengen.

grund i att samarbetet med Turkiet syftar till att Turkiets medlemskapsperspektiv.[1495]

Det var i och med Maastrichtfördraget som tredjelandsmedborgares status hamnade inom gemenskapens kompetens, inom ramen för den tredje pelaren. Därmed blev frågan föremål för mellanstatligt samarbete. Genom Amsterdamfördraget fördes kompetens rörande tredjelandsmedborgare till den första pelaren och avdelning IV (artiklarna 61-63). Amsterdamfördraget innebar också att anställningsvillkor för tredjelandsmedborgare som lagligen vistas på gemenskapens territorium reglerades i artikel 137, vilket betydde att rådet kunde vidta åtgärder i syfte att främja sociala mål som stadgas i artikel 136. Tredjelandsmedborgares sociala rättigheter blev därmed föremål för gemenskapen.[1496] I maj 2003 antog så rådet *förordning 859/2003* som vidgade förordning 1408/71 till tredjelandsmedborgare som tidigare hade varit uteslutna från förordningens tillämpningsområde på grund av deras nationalitet. Därmed fick alla tredjelandsmedborgare samma rättigheter som endast de turkiska arbetstagarna haft enligt beslut 1/80.[1497] Förordning 859/2003 kan dock inte tillämpas när det är fråga om en helt intern situation utan minst två medlemsstater måste beröras av tredjelandsmedborgarens situation. Medborgarskap i ett tredje land är således inte tillräckligt för att förordningen skall bli tillämplig.[1498]

5.3.4.2 Tredjelandsmedborgar, likabehandling och sociala förmåner

EG-fördraget förbjuder diskriminering på grund av nationalitet genom artikel 12 och på grund av kön genom artikel 143 EG-fördraget. Däremot har medlemsstaterna kunnat göra åtskillnad på medborgare från medlemsstaterna å ena sidan och medborgare från tredje land å andra sidan vad avser staternas sociala skyldigheter till de senare. Ett exempel på sådan tillåten diskriminering är *rådets direktiv 2000/43/EG* som implementerar likabehandlingsprincipen mellan personer oberoende av deras ras eller etniska ursprung.[1499] Direktivet antogs på grundval av artikel 13 EG-fördraget. Dess tillämpningsområde framgår av artikel 3 som anger att

---

[1495] Jämför mål C-416/86 *Eddline El-Yassini*, REG 1999 s. I-1209.

[1496] Presidency Conclusions of the Tampere European Council 15-16 October 1999 (SN 200/99); Communication on a Community Immigration Policy, COM(2000) 757 final, 22.11.2000, p. 9-11.

[1497] Av förordning 883/2004 följer att förordning 1408/71 skall fortsätta att vara i kraft och ha effekt vad avser förordning 859/2003 så länge som det senare dokumentet inte ändras eller ersätts.

[1498] Jämför mål C-95/99 *Khalil*, REG 2001 s. I-7413 och mål C-153/91 *Petit mot Office national de l'emploi*, REG 1992 s. I-4973.

[1499] Se p. 12 i preambeln. Direktivet är i Sverige implementerat genom lag (2003:307) som ersatts av diskrimineringslag (2008:567).

direktivet endast skall tillämpas inom ramen för EG-fördraget.[1500] I direktivets artikel 3 p. 2 stadgas att direktivet uttryckligt inte handlar om särbehandling på grund av nationalitet. Sociala förmåner ingår i direktivet genom stadgandet i artikel 3 p. 1. Kommissionen föreslog att sociala förmåner skulle betyda samma sak inom ramen för direktiv 2000/43/EG som det gör när det är fråga om fri rörlighet för arbetstagare.[1501]

År 2003 antogs f*amiljeåterföreningsdirektivet* 2003/86,[1502] vilket ger familjemedlemmar till en tredjelandsmedborgare som har uppehållstillstånd om minst ett år begränsad rätt till utbildning, anställning och yrkesutbildning till exempel.[1503] Det innehåller inte något generellt diskrimineringsförbud som skulle kunna innebära att familjemedlemmarna har rätt att kräva sociala rättigheter på samma grundval som medlemsstatens egna medborgare.

I *rådets direktiv 2003/109*[1504] anges villkoren för att en tredjelandsmedborgare skall anses vara varaktigt bosatt i varje medlemsstat men även villkoren för att en sådan person skall få flytta till en annan medlemsstat och där få bosättningsrätt. Av artiklarna 4-6 framgår att tredjelandsmedborgaren skall ha varit bosatt i medlemsstaten under en sammanhängande period om fem år, ha tillräckliga försörjningsmedel och inte utgöra ett hot mot allmän ordning och säkerhet. Av artikel 11 p. 1 följer att varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare har rätt att behandlas lika i förhållande till värdstatens egna medborgare i fråga om anställning, utbildning, social trygghet, social hjälp och socialt skydd såsom dessa frågor garanteras i nationell lagstiftning. Här ser vi en klar likhet med artiklarna 7 och 8 i förordning 1612/68 och artikel 3 i förordning 1408/71.[1505]

Av direktivets artikel 3 följer att i de fall tredjelandsmedborgarens situation faller inom ramen för något av de bilaterala eller multilaterala avtal EG och medlemsstaterna har slutit med tredje land, bilaterala avtal mellan medlemsstat och tredje land eller någon av de fyra Europarådskonventioner (inklusive Europeiska sociala stadgan) som anges, skall det avtal väljas som

---

[1500] Jämför EG-domstolens yttrande 2/94, REG 1996 s. I-1759.

[1501] COM(1999) 566 *Explanatory Memorandum on the draft Race Directive*, p. 14.

[1502] Rådets direktiv 2003/86/EG av den 23 september 2003 om rätt till familjeåterförening, EUT L 251, 3.10.2003.

[1503] Artikel 14 direktiv 2003/86/EG.

[1504] Rådets direktiv 2003/109/EG av den 25 november 2003 om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares rättsliga ställning, EUT L 16, 23.1.2004. I Sverige implementerat genom UtlL, se prop. 2005/06:77 s. 129 ff. Se a. prop. s. 162 om likabehandling inom ramen för social trygghet, socialt bistånd och socialt skydd.

[1505] Se också rådets direktiv 2009/50/EG av den 25 maj 2009 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad ställning, EUT L 155/7, 18.6.2009.

är till störst fördel för tredjelandsmedborgaren. [1506] De fördrag som inte omfattas av artikel 3 omfattas i stället av artikel 307 EG-fördraget.

För till exempel turkiska, marockanska, tunisiska och algeriska arbetstagare som uppnått status som arbetstagare är inte direktiv 2003/109 förmånligare än de avtal som var i kraft innan direktivet trädde ikraft. Dessa har rätt till likabehandling utan att behöva vänta fem år för att uppnå status som varaktigt bosatt. Men för dem som inte har uppnått status som arbetstagare eller har förlorat den är direktiv 2003/109 till nytta genom likabehandlingsprincipen i artikel 11 p. 1. Dessutom förbjuder artikel 12 att en medlemsstat utvisar en varaktigt bosatt tredjelandsmedborgare endast på grundval av ekonomiska överväganden. Detta torde betyda att utvisning inte kan ske mot bakgrund av att tredjelandsmedborgaren ansökt om social hjälp. Medlemsstaterna har vidare rätt att begränsa likabehandlingen för varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare när det är fråga om socialt bistånd och social trygghet till grundläggande förmåner (artikel 11 p. 4 i direktiv 2003/109). Däremot finns en minimigräns angiven i preambelns p. 13:

> I fråga om socialt bistånd skall möjligheten att begränsa förmånerna för varaktigt bosatta till att gälla endast grundläggande förmåner förstås så att detta begrepp omfattar åtminstone minimiinkomst, bistånd vid sjukdom, graviditet, föräldrabistånd och långtidsvård. Villkoren för dessa förmåner bör fastställas i nationell lagstiftning.

I detta ingår dock inte social trygghet, som för övrigt skall definieras enligt nationell lagstiftning (artikel 11 p. 1 d). Här finns det en skillnad om man jämför med artikel 4 i förordning 1408/71 som anger vilka slags förmåner som skall ingå i begreppet social trygghet. Många tredjelandsmedborgare omfattas inte av direktivet, vilket följer av uppräkningen i artikel 3 p. 2 e). Därmed finns en stor risk att medlemsstaterna kringgår andemeningen i direktivet 2003/109 genom att utfärda begränsade uppehållstillstånd som villkoras på ett sådant sätt att direktivet inte blir tillämpligt även om tredjelandsmedborgaren är bosatt längre än fem år i medlemsstaten.

Situationen för tredjelandsmedborgare ändras inte nämnvärt med Lissabonfördraget. Unionsmedborgare kommer fortsatt att ha rätt till fri rörlighet och bosättning medan tredjelandsmedborgare kan ges dessa rättigheter under vissa villkor.[1507]

[1506] Artikel 3 p. 3. The European Convention on Establishment of 13 December 1955, the European Social Charter of 18 October 1961, the amended European Social Charter of 3 May 1987, the European Convention on the Legal Statsu of Migrant Workers of 24 November 1977.

[1507] Artikel 56 FEUF.

5.3.5 Kommentar

Marshall delade in begreppet medborgarskap i en politisk, civil och social del. Dessa tagna *tillsammans* innebär att individen är en fullvärdig medborgare. Med medborgarskap avsåg Marshall "a status bestowed on all those who are full members of a community. All who possess the status are equal with respect to the rights and duties with which that status is endowed".[1508] Begreppet medborgarskap kan i snäv mening sägas utgöra rätten till att delta politiskt i samhällets styrning, medan en vidare mening enligt Marshalls teori innebär politiska, medborgerliga och sociala rättigheter. EU-medborgarskapet utgörs av ett dubbelt medborgarskap, såväl det nationella som det unionsmässiga, och tar sikte på integration. Det har kommit att bli ett medel för att skydda grundläggande rättigheter i EU och används av lagstiftaren när det gäller socialpolitik och i dess förlängning av domaren och EG-domstolen.[1509] Genom *Martínez Sala*-domen och efterföljande avgöranden kom unionsmedborgarskapet att visa hur EU grundas på solidaritet mellan Europas folk och inte enbart ekonomiska mål. Det kan konstateras att EU-medborgarskapet har fått en större betydelse än enbart en politisk innebörd. Det kan användas och har använts av såväl lagstiftare som domstol för att utveckla sociala rättigheter (jämför artiklarna 18, 12, 42, 149 EGF). Direktiv 2004/38 knyter samman den rättsliga utvecklingen som EU-medborgarskapet kommit att innebära.[1510]

Vi har sett hur viktig likabehandlingsprincipen är i gemenskapsrätten. Den är sedan länge tillämplig på hur medlemsstaterna behandlar migrerande arbetstagare (artikel 39 EG-fördraget) och hur dessa behandlas i den nationella socialrätten (artikel 7 p. 2 förordning 1612/68). Migrerande arbetskraft från medlemsstaterna har rätt till ett stort antal välfärdsrättigheter genom det förbud mot olikbehandling på grund av nationalitet som ställs upp i förordning 1612/68. Förordningen är dock endast tillämplig på migrerande arbetstagare från medlemsstaterna och deras familjemedlemmar. Dessa skall alltså ha utövat sin rätt till fri rörlighet.[1511]

[1508] Marshall, T H, a.a.s. 28 f.

[1509] Guibboni har kritiserat denna utveckling, se Guibboni**,** S, *Free Movement of Persons and European Solidarity* s. 373 f.

[1510] I Sverige blir socialtjänstlagens regler om vistelse och bosättning tillämpliga när det handlar om rätten till bistånd. Rätten till bistånd och hur stort biståndet kan bli avgörs från fall till fall (jämför 2 kap. 2 § och 4 kap. 1 § SoL). Kommunen är alltid skyldig att pröva en ansökan, även om sökanden saknar hemvist i kommunen. De personer som saknar hemvist i kommunen har endast rätt till akut bistånd, vilket följer av Regeringsrättens avgörande i RÅ 1995 ref. 70. Sverige har, som redan påpekats, valt att inte villkora socialt bistånd enligt den möjlighet som artikel 24 p. 2 medger.

[1511] Mål C-138/02 *Collins*, REG 2004 s. I-2703, p. 30–33.

I och med att unionsmedborgarskapet introducerades i Maastrichtfördraget utökades diskrimineringsförbudet på grund av nationalitet till alla unionsmedborgare, oberoende av om de ägnade sig åt någon gränsöverskridande aktivitet. Det finns dock ingen sekundärrättslig lagstiftning som garanterar unionsmedborgare samma sociala förmåner på det sätt som förordning 1612/68 garanterar arbetstagare och deras familjemedlemmar. Vi har dock sett att EG-domstolen fastslagit att artiklarna 12, 17 och 18 EG-fördraget förbjuder diskriminering på grund av nationalitet för alla unionsmedborgare som lagligen vistas i värdstaten och att de har rätt till likabehandling med värdstatens medborgare när det är fråga om icke avgiftsfinansierade förmåner.[1512] I fallen *Martinez Sala*, *Trojani* och *Grzelczyk* ansåg domstolen att förmånerna föll inom ramen för gemenskapsrättens sekundärrätt. Artikel 18 p. 2 var grund för förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet när unionsmedborgaren D'Hoop använde sig av sin fria rörlighet. Vi har också sett att även om unionsmedborgarskapet vidgar den personkrets som har rätt att ta del av en medlemsstats sociala förmåner, så har medlemsstaterna rätt att ställa vissa krav i syfte att skydda sina intressen. I *D'Hoop* och *Collins* var det legitimt att kräva att sökanden hade ett verkligt band till arbetsmarknaden i fråga. Dessa krav skall dock respektera proportionalitetsprincipen. Direktiv 2004/38 villkorar den lagliga uppehållsrätten för ekonomiskt inaktiva med att de skall vara självförsörjande. En medborgare från en annan medlemsstat kan därmed anses inte uppfylla kraven för att få stanna i värdstaten och förlorar sin uppehållsrätt. Men en ansökan om social hjälp skall inte automatiskt leda till utvisning. Proportionalitetsprincipen skall också i detta fall respekteras, enligt *Trojani*-fallet. Vi kan således konstatera att unionsmedborgarskapet inte enbart är symboliskt.

Målen *Martínez Sala* samt *Collins* behandlar frågan om *rätten till social trygghet*, närmare bestämt när en EU-medborgare får en social trygghet endast på grund av sitt medborgarskap. I dessa mål ställer domstolen upp begränsningar av nämnda rättighet och dessa har sin grund i diskrimineringsförbudets räckvidd (en rättighet enbart om den utges i den berörda staten) samt i bosättning. För det senare kravet gäller att om det inte finns något element av fri rörlighet eller om det inte finns något band till staten i fråga, så finns heller inte någon möjlighet för individen att kräva rättigheten.

Domen i Förster-målet öppnar upp för ett slags diskriminering på grund av nationalitet avseende tillgången till sociala förmåner. I fallen *Bidar* och *Förster* var det fråga om likabehandling enligt artikel 12, medan förmåner för

[1512] Mål C-85/96 *María Martínez Sala*; mål C-184/99 *Grzelczyk*; mål C-224/98 *D'Hoop*, mål C-456/02 *Trojani*, REG 2004 s. I-7573.

personer som lämnat den utbetalande staten analyserats enligt artikel 18 EG. Undantaget till likabehandlingsprincipen i artikel 24 p. 1 finns i artikel 24 p. 2 och omfattar studiestöd. Men detta undantag gäller inte utbetalning av socialt stöd och studiestöd i de fall som hänförs till artikel 18 EG. Export av studiebidrag från en medlemsstat till en annan har också medgivits för inte så länge sedan.[1513]

Medborgarskapets sociala sida utgör en viktig del av politiken i den moderna välfärdsstaten som i sin tur är byggd på grundläggande principer om solidaritet och likhet. Hur den finansiella bördan för försörjningsstöden fördelas har därmed en påverkan på vilka som kommer att få ta del av stödet, och därmed hur pass legitimt systemet kan sägas vara.[1514]

Dessa frågor kopplas till EU med allt större intensitet. Genom unionsmedborgarskapet i artikel 17 EG tillförsäkras medlemsstaternas medborgare nya rättigheter, bland annat på det sociala området. Den fria rörligheten, unionsmedborgarskapet och EG-domstolens domar förändrar maktdelningen mellan staterna och unionen, men även inom medlemsstaterna. Rättigheter som genom gemenskapsrätten tillförsäkras enskilda kan innebära en begränsning av medlemsstaternas egna, nationella möjligheter att hantera politiken och värden som för dem är nationellt viktiga. I syfte att finna hur långt solidariteten sträcker sig är det dags att vända uppmärksamheten mot konkurrensreglerna i EG-fördraget som också ställer krav på hur medlemsstaternas välfärdssystem hanteras.

5.4 Konkurrensrättsliga dimensioner på hälsa, bostad och bistånd – en fråga om solidaritet

5.4.1 Inledning

Det sätt på vilket gemenskapsrätten påverkar frågor rörande hälsa, social trygghet och bostad aktualiserar också frågan om hur solidaritet *i* själva EG-fördraget hanteras. Konkurrensrättsreglerna (artiklarna 81-89) syftar att säkra att som syftar till att säkerställa att handeln och konkurrensen inte snedvrids på grund av privata aktörers position eller på grund av att medlemsstaterna otillbörligt gynnar ekonomiska aktörer. I denna grupp ingår statsstödsreglerna (artiklarna 86 p. 2 och 87-89). Detta är också relevant på hälsovårdsområdet, där medicinsk vård är att anse som en tjänst

[1513] Mål C-11/06 och 12/06 *Rhiannon Morgan mot Bezirksregierung Köln* (C-11/06) *och Iris Bucher mot Landrat des Kreises Düren* (C-12/06), REG 2007 s. I-9161.
[1514] Sjöberg, O, *Paying for Social Rights* s. 285.

och därför faller inom ramen för EG-fördraget.[1515] Här finner vi en inbyggd motsägelse i gemenskapsrätten; själva syftet med välfärdspolitiken är att skapa en motvikt till de ojämlika förhållanden som en fri marknad och konkurrens kan skapa, varför det är av intresse att närmare studera vilken verkan konkurrensrätten har på de sociala skyddsnät som nationell rätt och gemenskapsrätten inbegriper.[1516] Därmed fokuserar förevarande delkapitel på hur denna balans hanteras inom EU.

5.4.2 Centrala begrepp

Av artikel 3 p. 1 g) EG-fördraget följer att EG skall innefatta en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids. Samtidigt stadgas i artikel 295 EG-fördraget att fördraget inte skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Staterna får således äga och driva företag och också förstatliga privata företag. Offentliga företag är av betydelse för staternas möjligheter att förverkliga den ekonomiska och sociala politiken.[1517] Men dessa företag kan innebära att konkurrensen på marknaden snedvrids och det är detta som artikel 86 syftar till att balansera. Artikel 86 p. 1 har medlemsstaterna som adressater och lyder som följer:

> Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet artiklarna 12 samt 81-89.

Begreppet *företag* har en gemenskapsrättslig betydelse och har definierats av EG-domstolen.[1518] Domstolen har fastslagit att ”[…] begreppet företag inom ramen för konkurrensrätten omfattar varje enhet som utövar ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering, samt att arbetsförmedling är en ekonomisk verksamhet.”[1519] Avgörande för om en enhet kan definieras som ett företag är således om den ägnar sig åt *ekonomisk verksamhet*, det vill säga verksamhetens natur blir avgörande för vad som kan räknas som ”företag”. Inom begreppet

---

[1515] Räntebidrag enligt nationell bostadspolitik var uppe till bedömning i mål C-484/93 *Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation*, REG 1995 s. I-3955.

[1516] Notera också att EG-fördraget artikel 295 medger att staterna har rätt att välja mellan offentligt och privat ägande; att jämföra med rätten att organisera välfärdsystemen.

[1517] Mål C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfond Textielindustrie*, REG 1999 s. I-5751, p. 103.

[1518] Begreppet företag i artikel 86 är detsamma som i artiklarna 81 och 83, se mål C-309/99 *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Nederländska advokatsamfundet*, REG 2002 s. I-1577, p. 49.

[1519] Mål C-41/90 *Höfner och Elser*, p. 21.

ekonomisk verksamhet ryms all slags aktivitet som syftar till att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad.[1520] Därmed blir också termen företag i artikel 86 mycket vid till sin omfattning. Inom denna vida formulering faller sjukhus och kliniker, läkare, försäkringskassor m.m.[1521] Välfärden kan alltså också organiseras genom marknaden, vilket betyder att den omfattas av EG:s konkurrensrättsregler. Därmed styr gemenskapsrätten också indirekt medlemsstaternas val ifråga om hur socialpolitiken genomförs.

Vad utgör då en ekonomisk verksamhet? Tjänstens allmänna ekonomiska intresse eller att den inte har ett vinstsyfte behöver inte innebära att det inte är fråga om en ekonomisk aktivitet vad avser den fria rörligheten. Tolkningen är vidsträckt. Samtidigt har EG-domstolen i flera fall kommit fram till att sociala trygghetssystem som har sin grund i nationell solidaritet inte är av ekonomisk natur och att företag i konkurrensrättens mening inte är samma sak som ”[…] de organ som medverkar vid förvaltningen av det allmänna systemet för social trygghet fyller emellertid en funktion av uteslutande social karaktär. Denna verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte.”[1522]

I *FFSA* kunde det konstateras att kompletterande social välfärd, såsom särskilda pensioner organiserade av arbetstagarorganisation, ansågs vara en ”undertaking” enligt konkurrensrätten då det fanns en konkurrenssituation mellan de olika försäkringsföretagen. Trots att myndigheterna beslutat att medlemskap för arbetstagare inom vissa sektorer skulle vara obligatoriskt blev konkurrensrätten tillämplig.

Artikel 86 p. 2 riktar sig till de företag som har till uppdrag att tillhandhålla *tjänster av ett allmänt ekonomiskt intresse* (services of general economic interest, SGEI):

> Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

Av artikeln följer att medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag som instrument för att förverkliga den ekonomiska politiken eller skattepolitiken skall medge undantag från fördragets regler i den

---

[1520] Mål C-35/96 *Kommissionen mot Italien*, REG 1998 s. I-3851, p. 36.

[1521] Företagsbegreppet aktualiseras därmed inte när det är fråga om utövande av offentlig makt som inte utgör ekonomisk verksamhet och där staten styr verksamheten direkt, se Edvardsson, E, *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar* s. 126.

[1522] Mål C-159/91 och 160/91 *Poucet och Pistre*, REG 1993 s. I-367, svensk specialutgåva s. I-27, p. 18.

utsträckning som reglerna hindrar fullgörandet av uppgiften. Eftersom det handlar om ett undantag, skall det också tolkas restriktivt.[1523] Begreppet företag är detsamma som i artikel 86 p. 1 EG-fördraget. Undantagsmöjligheten finns endast för de tjänster som anförtrotts uppgifter av ett allmänt ekonomiskt intresse. Att ett företag skall ha ”anförtrotts” innebär att en offentlig myndighet skall ha vidtagit åtgärden att ”anförtro” i sitt utövande av offentlig makt. En officiell handling skall alltså finnas.[1524]

5.4.3 Närmare om tjänster av allmänt intresse

En tjänst av allmänt ekonomiskt intresse faller in under reglerna om inre marknad och konkurrens och nämns uttryckligen i artiklarna 16 och 86 p. 2 EG-fördraget.[1525]

SGEI är ekonomiska tjänster som medlemsstaterna eller gemenskapen bedömer vara av allmänt intresse och därför skall kopplas till särskilda skyldigheter. Exempel är tjänster som tillhandahålls som transport-, post-, energi- och kommunikationstjänster via nätverk, men också annan ekonomisk verksamhet som kopplas till sådana skyldigheter.[1526]

Huruvida tjänsten är ekonomisk eller inte avgörs från fall till fall, utifrån tjänstens karaktär. Avgörande blir om det finns en marknad för tjänsten och om staten har ett solidaritetsansvar eller en företrädesrätt att utöva tjänsten. För att det skall vara en ekonomisk tjänst måste betalning ges för tjänsten, men det behöver inte vara tjänstenyttjaren som betalar för tjänsten.[1527]

Tjänster av allmänt intresse (services of general interest, SGI) introducerades år 1996 som ett övergripande begrepp av kommissionen.[1528] Tjänster av allmänt intresse är tjänster som medlemsstaterna eller gemenskapen anser ligger i det allmännas intresse och som därför omfattas av särskilda förpliktelser. Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse ingår i det övergripande begreppet, men också icke-ekonomiska tjänster såsom statliga tjänster (rättsväsendet till exempel) och tjänster utförda på icke-

---

1523 Mål C-157/94 *Kommissionen mot Nederländerna*, REG 1997 s. I-5699, p. 37. I detta ingår också att proportionalitetsprincipen skall respekteras.

1524 Mål 127/73 *BRT mot SABAM*, REG 1974 s. 313, svensk specialutgåva s. 249, p. 20.

1525 Artikel 16 infördes i och med Amsterdamfördraget 1999. Dessa tjänsters betydelse i främjandet av social och territoriell sammanhållning har därmed erkänts. Edwardsson anser dock att dess rättsliga betydelse kan ifrågasättas, se Edwardsson, E, a.a.s. 123. Hänvisning görs allt oftare till artikel 16 EG-fördraget, varför det också kan antas att dess betydelse ökat.

1526 KOM(2004) 374 slutlig, Vitbok om tjänster av allmänt intresse s. 22. Se också KOM(2003) 270 slutlig, Grönbok om tjänster i allmänhetens intresse.

1527 KOM(2004) 374 slutlig, Vitbok om tjänster av allmänt intresse s. 5 f.

1528 Kommissionens meddelande *Services of General Interest in Europe*, OJ L 281, 26.9.1996.

affärsmässiga grunder (socialt skydd och skola, till exempel). [1529] Även sociala tjänster av allmänt intresse kan alltså omfattas. För samtliga dessa kategorier är också stadsstödsreglerna i artiklarna 87-89 EG-fördraget mycket relevanta, vilket utvecklas nedan.

Det har dock visats svårt att avgöra vad som är icke ekonomiska respektive ekonomiska tjänster av allmänt intresse, vilket föranlett kommissionen att ta fram ytterligare en grupp inom ramen för tjänster av allmänt intresse. *Sociala tjänster av allmänt intresse* (SSGI) kan vara såväl ekonomiska som icke-ekonomiska till sin karaktär.[1530] Kommissionen delar in dessa tjänster i två undergrupper. Den första består av lagstadgade och kompletterande socialförsäkringssystem som täcker risker i livet (åldrande, hälsa, arbetslöshet, arbetsskador, pension, funktionshinder). Den andra gruppen utgörs av tjänster som ges direkt till en individ, till exempel arbetsträning, långtidsvård, social housing, socialassistenttjänster. Den senare gruppen är ofta organiserad på lokal nivå och beroende av offentlig finansiering.[1531]

Önskan att bibehålla en avvägd sjukvård, öppen och tillgänglig för alla samt det faktum att varje medlemsstat behöver ha nationell kompetens på hälsoområdet faller inom det allmänna ekonomiska intresset som tas upp i artikel 86 p. 2. Dessutom medger artikeln åtgärder som kan vara diskriminerande (dock inte godtyckligt). Artikel 86 p. 2 tillsammans med det mer övergripande skälet att hålla samman de sociala trygghetssystemen ger alltså ett skydd för de nationella hälsovårdssystemen.[1532]

Det är viktigt att notera att hälsovård och sociala tjänster uttryckligen exkluderades från SGEI. EG-domstolens domar på hälsovårdsområdet har dock lett till att det blivit svårt att hålla de sociala tjänsterna utanför reglerna för konkurrens och stadsstöd. Hälso- och sjukvård definieras idag som tjänster även när de bekostas av det allmänna. I målet *Smits och Peerbooms*[1533] var det flera medlemsstater som framhöll att sjukhustjänster till sin natur är speciella och därför inte utgjorde någon ekonomisk aktivitet inom ramen för den fria rörligheten för tjänster enligt artikel 50 EG-fördraget.[1534] EG-domstolen höll inte med om detta, utan framhöll att tjänsterna faller inom

---

[1529] Jämför KOM(2004) 374 slutlig, Vitbok om tjänster av allmänt intresse.

[1530] COM(2006) 177, Implementing the Community Lisbon Programme: Social services of general interest in the European Union.

[1531] COM(2006) 177, Implementing the Community Lisbon Programme: Social services of general interest in the European Union s. 5 f.

[1532] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 142.

[1533] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. I-5473.

[1534] Vilket också generaladvokaten höll med om genom att stödja sin argumentation på förenade målen C-159 och C-160/91 *Poucet och Pistre*. Jämför målet C-263/86 *Humbel* där motsvarande argumentation återkommer i fråga om utbildning.

ramen för gemenskapsrätten – tjänsternas speciella natur till trots.[1535] De i målet aktuella sjukförsäkringsfonderna betalade till sjukhusen under kontraktsliknande arrangemang, vilka är att anse som betalning för sjukhusets utförda tjänster:

> För det andra anges i artikel 60 i fördraget att denna artikel tillämpas på prestationer som normalt utförs mot ersättning, och det har tidigare fastslagits att enligt denna bestämmelse är det viktigaste kännetecknet på ersättningen att denna utgör den ekonomiska motprestationen för tjänsten i fråga (domen i det ovannämnda målet Humbel, punkt 17). I det förevarande fallet utgör utbetalningarna av sjukförsäkringskassorna inom ramen för avtalssystemet enligt ZFW, även om de är schablonmässiga, den ekonomiska motprestationen för sjukhustjänsterna och har otvivelaktigt karaktären av ersättning för den sjukhusinrättning som erhåller dem och som bedriver ekonomisk verksamhet.[1536]

Medicinska tjänster, och med det menas också sjukhustjänster, berörs alltså av gemenskapsrätten och därmed skall principerna om likabehandling och tillgång till marknaden tillämpas.[1537] Den nationella lagstiftningen i *Smits och Peerbooms* innebar en begränsning av den fria rörligheten för tjänster. De behov som tjänstemottagarens hemland har i relation till hälsovård lyftes i detta fall fram via EG-domstolens diskussion kring allmänt intresse. Ett tillståndsförfarande för att få ersättning för vård i en annan medlemsstat ansågs vara legitimt och nödvändigt för att folkhälsointresset även fortsättningsvis skulle säkra ett stabilt och avvägt utbud av sjukvård.[1538] Fördragets regler om fri rörlighet är således tillämpliga. Att hantera hälso- och sjukvård inom konkurrensrätten är dock inte helt enkelt. Gemenskapsrättens regler om konkurrens och statsstöd (inklusive offentlig upphandling) är konstruerade för att hantera förhållanden på marknaden. Att tillämpa dessa på ett område som grundar sig på solidaritet och inte

---

[1535] Se a. dom, p. 54 där domstolen hänvisar till målen 279/80 *Webb*, REG 1981 s. 3305, svensk specialutgåva, volym 6 s. 265, samt mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931.

[1536] A. dom, p. 58. EG-domstolen har kritiserats för jämförelsen med målet *Humbel*, se Bernard, N, *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market v Open Method of Co-ordination in EU Social Welfare* s. 270 f.

[1537] Jämför med mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931 i vilket en nationell regel som kräver tillåtelse för en behandling som utförs i en annan medlemsstat, men inte för motsvarande behandling på det egna territoriet, ansågs strida mot artikel 49. Skälet till detta var att effekten av ett sådant krav på godkännande gör det svårare att uppnå fri rörlighet för tjänster inom gemenskapen och gynnar fri rörlighet inom ett och samma land. Detta analyseras närmare i kapitel 6.

[1538] Mål C-157/99 Smits och Peerbooms, p. 105. Tillståndsförfarandet måste dock uppfylla såväl materiella som formella krav, vilket domstolen också preciserar i domen. Se också Barnard, C, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms* s. 362-369 (om hälsoturism).

marknad skulle kunna få stora konsekvenser för utbudet av vårdtjänster och för de nationella systemen som syftar till att trygga vård och social trygghet. De nyare begreppen SIG och SSGI skall därmed ses som försök att förena viktiga nationella sociala preferenser med gemenskapsrättens marknadsmål. SSGI kan preciseras genom att dessa tjänster syftar till att uppnå mål som är inriktade på att erbjuda skydd mot risker i livet, erbjuda stöd vid utmaningar och kriser, tillgodose grundläggande mänskliga intressen. Tjänsterna återspeglar den mångfald som finns hos användarna och det råder ett osymmetriskt förhållande mellan den som ger tjänsten och den som tar emot den. Motsvarande kännetecknar inte kommersiella förhållanden mellan näringsidkare och konsument.[1539]

Vi har alltså sett att hur tjänster av allmänt intresse organiseras och finansieras faller således inom ramen för medlemsstaternas kompetens. I det fall gemenskapsrättens fyra friheter berörs av tjänsterna så kommer reglerna rörande den inre marknaden, konkurrens och statsstöd att aktualiseras. Tidigare ansågs dessa tjänster omfatta telefonnät, television, posttjänster och energidistribution. EG-domstolens praxis har dock lett till att även sociala tjänster – inklusive social trygghet, boende och hälsovård – idag hör till kategorin.

Ett företag som tillhandahåller sådana tjänster behöver inte vara ägt av staten helt och hållet. Även privata sådana räknas hit, förutsatt att det är fråga om en aktivitet som tjänar den allmänna ekonomin. Vad detta är avgörs från fall till fall genom domstolspraxis, vilket också är fallet för vad som kan anses vara en tjänst med allmänt intresse.

Det är därmed dags att närmare studera hur solidaritetsprincipen som de nationella trygghetssystemen grundas på balanseras med marknadsperspektivet inom gemenskapsrätten. Till detta hör också frågan om hur ersättning för utförande av tjänster av allmänt intresse hanteras inom gemenskapsrätten, särskilt avseende sociala tjänster.

5.4.4 Sociala tjänster, solidaritet och konkurrens

5.4.4.1 Balansen mellan välfärd och marknad enligt EG-fördraget – en inledning

Nationella trygghetssystems möte med gemenskapsrättens konkurrensrätt kan illustreras genom fallet *Poucet och Pistre.*[1540] Dessa hade, var för sig, blivit

[1539] KOM(2007) 725 slutlig, Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande s. 7 f.

[1540] Förenade målen C-159 och 160/91 *Poucet och Pistre mot AGF och Cancava,* REG 1993 s. I-637. Jämför mål C-218/00 *Cisal* samt förenade målen C-306/01 och C-354-355/01 *AOK.*

anmodade att betala in pengar till varsin socialförsäkringskassa. Poucet och Pistre menade dock att de borde ha rätt att välja ett privat försäkringsbolag som är etablerat inom EG. De ansåg att de två ”försäkringskassorna” ställde upp ensidiga villkor som endast kan bibehållas då kassorna har en dominant position på marknaden, vilket strider mot EG-fördraget. De nationella instanserna frågade EG-domstolen om en organisation som handhar en särskild socialförsäkring är att se som något som faller in under artiklarna 81 och 82 EGF och vidare om en sådan organisations dominerande position som tillkommit genom en medlemsstats nationella lagstiftning är att anse som förenligt med den gemensamma marknaden.

EG-domstolen förklarar i sin dom att EG-rätten inte har tillerkänts medlemsstaternas befogenhet att organisera sina egna socialförsäkringssystem.[1541] Domstolen framhöll att franska organ som administrerade sjukvårds- och moderskapsförsäkringar i fråga inte var att anse som om de föll inom ramen för gemenskapsrätten konkurrensregler. Försäkringssystemen var obligatoriska och gav en grundpension oberoende av medlemmens ekonomiska situation och hälsostatus när personen blev medlem. [1542] Systemen ifråga byggde dessutom på en idé om omfördelning, vilket innebär att de bidrag aktiva medlemmar gav finansierade direkt de inaktivas pensioner – ett uttryck för solidaritetsprincipen. Solidaritet kom också till uttryck genom att pensionsrättigheter gavs till dem som inte hade gett bidrag till systemet och pensionsrättigheterna var heller inte alltid proportionella till det som mottagaren betalat in. Det rådde också solidaritet mellan de olika grenarna i socialförsäkringssystemet; de som gick med överskott bidrog till de grenar som hade svårigheter:[1543] Organen som förvaltade och administrerade socialförsäkringarna kontrollerades av statlig inspektion och lydde under motsvarande socialdepartementet. Deras möjlighet att påverka medlemmar, användandet av medlen och nivån av ersättningar var dessutom begränsade då de var skyldiga att följa lagstiftningen på området. EG-domstolen kommer fram till att det inte är fråga om ”företag” enligt artiklarna 81 och 82 EG-fördraget då det handlar om en helt icke vinstdrivande verksamhet som grundas på en princip om nationell solidaritet.[1544]

1541 Mål 238/82 Duphar.

1542 Förenade målen C-159 och 160/91 *Poucet och Pistre,* p. 13.

1543 Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 161 f.

1544 Förenade målen C-159 och 160/91 *Poucet och Pistre* p. 18–19. I mål C-67/96 *Albany* ansågs inte solidariteten vara tillräckligt stark. Se Temple Lang, J, *Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Law Rules* s. 45–77; Mossialis, E, och McKee, M, m. fl., *EU Law and the Social Character of Health Care* s. 165–192.

Mot *Poucet och Pistre* kan vi ställa *FFSA*,[1545] som visar att otillräcklig solidaritet i ett socialförsäkringssystem kan innebära att gemenskapsrättens konkurrensregler blir tillämpliga. *Solidariteten måste alltså nå en viss nivå för att socialförsäkringssystemet inte skall hamna under konkurrensreglerna i fördraget.* Målet handlar om ett frivilligt medlemskap, i detta fall för bönder som var egenföretagare, och systemet byggde på att fördelarna grundades helt på de bidrag medlemmarna gjort och på utfallet av de investeringar som den administrerande organisationen gjort. EG-domstolen menade därför att det var fråga om en ekonomisk aktivitet som konkurrerade med försäkringsbolag vilket innebär att konkurrensreglerna i artikel 81 var tillämpliga. Det spelade ingen roll att det fanns ett socialpolitiskt syfte bakom denna konstruktion (den franska regeringen hade skapat organisationen i syfte att skydda en grupp vars inkomst var lägre än andra i samhället och vars ålderspensioner var sämre) och inte heller att det saknades vinstsyfte.[1546]

Solidariteten blir också aktuell i fråga om pensioner. I *Albany*-fallet[1547] ansågs artikel 81 bli tillämplig på en pensionsfond som administrerade ett kompletterande pensionssystem som startats genom ett kollektivavtal i en viss sektor. För samtliga arbetstagare i sektorn var medlemskap obligatoriskt, genom beslut taget av förvaltningsmyndigheter. Solidaritetsprincipen som kom till uttryck var så stark att EG-domstolen ansåg att artiklarna 82 och 86 inte hade kränkts:[1548]

> Om man skulle avskaffa ensamrätten för den fond som förvaltar det kompletterande pensionssystemet för alla arbetstagare i en viss bransch, skulle arbetsgivare med ung och frisk personal som bedriver ofarlig verksamhet försöka att skaffa sig fördelaktigare försäkringsvillkor hos en privat försäkringsgivare. Att ”lågrisker” i allt högre grad försvinner medför en ökande andel ”högrisker” i tjänstepensionsfonden, vilket medför ökade kostnader för arbetstagarnas pensioner, och i synnerhet för arbetstagare i små och medelstora företag med äldre personal som bedriver farlig verksamhet. Fonden kan då inte längre tillhandahålla dessa företag pensioner till en rimlig kostnad.

Pensioner och andra välfärdssystem, som ofta är privat organiserade men utan vinstintresse, behöver ett konstant flöde av medlemmar. För att detta skall fungera, så kräver vissa arbetsgivare att alla deras arbetstagare skall vara medlemmar i ett visst system med vilket arbetsgivaren har ett avtal.

[1545] Mål C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurances*, REG 1995 s. I-4013.

[1546] Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 162 f.

[1547] Mål C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, REG 1997 s. I-5751.

[1548] Mål C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, REG 1997 s. I-5751, p. 108. Se också Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 163.

Domstolen får då problem; hindren på den gemensamma marknaden skall tas bort, men samtidigt finns det skyldigheter på det sociala området enligt EG-fördraget.[1549] Om man hårddrar detta kan domstolen kan äventyra en medlemsstats välfärdsstruktur om systemet i fråga underkänns.

Sodemare-målet rörde ett boende för äldre i behov av särskild omvårdnad. Av nationell lagstiftning följde att det allmänna endast slöt avtal med privata vårdgivare vars verksamhet drevs utan vinstsyfte. Frågan blev om detta kunde strida mot konkurrensrättsreglerna och särskilt om staten missbrukade sin dominerande ställning enligt artikel 82 EG-fördraget. EG-domstolen fram till att gemenskapsrätten inte hindrar nationell lagstiftning som ger sådana privata vårdgivare, vars verksamhet drivs utan vinstsyfte, att ta del i det sociala trygghetssystemet genom att kontrakt sluts med dessa så att det allmänna ersätter kostnaderna för sociala välfärdsförmåner av hälsovårdsnatur.[1550] Domstolen konstaterade att artiklarna 43 och 49 inte inskränkts, då det inte råder någon diskriminering:[1551]

> Den omständigheten att det är omöjligt för bolag som verkar med vinstsyfte att automatiskt få delta i genomförandet av en medlemsstats lagstadgade socialtjänstsystem, genom att ingå avtal som ger rätt att få kostnader för socialvårdstjänster av hälsovårdskaraktär ersatta av de offentliga myndigheterna, kan för övrigt inte försätta bolag med vinstsyfte från andra medlemsstater i en situation som faktiskt eller rättsligt är mindre gynnsam än den situation som gäller för bolag med vinstsyfte i värdstaten.

Detta innebär att artiklarna 43 och 49 EG-fördraget inte hindrar en medlemsstat från att tillåta enbart icke vinstdrivande privata aktörer från att delta i det nationella välfärdssystemet, genom att staten ingår avtal som innebär att staten ersätter aktörerna för att de står för sociala tjänster på hälsovårdsområdet. Detta är logiskt med tanke på att medlemsstaterna har rätt att själva bestämma hur de vill att den sociala välfärden skall organiseras på det nationella planet. Det kan konstateras att EG-domstolen använder solidaritetsprincipen i detta fall för att understryka att EG-rätten inte enbart handlar om obegränsad tillgång till andra medlemsstaters marknader för de ekonomiska aktörerna. Ingen av artiklarna 43, 48 eller 49 hade alltså kränkts

---

1549 Mål C-67/96 *Albany*, p. 59; förenade målen C-270/97 och 271/97 *Deutsche Post mot Sievers*, REG 2000 s. I-929, p. 57.

1550 Mål C-70/95 *Sodemare v. Region Lombardia*, REG 1997 s. I-3395.

1551 Mål C-70/95 *Sodemare*, p. 33. Jämför argumentationen i *Gourmet*-fallet, mål C-405/98, REG 2001 s. 1795 där det konstaterades att det inte var fråga om diskriminering då begränsad alkoholreklam ansågs falla inom ramen för folkhälsoundantaget i artikel 30. Bedömningen huruvida reklamförbudet var proportionerligt ansåg EG-domstolen att nationell domstol skulle få göra.

i detta fall.[1552] Sodemare angav en ny ton i EG-domstolens praxis där domstolen allt tydligare markerar att vissa tjänsters *särskilda natur inte medför att de undgår att inbegripas av tjänstebegreppet i artiklarna 49 och 50*. Därmed ingår dessa tjänster i den fria rörligheten och nationella regler rörande social trygghet kan därför inte exkludera tillämpning av artiklarna 49 och 50 i EG-fördraget.[1553] Detta innebär att ickediskriminering aktualiseras även på socialförsäkringsområdet.[1554] Hatzopoulos föreslår att när det är fråga om ”core solidarity activities” som definieras restriktivt, så begränsas reglerna för den inre marknaden *enbart* när det är fråga om diskriminerande åtgärder.[1555] Det skulle innebära aktiviteter med stark solidaritetskaraktär i sig är ett ”overriding reason” som legitimerar icke-diskriminerande åtgärder.

Det har sedan *Sodemare*-målet kommit ytterligare några fall som är av intresse och som behandlar försäkringar inom hälsovårdsområdet. *AOK*-målet[1556] rörde sjukvårdsfonder, grundade enligt lag, som enligt domstolen inte var att anse som ekonomisk aktivitet då det var fråga om en helt och hållet social funktion som grundas på principen om nationell solidaritet. Kostnader och risker för fonderna fördelades lika mellan medlemmarna och dessa fick också lika stora förmåner oavsett den summa de betalat in.[1557]

5.4.4.2 Solidaritet som undantag från statsstödsreglerna

Ersättning från det allmänna när det handlar om SGEI har analyserats i ett antal domar från såväl förstainstansrätten som EG-domstolen. I målen

---

[1552] Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 163 f.

[1553] Se mål C-158/96 *Kohll* (p. 21), mål C-368/98 *Vanbraekel* (p. 42), mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, (p. 54).

[1554] Jämför med fri rörlighet för varor och artikel 28 i EG-fördraget och målet *Decker*.

[1555] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU*, s. 138.

[1556] Förenade målen C-264/01, C-306/01, C-345/012 och 355/01 *AOK Bundesverband, Bundesverband der Betriebskrankenkassen (BKK), Bundesverband der Innungskrankenkassen, Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Verband der Angesteltenkrankenkassen eV, Verband der Arbeiter-Ersatzkassen, Bundesknappschaft och See-Krankenkassen mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani och Co* (C-246/01), *Mundipharma GmbH* (C-306/01), *Gödecke GmbH* (C-345/01) och *Intersan, Institut für pharmazeutische und klinische Forschung GmbH* (355/01), REG 2004 s. I-2493; Se också mål 218/00 *Cisal di Battistello Venanzio och C Sas v. Istituto nazionale per l'assurazione contro gli infortuni sul lavoro*, REG 2000 s. I-5263; mål T-319/99 *FENIN mot Kommissionen*, REG 2003 s. II-357.

[1557] Jämför fallet *Wouters* där domstolen ansåg att en ekonomisk aktivitet var för handen då det nederländska advokatsamfundet inte grundats på solidaritetsprincipen och då organisationens verksamhet inte var typisk för en myndighet. Mål C-309/99 *Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, REG 2002 s. I-1577, p. 58.

FFSA[1558] och *SIC*[1559] kom förstainstansrätten fram till att *all* ersättning från det offentliga till företag skulle betraktas som stöd enligt artikel 87 och därmed vara anmälningspliktigt. Stödet kunde därvidlag godkännas enligt artikel 86 p. 2 om det anmälts korrekt enligt förfarandet i artikel 88 EG-fördraget.

