



<http://www.diva-portal.org>

This is a report published by *Svenska institutet för europapolitiska studier (Seips)*

Citation for the original published report:

Joerges, C. (2013).  
*Vad återstår av det europeiska integrationsprojektet?*. Stockholm: Seips.  
(Europapolitisk analys ; 2013:4)

N.B. When citing this work, cite the original published report.

Permanent link to this version:

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:sh:diva-20019>

Christian Joerges\*

## Vad återstår av det europeiska integrationsprojektet?

### Sammanfattning

Europeiska unionens medlemsstater är inte längre självstyrande. De är, på flera sätt, beroende av varandra och därför också beroende av samarbete. Någon gemensam syn på hur samarbetet ska fortskrida finns dock knappast. En federal utveckling förefaller inte sannolik, i varje fall inte inom överskådlig tid. Det är exempelvis svårt att tänka sig ett paneuropeiskt välfärds-system. Det är heller inte troligt att länderna kan uppnå politisk enighet om hur man ska hantera utmaningarna på ekonomi- och miljöområdet. I det läget erbjuder det konflikttoleranta perspektivet (Conflicts Law Perspective) en tredje väg. I ett europeiskt integrationsperspektiv utgör det en medelväg, när såväl försvaret av nationalstaten som federala ambitioner är realistiska. I praktiken handlar det om att förverkliga mottot ”förenade i mångfald”, det som har kommit att känneteckna EU-projektet på senare tid. Med det som utgångspunkt diskuterar författaren – själv upphovsman till det konflikttoleranta perspektivet – aktuella utmaningar för EU som exempelvis skuldkrisen och kärnkraftssäkerhet. Jämförelser görs också med teorier om europeisk integration som härstammar från Karl Polanyi, Jürgen Habermas och Carl Schmitt.

### 1 Inledande anmärkningar

Med denna text vill jag försvara det konflikttoleranta perspektivet och vidareutveckla tidigare presentationer.<sup>1</sup> Argumenten kommer att framföras i tre distinkta steg. Jag kommer först att kort återknyta till arvet från det rättsliga integrationsprojektet (‘integration through law’-project) och föreslå att det konflikttoleranta perspektivet kan förstås som ett försök att skriva om och omformulera det rättsliga integrationsprojektet (II). Huvuddelen av texten avser att låta arvet från den rättsliga integrationen utmanas av Karl Polanyis

ekonomiska sociologi och hans varningar vad gäller kommodifieringen av jord, arbete och kapital (III). Mot denna bakgrund kommer det konflikttoleranta perspektivets potential att utforskas i tre scenarier som berör kommodifieringen av dessa tillgångar (IV).<sup>2</sup> Den avslutande delen kommer att ställa detta perspektiv med Jürgen Habermas förnyade plädering för en demokratisering av det europeiska projektet mot Habermas allra käraste fiendes, Carl Schmitts, *Großraum*-teori (V).

\* Christian Joerges är professor i juridik vid Centrum för europeisk rättspolitik (ZERP), Universitet i Bremen, Tyskland. Den svenska texten har utarbetats av Carl Marklund, fil.dr i historia vid Södertörns högskola.

<sup>1</sup> Se Christian Joerges, ‘Unity in Diversity as Europe’s Vocation and Conflicts Law as Europe’s Constitutional Form’, i Andrea Greppi och Rainer Nickel (red.), *The Changing Role of Law in the Age of Supra- and Transnational Governance* (Baden-Baden: Nomos 2012), kapitel 5, tillgängligt online <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/pubApBeschreibung.php?SPRACHE=de&ID=189>

<sup>2</sup> Polanyis uttolkare använder oftast begreppet ”commodification”. I inledningen till den andra utgåvan av den svenska översättningen av Polanyis *The Great Transformation* noterar Gunnar Olofsson att begreppen ”varufiering”, ”varublivande”, och ”kommodifiering” kan ses som tänkbare alternativ. Karl Polanyi, *Den stora omdaning*, Andra utgåvan (Lund: Arkiv, 2002), x.

### 1.1 Arvet från det rättsliga integrationsprojektet

Rättslig integration har varit ett varumärke för det europeiska projektet sedan det tidiga 1980-talet. Integrationen betecknar en av Europas mest betydelsefulla prestationer, nämligen tämjandet av den weberska nationalstaten och dess nationella ekonomiska och politiska makt genom en övernationell rättsordning, liksom förvandlingen av förhållandet mellan medlemsstaterna från ett slags naturtillstånd till ett kantianskt *Rechtszustand* med juridiskt bindande förpliktelser.<sup>3</sup> Rätten, som den föreställdes i den europeiska unionens grundläggande skede, var dock inte avsedd att avvärja politiken. I Joseph H. H. Weilers välkända framställning av den europeiska konstruktionen kompletterades rättslig överstatlighet med politiska förhandlingsprocesser.<sup>4</sup> Som jag tolkar hans argument är inte relationen mellan juridik och politik skriven i sten, utan kan bättre förstås som en känslig balans som saknar inbyggd stabiliseringsmekanism.

Under den dynamiska utveckling av integrationsprojektet som har ägt rum sedan mitten av 1980-talet, har relationen mellan juridiken och 'det politiska' ständigt omdefinierats och reinstitutionaliserats. Det tragiska i denna process – liksom i dagens tillstånd i EU – är att den visar politikens svaghet i unionen, en svaghet som flertalet företrädare för det europeiska projektet försöker kompensera med juridiska teknikaliteter vilka snarare överbelastar rätten och dess legitimitetsgrundande förmåga. Denna övertro på rätten kan även ses i juridifieringen av penningpolitiken, i de europeiska svaren på strävan efter social rättvisa och i den senaste tidens debatter kring kärnkraften, där de europeiska fördragen återopnas som hinder för en ny energipolitik. Denna tredelade problematik kommer att diskuteras i det följande.

### 1.2 Europas 'socioekonomiska elände' och Karl Polanyis ekonomiska sociologi

Karl Polanyis analys av den industriella kapitalismens centrala instabilitet fokuserar på den roll som tre 'fiktiva varor' – kapital, arbete och jord – spelar i det kapitalistiska samhället. Dessa tre 'varor' fanns visserligen redan innan marknaden, men deras senare 'varufiering', 'varublivande' eller 'kommodifiering' inte bara tvingar fram kriser inom kapitalismen, utan fungerar också som en utlösande faktor för motrörelser mot marknaden.<sup>5</sup> Mot bakgrund av den kroniska instabiliteten inom den europeiska monetära och ekonomiska unionen, uppluckringen av nationella arbets- och sociallagstiftningar samt de fortsatta konflikterna inom energipolitiken, har Polanyis teser och slutsatser fått en deprimerande grad av aktualitet idag. Den följande analysen är dock begränsad till det juridikstyrda europeiska integrationsprojektet och till frågan om vad som har skett med europarätten, vad som sker idag samt vad den, i sig själv, har påskyndat.

## 2 Avjuridifiering

Konturerna av den ekonomiska och monetära unionen (EMU) drogs upp redan i Maastrichtfördraget 1992. Det var utan tvekan ett politiskt projekt men det skulle skyddas från dagspolitiken och överläts därmed till den juridiska sfären. Från tidigt 1970-tal och det post-ordoliberal 'keynesianska moment' som lagfästes genom 1967 års stabilitetslag (*Stabilitätsgesetz*)<sup>6</sup> har Tyskland följt ett monetaristiskt program som institutionellt har återskapats på den europeiska nivån. Budgetpolitikens överhöghet och etableringen av en ekonomisk politik med syfte att realisera den 'magiska kvadraten' – prisstabilitet, hög sysselsättning, betalningsbalans och ekonomisk tillväxt – skulle säkras genom penningpolitikens privilegierade status och den inflationshämmande troheten mot prisstabilitet.

<sup>3</sup> Se Joerges, *ibid.*, sektion I.

<sup>4</sup> Joseph H H Weiler, 'The Community system: the dual character of supranationalism', (1981) 1 *Yearbook of European Law*, 257–306.

<sup>5</sup> Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time* (Boston MA: Beacon Press, [1944] 2001), 69 ff.

<sup>6</sup> Christian Joerges, 'The Idea of a Three-dimensional Conflicts Law as Constitutional Form', i Christian Joerges och Ernst-Ulrich Petersmann (red.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law* (Oxford: Hart Publishing, Andra utgåvan 2011), 413–456.