EG-domstolen ändrade denna praxis år 2001 genom *Ferring*-domen.[1560] Ersättning som inte överstiger vad som är nödvändigt för att utföra tjänster av allmänt ekonomiskt intresse anses sedan dess inte ge det mottagande företaget några förmåner, varför det inte blir fråga om statligt stöd i gemenskapsrättlig mening. År 2003 preciserar EG-domstolen fyra villkor som skall vara uppfyllda för att ersättning för allmännyttiga tjänster *inte* anses vara statligt stöd.[1561] De så kallade *Altmark*-kriterierna innebär följande. För det första skall företaget som tar emot ersättningen skall ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla klart definierade allmännyttiga tjänster. Vidare skall beräkningen av ersättningen ske enligt i förväg fastställda kriterier, på ett transparent sätt. För det tredje får ersättningen inte överstiga vad som krävs för att tillhandahålla tjänsterna. Det sista kriteriet är att ersättningens storlek skall bestämmas genom offentlig upphandling eller på basis av en undersökning av vad det skulle kosta för ett jämförbart företag att utföra tjänsterna.[1562] Altmark-domen handlade om ersättning inom ramen för transporter, vilket är ett område som faller inom ramen för EG:s kompetens.

De konkurrensrättsliga målen skiljer sig från de hälsovårdsmål som utgår från fördragets artiklar om fri rörlighet och som analyseras i nästa kapitel. I de konkurrensrättsliga målen förklarar EG-domstolen att organ som styr

---

[1558] Mål C-174/97 P *Fédération française des sociétés d'assurances, Union des sociétés étrangères d'assurances, Groupe des assurances mutuelles agricoles, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances, Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances och Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances mot Europeiska kommissionen*, REG 1998 s. I-1303.

[1559] Mål T-46/97 *SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA mot Europeiska kommissionen*, REG 2000 s. II-2125.

[1560] Mål C-53/00 *Ferring SA mot Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS),* REG 2001 s. I-9067.

[1561] Mål C-280/00 *Altmark Trans GmbH*, REG 2003 s. I-7747.

[1562] Se också KOM(2007) 725 slutlig, Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande. Meddelandet följer med meddelandet KOM(2007) 724 slutlig, En inre marknad för framtidens Europa och är tänkt att tillämpas av kommissionen till dess att Lissabonfördraget träder i kraft. Lissabonfördraget innehåller förtydligande artiklar om SIG. Jämför kommissionens beslut om tillämpningen av artikel 86.2 i EG-fördraget på statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, 2005/842/EG, EU T L 312/67, 29.11.2005.

sociala trygghetssystem inte kan anses vara ”undertakings for the purpose of the application of the competition rules”. Det handlar därför om att relationen försäkringsgivare – den försäkrade saknar ekonomisk karaktär eftersom den grundas på solidaritetsprincipen, varför konkurrensrättsreglerna inte tillämpas.[1563] Bedömningen görs från fall till fall, vilket i sig kan innebära en del osäkerhet. Viss ledning finns dock i om företaget kan anses utöva offentlig makt och om verksamheten alltid och nödvändigtvis behöver utövas av offentliga organ. Dessa två kriterier torde indikera att konkurrensrätten inte aktualiseras. Om företaget anses nå upp till detta, så kan artikel 86 p. 2 innebära att undantag från konkurrensrättsreglerna görs: Det krävs då att det är fråga om en verksamhet av allmänt intresse.[1564]

Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inom den sociala sektorn behandlas i *BUPA*-fallet från 2008.[1565] Första instansrätten tar där ställning till hur de ovan beskrivna Altmark-kriterierna skall tillämpas i fråga om sjukförsäkringar. Fram till domen i BUPA-målet har dessa tillämpats strikt.[1566] Bakgrunden var den att Irland sedan 1950-talet haft ett system med privata sjukförsäkringar (VHI), som riktade sig till de personer som inte hade rätt att utnyttja det allmänna sjukförsäkringssystemet. År 1991 började det allmänna sjukförsäkringssystemet att erbjuda ett försäkringsskydd till hela befolkningen, oberoende av inkomstnivå. De privata sjukförsäkringarna kom därmed att bli alternativa försäkringsskydd. År 1994 avreglerades marknaden för sjukförsäkringar genom att ny lagstiftning antogs. BUPA bildades enligt de villkor som den nya lagstiftningen ställde upp och tillhandahöll privata sjukförsäkringar i konkurrens med VHI. Samma år skapades ett riskutjämningssystem som syftade till att jämna ut skillnader mellan försäkringsgivare. De privata försäkringsgivare med en bättre riskprofil än den genomsnittliga marknaden skulle betala en avgift till den ansvariga sjukförsäkringsmyndigheten (HIA). HIA betalade sedan ut pengar till de privata sjukförsäkringsgivare med en

---

1563 Jämför Couchair, M, *The Legal Framework in Relation to Patient Mobility*, http://www.iese.edu/en/files/Characteristics%20welfare%20state_tcm4-14312.pdf s. 18. Sidan besökt 2009 08 01.

1564 Vilket hälsovårdstjänster som är tillgängliga till en rimlig kostnad för var och en är, se ovan. I mål C-67/96 *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, REG 1999 s. I-5751 (huruvida ett kollektivavtals regler om obligatorisk tilläggspension stred mot konkurrensrätten) lade domstolen dock till en bedömning som utgår från det ifrågavarande avtalets natur och syfte.

1565 Mål T-289/03 *British United Provident Association mot Europeisk gemenskapernas kommission*, (BUPA), REG 2008 s. II-81.

1566 Se till exempel mål C-451/03 *Calafiori*, REG 2006 s. I-2941 (om skatterådgivning), mål C-237/04 *Enirisorse och Sotocarbo*, REG 2006 s. I-2843 (om energi).

sämre riskprofil än den genomsnittliga försäkringsgivaren. Irland anmälde fonden till kommissionen för godkännande. Kommissionen hade inga invändningar mot vare sig förfarandet eller fonden. BUPA valde att väcka talan mot kommissionens beslut och anförde att riskutjämningsordningen och hanteringen av ersättningen till de privata sjukförsäkringsgivarna inte respekterade artikel 87 EG-fördraget. Kommissionen ansåg i sitt beslut att artikel 86 p. 2 var tillämplig.

Inledningsvis kan det konstateras att förstainstansrätten underströk att staterna har stor tolkningsmarginal i att bestämma vad som utgör tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Den irländska staten hade kvalificerat skyldigheterna som aktörerna skulle iaktta som skyldigheter att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, vilket också anmälts till kommissionen. Statens bedömning kan endast ifrågasättas av kommissionen om ett uppenbart fel har begåtts.[1567] Värt att notera är att flera faktorer i fallet hade kunnat leda till att det inte var fråga om en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Det var fråga om frivilliga sjukförsäkringar som skulle komplettera ett obligatoriskt. Antalet personer som omfattades av det frivilliga systemet var begränsat och så var även dess territoriella räckvidd. I försäkringen ingick också ”lyxförsäkringsskydd”. Priserna för de privata sjukförsäkringstjänsterna var inte reglerade.[1568]

Trots detta ansåg Förstainstansrätten att de etablerade kriterierna från *Altmark*-domen skulle tillämpas men på ett sådant sätt att de särskilda omständigheterna i fallet tas i beaktande. I *BUPA* fanns ingen formell handling som angav att företagen anförtrotts en uppgift eller att de valts ut individuellt, vilket enligt Altmarkdomen är det första kriteriet. Förstainstansrätten ansåg att lagstiftningen som preciserade villkoren för att få ett tillstånd att bli privat sjukförsäkringsgivare uppfyllde detta.[1569] Företagens uppgifter var inte preciserade och kunde variera beroende på hur marknaden såg ut och vilka bedömningar de statliga tillsynsorganen gjorde. Även detta föll inom ramen för det första kriteriet.[1570]

Det andra kriteriet innebär att beräkningen av ersättningen skall ske enligt fastställda kriterier som bestämts i förväg. I fallet *BUPA* fanns inte några sådana kriterier. Det var omöjligt att i förväg beräkna kostnaderna inom riskutjämningssystemet. Förstainstansrätten kom fram till att det kravet ändå var uppfyllt på det fanns öppna och objektiva kriterier för hur en beräkning skulle gå till.[1571] De sista två kriterierna handlar om

[1567] Mål T-289/03 *BUPA*, p. 166-169.
[1568] Mål T-289/03 *BUPA*, p. 202-203.
[1569] Mål T-289/03 *BUPA*, p. 180 och 182.
[1570] Mål T-289/03 *BUPA*, p. 196.
[1571] Mål T-289/03 *BUPA*, p. 289-293.

ersättningens storlek och hur den skall bestämmas. Även om dessa två kriterier inte kunde tillämpas fullt ut så ansåg domstolen att kraven enligt Altmark-domen var uppfyllda.[1572]

Domstolen ansåg inte att kommissionen begått något fel genom att godkänna förfarandet. Den accepterade också att Irland definierat tjänst av allmänt ekonomiskt intresse på ett sådant sätt att tjänster som är mer långtgående än de tjänster som det allmänna grundsystemet för social trygghet erbjuder också inkluderades. Utifrån detta fall kan vi konstatera att medlemsstaterna har alltså ett omfattande utrymme att avgöra om en tjänst är av allmänt ekonomiskt intresse eller ej.[1573] Domen visar också på en mindre strikt bedömning av Altmark-kriterierna än vad som tidigare varit fallet, vilket medför att medlemsstatens skön blir större. Detta har troligtvis att göra med att fallet handlar om sjukförsäkringar. I de andra fallen som behandlat Altmark-kriterierna har det handlat om frågor som rört området där den gemenskapsrättsliga harmoniseringen gått betydligt längre. På det sociala trygghetsområdet (sjukförsäkringar) har medlemsstaterna behållit sin kompetens. Därmed har också EU mindre behov av att kontrollera staterna, varför en minimal kontroll räcker.

5.4.5 Avslutande ord om konkurrens och solidaritet

Vi har i detta delkapitel sett hur svårt det är att förena de nationella sociala trygghetssystemen med de marknadsinriktade reglerna i EG-fördraget. På grund av denna svåra balansgång har domstolen sett sig tvungen att utveckla principen om nationell solidaritet. Principen syftar till att försäkra att gemenskapsrätten inte undergräver livskvaliteten och levnadsstandarden för de unionsmedborgare som inte flyttar till en annan medlemsstat. I det fall där en aktivitet grundas på *nationell solidaritet*, är det därför i vissa fall inte fråga om en ekonomisk aktivitet och därmed kan inte EG-rättens konkurrensregler tillämpas.[1574] Kravet på likabehandling får alltså inte underminera det nationella sociala systemet, trots den risk för snedvridning av konkurrensen som detta kan innebära.[1575]

1572 Mål T-289/03 *BUPA*, p. 237, 238 och 246.

1573 Jämför också mål T-309/04 *TV2 Danmark A/S mot kommissionen*, REG 2008 s. II-0000. Förstainstansrätten utvecklar i denna dom de så kallade Altmarkriterierna.

1574 EU:s legitimitet skulle annars kunna undergrävas, jämför artikel 2 EG-fördraget. Man kan också konstatera att detta kan ses som ett sätt att säkra subsidiaritetsprincipen (defensiv solidaritet och därmed skydda medlemsstaterna), i till exempel artikel 5 EG-fördraget.

1575 ”Rule of reason”. Jämför Norberg, P, *Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik. En studie av den svenska hyresregleringens förhållande till EG:s och Sveriges konkurrensrätt* s. 238.

Den fara för socialrätten som konkurrensrätten innebär balanseras därmed av att den senare har fått en begränsad räckvidd. Detta har skett genom att viss verksamhet har setts som utanför konkurrensrätten på grund av dess karaktär.

6 Materiell rätt i dag – en illustration genom rätten till hälsa

6.1 Inledning

I förevarande kapitel skall den gemenskapsrättsliga rättsutvecklingen rörande rätten att ta del av hälso- och sjukvård analyseras. De till antalet relativt få fallen som avgjorts av EG-domstolen väcker komplexa frågor. De stora frågor domstolen tagit ställning till rör gemenskapsrättens genomslag och betydelse vid de situationer som gäller när patienter har rätt att få vård i en annan medlemsstat, vilka som har rätt till dylik vård, hur vården skall finansieras (ersättningsfrågor) och vilka möjligheter staten har att styra över detta.

Varje välfärdsstat är unik och är en produkt av landets sociala, politiska och ekonomiska historia.[1576] I välfärdsstatens natur ligger att staten genom reglering, finansiering och offentlig produktion är delaktig i relationen som finns mellan dem som ”konsumerar” medicinsk behandling och den som ger behandling, vilket kan motiveras av ekonomisk effektivitet och social rättvisa.[1577] Välfärdsstaten har av hävd varit ett relativt slutet system. Den bygger på att det finns en relation mellan statens territorium och individer, bidrag, förmåner och/eller risker som alla styrs av statens lagstiftning. Det går heller inte att välja bort deltagandet; som medborgare i ett land är man medlem och medborgarna skall dela på det allmännas tillgångar.[1578] Välfärdsfrågor är därför intimt knutna till medborgarnas syn på statsmakten.[1579]

I denna del kommer gemenskapsrättens primär- och sekundärrätt samt EG-domstolens praxis på hälsovårdsområdet att analyseras i syfte att visa hur en rätt till hälso- och sjukvård har kommit att växa fram under de senaste tio åren. För att kunna förstå de spänningar som gemenskapsrätten i dag innehåller, så måste framställningen ta medlemsstaternas nationella

---

1576 Om olika modeller av välfärdsstaten, se Couchair, M, a.a.s. 1. Se också Erhag, T, *Fri rörlighet och finansieringen av social trygghet* s. 64–74.

1577 Lenaerts, K, och Heremans, T, *Contours of a European Social Union in the Case-Law s.* 109.

1578 Flera av medlemsstaternas grundlagar stadgar att hälsovård är en grundläggande rättighet; Finland, Portugal, Belgien, Italien, Luxemburg.

1579 Couchair, M, *The Legal Framework in Relation to Patient Mobility* s. 1.

kontext som utgångspunkt (avsnitt 6.2.1). Därefter kommer de fördragsrättsliga reglerna som explicit omnämner hälsa att beskrivas (avsnitt 6.2.2). Vissa påverkningar på de nationella systemens struktur genom sekundärrättsliga akter berörs kortfattat. Rätten till hälsa inom gemenskapsrätten kommer därefter att beskrivas i avsnitt 6.2, som ett komplicerat nät med interaktion mellan reglerna om den inre marknaden och förordning 1408/71. Rätten till vård i annan medlemsstat analyseras och möjligheten för medlemsstaterna att hävda giltiga undantag kommer att diskuteras. I avsnitt 6.4 diskuteras hur rättsläget i Sverige påverkats av den gemenskaprättsliga utvecklingen och det förslag som med anledning därav presenterades år 2007. Innan kapitlet avrundas med en kort kommentar behandlas det senaste lagstiftningsinitiativet rörande hälso- och sjukvårdstjänster.

6.2 Om hälsobegreppet i gemenskapsrättens primär- respektive sekundärrätt

6.2.1 Inledning

Hälso- och sjukvård inbegriper inte enbart fördelning av medel och byggandet av sjukhus. Varors (mediciner och teknik) samt personers (personal och patienter) fria rörlighet är genom gemenskapsrättens utveckling också relevanta aspekter på hälsovård. Till detta kommer att den fria rörligheten för tjänster tar allt mer utrymme på detta område och att dikotomin mellan privat och offentlig hälsovård håller på att luckras upp. Medlemsstaterna har således rätt att bestämma hur de nationella systemen skall byggas upp, men effekterna av deras verksamhet berör den inre marknaden och konkurrensrätten.[1580] Därmed måste gemenskapsrättens regler respekteras. Det är fråga om stora ekonomiska värden för medlemsstaterna, då upp emot 10 procent av staternas BNP beräknas gå till att bekosta hälsovård.[1581] Av EG-domstolens praxis framkommer att medlemsstaterna är angelägna om att säkra nationell hälsa, då fallen alltid föranleder att många medlemsstater intervenerar.

[1580] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 111.

[1581] http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Healthcare_expenditure samt
http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Healthcare_statistics. Sidorna besökta 2009 10 10.

Varje lands hälsovård måste uppfylla kraven på full territoriell täckning samt vara tillgänglig för samtliga personer på lika villkor.[1582] Annars respekteras inte internationella konventioner på området (och ofta inte heller ländernas egna grundlagar). Dessa krav innebär också att det ställs krav på landets infrastruktur, antalet institutioner som erbjuder hälsovård och personal till dessa institutioner, samt att det skall finnas tillräckligt med specialiserad personal i landet. Allt detta kräver att staten är delaktig i finansieringen av hälsovården. Planering från statens sida behövs alltså för att säkra att alla personer i ett land har tillgång till hälsovård. Vidare är det rimligt att planeringen äger rum på nationell nivå, med tanke på de behov just det specifika landet har. Gemenskapsrättens inblandning i denna planering – med alla dess olika variabler – innebär automatiskt en störning i det nationella systemet.[1583] EG-domstolen måste alltså väga intresset av att erkänna unionsmedborgares rättigheter mot intresset att bevara självbestämmandet i de nationella välfärdssystemen. Medlemsstaternas möjlighet att åberopa tvingande hänsyn är därmed också en viktig faktor att ta i beaktande. Rättigheterna i sig är utlöpare från rättigheter rörande fri rörlighet och vi har i föregående avsnitt studerat situationer där unionsmedborgare erhållit nationella sociala rättigheter genom gemenskapsrätten, rättigheter som de inte hade haft rätt till via den nationella rätten.

Denna rättsutveckling sker mot bakgrund av hur de rättsakter och fördragsbestämmelser som rör tjänster och hälsa är konstruerade. I huvudsak är det frågor om fri rörlighet för tjänster (artiklarna 49 och 50 EG-fördraget) som aktualiseras, men gemenskapsrättens förhållningssätt till hälsa kan också aktualiseras via fri rörlighet för varor och för personer.[1584] I de flesta fall som EG-domstolen haft att ta ställning till har det varit fråga om köp av medicinska tjänster i ett annat EU-land. Förordning 1408/71[1585]

[1582] Jämför de krav som folkrätten ställer upp, se del III.

[1583] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 114. Man kan alltså ställa sig frågan om och hur det är möjligt att använda den inre marknadens principer i denna sfär utan att systemets sätts på spel och nationell solidaritet går förlorad. EG-domstolen dömer i enskilda fall, men måste då också lyckas identifiera nationella åtgärder som proportionerligt och effektivt (alltså i enlighet med gemenskapsrättens krav) lyckas tjäna syftet att bevara de nationella välfärdssystemen.

[1584] Mål C-120/95 *Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés*, REG 1998 s. I-183 behandlar frågan om inköp av en medicinsk produkt.

[1585] Rådets förordning (EEG) nr 1408/71 av den 14 juni 1971 om tillämpning av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras familjer flyttar inom gemenskapen. Se också förordning 118/97 (2 december 1996) samt nr 883/2004 (29 april 2004) on the co-ordination of social security systems. Rådets förordning (EG) nr 118/97 av den 2 december 1996 om ändring och uppdatering av förordning (EEG) nr 1408/71 om tillämpningen av systemen för social trygghet när anställda, egenföretagare eller deras

ger den ursprungliga grunden till detta inom EG-rätten. Innan denna förordning studeras närmare skall hälsobegreppet i primärrätten behandlas.

6.2.2 Hälsa enligt EG-fördraget

Från början tillmättes inte hälsofrågor någon större betydelse i Romfördraget, den enda hänvisningen som relaterar till hälsa är den som stod att finna i artikel 2 – gemenskapens strävan att förbättra levnadsstandarden. Formuleringen är mycket allmän och dess juridiska betydelse oklar, med den har trots detta använts tillsammans med artikel 308 (tidigare artikel 235) i syfte att anta gemensamma program på hälsoområdet.[1586]

I och med Maastrichtfördraget kom avdelningen *Folkhälsa* att för första gången ingå i fördraget. Genom fördraget fick hälsa också en tydligare plats i artikel 3p EG-fördraget. Dessutom togs dåvarande avdelning X (Hälsopolitik, dåvarande artikel 129) in i fördragstexten. Genom artikeln gavs gemenskapen befogenhet att komplettera och samordna på hälsoområdet. Artikelns lydelse var dock inte helt tydlig, varför Rådet antog en resolution i syfte att klargöra dess tillämpningsområde och innebörd.[1587] Av dokumentet följer att, för att gemenskapen skall ha rätt att vidta åtgärder enligt artikeln krävs det att: 1) Ett betydande hälsoproblem skall finnas för vilket preventiva åtgärder behövs, 2) gemenskapsåtgärderna skall komplettera andra åtgärder från gemenskapens sida, 3) åtgärderna skall vara förenliga med sådana åtgärder som andra internationella organisationer vidtar, och 4) de skall respektera subsidiaritetsprincipen. [1588]

Genom Amsterdamfördraget vidgades gemenskapens möjligheter att vidta åtgärder på området. Trots detta ligger kompetensen på hälsovårdsområdet fortfarande främst hos medlemsstaterna, vilket tydligt framgår av artikel 137, framför allt p. 4, som behandlar gemenskapens kompetens på det sociala området. Tillägget innebar trots detta att avsnittet om hälsa kom att förtydligas. I avdelning XIII, Folkhälsa, finner vi så idag artikel 152,[1589] vars första punkt är influerad av försiktighetsprincipen och

---

familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen, samt av förordning (EEG) nr 574/72 om tillämpning av förordning (EEG) nr 1408/71.

[1586] Till exempel kom 1989 Europa mot cancer-programmet och 1991 Europa mot Aids-programmet.

[1587] Council Resolution on Future Action in the Field of Public Health, av den 13 december 1993, OJ 1994 C 15/1.

[1588] Mossialos, E, och McKee, M, m. fl., *EU Law and the Social Character of Health Care* s. 56-65 för en systematisk genomgång.

[1589] Nicefördraget innebar ingen förändring av artikeln. Men se också artiklarna 137 p. 4 och 149 p. 1 EG-fördraget. Av den senare framgår att de beslut som rådet fattar enligt

innebär en stark integrering av hälsoperspektivet i gemenskapspolitiken.[1590] Den erkänner också gemenskapens kompetenser på området avseende förebyggande av hälsoproblem och stödjande av hälsa (notera att det inte står hälsovård). Dessa gemenskapsåtgärder är avsedda att komplettera nationella åtgärder. Inom folkhälsopolitiken skall inbegripas åtgärder i syfte att förebygga problem samt att främja god hälsa. Dessa element samt hälsovård är tre olika fenomen, i vart fall utifrån en folkrättslig synvinkel, ryms inom begreppet hälsa.[1591]

Den andra punkten riktar sig främst till kommissionen, som har till särskild uppgift att stötta och samordna samarbetet mellan medlemsstaterna.[1592] Den tredje punkten behandlar samarbetet med tredje land på området för folkhälsa,[1593] medan den fjärde punkten visar att det finns två mekanismer för de åtgärder som vidtas från gemenskapens sida. Rådet kan, med kvalificerad majoritet, anta rekommendationer på förslag från kommissionen. Vidare kan åtgärder vidtas enligt förfarandet i artikel 251 (medbeslutandeproceduren), men vad det betyder mer exakt är oklart.[1594] Subsidiaritetsprincipens betydelse understryks i p. 5[1595] och

---

artikel 251 inte får innebära någon harmonisering av medlemsstaternas lagar eller andra författningar.

[1590] Artikel 152 p. 1 lyder: En hög hälsoskyddsnivå för människor skall säkerställas vid utformning och genomförande av all gemenskapspolitik och alla gemenskapsåtgärder.

Gemenskapens insatser, som skall komplettera den nationella politiken, skall inriktas på att förbättra folkhälsan, förebygga ohälsa och sjukdomar hos människor och undanröja faror för människors hälsa. Sådana insatser skall innefatta kamp mot de stora folksjukdomarna genom att främja forskning om deras orsaker, hur de överförs och hur de kan förebyggas samt hälsoupplysning och hälsoundervisning.

Gemenskapen skall komplettera medlemsstaternas insatser för att minska narkotikarelaterade hälsoskador, inklusive upplysning och förebyggande verksamhet. En liknande lydelse återfinns i artikel 35 EU-stadgan där det stadgas att en hög nivå av skydd för människors hälsa skall säkerställas, jämför avsnitt 4.4.3.2 ovan.

[1591] Här kan ESK-kommitténs general comments nr 3 och 14 vara av intresse, se ovan del III, avsnitt 3.2.3.2.

[1592] Gemenskapen skall främja samarbete mellan medlemsstaterna på de områden som avses i denna artikel och vid behov stödja deras insatser.

Medlemsstaterna skall i samverkan med kommissionen inbördes samordna sin politik och sina program på de områden som avses i punkt 1. Kommissionen kan i nära kontakt med medlemsstaterna ta lämpliga initiativ för att främja en sådan samordning.

[1593] Gemenskapen och medlemsstaterna skall främja samarbetet med tredje land och behöriga internationella organisationer på folkhälsans område.

[1594] Jämför Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 120.

[1595] När gemenskapen handlar på folkhälsoområdet skall den fullt ut respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Särskilt får inte de åtgärder som avses i punkt 4 a påverka nationella bestämmelser om donation eller medicinsk användning av organ och blod.

därmed kan det konstateras att artikeln i sin utformning liknar artikel 137, vilket innebär att dess betydelse som rättslig grund för lagstiftningsåtgärder är begränsad.[1596] Artikeln syftar till att komplettera de nationella åtgärder som medlemsstaterna vidtar

Vi kan alltså sammanfatta detta med att gemenskapens åtgärder inom ramen för hälsopolitiken är avsedd att stödja och komplettera medlemsstaternas åtgärder. Gemenskapen kan handla inom ramen för ”promotion” och ”prevention”, men har betydligt mindre möjligheter inom området för hälsovård. Av ovan sagda framgår också att det är ytterst sällan som gemenskapsåtgärder på hälsoområdet kan leda till harmonisering. En annan ”tröghet” som dagens struktur medför är att de åtgärder som gemenskapen vidtar måste innebära att ett mervärde uppstår för de nationella åtgärderna. Detta ligger ju också i linje med subsidiaritetsprincipen. Om inte ett mervärde finns, så talar det emot att hälsofrågor hanteras på gemenskapsnivå. Medlemsstaterna har byggt upp och hanterat sina egna system under många år, redan innan gemenskapsrätten var en realitet. Dessutom har gemenskapsrätten under flera decennier inte påverkat frågor som rör hälsa. Varför skall det ändras nu? Det är medlemsstaterna som hanterar och står för finansieringen och som bäst känner till de behov som finns i det egna landet. Det finns dessutom svåra etiska frågor som är intimt kopplade till frågor om hälsa och som varierar mycket från land till land, till exempel synen på abort, organdonation, sexualupplysning mm.[1597]

Den inre marknaden innebär dock att gemenskapsrätten *är* närvarande på socialrättens område och så även vad gäller hälsa. Förutom regler som direkt rör marknaden, så finns det också andra fördragsartiklar som de facto rör hälsa och som medför att hälsa idag utgör relevant gemenskapsrätt. Några exempel i EG-fördraget är artikel 37, som behandlar jordbrukspolitik, artikel 137 p. 1 a, som behandlar socialpolitik, samt miljöfrågor i artikel 174. Fördraget har således såväl direkt som indirekt påverkan på området för hälsopolitiken.

6.2.3 Strukturella förändringar genom Lissabonfördraget

Om Lissabonfördraget träder ikraft så kommer den fria rörligheten för personer, tjänster och kapital samlas i del III (unionens politik och inre åtgärder), avdelning IV FEUF. Den sociala tryggheten för migrerande arbetstagare och deras familjer stadgas i artikel 48 FEUF. Till denna grupp förs också egenföretagare och deras familjemedlemmar, vilket är en logisk

[1596] Se ovan, avsnitt 4.3.3 om artikel 137.

[1597] Jämför Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 121.

följd med tanke på gemenskapsrättens utveckling. Inledningsvis följer artikeln samma uppbyggnad som artikel 42 EG-fördraget. Genom det ordinarie lagstiftningsförfarandet skall medlemsstaterna, enligt st. 1, inrätta ett system om a) sammanläggning av förmånsperioder och b) utbetalning till personer bosatta inom medlemsstaternas territorier.

Det är det andra stycket i artikeln som utgör det nya och som signalerar något väsentligt i rättsutvecklingen. Där stadgas att om en rådsmedlem motsätter sig ett utkast till lagstiftningsakt för att det skulle påverka det nationella systemet negativt, särskilt dess omfattning, kostnader, struktur eller ekonomisk jämvikt, så får den rådsmedlemmen begära att utkastet överlämnas till Europeiska rådet.[1598] I sådant fall upphör det ordinarie lagstiftningsförfarandet tillfälligt. Inom 4 månader är det Europeiska rådet skyldigt att antingen hänskjuta utkastet till rådet (a) eller underlåta att vidta åtgärder (b). I fallet a) återupptas det ordinarie lagstiftningsförfarandet. I fall b) händer ingenting om inte Europeiska rådet begär att kommissionen lägger fram nytt förslag. Den ursprungliga akten skall då ses som icke antagen. Det Europeiska rådet bygger på ett rent mellanstatligt samarbete, genom vilket medlemsstaternas suveränitet kommer till uttryck. Fördragets herrar, medlemsstaterna, har genom att skapa denna institution stärkt sin position. För den sociala tryggheten inom EU innebär det att reformer, som skulle kunna leda till ytterligare sociala rättigheter inom EU, kan bli svårare att genomdriva på politisk väg. Europeiska rådet beslutar endast med enhällighet, vilket framgår av artikel 15 FEU. Utrymmet för EG-domstolen kan därmed komma att öka. Domstolen är nödd och tvungen att döma i de frågor som den får på sitt bord, även om lagstiftaren inte har tagit ställning i frågorna genom att anta lagstiftning.

6.2.4 Sekundärrättens påverkan på nationell rätt – en inledning

Det finns flera sekundärrättsliga akter, mestadels förordningar och direktiv, som direkt eller indirekt påverkar hur de nationella hälsovårdssystemen fungerar. [1599] Rättsakterna kan delas in i tre kategorier. Den första kategorin utgörs av åtgärder som vidtagits för att förverkliga etableringsfriheten samt den fria rörligheten för arbetstagare och tjänster och därmed utgör negativ integration. Den andra kategorin består av åtgärder som syftar till att uppnå fri rörlighet för varor, särskilt mediciner och teknisk utrustning.[1600] Den sista kategorin härrör från EU:s andra politikområden och kan exemplifieras

[1598] Om Europeiska rådet stadgas i artikel 235 FEUF.

[1599] Wyatt, D, *Community Competence to Regulate Medical Services* s. 131-143.

[1600] Åtgärder rörande allmänna säkerhetsregler, namngivning och märkning mm. Se Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 124.

genom försiktighetsprincipen. Denna princip syftar särskilt till att skydda hälsa och anses vara en allmän rättsprincip i EG-rätten, i relation till såväl den gemensamma jordbrukspolitiken som miljöpolitiken. Även åtgärder som vidtas i syfte att implementera avdelning IV EG-fördraget (om visering, asyl och invandring) samt politik inom ramen för tredje pelaren rör frågor om skydd för hälsa och kan hänföras till den tredje kategorin.[1601]

Det är via den inre marknaden som gemenskapsrätten, ofta genom EG-domstolens praxis, på det mest kraftfulla sättet faktiskt påverkar medlemsstaternas nationella hälsovårdssystem, varför det är värt att stanna upp och diskutera den första kategorin. Dessa åtgärder grundar sig på artiklarna i avdelning III (artikel 39 ff.), som ibland fått ytterligare stöd av artikel 308. Det är ursprungligen via de s.k. *General Programmes*[1602] som åtgärder vidtagits i syfte att säkra att arbetstagare som rör sig inom gemenskapens gränser får sociala förmåner och hälsovårdförmåner (till exempel förordning 1408/71). Dessutom har programmen lett till att ömsesidigt erkännande av examina och andra kvalifikationer nödvändiga för den fria rörligheten av tjänster tagits upp av gemenskapslagstiftaren.

Fri rörlighet för dem som *arbetar* inom hälsovård är syftet med den harmonisering som examina och andra kvalifikationer blivit föremål för de senaste decennierna genom reglerna om ömsesidigt erkännande, regler som antagits med stöd av artikel 47 EG-fördraget. Harmoniseringen beskrivs i direktiven som partiell eller minimal, men det kan konstateras att det är den hittills starkaste harmoniseringen som skett inom ramen för yrkeskvalifikationer.[1603] Medan examina och kvalifikationer för yrkesgrupper inom andra områden, advokater och arkitekter, regleras genom ett direktiv för varje profession, så är yrkena på hälsoområdet föremål för två direktiv per yrkeskategori. Det första direktivet anger studiernas längd och innehåll och det andra ekvivalens för examina och kvalifikationer.[1604] Direktiven

---

[1601] Den gemensamma jordbrukspolitiken och hälsa behandlas i mål C-180/96 *UK v. Commission*, REG 1998 s. I-2265, samt i mål C-157/96 *National Farmer's Union v. Commission*, REG 1998s. I-2211. Förordning 1408/71 behandlar tredjelandsmedborgares situation sedan Rådets förordning (EG) 859/2003 antogs.

[1602] 18 december 1961, OJ 1962 L 62/63 och 62/36.

[1603] Det är tydligt att det är just inom ramen för hälsovård som harmoniseringen anses nödvändig. I övrigt är det enbart advokaters och arkitekters professioner som harmoniserats särskilt. Se Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 123 f. Övriga yrkesgrupper faller under EG-domstolens praxis på området samt det generella systemet som Rådets direktiv 89/48 innebär (kompletterat av direktiv 92/51/EG). Idag är det Europaparlementets och rådets direktiv 2005/36/EG om erkännande av yrkeskvalifikationer som är tillämpligt (OJ L 255 22, 30.9.2005).

[1604] Läkare (direktiven 75/362/EEG och 75/363/EEG, vilka ändrades genom direktiv 86/457/EEG; dessa tre direktiv ersattes av direktiv 93/16/EG, som i sin tur ändrats genom direktiven 97/50/EG och 98/63). Sjuksköterskor (direktiven 77/452/EEG och

innebär att den som fått sina kvalifikationer erkända enligt direktivens regler, har rätt att fritt utöva sitt yrke i en annan medlemsstat förutsatt att lokala yrkesregler respekteras.[1605]

Vi kan alltså inledningsvis konstatera att EG-domstolen har kommit att tillämpa reglerna om fri rörlighet på en sektor som traditionellt sett kännetecknas av en minimal marknadsanpassning men av en hög offentlig inblandning.

6.3 Hälsovård och inre marknad – en fråga om rätt till hälsa?

6.3.1 Rätten till vård i annat EU-land

6.3.1.1 Medlemsstatens självbestämmanderätt

Varje medlemsstat är i princip behörig att bestämma hur dess sociala trygghetssystem skall utformas, vilket också inkluderar sjukförsäkringssystemets och sjukvårdens uppbyggnad och organisation.[1606] Den nationelle lagstiftaren har därmed också rätt att bestämma villkoren för rätten/skyldigheten att ansluta sig till ett nationellt socialt trygghetssystem,[1607] men även vilka villkor som är gällande för rätten till förmåner.[1608] Medlemsstaterna måste dock beakta gemenskapsrättens krav avseende fri rörlighet och diskriminering när de utövar denna behörighet.[1609]

77/453/EEG). Tandläkare (78/686/EEG och 78/687/EEG). Veterinärer (direktiven 78/1026 och 78/1027). Barnmorskor (direktiven 80/154/EEG och 85/433/EEG). Farmaceuter (direktiven 85/432/EEG och 85/433/EEG).

[1605] Jämför mål C-340/89 *Vlassopoulou*, REG 1991 s. I-2357 samt C-285/01 *Burbaud*, REG 2003 s. I-8219. Om Lissabonfördraget träder i kraft, kommer ömsesidigt erkännande av examensbevis att stadgas i artikel 53 FEUF.

[1606] Mål C-120/95 *Decker*, mål 232/82 *Duphar*, mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. 5473, p. 45-46; mål C-70/95 *Sodemare*, REG 1997 s. I-2343, p. 32; mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 20; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, REG 2003 s. I-4509, p. 38.

[1607] Mål 110/79 *Una Coonan mot Insurance Officer*, REG 1980 s. 1445; mål C-372/04 *Watts*, p. 92.

[1608] Mål C-4/95, 5/95 *Fritz Stöber* (C-4/95) *och José Manuel Piosa Pereira* (C-5/95*) mot Bundesanstalt für Arbeit*, REG 1997 s. I-00511; mål 110/79 *Una Coonan mot Insurance Officer*, REG 1980 s. 1445; mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931.

[1609] Mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 17-19; mål C-135/99 *Ursula Elsen*, p. 33; mål C-120/95 *Decker*, p. 23 (om fri rörlighet för varor); mål C-385/99 *Müller-Fauré*, p. 100;

Systemet med förhandstillstånd för sjukhusvård i annan medlemsstat är i sig intressant, då det kopplats till medlemsstaternas skyldighet att kunna erbjuda tillgänglig vård av hög kvalitet till alla medborgare.[1610] Det är ju trots allt så att det fortfarande är upp till varje enskild medlemsstat att själv bestämma utformningen av socialpolitiken. Genomförandet av de grundläggande friheter som säkerställs genom fördraget förpliktar medlemsstaterna att göra vissa förändringar i sina nationella system för social trygghet men det innebär inte att deras suveräna behörighet på området kränks.[1611]

Dispositionen för detta delkapitel är följande. Inledningsvis behandlas rätten till hälso- och sjukvård inom ramen för fri rörlighet för personer, varor respektive tjänster. Därefter diskuteras hur förhandstillstånd regleras inom dels förordning 1408/71, dels artikel 49 EG-fördraget. I det senare fallet utgör förhandstillstånd en del av de möjligheter till undantag som kan medges för den fria rörligheten för tjänster. Hur ersättning för förmånerna respektive tjänsterna hanteras analyseras innan delkapitlet avslutas med en sammanfattande kommentar.

6.3.1.2 Fri rörlighet för personer: Förordning nr 1408/71

Vårdförmåner är sociala trygghetsförmåner och inryms därför under förordning 1408/71 och dess artikel 4 p. 1.[1612] De omfattas inte av förordningens exportabilitetsprincip som stadgas i artikel 10 p. 1. Särskilda regler i artiklarna 19 och 22 medger att vårdförmåner under vissa förutsättningar kan erhållas i annat EU-land. Artikel 36 behandlar hur ersättningen mellan de inblandade institutionerna skall hanteras. Av artikel 22 följer att en medborgare i en medlemsstat som vill ha vård i en annan medlemsstat måste få tillstånd för detta av kompetent nationell myndighet.[1613] När tillstånd väl har getts, har förmånstagaren rätt till såväl naturaförmåner som kontantförmåner. Förordningen 1408/71 ger således patienter rätt att resa till annan medlemsstat på bekostnad av den behöriga medlemsstaten, vilket är hemlandet eller det land som är ansvarigt för personens sjukvård genom att ansvarig sjukförsäkringsinstitution finns i det landet. Patienten får rätt till vård i värdstaten, enligt dess lagar, som om han vore försäkrad där i och med att förhandstillstånd erhållits.

Den behöriga medlemsstaten är vidare skyldig att ge tillstånd till behandling när 1) behandlingen ifråga är en sådan behandling som staten själv ger som en förmån enligt dess egen lagstiftning, och 2) sådan

---

mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 44–46; mål C-56/01 *Inizan*, p. 17; mål C-372/04 *Watts*, p. 92.

[1610] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 92.

[1611] Mål C-372/04 *Watts*, p. 121; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 100 och 102.

[1612] Jämför ovan avsnitt 5.2.2.1.

[1613] Utom när det är fråga om akutvård.

behandling inte kan ges inom en tidsrymd som är medicinskt motiverat när hänsyn tas till patientens hälsotillstånd och sjukdomsutveckling.[1614]

Nämnda förordning gäller endast för de kategorier som finns uppräknade i dess artikel 2, nämligen anställda (eller tidigare anställda), egenföretagare, studenter och deras anhöriga.[1615] Det går dock inte att undgå att artikel 49 EG-fördraget har en större räckvidd än nämnda förordning och omfattar alla inom gemenskapen när de handlar som tjänsteutövare eller som tjänstemottagare, förutsatt att de är etablerade på gemenskapsterritoriet.[1616] Bilden kommer dock att ändras något när den nya förordningen nr 883/2004 träder i kraft och därmed ersätter förordningen från 1971.[1617] Den gamla indelningen i anställd, egenföretagare etc. kommer då att försvinna. Den nya förordningen utgår i stället från unionsmedborgaren, vilket följer av artikel 2.[1618]

Medlemsstaternas önskan att behålla kontrollen över hälsopolitikens utformning och de nationella sociala trygghetssystemen har medfört att EG-domstolens praxis vid flera tillfällen kommit att tvinga fram ändringar i förordning 1408/71. Kontrollåtgärder från medlemsstaternas sida, såsom krav på förhandstillstånd för att det allmänna skall ersätta vård som ges i annan medlemsstat, har ansetts kollidera med den av EG-domstolen skapade rättsutvecklingen för artiklarna 49 och 50, vilka behandlar fri rörlighet för tjänster.[1619] Medicinsk behandling utgör en tjänst och faller därmed under EG-fördragets regler om fri rörlighet, trots att tjänsterna är kopplade till den offentliga sektorn.

6.3.1.3 Fri rörlighet för varor

Decker, en luxemburgsk medborgare, gjorde en ansökan till sin sjukkassa om att få ersättning för ett par glasögon som köptes hos en optiker i Belgien på recept från läkare etablerad i Luxemburg.[1620] Han begärde därefter

---

[1614] Artikel 22 p. 2 förordning nr 1408/71.

[1615] Begreppet arbetstagare skall tolkas generöst inom EG-rätten (jämför mål 53/81 *Levin*, REG 12982 s. 1035), särskilt avseende förordning 1408/71. Detta framgår av mål C-118/96, *Jessica Safir*, REG 1998 s. I-1919. Jämför mål 36/74 *Walrave*, REG 1974 s. 1405 (om deltidsanställda); förenade målen 115 och 116/81 *Adoui och Cornuaille*, REG 1982 s. 1665 (om utövande av sport); mål C-196/87 *Steymann*, REG 1988 s. 6159 (om aktiviteter i ett religiöst samfund); mål C-292/89 *Antonissen*, (om arbetslös arbetssökande).

[1616] Idag gäller förordning 1408/71 även tredjelandsmedborgare (genom förordning nr 859/2003) och studenter. Jämför mål C-484/93 *Gustavsson och Svensson*, REG 1995 s. I-3955.

[1617] OJ L 166, 30.4.2004 s. 1-123. Förordning 883/2004 träder i kraft den 1 mars 2010. Jämför artikel 91 förordning 883/2004 och dess tillämpningsförordning.

[1618] Artiklarna 18 p. 2 och 19 p. 1 i förordning 883/2004 stadgar att gränsarbetstagarens familj har rätt att söka om sjukförsäkring från den behöriga medlemsstaten.

[1619] Förenade målen 286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone*, REG 1984 s. 377.

[1620] Mål C-120/95 *Decker*, REG 1998 s. 183.

ersättning för inköpet hos sin sjukförsäkringskassa. Kassan nekade honom ersättning, då inköpet skett utomlands utan förhandstillstånd från sjukkassan. Decker överklagade beslutet med åberopande av att det stred mot EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för *varor* i artikel 28. Nationell domstol ogillade talan på grunden att den inte hade något samband med den fria rörligheten för varor. Domstolen ansåg att det i stället var en fråga som rörde social trygghet och därmed förordning nr 1408/71, varför den beslutade att titta närmare på om den nationella socialförsäkringslagen och föreskrifterna från sjukförsäkringskassan kunde vara tillämpliga på tvisten.[1621] I sin tur ledde detta till en begäran om förhandsavgörande. Som vi även kommer att se nedan i fallet *Kohll*, så är förordningens artikel 22 av betydelse vid ersättningsfrågor på det sociala området.[1622] Den nationella domstolen ställde sig också frågan om bestämmelserna var förenliga med artiklarna 28 och 30 i fördraget, eftersom de medger att ersättning kan nekas då ett förhandsbeslut inte erhållits.[1623]

EG-domstolen pekar i sin dom på, efter att ha kort refererat till medlemsstaternas behörighet på sociala trygghetsområdet,[1624] att *Duphar*-målet redan visat att nationella regler kan påverka till exempel försäljning av en viss produkt eller ha en indirekt påverkan på importmöjligheterna, vilket faktiskt omfattas av EG-fördragets regler om den fria rörligheten. Att det är en fråga om en vara som är kopplad till social trygghet innebär alltså inte att artikel 28 EG-fördraget inte skulle vara tillämplig.

Vidare understryker domstolen att även om de nationella bestämmelserna är förenliga med förordning nr 1408/71 så behöver det *inte*

[1621] Socialförsäkringslagen artikel 60 p. 2 lyder: För att de försäkrade skall kunna erhålla behandling i utlandet krävs det samtycke från sjukkassan, såvida det inte rör sig om akutvård vid olycksfall eller sjukdom som har inträffat utomlands. Sjukkassan kan inte vägra samtycke om behandlingen i utlandet tillstyrks av den läkare som behandlar den försäkrade och av en förtroendeläkare eller om den nödvändiga behandlingen inte kan erhållas i Storhertigdömet". Ersättning för glasögon regleras både i UCM:s föreskrifter och i kollektivavtal slutet av optikernas branschförbund, och schablonbeloppet hade satts till högst 1600 LFR.

[1622] Jämför också mål 182/78 *Pierik I*, REG 1978 s. 825, se nedan avsnitt 6.3.2.1.

[1623] Decker menar att det strider mot den fria rörligheten för varor, medan Luxemburg och flera medlemsstater framhåller att så inte kan vara fallet eftersom det handlar om social trygghet vilket i sig inte omfattas av EG-fördraget. Medlemsstaterna understryker att EG-fördraget i vart fall inte kan hindra att de nationella bestämmelserna behålls.

[1624] EG-domstolen håller med om att medlemsstaterna har rätt att utforma sina nationella system för social trygghet, något som till exempel fallet Duphar (ovan) också bekräftar. Den nationella lagstiftaren har behörighet att bestämma villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett dylikt system (mål 110/79) och också vilka villkor som gäller för rätten till förmåner (mål C-4/95 och mål C-5/95). Av praxis framgår också att medlemsstaterna måste beakta och respektera gemenskapsrätten vid utövandet av sin behörighet.

automatiskt betyda att de är förenliga med EG-fördraget.[1625] Syftet med förordningen är att ge en försäkrad person, som fått tillstånd från behörig institution att åka till annan medlemsstat för att få den vård som hälsotillståndet kräver, möjlighet att få sjukvårdsförmåner utan att den försäkrade drabbas av ökade kostnader. Förmånerna ges för den behöriga institutionens räkning, men enligt bestämmelserna i det land där tjänsten utförs.[1626] Syftet med förordningen är alltså *inte* att reglera kostnader för inköp av sjukvårdsprodukter som inköpts i annan medlemsstat. Den hindrar därför inte heller att medlemsstaterna ersätter kostnader enligt taxorna i den behöriga staten, inte ens när det saknas förhandstillstånd. Frågan är då om de nationella bestämmelserna kan anses förenliga med fördragets regler om fri rörlighet för varor, särskilt artikel 28, vilket Decker och Kommissionen framhåller; att betalningsansvar som förutsätter ett förhandstillstånd på det sätt som är i fallet utgör hinder för den fria rörligheten. EG-domstolen menar också att så är fallet. För de som är försäkrade är det gynnsammare att köpa glasögon i Luxemburg än i annan medlemsstat, då den situationen inte kräver tillstånd för att ersättning skall utgå. EG-domstolens slutsats blev således att den fria rörligheten för varor hindrades i och med diskrimineringen. Den fria rörligheten kan dock begränsas om sakliga skäl till detta finns. Dessa skäl avseende hälso- och sjukvård behandlas närmare nedan i avsnitt 6.3.2.2.[1627]

6.3.1.4 Fri rörlighet för tjänster

Ett av de allra första stegen till att skapa en plattform för en rätt till vård i annan medlemsstat, på grundval av fördraget, skedde då EG-domstolen avkunnade dom i *Luisi och Carbone*-målen.[1628] Där klargjordes att

---

[1625] Mål C-120/95 *Decker*, p. 22.

[1626] A. dom, p. 28.

[1627] Luxemburg framhöll att bestämmelserna var nödvändiga för att kontrollera sjukvårdskostnaderna. I Deckers fall skulle dock kostnaden inte bli en annan och vidare kan inte ekonomiska hänsyn motivera att den fria rörligheten inskränks. Men om det sociala trygghetssystemets ekonomiska balans rubbas, så skulle det kunna vara att anse som ett tvingande hänsyn av allmänintresse som kan motivera ett hinder (a dom p. 38–39). Så var dock inte fallet här. Inte heller kunde de försäkrades rätt till en viss vårdkvalitet anses utgöra ett tvingande hänsyn; folkhälsan ansågs inte vara ett tvingande hänsyn av allmänt intresse som legitimerade hindret. Av p. 42, a. dom följer: I detta avseende finns det anledning att framhålla att villkoren för att få tillträde till och utöva de reglerade yrkena har behandlats i rådets direktiv 92/51/EEG av den 18 juni 1992 om en andra generell ordning för erkännande av behörighetsgivande högre utbildning, som komplement till direktiv 89/48/EEG (EGT L 209 s. 25), och i kommissionens direktiv 95/43/EG av den 20 juli 1995 om ändring av bilagorna C och D till direktiv 92/51 (EGT L 184 s. 21).

[1628] Förenade målen 286/82 och 26/83 *Luisi and Carbone*, REG 1984 s. 377. Före detta avgörande fanns flera instrument rörande tjänstemottagare, såsom rådets direktiv nr 73/148 av den 21 maj 1973.

hälsotjänster faller inom ramen för artiklarna 49-50 EG-fördraget (”ekonomisk” grundläggande frihet) samt att mottagare av tjänster har samma rättigheter som tjänsteutövare.[1629] Klagandena (båda bosatta i Italien och italienska medborgare) hade i dessa fall tagit med sig stora summor pengar till annan medlemsstat i syfte att där ta emot tjänster, närmare bestämt medicinsk behandling respektive turism. Att ta med sig pengar till utlandet var förbjudet enligt italiensk lagstiftning.

EG-domstolen konstaterade inledningsvis att tjänster, enligt ordalydelsen i artikel 50, utförs mot ersättning och inte faller in under de artiklar som behandlar fri rörlighet för personer, varor eller kapital. Av artikel 49 följer vidare att restriktioner i rätten att tillhandahålla tjänster skall tas bort för de personer som är etablerade i en annan medlemsstat än det land där tjänsten utförs. Den som utför tjänsten har rätt att åka till ett annat medlemsland för att där utföra tjänsten, eller så kan den som vill ha tjänsten förflytta sig till den medlemsstat där tillhandahållaren är etablerad. Det första fallet framgår klart och tydligt av artikel 50,[1630] medan det andra fallet är en följd av förverkligandet av den fria rörligheten av varor, personer och kapital.[1631] Just detta gradvisa förverkligande av den fria rörligheten blir sedan föremål för EG-domstolens fortsatta analys.[1632] Det som är viktigt för denna

---

[1629] Mål 286/82 och 26/83 *Luisi and Carbone*, p. 16.

[1630] Artikel 50 lyder: Som tjänster i detta fördrags mening skall anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Med tjänster, skall särskilt avses verksamhet

– av industriell natur,

– av kommersiell natur,

– inom hantverk,

– inom fria yrken.

Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i kapitlet om etableringsrätt får den som tillhandahåller en tjänst tillfälligt utöva sin verksamhet i det land där tjänsten tillhandahålls på samma villkor som landet uppställer för sina egna medborgare.

I artikel 50 omnämns fria yrken (activities of the professions) som ett exempel på tjänster. Artikel 47 p. 3 behandlar särskilt ömsesidigt erkännande av examina för vårdrelaterade yrken och artikel 55 anger att artiklarna 45–48 (om etableringsfrihet) skall tillämpas på tjänstekapitlet i fördraget. Detta sammantaget tyder på att redan utifrån en tolkning av fördraget så torde hälsovårdstjänster falla inom ramen för primärrätten.

[1631] A. dom, p. 10.

[1632] Mål 286/82 och 26/83 *Luisi and Carbone*, p. 17–23

Rådets direktiv nr 64/221 av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning, och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa (Journal officiel, 1964 s. 850) samt Rådets direktiv nr 73/148 av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster (Journal officiel nr L 172 s. 14). Direktiven är idag upphävda.

framställning är dock att EG-domstolen slår fast att turister, personer som får vård och personer som gör studie- eller affärsresor skall anses som mottagare av tjänster, då friheten att tillhandahålla tjänster även innebär en frihet att bege sig till en annan medlemsstat för att ta emot en tjänst.[1633]

Luisi och Carbone samt *Grogan* gällde dock inte fall där vård gavs inom ramen för ett socialt trygghetssystem, vilket blev nästa fråga för EG-domstolen att ta ställning till.[1634] EG-domstolen framhåller i *Kohll*-domen att gemenskapsrätten inte inkräktar på staternas rätt att utforma sina egna sociala trygghetssystem i avsaknad av harmonisering på området, men det faktum att en tjänst är beskaffad på ett visst *sätt* hindrar ju inte att den omfattas av gemenskapsrätten.[1635] Utgångspunkten för EG-domstolen i Kohll-målet är att EG-rätten måste respekteras vid staternas utövande av befogenheten att organisera sina nationella system, vilket betyder att artikel 49 och 50 kan vara tillämpliga även om det rör nationella regler om social trygghet.[1636]

6.3.1.5 Kommentar

Medlemsstaterna måste således beakta gemenskapsrättens krav avseende fri rörlighet och diskriminering när de utövar denna behörighet.[1637] Dessa krav ställs främst genom den fria rörligheten för tjänster, artiklarna 49 och 50 EG-fördraget. De rättigheter som artiklarna stadgar tillkommer såväl den som tar emot en tjänst, som tjänstegivaren.[1638] Vad detta innebär rent

---

[1633] Artikel 106 p. 3 anses dock av EG-domstolen vara underordnad artikel 106 p. 1 och 106.2, varför den lista på transaktioner som omfattas av ett gradvist avskaffande av transaktioner inte kan anses tillämplig, se a. dom p. 17–18. *Luisi and Carbone*-målen följs upp av mål C-159/90 *Society for the Protection of the Unborn Children Ireland v. Grogan*, REG 1991 s. I-4685 där det bekräftas att medicinska tjänster faller inom ramen för artikel 49 EG-fördraget (se p. 18–20).

[1634] Mossialos, E, och McKee, M, m. fl., *EU Law and the Social Character of Health Care* s. 83–105.

[1635] A. dom, p. 20.

[1636] Medlemsstaterna som intervenerade framhöll att EG-domstolens tidigare praxis visar att gemenskapsrätten medger att staterna skall organisera de nationella trygghetssystemen och att det är nationell lagstiftning som bestämmer villkoren för rättigheten/skyldigheten att tillhöra ett trygghetssystem samt villkoren för när någon har rätt till sociala förmåner. Flera medlemsstater ansåg att de nationella bestämmelserna i fråga inte kan omfattas av EG-rättens regler om friheten att tillhandahålla tjänster, eftersom de rör social trygghet och ville därför att reglerna endast skulle prövas mot artikel 22 i förordning nr 1408/71.

[1637] Mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 17–19; mål C-135/99 *Ursula Elsen*, p. 33; mål C-120/95 *Decker*, p. 23 (om fri rörlighet för varor); mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 100; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 44-46; mål C-56/01 *Inizan*, p. 17; mål C-372/04 *Watts*, p. 92.

[1638] Förenade målen C-286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone*, REG 1984, p. 10; mål C-120/95 *Decker*; mål C-372/04 *Watts*, p. 87.

konkret inom området för hälso- och sjukvård skall jag analysera i detta kapitel. Eftersom vård, medicinsk verksamhet, faller inom tillämpningsområdet för artikel 50,[1639] finns det en rätt för den enskilde att ta emot den medicinska tjänsten – vården – i en annan medlemsstat. Det görs inte heller någon skillnad mellan vård på sjukhus och vård som utförs utanför sjukhus vad avser artiklarna 49 och 50.[1640] Dessa artiklar är dessutom tillämpliga på medicinska tjänster som utförs inom ramen för ett socialt trygghetssystem; att tjänsten är beskaffad på ett visst sätt undantar den nämligen inte från gemenskapsrättens tillämpning.[1641] Det spelar inte heller någon roll hur det nationella hälso- och sjukvårdssystemet är organiserat eller finansierat.[1642] Artikel 49 utgör hinder mot tillämpning av nationell lagstiftning som leder till att det blir svårare att tillhandahålla tjänster mellan medlemsstater än inom en medlemsstat.[1643] *Samtliga* gemenskapsrättsliga regler om fri rörlighet skall respekteras när medlemsstaterna organiserar de nationella trygghetssystemen.[1644]

Vi kan inledningsvis kort konstatera att det finns gemensamma nämnare mellan skyddet för hälsovård under artikel 49 EG-fördraget och förordning 1408/71. Till att börja med så innebär båda att ingen medlemsstat har rätt att diskriminera eller vägra ge vård till medborgare från andra medlemsstater. I vart fall inte då vårdinstitutionerna är bundna av EG-rätten.[1645] Patienter kan heller inte tvingas betala mer för vården beroende på om de fått förhandstillstånd eller inte.[1646] De gemenskapsrättsliga reglerna tillämpas heller inte olika beroende på hur medlemsstaternas sociala

---

[1639] Mål C-159/90 *Society for the Protection of the Unborn Children Ireland mot Grogan*, REG 1991 s. I-4685, p. 18; mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 19; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. I-5473, p. 53.

[1640] Mål C-368/98 *Vanbraekel*, REG 2001 s. I-5363, p. 41; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 53; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 38; mål C-56/01 *Inizan*, p. 61.

[1641] Mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 20–21.

[1642] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. 5473, p. 55–56; mål C-372/04 *Watts*, p. 89–90.

[1643] Mål C-372/04 *Watts*, p. 94; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 61; mål C-381/93, *Kommissionen mot Frankrike*, REG 1994 s. I 5145, p. 17; mål C-158/96 *Kohll*, p. 33.

[1644] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 129 samt Mossialos och McKee, a.a.s. 92. I Decker klargjorde domstolen att medlemsstaternas hälsovårdssystem också skall respektera fri rörlighet för varor (artikel 28 EG-fördraget), vilket redan Duphar-målet understrukit. Hatzopoulos menar att *Kohll* kan ses som motsvarigheten till Decker/Duphar-doktrinen, men på tjänsteområdet. Duphar-målet visar på att dessa åtgärder kan påverka till exempel försäljning av en viss produkt eller ha en indirekt påverkan på importmöjligheterna, något som faktiskt omfattas av Romfördragets regler om den fria rörligheten. Att det är en fråga som rör social trygghet innebär alltså inte att artikel 30 inte skulle vara tillämplig.

[1645] Detta stadgas för förordningens del i mål 182/78 *Pierik II*, REG 1979 s. 1977.

[1646] Mål C-411/98 *Ferlini*, REG 2000 s. I-8081.

trygghetssystem är organiserade, vilket framkommer i *Müller-Fauré och van Riet*-målet. Det spelar alltså ingen roll om det är fråga om ett nationellt system där patienten ges ersättning för vårdutgifter eller om patienten erhåller vården som förmån. Däremot är det ju fortfarande hemlandet och patientens heminstitution/myndighet som bestämmer vilken behandling som täcks av socialförsäkringssystemet, vilket också kan utläsas av artikel 22 förordning nr 1408/71.[1647]

Förordning nr 1408/71 har tolkats extensivt av EG-domstolen, vilket under de senaste decennierna inneburit att rådet har kompletterat och ändrat förordningen ett flertal gånger i syfte att begränsa men också tillmötesgå domstolens praxis. EG-domstolens svar på detta har kommit att bli en allt större fokus på EG-fördragets artiklar om fri rörlighet för tjänster och varor, vilka inte så lätt kan ändras av lagstiftaren.[1648] EG-domstolen bemötte medlemsstaternas ovilja att i rådet skapa ny lagstiftning på det sociala området genom att i flera steg utveckla metoden att finna stöd direkt i fördraget i stället för i förordning nr 1408/71.[1649] Hur denna utveckling har sett ut skall vi se närmare på i detta avsnitt.

6.3.2 Förhandstillstånd

6.3.2.1 Förhandstillstånd enligt förordning nr 1408/71

Artikel 22 i förordning nr 1408/71 är en del av de åtgärder som skall ge patienter, vilka omfattas av en medlemsstats lagstiftning, möjlighet att få tillgång till vårdförmåner i övriga medlemsstater oavsett vilken nationell institution som patienten tillhör och oavsett var han eller hon är bosatt.[1650]

Artikel 22 i förordningen innehåller således bestämmelser som reglerar de fall då det uppkommer behov av att i en annan medlemsstat få lämplig vård. Av intresse är främst artikelns p. 1 och 2. Artikel 22 p. 1 c) syftar till att ge sjukförsäkrade personer rätt till vårdförmåner som tillhandahålls av institutionen på vistelseorten för den behöriga institutionens räkning. Detta

---

[1647] I Sverige finns en omfattande praxis från kammarrätterna rörande detta. Se till exempel KamR:n i Sundsvall, mål nr 473-07, 2007 10 01 samt KamR:n i Stockholm, mål nr 6680–03, 2004 0 311.

[1648] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 126

[1649] Hatzopoulos, V, a.a.s. 127. Artikel 49 p. 1 lyder: Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom gemenskapen förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan stat inom gemenskapen än mottagaren av tjänsten.

[1650] Mål C-372/04 *Watts*, p. 53; mål C-156/01 *Van der Duin*, REG 2003 s. I-7045, p. 50; mål C-145/03 *Keller*, REG 2005 s. I-2529, p. 45. Jämför regeringsrättens avgörande i RÅ 2004 not 13.

skall ske i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där tjänsterna tillhandahålls, som om den sjukförsäkrade vore försäkrad där (se artikel 22 p. 2).[1651] Med behörig institution avses den myndighet i den försäkrade personens hemstat som motsvarar försäkringskassan. Den behöriga institutionen skall ersätta institutionen på vistelseorten vårdkostnader enligt lagstiftningen i vistelselandet och de regler och villkor som ställs upp i artikel 36 förordning nr 1408/71.[1652] Ersättningsvillkoren i vistelsestatens lagstiftning skall då tillämpas och det åligger den behöriga institutionen att ersätta institutionen på vistelseorten enligt de villkor som föreskrivs i artikel 36 förordning 1408/71.[1653] Det spelar alltså i det fallet ingen roll att det inte finns någon ersättningstabell på grund av att vården som ombesörjs i den behöriga statens lagstiftning är kostnadsfri; en tillämpning av artiklarna 22 p. 1 c) och 36 förordning 1408/71 skall ändå göras. Det är kostnaderna för institutionen i vistelsestaten som skall ersättas och därmed är det inte nödvändigt att använda sig av en ersättningstaxa i den behöriga staten.[1654]

Av EG-domstolens praxis följer att artikel 22 alltså skall underlätta den fria rörligheten för sjukförsäkrade personer genom att dessa personer får tillgång till vård i annan medlemsstat på villkor som är lika förmånliga som de som gäller för de personer som är sjukförsäkrade enligt lagstiftningen i den medlemsstaten.[1655] Förutsättningen är dock att den sjukförsäkrade verkligen omfattas av lagstiftningen i vistelsestaten och att han har inhämtat förhandstillstånd från den behöriga institutionen.[1656] Ett förhandstillstånd kan inte förvägras när ansökan gäller *vård som är en förmån som ges enligt lagstiftningen i sökandens bosättningsstat* samt att *vården i fråga i bosättningsstaten inte kan ges inom den tid som där är normal för vården med beaktande av patientens hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp*. Dessa två villkor framgår av artikel 22 p. 2 st. 2.[1657]

1651 Mål C-56/01 *Inizan*, p. 20 och 21; mål C-372/04 *Watts*, p. 48, p. 125 och p. 134-135; mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 32; mål C-145/03 *Keller*, REG 2005 s. I-2529, p. 65.

1652 Mål C-56/01 *Inizan*, p. 20.

1653 Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 33; mål C-372/04 *Watts*, p. 126.

1654 Mål C-372/04 *Watts*, p. 127.

1655 Om personkretsen, se artikel 22 p. 1 a). Om pensionärer, se mål 117/77 *Pierik I* och mål 182/78 *Pierik II*, REG 1979 s. 1977, mål C- 326/00 *Ioannidis mot IKA*, REG 2003 s. I-1703 samt mål C-156/01 *Van der Duin*, REG 2003 s. I-7045. I mål C-212/06 *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon mot Gouvernement flamande*, REG 2008 s. I-1683, konstaterades att förordningen även är tillämplig inom en och samma medlemsstat. Interna hinder mot exportabilitet av sjukförmån stred mot gemenskapsrätten, s a. dom, p. 50.

1656 Mål C-56/01 *Inizan*, p. 21.

1657 Jämför mål C-372/04 *Watts*, p. 56–57, där själva tidskriteriet stod i centrum för domstolens bedömning.

För att kunna bedöma om en likvärdig behandling kan erhållas i tid i bosättningsmedlemsstaten, måste den behöriga institutionen ta hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet vid tidpunkten för ansökan. Patientens hälsotillstånd skall självfallet beaktas. I bedömningen skall också patientens sjukdomshistoria, hur svåra smärtor patienten har eller hur gravt handikappad han är – vilket till exempel skulle kunna omöjliggöra utövande av yrkesverksamhet eller göra detta mycket svårt.[1658] Vid denna bedömning skall den behöriga institutionen beakta förekomsten av nationella väntelistor, men också de konkreta omständigheter som kännetecknar patientens hälsotillstånd.[1659] Artikel 22 p. 2 i förordning nr 1408/71 stadgar i dag att tillstånd är obligatoriskt i de fall behandling kan utföras av behörig nationell vårdgivare, men där den inte kan utföras inom skälig tid.[1660]

Av såväl artikel 22 p. 2 st. 2 i förordning nr 1408/71 som av rättspraxis[1661] framgår att den behöriga myndigheten är skyldig att, vid avslag på en begäran om tillstånd enligt artikel 22 p. 1 c) i förordningen med motiveringen att det föreligger väntetid också kontrollera att denna tid är godtagbar. Den får inte överskrida den tid som enligt en objektiv medicinsk bedömning av patientens vårdbehov är godtagbar och vid bedömningen skall hänsyn tas till patientens individuella hälsotillstånd, sjukdomshistoria, sjukdomens sannolika förlopp, smärta och/eller typ av handikapp vid tidpunkten för tillståndsansökan.[1662] Väntetiderna skall vara flexibla och anpassningsbara, så att en meddelad väntetid kan omprövas om patientens hälsotillstånd försämras.[1663]

I artikel 20 i förordning nr 883/2004 som skall ersätta artikel 22 i förordning nr 1408/71 stadgas en skyldighet att bevilja tillstånd om en behandling inte kan ges, i den medlemsstat där patienten är bosatt, ”inom den tid som är medicinskt försvarbar, med hänsyn till personens aktuella hälsotillstånd och sjukdomens sannolika förlopp”. Detta sammantaget med de allt större påfrestningar som hälso- och sjukvårdssystemen utsätts för, innebär att de nationella myndigheterna har rätt att införa ett system med

---

1658 Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 90; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 104; mål C-56/01 *Inizan*, p. 46; mål C-372/04 *Watts*, p. 62.

1659 Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 92; mål C-372/04 *Watts*, p. 63–64. Denna precisering gäller artikel 49 EG-fördraget, men skall enligt EG-domstolen också gälla för artikel 22 förordning nr 1408/71.

1660 Skälig tid diskuteras av domstolen i mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, REG 2003 s. I-4509.

1661 Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms,* mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet,* mål C-56/01 *Inizan*.

1662 Mål C-372/04 *Watts*, p. 68.

1663 Mål C-372/04 *Watts*, p. 69.

väntelistor i syfte att kunna planera tillhandahållandet av vård och fastställa en prioritetsordning.[1664]

Om en väntelista är satt utifrån organisatoriska målsättningar och inte överskrider den medicinskt försvarbara tiden, så har den behöriga institutionen fog för att anse att det andra villkoret i artikel 22 p. 2 st. 2 förordning 1408/71 inte är uppfyllt. Därmed kan ansökan om tillstånd enligt artikel 22 p. 1 c) avslås.[1665] En rätt för patienter att på den behöriga medlemsstatens bekostnad få en identisk eller lika effektiv behandling *enbart* på grunden att behandlingen erbjuds snabbare i den andra medlemsstaten, skulle nämligen kunna leda till ett stort utflöde av patienter. Planering, balans och ekonomi inom sektorn för sjukhusvård skulle därigenom allvarligt kunna hotas.[1666]

Det bör avslutningsvis noteras att artikel 22 i förordning nr 1408/71 inte utesluter att den berörda personen samtidigt kan ha rätt enligt artikel 49 att få vård i en annan medlemsstat enligt andra ersättningsvillkor än dem som avses i artikel 22.[1667] Detta behandlas nedan i avsnitt 6.3.2.4.

Det är därmed dags att närmare studera möjligheterna för medlemsstaterna att införa förhandstillstånd när det handlar om vård på grundval av artikel 49 EG-fördraget.

6.3.2.2 Förhandstillstånd enligt artikel 49 EG-fördraget

6.3.2.2.1 Inledning

EG-domstolen har ett flertal gånger prövat om nationella regler rörande vård i annat EU-land har varit förenliga med de grundläggande reglerna i artiklarna 49 och 50 EG-fördraget. De nationella regler som gällt parallellt med förordning 1408/71 har i dessa fall krävt att den enskilde inhämtar förhandstillstånd för att få ersättning av den nationella sjukförsäkringen. EG-domstolen har funnit att sådana regler kan avhålla socialförsäkringstagarna från att vända sig till vårdgivare i andra medlemsstater. Därmed utgör de ett hinder för den fria rörligheten av tjänster.[1668] I detta ligger också att ett hinder uppställs för vårdgivarna i deras rätt att utge tjänster.

[1664] Mål C-372/04 *Watts*, p. 67.

[1665] Mål C-372/04 *Watts*, p. 70.

[1666] Mål C-372/04 *Watts*, p. 71. Jämför mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 91 samt mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 106.

[1667] Mål C-372/04 *Watts*, p. 48; jämför med mål C-368/98 *Vanbraekel m.fl.*, REG 2001 s. I-5363, p. 37–53.

[1668] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. 5473, p. 60–69; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, REG 2003 s. 4509; mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931.Jämför regeringsrättens avgörande i RÅ 2004 ref. 41 (I).

Nationella bestämmelser som utgör hinder för friheten att tillhandahålla tjänster kan vara berättigade om de, enligt artiklarna 46 och 55, grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller folkhälsa. De kan också vara berättigade om de kan falla inom ramen för det som EG-domstolen i sin praxis betecknar som *tvingande hänsyn av allmänt intresse*.[1669] Undantagsgrunderna som följer av artikel 46 är starkare än dem som grundar sig på tvingande allmänt intresse, som å andra sidan är mer flexibel och kan inbegripa fler skyddsändamål.[1670]

Oavsett grunden för undantag för den fria rörligheten får deen nationella regeln får dock aldrig gå utöver vad som är nödvändigt för det angivna syftet. Om det önskade målet kan uppnås på ett mindre ingripande sätt, så skall det senare sättet väljas.[1671]

Som framgick av fallen *Kohll* samt *Smits och Peerbooms* kan ett av undantagen som artikel 46 EG-fördraget medger vara att upprätthålla en läkar- och sjukhusvård som är väl avvägd och tillgänglig för alla i syfte att upprätthålla en god folkhälsa och ett gott hälsoskydd.[1672] I fallet *Müller-Fauré och van Riet* avvisar domstolen vidare argumentet att tillståndsförfarandet är nödvändigt för att säkerställa att inte patienterna söker sig i flock till utlandet, vilket skulle leda till att kompetensen hos de nationella läkarna urholkades och därmed hota folkhälsan. EG-domstolen menade att staten inte lyckats bevisa hotet mot folkhälsan. Däremot finner domstolen det värt att ta upp till diskussion huruvida det skulle innebära en risk att den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet allvarligt skulle rubbas om den nationella lagstiftningen ändrades. Rent ekonomiska målsättningar kan inte motivera inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster (*Kohll*), men om det finns en risk att den ekonomiska balansen i trygghetssystemet allvarligt rubbas och på så sätt får konsekvenser för folkhälsan, så kan det utgöra ett tvingande hänsyn till allmänintresset som kan motivera ett hinder i nämnda frihet (jämför *Kohll* samt *Smits och Peerbooms*).[1673] EG-domstolen har betonat vikten av att medlemsstaterna skall ha möjlighet att vidta åtgärder för att säkra den ekonomiska stabiliteten i de nationella

---

[1669] Mål C-372/04 *Watts*, p. 103; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 72; C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 73; C-158/96 *Kohll*, p. 41.

[1670] St Clair Renard, S, *Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49 EGF*, Iustus förlag, 2007 s. 215.

[1671] Se också mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, REG 2003 s. 4509, p. 68. Även i mål C-158/96 *Kohll* (p. 36–54) samt mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* (p. 70–98) diskuteras nationella begränsningar av den fria rörligheten för vårdtjänster.

[1672] C-158/96 *Kohll*, p. 50 och 51.

[1673] Mål C-372/04 *Watts*, p. 105; C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 74; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 67; mål C-158/96 *Kohll*, p. 51.

hälsovårdssystemen.[1674] Kontroll av kostnader är inte tillräckligt för att göra undantag från EG-fördragets grundläggande regler om fri rörlighet.[1675] Staten måste då visa att det finns ett reellt hot mot systemets finansiella balans eller lyckas knyta kostnadsargumentet till en icke-ekonomisk faktor.

Kan det vara så att själva mottagandet av hälsovårdstjänster i en annan medlemsstat i sig självt kan utgöra en risk för folkhälsan? Några medlemsstater har framfört argumentet, men inte lyckats övertyga domstolen som i stället valt att fokusera på det faktum att harmonisering av ömsesidigt erkännande av diplom för yrken inom vården i sig innebär att den inre marknaden avseende vårdtjänster kommer att fungera allt bättre.[1676] Domskälen i *Müller-Fauré* som bekräftar tidigare domar; EG-domstolen väljer här att helt överge folkhälsan som en godtagbar undantagsgrund för reglerna för fri rörlighet. Hädanefter har inte artikel 46, utifrån folkhälsoaspekten, kunnat tillämpas på den fria rörligheten av hälsovårdstjänster.[1677] Den gemenskapsrättsliga rätten till hälsa som bygger på individens rättigheter undergräver således nationell, kollektiv hälsovård.

Domstolen accepterar att staterna i sin nationella politik antar åtgärder som garanterar att det finns en tillräcklig och tillgänglig sjukhusvård av hög kvalitet i landet. Därför medger också gemenskapsrätten enligt EG-domstolen att en stat ställer upp krav på de egna medborgarnas möjligheter att få vård i andra medlemsstater.[1678] Det är dock svårt att göra den bedömningen utifrån ett enda fall, utan domstolen önskar därför anlägga ett

---

[1674] Mål 238/82 *Duphar*.

[1675] Mål C-385/99 *Müller-Fauré*, p. 92 (”purely economic nature which cannot as such justify a restriction on the fundamental principle of freedom to provide services”).

[1676] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms,* p. 73, mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 48, mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 50. I mål C-158/96 *Kohll* åberopar också den svarande medlemsstaten att de nationella reglerna är nödvändiga för att bibehålla en hög och jämn nivå på den egna sjukvården. Det ekonomiska argumentet vinner inte gehör hos domstolen (det har ingen större betydelse för finansieringen av systemet), men domstolen konstaterar att EG-fördraget ger medlemsstaterna rätt att begränsa friheten att tillhandahålla tjänster när det är fråga om hänsyn till folkhälsan, se artiklarna 46 och 55. Detta är inte samma sak som att medlemsstaten kan bestämma att hela hälsosektorn skall stå utanför principen om fri rörlighet (a dom, p. 46). Såväl läkares som tandläkares verksamhet och examina har samordnats och harmoniserats inom EG-rätten för att underlätta etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster. Dessa yrkesgrupper måste ha samma garantier oavsett om de är etablerade i annan medlemsstat eller i ursprungslandet. Därför kan inte folkhälsan motivera att de nationella bestämmelserna i detta fall godtas.

[1677] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 141.

[1678] Jämför mål 72/83 *Campus Oil Limited m.fl. mot Industri- och energiministern m.fl.*, REG 1984 s. 2727.

helhetsperspektiv på konsekvensen av friheten att tillhandahålla tjänster rörande hälsa.[1679]

Att en nationell bestämmelse är förenlig med ett direktiv eller förordning behöver däremot inte betyda att den inte omfattas av artiklarna i fördraget.[1680] I det mycket viktiga Kohll-målet konstruerade den svarande medlemsstaten Luxemburg sin argumentation utifrån att ett ifrågasättande, utifrån artikel 49 EG-fördraget, av de nationella reglerna innebar ett ifrågasättande av förordning nr 1408/71. Regeringen ansåg att den nationella lagstiftningen uppfyllde det som förordningen begärde av medlemsstaten.

6.3.2.2.2 Tjänster som inte tillhandahålls på sjukhus

Medlemsstaterna har således rätt att införa krav på förhandstillstånd i nationell lagstiftning när vården i annat EU-land hänför sig till artikel 49 EG-fördraget. Detta gäller dock *endast* för sjukhusvård. Vad avser de *tjänster som inte tillhandahålls på sjukhus*, konstaterar domstolen att det inte presenterats något stöd för att erhållandet av medicinska tjänster av en icke avtalsbunden vårdgivare i annan medlemsstat kan rubba den ekonomiska balansen i patientens nationella socialförsäkringssystem. Däremot har de inte rätt att ställa upp ett sådant krav när det gäller medicinska tjänster som inte är att anse som sjukhusvård.[1681] Förklaringen till detta är att sådan vård inte nyttjas i en sådan omfattning att den ekonomiska balansen i medlemsstatens socialförsäkringssystem allvarligt skulle rubbas. Dessutom hotas inte det övergripande skyddet för folkhälsan, vilket annars är ett giltigt skäl att begränsa tillhandahållandet av tjänster.

Ett avskaffande av systemet om förhandstillstånd för tjänster inom öppenvården kan inte sägas innebära att det skulle uppstå en massflykt av vårdsökande till utlandet, vilket skulle kunna vara ett giltigt hinder för den grundläggande principen om frihet att tillhandahålla tjänster.[1682] Det är vanligast med sådana val vid gränser; vårdsökande önskar oftast få vård i en miljö man känner sig hemmastadd i och av en läkare som talar samma språk, vilket i sig påverkar hur stor inverkan på det nederländska sjukförsäkringssystemet egentligen blir. Dessutom är det medlemsstaterna själva som avgör hur omfattande de nationella sjukförsäkringarna skall vara. Om de försäkrade personerna saknar förhandstillstånd och ändå beger sig till en annan medlemsstat än den där personens sjukförsäkringskassa är

---

[1679] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 74.

[1680] Mål C-158/96 *Kohll*, p. 25. Se också mål C-120/95 *Decker*, p. 22.

[1681] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, REG 2003 s. I-4509, p. 93-98. Jämför RÅ 2004 ref 41 (II).

[1682] A. dom, p. 95.

etablerad, så kan de endast begära att kostnaderna för denna vård skall ersättas i den omfattning som de garanteras i det system som råder i landet där de är försäkrade.

EG-domstolen konstaterade i Kohll-domen att ingenting *hindrar* att medlemsstaterna ersätter kostnaderna enligt de taxor som gäller i staten där vården gavs, inte ens om förhandstillstånd saknas. Förordningens syfte är att den försäkrade inte orsakas ytterligare kostnader. Frågan att ta ställning till blev därför om de nationella bestämmelserna i fråga kan anses vara förenliga med fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster.[1683] Det är *kostnaden* för tjänsten, det vill säga den ersättning den enskilde får av sin hemstat för vården, som kom att bli avgörande för att bedöma denna fråga. Den som är försäkrad i en stat och i den staten får vård, är inte beroende av något tillstånd för att få vården betald. Den som däremot söker vård i en annan stat måste ha ett tillstånd för att få ersättning för vården. Om den försäkrade nekas tillståndet, så nekas han också ersättningen. Bestämmelserna utgör därför ett hinder både för läkare och för patienter som vill begagna sig av friheten att tillhandahålla och mottaga tjänster i annan medlemsstat.[1684]

I princip accepterar EG-domstolen att ett krav på förhandstillstånd i nationell lag kan vara legitimerat om det syftar till att *undvika att den ekonomiska balansen i det sociala trygghetssystemet rubbas* eller *om skyddet för folkhälsa åsyftas* genom behovet att vård skall hållas tillgänglig för alla till en viss nivå över hela territoriet.[1685] Det är av väsentlig betydelse att det finns en nationell sjukvårdskompetens i medlemsstaterna, varför inskränkningar i friheten att tillhandahålla läkar- och sjukhusvård får ske.[1686] Dessa faktorer kan utgöra tvingande hänsyn av allmänt intresse som kan motivera att friheten att tillhandahålla tjänster begränsas. Hindret som ordningen med förhandstillstånd innebär måste vara *objektivt motiverat*. Det kan vara nödvändigt och rimligt för att tillgodose behovet av planering och för att staten skall kunna säkerställa en sjukhusvård av god kvalitet och att ekonomiska och mänskliga resurser inte slösas med. Villkoren för beviljandet av tillståndet måste trots allt vara motiverade och uppfylla kraven på proportionalitet.[1687]

[1683] Fallet handlar om en prestation som utförs mot ersättning, det vill säga det är en tjänst enligt artikel 50. Vidare utgör artikel 49 ett hinder mot alla nationella regler som medför att det blir svårare att utföra tjänster mellan medlemsstaterna än i en och samma medlemsstat.

[1684] Se Mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931, p. 35, men jämför även mål 286/82 och 83/82 *Luisi och Carbone*.

[1685] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 77–79.

[1686] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 73–74.

[1687] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. 5473, p. 76–80; mål C-372/04 *Watts*, p. 107–110.

I *Kohll* ansågs inte detta synsätt vara tillämpligt då det inte var fråga om sjukhusvård, varför nästa steg blir att studera rättsläget rörande vård på sjukhus.

6.3.2.2.3 Tjänster som tillhandahålls på sjukhus

6.3.2.2.3.1 Inledning

Kohll-praxisen kom att bekräftas och utvecklas genom *Vanbraekel*[1688] samt *Smits och Peerbooms*,[1689] vilka båda behandlar sjukhusvård inom ramen för ett benefits-in-kind-system. Det senare målet handlar om två nederländska medborgare som ansökt om ersättning för vård i Tyskland respektive Österrike. Smits ansökte hos behörig myndighet i Nederländerna (vars trygghetssystem är konstruerat enligt naturaförmånstanken) om att få ersättning för vård vid en klinik i Tyskland. Hon led av Parkinsons sjukdom och vården i Tyskland innebar vård, undersökningar och utredning för vilken medicinering, sjukgymnastik, arbetsterapi och psykosocialt stöd som kunde vara lämpligt för hennes fall. Ansökan avslogs med motiveringen att det fanns tillfredsställande behandling att få i Nederländerna samt att det inte var medicinskt nödvändigt att få behandlingen vid den tyska kliniken. Även den sakkunnige menade att det tyska behandlingsalternativet inte var nödvändigt.

Peerbooms hade fallit i koma efter en trafikolycka och fallit i ett vegetativt tillstånd. Peerbooms' neurolog ansökte därför om att Peerbooms skulle få ersättning för särskild terapi i Österrike, en terapi som inte fanns att tillgå i Nederländerna. Ansökan avslogs och medan ärendet fortsatte att behandlas vaknade Peerbooms ur sin koma och kunde få rehabilitering vid en klinik i Nederländerna. Målet handlar om det nederländska kravet att förhandstillstånd var en förutsättning för att ersättning för behandling skulle utgå och om det var förenligt med den fria rörligheten av tjänster och artikel 49. Enligt det nederländska socialförsäkringssystemet behandlades patienter gratis av vårdgivare som ingått avtal med socialförsäkringskassan. Flertalet vårdgivare var nederländska och för att tillstånd skulle ges för vård av en vårdgivare som inte ingått ett sådant avtal, krävdes att två villkor var uppfyllda. Det första var att behandlingen måste anses som normal i det berörda professionella kretsen. Det andra var att vården skall vara nödvändig, såväl för tidsaspekten som för patienten ifråga. Frågan kom då att bli om dessa krav var i enlighet med fri rörlighet för tjänster i fördraget.[1690]

[1688] Mål C-368/98 *Vanbraekel*.

[1689] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*.

[1690] Mål C-158/96 *Kohll*, REG 1998 s. I-1931och mål C-120/95 *Decker* påverkar alltså detta fall.

De tio medlemsstater som yttrar sig i båda fallen anförde att de hälsovårdstjänster som utförs inom ramen för ett socialförsäkringssystem konstruerat enligt benefits-in-kind (naturaförmån), inte hamnar inom tillämpningsområdet för artikel 49, eftersom det inte finns någon betalning (remuneration).[1691] Systemen är grundade och finansierade av staten, vilket enligt staterna skulle exkludera en tillämpning av artikel 49. EG-domstolen godtog inte detta argument.[1692] I Müller-Fauré och van Riet prövar EG-domstolen om den nationella lagstiftningens begränsningar av friheten att tillhandahålla tjänster kan motiveras av *särdragen i det nederländska sjukförsäkringssystemet* som i sig inte innehåller någon garanti för kostnadsersättning utan i stället går ut på att säkerställa att naturaförmåner tillhandahålls. Systemet vilar dessutom på ett slags *avtalssystem* som syftar till att säkra kvaliteten på vården och kontrollera kostnaderna för vården. I det sammanhanget önskar också den nationella domstolen få veta om det spelar någon roll att vården helt eller devis ges på sjukhus.[1693]

Frågan i Müller-Fauré och van Riet var också om ett borttagande av det existerande tillståndsförfarandet för sjukvård och tandvård skulle hota eller underminera det nationella systemets särart, då patienter kunde ansöka om ersättning först i efterhand. Domstolen underströk att det redan i och med förordning nr 1408/71 är nödvändigt för staterna att hantera ersättningsansökningar för vård som ägt rum utan att tillstånd sökts i förhand (artikel 22 p. 1 c)). Därefter sammanfattas resultaten i tidigare stycken enligt följande:[1694]

> 106 Såsom redan har konstaterats i punkt 98 i förevarande dom kan försäkrade personer, som utan förhandstillstånd beger sig till en annan medlemsstat än den stat i vilken den sjukkassa som de tillhör är etablerad, endast hävda att kostnaderna för denna vård skall ersättas i den omfattning som den garanteras av sjukförsäkringssystemet i den medlemsstat där de är sjukförsäkrade. Det framgår således av handlingarna i förevarande mål att sjukkassan i Zwijndrecht med hänsyn till omfattningen av det försäkringsskydd som denna sjukkassa erbjuder, under alla omständigheter inte skulle ersätta det belopp på 3 806,35 euro som fru Müller-Fauré har betalat till en vårdgivare som är etablerad i Tyskland med ett högre belopp än 221,03 euro. Likaså gäller villkoren för beviljande av tillstånd för förmånerna i den mån de varken är diskriminerande eller hindrar den fria rörligheten för personer, när vård tillhandahålls i en annan

[1691] En åsikt som också generaladvokaten delade. Systemen är grundade och finansierade av staten.

[1692] mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 56–58.

[1693] Den nederländska regeringen, tillsammans med flera andra medlemsstater, understryker vikten av att EG-domstolens tolkning i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* inte får alltför vida konsekvenser, se *Müller-Fauré och van Riets*, p. 47–62.

[1694] A. dom, p. 106–108.

> medlemsstat än den där personen är sjukförsäkrad. Detta gäller bland annat enligt kravet att en allmänläkare skall anlitas innan en specialist konsulteras.
>
> 107 För det tredje finns det inte något som hindrar att en behörig medlemsstat, i vilken det finns ett system med naturaförmåner, fastställer de ersättningsbelopp som patienter som erhållit vård i en annan medlemsstat kan kräva, såvitt dessa belopp grundas på objektiva, icke-diskriminerande och öppna kriterier.
>
> 108 I ljuset av dessa omständigheter och argument som framförts vid domstolen framstår det följaktligen inte som om ett avskaffande av kravet på ett förhandstillstånd som sjukkassorna ger de försäkrade personer som omfattas av nämnda kassor för att dessa personer skall kunna få hälsovård, i synnerhet vård som inte ges på sjukhus, som tillhandahålls i en annan medlemsstat än den där personen är sjukförsäkrad, kan vara till förfång för de väsentliga särdragen i det nederländska sjukförsäkringssystemet.

Inizan[1695] handlar om en fransk medborgare som fick smärtbehandling enligt alternativa metoder i Tyskland utan att ha erhållit tillstånd för detta i Frankrike. Tillstånd enligt franska lag medgavs enligt villkor som liknar de som ställs upp i förordning 1408/71 artikel 22.

Domen kompletterar Müller-Fauré eftersom den slår fast att förhandstillstånd är godtagbart för behandling på sjukhus i en annan medlemsstat, även om socialförsäkringssystemet i patientens hemstat är utformad som ett refundsystem (Frankrike) och inte som i till exempel det nederländska systemet, ett benefits-in-kind-system. Tillståndet kan endast vägras om behandlingen i hemstaten är densamma eller lika effektiv och kan ges i tid till patienten (undue delay) inom det egna landets territorium. Det är vidare obligatoriskt att kunna överklaga beslutet.[1696]

6.3.2.2.3.2 Nationella villkor om förhandstillstånd

Genom EG-domstolens praxis har olika nationella villkor som satts upp för förhandstillstånd i fråga om sjukhusvård bedömts. *Ett nationellt villkor att behandlingen skall vara nödvändig* kan vara berättigat med hänsyn till artikel 49 i EG-fördraget om det innebär att tillståndsansökan avslås *enbart* när en identisk behandling eller en behandling som är lika effektiv för patienten kan erhållas i tid vid en inrättning med vilken sökandens sjukförsäkringskassa ingått ett avtal.[1697] De nationella myndigheterna skall

---

[1695] Mål C-56/01 *Inizan mot Caisse primaire d'assurancemaladies des Hauts-de-Seine*, REG 2003 s. I-12403.

[1696] Mål C-56/01 *Inizan*, p. 57.

[1697] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. I-5473, p. 103. Krav på att behandlingen är sedvanlig kan enligt domstolen anses försvarbart om det betyder att ansökan inte kunde avslås om behandlingen var tillräckligt beprövad och erkänd av den internationella medicinska vetenskapen, a. dom, p. 97.

därvidlag ta hänsyn till ”all the circumstances of each specific case and to take due account not only of the patient's medical condition at the time when authorisation is sought and, where appropriate, of the degree of pain or the nature of the patient's disability which might, for example, make it impossible or extremely difficult for him to carry out a professional activity, but also of his medical history”.[1698] Villkoret att behandlingen skall vara nödvändig innebär alltså att det möjliggörs att upprätthålla ett väl avvägt och bestående utbud av god sjukhusvård inom det nationella territoriet, att dess kvalitet är god samt att den finansiella stabiliteten i systemet säkerställs. Detta legitimeras av att om många personer skulle utnyttja vård i andra medlemsstater, trots att de erbjuds liknande eller identisk vård via avtal ingångna med sjukförsäkringskassorna, skulle själva syftet med avtalssystemet äventyras. [1699]

Vi ser alltså att när det gäller en rätt till vård som baseras direkt på fördragets bestämmelser om rätten att ta del av tjänster (artikel 49) så gäller att krav på förhandstillstånd endast kan uppställas under relativt snäva villkor.

Att behandlingen skall vara medicinskt nödvändig, det vill säga inte kunna ges i tid, leder också till att de fall då tillstånd kan ges begränsas. I Smits och Peerbooms framhöll den nederländska regeringen att sjukförsäkringskassorna också sluter avtal med sjukvårdsinrättningar utomlands och i de fallen vård utges av dessa är det inte nödvändigt för den enskilde att inhämta förhandstillstånd. EG-domstolen bemötte detta argument med att konstatera att informationen om detta inte klart framgår av lagtexten i fråga samt att det i huvudsak ändå är avtal med nederländska vårdinrättningar som sluts i Nederländerna. Det var således fråga om ett hinder i den fria rörligheten för tjänster.[1700]

EG-domstolen har också tolkat *villkoret att vården skall vara sedvanlig* och fann att ett sådant krav kan leda till avslag enbart till dess natur. Tolkningen av begreppen ”sedvanlig” och ”yrkeskretsar” blir till stor del bestämmande för hur ofta avslag förekommer.

[1698] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 89-90. Se därvidlag mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 103–104. Se Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 132 f. Storbritannien intervenerade och anförde att landets National Health Service inte har något vinstsyfte (p. 59), vilket borde innebära att reglerna om fri rörlighet inte blir tillämpliga. EG-domstolen bemötte argumentet genom att förklara att det inte är nödvändigt att göra en åtskillnad mellan de fall då patienten betalar för vården och sedan begär ersättning och det fall då sjukförsäkringskassa eller nationell budget står för kostnaden direkt till vårdgivaren (p. 103).