Det skulle i sin tur garanteras av en självständig centralbank, fristående från unionens institutionella strukturer. Medan Giandomenico Majone har dömt ut konstruktionen som en ‘konstitutionell monstrositet’<sup>7</sup> har Fritz Scharpf noterat att Förbundsrepubliken faktiskt har tjänat på denna omorganisering.<sup>8</sup> Vi bör hålla i minnet att Storbritannien, den ledande kraften för ekonomisk förändring i Europa, genomförde mycket mer radikala program hemmavid, men vägrade att överge pundet.<sup>9</sup> Vad orsakade då den mer allmänna europeiska anslutningen kring den monetära unionen? I enlighet med Polanyis analys uppstod inte 1800-talets marknadsekonomi ‘av egen kraft’ utan var resultatet av det planerliga förverkligandet av de funktionella institutioner som den behövde för att kunna fungera.<sup>10</sup> Med en viss överdrift kan detsamma sägas även vad gäller välfärdssamhällets och samförståndets nedgång under 1970-talet. Det gamla arrangemanget förklarades ohållbart och en grundläggande omorientering av ekonomisk och social politik inleddes.<sup>11</sup> Europa utnyttjade tidigt den nya tidsandan; inledningsvis skedde det genom att Jacques Delors’ program för den inre marknaden intensifierades, vilket medförde

att institutionaliseringen av ekonomisk rationalitet blev den föresats kring vilken alla politiska göranden och låtanden tvingades kretsas.<sup>12</sup> Den ‘monetaristiska’ Europeiska och monetära unionen kom – tillsammans med den åtföljande stabilitetspakten<sup>13</sup> – att följa denna modell.

Också juridiken utnyttjade denna nya konstellation: de institutionella konturerna av den inre marknaden stadfästes med hjälp av juridiska innovationer<sup>14</sup> som tillät juridiken att medverka i utvecklingen av marknaden på ett sådant sätt att unionen också kan förstås som en ‘regleringsstat’.<sup>15</sup> Inte desto mindre är det sentida påståendet att denna reglering genom sin både förberedande och uppföljande jurisprudens fungerat som en ‘motrörelse’ i Polanyis<sup>16</sup> mening helt klart missvisande.<sup>17</sup> Den enda *planering* som kunde skönjas inom den funktionalistiska syntesen mellan marknaden och rätten kan härledas till *laissez-faire*-politiken. Det är dock sant att tydliga ‘motrörelser’ funnits och fortfarande finns, och att dessa i samband med ‘förfinandet’ av den inre marknaden – ‘genom reglering’ – har försökt annektera vissa områden

<sup>7</sup> Giandomenico Majone, *Europe as the Would-be World Power: The EU at Fifty* (Cambridge University Press: Cambridge 2010), 34 ff, se också 162.

<sup>8</sup> Fritz W. Scharpf, ‘Monetary Union, Fiscal Crisis, and the Pre-emption of Democracy’, MPIfG Discussion Paper 11/11 (MPIfG: Köln 2011), 5.

<sup>9</sup> Maurice Glasman, *Unnecessary Suffering. Managing Market Utopia* (London-New York, Verso, 1996), 96 ff.

<sup>10</sup> Polanyi 2001 (not 4), 135 ff.

<sup>11</sup> Glasman, *ibid.*

<sup>12</sup> Observerva att vår föreställning om rationalitet inte handlar om självskapande undersystem i samhället som det används inom systemteori; termerna och begreppen är istället hämtade från M. Rainer Lepsius, ‘Institutionalisierung und Deinstitutionalisierung von Rationalitätskriterien’, i Gerhard Göhler (red.), *Institutionenwandel* (Leviathan Special Issue 16/1996), (Opladen: Westdeutscher Verlag, 1997), 57 ff; för dessas tillämplighet på Europa, se Lepsius, ‘Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung’, i Christian Joerges, Yves Mény och Joseph H H Weiler (red.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer* (EUI: Florence 2000), 203 ff.

<sup>13</sup> Decision of the European Council on the Stability and Growth Pact, OJ C 236 of 2.8.1997 (Article 12); vissa detaljer i Christian Joerges, ‘What is left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy’, (2005) 30 *European Law Review*, 461–489 och 474 ff samt Christian Joerges och Michelle Everson, ‘Law, economics and politics in the constitutionalization of Europe’, i Erik O Eriksen, Johan E Fossum och Agustín J Menéndez (red.), *Developing a Constitution for Europe* (London-New York: Routledge 2004), 162–179. Se Artikel 126 och Protokoll 12 i Lissabonfördraget.

<sup>14</sup> Detaljer i Christian Joerges *et al.*, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft* (Nomos: Baden-Baden 1988), 305 ff. (Engelsk version finns i (2010) 6 *Hanse Law Review*, tillgängligt online [www.hanselawreview.org](http://www.hanselawreview.org)).

<sup>15</sup> Om detta begrepp, se Giandomenico Majone, ‘The European Community as a Regulatory State’, *Collected Courses of the Academy of European Law 1994-V/1* (Den Haag-Boston-London, Martinus Nijhof, 1996), 321 ff.

<sup>16</sup> James Caporaso, ‘Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society’, RECON Online Working Paper 2008/01, Oslo (ARENA) 2008.

<sup>17</sup> Martin Höpner och Armin Schäfer, ‘Polanyi in Brussels? Embeddedness and the three Dimensions of European Economic Integration’, MPIfG Discussion Paper 10/ 8 (MPIfG: Köln 2010).

för social och politisk intervention. Vi kommer att återvända till dessa motrörelser, trots deras idag relativt blygsamma prestationer.<sup>18</sup>

Vår första fråga här berör dock rättens funktion inom en ekonomisk och monetär union som ofta ses som kulmen på den inre marknadens politik och lika ofta framställs som ett förebud om det europeiska projektets federalisering.<sup>19</sup> Återigen ses föreställningen om rättslig integration som avgörande för 'konstitutionaliseringen' av Europa. Samtidigt har den tyska författningsdomstolen vid bedömningen av Maastrichtfördraget bibehållit den egna jurisdiktionen; den avgörande förutsättningen för tyskt deltagande i den monetära unionen har förblivit det substantiella och institutionella ersättandet av politiken med rättsregler.<sup>20</sup>

Detta anspråk för juridikens företräde uttalades i en märklig argumentationskedja. Författningsdomstolen tog först upp argumentet att EU hade så vittgående kompetens att medlemsstaterna inte längre kunde utföra sina 'fundamentala' uppgifter. Detta, ansåg man, riskerade den *demokratiska statens* framtid. Avdemokratiseringsargumentet framfördes med särskild tonvikt på penningpolitiken. Domstolen ansåg dock samtidigt att europarätten hade gett den monetära unionen en demokratisk politisk struktur. Så länge den överensstämdemedrättsliga struktur hade europarätten gjort ordo-liberala och monetaristiska teorem till dess 'egna' instrument eller gett dem en 'demokratiserad' rättslig form: ekonomisk integration, hävdades det, var en autonom och apolitisk process som av nödvändighet

låg bortom medlemsstaternas direkta inflytande. Genom en konstitutionell anslutning till prisstabilitet och regler mot olämpliga budgetunderskott var den monetära unionen rätt strukturerad. Alla tvivel på den ekonomiska integrationens demokratiska legitimitet kunde därför avvisas. Detta var otvivelaktligen en överraskande slutsats, men man kanske borde ha blivit ännu mer förvånad över det faktum att de tyska offentlighetsdomstolarna knappt uppmärksammade det ekonomisk-politiska resonemang som fördes av den egna författningsdomstolen.<sup>21</sup>

Hållbarheten i och acceptansen av denna rättsliga konstruktion skulle dock visa sig vara kortlivad.<sup>22</sup> Tyskland, Frankrike och Nederländerna såväl som andra medlemsstater levde helt enkelt inte upp till stabilitetspaktens regler. Samtidigt ledde inte kommissionens applåderade ansträngningar att göra något åt underskotten till något konkret. Varför hände då allt detta? Varför blev allt så mycket sämre? Varför upplever unionen nu ett undantagstillstånd, med en inskränkning av Artikel 122(2) i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) och tillhandahållandet av vad som eufemistiskt kallas solidaritetsutbetalningar?<sup>23</sup> Varför befinner vi oss i ett läge i vilket Europeiska centralbanken (ECB) har tvingats bortse från sina egna föreskrifter,<sup>24</sup> i vilket nationella parlament har blivit ålagda att hålla extrainkallade sessioner och i vilket Grekland har tvingats se hur dess suveränitet nu har begränsats? Hittills har ingen akademisk behandling av dessa skeenden refererat till Polanyi och hans analys av

<sup>18</sup> Se avdelning III 2 nedan.

<sup>19</sup> Se Giandomenico Majone, *The EU in Comparative Context: Regional Integration and Political transaction Costs* (under utgivning) kapitel 5 (Paradoxes of Monetary Union).

<sup>20</sup> Se också tidigare kommentarer av Christian Joerges, 'States without a Market: Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses', NISER Working Paper (NISER: Utrecht 1996) (tillgängligt online <http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-020.htm>).