[1699] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 105–107.

[1700] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 64–66 samt 69.

Nödvändigheten att kunna *planera* verksamheten i syfte att kunna tillhandahålla en god vård med ett väl avvägt utbud anpassat till geografiska och tekniska villkor är en viktig faktor avseende sjukhusvård. På så sätt kan kostnaderna för vården kontrolleras och därför kan ett system med förhandstillstånd vara rimligt. Villkoren för beviljande av tillstånd måste dock respektera gemenskapsrätten och vara motiverat med hänsyn till tvingande hänsyn samt respektera kravet om proportionalitet. Myndigheterna får inte agera skönsmässigt på så sätt att gemenskapsrättens grundläggande friheter hotas eller fråntas all ändamålsenlig verkan.[1701] Avslag skall kunna överklagas till domstol. Om *systemet med väntelistor* uttalar domstolen följande:[1702]

> En vägran att ge förhandstillstånd som inte motiveras av farhågor för slöseri och förluster till följd av en överkapacitet på sjukhusen, utan enbart av förekomsten av nationella väntelistor för att få tillgång till den ifrågavarande sjukhusvården, utan att de konkreta omständigheter som kännetecknar patientens medicinska tillstånd beaktas, kan inte utgöra ett giltigt hinder för det fria tillhandahållandet av tjänster. Det framgår nämligen inte av de argument som framförts vid domstolen att en sådan väntetid är nödvändig, förutom vid renodlat ekonomiska överväganden som inte som sådana kan rättfärdiga ett hinder mot den grundläggande principen om fritt tillhandahållande av tjänster, för att säkerställa skyddet för folkhälsan. Tvärtom skulle en alltför lång eller onormal väntetid snarare kunna begränsa tillgången till väl avvägd samlad kvalitetsvård.

Citatet innebär att tidsaspekten ger ett slags lägsta nivå för vårdens kvalitet. Vi kan därmed konstatera att rätten till hälso- och sjukvård får en kvalitativ höjd. Det förhållandet att kostnaden för behandling i en annan medlemsstat kan vara större än om behandlingen utförts inom det nationella systemet är inte ett godtagbart skäl till att neka tillstånd.[1703] Att åberopa att det saknas möjligheter att beräkna ersättningsnivåer i det nationella systemet utgör inte heller ett giltigt skäl för att avstå från att utfärda ett förhandstillstånd.[1704]

Om det nationella systemet är sådant att det tillhandahåller *kostnadsfri* vård inom sin egen organisation tvingas medlemsstaten att skapa och genomföra finansiella mekanismer för att kunna fullgöra kravet på att utbetala ersättning för vårdförmåner som institutionen i vistelsemedlemsstaten har gett patienten. Det innebär också att det råder ett förbud för de nationella myndigheterna att neka ett sökt tillstånd när patientens individuella tillstånd enligt en objektiv medicinsk bedömning är så pass allvarligt att det motiverar behandling i en annan medlemsstat inom

---

[1701] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 82–84.

[1702] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 92.

[1703] Mål C-372/04 *Watts*, p. 73.

[1704] Mål C-372/04 *Watts*, p. 74. Jämför mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 105.

en kortare tidsfrist än den inom vilken patienten kan erbjudas motsvarande behandling vid en lokal vårdinrättning inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet, enligt den väntelista som upprättats i syfte att tillgodose de allmänna organisatoriska målsättningarna. Däremot har myndigheten rätt att neka tillstånd när patientens tillstånd inte är så akut att den väntetid som patienten ges utifrån dessa objektiva målsättningar kan anses skälig.[1705]

Återigen kan vi notera att det krävs att det i det enskilda fallet görs en objektiv medicinsk bedömning av patientens hälsotillstånd, sjukdomshistoria, sjukdomens sannolika förlopp, smärta och/eller typ av handikapp vid den tidpunkt då patienten inger eller förnyar en tillståndsansökan.[1706] När väntetiden som följer av listan i det enskilda fallet visar sig överskrida den tid som är godtagbar enligt en objektiv medicinsk bedömning av samtliga förhållanden som karakteriserar patientens vårdbehov och situation, så kan inte den behöriga institutionen avslå ansökan med hänvisning till listor eller med hänvisning till prioritetsordningsrubbningar. Inte heller kan avslag motiveras med att vården ges inom ett nationellt system som är kostnadsfritt eller med hänvisning till skyldigheten att avsätta särskilda medel för finansieringen av tilltänkt behandling i en annan medlemsstat och/eller en jämförelse av kostnaden för denna behandling med kostnaden för samma behandling i den behöriga medlemsstaten.[1707]

Sammanfattningsvis innebär rättsutvecklingen att skillnaderna mellan sjukhusvård och annan vård, mellan ett system konstruerat kring ersättning till patienten eller naturaförmån samt skillnaden mellan ett trygghetssystem enligt försäkringsbaserad modell och nationell hälsovårdsservice inte spelar någon roll.[1708] Medicinsk vård i alla dess former faller inom ramen för EG-fördragets artiklar.

6.3.2.3 Det administrativa förfarandet vid prövning av förhandstillstånd

Det nationella systemet med krav på förhandstillstånd när artikel 49 är tillämplig måste dock uppfylla vissa krav enligt gemenskapsrätten.[1709] Formellt sett skall de nationella reglerna grundas på objektiva kriterier som är kända på förhand. Ett beslut om avslag skall också kunna överprövas i

[1705] Mål C-372/04 *Watts*, p. 76.
[1706] Mål C-372/04 *Watts*, p. 119.
[1707] Mål C-372/04 *Watts*, p. 120.
[1708] Det senare framkommer av mål C-385/99 *Müller-Fauré och Van Riet*, se strax nedan.
[1709] Jämför Hettne, J, a.a.s. 122 ff.

domstol,[1710] och domstolen skall ha möjlighet att kunna anlita sakkunniga som är garanterat opartiska och objektiva.[1711]

Den behöriga institutionens rätt att förvägra en medborgare vård i en annan medlemsstat med hänvisning till att den finansiella balansen i systemet skall upprätthållas, kan endast godtas då en identisk eller lika effektiva behandling står att finna i hemstaten utan otillbörlig försening från en vårdgivare med vilken den försäkrades försäkringskassa har ett avtal.[1712] Det administrativa systemet för tillståndsgivning måste grundas på ett processuellt system som är lättillgängligt och som garanterar att tillståndsansökningarna sköts på ett objektivt och opartiskt sätt inom en skälig tid. Avslag på ansökan skall vidare kunna överklagas inom ramen för en juridisk (eller kvasijuridisk) process.[1713]

För att kravet på myndighetstillstånd skall anses vara berättigat, krävs således att det är fråga om ett lättillgängligt förfarande som ger sökanden ett besked inom rimlig tid och att förfarandet är objektivt och opartiskt. Besluten skall dessutom kunna överklagas till domstol.[1714]

Ett förhandstillstånd kan inte förvägras när ansökan gäller vård som är en förmån som ges enligt lagstiftningen i sökandens hemstat samt att den efterfrågade vården i hemstaten inte kan ges inom den tid som där är normal för vården ifråga. Tidskriteriet är en analogi med det som gäller enligt artiklarna 49 och 50 EG-fördraget avseende förhandstillstånd för ersättning för vårdkostnader i annan medlemsstat, det vill säga att tillstånd endast får vägras om en identisk eller lika effektiv behandling kan erhållas i tid i hemstaten.[1715] Även när det gäller prövningen av en ansökan om tillstånd enligt artikel 22 i förordning 1408/71, så skall en ordning som i stort sett motsvarar den som gäller vid prövning av en ansökan om ersättning för vårdkostnader respekteras.[1716]

Gemenskapsrätten (utom EG-domstolens praxis) ställer i dag inte krav på att den nationella vården skall nå upp till en viss nivå och gemenskapen skall respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård när den handlar på folkhälsoområdet, se artikel 152 p. 2 EG-

---

[1710] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, REG 2001 s. I-5473, p. 90; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 85 samt mål C-372/04 *Watts*, p. 116. Mål C-205/99 *Analir*.

[1711] Mål C-56/01 *Inizan*, p. 49; mål C-372/04 *Watts*, p. 117.

[1712] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 103. Jämför C-385/99 *Müller-Fauré och Van Riet*, p. 90.

[1713] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 90. Rätten till domstolsprövning som en generell rättsprincip i EG-rätten.

[1714] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 90.

[1715] Mål C-56/01 *Inizan*, p. 45.

[1716] Mål C-56/01 *Inizan*, p. 48.

fördraget.[1717] Men detta utesluter inte att medlemsstaterna enligt andra fördragsbestämmelser (till exempel artikel 49) eller gemenskapsbestämmelser som antagits med stöd av andra fördragsbestämmelser (till exempel artikel 22 i förordning nr 1408/71) är skyldiga att anpassa sina nationella system för social trygghet. Deras suveränitet på området kränks inte för det.[1718]

Kan det vara så att domstolen i dag skapar en rätt till hälsa med ett visst innehåll? I en viss begränsad mening kan kanske tanken om att EG-domstolen genom sin praxis avseende reglerna om hur själva det administrativa förfarandet skall se ut tyckas ange de yttre gränserna för rätten till hälso- och sjukvård för patienter i gränsöverskridande situationer. Jag vänder nu uppmärksamheten mot hur ersättningen hanteras.

6.3.2.4 Ersättning

Vi har ovan sett att kravet på förhandstillstånd behandlas olika inom EG-rätten beroende på om den begärda vården grundas i förordning 1408/71 eller i artikel 49 EG-fördraget. Även *ersättningsnivåerna* skiljer sig mellan förordning nr 1408/71 och artikel 49.

Enligt förordningen har patienter rätt till ersättning enligt de nivåer som tillämpas i den stat där de fått behandlingen. För sjukhusvård innebär detta (artiklarna 22 och 36 förordning 1408/71) att kostnaden för hälso- och sjukvård (medicinsk behandling samt kostnader som uppkommer till följd av patientens behov av att i behandlingssyfte vistas på sjukhus) skall ersättas.[1719] ”Vårdförmåner” är avsedda att täcka kostnader för vård av den försäkrade genom kostnadstäckning eller återbetalning av kostnader av ”medicinsk natur” som föranletts av patientens hälsotillstånd.[1720] Artikel 22 syftar alltså inte till att täcka tilläggskostnader som patienten kan ha i form av resor och uppehälle. Det är varken förbjudet eller påbjudet att göra det.

Om ersättningen skulle vara lägre än i patientens hemland, så skall patienten erhålla ett tillägg enligt *Vanbraekel*-regeln. *Vanbraekel*-målet handlar om en belgisk medborgare som vill få ersättning för behandling hon fått på ett franskt sjukhus. Som vi redan konstaterat, har varje person som fått behandling på ett sjukhus i en annan medlemsstat efter att ha fått tillstånd för behandling, rätt att få ersättning för de kostnader som

---

[1717] Mål C-372/04 *Watts*, p. 146.

[1718] Mål C-372/04 *Watts*, p. 147. Jämför liknande resonemang i mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 102 samt mål C-376/98 *Tyskland mot parlamentet och rådet*, REG 2000 s. I-8419, p. 78

[1719] Mål C-372/04 *Watts*, p. 136.

[1720] Mål C-372/04 *Watts*, p. 137. Jämför mål C-160/96 *Molenaar*, REG 1998 s. I-843, p. 32 och 34.

behandlingen inneburit för patienten.[1721] Ersättningen skall motsvara de tariffer som gäller i den medlemsstat där behandlingen ägde rum. I Vanbraekels fall var dock de ekonomiska förmånerna lägre än för motsvarande behandling i Belgien och frågan kom då att bli om patienten enligt förordning 1408/71 har rätt till att få den högre ersättningen som hennes egen stats lagstiftning föreskriver eller om det är värdstatens ersättningsnivåer som skall gälla. Vad gäller detta fall framhöll domstolen att det faktum att en patient får en lägre ersättning när han erhåller vård i en annan medlemsstat än vad han skulle få om han sökt vården i sitt hemland, kan innebära att personen (och tjänsteutövaren) hindras från att nyttja den fria rörligheten för tjänster. Därför skall en kompletterande ersättning utgå, även om tillstånd till behandling erhållits enligt vissa villkor.[1722]

Om patienten inte erhållit ett förhandstillstånd enligt förordningen, utan istället förlitar sig på artikel 49, så kan hon eller han endast få ersättning enligt nivåerna i hemstaten.[1723] Enligt EG-domstolen innebär inte denna tolkning att något massutflöde av patienter uppstår och den behöriga institutionen behåller sin rätt att neka tillståndet som krävs för att den planerade sjukhusvården i en annan medlemsstat skall ersättas när det inte föreligger någon särskild omständighet som tyder på att patientens väntetid överskrider den tidsfrist som är medicinskt försvarbar i det enskilda fallet.[1724] Ett avslagsbeslut kan inte enbart grunda sig på det förhållandet att det föreligger väntelistor i syfte att planlägga sjukhusvård efter på förhand fastställda riktlinjer. Patienter som fått förhandstillstånd enligt artikel 22 p. 1 c) får – beroende av hur hälso- och sjukvården organiseras i vårdlandet – antingen behandling gratis (benefits-in-kind) eller betala för behandlingen och sedan begära ersättning (refund) från heminstitutionen. Det senare är det enda möjliga för patienter som inte erhållit förhandstillstånd med stöd av förordning 1408/71, alltså artikel 49 EG-fördraget, vilket innebär att proceduren om förhandstillstånd fortfarande kan vara den enda lösningen för de patienter som inte har ekonomiska möjligheter att lägga ut pengarna för vården.

Det är endast den förmånsberättigades kostnader för vistelse och uppehälle vid sjukhusinrättningen som ersätts när ett förhandstillstånd för vård i annan medlemsstat har getts. Artikel 22 p. 1 c), p. 2 och artikel 36

[1721] Artikel 22 p. 1 och 22 p. 2 i förordning 1408/71.

[1722] Mål C-368/98 *Vanbraekel*, p. 51. Jämför förenade målen 286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone*, mål C-158/96 *Kohll*, men också mål C-204/90 *Bachmann*, REG 1992 s. I-249.

[1723] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 143.

[1724] Mål C-372/04 *Watts*, p. 77.

medger inte ersättning för andra kostnader för uppehälle eller resa för patienten eller dennes anhöriga.[1725]

Till detta kommer att om den aktuella behandlingen är en förmån enligt hemlandets socialförsäkring, så kan inte förhandstillstånd till samma behandling i en annan medlemsstat nekas. Rättsfallen *Müller-Fauré och van Riet* bekräftar även detta på så sätt att de villkor som gäller för att vård skall medges i hemstaten också skall gälla för den vård som patienten köper utan förhandstillstånd i en annan medlemsstat.[1726] Rättsutvecklingen innebär att de villkor under vilka den behöriga institutionen ersätter vård i en annan medlemsstat inte skall jämföras med de villkor under vilka patienter enligt nationell lagstiftning ersätts för sjukhusvård vid lokala vårdinrättningar i privat regi. Jämförelsen skall istället avse villkoren under vilka den behöriga institutionen tillhandahåller tjänsterna inom ramen för sin egen sjukhusorganisation.[1727] Det finns vidare en skyldighet för de ansvariga myndigheterna att *införa mekanismer för finansieringen* av sjukhusvård i en annan medlemsstat för patienter som inte av det nationella systemet kan erbjudas den behandling som krävs inom en medicinskt godtagbar tid. Detta gäller för såväl artikel 49 EG-fördraget som kraven i artikel 22 förordning 1408/71.[1728]

Rättsutvecklingen rörande hälso- och sjukvård visar att en individ som får vård i en annan medlemsstat är tjänstemottagare *även* när ersättning ges för behandlingen. Också sjukhusvård som finansieras av en sjukförsäkringskassa genom avtal som den ingått med sjukhuset innebär att patienten mottar en tjänst. Ersättningen behöver således inte komma från tjänstemottagaren.

Artikel 49 utgör hinder mot tillämpning av en medlemsstats lagstiftning som innebär att de tilläggskostnader som en patient, med tillstånd att resa till en annan medlemsstat för att där få sjukhusvård, inte ersätts, trots att dessa kostnader skulle ha ersatts om behandlingen utförts vid en vårdinrättning inom det nationella hälso- och sjukvårdssystemet. Om det däremot inte finns någon skyldighet att utge ersättning i en rent intern situation, så är inte medlemsstaten skyldig att ålägga de behöriga institutionerna att ersätta sådana tilläggskostnader.[1729]

[1725] Mål C-466/04 *Manuel Ascereda Herrera mot Servicio Cántabro de Salud*, REG 2006 s. I-5431, p. 39.

[1726] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 106. Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 143 f.

[1727] Mål C-372/04 *Watts*, p. 100.

[1728] Mål C-372/04 *Watts*, p. 122.

[1729] C-372/04 *Watts*, p. 139–140. Jämför också mål C-8/02 *Leichtle*, REG 2004 s. I-2641, p. 41–48.

När kostnaden i vistelsemedlemsstaten *inte* ersätts fullt ut så måste den behöriga institutionen då utge ett kompletterande ersättningsbelopp till patienten, så att denne befinner sig i en situation som liknar den om han fått vård inom en medicinskt godtagbar tid i det egna nationella systemet. Kompletteringen skall täcka skillnaden mellan det objektivt fastställda beloppet för motsvarande behandling upp till det totala belopp som fakturerats för behandlingen i vistelsemedlemsstaten och summan av de ersättningsbelopp som utges av institutionen i nämnda stat enligt bestämmelserna i den statens lagstiftning när det första beloppet överstiger det andra.[1730] Skyldigheten för den behöriga institutionen att alltid betala full ersättning för skillnaden mellan sjukvårdskostnaden i vistelsemedlemsstaten och det belopp som institutionen där skall stå för enligt nämnda stats lagstiftning (alltså även när kostnaden för denna behandling överstiger kostnaderna för motsvarande behandling i den behöriga medlemsstaten) innebär att den berörda patienten ersätts till en nivå som överstiger de förmåner som patienten åtnjuter enligt det egna hälso- och sjukvårdssystemet.[1731]

Leichtle[1732] var en tysk medborgare som reste till Italien i syfte att genomgå en kurbehandling, trots att han nekats förhandstillstånd till denna i Tyskland. Han ersattes för de utgifter han haft för den medicinska behandlingen, men nekades ersättning för de kostnader som rörde boende, resa, skatt mm. Dessa extrautgifter ersätts nämligen enligt tysk lagstiftning enbart då en medicinsk expert (förtroendeläkare) uttalat att behandlingen utomlands ger väsentligt större framgång än behandling i Tyskland. EG-domstolen framhöll dock att en sådan begränsande regel som detta villkor måste kunna försvaras utifrån till exempel systemets ekonomiska jämvikt och nationell kompetens inom hälsovården, men också åtföljas av en lämplighetsbedömning samt en proportionalitetsbedömning.[1733] Domstolen tillade dock att ingenting hindrar staten från att bestämma ett maximalt ”tak” för ersättning för vården utomlands som motsvarar vad motsvarande behandling skulle ha kostat i den egna medlemsstaten.

Den tyska statens val att göra ersättningen beroende av a) att en medicinsk expert skall konstatera att behandlingen är nödvändig, och b) att kuranläggningen ifråga fanns med på en nationell lista, ansåg EG-domstolen vara förenligt med artikel 49. Förutsatt, förstås, att villkoren tillämpades på ett objektivt och icke-diskriminerande sätt. Vidare förklarade domstolen att en patient som överklagat ett negativt beslut om förhandstillstånd har rätt

[1730] Mål C-372/04 *Watts*, p. 131.
[1731] Mål C-372/04 *Watts*, p. 132.
[1732] Mål C-8/02 *Ludwig Leichtle mot Bundesanstalt für Arbeit*, REG 2004 s. I-2641.
[1733] Mål C-8/02 *Leichtle*, p. 44–45.

att få ersättningen retroaktivt om det första beslutet ersätts med ett beslut som är positivt för patienten. Patienten får nämligen inte hindras i sina möjligheter att ta emot vården, enbart på grund av ett omprövningsförfarande.[1734] Domen är viktig då den liknar kurbehandling som kräver vistelse av terapeutiska skäl på kurorten vid öppenvård och inte vid sjukhusvård. Detta har den omedelbara effekten att det inte behövs något förhandstillstånd för att få ersättning för vård i annan medlemsstat.

Bosch[1735] gällde en federal försäkringskassas praxis att ersätta sina medlemmar för deras ”hälsoutgifter” som de haft i andra medlemsstater upp till en viss nivå, utan att procedur om förhandstillstånd krävdes. Den myndighet som utövade kontroll över försäkringskassan menade att detta skedde i strid med förordning nr 1408/71 och dess artikel 22 och de regler som däri uppställs om förhandsbesked. EG-domstolen menade att förordningen respekterades i fallet, eftersom syftet med förordningen är att patienterna skall likställas med medborgarna i värdstaten och få ersättning eller naturaförmåner i enlighet med de regler som gäller i värdstaten. Reglerna syftar vidare till att underlätta rörligheten, men bestämmer inte ersättning enligt tariffer som hemstaten har ställt upp. Eftersom försäkringskassans praxis i detta fall garanterar en total ersättning av kostnaderna upp till den bestämda nivån, så får patienterna så mycket ersättning som de kunde få om de formella kriterierna var uppfyllda.[1736]

6.3.3 Sammanfattande kommentar

Rättsutvecklingen har lett till att nationella system med krav på förhandstillstånd kan behållas för sjukhusvård utomlands, oberoende av om patientens hemstat har sjukförsäkringen organiserad enligt ett naturaförmånssystem eller återbetalningssystem.[1737] Vi har också sett att det finns två sorters förhandsbesked beroende på vilken gemenskapsrättslig grund vården söks. Dels finns förhandstillstånd enligt artikel 22 förordning 1408/71 enligt vilken patienten assimileras med värdstatens patienter, dels har medlemsstaterna möjlighet att kräva förhandstillstånd enligt artikel 49 EG-fördraget. Det senare kan krävas endast för sjukhusvård och ger patienten ersättning enligt dennes hemstats ersättningsnivåer. Båda förhandsbeskeden ges under liknande villkor och är underkastade samma

---

[1734] Mål C-8/02 *Leichtle*, p. 57.

[1735] Mål C-193/03 *Betriebskrankenkasse der Robert Bosch GmbH mot Tyskland*, REG 2004 s. I-9911.

[1736] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 134 f.

[1737] Domstolen likställer dock inte rehabilitering med sjukvård, inte ens om det finns en infrastruktur för rehabiliteringen.

slags proportionalitetsprövning. Patienter kan dock välja att ansöka om förhandstillstånd enligt artikel 49 när ersättningen i hemlandet är högre än i värdstaten och på så sätt undvika extra krav enligt *Vanbraekel*-doktrinen.

Hälsovård är – trots dess speciella karakteristika – en del av den fria rörligheten och därför utgör krav om förhandstillstånd ett hinder för denna rörlighet. EG-domstolen kom dock fram till att detta hinder kan vara legitimt när det är fråga om sjukhusvård, men godtar inte alltid de skäl som medlemsstaterna framför. Av *Kohll* framgick att rätten till ersättning som grundas på EG-fördraget begränsas till de ersättningsnivåer som tillämpas i den kompetenta medlemsstaten.[1738] *Smits och Peerbooms* innebar att medlemsstaterna inte kan tvingas utsträcka den materiella räckvidden av sjukförsäkringen. Det innebär att endast de förmåner som redan är täckta av det sociala trygghetssystemet i den kompetenta medlemsstaten kommer att ersättas.[1739] Genom *Müller-Fauré* kompletteras detta genom att domstolen förklarar att det inte finns några finansiella problem som kan uppstå till följd av förbudet mot förhandstillstånd för vård utanför sjukhus .[1740] Däremot är det nödvändigt och skäligt med förhandstillstånd för vård på sjukhus i annan medlemsstat, vilket grundas på att staten måste kunna planera sjukhusverksamheten.[1741] Särskilda förvaltningsrättsliga principer måste tas i beaktande, vilket betyder att myndigheterna när de fattar beslut om förhandstillstånd måste använda sig av objektiva och icke-diskriminerande kriterier som är kända i förväg. Ansökningsprocessen skall vara tillgänglig och det skall finnas möjlighet till överklagande för det fall patienten får ett negativt beslut.[1742]

[1738] Mål C-158/96 *Kohll*, p. 50.

[1739] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 86–87.

[1740] Mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 94–97. Den finansiella bördan blir lika stor som om situationen vore helt intern. Antalet patienter som söker vård i annan medlemsstat kommer fortsatt att vara begränsat och domstolen avvisar helt medlemsstaternas argument att vilja säkra en öppenvård av hög kvalitet.

[1741] Se mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 77–81 samt mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 76–80.

[1742] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 90–91 samt mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 83–84. I mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* (p. 108) prövades villkoret (för förhandstillstånd) att behandlingen måste anses vara ”sedvanlig i berörda yrkeskretsar”. Medlemsstaten måste kunna visa att det är ett objektivt villkor och att det tillämpas på samma sätt för såväl nationell vård som vård utförd i annan medlemsstat. Villkoret är godtagbart om det avser att vården skall vara testad i internationella medicinska kretsar och därmed kan inte ansökan om förhandstillstånd avslås. Ett annat villkor är att behandlingen i annan medlemsstat skall anses vara nödvändig. Bedömningen måste då ske i varje fall och villkoret anses förenligt med EG-rätten om motsvarande eller lika effektiv behandling kan ges utan onödigt uppskov på en institution som har kontrakt med patientens sjukkassa. På så sätt kan staten behålla planeringsmöjligheter för sjukhusverksamheten (mål C-157/99

Patienter som söker *öppenvård* har valet att antingen få föregående tillstånd enligt artikel 22 förordning 1408/71 eller att åka direkt till vårdgivaren i den andra medlemsstaten och därefter be om ersättning från den nationella kassan. Vad är då skillnaden mellan dessa? Till att börja med är det en skillnad rationae personae; förordningen gäller endast för de kategorier som finns uppräknade i artikel 2, nämligen anställda, studenter, pensionärer etc.[1743] Vidare har vi konstaterat att det finns en materiell skillnad mellan de två lagrummen. Om patienten inte fått förhandstillstånd enligt artikel 22 p. 1 c) förordning 1408/71, så kan de endast få ersättning för öppenvård och inte för sjukhusvård.

Även ersättningsnivåerna skiljer sig mellan förordningen och den vård man har rätt att ta del av enligt artikel 49 EG-fördraget. Enligt förordningen har patienter rätt till ersättning enligt de nivåer som tillämpas i den stat där de fått behandlingen. Om ersättningen skulle vara lägre än i patientens hemland, så skall patienten få ett tillägg enligt den så kallade Vanbraekel-regeln.[1744] Om patienten inte erhållit ett förhandstillstånd, utan istället förlitar sig på artikel 49, så kan de endast få ersättning enligt nivåerna i hemstaten.[1745] Rättsfallen visar också att de nationella procedurerna för förhandsbesked skall följa relativt stränga krav (kriterier, tidsram, tillståndskontroll) och vara underkastade en fullständig juridisk översyn och inte enbart en partiell sådan.

Rättsutvecklingen ger också förhanden att medlemsstaterna kan välja att tillämpa mer flexibla villkor och/eller procedurer för att säkerställa återbetalning av medicinska kostnader än de som fastställs i artikel 22, förordning 1408/71. Det gäller också indirekta kostnader som resor, boende etc. som har med vårdvistelsen att göra.

Utgifter som ersätts är inte enbart de kostnader som patienten betalat för vården, men också indirekta kostnader som resor, boende etc. som har med vårdvistelsen att göra. Rättsfallen förtydligar grunderna för undantag inom ramen för artikel 49 på hälsoområdet, genom att hälsovårdssystemets finansiella struktur är det enda som medlemsstaterna med säkerhet kan använda sig av.[1746]

Patienter som fått förhandstillstånd enligt artikel 22 p. 1 c) får – beroende av hur hälso- och sjukvården organiseras i vårdlandet – antingen behandling gratis (benefits-in-kind) eller betala för behandlingen och sedan begära ersättning (refund) från heminstitutionen. Det senare är det enda

---

Smits och Peerbooms, p. 106; mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 91). Väntelistor kan aldrig användas som ursäkt (mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet*, p. 92).

[1743] Se ovan, avsnitt 5.2.2.2.

[1744] Se ovan, avsnitt 6.3.2.2.3.1.

[1745] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 143.

[1746] Jämför C-50/05 *Nikula*, REG 2006 s. I-7029.

möjliga för patienter som inte erhållit förhandstillstånd enligt förordning 1408/71, alltså artikel 49 EG-fördraget, vilket innebär att proceduren om förhandstillstånd fortfarande kan vara den enda lösningen för de patienter som inte har ekonomiska möjligheter att ligga ute med pengarna för vården.

Vi kan dock konstatera att det finns gemensamma nämnare mellan rätten att ta del av skyddet för hälsovård under artikel 49 EG-fördraget och förordning 1408/71. Till att börja med så innebär båda lagrummen att ingen medlemsstat har rätt att diskriminera eller vägra ge vård till medborgare från andra medlemsstater. I varje fall inte då vårdinstitutionerna är bundna av EG-rätten.[1747] Patienter kan heller inte tvingas betala mer för vården beroende på om de fått förhandstillstånd eller inte.[1748] De gemenskapsrättsliga reglerna tillämpas heller inte olika beroende på hur medlemsstaternas sociala trygghetssystem är organiserade, vilket framkommer i *Müller-Fauré*-målet. Det spelar alltså ingen roll om det är fråga om ett nationellt system där patienten ges ersättning för vårdutgifter eller om patienten erhåller vården som förmån. Däremot är det ju fortfarande hemlandet och patientens heminstitution/myndighet som bestämmer vilken behandling som täcks av socialförsäkringssystemet, vilket också kan ses i artikel 22 förordning 1408/71. Till detta kommer att om den aktuella behandlingen är en förmån enligt hemlandets socialförsäkring, så kan inte förhandstillstånd till samma behandling i en annan medlemsstat nekas. *Müller-Fauré* bekräftar även detta på så sätt att de villkor som gäller för att vård skall medges i hemstaten också skall gälla för den vård som patienten köper utan förhandstillstånd i en annan medlemsstat.[1749]

EG-domstolen har också betonat vikten av att medlemsstaterna skall ha möjlighet att vidta åtgärder för att säkra den ekonomiska stabiliteten i de nationella hälsovårdssystemen (*Duphar*-målet). Möjligheten till detta undantag har successivt minskat med *Kohll* och efterföljande mål. Kontroll av kostnader är inte tillräckligt för att ge grund för undantag,[1750] och därför måste staten visa att det finns ett reellt hot mot systemets finansiella balans eller lyckas knuta kostnadsargumentet till en icke-ekonomisk faktor. Domstolen accepterar därför, som ovan diskuterats, att staterna i sin nationella politik antar åtgärder som garanterar att det finns en tillräcklig och tillgänglig sjukhusvård av hög kvalitet i landet. Därför medger också gemenskapsrätten (EG-domstolen) att en stat ställer upp krav på de egna

---

1747 Detta stadgas för förordningens del i domen *Pierik II*.

1748 Mål C-411/98 *Ferlini*, REG 2000 s. I-8081.

1749 Mål C- 385/99 *Müller-Fauré*, p. 106. Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 143 f.

1750 Mål C-385/99 *Müller-Fauré*, p. 92 (”purely economic nature which cannot as such justify a restriction on the fundamental principle of freedom to provide services”); jämför ovan avsnitt 6.3.2.2.

medborgarnas möjligheter att få vård i andra medlemsstater.[1751] Systemet med förhandstillstånd för sjukhusvård i annan medlemsstat är i sig intressant, då det kopplats till medlemsstaternas skyldighet att kunna erbjuda tillgänglig vård av hög kvalitet till alla medborgare.[1752] Det är trots allt så att det fortfarande är upp till varje enskild medlemsstat att själv bestämma utformningen av socialpolitiken. Gemenskapsrätten (utom EG-domstolens praxis) ställer i dag inte krav på att den nationella vården skall nå upp till en viss nivå. Sjukförsäkringssystemets särskilda *nationella* karakteristika återkommer också i medlemsstaternas argumentation men har avfärdats av EG-domstolen. Frågan är dock om det är lämpligt att avfärda så enkelt. Är det lämpligt att EG-domstolen så aktivt verkar, genom negativ integration, på detta ytterst komplicerade område?[1753]

Kan det vara så att domstolen i dag skapar en rätt till hälsa med ett visst innehåll? Ja, på sätt och vis. I *Smits och Peerbooms* ges tydliga instruktioner om vilka kriterier de nationella myndigheterna skall använda.[1754] En individuell rättighet finns således avseende de procedurer som skall säkerställa den fria rörligheten på detta specifika område. Däremot har EG-domstolen inte i detta sammanhang hänvisat till artikel 35 EU-stadgan eller några av de internationella konventioner som anger ett visst innehåll avseende såväl individens rätt till hälsa som staternas skyldighet att vidta vissa åtgärder för att garantera hälsa.

6.4 Om rättsläget i Sverige

6.4.1 Inledning

Av hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), HSL, följer att landstingen skall erbjuda en god hälso- och sjukvård åt dem som är bosatta i landstinget. Kommunerna har vidare ansvar för de personer som bor i särskilda boendeformer (18 § HSL).[1755] Genom Sveriges medlemskap i EU har möjligheten för svenska medborgare att få vård utomlands ökat, förutom

---

[1751] Jämför mål 72/83 *Campus Oil*.

[1752] Mål C-385/99 *Müller-Fauré*, p. 92.

[1753] Hatzopoulos, V, *Health Law and Policy: The Impact of the EU* s. 138. **Se** Obermaier, A, *The National Judiciary – Sword of European Court of Justice Rulings: The Example of the* Kohll/Decker *Jurisprudence*, European Law Journal, vol 14, nr 6, 2008, för en analys av hur de i detta delkapitel behandlade domarna mottagits av nationella domstolar i Frankrike, Tyskland och Storbritannien.

[1754] Mål C-157/99 *Smits och Peerbooms,* p. 90.

[1755] Även om detta till viss del sker i samverkan med landstingen, se HSL 26 § d, e.

bilaterala konventioner och sjukvårdsavtal som Sverige ingått med andra länder. Förordning 1408/71 är tillämplig för svenska medborgare och innebär i Sverige att när en svensk anställd, egenföretagare eller deras familjemedlemmar flyttar inom gemenskapen så kan dessa personer ansöka om förhandstillstånd hos Försäkringskassan för planerad vård i annan medlemsstat.[1756] Det är således Försäkringskassan som ersätter den utländske vårdgivaren direkt för vården när sådan vård getts med stöd av förhandstillståndet. Då det är landstingen som ansvarar för sjukvårdsresurserna och har kännedom om patientens medicinska tillstånd, kontaktar Försäkringskassan sökandens landsting innan ansökan avgörs. Försäkringskassan skall i sin prövning beakta om vården är en förmån som enligt svensk lagstiftning utges i Sverige,[1757] samt om den försäkrade kan få vården i landet inom den tid som med beaktande av sökandens aktuella hälsotillstånd och sjukdomens förlopp är normal för vården i fråga. Om kassans beslut är positivt, så beviljar den ett så kallat E-intyg som ger rätt till ersättning för planerad vård i annat EES-land eller i Schweiz, vilket betyder att den gjort en utfästelse att ersätta vårdkostnaden. På så sätt kommer den svenska sjukförsäkringen att stå för patientens vårdkostnad.[1758]

[1756] Försäkringskassan: Underlag till rapportering om tillämpningen av den europeiska balken om social trygghet för perioden 1 juli 2005 till 30 juni 2006; Underlag till rapportering om tillämpningen av den europeiska balken om social trygghet för perioden 1 juli 2006 till 30 juni 2007. Till detta kan också läggas kommissionens uppföljning av EG-domstolens praxis: Commission Staff Working Paper. Report on the Application of Internal Market Rules to Health Services. Implementation by the Member States of the Court's Jurisprudence, SEC(2003) 900, den 28 juli 2003. I dokumentet beskriver kommissionen kortfattat de viktigaste hälsovårdsmålen i EG-domstolens praxis samt redogör för de svar som medlemsstaterna ingett angående implementeringen av nämnda praxis.

[1757] Tillstånd får vägras *endast* när en identisk eller lika effektiv behandling kan erhållas i tid i hemstaten, jämför artikel 22 p. 2 st. 2; mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 103; mål C-56/01 *Inizan*, p. 45. Är detta dock samma sak som att vården skulle bekostas av det allmänna? Om en lista över godkända behandlingar finns så måste den bedömas som en inskränkning av den fria rörligheten och därmed klara av de strikta krav som artikel 46 alternativt andra tvingande hänsyn betyder för att vara förenlig med gemenskapsrätten. Här kan en jämförelse med RÅ 2004 ref. 41 göras. Regeringsrätten konstaterade där att vårdformen ifråga var erkänd internationellt. Om den hade utförts i Sverige, hade den därmed bekostats av det allmänna.

[1758] E-intyget kan användas vid vårdinrättningar som är anslutna till det allmänna sjukförsäkringssystemet i vårdlandet och på det landets villkor. Det ger den vårdsökande rätt till vård till samma vårdavgifter som försäkrade i vårdlandet. Samrådet med landstinget kan också leda till att landstinget väljer att själv remittera patienten till ett annat land, till exempel om den vård sökanden behöver är sådan som inte ges i Sverige. När landstinget förbinder sig att bekosta vården, så utfärdar Försäkringskassan ett intyg på blankett E 112. För det senare fallet blir förordningen (1994:2053) om vissa ersättningar i internationella förhållanden till landsting och kommuner från sjukförsäkringen enligt lagen (1962:381) om

En vårdsökande från Sverige som under kortare tid befinner sig i ett land som omfattas av förordning 1408/71 har rätt till akut vård i vistelselandet,[1759] genom att visa upp det europeiska sjukförsäkringskortet. Genom kortet garanteras den vårdsökande en rätt till vård hos de vårdgivare som är anslutna till det allmänna sjukförsäkringssystemet på samma villkor som de som är bosatta i vårdlandet. Efter att vård har getts, ersätter Försäkringskassan vårdkostnaderna med avdrag för de vårdavgifter som patienten betalat.[1760]

För vård i annan medlemsstat som grundas direkt på artikel 49 EG-fördraget finns i dag inte något krav på förhandstillstånd i svensk lag. En person som omfattas av det svenska hälso- och sjukvårdssystemet kan med stöd av nämnda artikel söka både planerad och akut vård annan medlemsstat utan tillstånd och därefter få utgifterna för vården ersatta, om än under vissa förutsättningar.[1761]

Akut vård som en i Sverige bosatt person kan behöva få under en vistelse i annan medlemsstat faller även den inom ramen för artikel 49 EG-fördraget och räknas som en tjänst. Försäkringskassan ersätter sådan vård, även om vårdgivaren inte är ansluten till det allmänna sjukförsäkringssystemet i landet. [1762]

---

allmän försäkring tillämplig. Mellan den 1 februari 2005 och den 1 januari 2007 fattade Försäkringskassan beslut i 336 ärenden, varav 192 ansökningar beviljades. Försäkringskassan:
http://www.forsakringskassan.se/omfk/analys/vardersattningar/sjukvard_internat,/.
Hemsidan besökt 2008 03 03. Se också Försäkringskassans slutrapport 2005 09 14, En kartläggning av gränsöverskridande planerad vård inom EU/EES finansierad av Försäkringskassan 2004–2005. Jämför också sammanställning i SOU 2007:95 på s. 89.

[1759] Med kortare vistelse avses, enligt lagrådsremiss 2007 01 18, högst ett år.

[1760] Om det finns ett betalningsavståendeavtal mellan Sverige och vårdlandet, så kommer ingen ersättning att begäras från vårdlandet.

[1761] I mål 2762–06 (kammarrätten i Stockholm) var fråga om betydelsen av lag (1991:419) om resekostnadsersättning vid sjukresor som inte innehåller någon regel som ger en rätt till ersättning för logikostnader, vilket klaganden önskade få ersättning för. Försäkringskassan ersätter endast sådana krav när vården ges efter en remiss. Kammarrätten bedömde att detta stred mot gemenskapsrätten, då det kunde avhålla patienter från att söka vård i annat EU-land och att det inte fanns något giltigt skäl att göra skillnad på vård i Sverige och i annan medlemsstat. Avsaknaden av regler i lagstiftningen har alltså inneburit en möjlighet för myndigheterna att införa en praxis i strid med gemenskapsrätten och därmed beröva enskilda deras rättigheter.

[1762] SOU 2007:95 s. 89 anger att kostnaden för ersättning till enskilda grundat på fördraget uppgick till 37 miljoner kronor år 2006.

6.4.2 Förslag om förhandstillstånd för planerad vård inom ramen för artikel 49 EG-fördraget

6.4.2.1 Inledning

I svensk rätt finns inga regler om förhandstillstånd för de fall som aktualiserar vård enligt artikel 49 EG-fördraget. Regeringen föreslår i lagrådsremissen *Ersättning för kostnader för vård i annat EES-land* (18 januari 2007) att det skall krävas förhandstillstånd för att en vårdsökande skall få ersättning för utgifter för planerad hälso- och sjukvård eller tandvård på sjukhus om vården ges hos en vårdgivare i ett annat land inom EES-området. Efter att regeringsrätten i domar av den 30 januari 2004 fastslagit att det finns en möjlighet att fristående från förordning 1408/71 söka och få ersättning för vård i annat EU/EES-land,[1763] det vill säga åberopa artikel 49 och EG-domstolens praxis direkt, kom behovet av ny lagstiftning i Sverige att aktualiseras och då särskilt ett system med förhandstillstånd.[1764]

Vahlne Westerhäll har framfört att det inte torde vara orealistiskt att tro att ett system med förhandstillstånd kommer att genomföras i Sverige och analyserat vad det skulle kunna innebära för utgången i fall som de i 2004 års domar. Först och främst så måste reglerna prövas mot artiklarna 49 och 50 i EG-fördraget. Regler som hindrar eller gör det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna som stadgas i fördraget kan vara förenliga med gemenskapsrätten om de uppfyller de fyra förutsättningar som nämnts ovan. Regeln skall inte vara tillämplig på ett diskriminerande sätt, den skall framstå som motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse, den skall vara ägnad att säkerställa den målsättning som eftersträvas och slutligen så skall den inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.[1765]

Med vård på sjukhus avses, enligt regeringens förslag, vård som antingen kräver att patienten läggs in eller som ges på inrättning där det finns särskilda medicinska eller tekniska resurser eller annan särskild kompetens.[1766] Anledningen till detta förslag är att regeringen anser att det

---

[1763] RÅ 2004 ref 41; jämför också kammarrätten i Stockholm, mål 6680-03 där en begäran att få förhandstillstånd för en operation i Tyskland med hänvisning till religiösa skäl avslogs.

[1764] Mellan den 1 februari 2005 och den 31 januari 2007 ansökte 3171 personer om ersättning baserad på artikel 49 EG-fördraget. Av dessa beviljades 2910 ansökningar, till en kostnad av drygt 24 miljoner kr, se Försäkringskassan på:
http://www.forsakringskassan.se/omfk/analys/vardersattningar/sjukvard_internat/.
Hemsidan besökt 2008 03 03.

[1765] Vahlne Westerhäll, L, *Regeringsrättens domar om ersättning för vårdkostnader i annan medlemsstat i Europeiska unionen* s. 282.

[1766] Det finns inte någon definition för sjukhusvård i svensk lagstiftning. I 5 § HSL anges att det för hälso- och sjukvård som kräver intagning i vårdinrättning skall finnas sjukhus. Se

är viktigt att tydliggöra möjligheterna att med stöd av EG-fördraget få vård utomlands. Dessutom kan det uppstå problem när många personer bosatta i Sverige söker vård i annat land som Sverige måste bekosta. Vårdkostnaden kan vara dyrare i det andra landet än i Sverige, sjukhusens och vårdinrättningarnas infrastruktur kan komma att hotas och vissa sjukhus kan användas mer än andra.

Lagrådsremissens förslag att införa ett krav på förhandstillstånd för att en vårdsökande skall få ersättning för utgifter för planerad vård på sjukhus hos en vårdgivare i annat land inom EES-området sker därför i syfte att ”bevara den ekonomiska balansen och möjliggöra en nödvändig planering i det offentliga hälso- och sjukvårdssystemet”.[1767] Med planerad vård menas att en person reser till annat land i syfte att motta vård.[1768] Det är dock *endast vård på sjukhus* som omfattas av regeringens förslag, eftersom regeringen anser att planerad vård som ges utanför sjukhus inte medför ett så stort planeringsbehov för det allmänna.[1769] Regeringen konstaterar i remissen att EG-domstolen ännu inte definierat vad som menas med sjukhusvård, och föreslår därför att begreppet sjukhusvård skall avgöras utifrån om vården hade getts på sjukhus i Sverige om den vårdsökande fått vården i landet, eftersom definitionen kan variera från land till land.[1770] Lagrådet invänder i sitt yttrande mot regeringens förslag och framhåller, inte utan fog, att vård på sjukhus skulle kunna definieras i mer allmänna termer.[1771]

---

också prop. 1994/95:195 s. 46 f. Det ställs krav på teknisk utrustning och särskild kompetens för att det skall vara vård på sjukhus. När tjänstedirektivet (2006/123/EG) förhandlades fram så ansågs sjukhusvård vara medicinsk vård som kräver inläggning av patienten eller enbart kan tillgodoses på sjukhus eftersom vården är specialiserad och innebär en risk för patienten. Hälso- och sjukvård kom dock inte att tas med i direktivets slutliga version. Regeringen kommer fram till att sjukhusvård bör bestämmas utifrån hur kvalificerad vården är såvitt avser teknik och kompetens, se lagrådsremiss 2007 01 18 s. 20.

[1767] Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 18.

[1768] Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 18.

[1769] Jämför mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 76. Eftersom behovet av planering inte är lika trängande för vård som ges utanför sjukhus, så anser regeringen att det inte utgör tillräckliga skäl för att motivera en inskränkning av den fria rörligheten, lagrådsremiss 2007 01 18 s. 19.

[1770] Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 19.

[1771] Lagrådet skriver (utdrag ur protokoll vid sammanträde 2007 01 31): ”sådan hälso- och sjukvård eller tandvård 1. som kräver intagning i vårdinrättning, eller 2. där annars tvingande hänsyn av allmänintresse kan motivera en inskränkning i principen om frihet att tillhandahålla tjänster”.

6.4.2.2 Villkor för ersättning enligt förslaget

När så frågan om ersättning tas upp i remissen så framhåller regeringen i sitt förslag att det är upp till varje medlemsstat att själv bestämma vem som omfattas av ett nationellt sjukförsäkringssystem och om vilka behandlingar som skall bekostas av det allmänna. Enligt HSL och tandvårdslagen skall landstingen erbjuda en god hälso- och sjukvård eller tandvård åt dem som är bosatta inom landstinget, det vill säga den som är bokförd i landstinget.[1772] Regeringen föreslår därför att ett första krav är att *vårdsökande skall vara bosatt i Sverige*. Lagrådet framför, med rätta, i sitt yttrande att det vore bättre att formulera kravet som att personen skall tillhöra den personkrets som efter tillstånd äger rätt till vård i en annan medlemsstat enligt förordning 1408/71. Med tanke på att personkretsen i förordning nr 883/2004 är vidare än förordning nr 1408/71 är förslaget bra.

Det andra kravet som regeringen framhåller i sitt förslag är att det skall vara fråga om kostnader för behandling av sjukdom eller tillstånd som i Sverige *behandlas inom det offentligfinansierade hälso- och sjukvårdssystemet*.[1773]

Det tredje kravet är knutet till EG-domstolens praxis och innebär att det skall vara fråga om en behandlingsmetod som överensstämmer med den som används inom det svenska allmänna sjukvårdssystemet eller, om den är tillräckligt beprövad och erkänd, av den internationella medicinska vetenskapen. Användningen av metoden får inte vara förbjuden eller begränsad i svensk lagstiftning, för att ersättning från sjukförsäkringen skall utgå. [1774] Regeringen tar avslutningsvis tillbaka förslaget att vårdgivaren skall vara ansluten till det allmänna för att patienten skall få rätt till ersättning. För att detta tredje krav skall fungera i praktiken, framför regeringen att det räcker med att en behandling ges i ett landsting i Sverige. Enskilda skall alltså inte missgynnas på grund av sin bosättning i en landstingskommun som inte tillhandahåller en viss behandling.

Skillnaden mellan det andra och tredje kravet ter sig vid en första anblick inte vara särskilt stor. Med det andra kravet avser regeringen att undvika att det allmänna bekostar kosmetiska behandlingar som inte har medicinsk grund. Skillnader mellan olika landsting tas inte upp i regeringens förklaring

---

[1772] Detsamma gäller de som är kvarskrivna enligt 16 § folkbokföringslagen (1991:481) och stadigvarande vistas inom landstinget, se Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 22. För tandvård är kravet att personen är bosatt i Sverige, se 2 kap. lag 1962:381) om allmän försäkring och 2 kap. 1 §, 3 kap. 1 § 1 p. socialförsäkringslagen (1999:799).

[1773] På så sätt önskar regeringen undvika finansiering av tillstånd som inte anses vara medicinskt betingade, till exempel rent kosmetiska behandlingar, se lagrådsremiss 2007 01 18 s. 22.

[1774] Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 23 f. Ersättning skall utbetalas om förutsättningarna i den begränsande lagstiftningen är uppfyllda.

avseende det andra kravet, men förklaras utförligare i relation till det tredje. Förslaget skulle kunna vara tydligare avseende det andra kravet, särskilt i dess gemenskapsrättsliga analys. Kravet återknyter till den bedömning Försäkringskassan gör i fråga om förhandstillstånd för planerad vård i annan medlemsstat i EU och är med all sannolikhet betingat av ekonomiska överväganden. Mot bakgrund av EG-domstolens praxis går det att ifrågasätta om ett sådant krav kan upprätthållas, eftersom rent ekonomiska skäl inte kan legitimera undantag från den fria rörligheten för tjänster.[1775]

För att få förhandstillstånd till planerad vård i annat EES-land krävs att förutsättningarna att få ersättning är uppfyllda, att vården eller en lika effektiv behandling inte kan erbjudas i Sverige inom en tid som är normal för vården i fråga med beaktande av sökandens aktuella hälsotillstånd och sjukdomsförloppet.[1776] Här hänvisar regeringen direkt till artikel 22 p. 2 i förordning 1408/71, vilket i sig bygger på fallet *Watts*.[1777] Förhandstillstånd får därför endast vägras om en likadan eller lika effektiv vård kan fås utan ”undue delay” i hemlandet. För att kunna bedöma om en behandling är lika effektiv, så måste myndigheten ta hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet.[1778]

I remissen förhåller sig regeringen också till frågan om *väntelistor* och förklarar att listor som innebär en väntetid längre än den som vårdgarantin sätter som gräns inte kan betraktas som normala. Regeringen hänvisar till EG-domstolens praxis; förekomsten av vårdköer skall beaktas samt de konkreta omständigheter som kännetecknar patientens hälsotillstånd och konstaterar att det är Försäkringskassan som i Sverige har ansvar för att väntetiden för en patient inte överskrider den tid som enligt en objektiv bedömning av patientens hälsa kan anses vara godtagbart. Om en patient inte kan erbjudas vård inom rimlig tid, så skall patienten i första hand ges möjlighet till en lika effektiv behandling i ett annat landsting i Sverige.

Vad så gäller ersättningens storlek, så är skillnaden att ersättning enligt förordning 1408/71 ersätts direkt, medan ersättning enligt fördragets artikel 49 ersätts i efterhand. Personen som fått vård i annan medlemsstat skall

---

[1775] Mål C-385/99 *Müller-Fauré*, p. 92.

[1776] Jämför mål C-157/99 *Smits och Peerbooms*, p. 103, lagrådsremiss 2007 01 18 s. 26.

[1777] Se lagrådsremiss 2007 01 18 s. 26. EG-domstolen förklarade i domen att det saknas skäl att bedöma förhandstillstånd enligt artikel 22 i förordning 1408/71 på ett annat sätt i förhållande till artikel 49 EG-fördraget, eftersom båda lagrummen handlar om en bedömning av huruvida sökanden kan erbjudas den sjukhusvård som hans hälsotillstånd kräver i bosättningsstaten inom en godtagbar tid, så att behandlingen förblir ändamålsenlig och effektiv. Mål C-372/04 *Watts*, p. 60 och 61.

[1778] Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 26. Patientens hälsotillstånd vid tidpunkten för ansökan (hur svåra smärtor patienten har, graden av funktionshinder som kan påverka utövande av yrkesverksamhet) samt patientens sjukdomshistoria skall tas med i bedömningen.

ersättas för det som han eller hon faktiskt betalat för vården, med avdrag för egenavgifter.[1779] Förbehållet är dock att beloppet inte får vara uppenbart oskäligt, vilket bestäms av Försäkringskassan och förvaltningsdomstolarna.[1780] Patienten skall ha rätt till ersättning för de utgifter han eller hon haft för läkemedel under vårdtiden. Om en patient själv väljer, utan att söka förhandstillstånd, att vårdas i en annan medlemsstat, så bekostar inte sjukförsäkringen resekostnaderna. Men, däremot önskar regeringen se att så sker avseende patienter som beviljats förhandstillstånd för planerad vård. Samma sak skall gälla för kost och logi.

Utrymmet för myndigheterna är, som dessa få fall visat, stort för att ta beslut som står i strid med gemenskapsrätten.[1781] Regeringens förslag har ännu inte lett till någon åtgärd, vilket kan ha sin förklaring i att arbetet med ett direktivförslag om patienters rättigheter fortskridit. Vi vänder därför uppmärksamheten mot detta förslag.

6.5 Avrundning: Direktivförslag om patienters rättigheter

I juli 2008 presenterade kommissionen ett förslag till direktiv om patienträttigheter.[1782] Förslaget innehåller gemensamma principer för alla hälso- och sjukvårdssystem i EU, och hänvisar därmed direkt till de principer som antogs av rådet i juni 2006[1783] och som anger vilken medlemsstat som har ansvar för att de gemensamma principerna följs och vad ansvaret innebär. Förslaget ställer också upp särskilda regler för gränsöverskridande hälso- och sjukvård och hur det europeiska hälso- och sjukvårdssamarbetet skall organiseras. I och med direktivets ikraftträdande införs en alternativ mekanism för ersättning för vård i annat EU-land som grundas på principerna om fri rörlighet och de principer som ligger till grund för EG-domstolens praxis. Kommissionen framför att det är nödvändigt att åstadkomma en mer allmän och effektiv praktisk tillämpning

[1779] Rehabilitering skall dock inte innefattas.

[1780] Lagrådsremiss 2007 01 18 s. 29 f.

[1781] Vilket är förvånande med anledning av de svenska myndigheternas plikt att i enlighet med artikel 10 EG-fördraget vara lojala med gemenskapsrätten.

[1782] Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillämpning av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård, KOM(2008) 414 slutlig. Parlamentet antog direktivet den 23 april 2009. Jämför Faktapromemoria Patientrörlighetsdirektivet 2007/08: FPM134, i vilken den svenska regeringen ställer sig positiv till förslaget.

[1783] Meddelande från kommissionen. Samråd om gemenskapsåtgärder som rör hälso- och sjukvård. SEC(2006) 1195/4 av den 26 september 2006. Se också Meddelande från kommissionen. Tillämpning av patienträttigheter vid gränsöverskridande hälso- och sjukvård. KOM(2008) 415 slutlig.

av patienternas rättigheter såsom dessa formulerats av EG-domstolen. De skall kunna utövas på ett sätt som är förenligt med de övergripande målen om att hälso- och sjukvården skall vara tillgänglig, av god kvalitet och ekonomiskt stabil. Patienter måste få information så att de kan fatta välgrundade beslut. Det är av stor vikt att det finns mekanismer som garanterar att vården är av god kvalitet och säker och att det finns kontinuitet i vården mellan behandlande yrkesgrupper och organisationer. Det är också viktigt att det finns mekanismer för adekvat prövning och kompensation vid eventuella skador som vården gett upphov till. Det framhålls av kommissionen att det saknas tydliga EU-regler om hur kraven tillgodoses när det gäller gränsöverskridande vård eller vem som har ansvaret. Medlemsstaterna har tolkat och tillämpat domstolspraxisens på olika sätt, vilket direktivförslaget är en reaktion på.

De rättigheter som direktivförslaget innehåller och de rättigheter som stadgas i förordning 1408/71 skall alltså utgöra två *alternativa* mekanismer för att ersätta kostnader för gränsöverskridande vård. Detta betyder att när en person ansöker om förhandstillstånd och det beviljas enligt förordning 1408/71, skall den förordningen tillämpas och sjukförmånerna beviljas därmed enligt den förordningens regelverk, vilket särskilt gäller vård som ges av de europeiska referensnätverk som skall inrättas enligt direktivet. När vårdkostnaderna ersätts enligt kapitel III i direktivet, så skall direktivets bestämmelser tillämpas. Den försäkrade bör dock alltid beviljas det tillstånd enligt förordning 1408/71 som avses i artikel 3 p. 1 f) om villkoren i artikel 22 p. 1 c) och artikel 22 p. 2 förordning 1408/71 uppfylls.

Direktivet påverkar inte bestämmelserna om ömsesidigt erkännande av yrkeskvalifikationer och inte heller utgöra hinder för den fria rörligheten för hälso- och sjukvårdspersonal.[1784] Inte heller direktiven om personuppgiftsbehandling[1785] eller direktivet om elektronisk handel[1786] påverkas. Kommissionen lyfter också fram att direktivförslaget är förenligt med rådets direktiv 2000/43 av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska

---

[1784] Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer, EGT L 255, 23.12.1995 s. 22.

[1785] Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana personuppgifter, EGT L 281, 23.11.1995 s. 31 samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/58/EG av den 12 juli 2002 om behandling av personuppgifter och integritetsskydd inom sektorn för elektronisk kommunikation, EGT L 201, 31.7.2002 s. 37; se direktivförslaget artikel 3.1 a).

[1786] Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden, EGT L 178, 17.7.2000 s. 1.

ursprung, vilket också gäller i fråga om social trygghet och hälso- och sjukvård (artikel 3 p. 1 e)).

Den rättsliga grunden för direktivet är artikel 95 EG-fördraget och kommissionen anser att kraven som uppställs i artikel 152 respekteras.[1787] Kommissionen lyfter fram att de frågor som regleras i förslaget är allt för svåra för medlemsstaterna att själva hantera. Åtgärder måste vidtas från EU:s sida så att den gränsöverskridande vårdens säkerhet och effektivitet inte hotas och så att medlemsstaterna får en tydlig befogenhet att administrera och styra sina hälso- och sjukvårdssystem som helhet. Detta har framförts av flera medlemsstater under samrådsförfarandet.

Artikel 152 p. 2 innebär att gemenskapens åtgärder på folkhälsoområdet skall respektera medlemsstaternas ansvar för att organisera och ge hälso- och sjukvård. Detta hindrar dock inte att medlemsstaterna tvingas ändra sina nationella system för hälso- och sjukvård och social trygghet enligt *andra* bestämmelser i fördraget (till exempel artikel 49) eller enligt andra gemenskapsbestämmelser som införts på grund av andra fördragsbestämmelser. Även om medlemsstaternas exklusiva befogenheter på området inte påverkas direkt, så kan det konstateras att en faktiskt indirekt påverkan finns.[1788] Direktivförslaget påverkar inte heller medlemsstaternas val av vilka regler som tillämpas på ett specifikt fall,[1789] men samtidigt måste det erkännas att det politiskt känsliga med direktivet blir att medlemsstaterna sakta men säkert får allt mindre möjligheter att avvika från det som EU förväntar sig.[1790]

Det måste stå klart vilken medlemsstat som i ett visst fall av gränsöverskridande vård är ansvarig för att de gemensamma principerna för hälso- och sjukvård följs. Det måste också råda en viss klarhet i fråga om vad myndigheterna i den ansvariga medlemsstaten kommer att garantera när det gäller vård på det egna territoriet. Medlemsstaternas ansvar framkommer i artikel 5 i direktivförslaget.

Artiklarna 6 och 7 och delvis artiklarna 8 och 9 (förslagets kapitel III) innehåller regler om ersättning av kostnader för vård i annan medlemsstat för att underlätta tillhandahållandet av hälso- och sjukvårdstjänster.

[1787] Vilket på sätt och vis skulle kunna kritiseras och som säkert blir en politiskt känslig fråga under förhandlingarna om direktivet. Samtidigt har EG-domstolens praxis entydigt visat att det är nödvändigt att medlemsstaterna respekterar gemenskapsrätten när de genomför åtgärder i interna frågor och där har inte artikel 152 medfört att EG-domstolen kommer till någon annan slutsats.

[1788] Jämför mål C-372/04 *Watts*, p. 147.

[1789] Direktivförslaget är konsekvensen av att hälso- och sjukvårdstjänsterna lyftes bort från tjänstedirektivet.

[1790] Vilket skulle kunna ses som en klassisk spill-over effekt.

Direktivet omfattar inte överföring av socialförsäkringsrättigheter mellan medlemsstaterna och inte heller samordning av de sociala trygghetssystemen (p. 26 i direktivets preambel). Kapitel III:s bestämmelser avser socialförsäkringssystemet i den medlemsstat där patienten är försäkrad och de rättigheter som det systemet omfattar. Medlemsstaterna har alltså fortfarande rätt att bestämma själva vilka förmåner de skall erbjuda. Om inte en viss behandling är en förmån i en medlemsstat för dess egna medborgare, så har medborgarna i fråga inte rätt att få behandlingen i en annan medlemsstat eller att få kostnaderna för denna ersatta. Kommissionen anser vidare inte att medlemsstaternas socialförsäkringssystem eller hälso- och sjukvårds ekonomiska hållbarhet kommer att urholkas.

Direktivet innehåller inte något förslag på att införa eller behålla krav på förhandstillstånd för ekonomisk ersättning för vård som getts utanför sjukhus i en annan medlemsstat från socialförsäkringssystemet i den medlemsstat där patienten är försäkrad, vilket ligger i linje med *Kohll*-målet. Däremot kan ett förhandstillstånd vara relevant för de fall vården getts på sjukhus och direktivet ger alltså staterna en möjlighet att ha ett sådant förfarande för behandling på sjukhus. För det måste två villkor vara uppfyllda. Det första villkoret är att vården måste, om den hade getts på medlemsstatens eget territorium, ha ersatts av medlemsstatens socialförsäkringssystem, artikel 8 p. 3 a). Det andra villkoret är att syftet med ett system med förhandstillstånd skall vara att hindra utflödet av patienter till följd av att artikel 8 genomförs så att den ekonomiska balansen i medlemsstaten inte blir allvarligt försvagad eller sannolikt allvarligt försvagat. Till detta hör också att planering och resurser inte urholkas på ett sådant sätt att vårdkapaciteten eller den medicinska kompetensen hotas eller att en balanserad och tillgänglig hälso- och sjukhusvård hotas (artikel 8 p. 3 b)). Förhandstillståndssystemet skall vara proportionerligt och motiveras av tvingande skäl. För att det skall fungera på ett effektivt sätt, så krävs det att medlemsstaterna inför en mekanism för hur kostnaderna för vård inom socialförsäkringssystemet beräknas, vilket hittills varit svårt för de stater som till stor del har en offentlig finansiering av hälso- och sjukvården. Objektiva och icke-diskriminerande kriterier, kända i förväg, är nödvändiga i denna beräkning och kostnader som ersätts enligt förfarandet får inte understiga de som skulle ha betalats ut om samma eller likvärdig vård hade getts i den medlemsstat där patienten är försäkrad.

Ett krav på förhandstillstånd för gränsöverskridande vård utanför sjukhus är inte nödvändigt då det inte innebär någon risk för att det nationella sjukvårds- eller socialförsäkringssystemet urholkas. Däremot kan medlemsstaterna begränsa valet av vårdgivare eller tillämpa andra åtgärder inom landets gränser (villkor, kriterier, rättsliga och administrativa formaliteter). Friheterna på den inre marknaden måste hela tiden respekteras

och åtgärderna måste vara nödvändiga, proportionella och icke diskriminerande.

Sjukhustjänster är mer speciella till sin karaktär och de kräver planering, vilket framkommer i målet *Smits och Peerboom*s. Medlemsstaterna definierar inte sjukhusvård på samma sätt, vilket har lett till att domstolens praxis på området kommit att tillämpas på olika sätt. Patienters frihet att nyttja dessa tjänster har därmed också påverkats. Kommissionen inför därför i direktivet en minimidefinition av termen sjukhusvård (artikel 8.1), vilket med all säkerhet kommer att leda till nya tolkningsproblem. Ovan har diskuterats hur olika medlemsstaternas utformning av till exempel öppenvård och sjukhusvård ter sig.

Redan i direktivets preambel p. 3 finns en hänvisning till EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna och dess artikel 35. Vidare hänvisar direktivet till stadgans artiklar 7, 8, 20, 21 och 47 som utgör allmänna rättsprinciper. Förenligheten med artikel 8 i EU:s stadga diskuteras i p. 17. Preambeln (ingressen) är mycket viktig i tolkningen av ett direktiv inom gemenskapsrätten. Rätten till hälsovård blir alltså i detta sammanhang nu tolkningsdata. Artikel 35 i Stadgan innehåller en individuell rättighet såväl som ett kollektivt moment och frågan är om det kollektiva målet med hälso- och sjukvård kommer att hotas i och med att det individuella momentet i ”skepnaden” av en mänsklig rättighet nu införs i lagtexten. Jag anser inte att så är fallet.[1791] De rättssäkerhetsgarantier som också tas upp i ingressen (och som oftast hänför sig till inre marknaden) utgör individuella rättigheter som faktiskt stärker såväl de kollektiva målen med hälso- och sjukvård som den individuella rättighet som nu växer fram.[1792] Även den sociala agendan och den öppna samordningsmetoden finns med i ingressen där en hög social skyddsnivå för Europa nämns, vilket skulle kunna tas som intäkt för att

I p. 20-22 tas relationen mellan förordning 1408/71 och direktivet upp och där klargörs att det endast är en av dessa som skall tillämpas i det enskilda fallet. Tillämpningen av förordning 1408/71 skall inte påverkas. Om villkoren för förordning 1408/71 är uppfyllda, så skall den också tillämpas. Men av p. 24 framgår också att patienter inte skall vinna något ekonomiskt på att vården ges i annan medlemsstat och därför skall endast kostnaderna för vården ersättas. Detta uttrycks i artikel 3 p. 2, men dess sista mening är lite speciell. ”När villkoren för förhandstillstånd i artikel 22.2 i förordning 1408/71 uppfylls ska dock förhandstillstånd och förmåner

---

[1791] Jämför mål C-112/00 *Eugen Schmidberger, International Transport und Planzüge mot Republiken Österrike*, REG 2003 s. I-5659.

[1792] Även den sociala agendan och den öppna samordningsmetoden finns med i ingressen där en hög social skyddsnivå för Europa nämns, vilket skulle kunna tas som intäkt för att Detta skulle kunna utgöra ett steg i riktning mot en fragmentisering av rättigheterna.

beviljas enligt den förordningen. I så fall skall artiklarna 6, 7, 8 och 9 i detta direktiv inte tillämpas." Artikel 6 behandlar just sjukhusvård i annan medlemsstat och är en lojal tillämpning av EG-domstolens praxis till dags dato.

Här ser vi alltså att EG-rätten tar eller kan ta ännu ett steg i att konkret påverka medlemsstaternas sociala skyddsnät på hälso- och sjukvårdsområdet. Den individuella rätten till hälso- och sjukvård stärks och den kollektiva försvagas. Vi kan dra slutsatsen att medlemsstaterna idag inte är helt fria att utforma sina socialförsäkringssystem som de vill, även om EG-domstolen gång efter annan fastslår att så är fallet. Tvärtom.

Därmed skall denna del kort avslutas innan det är dags att inleda den avslutande delen om sociala rättigheter i förändring.

6.6 Sammanfattande kommentarer del IV

Denna del har visat hur EU:s verksamhetsområde och förda politik kommit att inbegripa allt mer av sociala frågor. Från början var socialpolitiken begränsad till att endast röra de ekonomiska friheternas förverkligande, men i och med att EU:s stadga antagits kan vi se hur en ny dimension tar form. I syfte att skapa legitimitet införs sociala rättigheter i stadgan.

Likabehandling är en starkt pådrivande faktor att skapa tillgång till sociala förmåner som blir rättigheter inom EU. Detta är en utveckling som inte är helt olik den inom folkrätten, även om det folkrättsliga samarbetet inte har till grund den ekonomiska dimension som det unionsrättsliga har.

I kapitlen 4 till 6 har också maktkampen mellan EG-domstolen och medlemsstaterna (rådet) varit ständigt närvarande. Förändringar av sekundärrätten har ofta gjorts på grund av EG-domstolens domar. Såväl antagandet av EU:s stadga som direktiv 2004/38 kan ses i ljuset av denna maktkamp. Medlemsstaterna önskar (åter)ta initiativet på området för fri rörlighet och försöker begränsa domstolens möjligheter att vidga gemenskapsrätten ytterligare när det handlar om fri rörlighet för personer i direktiv 2004/38. Genom stadgan skapar staterna också ett sätt att begränsa domstolens utrymme. I förslaget till ett direktiv om patientens rättigheter hänvisas till artikel 35 EU-stadgan som stadgar en rätt till hälsovård. Detta står i kontrast med domstolens avgöranden på hälso- och sjuvårdsområdet, vilka inte byggt på någon hänvisning till EU:s stadga eller till några internationella konventioner till skydd för mänskliga rättigheter. EG-domstolen har i stället strikt utgått från den fria rörligheten.

Maktkampen yttrar sig också på ett annat plan. Medlemsstaternas önskan att slå vakt om den nationella välfärden är stark och minst lika stark är EG-domstolens vilja att värna fördraget och de fyra friheterna. Individuella

rättigheter ställs därmed mot kollektiva rättigheter, till exempel inom ramen för hälso- och sjukvården.[1793] Rättsutvecklingen i fråga om de konkurrensrättsliga reglerna visar hur svårt det är att hantera sociala tjänster som grundas i välfärdsstatens solidaritet i relation till regler som bygger på strävan efter en fri marknad. Ett sätt att hantera detta är att medlemsstaterna bestämmer sig för att enas om att överföra mer befogenhet till EU på det sociala området. Därmed skulle den marknadsliberala sidan av EU kunna begränsas och så även EG-domstolens möjligheter att driva rättsutvecklingen allt för långt borta från det som den nationella välfärdsstaten bygger på: solidaritet. Vi får anledning att återkomma till denna fråga i nästa avsnitt.

[1793] Newdick, C, *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*, Common Market Law Review, 2006 s. 1645–1668, på s. 1653 f.

Del V Avslutning

Alla djur är lika, men vissa djur är mer lika än andra.

George Orwell

7 Sociala rättigheter i förändring

7.1 Inledning

Berättelsen om de sociala rättigheterna kommer antagligen aldrig att nå vägs ände. Det är dock dags att nå ett avslut i detta arbete, vilket sker genom en återkoppling till den inledande delens beskrivning av syftet med arbetet. Arbetet har syftat till att undersöka Sveriges val att hålla betydelsefulla sociala rättigheter som stadgas i 1 kap. 2 § 2 st. utanför den bindande konstitutionella rätten som den tar sig uttryck i 2 kap. RF. Vidare har arbetet haft som syfte att undersöka hur juridifieringen av sociala rättigheter inom folkrätten och EG-rätten påverkar svensk konstitutionell rätt. Därmed är det dags att återkomma till de frågor som medföljde den inledande beskrivningen av syftet. Dessa var om det behövs ett annorlunda skydd för rätten till social omsorg, bostad och hälsa i 1 kap. 2 § 2 st. och om ett sådant behöver vara starkare än det som i dag råder.

Detta avslutande kapitel är disponerat enligt följande. Utgångspunkten blir återigen 1 kap. 2 § 2 st. genom att folksuveräniteten och grundläggande frågor om välfärdsstaten och rättsstaten behandlas. Därefter ställs individualiseringen av sociala rättigheter mot dessa rättigheters kollektiva karaktär i ljuset av gemenskapsrätten och folkrätten. För att möjliggöra en diskussion om medborgarskapets funktion i gällande rätt, måste också frågan om makten över välfärden såväl nationellt som gemenskapsrättsligt analyseras. Solidaritetsperspektiv på sociala rättigheter avhandlas därefter, för att följas av en diskussion om hur sociala rättigheter i Sverige förrättsligats genom påverkan av folkrätten och gemenskapsrätten. Innan jag avslutar detta kapitel med de förslag till förändringar som framställningen ger upphov till, illustrerar jag hur sociala rättigheters ”styrka” enligt Stoors, Vahlne Westerhälls och Hollanders kriterier påverkas genom gemenskapsrätten och folkrätten.[1794]

[1794] Jämför ovan, avsnitt 1.3.4.

7.2 Att börja från början: om sociala rättigheter i 1 kap. 2 § 2 st. RF

7.2.1 Demokrati, välfärdsstat och rättsstat

7.2.1.1 Inledning

Grunderna för den svenska demokratin, rättsstaten och välfärdsstaten kommer till uttryck i 1 kap. RF. I kapitlets inledande paragraf stadgas styrelseskickets demokratiska karaktär genom betoningen av den fria åsiktsbildningen (2 st.), den allmänna och lika rösträtten (2 st.), det representativa och parlamentariska styrelseskicket (2 st.) och den kommunala självstyrelsen (1 kap. 1 § RF). Riksdagen är således folkets främsta företrädare (4 §). I 7 § återkommer principen om det demokratiska styrelseskicket då kommunerna styrs genom de av folket valda församlingarna.[1795] Regeringsformen ger alltså uttryck för *folksuveräniteten* som grundprincip i vårt demokratiska system.[1796]

Målen med välfärdspolitiken kan sammanfattas som en vilja att förbättra för de sämst ställda i samhället, att minska inkomstspridningen mellan olika grupper i samhället, att erbjuda ett skydd mot alltför stora inkomstbortfall och att alla medborgare skall vara garanterade välfärdstjänster oavsett betalningsförmåga när ett behov uppstått.[1797] Välfärdsstaten grundas därmed på en tanke om kollektivets bästa. Viktigt att understryka är att *principen om jämlikhet och likvärdighet* skall garanteras medborgarna avseende tillgången på välfärdstjänster, jämför regeringsformen 1 kap. 9 §.[1798] Genom

---

[1795] Kommunal självstyrelse definieras inte i vare sig regeringsformen eller kommunallagen (1991:900). Innebörden får därför sökas i förarbetena till regeringsformen, se prop. 1973:90 s. 190 f. s. 231, samt till kommunallagen, se prop. 1990/91:71 s. 22 f. och 146 f. Även SOU 1996:129 samt SOU 2007:93 diskuterar begreppets betydelse och dess räckvidd. Se också Statskontorets Rapport till ESS Expertgruppen för Studier i Samhällsekonomi, 2005:3, *Hur vet staten vad kommunerna gör?* s. 102 ff. Se också SOU 2008:125 s. 531 ff.

[1796] Jämför prop. 1973:90 s. 228 f. Se också Hadenius, A, *Demokrati – en jämförande analys*, Liber AB, 2001 s. 10 f., samt Held, D, *Demokratimodeller. Från klassisk demokrati till demokratisk autonomi*, 2 uppl., 1997, (originalupplaga 1987) s. 17. Ordet betyder i sig folkstyre (demos = folk, kratos = styre; jämför Held, a.a.s. 17). Politisk jämlikhet och folkets kontroll över det allmännas handlingar är grundprincipen i demokratin. Jämför också de grundläggande dokumenten på universell nivå, artikel 21 AFMR (var och en har rätt att delta i styrandet av sitt land), direkt eller genom val av representanter) och artikel 25 IKMPR (vilken också kommenteras i general comment nr 25, CCPR/C/Rev.1/Add.7, antagen den 12 juli 1996).

[1797] SOU 2004:19 s. 22.

[1798] A.a.s. 22. Likvärdiga tjänster skall garanteras de medborgare som är i behov av dessa (a.a.s. 28). Problematiken med ett allt större kommunalt ansvar är här tydligt, jämför SOU

rättsstaten garanteras medborgaren skydd mot såväl enskilda som staten. Förutsebarheten är därför viktig. Rättsskyddet är ett formellt skydd och likhet inför lagen en formell likhet. Till skillnad från rättsstaten betonas den enskildes materiella intressen via välfärdsstaten. Den svagare partens skydd mot den starkare ges utrymme och skapar på så sätt ett *materiellt* rättsskydd. Därmed fyller behovsprincipen en viktig funktion inom socialrätten, det vill säga möjligheten att i det enskilda fallet uppnå rättvisa.[1799] Dessa välfärdsstatens grundläggande kännetecken kan vara svåra att förena med de mer formella principer som kännetecknar rättsstaten.[1800] I syfte att uppnå ett materiellt skydd har lagstiftningen på det sociala området vuxit enormt i omfattning. Vi kan konstatera att rättstatens formella karaktär, procedurer för och sättet på vilka beslut fattas, kompletterar välfärdsstatens materiella karaktär som fokuserar på statens uppgifter.[1801] Detta bekräftades redan på 1940-talet i den tingstenska utredningen,[1802] där beskrivningen av utvecklingen för rättigheter i Sverige avslutades med konstaterandet att medborgarens sociala och ekonomiska frihet är förenligt med rättsstatstanken och har stöttat denna.

Välfärdssystemet skall tillförsäkra medborgarna *trygghet*, för det fall de skulle hamna i en situation där den egna inkomsten inte är tillräcklig, men samtidigt skall systemet uppmuntra individen att ta ansvar för sin egen livssituation.[1803] Fördelningen bör även uppfattas som *rättvis*, vilket kan ske på två sätt.[1804] Rättvisa består för det första i att alla medborgare skall ha samma rättigheter och att de tillgångar som samhället besitter skall fördelas så rättvist som möjligt. Vidare består rättvisa i att behålla och förvalta de tillgångar som var och en skaffat sig på ett rättfärdigt sätt.

7.2.1.2 Välfärdsstat i förändring

Den svenska välfärdsstaten har under 1900-talet kännetecknats av att socialpolitiken förverkligas genom omfördelning av resurser, distributiv rättvisa. Tjänsterna finansieras i dag i stor utsträckning via skattesystemet, men det kan vara svårt att bemöta den ökade efterfrågan med att ta ut ännu

---

2004:19 s. 47, 73f. Om kommunernas grundlagsfästa ställning och den kommunala självstyrelsen, se prop. 1973:90 s. 230 f.

[1799] Tuori, K, *Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)* s. 357 f. Jämför också Kanadas grundlagsstadgade rätt till ”substantial equality”, se ovan avsnitt 2.3.5.5.

[1800] Jämför Peczenik, A, *Vad är rätt?* s. 46f.

[1801] Tuori, K, *Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)*, TfR 2003 s. 341–365, på s. 355.

[1802] SOU 1941:20 s. 13 och 17. Jämför ovan, avsnitt 2.2.4.

[1803] SOU 2001:79 s. 24.

[1804] SOU 2004:19 s. 25.

mer skatter.[1805] Om inte den ökade efterfrågan bemöts från samhällets sida, så kommer alternativa lösningar att växa fram vid sidan av de redan etablerade välfärdssystemen. Denna slutsats har bekräftats i doktrin.[1806] På längre sikt leda till att medborgarna får ett minskat förtroende för de offentliga välfärdssystemens kapacitet att leverera det som förväntas, vilket i sin tur kan leda till att *legitimiteten* i systemet försvagas.[1807] *Samtidigt är medborgarnas behov också i förändring*. Medborgarna önskar få en allt större valfrihet, såväl när det gäller alternativ som kostnadsnivåer och individanpassning.[1808]

En viktig faktor för den förändrade välfärdsstaten är den ökade internationella integrationen, vilket detta arbete riktat in sig på. Som del III och IV visar, har de mer preciserade folkrättsliga åtagandena samt den fria rörligheten för personer inom EU kommit att påverka den nationella välfärdspolitiken. Därmed påverkas de nationella politikernas möjlighet att bestämma över den förda finanspolitiken. Genom rättens fragmentering och ökade pluralism är det svårt att upprätthålla distinktionen mellan olika rättighetsgenerationerna såväl i det nationella lagstiftningsarbetet som i förhållande till Sveriges internationella åtaganden. De mänskliga rättigheternas framväxt och den position de medborgerliga och politiska rättigheterna har fått är påtagligt knutna till det senaste seklets samhällsutveckling.[1809] Definitionen av rättigheter kan således ses som något föränderligt, beroende av samhällets utveckling och värderingar.[1810]

7.2.2 Individualisering v. generell välfärd?

7.2.2.1 Utgångspunkten i 1 kap. 2 § 2 st. RF

1 kap. 2 § 2 st. RF ger uttryck för välfärdsstaten och skydd av sociala rättigheter, såsom rätten till bostad, social trygghet och omsorg samt rätten till hälsa. Genom denna lösning har den svenske lagstiftaren velat markera att dessa rättigheter är en del av principerna för det svenska statsskicket och därmed understryka den generella välfärdspolitikens betydelse för Sverige.

[1805] Se till exempel SOU 2004:19 s. 133.

[1806] Se till exempel Vahlne Westerhäll, L, *Legitimitetsfrågor inom den offentliga försäkringen. En kritisk analys* s. 207.

[1807] SOU 2004:19 s. 13; Vahlne Westerhäll, L, *Legitimitetsfrågor inom den offentliga försäkringen. En kritisk analys* s. 194.

[1808] A.a.s. 30.

[1809] Om hur rätten påverkas av samhället, moral, värderingar etc., se Gustafsson, H, *Rättens polyvalens* s. 81 ff.

[1810] För en uppmaning om återhållsamhet vad gäller skapandet av nya rättigheter, se Strömholm, S, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* s. 284 f.

Rättigheterna förverkligas genom politiska beslut tagna av såväl riksdag som kommuner och är inte tänkta att kunna åberopas av enskilda. Därmed är de grundlagsstadgade sociala rättigheterna endast föremål för politisk kontroll.

Målsättningsstadganden var också det man tyckte sig se i internationella konventioner som reglerar sociala rättigheter och i andra länders grundlagar. De mänskliga sociala rättigheterna sågs inledningsvis som annorlunda till sin natur genom deras kollektiva karaktär och odiffusa innebörd.

7.2.2.2 Folkrättens påverkan

Genom utvecklingen i *folkrätten* ställs idag de sociala rättigheterna i ny dager. Efter att i det folkrättsliga sammanhanget ha tolkats som annorlunda, svårdefinierade och icke utkrävbara, visar nu den folkrättsliga teoribildningen och praxisen att sociala mänskliga rättigheter definieras allt tydligare. De får en roll som allt mer liknar andra (medborgerliga och politiska) rättigheter. Mer markerade blir också de skyldigheter som staterna har i förverkligandet av rättigheterna. Dessa skyldigheter tar sig uttryck i ett ansvar att tillförsäkra rättigheter i den allmänna politiken, men också krav på att individer skall få ta del av *verkliga* och effektiva sociala rättigheter. Värt att notera är att folkrättens allt mer preciserade rättighetsbegrepp inte alltid vunnit gehör hos konventionsstaterna.

I del III visades hur de svenska folkrättsliga åtagandena idag ställer upp ett slags miniminivå till skydd för sociala rättigheter, vilket under arbetet med 1974 års regeringsform avfärdades av den svenske lagstiftaren.[1811] De krav som ställs på staten från de folkrättsliga konventionerna är tydliga och rättighetsskyddet är ”mätbart” utifrån olika kriterier såsom rättighetens karaktär och dess kärnområde. I del III visades detta för såväl FN:s två människorättskonventioner som för Europeiska sociala stadgan.[1812] De miniminivåer som skapats innebär att de sociala rättigheternas innehåll och räckvidd preciseras. De innebär också att statens skyldigheter för rättigheternas förverkligande blir tydligare. Därmed stärks såväl den kollektiva som den individuella aspekten av rättigheterna. I själva definitionen av miniminivåer ingår också att staten har ett särskilt ansvar för marginaliserade och utsatta grupper.

Den avvaktande inställningen till att skapa ”riktiga” domstolar/prövningsorgan även för de konventioner som behandlar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter handlar om politisk ovilja, på

[1811] SOU 1975:75 s. 139 f.

[1812] För IKESKR, se diskussionen om minimum core obligations, avsnitt 3.2.3.2.3. Om miniminivåer för rätten till hälsa, avsnitt 3.2.3.6; bostad 3.2.3.5; 3.2.3.7 (social trygghet). Europeiska sociala stadgan behandlas i avsnitt 3.3.3. Miniminivåer för rätten tilll social trygghet diskuteras i avsnitt 3.3.3.8, av vilket rätten till socialt och medicinskt stöd i sig utgör en nedre gräns (3.3.3.8.4). I avsnitt 3.3.3.9 behandlas rätten till bostad.

samma sätt som den kan finnas i det nationella systemen.[1813] Detta beror på att ekonomiska, sociala och kulturella rättigheterna är nära sammankopplade med välfärden, men därmed också med demokratin och den stora frågan om *vem som skall bestämma* politikens utformning. Vi får anledning att återkomma till denna fråga i nästa avsnitt. Vi har i avsnitt 3.2.3.1 kunnat se att folkrättsligt sett har bilden varit oförändrad under lång tid, det vill säga möjligheterna att klaga på staters ageranden har varit mycket små. Staterna har endast behövt förhålla sig till kritik inom ramen för det rapporteringsförfarande som är knutet till respektive instrument. Nu kan vi dock börja skönja en utveckling i flera olika folkrättsliga system som leder till att både individer och grupper (inkluderat *actio popularis*) kan få tillgång till domstol eller till ”domstolsliknande” instanser. Avhandlingen har visat att de folkrättsliga institutionerna utvecklar en allt mer nyanserad praxis och att de olika kontrollorganen söker nya processuella sätt att pröva kränkningar av ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Vidare pekar utvecklingen mot en trend där alternativ till att individen skall ha rätt att klaga blir allt vanligare. Inom ramen för Europarådet finns, vilket redogjorts för ovan, både individuell talan och grupptalan.[1814] Genom tilläggsprotokollet till IKESKR kommer en möjlighet att klaga för såväl individer som grupper att öppnas.

Ju fler möjligheter individen ges att föra fram klagomål, desto större utrymme för domstolar och domstolsliknande organ att utveckla sociala rättigheter på den folkrättsliga nivån. I de nationella konstitutionerna ser vi motsvarande utveckling i fråga om Sydafrika, Kanada och Finland och inom folkrätten är det tydligt inom Europarådet.

7.2.2.3 Gemenskapsrättens utveckling

Inom *gemenskapsrätten* ser vi en liknande individualisering av rättigheter, även för de sociala. Via reglerna om fri rörlighet påverkas den svenska rätten. Gemenskapsrättens företräde innebär att de svenska politiska valen får stå tillbaka. EG-domstolens praxis tillämpas av nationella domstolar och för individualiseringen av den nationella rätten framåt. Genom ökade möjligheter till domstolsprövning kan vi konstatera att rätten till hälsa, bostad och social trygghet förändras, vilket i sin tur frestar på den svenska hållningen att sociala rättigheter existerar som kollektiva mål. I den svenska, dualistiska, rätten är det gemenskapsrätten och EKMR som är de ”yttre” faktorer som får direkt genomslag. Dessa medför de facto att den svenska riksdagens möjligheter att helt och fullt bestämma över välfärdspolitiken har beskurits.

[1813] Jämför avsnitten om Sverige och Sydafrika ovan, avsnitt 2.2 och 2.5.

[1814] Avsnitt 3.3.2 och 3.3.3.

Tydligt är att de rättigheter som EG-domstolen drivit igenom på till exempel hälso- och sjukvårdsområdet är negativa, det vill säga staten har en skyldighet att avhålla sig från att skapa hinder för individens möjlighet att komma i åtnjutande av rättigheten. Implicit i sociala rättigheter finns dock karaktären av en rättighet som syftar till att främja jämlikhet, vilket inte tas med i EG-domstolens bedömning. Samhällsperspektivet och statens ansvar sätts därmed åt sidan. Den gemenskapsrättsliga rätten till hälsa blir en procedurinriktad rättighet som ignorerar rättighetens innehåll, syfte och räckvidd.

7.2.2.4 Betydelsen av nya rättsmedel och nya organ

Gemensamt för folkrätten, EG-rätten och nationell rätt i denna studie är uppkomsten av nya rättsmedel för att förverkliga rättigheter. I Kanadas och Sydafrikas fall ges domstolar stora befogenheter. Kanadas Supreme Court har tillskansat sig mycket stor konstitutionell makt som går att jämföra med makten att göra författningstillägg.[1815] De sydafrikanska domstolarna har getts vida befogenheter att använda och utforma rättsmedel för att säkra efterlevnaden av de grundlagsstadgade rättigheterna. I Sydafrika finns dessutom SAHRC som med ett grundlagsstadgat mandat skall assistera den politiska makten med utformningen av politiken i syfte att garantera att konstitutionen följs. Utvecklingen för Kanada och Sydafrika har till viss del att göra med ländernas tradition av common law.

I svensk rätt börjar förekomsten av nya rättsmedel stilla smyga sig in genom Europadomstolens praxis och tolkning av rätten till ett effektivt rättsmedel, artikel 13 EKMR. Detta är en stor utmaning för de nationella välfärdssystemen att hantera. Även ES-kommittén har tagit intryck av EKMR och dess reglering av effektivt rättsmedel. Kommittén har förklarat att Europeiska sociala stadgan inbegriper ett krav på ett effektivt rättsmedel, även om det inte framgår av dess ordalydelse. Sålunda omfattas alla Stadgans rättigheter av rätten till ett effektivt rättsmedel.[1816] En trend inom folkrätten är att de mänskliga rättigheterna, inklusive de sociala, skall vara effektiva och verkliga. Detta kan också få betydelse för hur EU:s stadga utvecklas genom framtida rättstillämpning. EG-domstolen kan ta intryck av konventioner som syftar till att skydda mänskliga rättigheter, framför allt den sociala stadgan.

Den individualisering av rättigheterna som vi idag ser är dock inte entydig. Vi har sett att nya organ som har till syfte att arbeta för rättigheternas förverkligande uppstår såväl nationellt som folkrättsligt. Vi ser också att den kollektiva aspekten av de sociala rättigheterna ges utrymme

---

[1815] Hogg, P W, a.a.s. 71.

[1816] Se ovan, avsnitt 3.3.3.11.

inom folkrätten. IKESKR, EKMR och Europeiska sociala stadgan anger en miniminivå för skyddet av rättigheterna och att staten skall vidta åtgärder för att progressivt förverkliga dessa.

7.2.3 Makten över välfärden – en fråga om demokrati och legitimitet?

7.2.3.1 Nationell utgångspunkt: en delegerad välfärd?

För såväl Finland som Sverige gäller att kommunernas uppgifter skall regleras i lag. I båda länderna har många uppgifter på det socialrättsliga området lagts över på kommunerna. Förverkligandet av de rättigheter som därmed åläggs kommunerna begränsar de facto den kommunala självstyrelsen. I den svenska grundlagen och dess förarbeten hanteras inte denna uppgiftsfördelning uttryckligt, vilket är olyckligt. I den finländska grundlagen återfinns det kommunala självstyret i 121 § GL. Principen om kommunalt självstyre ges ett annat utrymme i Finland då det av förarbetena till grundlagen framgår att staten har en skyldighet att garantera att kommunernas ekonomi räcker till för uppgifterna som kommunerna åläggs. Därmed ges kommunerna en viss förutsebarhet i förhållande till de uppgifter de har att utföra, inklusive socialrättsliga sådana. Kommunerna kan dock inte, vare sig i Sverige eller i Finland, åberopa självstyret för att undgå domstolsprövning. Vad gäller verkställandet av domar på socialrättens område har underlåtenheten från kommuners sida lett till att lagstiftaren sökt tvinga fram verkställning genom till exempel sanktionsavgifter[1817].

Kommunen fullgör sina uppgifter å sina medborgares vägnar. En vidgning av den personkrets som skall få ta del av välfärden genom den kommunala verksamheten medför att kommunen finansierar ”ickemedborgares” välfärd. Detta har i svensk lagstiftning hanterats genom lagstiftning som reglerar betalning mellan stat och kommun och också mellan kommuner.[1818] Riksdagen styr på folkets vägnar riket (1 kap. 4 § RF) och därmed hur socialpolitiken utförs och organiseras. Den sociala välfärden är av utomordentligt stor betydelse för ett land och så även för Sverige. Staten kan delegera utförandet av socialpolitiken och handhavandet av sociala rättigheter och förmåner till kommuner och andra.[1819] Därmed minskar statens uppgifter och den statliga kontrollen, vilket kan påverkan

[1817] Jämför avsnitt 1.3.5.

[1818] Se till exempel förordning (2002:1118) om statlig ersättning för asylsökande m.fl.

[1819] 8 kap. 3 § RF.

legitimiteten. Risk finns att rättigheternas styrka urholkas om inte tillräckliga kontrollåtgärder vidtas. Motsvarande kan ske även i förhållande till EU.