<sup>21</sup> Kritiken mot föreställningen om unionen som ett 'statsförbund' (*Staatenverbund*) och uppmärksamheten på dess framtida oförmåga att genomdriva rättsakter som går bortom dess kompetensnivå liksom framförallt dess definition av demokrati som ett verktyg varigenom ett 'relativt homogent folk' (*Staatsvolk*) kan ge uttryck för alla de ting som binder samman det – 'emotionellt, social och politiskt'. Anslaget i kritiken slogs främst fast av Weiler, see Joseph H H Weiler, 'Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision', 1 (1995) *European Law Journal*, 219–258.

<sup>22</sup> För ytterligare detaljer rörande det följande, see Christian Joerges, 'What is left of the European Economic Constitution' (not 9 ovan), 204 ff.

<sup>23</sup> Den tyska författningsdomstolen har behandlat frågan om solidaritetsutbetalningar till Grekland och de europeiska solidaritetsfonderna den 9 juni 2011 (*Griechenlandhilfe* och *Euro-Rettungsschirm*), se pressmeddelande nr. 37/211 och den engelska översättningen av domslutet på Bundesverfassungsgerichts webbsida: <http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg11-055en.html>. Material till kändens, Gauweilers, talan finns tillgängligt online; <http://www.jura.uni-freiburg.de/institute/ioeffr3/forschung/gutachten>

<sup>24</sup> Martin Seidel, 'Der Euro Schutzschild oder Falle?', ZEI Working Paper B01/2010, Bonn 2010.

kapital som en 'vara':<sup>25</sup> även om det nu vore mer lämpligt än någonsin att gå tillbaka till såväl hans klassificering av pengar som en 'fiktiv vara'<sup>26</sup> som hans observation att de funktionella förutsättningarna liksom riskerna för marknadsekonomin finns i samhället i övrigt. Den rättsliga konstruktionen av EU:s monetära union 'europeiserade' ordoliberal och monetaristiska föreställningar, men när det gäller lagstiftningen kunde man inte förvänta sig att den skulle kunna ersätta den nödvändiga historiska utvecklingen av motsvarande europeiserade sociala villkor för framgångsrika monetaristiska operationer. Majone grundar sin slutsats att ECB är en 'konstitutionell monstruositet' på det faktum att banken, i ett politiskt vakuum, måste hålla fast vid målet om monetär stabilitet utan hänsyn till socioekonomiska olikheter inom unionen.<sup>27</sup> Scharpf tillägger att den institutionaliserade oförmågan att göra någonting annat än att reagera på instabilitet och obalans med allt större sparprogram inte bara hotar de europeiska medborgarnas välbefinnande, den riskerar också den sociala acceptansen för unionen.<sup>28</sup>

### 3 Avsocialisering

'Arbete är bara ett annat namn på en mänsklig verksamhet som hör ihop med livet självt, som inte framställts för att säljas utan av helt andra skäl och som inte kan separeras från resten av livet, lagras eller mobiliseras'.<sup>29</sup> 'Att låta marknadsmekanismen ensam styra människorna och deras naturliga miljöer, ja även styra omfattningen och bruket av köpkraft, skulle innebära att samhället raserades. ... [I]nget samhälle kan uthärda ett sådant system av grov fiktion ens för en kortare period, såvida inte samhällets mänskliga och

naturliga substans liksom dess ekonomiska organisation var skyddade mot denna djävulska grottevarns härjningar'.<sup>30</sup> Enligt Polanyis prognos skulle en utveckling som den ovan beskrivna leda till uppkomsten av 'skyddande motdrag', något som han också menade sig finna i 1800-talet: 'Medan världsmarknaderna för varor, kapital och valutor organiserades under skydd av guldmyntfoten och gav marknadsmekanismen en väldig fart, växte det fram en djupt rotad rörelse mot de skadliga effekterna av en marknadskontrollerad ekonomi. Samhället skyddade sig mot de inneboende farorna i ett självreglerade marknadssystem...'.<sup>31</sup> Efter andra världskriget identifierade han motrörelser också inom de välfärdsprogram som hade lanserats av 'folkliga regeringar', till stor del utformade för att förhindra fascismens återkomst.<sup>32</sup> I ljuset av detta kom Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) och den nationella välfärds- och socialstaten att utvecklas i fredlig samlevnad under en period av 'inbäddad liberalism'<sup>33</sup>, trots att EEG framställdes som ett uteslutande ekonomiskt projekt där det 'sociala' sågs som en helt och hållet nationell angelägenhet. Situationen blev dock ohållbar när Europa under 1980-talet valde att självdiagnosticera sina ekonomiska problem i termer av 'skleros', och den inre marknadens program institutionaliserades som den bindande referensramen för politiken.<sup>34</sup> Vid denna tid var detta långt ifrån en självklarhet. Programmet för den inre marknaden och i synnerhet dess utformning som en 'regulativ stat' var inte tänkt att återspegla den kritik mot fördelningspolitiken som hade förekommit på nationell nivå. Snarare sattes stor tilltro till Jacques Delors – i synnerhet till hans bakgrund i den franska vänstern –

<sup>25</sup> Se till exempel Marc Amstutz, 'Eroding Boundaries: on Financial Crisis and an Evolutionary Concept of Regulatory reform', i Poul Kjaer och Gunther Teubner (red.), *The Financial Crisis in Constitutional Perspective* (Oxford, Hart Publishing, 2011), 223–266, särskilt 233.

<sup>26</sup> Polanyi 2001 (not 4), 72.

<sup>27</sup> Se Majone, not 3 ovan, och i större detalj i not 15 ovan.

<sup>28</sup> Scharpf, not 4 ovan.

<sup>29</sup> Polanyi 2001 (not 6), 73); som Glasman, not 10 ovan, 4, formulerar det: 'Arbete är den aktivitet genom vilken människor kombinerar sin kunskap och energi i syfte att återskapa sin kultur och tillfredsställa sina behov'. Citatet är liksom följande citat av Polanyi från den svenska översättningen, se Karl Polanyi *Den stora omdaning: Marknadsekonomin uppgång och fall*, andra utgåvan (Lund: Arkiv förlag, [1989] 2002), 87.

<sup>30</sup> Polanyi 2002, 87.

<sup>31</sup> Polanyi 2002, 91.

<sup>32</sup> Polanyi 2001 (not 6) 127 ff; se också Tony Judt, *Postwar: A History of Europe since 1945* (New York: Penguin Press, 2005), 791 ff och nu även hans *Ill Fares the Land* (New York, Penguin Press, 2010), 127 ff.

<sup>33</sup> Gerald S. Ruggie, 'International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order' (1982) 36 *International Organization*, 375–415.

<sup>34</sup> Se Majone, not 3 ovan; Scharpf, not 4 ovan och Glasman, not 10 ovan.

och förhoppningen var att integrationsprojektet också skulle utveckla en starkare 'social dimension' som grund för en europeisk social modell.<sup>35</sup>

Östutvidgningen fick dock en så stor inverkan på Europa att även de betydande ansträngningarna för att fördjupa integrationsprojektet – för att förstärka dess legitimitet – visade sig vara kontraproduktiva och befäste bara den redan nu förstelnade europeiska modellen. Utvidgningen medförde ökade socioekonomiska klyftor i Europa. Av den anledningen krävdes också politiska ansträngningar – främst genom löften om en europeisk konstitution – för att bekräfta målsättningen om en 'europeisk social modell'. Men det blev samtidigt uppenbart att Europas 'sociala dimension' inte skulle kunna fungera som en motsvarighet till de nationella modellerna, och heller inte sammanföra dem. Trots Maastricht, Amsterdam och Lissabon saknade Europa fortfarande de nödvändiga sociala kompetenserna; vilket snarare än en slump var ett uttryck för såväl socioekonomiska olikheter som historiska och politiska skillnader.<sup>36</sup> Det hade varit mer förnuftigt att inse det politiska manöverutrymmets begränsningar och i stället omformulera Europas sociala agenda till att gälla en enkel fråga om kompatibilitet, med målet att minimera konflikterna mellan nationella sociala konstitutioner och den europeiska marknadens öppenhet – eller till och med att vänta med den sociala frågan till ett framtida mer lämpligt politiskt läge. Så blev dock inte fallet: utvidgningen av det europeiska rummet stegrade istället förväntningarna på ökat europeiskt välstånd. Den tyska återföreningsmodellen med dess omfattande redistribution var inte ett realistiskt alternativ. Den enda strategi som fanns till hands var marknadsanpassningens.