Inom ramen för EU-samarbetet poängteras gång efter annan att medlemsstaterna behåller kontrollen över lagstiftning på det sociala området. Kontrollen över territoriet och över de egna medborgarnas väl och ve är grundläggande för statens existens. I regeringsformen hanteras överflyttande av riksdagens beslutandemakt genom 10 kap. 5 § 1 st.[1820] Från nationell synvinkel kan så ske så länge som statsskickets grunder inte hotas och rättighetsskyddet enligt 2 kap. RF och EKMR inte urholkas. Rätten till social trygghet, hälsa och bostad eller andra sociala välfärdsrättigheter ingår inte som tänkta undantag i detta grundlagsstadgande. Målsättningsstadgandet 1 kap. 2 § 2 st. är således inte avsett att omfattas i begränsningen av beslutanderätten som EU-medlemskapet innebär. Om nämnda rättigheter hade inkluderats i 2 kap. RF skulle de, utifrån svenskt perspektiv, ha inneburit en begränsning för hur långt gemenskapsrätten kan inkräkta på det nationellt valda sättet att garantera dessa rättigheter.

Det ”folk” vi sett i den nationella kontexten, landets medborgare samt kommunmedborgare, är inte detsamma inom EU. Den europeiska integrationsprocessen rubbar den konstitutionella konstruktion vi har med oss från den nationella kontexten genom att en bild skissas av en konstitution för EU utan *ett* folk i EU. Det finns inget europeiskt folk, inget demos, varför det också blir svårt att definiera en majoritet, vilket är av betydelse för majoritetsstyrelseaspekten i demokratin. En majoritet i nationella termer kan dessutom mycket väl vara en minoritet i europeiska termer och tvärtom. De som förespråkar ett större majoritetsbeslutsfattande i EU förespråkar de facto en överflyttning av det demokratiska kriteriet från den nationella till den europeiska nivån. Med andra ord så flyttas det konstitutionella centrumet från den nationella till den europeiska nivån.[1821]

Mycket av den kritik som framförs mot den konstitutionella utvecklingen inom EU grundar sig på uppfattningen att den nationella konstitutionalismen är överordnad den europeiska eftersom demokrati och konstitutionalism endast kan finnas då det finns ett demos, vilket i sin tur kan existera endast inom nationalstater.[1822] Denna uppfattning sätter likhetstecken mellan konstitutionalism och demos samt mellan demos och nationalstat. Måste det vara så att ett europeiskt demos är detsamma som det vi anser existera på nationell nivå? Frågan är om ett demos på europeisk nivå skapas oberoende av detta krav. Byggandet av sociala rättigheter är en

---

[1820] Jämför SOU 2008:125 s. 496 ff.

[1821] Poiares Maduro, M, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?* s. 81.

[1822] Bundesverfassungsgericht framförde just denna synpunkt i Maastrichtmålet, BVerFGE 1989, 155.

av grundstenarna för att skapa ett socialt demos och därmed ett europeiskt ”folk”. I detta sammanhang fyller unionsmedborgarskapet en funktion, vilket vi får anledning till att återkomma till nedan.

Poires Maduro menar att det som formar den europeiska politiska gemenskapen är en frivillig överenskommelse att dela vissa värden och en form av politisk organisation som är öppen för den som vill ingå i detta ”samhällskontrakt”.[1823] I linje med detta kan också en nationell demos anses som en begränsning av demokratin; deltagandet i nationell demokrati garanteras inte alla dem som faktiskt påverkas av besluten som tas i den nationella politiska processen. Hur sociala rättigheter utformas i kommunal och statlig verksamhet står bortom påverkan av dem som inte är medborgare men som ändå finns i samhället och som har behov av stöd och till viss del också får det. De enda som kan delta är dem som anses vara medborgare i den nationella politiska gemenskapen. Det är därmed inte själva existensen av demokrati på nationell nivå som ifrågasätts, utan räckvidden av demokratin. Unionsmedborgarskapet bidrar ytterligare till denna spänning då den materiella sidan av demokratin, som den tar sig uttryck igenom sociala rättigheter, kommer unionsmedborgare tillgodo.

7.2.3.2 Skapandet av EU:s stadga

Lissabonfördraget har skapats i syfte att fördjupa EU-samarbetet och ge EU mer legitimitet. Om fördraget träder i kraft kommer EU:s stadga till skydd för grundläggande fri- och rättigheter att också träda i kraft och bli juridiskt bindande. Stadgan är en del i ett större mönster av konstitutionalisering och skapande av legitimitet för EU. En parallell kan också göras med den svenska konstitutionella historien. I SOU 1941:20 argumenterade utredningens ledamöter för en rättighetskatalog. De framhöll att katalogen syftade till att främst stärka den svenska rättsordningen och den svenska staten: ”[…] den nationella enhetens särart och styrka betingas av medborgarens frihet och rättssäkerhet.”[1824] Samma argument kan användas i relation till EU:s stadga och medlemsstaternas roll som lagstiftare i rådet. Unionens styrka och dess enhet skall befästas genom EU:s stadga. Mänskliga rättigheter införs, i och med EU-stadgan, direkt i gemenskapsrättens primärrätt. Detta är nytt för EU.

Skapandet av stadgan sker dock inte enbart i syfte att till högre grad inkludera mänskliga rättigheter i unionsrätten. Av avsnitten 4.4.3.2 följer att det också ligger i staternas intresse att begränsa EG-domstolens möjligheter att vidga gemenskapsrättens räckvidd. Som redan framförts är stadgan ett sätt för medlemsstaterna att bibehålla makt och ”skydda sig mot” EG-

[1823] Poiares Maduro, M, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?* s. 82.
[1824] SOU 1941:20 s. 14.

domstolen.[1825] EU:s stadga kan ses som ett led i en rörelse, maktkamp, mellan EG-domstolen och medlemsstaterna. Denna maktkamp illustreras väl av exemplet med förordning 1408/71 som syftar till att samordna medlemsstaternas sociala trygghetssystem i linje med förverkligandet av den fria rörligheten. När EG-domstolen tolkat artiklar i förordningen på ett sådant sätt att fler förmåner eller fler personer fallit inom ramen för rättsakten har i flera fall svaret från medlemsstaterna blivit att reformera förordningen. Rättsutvecklingen rörande unionsmedborgarskapet och dess sociala dimension tas därför upp i såväl EU-stadgan som i direktiv 2004/38 vilket utvecklas nedan.

7.2.4 Ett eller flera mångfacetterade medborgarskap

7.2.4.1 Nationell tillhörighet

Det svenska medborgarskapet speglar vem som får vara medlem av folket. När det handlar om fri- och rättigheterna i regeringsformen är medborgarskapet ytterst viktigt då grundlagen gör skillnad mellan medborgare och utlänningar. Detta framkommer på två sätt. Utländska medborgare har inte tillgång till alla de rättigheter som svenska medborgare har, till exempel rätten att rösta. Dessutom sker rättighetsbegränsade lagstiftning för utlänningar på ett särskilt sätt enligt 2 kap. 22 § RF.[1826]

Dikotomin medborgare – ickemedborgare återfinns också med tydlighet avseende de i materiell lag stiftade sociala rättigheterna. Tillgången till dessa beror till stor utsträckning på tillhörigheten (medlemskapet) till folket, oavsett om det är fråga om statligt garanterade rättigheter eller kommunala. Tillgången till sociala rättigheter avgörs i svensk lag utifrån bosättning eller arbete. Bosättning i relation till vistelse är till exempel avgörande för kommunen när den skall bekosta socialt stöd och samma sak gäller för landstingskommuners finansiering av vård. Vi ser här en differentiering på det nationella planet mellan dem som är respektive dem som inte är medborgare i kommunen. Motsvarande gäller nationellt: Om en person inte är svensk medborgare, så minskar möjligheten att få ta del av välfärden. För dem som vistas olagligt i landet är situationen dock annorlunda. Dessa omfattas inte alls av gemenskapsrättens regler som innebär ett rättighetsskydd eller tillgång till sociala förmåner.

Det finns anledning att här göra en hänvisning till folkrättsliga konventioner till skydd för mänskliga rättigheter. I del III konstaterades att IKMPR, IKESKR och EKMR inte gör skillnad på medborgare och

[1825] Se avsnitt 4.4.3.2.

[1826] Avsnitt 2.2.4.

ickemedborgare. Konventionerna gäller för *envar*. Därmed garanteras ett minimiskydd för de rättigheter som konventionerna omfattar. Tydligt är att diskrimineringsförbudet i konventionerna vidgat såväl rättigheternas räckvidd som den personkrets som får ta del av den sociala välfärden. I del III behandlas också den Europeiska sociala stadgan som inte garanterar rättigheter för envar. Genomgången av ES-kommitténs praxis visar dock att EKMR och Europadomstolens senare praxis påverkar personkretsen som stadgas den sociala stadgan. När det är fråga om grundläggande sociala rättigheter av yttersta betydelse för ett värdigt liv, skall personkretsen vara envar. Denna tolkning motiveras genom att stadgan är ett dynamiskt och levande instrument som skall tolkas i ljuset av samtida förhållanden och rättsutvecklingen. Återigen får likabehandlingsprincipen genomslag. Även personer som vistas illegalt i Sverige har rätt till vård och social omsorg, för att säkra en levnadsstandard som är i linje med mänsklig värdighet.[1827]

Det nationella perspektivet på medborgarskap har påverkats av inflytandet från Europa och den internationella utvecklingen, genom att det nu föreslås att vissa av rättigheterna i 2 kap. RF skall vara envars rättigheter.[1828] De rättigheter som EKMR ställer upp kan åberopas i domstol, vilket får betydelse på det sociala området. Rätten till domstolsprövning i artikel 6 EKMR är tillämplig vid prövningen av individens medborgerliga rättigheter och skyldigheter. Socialförsäkringar har därmed kommit att inkluderas i konventionens tillämpningsområde. Socialförsäkringar har också ansetts falla inom ramen för äganderätten i artikel 1 tilläggsprotokoll 1. Detta gäller också för dem som inte är medborgare i landet genom diskrimineringsförbudet i artikel 14 EKMR, vilket vi får anledning att återkomma till strax nedan. Det är dock dags att först lämna ett par avslutande synpunkter angående unionsmedborgarskapet och dess påverkan på sociala rättigheter.

7.2.4.2 Unionsmedborgarskapet

Unionsmedborgarskapet i artiklarna 17 till 22 EG-fördraget skall komplettera det nationella medborgarskapet. Det kan ses som kulmen av utvecklingen för den fria rörligheten. Även unionsmedborgarskapet har drag som är inkluderande och exkluderande, vilket får återverkningar för medlemsstaternas möjligheter att organisera och bestämma över den nationella välfärden.

[1827] Se till exempel lag (2008:344) om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.m., där barn och utlänningar med tidsbegränsat uppehållstillstånd ges rätt till vård i samma omfattning som dem som är bosatta i landstinget. Personer som vistas illegalt i Sverige har ingen lagstadgad rätt till vård, annat än i akuta fall

[1828] SOU 2008:125 s. 752 f.

I avsnitt 5.3.3.4 konstaterades att unionsmedborgarskapet i dag används för att legitimera begränsade steg i solidaritetens namn (uppifrån och ned) och solidariteten används nerifrån och upp för att skapa en ökad känsla av unionsmedborgarskap.[1829] För den grupp av unionsmedborgare som vistas mindre än tre månader i värdstaten kan vi konstatera att rättsutvecklingen inte är lika lyhörd för ekonomiska och politiska skäl som medlemsstaterna framför mot likabehandling. Vi har kunnat konstatera att EG-domstolens praxis om fri rörlighet tillämpas även i frågor som härrör från välfärdsstaten. Det kan vara farligt att gå för fort fram på detta område. En allt för progressiv domstol innebär att mottagarlandets medborgare kan se unionsmedborgarskapet som något negativt, något som hotar den nationella solidariteten.

Vi kan konstatera flera ”nivåer av tillhörighet” för unionsmedborgare, beroende på graden av integrering i värdstaten och till viss del på hur nära den fria rörligheten unionsmedborgaren står. I del IV har visats hur gemenskapsrätten genom reglerna om fri rörlighet öppnar upp den nationella rätten på det sociala området. Sociala förmåner och sociala rättigheter skall komma andra medlemsstaters medborgare till godo när de vistas i Sverige, enligt de regler som ställs upp i såväl primär- som sekundär rätt.

Reglerna för fri rörlighet för personer och för unionsmedborgarskapet kodifieras genom fri rörlighetsdirektivet 2004/38. Även situationen för tredjelandsmedborgare som är anhöriga till en unionsmedborgare regleras. Detta är intressant. Den fria rörligheten har varit centrerad kring medborgare från medlemsstaterna och deras familjemedlemmar. Tredjelandsmedborgares rättigheter har funnits för att det funnits ett band mellan tredjelandsmedborgaren och en medborgare från en medlemsstat. Familjelivets betydelse för den fria rörligheten för arbetstagare och andra ekonomiskt aktive har under decennier understrukits av EG-domstolen. Det kan konstateras att dess betydelse är så väsentlig att det legitimerar att tredjelandsmedborgares rättigheter regleras i direktiv 2004/38.

För gruppen tredjelandsmedborgare finner vi ytterligare en differentiering inom EU, vilket diskuterats i avsnitt 5.3.4. Frågan är om vi nu skiljer tredjelandsmedborgare från unionsmedborgare enbart på grund av unionsmedborgarskapet. Är det så att det idag är unionsmedborgarskapet, och inte som förut den fria rörligheten, som legitimerar att

[1829] Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 174. En liten tanke: Mål C-274/96 *Bickel och Franz*, REG 1998 s. I-7637; mål C-45/93 *Kommissionen mot Spanien*, REG 1994 s. I-991.

tredjelandsmedborgare inte får ta del av sociala förmåner?[1830] Jag menar att så skulle kunna vara fallet.

7.2.4.3 Diskrimineringsförbudets påverkan på framtida ”medborgarskap”

Den nyss beskrivna uppdelningen kan dock rubbas via EU:s (framtida) tillträde till EKMR. Tredjelandsmedborgares rättigheter inom EU kan därigenom öka på så sätt att medlemsstaternas skyldigheter gentemot dessa ökar, vilket förklaras genom diskrimineringsförbudets utveckling. Artikel 14 EKMR förbjuder diskriminering på grund av nationalitet och artikel 21 i EU-stadgan förbjuder diskriminering på grund av bland annat ras och etniskt ursprung. EKMR garanterar rättigheter till var och en och all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden. Avgörande är i stället vilka rättigheter som konventionen innehåller. Flera sociala förmåner som rätten till medicinsk hjälp räknas inte som en ”pecuniary right”, vilket betyder att de inte kan falla inom ramen för artikel 14 EKMR. Protokoll nr 12 stadgar dock ett generellt diskrimineringsförbud på alla grunder som artikel 14 stadgar och skulle tillämpas på varje rättighet som anges i lag, det vill säga inte enbart de rättigheter som anges i konventionen. Om EU tillträder EKMR så får detta effekter för tredjelandsmedborgares ställning, eftersom EKMR och Europadomstolens praxis skall följas när EU och medlemsstaterna handlar inom ramen för EU-rätten. Begränsningsmöjligheter i direktiv avseende vissa kärnförmåner kommer därmed inte att hålla om de inte respekterar de krav som ställdes upp i avgörandena *Gaygusuz v. Austria* och *Poirrez v. France*. Det innebär att det kommer att krävas mycket starkt vägande skäl för att inte tillämpa likabehandling i förhållande till tredjelandsmedborgare. Tillämpningen av direktiv 2000/43/EG om om likabehandling av personer oberoende av deras ras eller ursprung skulle också påverkas. Direktivets tillämpningsområde framgår av artikel 3 p. 1 och undantaget från likabehandlingen i artikel 3 p. 2. De områden i direktivet som kan hänföras till äganderätten (socialt skydd, inklusive social trygghet och hälsovård i artikel 3 p. 1 e) samt sociala förmåner i p. f) skulle därmed inte kunna ingå i undantagen till likabehandling eftersom de omfattas av Europakonventionen.

I artikel 21 EU-stadgan finns ett generellt diskrimineringsförbud. Artikel 21 p. 2 motsvarar den artikel 18 FEUF som träder i kraft med Lissabonfördraget, vilken i sin tur motsvarar nuvarande artikel 12 EG-fördraget. I artikel 21 p. 1 återfinns ett skydd mot diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung, som antagligen skall tillämpas oavsett om det är

[1830] Jämför Marshall.

fråga om en unionsmedborgare eller en tredjelandsmedborgare. Inkorporeringen av EU-stadgan och tillträdet till EKMR skulle således för första gången ge en fördragsrättslig grund till att EU och medlemsstaterna när de handlar inom ramen för unionsrätten skall upprätthålla diskrimineringsförbudet på annan grund än medlemsstatsnationalitet och kön.

7.2.5 Nationell solidaritet v. transnationell solidaritet

Vi har kunnat konstatera att en icke oväsentlig aspekt av medborgarskapet är frågan om solidaritet mellan människor, men också individernas solidaritet med staten.

Sociala rättigheter inom EG-rätten, folkrätten och den svenska nationella rätten aktualiserar en mängd frågor och några av dessa frågor hör direkt samman med de utgångspunkter som skisserats i detta avsnitt. Kan vi tala om en *europeisk* social modell inom EU idag, en modell som rentav inbegriper den mångfald Europa kan sägas representera? För att utövningen av den offentliga makten skall upplevas som berättigad, bör den reflektera en värdegemenskap bland samhällets individer, såväl avseende förfarandemässig som innehållsmässig legitimitet. Kombinationen sociala rättigheter, välfärdspolitik och europeisk integration innebär också att medborgarskapet, demokratin, maktdelningen och domstolarnas roll med nödvändighet hamnar i ny belysning. Det som för inte så många år sedan var en strikt nationell fråga – välfärdsstaten – har idag kommit att till viss del bli en EG-rättslig. Välfärdsstaten bygger på kollektiva lösningar som leder idag till trygghet, legitimitet och frihet, vilket i sin tur ger legitimitet för staten. Skulle välfärdsstatens institutionella och kollektiva grund kunna vara EU:s sätt att finna demokratisk legitimitet och befästa EU:s *identitet* i den europeiske medborgarens hjärta? EG-domstolen använder i flera domar begreppet *solidaritet* på välfärdsområdet, som grund för att välfärdsfrågor inte enbart är av nationell relevans utan också handlar om rättigheter skyddade av EG-rätten. Kanske att solidaritet därigenom kan tolkas som 2000-talets frihetsideal?[1831] Mot detta ställs den andra betydelsen av solidaritet som presenterats i detta arbete, det vill säga möjligheten för medlemsstaterna att göra undantag från reglerna om fri rörlighet. Genom denna möjlighet kan den nationellt inhemska solidariteten upprätthållas.

En tanke om solidaritet tar allt mer plats även inom gemenskapsrätten, dels utifrån ett nationellt perspektiv, dels från gemenskapsrättens sida. I EG-domstolens praxis har solidaritet kommit till uttryck på ett flertal sätt.

[1831] Jämför Davies, G, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, New York University School of Law, 2006 s. 47.

Det kan noteras att parter har framfört att solidaritet är ett uttryck av lojalitetsplikten som slås fast genom artikel 10 EG-fördraget.[1832] Solidaritet är vidare sedd som en princip som legitimerar bildandet av politiska grupperingar[1833] och åberopas också av länder som anser att principen stöttar existensen av deras nationella socialförsäkringssystem.[1834]

EG-domstolen, å sin sida, har i ett flertal fall använt solidaritet på ett *negativt* sätt när det gäller staters försök att försvara de nationella socialförsäkringssystemen.[1835] Den nationella solidariteten får då ge vika för en ”unionssolidaritet”. Frågan blir därmed om det är görligt att EU endast är ett marknadsprojekt och om inte dess möjligheter på det sociala området bör stärkas. Genom Lissabonfördraget kommer artikel 3 p. 3 EU-fördraget att i st. 2 stadga solidaritet mellan *generationerna* och i st. 3 solidaritet mellan *medlemsstaterna.*

I del IV visades EG-domstolens gradvisa hänsynstagande till att finansiera solidaritet. Detta kopplas dock till ökade krav från EU:s sida på hur medlemsstaterna hanterar möjligheten till undantag. Syftet med sociala rättigheter är inte enbart att främja frihet utan också att främja gemenskap och reciprocitet. Oavsett hur det nationella välfärdssystemet finansieras (via skattsedeln eller ej) så finns hela tiden tanken om att individens behov skall mötas oberoende av de risker som individens livssituation innebär. På så sätt garanteras en grundläggande nivå i samhället.

EU har ingen social budget som bekostar välfärden i medlemsstaterna. En stat tar hänsyn till vad kostnaden för en välfärdsåtgärd är rent ekonomiskt i det enskilda fallet, men också vad kostnaden skulle ha blivit om staten inte hade ansvarat för individernas livssituation.

Individuella rättigheter som skapas genom den fria rörligheten, till exempel hälsovårdsfallen, kan underminera solidariteten. I och med att rättigheterna är individinriktade försvinner lätt det generella perspektivet om att mänskliga rättigheter grundas på mänsklig värdighet. En högljudd och stark minoritet får sina behov och önskemål uppfyllda. Men de osynliga individerna som har svårare att göra sig hörda och inte har medlen till det omfattas inte alltid. Hur kan de personer som drabbas av att de individuella rättigheterna ges allt större utrymme tas om hand. Svårligen via

---

[1832] Mål C-453/00 *Kühne och Heitz NV v. Productshap voor Pluimvee en Eiren*, REG 2004 s. I-837, p. 1.

[1833] Mål C-488/01 P *Jean Claude Martinez v. European Parliament*, REG 2002 s. I-1843, p. 1; Förenade målen C-486/01 *P-R* och C-488/01 P-R *Front National och Martinez mot. Europaparlamentet,* REG 2002 s. I-1843.

[1834] Förenade målen C-393/99 och 394/99 *Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (Inasti) mot Claude Hervein*, REG 2001 s. I-2829, GA Jacobs opinion, p. 28; mål C-169/98 *Kommissionen mot Frankrike*, REG 2000 s. I-1049.

[1835] Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity* s. 159.

gemenskapsrätten som den ser ut i dag. Konsekvenserna av detta kan visa sig långt senare. Frågan är om denna utveckling leder till att den nationella och kollektiva välfärden försvinner. Till sist kanske det allmännas ansvar och uppdrag blir så urholkat att det försvinner.[1836] Det är därför viktigt att domstolen verkligen balanserar den enskildes intresse mot det allmännas ansvar och åtagande. Den process som lett fram till att staten fattat ett beslut bör granskas utifrån en proportionalitetsprincip. Skulle sociala mänskliga rättigheter kunna ingå i gemenskapsrätten? Ja, i och med EU-stadgan öppnas dörren till sociala mänskliga rättigheter i EU. Stadgan utgår från principen om mänsklig värdighet och bygger till stor del på EKMR och den sociala stadgan.

7.2.6 En illustration av juridifieringen av sociala rättigheter

7.2.6.1 Mänskliga rättigheters odelbarhet och universalitet

I och med Wiendeklarationen har mänskliga rättigheters universalitet, odelbarhet och beroende av varandra blivit allt viktigare i diskursen kring mänskliga rättigheter. I avhandlingens del III visades att rättigheternas odelbarhet och beroende av varandra i sig inte är något nytt. FN:s allmänna förklaring tar sin utgångspunkt i mänsklig värdighet och inkluderar såväl den första som den andra generationens rättigheter. Även gemenskapsrätten har anammat denna tanke, då mänsklig värdighet och alla generationers rättigheter finns upptagna i EU:s stadga till skydd för grundläggande rättigheter. Att dessa samlas i ett dokument är – som jag tolkar det – ett tecken på att gränserna mellan olika så kallade kategorier av rättigheter är på väg att försvinna eller i vart fall försvagas.

Mänsklig värdighet är ett grundvärde för skyddet för mänskliga rättigheter och dess betydelse är påtagligt för de sociala mänskliga rättigheterna. Vi har i detta arbete sett hur mänsklig värdighet utgör grunden för mänskliga rättigheter. I fråga om sociala rättigheter poängteras att mänsklig värdighet i sig är tvingande för staterna att förverkliga rättigheterna. [1837]

Den mänskliga värdigheten tillsammans med likabehandlingsprincipen (diskrimineringsförbudet) har bidragit till att sudda ut gränserna mellan olika kategorier av rättigheter. Detta kan observeras också i relation till de nationella konstitutioner som studerats i del II. Diskrimineringsförbudet i samverkan med en större möjlighet att få tillgång till domstolsprövning stärker de individuella sociala rättigheterna. Inom folkrätten är detta tydligt i

[1836] Vilket Kanadas Supreme Courts avgörande i fallet Chaoulli var en tydlig illustration av, se avsnitt 2.3.5.7.
[1837] Avsnitt 3.2.3.7.

samtliga konventioner som studerats i detta arbete. Av direkt betydelse för sociala rättigheter är rättsutvecklingen rörande egendomsskyddet i artikel 1 tilläggsprotokoll 1 EKMR.[1838] Kraven på rätt till domstolsprövning har också accentuerats via ES-kommitténs respektive ESK-kommitténs praxis, vilket bidrar till att stärka de sociala rättigheterna.

Gränserna mellan olika kategorier rättigheter och rättigheterna sinsemellan blir svagare också beroende på att hur olika organ, såväl internationella som nationella, påverkas av varandras sätt att tolka rättigheter. I folkrätten har det visats tydligt genom till exempel ES-kommitténs val att finna inspiration i Europadomstolens praxis och i de general comments som ESK-kommittén författat. Även Europadomstolen använder sig av andra internationella konventioner som grund för tolkning.[1839] Europadomstolens påverkan på gemenskapsrätten är påtaglig. Dessutom ges EKMR och den sociala stadgan en särställning, då dessa direkt omnämns i EG-fördraget.

Sverige är ett dualistiskt land vars nationella folkrättsliga åtaganden inte är direkt tillämpliga i nationell rätt. Fördragskonform tolkning är den möjlighet som står till buds för den domare som önskar använda sig av folkrätten som tolkningsunderlag. Den i del II gjorda jämförelsen med Finland, Kanada och Sydafrika visade att det är möjligt att göra andra val än det svenska och som ger teorin om mänskliga rättigheters odelbarhet stöd. I *Finland* innebar grundlagsreformen som startade i början av 1990-talet att landet gjorde ett helt annat val än det Sverige gjort. Vi har i avsnitt 2.4.2 kunnat se hur internationella människorättskonventioner beretts plats i den finska grundlagen, med ett uttryckligt stöd för mänskliga rättigheters odelbarhet och enhetlighet. De finländska internationella åtagandena är en del av själva grunden för den finska konstitutionen. Grundlagen skall inte ge ett sämre skydd än förpliktelserna i fråga, vilket förpliktar statsmakten att agera för att säkra rättighetsskyddet. Av 22 § GL följer att det allmänna skall se till att de grundläggande fri- och rättigheterna och de mänskliga rättigheterna tillgodoses. Den i 1 och 2 §§ stadgade värdegrunden innebär att det allmänna skall trygga människovärdets okränkbarhet, den enskilda människans frihet och rättigheter samt främja rättvisa i samhället. Värdegrunden är individcentrerad och värdena skall inverka på lagstiftningen och påverka tolkningen av rättigheterna när de tillämpas i enskilda fall. I *Sydafrika* har en hänvisning skrivits in i konstitutionens 39 § om att domaren skall använda sig av folkrättsliga källor, vilket ger dessa genomslag i nationell rätt.[1840] *Kanadas* Charter of Rights grundar sig på

[1838] Avsnitt 3.3.2.2.2.

[1839] Avsnitt 3.3.2.7 och avsnitt 3.3.3.9.

[1840] Avsnitt 2.5.2.1 och 2.5.6.

folkrättens mänskliga rättigheter, med ett tydligt syfte att uppnå materiell rättvisa.[1841] De spår som den internationella rätten lämnat i den konstitutionella rätten för de tre studerade länderna Sydafrika, Kanada och Finland är således påtagligt.

I studiet av dessa tre länder har vi också kunnat se hur rättigheterna är beroende av varandra och kan förstärka varandra. Detta är ett gemensamt drag med utvecklingen inom folkrätten. I rätten till hälsa ingår till exempel rätten till liv och till fysisk säkerhet, i rätten till privatliv ingår en rätt till bostad. Gemensamt är att det ställs allt större krav på att staten skall agera för att garantera sociala rättigheter.

7.2.6.2 Vägen till ”hardifiering” av sociala rättigheter

7.2.6.2.1 Precisering av sociala rättigheters innehåll

Folkrätten kan dessutom visa på verktyg för att garantera rättigheternas skydd genom skyldigheten för staten att respektera, skydda och uppfylla rättigheterna.[1842] Skyldigheten att respektera innebär att staten skall avstå från att blanda sig i individens frihet. Skyldigheten att skydda innebär att staten skall skydda individen från att andra individer kränker individens rättigheter. Att uppfylla rättigheten innebär en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att se till att den enskildes behov uppfylls då personens egna ansträngningar för detta inte räcker till. I detta ingår också att främja rättigheten.[1843] Vi har sett hur denna ”tripartite typology” har utvecklat synen på och hanteringen av sociala rättigheter i folkrätten och i nationell rätt. Sociala rättigheter görs, genom preciseringen av statens skyldigheter, konkreta. Förverkligandet av rättigheterna bedöms enligt särskilda kriterier, med beaktande av landets egen särart. Det innebär att staternas skyldigheter preciseras. För såväl FN:s som Europarådets konventioner är det en tydlig trend att själva proceduren kring sociala rättigheter understryks och förtydligas. Villkoren för att få ta del av en förmån skall vara skäliga, proportionerliga och transparenta. Återigen kan vi konstatera betydelsen av likabehandling.

[1841] Avsnitt 2.3.5.2.

[1842] Asbjørn Eide använder sig av begreppen ”respect, protect and fulfil” i E/C.12/1989/SR.20 samt i Eide, *A, Right to Adequate Food as a Human Right*, vilket omnämns som “the tripartite typology”. Begreppen lanserades av Shue år 1980, se Shue, H, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy.*

[1843] General comment nr 14, p. 33 anger att ”facilitate”, ”provide” och ”promote” tillsammans bildar skyldigheten att uppfylla rättigheten.

7.2.6.2.2 Hardifiering via soft law

Sociala rättigheter inom EU luckrar upp gränserna mellan det vi nationellt valt skall räknas som rättigheter i vår grundlag och det som inte hör dit. Skapandet av en stadga och den öppna samordningsmetodens ökade betydelse bidrar till bilden av ett socialt Europa. Den öppna samordningsmetoden skulle potentiellt sätt kunna bli en startpunkt för en ”hardifiering” av sociala rättigheter som hittills hanteras i soft law. Betydelsen av andra aktörer än institutionerna i den europeiska processen och betydelsen av alternativa deltagandeformer i den europeiska kontexten ignoreras ofta. Även om många erkänner att individ- eller gruppintressen inte längre är delade enligt nationella gränser, så är det få som tar detta i beaktande när det handlar om de särskilda problemen som europeisk integration innebär.[1844] Inom EU har vi sett att medlemsstaterna har svårt att komma överens om sociala rättigheter i hard law. EU-stadgan är ett sätt att hantera det. Indirekt antas regler som så småningom kan leda till lag nationellt. Ett närmande mellan medlemsstaternas lagar och därmed kanske EU så småningom får en vidgad kompetens. Paradoxalt kan OMC, som på sätt och vis är softare än soft law, vara en del i hardifieringen.

Den allt mer omfattande lagstiftningen på det sociala området inom EU, skapandet av EU-stadgan samt användandet av den icke juridiskt bindande öppna samordningsmetoden är alla tre sätt för medlemsstaterna (rådet) att behålla kontrollen över utvecklingen på rättighetsområdet. EG-domstolens avgörande i *Förster*-målet, som behandlas i avsnitt 5.3.3.2, tyder på att domstolen med tveksamhet åsidosätter lagstiftarens vilja när den uttalats på det sociala området för en icke ekonomiskt aktiv person. Samtidigt är utvecklingen inte förutsägbar. Fallet återspeglar potentiella konflikter mellan dels gemenskapsrätten och folkrätten, dels mellan gemenskapsrätten och nationell rätt. De artiklar i EU:s stadga som behandlar sociala rättigheter bygger till stor del på Europarådets reviderade sociala stadga. När EU:s stadga träder i kraft förefaller det sannolikt att EG-domstolen också kommer att använda sig av ES-kommitténs slutsatser och avgöranden i kollektiva klagomål, i syfte att precisera innehållet i EU:s egen stadga.

7.2.6.2.3 Diskrimineringsförbudet

Materiell jämställdhet och det formella diskrimineringsförbudet är utgångspunkter för förverkligandet av sociala rättigheter i nationell rätt, folkrätt och gemenskapsrätt. I detta arbete har visats att den reviderade stadgan ställer krav på de nationella medlemsstaternas lagstiftning bl. a. avseende bosättningskriterier i syfte att begränsa tillgången till sociala rättigheter, såsom vård, bostad och social trygghet. Praxisen från ES-

[1844] Poiares Maduro, M, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?* s. 91.

kommittén rörande hälsa, bostad och social omsorg har sin grund i principen om mänsklig värdighet, som därmed vidgar stadgans tillämpningsområde till grupper som inte togs med i den reviderade stadgans ordalydelse 1996. Sveriges val att inte reglera illegala immigranters situation avseende rätten till hälsa eller socialt stöd kan därmed kritiseras. EG-domstolen kan i framtiden vara tvungen att förhålla sig till vad kommitténs praxis har för betydelse för gemenskapsrätten. Hade *Förster*-målet avgjorts i ES-kommittén hade utgången med stor sannolikhet blivit en helt annan. Kommittén underkänner nämligen krav på bosättning om fem år när det är fråga om socialt bistånd. En följdfråga blir också om medlemsstaternas rätt att själva organisera sina sociala trygghetssystem kan bibehållas. Det torde vara svårt att undgå kommitténs praxis, med tanke på dess sannolika betydelse för EU:s stadga som i sig är ett konstitutionellt tungt vägande dokument, som inkluderar principen om mänsklig värdighet.

7.2.7 Förändringar avseende rättigheters styrka i svensk nationell rätt

7.2.7.1 Inledning

Avsnitt 1.3.4 behandlas *Stoors* rättighetsindikatorer och hur dessa tillämpats i den svenska offentliga rätten. Dessa är lämpliga att mäta förändringen av sociala rättigheter med kanske just för att de ger uttryck för ett svar på om sociala rättigheter är rättigheter. Indikatorerna består av om a) förmånen är *formulerad som en rättighet* eller om det är en generell reglering, b) *förutsättningarna för att erhålla förmånen är angivna i lag* och c) *förmånens innehåll är angivet i lag*, d) förmånen är *beroende av budgetanslag* och e) är om det föreligger *överklaganderätt*. Till dessa kan också läggas (f) om förmånen är föremål för *statlig tillsyn* samt om det föreligger *sanktionsmöjligheter* (g) gentemot ansvariga myndigheter.

Om vi försöker applicera dessa kriterier på de rättigheter som uppkommer som tillföljd av till de fyra friheterna ser vi att gemenskapsrättens påverkan är stor. Reglerna om fri rörlighet innebär, om än indirekt, att individens förutsättningar att ta del av en social rättighet förändras. Detta förutsätter förstås att gemenskapsrätten aktualiserats på något sätt. Frågan för mig blir då hur detta påverkar synen på sociala rättigheter konstitutionellt.

7.2.7.2 Rätten till hälso- och sjukvård

Vad gäller rätten till hälso- och sjukvård, så stärks rättigheten redan i det första av Stoors kriterier. Kriteriet är att förmånen skall vara formulerad som en rättighet, vilket är fallet i såväl artikel 49 EG-fördraget som i

förordning 1408/71. Som visats i avsnitt 6.3 har EG-domstolen och de rättsakter som EU/EG antar just anlagt ett sådant synsätt på till exempel rätten till vård. Genom EG-domstolens praxis formuleras möjligheten att få vård i annan medlemsstat som en rättighet. De två följande kriterierna, att förutsättningarna för att erhålla rättigheten och att rättighetens innehåll skall vara angivna i lag, har stärkts genom såväl EG-domstolens praxis som gemenskapsrättslig lagstiftning. I och med att gemenskapsrätten aktualiseras ökar också möjligheten att få till stånd en rättslig prövning för den enskilde, något som direkt anknyter till Stoors kriterier. Nationell domstol kan därvidlag begära förhandsavgörande enligt artikel 234 EG-fördraget från EG-domstolen om det finns oklarheter rörande tolkningen av gemenskapsrätten. Vi har också kunnat konstatera att det ställs krav på hur medlemsstaterna skall förverkliga sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten. Hanteringen av rättigheten, själva förfarandet, skall leva upp till viss detaljerade krav som EG-domstolen ställt upp. Tillsynen utökas också genom gemenskapsrätten i och med kommissionens övervakande uppgift enligt artikel 211 EG-fördraget.[1845]

7.2.7.3 Rätten till socialt bistånd

Rätten till socialt bistånd har genom gemenskapsrätten stärkts för de personer som inte är svenska medborgare, men som kan åberopa sin tillhörighet till personkretsen i förordning nr 1612/68. Dessa personer har rätt till likabehandling. I och med unionsmedborgarskapet skedde en vidgning av rätten till likabehandling i fråga om sociala förmåner, inklusive rätten till socialt stöd, till icke ekonomiskt aktiva personer. Direktiv 2004/38 har medfört att unionsmedborgare (och deras anhöriga) inte kan utvisas enbart på grunden att de ansökt om socialt bistånd. Möjligheten till domstolsprövning har därigenom vidgats för dessa utländska medborgare. För varje individ kan det anföras att rätten till domstolsprövning också befästs genom Europadomstolens praxis att tillämpa artikel 6 på rättigheter som syftar till att ge stöd. Sanktionsmöjligheterna har också förändrats genom gemenskapsrätten. Eftersom gemenskapsrätten aktualiseras, blir kommissionens tillsyn, fördragsbrottstalan och eventuellt skadeståndsansvar också aktuellt. Därmed kan vi konstatera att, utifrån de nyss nämnda aspekterna, har även rätten till socialt stöd stärkts och vidgats. Gemenskapsrätten anger däremot inte vilket innehåll rättigheten skall ha.

Såväl IKESKR som Stadgan anger en minsta nivå på skyddet för rätten till social trygghet. Marginaliserade grupper lyfts därvidlag fram, vilket är tydligt ifråga om socialt och medicinskt stöd – även för illegala

[1845] Avsnitt 3.2.3.6.

immigranter.[1846] Den europeiska sociala stadgan inkluderar flera artiklar som är av relevans för rätten till socialt bistånd.[1847] Till detta är också kopplat en skyldighet för staten att övervaka att rättigheten respekteras.[1848] Staten är dessutom skyldig, såväl för IKESKR som den sociala stadgan, att progressivt höja de sociala trygghetssystemens nivå.[1849] Konventionerna ger således såväl ett individuellt som kollektivt rättighetsskydd.

7.2.7.4 Rätten till bostad

Adekvat boende enligt IKESKR innebär i grund och botten att individen skall ha en skälig levnadsstandard och möjlighet att leva ett värdigt liv. [1850] Staten är skyldig att omedelbart vidta åtgärder till skydd för utsatta gruppers rätt till bostad. Artikel 31 i den Europeiska sociala stadgan skall tolkas i ljuset av IKESKR. Den juridiska tryggheten för boendet är en skyldighet för staten.[1851] ES-kommittén har dessutom utvecklat krav som skall uppfyllas för att Stadgans artikel 31 skall anses vara uppfylld. I inledningskapitlet till detta arbete konstaterades att skyddet för rätten till bostad i svensk rätt inte är starkt och att endast ett fåtal grupper i samhället har en sådan rätt. Boende kan dock ingå i rätten till bistånd, enligt 4 kap. SoL.[1852] Sverige har inte i lag definierat vad som är ett ”adekvat boende”, vilket är en skyldighet enligt Stadgan.[1853] Det progressiva förverkligandet av rättigheten skall vidare vara mätbart. Individens rätt till bostad innebär också att det skall finnas en bostadspolitik för så kallad ”social housing”, vilket Sverige inte har. [1854] Det skall också finnas lagstadgade bostadsförmåner. Vi ser alltså att artiklarna 16 och 31 är sammanlänkade och överlappar varandra. Rätten till bostad är en viktig komponent i en fullgod levnadsstandard. Tillhandahållandet av sociala bostäder (”social housing”) skall riktas mot de mest förfördelade i samhället. Bostadsköer får inte vara allt för långa.[1855] Boendeförmåner måste finnas, i

[1846] Avsnitt 3.3.3.8.4.
[1847] Avsnitt 3.3.3.8.2.
[1848] Avsnitt 3.2.3.7.
[1849] Avsnitt 3.3.3.8.3.
[1850] Avsnitt 3.2.3.5.
[1851] Det följer av ES-kommitténs praxis, se avsnitt 3.3.3.9.
[1852] Se avsnitt 1.3.4.
[1853] Avsnitt 3.3.3.9.1.
[1854] Avsnitt 3.3.3.9.2.
[1855] Om de är för långa så skall det finnas rättsmedel att tillgå, jämför collective complaint nr 33/2006, p. 131. I klagomålet var väntetiden på ett socialt boende längre än två år, vilket föranledde stark kritik från kommittén.

form av *individuell* rättighet, åtminstone för låginkomsttagare och förfördelade grupper.[1856]

Även EKMR är av betydelse för tolkningen av artikel 31 i Stadgan. Europadomstolen använder sig inte av begreppet en skälig levnadsstandard. Däremot har artikel 8 och artikel 1 tilläggsprotokoll 1 ansetts utgöra ett skydd mot förtida uppsägning av hyreskontrakt och ett skydd mot vräkning. Hyresgästers skydd och individers boende har av Europadomstolen ansetts vara i det allmännas intresse och godtagits som skäl för begränsning av artikel 1 tilläggsprotokoll 1 EKMR.[1857] Inskränkningen skall dock bedömas utifrån en proportionalitetsbedömning. Rätten till privatliv inbegriper en positiv skyldighet för staten att skydda individens privatliv i förhållande till andra, vilket lagstiftaren måste beakta när lagstiftning antas. Den positiva skyldigheten består också i att möjliggöra ett normalt privat- och familjeliv, vilket boende är en del av.[1858] Därmed har det allmänna en särskild skyldighet att agera till skydd för grupper med särskilda behov, även om Europadomstolen inte använder sig av begreppet en skälig levnadsstandard.

Inom gemenskapsrätten blir rätten till bostad aktuell genom EU-stadgans artikel 34 p. 3 som bygger på artikel 31 sociala stadgan. Som vi har sett i avsnitt 4.4.6 kan rättsutvecklingen leda till att den sociala stadgans regler i vissa avseenden kan tillämpas direkt i svensk lagstiftning, trots att Sverige har ett dualistiskt förhållningssätt till folkrätten. Sammanfattningsvis kan det konstateras att rätten till bostad är den rättighet som det är svårast att tillämpa Stoors kriterier på. EU:s kompetens i boendefrågor är mycket begränsad. Rättighetens innehåll är mer preciserat i folkrätten än den är i svensk lagstiftning och statens tillsynsansvar aktualiseras genom de folkrättsliga åtagandena. Såväl IKESKR som den sociala stadgan ställer upp klara regler för vilka åtgärder staten skall vidta för att anses uppfylla sina skyldigheter. Vi kan således konstatera att det råder en diskrepans mellan den styrka rätten till bostad har i svensk rätt vid en jämförelse med de folkrättsliga åtagandena.

[1856] Conclusions 2003, Sweden s. 658 f. Avslag på ansökan om boendeförmån skall kunna överklagas, conclusions 2005, Sweden s. 50 f. Se också Mikkola, M, *Housing as a Human Right in Europe* s. 249–294.

[1857] Avsnitt 3.3.2.6.

[1858] Avsnitt 3.3.2.5.

7.3 Att sluta där berättelsen började: om RF de lege ferenda

I inledningen till detta arbete konstaterades att förslaget om en ny regeringsform präglas av en avsaknad av problematisering rörande sociala rättigheter i regeringsformen.[1859] Denna tystnad kan ha sin förklaring i den svenska konstitutionella historien och hur grundlagsstadgade rättigheter och skyddet för dessa utvecklats. Många av de frågor som behandlas i förevarande arbete berörs inte av Grundlagsutredningen. Innan jag lyfter fram de frågor som jag anser bör beaktas, mot bakgrund av denna avhandling, skall det dock anföras att förslaget föreslår några förändringar som till viss del beror på folkrättslig inverkan. Rätten till en rättvis rättegång förs till exempel in i 2 kap. Vidare breddas målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § 2 st. till att också omfatta barnets bästa, vilket har sin grund i FN:s barnkonvention.

Det kan dock återigen konstateras att utredningen föreslår att de välfärdsstatliga sociala rättigheterna i 1 kap. 2 § 2 st. RF *inte* skall ändras. Inte heller föreslås någon ytterligare utredning eller diskussion om hur dessa rättigheters ställning förändras genom den utveckling som tecknats i denna studie. Förevarande arbete har dock visat att den konstitutionella bilden förändras genom den dynamiska rättsutvecklingen som gemenskapsrätten och folkrätten innebär. Individualiseringen av rättigheterna, under folkrättens och gemenskapsrättens påverkan, fortsätter. Därmed utmanas också den generella välfärd som målsättningsstadgandet ger uttryck för.

Värt att notera i den historiska översikten av den svenska konstitutionella rätten i del II är att sociala rättigheter inte gavs någon större plats i förarbetena till 1974 års regeringsform. Drygt tre decennier tidigare upplevdes inte grundlagsstadgade sociala rättigheter som en anomali i regeringsformen. Den tingstenska utredningen föreslog att dessa skulle tas in i regeringsformen, med hänvisning till rättsutvecklingen. Den politisering som i dag kännetecknar rättigheterna i fråga kom senare, vilket också bidragit till att ge stadgandet en kompromisskaraktär.

Herlitz saknade i Författningsutredningens förslag till ny regeringsform en allmän sats om *likställighet* som gärna kunde ha riktats mot skillnader av en bestämd art; ras, kön, härkomst, religiös eller politisk åskådning. Han ansåg också att *en rättvis fördelning av de allmänna medlen* borde återfinnas i grundlagen. [1860] Det kan vara värt att kort stanna upp och fundera över dessa förslag. Ett generellt diskrimineringsförbud i regeringsformen skulle kunna innebära att domstolarna gavs vidgade tolkningsmöjligheter.

[1859] SOU 2008:125.

[1860] Herlitz, N, *1969 års regeringsform? Kommentar till Författningsutredningens förslag* s. 72 f.