Denna strategi följdes med kraft upp av Europeiska kommissionen, tillsammans med berörda parter i gamla och nya Europa, och tog sig – som alltid – tydliga

uttryck inom den juridiska sfären. Domarna i *Viking-*, *Laval-* och *Rüffert-målen*<sup>37</sup> är de mest karaktäristiska och de mest omdiskuterade juridiska delarna i strategin: 'Article 43 EC is to be interpreted to the effect that collective action ... which seeks to induce a private undertaking ... to enter into a collective work agreement with a trade union ... constitutes a restriction within the meaning of that article' (*Viking*); 'Article 49 EC and Directive 96/71 are to be interpreted as precluding a trade union ... to force a provider of services established in another Member State to enter into negotiations with it on the rates of pay for posted workers' (*Laval*); 'Directive 96/71, interpreted in the light of Article 49 EC, precludes an authority of a Member State ... from adopting a measure of a legislative nature requiring the contracting authority to designate as contractors for public works contracts only those undertakings which ... agree ... to pay their employees ... at least the remuneration prescribed by the collective agreement in force at the place where those services are performed' (*Rüffert*). Detta är inte bara misshandlad engelska. Det är varken mer eller mindre än en juridisk övertrumpning av den efterkrigstida *acquis vad* gäller den gemensamma europeiska arbetslagstiftningen.<sup>38</sup>

Har EU-domstolen 'tillåtelse' att omforma den nationella arbetsrättslagstiftningen? Hur gick det till? Svaret är enkelt: EU har visat sig oförmögen att komplettera sin ekonomiska konstitution med en arbets- och samhällskonstitution eftersom de nya (östliga) medlemmarna betraktar ekonomiska rättigheter som en förutsättning för de egna utvecklingsmöjligheterna; medan välfärdsstatsjurisprudensen har urholkats i de gamla medlemsstaterna har europeisk rätt trätt in i dess ställe. Lagar och domar spelade en avgörande roll i det rättsliga integrationsprojektet och dess konstitutionalisering. Acceptansen av projektet följde av att den nystiftade lagen kunde ses som ett gemensamt

<sup>35</sup> För mer detaljer, se Christian Joerges, 'Will the welfare state survive European integration? On the exhaustion of the legal conceptualisations of the integration project from the foundational period and the search for a new paradigm' (2011) 4 *European Journal of Social Law*, 4–19, särskilt 10.

<sup>36</sup> Se Florian Rödl, 'Die Idee demokratischer und sozialer Union im Verfassungsrecht der EU', Manuscript, Frankfurt a.M., 2010 (ej publicerat).

<sup>37</sup> C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union v Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, [2007] ECR I-10779; C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, [2007], ECR I-11767; C-346/06, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, [2008], ECR I-01989.

<sup>38</sup> Bland mängden av kommentarer står den tydligaste formuleringen att finna hos Antoine Lyon-Caen, 'Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale', in *Symposium des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales*, Berlin, 26.6.2008, tillgänglig online [www.cgsp-irw.be/fr/documentation/europe-sociale.html](http://www.cgsp-irw.be/fr/documentation/europe-sociale.html)

uropeiskt projekt bortom traditionella politiska skiljelinjer. Genom sin senaste jurisprudens har EU-domstolen dock brutit upp nationella konstitutioner och alierat den nationella konstitutionella jurisprudensen utan att ha kunnat erbjuda någonting annat i utbyte än ett nyliberalt europeiskt perspektiv. Europeisk rätt har blivit politisk – och med detta har även den normativa integriteten i det rättsliga integrationsprojektet undergrävts.<sup>39</sup>

#### 4 Medborgarrättsförnekan

‘[J]ord är bara ett annat namn på natur som inte är framställd av människan’.<sup>40</sup> Det är frestande, om än inte självklart, för oss att översätta den fiktiva varan ‘jord’ till ‘miljö’ och att se begreppet miljöskydd som ett av de mått som har vidtagits för att förhindra den obevekliga kommodifieringen av denna resurs. Kopplingen till Polanyis begrepp om ‘jord’ kan tyckas vågad. Inte desto mindre finns det viss sanning i denna vida tolkning: förvandlingen av atomkraft till marknadsvaran elektricitet har en grundläggande inverkan på natur och liv. Övernationell reglering av ‘skyddet’ inom EU är ett av integrationsprojektets viktigaste resultat – även om atomenergi alltjämt är medvetet uteslutet. Utan att använda den fula termen ‘atomenergi’ betonade Euratomfördraget 1957<sup>41</sup> inledningsvis att ‘kärnenergin utgör en oumbärlig källa för att säkerställa produktionens utveckling och förnyelse och för att möjliggöra framsteg i arbetet för freden’. Fördraget syftade till ‘att skapa förutsättningar för utvecklingen av en effektiv kärnindustri,’ och överlät beslutet om användandet av denna form av energi till medlemsstaterna själva. Lissabonfördraget har inte avvikit från den positionen utan upprepar i Artikel 194(2) FEUF en medlemsstats rätt att bestämma villkoren för utnyttjandet av dess energikällor, dess val mellan olika energikällor eller energiförsörjningens allmänna struktur’.

Detta är missledande, eftersom farorna med kärnenergi, liksom många andra miljöfaror, inte kan hållas inom nationens gränser. Om vi anser att demokratiska konstitutioner garanterar medborgarna rätten att agera som den sista beslutsinstansen i förhållande till de rättsakter som berör dem, kan också de gränsöverskridande riskerna med atomenergi ses som ett strukturellt underskott inom den territoriella demokratiska organisationen. På samma sätt kan det anses att det är den europeiska rättens uppgift att kompensera för underskottet och att legitimiteten hos denna rätt härrör från dess kapacitet att kompensera, från kapaciteten att överbrygga klyftan mellan ‘deltagande och påverkan’.<sup>42</sup> Kärnkraft är kanske ett av de mest kritiska områdena vad gäller kompensatoriska funktioner: europeisk rätt får helt enkelt inte acceptera det strukturella demokratiska underskottet. På samma sätt som med det sociala underskottet härrör oviljan att överföra beslutskompetens i fråga om kärnkraft från olösliga intressekonflikter, skilda politiska och normativa föreställningar. Så vad kan då rätten göra och vad kan politiken göra?

EU-domstolen konfronterades med problemet i samband med konflikten mellan delstaten Oberösterreich och Tjeckien om kärnkraftverket i Temelin.<sup>43</sup> Konflikten sträcker sig tillbaka till 1985<sup>44</sup> och visar tydligt på spänningarna mellan såväl rättsliga och institutionella kompetenser som praktiska och politiska operativa krav. Så sent som 2001 ansåg AG Jacobs att medlemsstater ‘enligt gemenskapsrätten’ måste antas ha behållit en exklusiv (eller nästan exklusiv) kompetens i teknologiska frågor rörande atomsäkerhet.<sup>45</sup> Efter Tjernobylnkatastrofen och östutvidgningen konfronterades de äldre medlemmarna i atomgemenskapen med kärnkraftsteknologier och -industrier som de inte ville tillskriva samma

<sup>39</sup> Michelle Everson, ‘From *Effet Utile* to *Effet Néolibéral*: Why is the ECJ Hazarding the Integrity of European Law?’, i Christian Joerges och Tommi Ralli (red.), *European Constitutionalism without Private Law – Private Law without Democracy*, RECON Report 14/2011 (Oslo, ARENA, 2011), 31–46.

<sup>40</sup> Polanyi 2001 (not 6 ovan), 73 och Polanyi 2002, 87.

<sup>41</sup> Konsoliderad version av fördraget om upprättandet av Europeiska atomenergigemenskapen, OJ C 84, 1 of 30.3.2010.

<sup>42</sup> Formuleringen (‘zwischen Teilnahme und Betroffenheit’) står att återfinna i Jürgen Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität. Überlegungen zur europäischen Zukunft* (Zürich, Erker, 1991), 19, men också i Niklas Luhmann, med den skillnaden att systemteoretikern inte använder denna formulering för att beskriva problem i demokratin, utan som en utgångspunkt och referens för en sociologi om risk, *Soziologie des Risikos* (Berlin, de Gruyter, 1991). Se också Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995) 141 ff.

<sup>43</sup> C-115/08, *Land Oberösterreich v. ČEZ*, [2009] ECR I-10265

<sup>44</sup> Waldemar Hummer, ‘Temelin: Das Kernkraftwerk an der Grenze’, i (2008) 63 *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 501–557.