Europadomstolens och MR-kommitténs praxis visar detta tydligt. Även om inte sociala rättigheter inkluderas i 2 kap. RF, så skulle de därmed kunna ges ett indirekt skydd via diskrimineringsförbudet. En rättvis fördelning av de allmänna medlen skulle kunna ses som ett försök att kontrollera lagstiftarens val att utforma den förda politiken, vilket i fråga om sociala rättigheter använts som ett motargument.

Ett antal frågor kvarstår att svara på i den svenska konstitutionella debatten, då Grundlagsutredningen inte berör dessa. Den första är de folkrättsliga kraven som ställs på staten att inte vidta åtgärder som minskar det faktiska skydd som en rättighet uppnått, så kallade retrogressive measures. Sverige har ingen konstitutionell beredskap i denna fråga. Retroaktivitetsförbudet gäller enbart i straffrätt, vilket följer av 2 kap. 10 § RF. I detta arbete har visats att restriktiva tillämpningen retroaktivitet är en av hörnpelarna för förverkligandet av sociala rättigheter inom folkrätten. Även om till exempel rätten till social trygghet får utformas enligt en vid tolkningsmarginal, så åtföljs rättigheten av ett skydd mot retroaktiv lagstiftning. Skyddet är inte absolut, men retroaktivt verkande åtgärder skall kunna motiveras enligt klart formulerade krav.[1861] Detta återknyter till principen om berättigade förväntningar som diskuterats med anledning av artikel 6 EKMR.[1862] Europadomstolen har fastslagit att prövningen av ”civila rättigheter och skyldigheter” enligt artikel 6 även kan inkludera socialförsäkringar som är reglerade lag och administrerade av ett offentligt organ. Rättighetens ekonomiska natur och dess betydelse för individen blir således avgörande för bedömningen av om artikel 6 är tillämplig, medan den formella regelringen får mindre utrymme.

Nästa fråga är tystnaden i den konstitutionella debatten avseende *äganderättens* betydelse för sociala rättigheter. Den praxis som Europadomstolen har skapat under de senaste decennierna i fråga om socialförsäkringar och pensioner berörs inte alls.[1863] En anpassning av 2 kap. 18 § till artikel 1 tilläggsprotokoll 1 EKMR föreslås av utredningen, men med utgångspunkt i andra frågor. Diskrimineringsförbudet i artikel 14 taget tillsammans med äganderätten i artikel 1 tilläggsprotokoll 1 har också lett till att socialt stöd inkluderats i EKMR:s tillämpningsområde. Betydelsen av att den enskilde själv bidrar för att få en rättighet har således minskat.[1864]

Studierna av Finlands och Sydafrikas konstitutioner visar att dessa två grundlagar skapats under stark influens av den folkrättsliga utvecklingen.

[1861] Avsnitt 3.3.3.10. Jämför avsnitt 2.4.11 om pensioner.

[1862] Avsnitt 3.3.2.4.

[1863] Detta trots att diskussionen startade i svensk doktrin redan på 1980-talet. Se Bengtsson, B, *Ersättning vid offentliga ingrepp 1. Egendomsskyddet enligt regeringsformen*, Norstedts, 1986 s. 131.

[1864] Avsnitt 3.3.2.2.2.

Finlands grundlag skall i sig vara ett uttryck för respekten av mänskliga rättigheter. I den sydafrikanska grundlagen ges domstolarna vida befogenheter i syfte att visa att konstitutionens rättighetskatalog gör en faktisk skillnad och bidrar till att förändra samhället. Sammanfattningsvis kan slutsatsen dras att det inte finns något i den konstitutionella rätten som sådan som hindrar att sociala rättigheter ges en mer framträdande ställning.

Om det inte anses som önskvärt att föra in individuella sociala rättigheter i 2 kap. RF kan det finnas andra sätt att hantera den allt mer pluralistiska rätten.[1865] Det kan konstateras att 1 kap. 9 § RF är det enda grundlagsstadgandet som kodifierar allmänna principer i regeringsformen. Allmänna rättsprinciper skulle kunna förtydligas genom att skrivas in i regeringsformen. På så sätt ökar möjligheterna till en enhetlig och rättssäker tillämpning av den materiella rätten. Proportionalitetsprincipen, till exempel, skulle kunna grundlagfästas och därigenom skulle domare ges möjlighet att göra avvägningar mellan det kollektiva intresset och de individuella rättigheterna. Frågan är dock om det skulle betyda att domstolarna får för mycket makt, att folksuveränitetsprincipen urholkas och därmed den politiska makten bakbinds. Grundlagars funktion är att binda politiken och sätta ramar för det politikerna kan bestämma. Tvingar EG-rätten och de folkrättsliga åtagandena oss att ändra vår åsikt och binda politiken inom ramen för regeringsformen? Ett förtydligande av rättsprinciperna skulle leda till att den värdegrund vi faktiskt har i 1 kap. 2 § 2 st. RF operationaliseras.

Berättelsen om de sociala rättigheterna ger en bild av en dynamisk rättsutveckling. Dessa rättigheter, med starka drag av såväl individuella som kollektiva drag, utmanar den förklaringsmodell vi väljer när vi talar om rättigheter. Genom den ständigt närvarande likabehandlingsprincipen och den tydligare fokuseringen på staternas ansvar går utvecklingen mot att skydda människors möjlighet att få ta del av rättigheterna. Den sammantagna bilden av de förändringar som sociala rättigheter genomgår ger för handen att såväl det individuella som det kollektiva är närvarande samtidigt. De förändringar som sociala rättigheter genomgår kan ses som ett uttryck för att rättigheterna nu bidrar till att, med Amartya Sens ord, ge individer förmåga att leva de liv de önskar. Därigenom smälts den liberala och kollektivistiska synen på rättigheter samman. Konstitutionella, sociala rättigheter är i förändring även i Sverige. Denna förändring kan bidra till att värna såväl välfärdsstaten som individens rättigheter.

Och därmed kan det konstateras att berättelsen fortsätter…

[1865] Jämför Tuori, K, *Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)* s. 348 och Graver, H P, *I prinsippet prinsipeiell – om rettsprinsipper* s. 214 ff.

Summary

Part I Introduction

This dissertation examines the status and role of fundamental social rights in a Swedish context. The point of departure is Chapter 1, Article 2, para. 2 of the Swedish Instrument of Government, where important social rights are articulated as fundamental goals for society: the right to social assistance, the right to shelter and the right to health. Since they are considered to be "goals", the state and its authorities shall strive to achieve these rights that are not formulated as individual rights invocable before the courts.

The aim of this dissertation is to analyze the legal implications of this constitutional solution that has deep roots in Sweden. Accordingly, the dissertation aims at evaluating the Swedish constitutional protection of social rights in the light of the international obligations that Sweden has today – more than 30 years after the Instrument of Government was enacted.

Part II National Constitutions: Social Rights in Time and Space

In order to analyze the constitutional choice to keep these rights outside the Swedish "Bill of Rights" in Chapter 2 of the Instrument of Government, the constitutions of Canada, Finland and South Africa are studied. The purpose of this comparative study is to find out what role social rights can play in a constitution of a country and what other constitutional choices can be made.

The four countries are very different from each other from a historical point of view. Canada, Finland and South Africa have one thing in common, though. Social rights do have a certain constitutional status for individuals, either directly written in the text of the Constitution (Finland, South Africa) or expressed by a Constitutional Court (Canada, South Africa). The Parliaments of these three countries have also expressed that those fundamental rights, including social rights, should be guaranteed by courts.

While analyzing the travaux préparatoires of the Instrument of Government and the constitutional debate concerning the former Instrument of Government, one can draw the conclusion that it was after the welfare state was well established that the question of constitutional rights became a political question. In the beginning of the 1940s, these rights were considered as being part of the modern Sweden.

Canada, South Africa and Finland have several constitutional denominators. All three of them have the right to life, a general principle of equality and non discrimination, and a general acceptance by the state authorities and the courts to apply international human rights. The choices made are explained by the fundamental importance of human dignity. These are important differences compared to Sweden. The result of this is that these three countries have developed methods of interpreting constitutional social rights and that these rights operate in the over all legal system. The obligations of the state are therefore clarified. The study also show the difficulties of balancing the interest of the individual's social rights with the interest of the (welfare)state.

Part III Social Rights in Public International Law

Although Sweden is a dualist country the Swedish constitutional order is not isolated from international changes and impressions. Sweden is a member of the European Union and has ratified most of the international conventions relating to the protection of human rights. Changes and trends concerning access to and content of social rights in public international law are, in Part III of the dissertation, traced via the United Nations two conventions for human rights, as well as through the two main human rights conventions of the Council of Europe. The conclusion is that social rights in public international law today are being defined in a clearer and more precise way. Individuals and groups also have wider possibilities to make complaints concerning violations of these rights, making it possible for theories treating social human rights to evolve. A very important reason for this is the evolving view of non discrimination in public international law. The phenomenon of "integrated approach" has been strengthened, making distinctions between different categories of rights less apparent. Non discrimination and the fundamental value of human dignity become the "engine" of the promotion and fundamentalization of social rights. Therefore, the interconnectedness, interdependence and the equal value of human rights become relevant.

Part IV Social Rights in the European Union

Non discrimination is also the point of departure for the strengthening of access to social rights in the European Union. Through the four freedoms of European Community law, the individual has been given individual rights. Today this picture is widened thanks to the citizenship of the European Union and to the EU Charter on Fundamental Rights. We can therefore start considering social human rights in the EU.

Even though the European Convention of Human Rights and the European Social Charter are being referred to in the EC-treaty, the European Union it is not until the entry in to force of the European Charter on Fundamental Rights that we can consider the European Union as having human rights in the very heart of the treaties.

The European Court of Justice (ECJ) has been very progressive in protecting the fundamental freedoms. This fact, taken together with the market liberal ideology of the EC-treaty, put constraints on the national welfare of the member states. This is analysed in part IV in the light of Union citizenship, solidarity and the case law of the ECJ. The struggle between the member states (the Council) and the ECJ is evident when it comes to coordinating social welfare necessary for enabling the free movement of persons. The result is that there is a strong tension between individual rights steaming from the four freedoms and collective rights, built on the principle of solidarity. This tension is also present when studying the status of the persons wanting to realize their right of free movement in the EU. The exportation of health care services is studied more in detail.

Part V Conclusion

The conclusion is that the Swedish constitution does not handle the constraints that public international law and the membership in the EU mean for the national welfare state, nor is it equipped to handle that the factual status of social rights as constitutional rights. The author asks for a debate that concentrate on how to merge individual and collective rights in the pluralistic law, both from a legal systematic point of view as from the individual.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck (Sverige)

Prop. 1951:165 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående godkännande av Sveriges anslutning till Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Prop. 1953:32 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående ratifikation av tilläggsprotokoll till Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Prop. 1962:175 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen rörande godkännande av en europeisk social stadga

Prop. 1966:33 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen om förklaring enligt artikel 46 i Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Prop. 1971:125 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående godkännande av Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter samt Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter och fakultativa protokollet till den senare m.m.

Prop. 1973:90 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till en ny regeringsform och en ny riksdagsordning m.m.

Prop. 1975/76:209 om ändring i regeringsformen

Prop. 1978/79:195 om förstärkt skydd av fri- och rättigheter m.m.

Prop. 1981/82:97 om hälso- och sjukvårdslag m.m.

Prop. 1990/91:79 om avgivande av förklaring enligt artikel 46 i den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 1994/95:195 Primärvård, private vårdgivare, m.m.

Prop. 1995/96:126 Förnyad förklaring enligt artikel 46 i Europakonventionen

Prop. 1997/98:82 Europarådets sociala stadga

Prop. 1997/98:99 Mänskliga rättigheter i svensk utrikespolitik

Prop. 2000/01:26 Bostadsförsörjningsfrågor m.m.

Prop. 2001/02:22 Åtgärder mot kommunalt domstolstrots

Prop. 2001/02:72 Ändringar i regeringsformen – samarbetet i EU m.m.

Prop. 2001/02:122

Prop. 2002/03:35 Mål för folkhälsan

Prop. 2003/04:20 Mänskliga rättigheter i svensk utrikespolitik

Prop. 2005/06:115 Nationell utvecklingsplan för vård och omsorg om äldre

Prop. 2005/06:77 Genomförande av direktiven om unionsmedborgares rörlighet inom EU och varaktigt bosatta tredjelandsmedborgare m.m.

Prop. 2005/06:134 Anpassningar av studiestödet till vissa direktiv m.m.

Prop. 2006/07:61 Vissa bostadspolitiska åtgärder

Prop. 2007/08:01 Budgetproposition för 2008
Prop. 2007/08:43 Rapporteringsskyldighet av ej verkställda beslut enligt lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade, m.m.
Prop. 2007/08:105 Lag om hälso- och sjukvård åt asylsökande m.fl.
Prop. 2007/08:168 Lissabonfördraget
Prop. 2008/09:01 Budgetproposition för 2009
Prop. 2008/09:28 Mänskliga rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Regeringens skrivelse 2005/06:95 En nationell handlingsplan för de mänskliga rättigheterna 2005-2009

SOU 1941:20 Betänkande med förslag till ändrad lydelse av § 16 regeringsformen
SOU 1963:16 Författningsutredningen. Sveriges statsskick. Lagförslag
SOU 1963:17 Författningsutredningen. Sveriges statsskick, D. 2, Motiv – förslag till regeringsform
SOU 1965:2 Sammanställning av remissyttranden över Författningsutredningens förslag till ny författning. Del 1
SOU 1972:15 Ny regeringsform, ny riksdagsordning
SOU 1975:75 Medborgerliga fri- och rättigheter. Rgeringsformen
SOU 1978:34 Förstärkt skydd för fri- och rättigheter
SOU 1993:14 EG och våra grundlagar
SOU 1993:40 A-B, Fri och rättighetsfrågor: Delbetänkande D. A, Regeringsformen
SOU 1996:129 Den kommunala självstyrelsen och grundlagen
SOU 1997:153 Arbetskraftens fria rörlighet – Trygghet och jämställdhet
SOU 2001:19 Stärkt grundlagsskydd för utsatta grupper
SOU 2004:118 Beviljats men inte fått
SOU 2005:34 Socialtjänsten och den fria rörligheten
SOU 2006:87 Arbetskraftsinvandring i Sverige – förslag och konsekvenser
SOU 2007:43 Rapport från Grundlagsutredningens expertgrupp om den kommunala självstyrelsens grundlagsskydd
SOU 2007:93 Den kommunala självstyrelsens grundlagsskydd, Expertgruppsrapport, Grundlagsutredningens rapport nr IX
SOU 2007: 95 Tjänster utan gränser? Om internationaliseringen av offentliga sektorns tjänster
SOU 2008:125 En reformerad grundlag
SOU 2009:36 Främja, Skydda, Övervaka – FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning

Motion I:50, 1948, s. 6.
Andra kammaren 1958 B 11
Konstitutionsutskottets utlåtande nr 17, 1948

Ju2004/11236/D

Dir. 2004:96 En samlad översyn av regeringsformen
Statskontorets rapport 2004:10, Spelar utvärderingar någon roll? En analys av utvärderingselementen inom den öppna samordningsmetoden.
Statskontorets rapport till Expertgruppen för Studier i Samhällsekonomi (ESS), 2005:3, Hur vet staten vad kommunerna gör?, 2005

Finland

Propositioner

RP 309/1993 rd
RP 1/1998 rd
RP 75/1998 rd

Betänkanden

GrUB 25/1994 rd
GrUB 10/1998 rd
GrUB 4/2004 rd
GrUB 5/2005 rd
GrUB 1/2008 rd
GrUB 4/2009 rd

Utlåtanden

GrUU 48/1998 rd
GrUU 24/2000 rd
GrUU 37/2000 rd
GrUU 34/2001 rd
GrUU 40/2001 rd
GrUU 50/2001 rd
GrUU 59/2001 rd
GrUU 11/2002 rd
GrUU 24/2002 rd
GrUU 39/2002 rd
GrUU 43/2002 rd
GrUU 45/2002 rd
GrUU 46/2002 rd
GrUU 47/2002 rd
GrUU 55/2002 rd
GrUU 60/2002 rd
GrUU 5/2003 rd
GrUU 19/2003 rd
GrUU 20/2004 rd
GrUU 22/2004 rd
GrUU 25/2004 rd
GrUU 33/2004 rd
GrUU 42/2004 rd
GrUU 5/2005 rd
GrUU 22/2005 rd
GrUU 34/2005 rd
GrUU 36/2005 rd
GrUU 37/2005 rd
GrUU 39/2005 rd

GrUU 14/2006 rd
GrUU 16/2006 rd
GrUU 34/2006 rd
GrUU 35/2006 rd
GrUU36/2006 rd
GrUU 48/2006 rd
GrUU 58/2006 rd
GrUU 17/2007 rd
GrUU 20/2008 rd
GrUU 10/2009 rd

Justitiekanslern (JK)

Årsberättelse 1999
Årsberättelse 2000
Årsberättelse 2001
Årsberättelse 2002
Årsberättelse 2004
Ärende 78/1/00

Justitieombudsmännen (JO)

Årsberättelse 1999
Årsberättelse 2000
Årsberättelse 2001
Årsberättelse 2004
Ärende 2132/4/98

Övrigt

Betänkande 1992:3 av kommittén för grundläggande fri- och rättigheter

Rättsfall och avgöranden

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1973 s. 438

Regeringsrätten

RÅ 1974 ref. 61
RÅ 1995 ref. 70
RÅ 2004 ref. 41
RÅ 2004 not 14

Kammarrätter

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2762–06
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6680–03
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 473–07

EU

Europeiska gemenskapernas domstol

Mål **1/58** Stork mot High Authority, REG 1959 s. 43
Mål **26/69** Stauder mot City of Ulm, REG 1969 s. 469
Mål **26/62** Van Gend en Loos, REG 1963 s. 1
Mål **75/63** Hoekstra, REG 1964 s. 117
Mål **6/64** Costa mot Enel, REG 1964 s. 1141
Mål **11/70** Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970 s. 1125
Mål **4/73** Nold mot Kommissionen, REG 1974 s. 491, svensk specialutgåva s. 291
Mål **127/73** BRT mot SABAM, REG 1974 s. 313, svensk specialutgåva s. 249
mål **36/74** Walrave, REG 1974 s. 1405
Mål **41/74** Van Duyn, REG 1974 s. 1337, svensk specialutgåva s. 389
Mål **32/75** Anita Cristini mot Société nationale des chemins de fer français, REG 1975 s. 1085
Mål **36/75** Rutili, REG 1975 s. 1219
Mål **43/75** Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme belge de navigation aérienne Sabena, REG 1976 s. 455
Mål 117/77 Pierik I, REG 1978 s. 825
Mål **149/77** Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme belge de navigation aérienne Sabena, REG 1978 s. 1365
Mål **100/78** Claudino Rossi mot Caisse de compensation pour allocations familiales des régions de Charleroi et Namur, REG 1979 s. 831

Mål **182/78** Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland mot G. Pierik, REG 1979 s. 1977
Mål **44/79** Hauer mot Land Rheinland-Pfalz, REG 1979 s. 3727, svensk specialutgåva s. 621
Mål **110/79** Una Coonan mot Insurance Officer, REG 1980 s. 1445
Mål **279/80** Webb, REG 1981 s. 3305, svensk specialutgåva, volym 6, s. 625
Mål **53/81** D.M. Levin mot Staatssecretaris van Justitie, REG 1982 s. 1035
Mål **152/82** Forcheri, REG 1983 s. 2323; svensk specialutgåva s. 211
Mål **238/82** Duphar m.fl. mot Nederländerna, REG 1984 s. 523
Mål **286/82** och **26/83** Graziana Luisi och Guiseppe Carbone mot Ministero del Tesoro, REG 1984 s. 377
Mål **72/83** Campus Oil Limited m.fl. mot Industri- och energiministern m.fl., REG 1984 s. 2727
Mål **249/83** Hoeckx, REG 1985 s. 973
Mål **261/83** Castelli mot ONPTS, REG 1984 s. 3199
Mål **237/83** Sàrl Prodest mot Caisse Primaire d'assurance Maladie de Paris, REG 1984 s. 3153
Mål **267/83** Aissatou Diatta mot Land Berlin, REG 1985 s. 567
Mål **293/83** Françoise Gravier mot City of Liège, REG 1985 s. 593
Mål **122/84** Scrivner, REG 1985 s. 1027
Mål **194/84** Office national de l'emploi mot Deak, REG 1985 s. 1873
Mål **302/84** Ten Holder mot Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, REG 1986 s. 1821
Mål **59/85** Nederländerna mot Reed, REG 1986 s. 1283, svensk specialutgåva, volym 8
Mål **66/85** Lawrie-Blum, REG 1986 s. 2121
Mål **24/86** Blaizot mot University of Liège, REG 1988 s. 379, svensk specialutgåva, s. 355
Mål **39/86** Sylvie Lair mot Universität Hannover, REG 1988 s. 3161
Mål **115/86** och **116/81** Adoui och Cornuaille, REG 1982 s. 1665
Mål **197/86** Steven Malcolm Brown mot Secretary of State for Scotland, REG 1988 s. 3205
Mål **263/86** Belgian State mot René Humbel och Marie-Thérèse Edel, REG 1988 s. 5365
Mål **C-416/86** Eddline El-Yassini, REG 1999 s. I-1209
Mål **C-46/87** och **222/88** Hoechst, REG 1989 s. 2859
Mål **186/87** Cowan, REG 1989 s. 195
Mål **196/87** Udo Steymann mot Staatssecretaris van Justitie, REG 1988 s. 6159
Mål **C-297/88** och **C-197/89** Massam Dzodzi mot Belgien, REG 1990 s. I-3763, svensk specialutgåva s. 531
Mål **C-260/89** ERT/DEP, REG 1991, s. I-2925, svensk specialutgåva s. I-209
Mål **C-292/89** The Queen mot Immigration Appeal Tribunal, ex Parte Antonissen, REG 1991 s. I-745, svensk specialutgåva s. I-55
Mål **C-340/89** Irène Vlassopoulou mot Ministerium für Justiz, Bundes- und Europangelegenheiten Baden-Württemberg, REG 1991 s. I-2357, svensk specialutgåva s. I-189
Mål **C-357/89** Raulin mot Minister van Onderwijs en Wetenschappen, REG 1992 s. I-1027
Mål **C-365/89** Newton REG 1991 s. I-3097
Mål **C-3/90** Bernini mot Minister van Onderwijs en Watenschapen, REG 1992 s. 1071
Mål **C-41/90** Klaus Höfner och Fritz Elser mot Macrotron GmbH, REG 1991 s. I-1979, svensk specialutgåva s. I-135
Mål **C-76/90** Manfred Säger mot Dennemeyer and Co. Ltd., REG 1991 s. I-4221

Mål **C-159/90** The Society for the Protection of the Unborn Children Ireland Ltd mot Stephen Grogan m. fl, REG 1991 s. I-4685, svensk specialutgåva s. 19
Mål **C-204/90** Hanns-Martin Bachmann mot Belgiska staten, REG 1992 s. 249, svensk specialutgåva s. 31
Mål **C-369/90** Mario Vincente Micheletti et al mot Delegación del Gobierno en Cantabria, REG 1992 s. I-4239
Mål **C-78/91** Rose Hughes mot Chief Adjudication Officer, REG 1993 s. I-2455
Mål **C-153/91** Petit mot Office national de l'emploi, REG 1992 s. I-4973
Mål **C-159/91** och C-**160/91** (förenade mål) Christian Poucet mot Assurances Générales de France och Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon, REG 1993 s. I-637, svensk specialutgåva s. I-27
Mål **C-45/93** Kommissionen mot Spanien, REG 1994 s. I-991
Mål **C-381/93** Kommissionen mot Frankrike, REG 1994 s. I 5145
Mål **C-415/93** Union royale belge des sociétés de football association ASBL mot Jean-Marc Bosman, REG 1995 s. I-4921
Mål **C-484/93** Svensson, Gustavsson mot Ministre de logement et de l'urbanisation, REG 1995 s. I-3955
Mål **C-13/94** P mot S, REG 1996 s. I-2143
Mål **C-84/94** Storbritannien mot rådet, REG 1996 s. I-5755
Mål **C-55/94** Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, REG 1995 s. I-4615
Mål **C-157/94** Kommissionen mot Nederländerna, REG 1997 s. I-5699
Mål **C-244/94** Fédération Française des Sociétés d'Assurances, REG 1995 s. I-4013
Mål **C-245/94** och **C-312/94** Hoever och Zachow mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1996 s. I-4895
Mål **C-4/95** och **5/95** Fritz Stöber (C-4/95) och José Manuel Piosa Pereira (C-5/95) mot Bundesanstalt für Arbeit, REG 1997 s. I-511
Mål **C-25/95** Otte, REG 1996 s. I-3745
Mål **C-70/95** Sodemare SA, Anni Azzuri Holding SpA och Anni Azzuri Rezzato Sri mot Regione Lombardia, REG 1997 s. I-03395
Mål **C-120/95** Nicolas Decker mot Caisse de maladie des employés privés, REG 1998 s. I-183
Mål **C-171/95** Tetik, REG 1997 s. I-329
Mål **C-20/96** Snares, REG 1997 s. I-6057
Mål **C-35/96** Kommissionen mot Italien, REG 1998 s. I-3851
Mål **C-64/96** och **C-65/96** Kari Uecker och Vera Jacquet mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1997 s. I-3171
Mål **C-67/96** Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, REG 1999 s. I-5751
Mål **C-85/96** María Martínez Sala mot Freistaat Bayern, REG 1998 s. I-2691
Mål **C-118/96** Jessica Safir, REG 1998 s. I-1919
Mål **C-157/96** National Farmer's Union v. Commission, REG 1998s. I-2211
Mål **C-158/96** Raymond Kohll mot Union des caisses de maladie, REG 1998 s. I-1931
Mål **C-160/96** Manfred Molenaar och Barbara Fath-Molenaar mot Allgemeine Ortskrankenkasse Baden Württemberg, REG 1998 s. I-843
Mål **C-180/96** UK v. Commission, REG 1998 s. I-2265
Mål **C-249/96** Lisa Jacqueline Grant mot mot South-West Trains Ltd, REG 1998 s. 621
Mål **C-274/96** Brottmål mot Horst Otto Bickel och Ulrich Franz, REG 1998 s. I-7637
Mål **C-275/96** Kuusijärvi mot Riksskatteverket, REG 1998 s. I-3419
Mål **C-297/96** Partridge, REG 1998 s. I-3467

Mål **C-174/97** P Fédération française des sociétés d'assurances, Union des sociétés étrangères d'assurances, Groupe des assurances mutuelles agricoles, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances, Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances och Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances mot Europeiska kommissionen, REG 1998 s. I-1303

Mål **C-270/97** och **271/97** Deutsche Post mot Sievers, REG 2000 s. I-929

Mål **C-224/98** Marie-Nathalie D'Hoop mot Office national de l'emploi, REG 2002 s. I-6191

Mål **C-368/98** Abdon Vanbraekel m.fl. mot Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC), REG 2001 s. I-5363

Mål **C-376/98** Tyskland mot parlamentet och rådet, REG 2000 s. I-8419

Mål **C-405/98** Gourmet, REG 2001 s. 1795

Mål **C-411/98** Ferlini mot Centre hospitalier de Luxembourg, REG 2000 s. I-8081

Mål **C-33/99** Fahmi mot Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank, REG 2001 s. I-2415

Mål **C-43/99** Leclere mot Caisse Nationale des Prestations familiales, REG 2001 s. I-4265

Mål **C-95/99** till **C-98/99** och C-**180/99** Mervett Khalil, Issa Chaaban, Hassan Osseili mot Bundesanstalt für Arbeit; Mohamad Nasser mot Landeshauptstadt Stuttgart; Meriem Addou mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 2001 s. I-7413

Mål **C-135/99** Ursula Elsen mot Bundesversicherungsanstalt für Angestellte, REG 2000 s. I-10409

Mål **C-157/99** B.S.M. Geraets-Smits mot Stichting Ziekenfonds VGZ och H.T.M. Peerbooms mot Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, REG 2001 s. I-5473

Mål **C-184/99** Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociale d'Ottighies-Louvain-la-Neuve, REG 2001 s. I-6193

Mål **C-205/99** Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) m. fl. mot Administración General del Estado, REG 2001 s. I-1271

Mål **C-309/99** Wouters, Savelbergh, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV mot Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, REG 2002 s. I-1577

Mål **C-385/99** V.G.Müller-Fauré mot Onderlinge Waarborgmaatschappij OZ Zorgverzekeringen UA samt E.E.M. van Riet mot Onderlinge Waarborgmaatschappij ZAO Zorgverzekeringen, REG 2003 s. I-4509

Mål **C-413/99** Baumbast och R mot Secretary of State for the Home Department, REG 2002 s. I-7091

Mål **C-60/00** Mary Carpenter mot Secretary of State for the Home Department, REG 2002 s. I-6279

Mål **C-94/00** Roquette Frères, REG 2002 s. I-9011

Mål **C-112/00** Schmidberger, REG 2003 s. I-5659

Mål **218/00** Cisal di Battistello Venanzio och C Sas v. Istituto nazionale per l'assurazione contro gli infortuni sul lavoro, REG 2000 s. I-5263

Mål **C-280/00** Altmark Trans GmbH, REG 2003 s. I-7747

Mål **C-326/00** Idryma Koinonikon Asfaliseon mot Vasilios Ioannidis, REG 2003 s. I-1703

Mål **C-56/01** Inizan mot Caisse primaire d'assurancemaladies des Hauts-de-Seine, REG 2003 s. I-12403.

Mål **C-156/01** R.P. van der Duin mot Onderlinge Waarborgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA ; Onderlinge Waarboorgmaatschappij ANOZ Zorgverzekeringen UA v. T.W. van Wegberg-van Brederode, REG 2003 s. I-7045

Mål **C-264/01**, **C-306/01**, **C-354/01** och **C-355/01** AOK Bundesverband, m.fl., mot Ichthyol-Gesellschaft Cordes, m.fl., REG 2004 s. I-2493

Mål **C-285/01** Isabel Burbaud mot Ministère de l'Emploi et de la Solidarité, REG 2003 s. I-8219
Mål **C-306/01** och **C-354-355/01** AOK Bundesverband, REG 2004 s. I-2493
Mål **C-413/01** Franca Ninni-Orasche mot Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, REG 2003 s. I-13187
Mål **C-8/02** Ludwig Leichtle mot Bundesanstalt für Arbeit, REG 2004 s. I-2641
Mål **C-138/02** Brian Francis Collins mot Secretary of State for Work and Pensions, REG 2004 s. I-2703
Mål **C-141/02** Kommissionen mot max.mobil, REG 2005 s. I-1283
Mål **C-313/02** Wippel, REG 2004 s. I-9483
Mål **C-148/02** Carlos Garcia Avello mot Belgien, REG 2003 s. I-11613
Mål **C-200/02** Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department, REG 2004 s. I-9925
Mål **C-456/02** Michel Trojani mot Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS), REG 2004 s. I-7573
Mål C-**145/03** Arvingarna till Annette Keller mot Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) och Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), REG 2005 s. I-2529
Mål **C-193/03** Betriebskrankenkasse der Robert Bosch GmbH mot Tyskland, REG 2004 s. I-9911
Mål **C-205/03 P** Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) mot Europeiska kommissionen, REG 2006 s. I-6295
Mål **C-209/03** The Queen (on the application of Dany Bidar) mot London Borough of Ealing och Secretary of State for Education and Skills, REG 2005 s. I-2119
Mål **C-286/03** Silvia Hosse mot Land Salzburg, REG 2006 s. I-1771
Mål **C-403/03** Egon Schempp mot Finanzamt München V, REG 2005, s. I-6421
Mål **C-405/03** Class International BV mot Colgate-Palmolive Company, m.fl., REG 2005 s. I-8735
Mål **C-451/03** Calafiori, REG 2006 s. I-2941
Mål **C-540/03** Parlamentet mot Rådet, REG 2006 s. I-5769
Mål **C-543/03** Christine Dodl och Petra Oberhollenzer mot Tiroler Gebietskrankenkasse, REG 2005 s. I-5049
Mål **C-144/04** Mangold, REG 2005 s. I-9981
Mål **C-372/04** The Queen, på begäran av Yvonne Watts mot Bedford Primary Care Trust och Secretary of State for Health, REG 2006 s. I-4325
Mål **C-406/04** Gérald de Cuyper mot Office national de l'emploi, REG 2006, s. I-6947
Mål **C-466/04** Manuel Acereda Herrera mot Servicio Cántabro de Salud, REG 2006 s. I-5341
Mål **C-50/05** Maija T. I. Nikula, REG 2006 s. I-7029
Mål **C-76/05** Herbert Schwarz och Marga Gootjes-Schwarz mot Finanzamt Bergisch Gladbach REG 2007 s. I-6849
Mål **C-154/05** J.J. Kersbergen-Lap och D. Dams-Schipper mot Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen, REG 2006 s. I-6249
Mål **C-192/05** Tas-Hagen och Tas, REG 2006, s. I-10451
Mål **C-291/05** Eind, REG 2007 s. I-10719
Mål **C-299/05** Europeiska gemenskapernas kommission mot Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, REG 2007 s. I-8695
Mål **C-305/05** Ordre des barreaux francophones et germanophone m. fl. mot Conseil des ministres, REG 2007 s. I-5305
Mål **C-341/05** Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet, REG 2007 s. I-11767

Mål **C-402/05** P och **C-415/05** P Al-Barakath, REG 2008 s. I-6351
Mål **C-411/05** Palacios de la Villa, REG 2007 s. I-8531
Mål **C-432/05** Unibet (London) Ltd och Unibet (International) Ltd mot Justitiekanslern, REG 2007 s. I-2271
Mål **C-438/05** International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Esti, REG 2007 s. I-10779
Mål **C-11/06** och **12/06** Rhiannon Morgan mot Bezirksregierung Köln (C-11/06) och Iris Bucher mot Landrat des Kreises Düren (C-12/06), REG 2007 s. I-9161
Mål **C-212/06** Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon mot Gouvernement flamande, REG 2008 s. I-1683
Mål **C-499/06** Halina Nerkowska mot Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Koszalinie, REG 2008 s. I-3993
Mål **C-158/07** Jacqueline Förster mot Hoofdirectie van de Informatie Beheer Groep, REG 2008 s. I-0000.
Mål **C-127/08** Blaise Baheten Metock m.fl., mot Minister for Justice, Equality and Law Reform, REG 2008 s. I-6241.

Förstainstansrätten

Mål T-46/97 SIC - Sociedade Independente de Comunicação SA mot Europeiska kommissionen, REG 2000 s. II-2125
Mål T-54/99 max.mobil, REG 2002 s. II-313
Mål T-319/99 FENIN mot kommissionen, REG 2003 s. II-357
Mål T-309/04 TV2 Danmark A/S mot kommissionen, REG 2008 s. II-0000
Mål T-289/03 British United Provident Association mot Europeiska gemenskapernas kommission, (BUPA), REG 2008 s. II-81

FN

Kommittén för mänskliga rättigheter

Klagomål
Ominayak (Lubicon Lake Band) v. Canada (167/1984)
Broeks v. the Netherlands (182/1984)
Zwaan de Vries . the Netherlands (182/1984)
Gueye ym. v. France (196/1985)
Länsman v. Finland 1-2 (511/1992, 167/1995)
Mahuika et al. v. New Zeeland (547/1993)
Waldman v. Canada (694/1996)
Young v. Australia (491/2000)
Derksen v. the Netherlands (976/2001)
Toonen v. Australia (488/1992)
Simunek and others v. the Czech Republic (516/1992)

Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

A. v. the United Kingdom, application number 25599/94, Judgment of 23 September 1998
Abdullah Yilmaz c. Turquie, requête nr 21899/02, arrêt du 17 juin 2008
Acmanne and others v. Belgium, application nr 10435/83, Decision on admissibility of 10 December 1984 (kommissionen)
Airey v. Ireland, application number 6289/73, Judgment of 9 October 1979, Series A32
Ali and Ayse Duran v Turkey, application nr 42942/02, Judgment of 8 April 2008 (final 8 July 2008)
Aka v. Turkey, application number 107/1997, Judgment of 23 September 1998
Amegnigan v. the Netherlands, application nr 25629/04, decision of 25 November 2004
Andrejeva v. Latvia, application number 55707/00, Judgment of 18 February 2009
Arcila Henao v. the Netherlands, application nr 13669/03, Decision of 24 June 2003
Argenti v. Italy, application nr 56317/00, Judgment of 10 November 2005
Association X v. the United Kingdom, application nr 7154/75, Decision on admissibility of 12 July 1978 (kommissionen), D.R. 14, p. 31
Azinas v. Cyprus, application number 56679/00, Judgment of 28 April 2004 (Grand Chamber), Reports 2004-III
B.B. v. France, application nr 30930/96, Judgment of 7 September 1998, Reports 1998-I
Belgian Linguistic, Case relating tocertain aspects of the laws on the use of languages in Education in Belgium v. Belgium, application nr 1474/62 and 1677/62, Judgment of 23 July 1968, Series A no. 6
Bensaid v. the United Kingdom, application nr 44599/98, Judgment of 6 February 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-I
Botta v. Italy, application nr 21439/93, Judgment of 24 February 1998, Reports 1996-IV
Brecknell v. the United Kingdom, application nr 32457/04, Judgment of 27 November 2007 (final 27 February 2008)
Brüggemann and Scheuten v. Federal Republic of Germany, application nr 6959/75, Decision of 19 May 1976 (kommissionen), D.R. 5, p. 103
Buckley v. the United Kingdom, application nr 20348/92, Judgment of 26 August 1996, Reports 1996-IV
Burke v. the United Kingdom, application nr 19807/06, decision on admissibility of 17 May 2006
Calvelli and Ciglio v. Italy, application nr 32967/96, Judgment of 17 January 2002, (Grand Chamber), Reports of Judgments and Decisions 2002-I
Campbell and Cosans v. the United Kingdom, application nr 7511/76; 7743/76, Judgment of 25 February 1982, A48
Chapman v. the United Kingdom, application nr 27238/95, Judgment of 18 January 2001 (Grand Chamber), Reports of Judgments and Decisions 2001-I
Chassagnou v. France, application nr 25088/94, 28331/95 and 28443/95, Judgment of 29 April 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-III
Christine Goodwin v. the United Kingdom, application nr 28957/95, Judgment of 11 July 2002 (Grand Chamber), Reports of Judgments and Decisions 2002-VI
Connors v. the United Kingdom, application number 66746/01, Judgment of 27 May 2004 (final 27 augusti 2004)
Cyprus v. Turkey, application nr 25781/94, Judgment of 10 May 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-IV
D v. the United Kingdom, application nr 30240/1996, Judgment of 2 May 1997
Demir and Baykara v. Turkey, application nr 34503/97, Judgment of 12 November 2008 (Grand Chamber)

Deumeland v. Germany, application nr 9384/81, Judgment of 24 April 1986 (final 29 May 1986), A100
Emonet and others v. Switzerland, application nr 39051/03, Judgment of 13 December 2007
Evans v. the United Kingdom, application number 6339/05, Judgment of 7 March 2006
Fadeyeva v. Russia, application nr 55723/00, Judgment of 9 June 2005 (final 30 November 2005), Reports of Judgments and Decisions 2005 IV
Feldbrugge v. the Netherlands, application nr 8562/79, Judgment of 29 May 1986, A99
Gaygusuz v. Austria, application nr 17371/90, Judgment of 16 September 1996, Reports 1996-IV
Gillow v. the United Kingdom, application number 9063/80, Judgment of 24 November 1986
Glass v. the United Kingdom, application nr 61827/00, Judgment of 9 March 2004
Golder v. the United Kingdom, application nr 4451/70, Judgment of 21 February 1975, A18
Guerra and others v. Italy, application nr 116/1996/735/932, Judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I
Gustafsson v. Sweden, application nr 15573/89, Judgment of 28 March 1996, Reports 1996-II
Hatton and others v. the United Kingdom, application nr 36022/97, Judgment of 2 October 2001
Hatton and others v. the United Kingdom, application number 36022/97, Judgment of 8 July 2003 (Grand Chamber), Reports of Judgments and Decisions 2003-VIII
Herczegfalvy v. Austria, application nr 10533/83, Judgment of 24 September 1992, A244
Hutten-Czapska v. Poland, application number 35014/97, Judgment of 19 June 2006 (friendly settlement 28 april 2008)
Immobiliare Saffi v. Italy, application number 22774/93, Judgment of 28 July 1999, Reports of Judgments and Decisions 1999-V
J.R. and others v. Switzerland, application nr 22398/93, Decision of 5 April 1995 (kommissionen)
James and others v. the United Kingdom, application nr 8793/79, Judgment of 21 February 1986, A98
Karara v. Finland, application nr 40900/98, Commission decision of 29 May 1998
Keenan v. the United Kingdom, application number 27229/95, Judgment of 3 April 2001
Kerojärvi v. Finland, application nr 17506/90, Judgment of 19 June 1995, Series A322
Khurshid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden, application nr 23883/06, Judgment of 16 December 2008
Koua Poirrez v. France, application number 40892/98, Judgment of 30 December 2003 (final 30 September 2003), Reports of Judgments and Decisions 2004-IX
König v. Germany, application nr 6232/73, Judgment of 28 June 1978, Series A no. 27
Larkos v. Cyprus, application nr 29515/95, Judgment of 18 February 1999
Larioshina v. Russia, application nr 56869/00, Decision on admissibility of 23 April 2002
Le Calvez v. France, application nr 25554/94, Judgment of 29 July 1998, Reports 1998-V
Lombardo v. Italy, application nr 11519/85, Judgment of 26 November 1992, Series A no. 249-B
López Ostra v. Spain, application nr 16798/90, Judgment of 9 December 1994, Series A303-C
Luczak v. Poland, application number 77782/01, Judgment of 27 November 2007 (final 2 June 2008)
Marckx v. Belgium, application nr 6833/74, Judgment of 13 June 1979, A31
Marzari v. Italy, application nr 36448/97, Decision on admissibility 4 May 1999
Matter v. Slovakia, application nr 31534/96, Judgment of 5 July 1999

Matos e Silva Lda., and others v. Portugal, application nr 15777/89, Judgment of 27 March 1998
Mazurek v. France, application nr 34406/97, Judgment of 1 February 2000 (final 1 May 2000)
McCann v. the United Kingdom, application nr 19009/04, Judgment of 13 May 2008 (final 13 August 2008)
Mehmet Emin Yüksel v. Turkey, application nr 40154/98, Judgment of 20 July 2004
Mellacher and others v. Austria, application nr 10522/83, 11011/84 and 11070/84, Judgment of 19 December 1989
Mennitto v. Italy, application nr 33804/96, Judgment of 5 October 2000
Messina v. Italy (No 2), application nr 25498/94, Judgment of 28 September 2000
Moldovan and others v. Romania, application nr 41138/98; 64320/01, Judgment no. 2 of 12 July 2005, (final 30 November 2005)
M.S. v. Sweden, application nr 20837/92, Judgment of 27 August 1997, Reports 1997-IV
Muller v. Austria, application nr 5849/72, Decision on admissibility of 16 December 1972
N. v. the United Kingdom, application nr 26565/05, Judgment of 27 May 2008 (Grand Chamber)
Ndangoya v. Sweden, application nr 17868/03, Decision of 22 June 2004
Niedzwiecki v. Germany, application nr 58453/00, Judgment of 25 October 2005 (final 15 February 2006)
Nitecki v. Poland, application nr nr 65653/01, Decision on admissibility of 21 March 2002
Ognyanova and Choban v. Bulgaria, application nr 46317/99, Judgment of 23 February 2006
Osman v. the United Kingdom, application nr 23452/94, Judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII
P., C. and S. v. the United Kingdom, application nr 56547/00, Judgment of 16 July 2002 (final 16 October 2002)
Pancenko v. Latvia, application nr 40772/98, Decision on admissibility of 28 October 1999
Passannante v. Italy, application nr 32647/96, Decision on admissibility of 1 July 1998 (kommissionen)
Paskhalidis v. Greece, application nr 20416/92; 22857/93, Judgment of 24 February 1997, Reports 1997-II
Pentiacova and others v. Moldova, application nr 14462/03, Decision on admissibility, 30 April 2003
Peters v. the Netherlands, application nr 21132/93, Decision of 6 April 1994 (kommissionen
Petrovic v. Austria, application nr 20458/92, Judgment of 27 March 1998
Pini and Others v. Roumania, application nr 78028/01; 78030/01, Judgment of 22 June 2004, Reprots of Judgments and Decisions 2004-V
Powell v. the United Kingdom, application nr 45305/99, Decision on admissibility of 4 May 2000
Powell and Rayner v. the United Kingdom, application nr 9310/81, Judgment of 21 February 1990
Pretty v. the United Kingdom, application nr 2346/02, Judgment of 29 April 2002
van Raalte v. the Netherlands, application nr 20060/92, Judgment of 28 January 1997
Ramirez Sanchez v. France, application nr 59450/00, Judgment of 4 July 2006
Salesi v. Italy, application nr 13023/87, Judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-E

Sanchez Navojas v. Spain, application nr 57442/00, Decision on admissibility of 21 June 2001
Saoud c. France, requête numéro 9375/02, arrêt du 9 octobre 2007 (définitif 9 janvier 2008)
Schouten and Meldrum v. the Netherlands, application nr 19005/91; 19006/91, Judgment of 9 December 1994, Series A no. 304
Schuler-Zgraggen v. Switzerland, application nr 14518/89, Judgment of 24 June 1993, (final 28 May 1993), Series A no. 263
Scialacqua v. Italy, application nr 34151/96, Decision on admissibility of 1 July 1998 (kommissionen)
Scoppola c. Italie, requête numéro 50550/06, Arrêt du 10 juin 2008 (définitif 26 janvier 2009)
Scoppola v. Italy (No. 2), application nr 10249/03, Judgment of 17 September 2009 (Grand Chamber)
S.C.C. v. Sweden, application nr 46553/99, Decision of 15 February 2000
Sentges v. the Netherlands, application nr 27677/02, Decision on admissibility of 8 July 2003
Sidabras and Džiautas v. Lithuania, application nr 55480/00, 59330/00, Judgment of 27 October 2004 (27 juli 2004)
Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, application nr 16130/90, Judgment of 30 June 1993, Series A264
Siliadin v. France, application nr 73316/01, Judgment of 26 July 2005, Reports of Judgments and Decisions 2005-VII
Soering v. the United Kingdom, application nr 14038/88, Judgment of 7 July 1989, A161
Sørensen and Rasmussen v. Denmark, application nr 52562/99; 52620/99, Judgment of 11 January 2006
Stec and others v. the United Kingdom (application nr 6573/01 and 65900/01, Judgment of 12 April 2006)
Taylor and others v. the United Kingdom, application nr 23412/94, Decision on the admissibility of 30 August 1994 (kommissionen)
Tekin v. Turkey, application nr 22496/93, Judgment of 9 June 1998
Thlimmenos v. Greece, application nr 34369/97, Judgment of 6 April 2000, Reports of Judgments and Decisions 2000-IV
Thordur Thors v. Iceland, application nr 24428/94, Judgment of 17 January 1996
Tsfayo v. the United Kingdom, application nr 60860/00, Judgment of 14 November 2006
Tyrer v. the United Kingdom, application nr 5856/72, Judgment of 25 April 1978, Series A no. 26
Velosa Barreto v. Portugal, application nr 18072/91, Judgment of 26 October 1995

Vo v. France, application nr 53924/00, Judgment of 8 July 2004
Wessels-Bergervoet v. the Netherlands, application nr 34462/97, Judgment of 4 June 2002 (final 4 September 2002)
Willis v. the United Kingdom, application nr 36042/97, Judgment of 11 June 2002 (final 11 september 2002)
Wilson and the National Union of Journalists, application nr 30668/96, 30671/96 and 30678/96, Judgment of 2 July 2002, final 2 October 2002
X. v. Austria, application nr 8278/78, Decision of 13 December 1979 (kommissionen)
X. v. Denmark, application nr 9974/82, Decision on admissibility of 2 March 1983
X v. the Netherlands, application nr 4130/69, Decision on admissibility of 20 July 1970, (kommissionen), Collection 38
X. v. the Netherlands, application nr 8239/78, Decision on admissibility of 4 December 1978 (kommissionen)

X. v. the United Kingdom, application nr 8416/79, Decision of 13 May 1980
Z. v. Finland, application nr 22009/93 1997, Judgment of 25 February 1997, Reports 1997-I
Z and others v. the United Kingdom, application nr 29392/95, Judgment of 10 May 2001
Zehnalová and Zehnal v. Tjeckien, application nr 38621/97, Decision on admissibility of 14 May 2002
Öcalan v. Turkey, application nr 46221/99, Judgment of 12 May 2005 (Grand Chamber), Reports of Judgments and Decisions 2005-IV
Öneryildiz v. Turkey, application nr 48939/99, Judgment of 30 November 2004

Kommittén för ekonomiska och sociala rättigheter

Collective complaint nr 1/1998 International Commission of Jurists v. Portugal
Collective complaint nr 6/1999 Syndicat national des professions du tourisme v. France
Collective complaint nr 9/2000 Confédération Française de l'Encadrement CFE-CGC v. France
Collective complaint nr 10/2000 Tehy ry and STTK ry v. Finland
Collective complaint nr 12/2002 Confederation of Swedish Enterprise v. Sweden
Collective complaint nr 13/2002 Autism-Europe v. France
Collective complaint nr 14/2003 International Federation of Human Rights Leagues (FIDH) v. France
Collective complaint nr 15/2003 European Roma Rights Center v. Greece
Collective complaint nr 16/2003 Confédération Française de l'Encadrement (CFE CGC) v. France
Collective complaint nr 17/2003 OMCT v. Greece
Collective complaint nr 18/2003 OMCT v. Ireland
Collective complaint nr 19/2003 OMCT v. Italy
Collective complaint nr 20/2003 OMCT v. Portugal
Collective complaint nr 21/2003 OMCT v. Belgium
Collective complaint nr 22/2003 Confédération générale du travail (CGT) v. France
Collective complaint nr 27/2004 European Roma Rights Center (ERRC) v. Italy
Collective complaint nr 30/2005 Marangopoulous Foundation for Human Rights (MFHR) v. Greece
Collective complaint nr 31/2005 European Roma Rights Center (ERRC) v. Bulgaria
Collective complaint nr 32/2005 Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria, Confederation of Labour "Podkrepa" and European Trade Union Confederation v. Bulgaria
Collective complaint nr 33/2006 International Movement ATD Fourth World v. France
Collective complaint nr 34/2006 World Orgaisation Against Torture v. Portugal
Collective complaint nr 39/2006 European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) v. France
Collective complaint nr 41/2007 Mental Disability Advocacy Center (MDAC) v. Bulgaria
Collective complaint nr 43/2007 SMMP v. Portugal
Collective complaint nr 46/2007 European Roma Rights Centre (ERRC) v. Bulgaria

Kanada

Supreme Court

Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General), 2004 S.C.C. 78
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817
Chaoulli v. Quebec, 2005 S.C.C. 35
Dunmore v. Ontario (Attorney-General), [2001] 3 S.C.R. 1016
Eldridge v. British Columbia (Attorney-General), [1997] 3.S.C.R. 624
Finlay v. Canada (Minister of Finance), [1986] S.C.R.607
Finlay v. Canada (Minister of Finance), [1993] S.C.R. 1080
Ford v. Quebec [1988] S.C.R. 712
Gosselin v. Quebec (Attorney General), [2002] 4 S.C.R. 429
Irwin Toy Ltd v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927
M. v. H., [1999] SCC
Minister of Justice of Canada v. Borowski, [1981] 2 S.C.R. 575
Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E., [2004] 3 S.C.R.
R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713
R v. Hess, [1990] 2 SCR 493
R v. Keegstra [1990] 3 S.C.R. 697
R v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103
Re Same-Sex Marriage, [2004] 3 SCR 698
Schachter v. Canada [1992] 2 S.C.R. 679
Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R.1038
Vriend v. Alberta, [1998], 1 S.C.R. 493
Zurich Insurance Co v. Ontario (Human Rights Commission) [1992] 2 S.C.R. 321

Ontario Court of Appeal

Falkiner v. Ontario (Ministry of Community and Social services), [2002], 59 =.R. (3d) 481 (C.A.)