<sup>45</sup> AG Jacobs, 13 december 2001, C-29/99, *Kommission v. Rat*.



grad av självbestämmande. Svaret söktes i sammansmältningsprocessen mellan juridik och politik och resulterade i en teknisk uppgradering av Temelin som också tillgodosåg Europeiska kommissionens krav.<sup>46</sup>

Skiljedomen föll dock för döva öron i Oberösterreich, där man reagerade på problemen vid Temelin med en *actio negatoria* i avsikt att förbjuda gränsöverskridande strålning från kärnkraftverket.<sup>47</sup> De tjeckiska ägarna kontrade med att hänvisa till det rättsliga bemyndigandet för kärnkraftverket liksom till paragraf 364(a)(II) i den österrikiska civillagsamlingen, som möjliggör ekonomisk kompensation för förluster efter ett officiellt bemyndigande.<sup>48</sup> I ett sådant läge blir det europeiska sammanhanget uppenbart: är Österrike tvunget att erkänna ett tjeckiskt bemyndigande? Eller kan Österrike framgångsrikt hävda att man aldrig skulle ha godkänt ett bemyndigande eftersom ett österrikiskt författningstillägg från 1999 förbjuder etableringen och driften av kärnkraftverk?<sup>49</sup>

Österrikisk och tjeckisk lag befinner sig här i en komplex intressekonflikt. Europa har ingen uttrycklig kompetens att avgöra striden mellan ett österrikiskt 'nej' och ett tjeckiskt 'ja'. Sist men inte minst har konflikten även en 'tidsmässig dimension', eller för att använda den mer korrekta rättsliga terminologin – för att kunna beskriva sammanhangsmässiga förändringar i Euratomfördragets operativa miljö – en möjlig *lex cessante*. I vilken mån kan Euratomfördraget från 1957 fortfarande anses bindande, givet att det hänvisar till otidsenlig teknisk data och grundar sig i en tilltro på kärnkraften som sedermera ifrågasatts? EU-domstolen ville dock inte lyssna på de argumenten, utan hänvisade återigen till den europeiska rättens *acquis*: principen om icke-diskriminering som förbjuder diskriminering på grund av nationalitet ska respekteras även vad

gäller kärnkraft. Oförmågan att erkänna det tjeckiska bemyndigandet gav samma resultat som diskriminering på grund av nationalitet.<sup>50</sup>

Även om bedömningen inte uttryckligen hänvisade till den grundläggande politiska konflikten kring kärnkraften, var det inte desto mindre en bedömning som ställde högre krav på kärnkraftsmotståndarna än på kärnkraftsförespråkarna – eftersom den påtvingade dem en slags 'toleransplikt'. Euratomfördragets beroende av den traditionella rättsliga modellen för suveränitet – en modell som inte inkräktas av Artikel 114(2) FEUF – skapar en strikt ordning: hela Unionen måste tolerera kärnkraftens faror så länge en enskild medlemsstat använder det energislaget. Slutsatsen förevigar det demokratiska underskott som ligger i nationalstatens struktur; ett underskott vars kompensation utgör den europeiska rättens mest ädla uppdrag – en kompensatorisk verksamhet som också tillhandahåller en av de mest betydelsefulla legitimitetsgrunderna för den europeiska rätten. Det nya 'medborgarinitiativet' som stadfästas i Artikel 11(4) i Fördraget om Europeiska unionen (FEU) kan bli ett medel för att föra upp grundläggande konflikter kring kärnkraften på den 'europeiska' politiska arenan. Men medborgarinitiativet är i sig bara ett svagt substitut för en europeisk folkomröstning, som ger medborgarna möjlighet att komma med förslag i frågor som kan kräva en rättsakt från EU:s sida för att ändra i fördragen.<sup>51</sup> Den mer precisa rättsliga effekten av medborgarinitiativet är en fråga för ytterligare diskussion: utesluter formuleringarna i Artikel 11(4) FEU möjligheten för medborgarna att kräva förändringar i den grundläggande europeiska rätten, inklusive förändringar i Euratomfördraget? Inte bara kommissionen, utan också miljögrupperna i Europaparlamentet, är av den uppfattningen.<sup>52</sup> Om medborgarna förnekas rätten att begära rättsliga förändringar, även vad gäller primärrätten och 1957 års

<sup>46</sup> Hummer (not 40 ovan), 506.

<sup>47</sup> § 364(2), tillåter angränsande fastighetsägare att inleda rättsliga åtgärder för att stävja verksamheter som har ovanlig påverkan över fastighetsgränserna.

<sup>48</sup> § 364(a), begränsar åtgärderna till kompensationskrav till följd av officiella bemyndiganden.

<sup>49</sup> Bundesverfassungsgesetz für ein atomfreies Österreich, BGBl. I Nr. 149/1999. C-115/08, para. 72.

<sup>51</sup> Förordning 211/2011 (OJ L 65, 1 of 11.3.2011) återger denna formulering i Artikel 4(2).

<sup>52</sup> <http://www.greens-efa.eu/fileadmin/dam/Documents/Publications/2011-03-15%20ECI%20Broschuere%20fin%20for%20internet.pdf>;

se också Markus Krajewski, 'Legal Framework of a European Citizens' Initiative for a European Right to Water', Bremen-Erlangen, 2010; Christian Joerges, 'The Timeliness of Direct Democracy in the EU – The Example of Nuclear Energy in the EU and the Institutionalisation of the European Citizens' Initiative in the Lisbon Treaty' (2012) 3 Beijing Law Review; och Sebastian Wolf, 'Euratom, the European Court of Justice, and the Limits of Nuclear Integration in Europe', (2011) 12:8 *German Law Journal*, 1637-1658.

Euratomfördrag, har de i så fall också blivit fråntagna sin medborgarrätt.

## 5 Upptinandet av förhållandet mellan rätt och politik genom konflikttolerant konstitutionalism

Vad bör vi då göra när överbelastningen av rätten inte har kompenserats tillräckligt genom institutionella innovationer? Vilka alternativ står till buds när det – mot bakgrund av Europas politiska och socioekonomiska sammansättning – verkar högst osannolikt att några sådana åtgärder kommer att vidtas inom en överskådlig framtid? Från våra elfenbenstorn kan vi inte åstadkomma mycket. Vår enda möjlighet är att föra fram idéer – och det verkar snarast oansvarigt att inte överväga perspektiv som inte förutsätter någon form av katastrof. Jag kommer i det följande inte att mer ingående diskutera de mer implicita kommentarerna kring den rättsliga integrationsteorin.<sup>53</sup> Inte heller kommer jag att överväga de normativa fördelarna eller politiska möjligheterna i olika federalistiska visioner. Istället kommer jag att begränsa mig till en mycket kort rekapitulering av det konflikttoleranta perspektivet, dess teoretiska ambitioner och praktiska begränsningar. Jag ber läsaren att inte förvänta sig att jag ska ge några lösningar på den tredelade problematik som diskuterats tidigare. Det skulle vara ren och skär hybris och långt bortom juristens – och juridikens! – förmåga och yrkesroll. Idén om konflikttolerant konstitutionalism handlar inte om att leverera så kallade 'lösningar'. Det rör sig istället om en omformulering av relationen mellan juridiken och politiken som strävar efter att rädda det rättsliga integrationsprojektet och idén om juridiskt förmedlad legitimitet, dock i en alternativ, radikal proceduralisering av juridiken såsom kategori.

### 5.1 Konflikttolerant konstitutionalism

Premisserna för denna ansats kan enkelt sammanfattas på följande sätt: Europeiska unionens medlemsstater är inte längre självstyrande. De är, på flera sätt, beroende av varandra och därför också beroende av samarbete. Men det är inte sannolikt att samarbetet inom överblickbar framtid kommer att leda till socioekonomisk enhetlighet och/eller en stark federal enhet. Med tanke på de europeiska demokratiernas historia – och vilja eller förmåga att eftersträva rättvis omfördelning, åstadkomma ekonomisk och finansiell

stabilitet samt hantera miljömässiga utmaningar – är det heller inte troligt att man kommer att kunna enas om vilka politiska åtgärder som krävs. Med den enorma komplexitet som råder i de sociala systemen och mångfalden av rättigheter, är det exempelvis otänkbart att länderna kommer att fatta beslut om att införa ett paneuropeiskt välfärdssystem. Det europeiska projektets framtid tycks alltså bero på konstruktionen och institutionaliseringen av en 'tredje väg', mellan eller bortom såväl försvaret av nationalstaten som federala ambitioner.

Om det finns en kärna av sanning i dessa premisser borde vi inte beskriva europeisk rätt som en ständigt växande och alltmer omfattande uppsättningar lagar och regler med allt rikare normativa kvaliteter. Den europeiska rätten måste istället lära sig att leva med sin egen mångfald, i synnerhet vad gäller Europas sociala dimension, och ta det lyckade mottot för det annars tämligen misslyckade konstitutionella fördraget på allvar. 'Förenade i mångfald'<sup>54</sup> är, förslagsvis, Europas sanna uppdrag som kan förverkligas genom en ny typ av konfliktlösning såsom Europas konstitutionella form. Detta förslag har sina tekniska komplexiteter. Förslaget centrala analytiska antaganden och normativa budskap är dock tydligt nog: idén om en europeisk konfliktlösning utgår från de sociologiska observationer som redan har påvisats och betonar deras normativa innebörd. Under inflytande av europeisering och globalisering upplever dagens samhällen en ännu tydligare klyfta mellan beslutsfattare och medborgare, en klyfta som innebär en kraftig utmaning mot den demokratiska ordningen. Konstitutionella stater blir allt mindre kapabla att garantera att alla berörda parter involveras i den inre beslutsprocessen. Den demokratiska föreställningen om självreglering som förutsätter att lagens mottagare ska kunna se sig själva som dess författare, kräver 'inkluderingen av den andra'. Det konflikttoleranta perspektivet bygger på dessa iakttagelser och synpunkter. Som en följd av det mångfacetterade ömsesidiga beroendet mellan Europeiska unionens medlemsstater, är länderna inte längre förmögna att garantera den demokratiska legitimiteten i politiken. En europeisk rätt som försöker hålla tillbaka sådana externa effekter och kompensera för de nationella demokratiernas tillkortakommanden, kan skaffa sig legitimitet genom denna utjämnande funktion. Därmed kan den europeiska rätten också

<sup>53</sup> Se Joerges 'Will the welfare state survive European integration?', not 34 ovan.