Nova Scotia Court of Appeal

Dartmouth/Halifax County Regional Housing Authority v. Sparks, [1993] 101 D.L.R. (4th) 224 (N.S.C.A)

Ontario Human Rights Board of Inquiry

Ahmed v. Shelter Corporation ,2 maj 2002, Ottawa 02/007
Kearney v. Bramalea Ltd. [1998] O.H.R.B.I.D. No 21
Sinclair v. Morris A. Hunter Investments Ltd., [2001], O.H.R.B.I.D. No 24

Quebec

Québec (Commission des droits de la personne) c. Whittom, [1997], A.Q. no 2328

Sydafrika

Constitutional Court

Ex Parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC) (1996), Case CCT 23/96

Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 (4) SA 744 (CC) (1996) Case CCT 37/96
Thiagraj Soobramoney v. Minister of health (Kwazulu-Natal), Case CCT 32/97
Government of the Republic of South Africa v. Grootboom, Case CCT 11/00
Fose v. Minister of Safety and Security, 1997 (3) SA 786 (CC), 1997 (7) BCLR 851 (CC)
Minister of Health v. Treatment Action Campaign (no 2) (TAC), Case CCT 8/02
Minister of Public Works & others v. Kyalami Ridge Environmental Association & others, 2001 (3) SA (CC), 2001 (7) BCLR 652 (CC)
President of the Republic of South Africa v. South African Rugby Football Union 2000 (1) SA 1 (CC)
S v. Makwanyane, 1995 (6) BCLR (CC)

USA

Milliken v. Bradley II (1977) 433 US 267

Övrigt

Europarådet

Explanatory report Sociala stadgan

Parlamentariska församlingen
Recommendation 1415(1999)
Recommendation 1354 (1998)

Ministerkommittén doc. 9047 (20 april 2001).
Ministerkommitténs Resolution ResChS(2002)

Recommendation nr R ChS (98) 1 av den 4 februari 1998
Guidelines on access to housing for vulnerable groups, CM(2007)55 add, 10 April 2007 (European Committee for Social Cohesion)

Kommittén för ekonomiska och sociala rättigheter

Conclusions
Conclusions I
Conclusions III
Conclusions IV
Conclusions XIII-1
Conclusions XIII-2
Conclusions XIII-4
Conclusions XIV-1
Conclusions XIV-2
Conclusions XV-1
Conclusions XV-2
Conclusions XVI-1

Conclusions XVII-1, vol. 1
Conclusions XVII-2
Conclusions XVIII-1
Conclusions 2003
Conclusions 2004
Conclusions 2005
Conclusions 2006

Europeiska gemenskaperna

COM(1989) 568 final, Community charter on the fundamental social rights of worker
KOM(93) 600 slutlig,
COM(93) 551 final, Green Paper – European Social Policy – Options for the Union
COM(94) 333, European Social Policy – A Way Forward for the Union – A White Paper
KOM(2000) 368, Beslut 50/2002/EG av den 7 december 2001
KOM(2000) 379 slutlig, Ny socialpolitisk dagordning
COM(2001) 681, Commission White Paper on a new impetus for European youth
COM(2001) 264, A European strategy for sustainable development
COM(2001) 387 final, Communication from the Commission on an open method of coordination for the Community immigration policy
KOM(2001) 428, Vitbok Styrelseformerna i EU
COM(2001) 710 final, Communication from the Commission on the common asylum policy, introducing an open coordination method
COM(2001) 723, Kommissionens vitbok om styrningsfrågor i Unionen
OM(2002) 629, Commission Communication on European benchmarks in education and training: follow up to the Lisbon European Council
COM(2003) 226 Commission Communication on investing in research: an action plan for Europe
COM(2003) 261 final, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of Regions, Strengthening the social dimension of the Lisbon Strategy: Streamlining open coordination in the field of social protection
KOM(2003) 270 slutlig, Grönbok Om tjänster i allmänhetens intresse
COM(2004) 2 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Services in the Internal Market
COM(2004) 301 Follow-Up on the High Level Reflection Process on Patient Mobility and Healthcare in the European Union
KOM(2004) 304 slutlig, Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, Modernisera de sociala trygghetssystemen för att utveckla högkvalitativ, tillgänglig och hållbar vård och omsorg: stöd till de nationella strategierna genom den öppna samordningsmetoden,
KOM(2004) 374 slutlig, Vitbok om tjänster av allmänt intresse
KOM(2005) 172 slutlig, Bryssel den 27.4.2005, Meddelande från kommissionen: Hur respekten för stadgan om de grundläggande rättigheterna skall upprätthållas i kommissionens lagstiftningsförslag, Metoder för en systematisk och strikt kontroll
KOM(2008) 42 slutlig, Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. Förslag till gemensam rapport om social trygghet och social integration

COM(2008) 412 final Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Renewed social agenda: Opportunities, access and solidarity in 21st century Europe, Brussels, 2.7.2008,
Commission Staff Working Paper. Report on the Application of Internal Market Rules to Health Services. Implementation by the Member States of the Court's Jurisprudence, SEC(2003) 900
Commission (Health and Consumer Protection Directorate-General), Summary report of the responses to the consultation regarding "Community action on health services" (SEC (2006) 1195/4 of 26 September 2006)
European Commission, The Internal Market and Health Services – Report of the High Level Committee on Health (17 december 2001)
European Commission, High Level Process of Reflection on Patient Mobility and Healthcare Developments in the European Union (9 december 2003) Commission document HLPR/2003/16
Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, The Economic and Social Committee and the Committee of Regions, on the health strategy for the European Community, proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council adopting a programme of Community action in the field of public health (2001-2006)
High level Group on Health Services and Medical Care; Working Group on Health Impact Assessment and Health Systems: Towards health Systems Impact Assessment (2 december 2004)
Joint Report by the Commission and the Council on supporting national strategies for the future of health care and care for the elderly, 10 mars 2003
Meddelande från kommissionen, Samråd om gemenskapsåtgärder som rör hälso- och sjukvården, 26 september 2006
Employment, social policy, health and consumer affairs council, 29 februari 2008
Europaparlamentets resolution om patientrörlighet och utvecklingen av hälsovården i EU 2004/2148
Summary Paper on Common Principles of Care, from the Mapping Exercise of the High level Group of Health care Services 2006 (3 november 2006)
Economic and Social Committee opinion on "The Lisbon strategy and sustainable development" [2003] OJ C95/54
.Council Conclusions of May 2003 on European benchmarks in education and training [2003] OJ C134/3
Report from the Education Council to the European Council, The concrete future objectives of education and the training system, 14 februari 2001, 5680/01 EDUC 18
Lisbon European Council Conclusions of Spring 2000 and Commission's subsequent eEurope Action Plans for 2002 and 2005.
Göteborg European Council Conclusions of June 2001
Brussels European Council Conclusions of March 2003
Joint Council and Commission Report on supporting national strategies for the future of health care and care for elderly of February 2003, 6528/03; Förklaringar avseende Stadgan om de grundläggande rättigheterna (2007/C 303/02, 14.12.2007)

Förenta nationerna

UN doc. E/CN.4/1987/17
E/CN.4/2005/43, 25 February 2005, Economic, social and cuktural rights. Women and adequate housing. Study by the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, Miloon Kothari
E/1988/14, at 138, UN ESCOR, Supp. (No. 4) (1988)
E/C.12/1989/4.
E/CN.4/1987/17
E/CN.4/1999/112/add.1, 4 mars 1999
E/C.12/1989/SR.20
E/C.12/1991/WP.2, E/C.12/1992/WP.9, E/C.12/1994/12 och E/C.12/1996/CRP.2/Add. I
E/CN.4/2005/52
E/CN.4/570 (1951)
E/CN.4/L.388
E/CN.4/1997/105, 18 December 1996 *Draft optional protocol to the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*,

HR Commission, 2nd session, UN doc E/600, ECOSOC OR, 6th session, supp 1 (1948)
HR Commission, 7th session, UN ESCOR, supp 9 (E/1992) (24 maj 1951)

GA res 543 (VI), 5 feb 1952
GA res 421 (V), 4 December 1950
A/RES/63/117, den 10 december 2008
Generalförsamlingens resolution 2200A (XXI)
A/CONF.157/33 Vienna Declaration and Programme of Action
A/C.3/63/L.47, 31 oktober 2008

Economic and Social Council (ECOSOC) Resolution 1985/17, UN ESCOR, Supp. (No.I), at 15 (1985)

Res I/X A/CONF, 32/41, 1968

Kommittén för ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

Concluding observations (10/12/98, paragraf 4 (E/C.12/1/Add.31)
Concluding observations (03/06/93), (E/C.12/1993/5)
Concluding observations (10/12/98), (E/C.12/1/Add.31)
Concluding observations (30/11/01, E/C.12/1/Add.70)
General comment nr 1 Reporting by States parties
General comment nr 3 The nature of State Partie's obligations (art. 2 p. 1)
General comment nr 4 The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant
General comment nr 5 Persons with disabilities
General comment nr 6 The economic, social and cultural rights of older persons
General comment nr 7 The right to adequate housing (art. 11 (1) of the Covenant: Forced Evictions
General comment nr 9 The domestic application of the Covenant
General comment nr 12 The right to adequate food

General comment nr 13 The right to education
General comment nr 14 The right to the highest attainable standard of health (art. 13)
General comment nr 15 The right to water
General comment nr 16 – Article 3: the equal right of men and women to the enjoyment of all economic social and cultural rights
General comment nr 19 The right to social security (art.9)
General comment nr 20 Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2)
Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by state parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, E/C.12/1991/, 17 June 1991
Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, 20.3 (1998), s. 691-704

Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties under articles 16 and 17 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 17 June 1991, E/C.12/1991/1

Kommittén för mänskliga rättigheter

Concluding observations (07/04/99) CCPR/C/79/Add.105
Concluding observations (02/11/2005) CCPR/C/CAN/CO/05
General comment (CCPR) nr 18 *Non-discrimination*, 10 november 1989

Special Rapporteurs

Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the rights to an adequate standardof living, Miloon Kothari, E/CN.4/2005/48, 3 March 2005

Kanada

Privy Council's Office, Government of Canada, på:
http://www.pco-bcp.gc.ca/aia/default.asp?Language=E&Page=Home

Centre for Research and Information on Canada, paper 5, april 2002, på http://www.cric.ca.

Litteratur

Akandji-Kombé, J-F, *The Material Impact of the Jurisprudence of the European Committee of Social Rights*, i: de Búrca, G, och de Witte, B, (red), Social Rights in Europe, Oxford University Press, 2005

Algotsson, K-G, *Medborgarrätten och regeringsformen. Debatten om grundläggande fri- och rättigheter i regeringsformen under 1970-talet*, Norstedts, 1987

Allot, P, *Epilogue: Europe and the dream of reason*, i: Weiler, J H H, och Wind, M, (red), European Constitutionalism Beyond the State, Cambridge University Press, 2003

Alston, P, *Assessing the Strengths and Weaknesses of the European Social Charter's Supervisory System*, i: de Búrca, G, och de Witte, B, (red), Social Rights in Europe, Oxford University Press, 2005

– *Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, Human Rights Quarterly 9, 1987, s. 332–381

Alston, P, och Weiler, J H H, *An 'Ever Closer Union' in Need of a Human Rights Policy*, European Journal of International Law, nr 9, 1998, s. 658–723

Andersson, H, *Skyddsändamål och adekvans. Om skadeståndsansvarets gränser*, Iustus förlag, 1993

Andreassen, B-A, *Article 22*, i: A, och Alfredsson, G, (red) The Universal Declaration of Human Rights: a Common Standard of Achievement, Martinoff Nijhoff Publishers, 1999

Andrén, N, *Svensk statskunskap*, Liber, 1965

Bader Ginsburg, R, "*A Decent Respect to the Opinions of [Human]kind": the Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*, i: Cambridge Law Journal, 64(3), november 2005, s. 575–592

Baderin, M A, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and the Implementation of Economic, Social, and Cultural Rights in Africa*, i: Baderin, M A, och McCorquodale, R, (red), Economic, Social and Cultural Rights in Action, Oxford University Press, 2007

Barnard, C, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, i: Dougan, M, och Spaventa, E, (red) Social Welfare and EU law. Essays in European law, Hart Publishing 2005

– *Flexibility and Social Policy*, i: de Búrca, G, och Scott, J, (red), Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?, Hart Publishing, 2000, s. 197–217

– *The Substantive Law of the EU*, Oxford University Press, 2004

Bengtsson, B, *Ersättning vid offentliga ingrepp 1. Egendomsskyddet enligt regeringsformen,* Norstedts, 1986

– *Rättsutlåtande till 1997 års premiereservsutredning*, SOU 1997:131, bilaga 2, s. 207–210

Bercusson, B, *The Contribution of the EU Fundamental Rights Agency to the Realization of Workers' Rights*, i: Alston, P, och de Schutter, O, (red), Monitoring Fundamental Rights in the EU, Hart Publishing, 2005

Bergström, C F, *Comitology - delegation of powers in the European Union and the committee system*, 2003

Bernard, N, *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market v Open Method of Co-ordination in EU Social Welfare*, i: Dougan, M, och Spaventa, E, (red) Social Welfare and EU Law

Beukers, T, *The Barroso drama, Enhancing Parliamentary Control Over The European Commission and the Member States. Constitutional Development Through Practice*, European Constitutional Law Review, nr 2, 2006, s. 21–53
Bilchitz, D, *South Africa: Right to health and access to HIV/AIDS drug treatment*, International Journal of Constitutional Law, s. 524–534.
Bobbio, N, *Rättigheternas epok*, Daidalos, 2000
Boe, E, och Helgesen, J.E, *Oversikt over juridisk metode og statsrett*, NKS-Forlaget, 2 uppl, 1999
du Bois, F, *Law*, *Sources of Law: Overview and Constitution,* i: Wille's Principles of South African Law, Juta & Co, Ltd, 2007
– *Sources of Law: Common law and precedent*, i: Wille's Principles of South African Law, Juta & Co, Ltd, 2007
Van den Brandhof, H, *The Republic of Finland*, i: Prakke, L, och Kortmann, C (red), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, 2004, s. 182–235
Brillat, R, *The Supervisory Machinery of the European Social Charter: Recent Developments and their Impact*, i: de Búrca, G, och de Witte, B, (red), Social Rights in Europe, Oxford University Press, 2005
Brännström, L, *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med focus på patientens ställning*, Bokbox Förlag, 2009
Bull, T, *Mötes- och demonstrationsfriheten*, Iustus förlag, 1997
– *Diskriminering och dekonstruktion: om positiv faderskapstalan*, Tidsskrift for Rettsvitenskap 3–4/2000, s. 693–737
– *Vem känner passion för vår union?*, Europarättslig tidskrift, 2004, s. 79–82
Bull, T, och Lind, A-S, *Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter*, Tre rapporter till Grundlagsutredningen, SOU 2008:43
De Búrca, G, *The drafting of the European Union Charter of fundamental rights*, European Law Review, vol 26, nr 2, april 2001, Arnull, A och White, R, (red) s. 126–138
– *The constitutional challenge of new governance in the European Union*, European Law Review, vol 28, nr 6, 2003, s. 814–839
Brännström, L, *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*, Bokbox Förlag, 2009
Burdeau, G, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 20 uppl, Paris, 1984
Cassese, A, *International Law*, Oxford University Press, 2001
Chaskalson, A, *From wickedness to equality: The moral transformation of South African law*, International Journal of Constitutional Law, vol 1, nr 4, 2003, s. 590–609
Choudry, S, *Book reviews*, International Journal of Constitutional Law, vol 1, nr 2, 2003, s. 379–403
Christensen, A, *Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen*, Europaperspektiv, 1999, s. 13–40, http://www.snee.org/filer/europa/78.pdf
Churchill, R R, och Khaliq, U, *The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, European Journal of International Law, vol 15, nr 3, s. 417–456
–*Violations of Economic, Social and Cultural Rights: The Current U se and Future Potential of the Collective Complaints Mechanism of the European Social Charter*, i: Baderin, M.A, och McCorquodale, R, (red), Economic, Social and Cultural Rights in Action, Oxford University Press, 2007
Closa, C, *Constitution and Democracy in the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, European Public Law, vol 11, nr 1, 2005, s. 145–164
Cohen, J L, och Arato, A, *Det civila samhället och den politiska teorin*, 1992, Bokförlaget Daidalos AB (1993)

Combrinck, H, *Positive State Duties to Protect Women from Violence: Recent South African Developments*, Human Rights Quarterly, vol 20, nr 3 1998, s. 666–690
Couchair, M, *The Legal Framework in Relation to Patient Mobility*, på : http://www.iese.edu/en/files/Characteristics%20welfare%20state_tcm4-14312.pdf
Cousins, M, *Overview of recent cases before the European Court of Human Rights and the European Court of Justice (October-December 2008)*, European Journal of Social Security, vol 10, nr 4, 2008, s. 373–399
Craig, P, *Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the IGC*, i: European Public Law, vol 10, nr 4, 2004
Craig, P, och de Búrca, G, *EU Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, 2003
Craven, M, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Clarendon Press, 2 uppl., 1999
Dalberg-Larsen, J, *Sociale institutioner og ordninger mellem offentlig og privat*, i: Zahle, H, och Basse, E, *To reguleringstradisjoner. Om sondringen mellem offentlig og privat ret*, GAD, 1996, s. 39–56
Danelius, H, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, uppl. 1:3, Norstedts juridik, 2000
Darpö, J, och Nilsson, A, *On the Comparison of Environmental Law*, i: Festskrift till Ellen Margarethe Basse, 2008, s. 261–282
Davies, G, *The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States*, Jean Monnet Working Paper 02/06, NYU School of Law, 2006
Davis, D M, *Constitutional borrowing: The influence of legal culture and local history in the reconstitution of comparative influence: The South African experience*, International Journal of Constitutional Law, vol 1, nr 2, 2003, s. 181–195
Lord Denning, *the Discipline of Law,* Butterworths, 1979
Dougan, M, och Spaventa, E, *'Wish You Weren't Here…' New Models of Social Solidarity in the European Union*, i: Dougan, M, och Spaventa, E, (red) Social Welfare and EU Law, Hart Publishing, 2005, s. 181–218.
Dworkin, R, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1977
Edwardsson, E, *Konkurrenslagen och konkurrensbegränsande offentliga regleringar*, Uppsala universitet, 2003,
Eide, A, *Right to Adequate Food as a Human Right*, Human Rights Study Series 1, 1989
Eide, A, och Barth Eide, W, *Article 25*, i: A, och Alfredsson, G, (red), The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Kluwer Martinoff Nijhoff Publishers, 1999
– *Introduction*, i: Eide, A, och Alfredsson, G, (red) The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement, Martinoff Nijhoff Publishers, 1999
Eijsbouts, W T, The *European Way. History, Form and Substance*, European Constitutional Law Review, nr 1, 2005, s. 5–11
Eiselt, I, och Slominski, P, *Sub-Constitutional Engineering: Negotiation, Content, and Legal Value of Interinstitutional Agreements in the EU*, European Law Journal, vol 12, nr 2, mars 2006, s. 209–225
Epp, C R, *The Rights Revolution*, the University of Chicago Press, 1998
Erhag, T, *Fri rörlighet och finansieringen av social trygghet*, Iustus förlag, 2002
– *Socialförsäkringen och det nya pensionssystemet – en ny syn på rättsförhållandet mellan försäkringsgivare och föräkringstagare i den obligatoriska försäkringen*, i: Vahlne Westerhäll, L, (red), Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten, Norstedts juridik AB, s. 129–157
Falkner, G, *The Maastricht Protocol on Social Policy: Theory and Practice*, Journal of European Social Policy, nr 6, 1996, s. 1–16
Felice, W F, *The UN Committee on the Elimination of All Forms ofd Racial Discrimination: Race, and Economic and Social Human Rights*, Human Rights Quarterly 24 (2002), s. 205–236

Fitzpatrick, B, *Community Social Law after Maastricht*, Industrial Law Journal, vol 21, nr 3, september 1992, s. 199–213
Fredman, S, *Transformation or Dilution: Fundamental Rights in the EU Social Space*, European Law Journal, vol 12, nr 1, januari 2006, s. 41–60
Garcia, R A, *The General Provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, European Law Journal, vol 8, nr 4, december 2002, s. 492–514
van Gerven, W, *Remedies for Infringements of Fundamental Rights*, European Public Law, vol 10, nr 2, 2004, s. 261–284
Gevers, S, *The Right to Health Care*, European Journal of Health Law, nr 11, 2004, s. 29–34
Mc Goldrick, D, *The Human Rights Committee. It's Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford 1991
Gomez, V, *Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American* System, i: Baderin, M A, och McCorquodale, R, (red), Economic, Social and Cultural Rights in Action, Oxford University Press, 2007
Gori, G, *Domestic Enforcement of the European Social Charter: The Way Forward*, i: de Búrca, G, och de Witte, B, (red), Social Rights in Europe, Oxford University Press, 2005
Graver, H P, *Juridisk overtalelseskunst*, Fagbokforlaget, 2008
– *Hva er rettsvitenskap?*, TfR, 1994, s. 561–583
– *Vanlig juridisk metode? Om rettsdogmatikken som juridisk sjanger*, TfR, 2008, s. 149–178
Grévisse, S, *La Charte sociale: rapport introductif*, i: Akandji-Kombé, J-F, och Leclerc, S, (red), La Charte Sociale Européenne, Bruylant, 2001
Guibboni**,** S, *Free Movement of Persons and European Solidarity*, European Law Journal, vol 13, nr 13, 2007, s. 360–379
Gustafsson, H, *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet,* Lund Studies in Sociology of Law, 2003
– *Taking social rights seriously (I)*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr 4–5, 2005, s. 439–490
– *Taking Social Rights Seriously (II)*, Retfaerd, nr 1, årgång 30, 2007, s. 38–68
Hadenius, A, *Demokrati – en jämförande analys*, Liber AB, 2001
Hallström, P, *Nationella avsteg från EU:s stadga om grundläggande rättigheter*, SvJT 2002, s. 753–781
Hatzopoulos, V, *A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon,* Common Market Law Review 42, 2005, s. 1599–1635
– *Health Law and Policy: The Impact of the EU*, i: De Búrca, G, (red), EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity, Oxford Universal Press, 2005, s. 111–168
Held, D, *Demokratimodeller. Från klassisk demokrati till demokratisk autonomi*, 2 uppl, Daidalos, 1997
Helenelund, J-E, *Den subjektiva rätten till boende i grundrättighetssystemet*, JFT 2/2005
Herlitz, N, *1969 års regeringsform? Kommentar till Författningsutredningens förslag*, P.A. Norstedt & Söners förlag, 1963
– *Regeringsformen och folket. Blickar tillbaka och framåt*, SvJT 1973 s. 753–773
– *1974 års regeringsform? Kommentarer till grundlagberedningens förslag*, SvJT 1972 s. 513–565
Hervey, T K, *The Right to Health in EU Law*, i: Hervey, T K, och Kenner, J, (red), Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights, Hart Publishing, 2003, s. 193–222
Herzfeld Olsson, P, *Betydelsen av vissa arbetsrättsligt relevanta rättigheter i EU:s stadga om grundläggande rättigheter – å vad bidde det då då?*, Europarättslig tidskrift, nr 2, 2004, s. 218–236
Hettne, J, *Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts juridik, 2008
Hoexter, C, *Administrative Law in South Africa*, Juta & Co, Ltd, 2007

Hogg, P W, *Canada: From Privy Council to Supreme Court*, i: Goldsworthy, J, (red), Interpreting Constitutions. A Comparative Study, Oxford University Press, 2006
Holmberg, S, *Rätten till bistånd enligt 6 § socialtjänstlagen*, Skeab förlag, 1984
Hollander, A, *Rättighetslag*, Iustus förlag, 1995
Hydén, H, *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet, 1998
Jacobsson, K, *EU:s sysselsättningsstrategi som institutionaliserad kompromiss*, i: Gustavsson, S, Oxelheim, L, och Wahl, N, (red), Lissabonstrategin i halvtid, s. 139–164
Jareborg, N, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004, s. 1–10
Johnson, A, *Globaliseringens tre vågor, Sveriges internationalisering under 150 år,* Underlagsrapport nr 3 till Globaliseringsrådet, 2007
Johnson, C, *Nation States and Minority Rights. A Constitutional Law Analysis*, Uppsala Universitet, 2002
Kenner, J, *Economic and Social Rights in the EU Legal Order: The Mirage of Indivisibility*, i: Hervey, T K, och Kenner, J, (red) Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective, Hart Publishing, 2003, s. 2–25
Ketscher, K, *Socialret*, förlaget Thomson, 2 uppl, 2004
Kirilova Eriksson, M, *Skydd av mänskliga rättigheter. Det Interamerikanska systemet*, Iustus förlag, 2 uppl, 1994
Kirkup, A, och Evans, T, *The Myth of Western Opposition to Economic, Social, and Cultural Rights? A Reply to Whelan and Donnelly*, Human Rights Quarterly 31 (2009), s. 221–238
Kjønstad, A, (red), *Trygderettighetenes grunnlovsvern – Constitutional protection of social security benefits*, Ad Notam Gyldendal, 1994
– *Trygderettigheter, Grunnloven og Høysterett*, Lov og rett. Norsk juridisk tidskrift, særtryck årgang, 1997, s. 243–292
Klaaren, J, *A Second Look at the South African Human Rights Commission, Access to Information and the Promotion of Socioeconomic Rights*, Human Rights Quarterly 27, 2005, s. 539–561
Klug, H, *South Africa: From Constitutional Promise to Social Transformation*, i: Goldsworthy, J, (red), Interpreting Constitutions. A Comparative Study, Oxford University Press, 2006
Larsson, J, *Den öppna samordningsmetoden. EU:s samordning av medlemsstaternas välfärdssystem*, Institutet för Framtidsstudier; 2008:8
Lavin, R, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, Förvaltningsrättslig tidsskrift 1989, s. 115–129
Lawson, R, *Human Rights: The Best is Yet to Come*, European Constitutional Law Review, nr 1, 2005, s. 27–37
Leane, G W G, *Enacting Bills of Rights: Canada and the Curious Case of New Zeraland's "Thin" Democracy*, Human Rights Quarterly, 26 (2004), s. 152–188
Lenaerts, K, och Heremans, T, *Contours of a European Social Union in the Case–Law of the European Court of Justice*, European Constitutional Law Review, nr 2, 2006, s. 101–115
Lerwall, L, *Könsdiskriminering En analys av nationell och internationell rätt*, Iustus förlag, 2001
Liebenberg, S, *The Interpretation of Socio–Economic Rights*, Constitutional Law of South Africa, 2nd edition, Juta & Co, Ltd, 2006
Lindblom, A–K, *The Legal Status of Non–Governmental Organisations in International Law*, Uppsala universitet, 2001
Lokrantz–Bernitz, H, *Medborgarskapet i Sverige och Europa. Räckvidd och rättigheter*, Iustus förlag, 2004

– *Citizenship Law– No Longer Exclusive National Competence*, i: Wahl, N, och Cramér, P, (red) Swedish Studies in European Law
– *Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer*, Rapport Sieps 2006:3
Lundin, O, *Sanktionsavgifter inom socialtjänstområdet – ett stort steg för lagstiftaren, ett litet steg för enskildas sociala rättigheter*, Förvaltningsrättslig tidskrift, nr 3, 2003 s. 465–477
Lyons, C, *Flexibility and the European Court of Justice*, i: de Búrca, G, och Scott, J, (red), Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?, Hart Publishing, 2000, s. 95–112
Mac Cormick, N, *Liberalism, Nationalism and the Post–sovereign State*, i: Bellamy, R, och Castiglione, D, (red), Constitutionalism in transformation: European and theoretical perspectives, Blackwell publishers, s. 141–155
Magnette, P, *In the Name of Simplification: Coping with Constitutional Conflicts in the Convention on the Future of Europe*, European Law Journal, vol 11, nr 4, juli 2005, s. 432–451
Malanczuk, P, Akehurst's modern Introduction to International Law, Routledge, 7 uppl, 1997
Marshall, T H, *Class, Citizenship and Social Development*, Doubleday and Company, Inc, 1964
McGoldrick, D, *The Human Rights Committee. Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991
McMurtry, R, The Search for a Constitutional Accord – A Personal Memoir, Queen's Law Journal, vol 8, 1982–1983, s. 28–73
Menendez, A J, *Between Laeken and the Deep Blue Sea*, European Public Law, vol 11, nr 1, 2005, s. 105–144
Meekison, J. Peter, *The Amending Formula*, Queen's Law Journal, vol 8, 1982–1983, s. 99–122
Michelman, F, *The Constitution, social rights, and liberal political justification*, International Journal of Constitutional Law, vol 1, nr 1, 2003
–*The Constitution, Social Rights and Reason: A Tribute to Etienne Murenik*, 14 S. Afr. J. Hum Rts. 499, 1998
Mikkola, M, *Social Human Rights of Migrants under the European Social Charter*, European Journal of Social Security, vol 10, nr 1, 2007
– *Housing as Human Right in Europe*, European Journal of Social Security, vol 10, nr 3, 2008
Moberg, A, *Villkorsklausuler: om avtalsklausuler som utrikespolitiskt instrument*, Iustus förlag, 2009
Morijn, J, *Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution*, European Law Journal, vol 12, nr 1, januari 2006, s. 15–40
Mossialis, E, och McKee, M, *EU Law and the Social Character of Health Care*, P.I.E.–Peter Lang Presses Interuniversitaires Européennes, 2002
Moussis, N, *La construction européenne et le citoyen: Déficit démocratique ou déficit d'information?*, Revue du marché commun et de l'Union Européenne, nr 436, mars 2000, s. 153–159
Murray, R, och Wheatley, S, *Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Human Rights Quarterly, 25, 2003, s. 213–236
Mårsäter, O, *Folkrättsligt skydd av rätten till domstolsprövning*, Universitetstryckeriet, 2005
Mörth, U, *Den öppna samordningsmetoden som demokratiproblem*, i: Gustavsson, S, Oxelheim, L och Wahl, N, (red), Lissabonsstrategin i halvtid, Santérus förlag, 2005
Nergelius, J, *Konstitutionellt rättighetsskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, 1996
Newdick, C, *Citizenship, Free Movement and Health Care: Cementing Individual Rights by Corroding Social Solidarity*, Common Market Law Review, 2006, s. 1645–1668

Norberg, P, *Konkurrenslagstiftning och bostadspolitik. En studie av den svenska hyresregleringens förhållande till EG:s och Sveriges konkurrensrätt*, Juristförlaget i Lund, 1998
Nwobike, C, *The African Commission on Human and People's Rights and the Demystification of Second and Third Generation under the African Charter:* Social and Economic Rights Center (SERAC) and the Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria, African Journal of Legal Studies, 2005, s. 129–146
Nussbaum, M, *Women and Human Development: the Capabilities Approach*, Cambridge University Press, 2000
Nyman, O, *Regeringsformens målsättningsstadganden*, Förvaltningsrättslig tidskrift, 1984, s. 289–303
– *Utländska statsskick*, Bonnier, 1984
Obermaier, A, *The National Judiciary – Sword of European Court of Justice Rulings: The Example of the* Kohll/Decker *Jurisprudence*, European Law Journal, vol 14, nr 6, 2008
Odinkalu, C A, *Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social, and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights*, Human Rights Quarterly 23 (2001), s. 327–369
Ojanen, T, *The Impact of EU Membership on Finnish Constitutional Law*, European Public Law, vol 10, nr 3, 2004
Peczenik, A, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts juridik, 1995
Petrén, G, *Vägen till en svensk rättighetskatalog*, i: Skrifter till minne av Halvar G.F. Sundberg, Institutet för offentlig och internationell rätt, Stockholm, 1978, s. 16–33
Pieterse, M, *Possibilities and Pitfalls in the Domestic Enforcement of Social Rights: Contemplating the South African Experience*, Human Rights Quarterly 26 (2004) s. 882–905
Poiares Maduro, M, *Europe and the constitution: what if this is as good as it gets?* i: Weiler, J H H, och Wind, M, (red), European Constitutionalism Beyond the State, Cambridge University Press, 2003
Prakke, L, och Kortmann, C (red), *Constitutional Law of 15 EU Member States*, Kluwer, 2004
Rawls, J, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, Philosophy and Public Affairs, vol 14, no 3, 1985, s. 223–251
Richardson, B, *A New Human Rights Agenda for the United States: New Realism, Human Rights, and the Rule of Law*, Harvard Human Rights Journal, vol 21, januari 2008, s. 301–306
Riles, A, *Wigmore's Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information*, Harvard International Law Journal, vol 40, nr 1, 1999 s. 221–283
Rosa, de la, S, *The Open Method of Coordination in the New member States – the Perspectives for its Use as a Tool of Soft Law*, European Law Journal, vol 11, nr 5, september 2005, s. 618–640
Rousseau, J–J, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Librairie Générale Française, 1996
Rubenstein, L, *How International Human Rights Organizations Can Advance Economic, Social and Cultural Rights: A Response to Kenneth Roth*, Human Rights Quarterly 26 (2004), s. 845–865
Samnøy, Å, *The Origins of the Universal Declaration of Human Rights*, i: A, och Alfredsson, G, (red), The Universal Declaration of Human Rights: a Common Standard of Achievement, Martinoff Nijhoff Publishers, 1999
Samuelsson, J, *Tolkning och utfyllning. Undersökningar kring ett förmögenhetsrättsligt tema*, Iustus förlag, 2008
Schachter, O, *Human Dignity as a Normative Concept*, American Journal of International Law, 1983, s. 848–854

Scheinin, M, *The Relationship between the Agency and the Network of Independent Experts*, i: Alston, P, och de Schutter, O, (red), Monitoring Fundamental Rights in the EU, Hart Publishing, 2005
De Schutter, O, *L'adhésion de l'Union Européenne à la Charte sociale européenne révisée*, EUI Working Paper LAW, nr 2004/11, European University Institute, Florence
Scott, C, *Reaching Beyond (Without Abandoning) the Category of "Economic, Social and Cultural Rights"*, Human Rights Quarterly, vol 21, nr 3, 1999 s. 638 ff
Scott, C, och Macklem, P, *Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution*, University of Pennsylvania Law Revue, vol 141, nr 1, 1992, s. 1–148
Sen, A, *Rättigheter och förmågor*, i: *Idéer om rättvisa*, Tidens idéserie, 1989, s. 115–135
– *Inequality reexamined*, Clarendon Press, 1992
–*Democracy as a Universal Value*, Journal of Democracy, 10.3, 1999 s. 3–17
–*Development as Freedom* 108 (1999)
Shue, H, *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, 1980
Sjöberg, O, *Paying for Social Rights*, Journal of Social Policy, vol 28, nr 2, 1999, s. 275–297
Smith, E, och Eckhoff, T, *Forvaltningsrett*, Universitetsforlaget, 7 uppl
Smith, M, *Social Movements and Judicial Empowerment: Courts, Public Policy, and Lesbian and Gay Organizing in Canada*, Politics och Society, vol 33, nr 2, juni 2005, s. 327–353
Snyder, F, *The unfinished constitution of the European Union: principles, processes and cultures*, i: Weiler, J H H, och Wind, M, (red), European Constitutionalism Beyond the State, Cambridge University Press, 2003
Sola, F, *A quelle nesessité juridique repond la négociation d'une charte des droits fondamentaux, de l'Union européenne?*, Revue du marché commun et de 'l'Union Européenne, nr 442, 2000, s. 595–600
Spiliopoulou Åkermark, S, *The Limits of Pluralism – Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights with Regard to Minorities: Does the Prohibition of Discrimination add anything*?, Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe, nr 3/2002, s. 1–20
St Clair Renard, S, *Fri rörlighet för tjänster – tolkning av artikel 49*, Iustus förlag, 2007
Stammers, N, *Social Movements and the Social Construction of Human Rights*, Human Rights Quarterly, 1999, s. 980–1008
Steiner, H, och Alston, P, *International human rights in context. Law, politics, morals*, Clarendon Press, 1996
Sterzel, F, *Grundlagstolkning och grundlagsändring*, i: De Lege, Juridiska fakulteten i Uppsala Årsbok 2007, s. 269–293
– *Medborgaren och förvaltningen*, i: Skrifter tillägnade Gustaf Petrén
– *Den nya författningen*, SvJT 1973
– *Parlamentarismen i författningen*, 2 uppl, Norstedts juridik, 1999
Stoor, H, *Rättslig reglering av den kommunala socialvården*, Juridiska institutionen, Helsingfors universitet, 1990
Strand, P, *Decisions on democracy. The politics of constitution making in South Africa 1990–1996*, 2000
Strömberg, H, *Grundlag och medborgarrätt*, CWK Gleerup Bokförlag, 1974
Strömholm, S, *Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag*, SvJT 1971, s. 251–263
– *Har den komparativa rätten en metod?* SvJT 1972, s. 456–465
– *Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära*, Norstedts juridik AB, 1996
– *Uppsalaskolan och konstitutionens normativitet*, i: Smith, E, (red), Grundlagens makt.
Ställvik, O, *Domarrollen. Rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Uppsala universitet, 2009

Suksi, M, *Finlands statsrätt,* Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo akademi, 2002
Sundberg, H, *Medborgarrätt*, Institutet för offentlig och internationell rätt, 1947
Tarschys, D, *Europarådet, EU och de mänskliga rättigheterna*, Juridisk Tidskrift 2000, s. 511–525
Temple Lang, J, *Privatisation of Social Welfare: European Union Competition Law Rules*, i: Dougan, M, och Spaventa, E, (red) Social Welfare and EU Law, Hart Publishing, 2005, s. 45–77
Tooze, J, *The Rights to Social Security and Social Assistance: Towards an Analytical Framework*, i: Baderin, M.A, och McCorquodale, R, (red), Economic, Social and Cultural Rights in Action, Oxford University Press, 2007
– *Social Security and Social Assistance*, i: Hervey, T K, och Kenner, J, (red) Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective, Hart Publishing, 2003
Trengove, W, *Judicial Remedies for Violations of Socio–Economic Rights*, på http://www.communitylawcentre.org.za/ser/esr1999/1999march_trengove.php
Tuori, K, *Från ideologikritik till kritisk positivism*, Retfaerd, nr 85, årgång 22, 1999
– *Om rättssäkerhet och sociala rättigheter (samt mycket annat)*, TfR, 2003, s. 341–365
– *Socialrätten som ett självständigt rättsområde*, Lov og Rett, 1997
– *Vad skall vi ha en grundlag till?*, i: Smith, E, (red), Grundlagens makt. Konstitutionen som politiskt redskap och som rättslig norm, SNS Förlag, 2002
Vahlne Westerhäll, L, och Jäderberg, J, *Den lilla starka staten. Samtal om välfärdssystemets sociala hållbarhet i ett rättsligt perspektiv*, SNS förlag, 2005
Vahlne Westerhäll, L, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000*, Norstedts juridik, 2002
– *Statlig och kommunal styrning av social trygghet – försörjningsbehov som en rättssäkerhetsfråga*, i: Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten, Norstedts juridik AB, 2002, s. 15–21
– *Om sociala rättigheters funktion och konstruktion*, i: Festskrift till Hans Ragnemalm, Juristförlaget i Lund, 2005, s. 365–386
– *Regeringsrättens domar om ersättning för vårdkostnader i annan medlemsstat i Europeiska unionen*, Europarättslig tidskrift, nr 2, 2004, s. 274–284
– *Rättsliga förändringar av social trygghet i Sverige under 1950–2000 i ett subsidiaritets– och solidaritetsperspektiv*, TfR 1–2/2005, s. 95–121
– *Postnational constitutionalism and the problem of translation*, i: Weiler, J H H, och Wind, M, (red), European Constitutionalism Beyond the State, Cambridge University Press, 2003
Warbrick, C, *Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights*, i: Baderin, M A, och McCorquodale, R, (red), Economic, Social and Cultural Rights in Action, Oxford University Press, 2007
Warnling–Nerep, W, *Kommuners lag– och domstolstrots*, 1995
– *Rättsprövning och rätten till domstolsprövning*, 2 uppl, 2002
Waters, M, *Globalisation*, London Routledge 1995
Westerhäll, L, *Patienträttigheter*, Nerenius och Santérus, 1994
– *Rättigheter, förpliktelser och sanktioner inom socialrätten*, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1986 s. 627–654
– *Rättigheter som grund för social trygghet*, Retfaerd nr 75, 1996, s. 30–34
Whelan, J D, och Donnelly, J, *The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight*, Human Rights Quarterly 29, 2007, s. 908–949.
– *Yes, A Myth: A Reply to Kirkup and Evans*, Human Rights Quarterly, 31, 2009 s. 239–255
– *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, i: de Búrca, G, och de Witte, B, (red), Social Rights in Europe, Oxford University Press, 2005

Wyatt, D, *Community Competence to Regulate Medical Services*, i: Dougan, M, och Spaventa, E, (red) Social Welfare and EU Law, Hart Publishing, 2005, s. 131–143
Zahle, H, *Menneske rettigheter*, Christian Ejlers' Forlag, 2003
Zweigert, K, och Kötz, H, *Introduction to Comparative Law*, Clarendon Press, 3 uppl, 1998
Åhman, K, *Egendomsskyddet*, Iustus förlag, 2000