<sup>54</sup> Artikel I-8 i Utkast till Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa (O.J.C 310, 1, of 16.12.2004).

slutligen slippa den allt allvarligare kritik man mött under de senaste decennierna. Istället för att begära att EU ska bota det egna demokratiska underskottet, bör vi förstå och vidareutveckla den europeiska rättens förmåga att kompensera för de strukturella demokratiunderskotten i de europeiska nationalstaterna.<sup>55</sup>

## 5.2 'Wo aber Gefahr ist, wächst

– Das Rettende auch'<sup>56</sup>

Skulle det då spela någon roll om den europeiska rätten kompenserade för det demokratiska underskottet? Frågan kräver och förtjänar naturligtvis mer detaljerade svar än vad som kan ges här, även med det innehållsmässigt måttfulla men metodologiskt krävande perspektiv som det konflikttoleranta perspektivet utgör. Jag kommer dock inte alldeles att undvika att kort kommentera de tre problem som tidigare behandlats.

### 5.2.1 Kapital

Valutaunionens misslyckande kan inte längre förnekas. Det har lett till hektisk aktivitet, dolda förhandlingar och en hantering av rättssäkerheten som sträckt sig långt bortom den juridiska fantasins föreställningsförmåga.<sup>57</sup> Varför, kan man fråga sig, yttrar sig inte den annars så talföra konstitutionalistiska forskargemenskapen? Christian Calliess är en av få kommentatorer i Tyskland som faktiskt talar och söker bekräftande argument.<sup>58</sup> Han åberopar ett viktigt normativt skäl, nämligen solidaritet,

som ska ses som en giltig rättsprincip inom EU för att försvara den tydliga tendensen att ta mycket lätt på lagens bokstav. Det finns statsvetare – till och med ekonomer och filosofer – som delar denna åsikt.<sup>59</sup> Solidariteten är den överordnade princip och förpliktelse i vars namn tungt vägande normativa skäl kan åberopas som försvar för denna lättvindighet. Solidariteten mellan EU:s medlemsstater, såsom den faktiskt utövas, kan dock ha mycket mer vardagliga skäl och mycket mindre lovvärda resultat.<sup>60</sup> Det är helt uppenbart att solidaritetens rättsliga implementering har ett pris: solidariteten är visserligen en kamp för andras räkning, men ska samtidigt utövas med syfte att åtgärda och bota den andras tillkortakommanden, och den andra måste därför underkastas korrigerande ekonomisk styrning ('*nachholende Wirtschaftsregierung*') av den som lämnar assistans.<sup>61</sup>

### 5.2.2 Arbete

Den senaste tidens arbetsrättsliga jurisprudens från EU-domstolen<sup>62</sup> kan användas som en odramatisk lackmustest för det konflikttoleranta perspektivet. Jag har diskuterat denna jurisprudens i detalj i andra sammanhang<sup>63</sup> och inskränker mig här till en synbarligen teknisk (1) och en konservativ (2) anmärkning.

(1) Den mest grundläggande av alla åtgärder i rättsfall med internationella dimensioner kan kallas 'karaktärisering'. Därmed berörs frågan om

<sup>55</sup> För en mer detaljerad redogörelse, se Christian Joerges, 'Integration through Conflicts Law: On the Defence of the European Project by means of alternative conceptualisation of legal constitutionalisation', i Rainer Nickel (red.) *Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond – Patterns of Supranational and Transnational Juridification* (Antwerp: Intersentia, 2010), 377–400 och 'The Idea of a Three-dimensional Conflicts Law as Constitutional Form', not 5 ovan) och *idem*, 'Unity in Diversity' (not 1 ovan).

<sup>56</sup> Friedrich Hölderlin, *Patmos. Dem Landgrafen von Homburg überreichte Handschrift* (1802). I svensk tolkning: "Men där faran finns/växer även räddningen" (Aris Fioletos, FIB:s Lyrikklubb 2002).

<sup>57</sup> Artikel 122(2) EUF är hittills inte allbekant till innehållet och förtjänar därför att citeras: 'Om en medlemsstat har svårigheter eller allvarligt hotas av stora svårigheter till följd av naturkatastrofer eller osedvanliga händelser utanför dess kontroll, kan rådet på förslag av kommissionen besluta att på vissa villkor bevilja den berörda medlemsstaten ekonomiskt bistånd från unionen. Rådets ordförande ska underrätta Europaparlamentet om beslutet.' Finanskrisen kvalificerar inte som en 'natural disaster' utan som en 'exceptional occurrence' bortom Greklands, Irlands och Portugals kontroll ...

<sup>58</sup> Christian Calliess, 'Treue und Solidarität', *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30 juni 2011, 6; *idem*, 'Perspektiven des Euro zwischen Solidarität und Recht – Eine rechtliche Analyse der Griechenlandhilfe und des Rettungsschirms', *ZEuS* 2011, 213–282.

<sup>59</sup> För en kritik med upplysande referenser, se Glyn Morgan, 'Justice, Solidarity, and the Eurozone', paper presenterat på RECON workshopen om 'Transnational Social Justice in the European Union and its Implications for Global Justice', Amsterdam, 10–11 juni 2011.

<sup>60</sup> Wolfgang Streeck, 'The Crisis of Democratic Capitalism' (2011) *71 New Left Review*, 5–29.

<sup>61</sup> Calliess, not 57 ovan. Begreppet påminner om Jürgen Habermas, *Die nachholende Revolution*, (Frankfurt aM, Suhrkamp, 1990).

<sup>62</sup> Se not 36 ovan.

<sup>63</sup> Se t.ex. 'Integration through Conflicts Law', not 54 ovan, samt Christian Joerges och Florian Rödl, 'Informal Politics, Formalised Law and the "Social Deficit" of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking and Laval*' (2009) *15 European Law Journal*, 1–19.

kompetenser i europeisk rätt. Konflikten vi står inför i rättsfall som *Viking* berör ekonomiska friheter å ena sidan och kollektiv arbetsrätt å den andra. Antoine Lyon-Caen, i en kommentar till EU-domstolens domslut, har på ett belysande sätt understrukit skillnaden mellan dessa regelverk.

‘I de västeuropeiska samhällena uppstod arbetsrätten som ett alternativ till marknadens lagstiftning. Den utvecklade terminologiska boskillnader vilka inte får glömmas bort: *liberté de commerce* här, handelsfrihet där ... Naturligtvis hade arbetslagstiftning även funnits innan denna befrielse, men denna syftade till att kontrollera arbetet mer eller mindre på samma sätt som de lagar vilka kontrollerade marknaden i övrigt.’<sup>64</sup>

Av denna spännvidd följer att de ekonomiska friheterna inte kan övertrumfa kollektiv arbetsrätt. Dessa regelverk, som båda är potentiellt relevanta i ifrågavarande fall, har sin inneboende legitimitet. Men istället för att förespråka den förras överhöghet och försvara den senare såsom oantastlig, borde vi fråga oss hur dessa två regimer skulle kunna samordnas. En sådan samordning är klart urskiljbar i Utstationeringsdirektivet;<sup>65</sup> den förefaller också uppenbar i Artikel 153(5) FEUF (ex-Artikel 137(5)), som stipulerar att ‘bestämmelserna i denna artikel ska inte tillämpas på löneförhållanden, föreningsrätt, strejkrätt eller rätt till lockout’. Hänvisningen i Fördraget till nationella regler ska förstås som en princip som respekterar arbetsrätten och ses som en pragmatisk följd av insikten om de enorma svårigheterna med att försöka ersätta mångfalden hos de nationella lagarna med en enhetlig europeisk regim.

(2) Betyder då detta att de etablerade demokratierna i det gamla Europa har rätt att försvara den egna arbetskraftens intressen gentemot arbetskraften som kommer från de

nya medlemsstaterna? Frågan fångar inte vidden av hela problemet. Vi måste nämligen även fråga oss om det verkligen är i de nya medlemsstaternas intresse att leverera billig arbetskraft till det gamla Europa och bryta ned välfärdstraditionerna hos sina västliga och nordliga europeiska grannar; vi måste överväga konsekvenserna av sådana drag för den långsiktiga konkurrenskraften och utvecklingsmöjligheterna hos de nya medlemsstaterna. För att hänvisa till Tony Judt ännu en gång: Varför ska vi skynda oss ‘to tear down the dikes laboriously set in place by our predecessors? Are we so sure that there are no floods to come? ... To abandon the labours of a century is to betray those who came before us as well as generations yet to come’. Det skulle vara missledande att presentera det socialdemokratiska regelverket som en idealvärld eller en svunnen guldålder. ‘But among the options available to us in the present, it is better than anything else to hand’.<sup>66</sup> Dagens ‘sociala problem’ kan visserligen inte på något sätt jämföras med de klasskonflikter som ursprungligen framtvungade arbetsrätten.<sup>67</sup> Inte desto mindre är det osannolikt att anpassningen av arbetsmarknadens relationer till det nyliberala kravet på ‘flexicurity’ kommer att ge tillfredsställande sociala förhållanden och det är likaså svårt att förstå varför samtida arbets- och anställningsförhållanden kan och bör vara mer enhetliga i ett annars alltmer mångfaldigt EU.

### 5.2.3 *Jord*

Med avseende på den europeiska debatten om atom- eller kärnenergin har jag redan förklarat min inställning.<sup>68</sup> Låt mig dock tillägga: Atomenergi ställer oss inför grundläggande svårigheter. Det tog till exempel tyskarna årtionden av politiska strider innan de ‘till följd av Fukushima’ kunde slå fast att deras Ausstieg är politiskt opportunt samt ekonomiskt och teknologiskt genomförbart. Det finns dock många skäl till att andra samhällen inte följer deras exempel och debatten kring de skälen fortsätter. Atomenergi är ett problem som inte får överlåtas till experter, mellanstatliga förhandlingar eller till juridiken, inte

<sup>64</sup> Antoine Lyon-Caen, ‘Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale’. Bidrag till symposiet om The Impact of the Case of the ECJ upon the Labour Law of the Member States, Berlin 26 juni 2008, arrangerat av Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS). Översättning av författaren.

<sup>65</sup> Direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, OJ 1996, L 18, 1.

<sup>66</sup> Not 31ovan.

<sup>67</sup> Se Ralf Dahrendorf, ‘Citizenship and Social Class’, i *idem, The Modern Social Conflict: the Politics of Liberty* (New Brunswick, NJ : Transaction Publishers, Andra utgåvan 2008), 23–48.

<sup>68</sup> Se sektion II 3.

ens till EU-domstolen.<sup>69</sup> Istället måste energipolitiken bäddas in i legitimitetsgrundande politiska processer. Sådana processer kommer troligtvis inte att skapa större europeisk enhetlighet. Men de kan öppna upp för ömsesidig förståelse och generera en beredvillighet att ta grannsamhällens intressen på allvar. Hur kan då detta uppnås? En folklig opinion är på väg att växa fram och den europeiska rätten har genom det nya medborgarinitiativet till och med ett verktyg för ytterligare kommunikation och konkurrens.<sup>70</sup> Lovande i teorin, men kanske osannolikt i praktiken?

## 6 Perspektiv och hot: Krisen som ett konstitutionellt moment och Carl Schmitts skugga

Den europeiska krisen utvecklas i en sådan hastighet att varje akademiskt försök att behandla den troligen är politiskt överspelad innan idéerna hunnit spridas bortom det seminarium där de ursprungligen presenterats. I alla de konflikter som omger de tre fiktiva varorna – kapital, arbete och jord – har vi bevittnat alltmer komplexa störningar under de senaste månaderna. 'Kapital' intar helt klart huvudrollen: Europa fortsätter att i sin krisbekämpning vackla mellan en sekundärlagstiftning bortom de europeiska

kompetenserna och mellanstatlighet i samspel med privata styrarrangemang, mellan 'mjuka' styrformer och hård sekundärlagstiftning. Artikel 136 FEUF har nu vidgats och förutsätter att eurozonen 'får inrätta en stabilitetsmekanism som ska aktiveras om det är oundvikligt för att trygga stabiliteten i euroområdet som helhet'. Rådet, kommissionen och parlamentet har därefter producerat – i halsbrytande fart – en bred uppsättning av åtgärder som bland annat innefattar ett nytt eurospråk. Efter Europeiska rådets Europluspakt, som huvudsakligen berörde frågor utanför EU:s kompetens,<sup>71</sup> utökades förordning 1466/97 med införandet av den europeiska planeringsterminen som föreskriver att en extern utvärdering av de nationella stabiliseringsprogrammen ska ske årligen.<sup>72</sup> Höjdpunkten har hittills utgjorts av det så kallade sexpaket som antogs den 4 oktober 2011 med godkännande av Europaparlamentet, en uppsättning åtgärder med syfte att övervaka den budgetära disciplinen samt försöken att korrigera makroekonomiska obalanser.<sup>73</sup> Trycket på det 'sociala Europa' är hårdare än någonsin<sup>74</sup> medan 'jord', åtminstone för tillfället, tycks förbli en vilande fråga. Den juridiska forskargemenskapen har endast nyligen börjat att analysera dessa förändringar.<sup>75</sup>

<sup>69</sup> Se min kritik av *Temelin*-domen, C-115/08, *Oberösterreich v. ČEZ as*, [ECR] 2009 I-10265 i 'Unity in Diversity' (not 1 ovan), sektion VI.

<sup>70</sup> Se Joerges, 'The timeliness of direct democracy' (not 51 ovan).

<sup>71</sup> Europeiska rådets slutsatser av den 25.03. 2011, EUCO 10/11, CO EUR 6, CONCL 3, Annex 1; se Karolina Žurek (SIEPS) – 'Euro Plus Pact: Is there Place for Social Europe in New Economic Governance Initiatives?', *SIEPS European Policy Analysis* 2011:13, Stockholm 2011.

<sup>72</sup> Förordning 1466/97 med tillägg om styrkt övervakning av budgetpositioner och övervakning och samordning av den ekonomiska politiken, Artikel 2-a [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/economic\\_governance/documents/com2010\\_526\\_amendments\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/economic_governance/documents/com2010_526_amendments_en.pdf)

<sup>73</sup> För en överblick, se Europeiska rådets slutsatser av den 20.4.2011, EUCO 10/11 REV 1, CO EUR 6 CONCL 3 och därefter i synnerhet Europaparlamentets och rådets Förordning 1173/2011 om den effektiva implementeringen av budgetövervakning inom eurozonen, OJ L 306, 23.11.2011.

<sup>74</sup> Se Niklas Bruun, K. Loercher och I. Schoemann (red.), *The Lisbon Treaty and Social Europe* (Oxford: Hart Publishing, 2012).

<sup>75</sup> Se Antonis Antoniadis, 'Debt Crisis as a Global Emergency: The European Economic Constitution and other Greek Fables' (2011), tillgängligt online: <http://ssrn.com/abstract=1699082>; Niklas Bruun, 'The Lisbon Treaty, the Economic Governance of EU in the crisis and its Social Policy implications', Bidrag till 3rd Annual Conference of the CoE 'Foundations of European Law and Polity' 15–16 September 2011 i Helsingfors (ej publicerat); Christian Calliess, 'Finanzkrise als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung', *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, Nr. 1, Berlin 2011; Damian Chalmers, 'Fiscal Governance and the Problems of Masking Europe's Conflicts', Bidrag till Dahrendorf-Symposium 'Changing the Debate on Europe', Berlin, november 2011 (ej publicerat); Edoardo Chiti, Agustín José Menéndez och Pedro Gustavo Teixeira, 'The European Rescue of the European Union', Bidrag till RECON concluding conference 'What is Left of European democracy?', Oslo, 25–26 november 2011 (ej publicerat); Andreas Fischer-Lescano och Steffen Kommer, 'Verstärkte Zusammenarbeit in der EU. Ein Modell für Kooperationsfortschritte in der Wirtschafts- und Sozialpolitik?', Friedrich-Ebert-Stiftung, Internationale Politikanalyse, september 2011, tillgängligt online: <http://library.fes.de/pdf-files/id/ipa/08454.pdf>

I detta sammanhang kan jag inte bistå med någon heltäckande redogörelse, och ännu mindre med en hållbar analys av de säkra och osäkra risker som alla dessa händelser leder till. Vi kommer istället att fortsätta våra iakttagelser vad gäller det rättsliga integrationsprojektets vidare öden – Vad har juridiken åstadkommit? Var har den misslyckats? Vad står juridiken inför? – och följa upp dessa frågor på ett visst teoretiskt avstånd.

### 6.1 Jürgen Habermas: Europa som demokrati

Man kan inte vara mycket mer passionerat engagerad i det europeiska projektet än Jürgen Habermas<sup>76</sup> eller Hauke Brunkhorst, Habermas närmaste allierade i analysen av juridikens betydelse och demokratiseringen av det postnationella tillståndet.<sup>77</sup> Båda ställer samma diagnos. De ser ett Europa på väg mot 'verkställande federalism' och 'teknologisk (miss)hushållning' som hotar demokratin och rättssäkerheten. Båda tror dock att krisen kan omvandlas till ett demokratiskt konstituerande moment.

Habermas har aldrig nämnt det konflikttoleranta perspektivet i sina arbeten om Europa. Men jag kan se flera kopplingar mellan min rekonstruktion av europeisk konstitutionalism och Habermas arbete, inklusive hans senaste essä.<sup>78</sup> Habermas definierar det demokratiska underskottet hos nationalstaten på ett tydligt och mycket trovärdigt sätt. Nationalstaterna är, enligt Habermas, inte längre i stånd att uppnå det som väljarna förväntar sig av ett demokratiskt styre. Försvagningen av nationalstaternas makt emanerar från det ökade ömsesidiga beroendet och globaliseringens dynamik. Båda dessa aspekter är övertygande skäl för transnationellt samarbete och överföring av kompetens till överstatliga institutioner. Så länge denna överföring inte skadar de demokratiska processerna kan den till och med rädda den demokratiska konstitutionalismen. EU representerar denna möjlighet. Det europeiska projektet kan alltså omformas till en räddningsaktion till den demokratiska konstitutionalismens förmån, ett projekt som skulle försvara den demokratiska

trovärdigheten hos medlemsstaterna samtidigt som den institutionaliserar ett överstatligt styre. Europas folk kan betrakta denna överstatlighet som ett demokratiskt styre eftersom det ger dem möjligheten att uppnå det som nationalstaterna inte längre förmår. Återigen opererar Habermas med en konstruktion av samhörighet med syfte att överbrygga det som annars ses som en dikotomi eller antagonism. I hans vision är vi samtidigt medborgare i EU och våra respektive medlemsstater. EU är därför varken en stat eller en federation utan ett författningsförbund (*Verfassungsverbund*). Denna konstruktion är sannerligen fascinerande, inte minst eftersom den ger oss goda skäl till att knyta solidaritetens band mellan Europas folk. Den är dock inte enbart bejakande, utan ger oss också en kritisk måttstock. Habermas kritiserar inte bara en hel rad av praktiker och tillkortakommanden utan identifierar dessutom flera konstruktionsfel i den europeiska institutionella arkitekturen. Hans främsta måltavla är skapandet av en valutaunion som saknar förmåga att styra ekonomin effektivt.

Hans kritik träffar mitt i prick: 'Marknadens imperativ' är definitivt på väg att överföras till 'statsbudgetar' med 'hot om sanktioner och påtryckningar mot kringkurna nationella parlament för att genomföra icke-transparenta och informella överenskommelser'. Detta innebär ett kringgående av EU:s medlemsstater, deras demokratiska institutioner och de europeiska medborgarna och genomförs av de nationella regeringarna i samspel med europeiska institutioner. Både Habermas och Brunkhorst kräver att Europa måste ta ett beslut. Europas medborgare och deras representanter måste välja mellan en icke-transparent verkställande federalism och en 'aggressiv fortsättning på strävan för ett demokratiskt juridifierat EU'. Sett i normativa termer kan valet inte vara så komplicerat. Det som är svårare att se är hur organisationen skulle kunna förmå sig till att fatta ett sådant beslut. Det är lika svårt att föreställa sig en återgång av juridiken till dess ursprungliga roll och till idén om en juridiskt förmedlad legitimitet.

<sup>76</sup> Se Jürgen Habermas, 'Die Krise der Europäischen Union im Lichte der Konstitutionalisierung des Völkerrechts – Ein Essay zur Verfassung Europas', i *idem, Zur Verfassung Europas: Ein Essay* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2011), 39–96; 'A Pact for or against Europe?', i Ulrike Guérot och Jacqueline Hénard (red.), *What does Germany Think about Europe?* (European Council on Foreign Relations, 2011, tillgänglig online: [http://ecfr.eu/content/entry/what\\_does\\_germany\\_think\\_about\\_europe](http://ecfr.eu/content/entry/what_does_germany_think_about_europe)), 83–89; se också hans tidigare *Europe: The Faltering Project* (Cambridge, Polity Press, 2009).

<sup>77</sup> Bland Brunkhorsts essäer finns hans nyligen publicerade 'Solidarität in der Krise: Ist Europa am Ende?', 2 (2011) *Leviathan*, 459–477.

<sup>78</sup> Jürgen Habermas, 'Die Krise der Europäischen Union' (not 75).

## 6.2 Europa som *Großraum*: Carl Schmitt<sup>79</sup>

Våren 1939, alltså ett halvår innan angreppet mot Polen, sammanstrålade *Reichsgruppe Hochschullehrer des Nationalsozialistischen Rechtswahrer-Bundes* [Riksavdelningen för högskolelärare i det nationalsocialistiska förbundet för jurister] i Kiel för att fira Institutet för politik och internationell rätt och dess tjugofemårsjubileum. I detta sammanhang presenterade Carl Schmitt sin nya teori om *Großraum*-ordningen i internationell rätt.<sup>80</sup> Huvudargumentet i hans huvudanförande var att jus publicum europaeum, som hade gjort den suveräna staten till sitt centrala begrepp, inte längre stod i överensstämmelse med den rumsliga ordning som de facto kommit att gälla i Europa. En specifik 'sfär' eller 'rum' (*Raum*) måste bli den begreppsliga grunden för internationell rätt och 'riket' (*Reich*) den konstituerande ordningen för detta rum. Schmitt framhöll att hans föreställning om *Großraum* var ett 'konkret, historiskt och politiskt samtida begrepp' väsentligen grundat 'inte i staten utan i den tekniska, industriella och ekonomiska sfären'.<sup>81</sup> I en reviderad version av sitt Kiel-tal refererade Schmitt till debatter och teorem om söndervittringen av den territoriella staten såsom ett förebud om behovet av att anpassa internationell rätt till den faktiska restrukturering av internationella relationer och hur klassisk internationell rätt höll på att ersättas med normsystem som man idag skulle kalla styrningsstrukturer. Han underströk särskilt två fenomen, nämligen det ekonomiska beroendet över statsgränserna [en framväxande '*Großraum*-

ekonomi'] och den värdebefriade rationaliteten i den teknologidrivna utvecklingen som understödjer 'teknicitetens' [*Technizität*] diktatur.<sup>82</sup> I den andra utgåvan av sin essä betonade Schmitt att 'en *Großraum*-ordning kommer att domineras av särskilda ideologiska idéer och principer ... vars garant och väktare är ett folk som har visat sig kapabelt för denna uppgift'. Hans karaktärisering av det nya tyska riket som ett *Volk*-baserat *völkisch Großraum* är inte helt enkelt att kombinera med 'teknicitetens' dominans som den huvudsakliga 'styrningsmodellen' i *Großraum*. Detta kan ha varit en något opportunistisk eftergift till Schmitts motståndare i nazistpartiet<sup>83</sup> på samma gång som det återspeglar den typ av osäkerhet som Schmitts motto för uppsatsen också gav uttryck för: 'Vi är som sjömän på seglats och ingen bok kan vara mer än en loggbok.' Det må så vara, hänvisningen till 'särskilda ideologiska idéer och principer' som ska ge politiskt innehåll till organiseringen av *Großraum* förefaller som en hjälplös gest och ett dolt erkännande av bristen på alternativ mellan ett rent teknokratiskt styre och rå styrka.

Detta är en välvillig förklaring till tomheten i Schmitts uttalanden, vilka inte desto mindre tycks rotade i hans teori om diktaturen och strävan mot absolut makt under undantagstillståndet från tiden före 1933<sup>84</sup> liksom hans tidigare skrifter om Europa.<sup>85</sup> I en essä om överföringen av lagstiftningsmakt som publicerades kort före Kielkonferensen, kan vissa sådana associationer urskiljas.<sup>86</sup> Schmitt observerar ett utsuddande av gränserna mellan lagstiftande och verkställande

<sup>79</sup> Det följande resonemanget kan studeras i större detalj i Christian Joerges, 'Europe as *Großraum*? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project', i Christian Joerges och Navraj S. Ghaleigh, *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions* (Oxford: Hart Publishing 2003), 167–191.

<sup>80</sup> Carl Schmitt, 'Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichsbegriff im Völkerrecht' (1939), Fjärde utgåvan 1941 (texten har översatts till fem språk. Referenserna hänvisar till fjärde utgåvan såsom nytryckt i Günther Maschke (red.), Carl Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969* (Berlin: Duncker and Humblot, 1995), 269–320.

<sup>81</sup> *Ibid.*, 306 (... 'bezeichnenderweise nicht im staatlichen, sondern im technisch-industriell-wirtschaftlichen Bereich')

<sup>82</sup> För en diskussion av denna föreställning, se John P. McCormick, *Carl Schmitt's Critique of Liberalism. Against Politics as Technology* (Cambridge: Cambridge University Press 1997), 42–46, 92–105.

<sup>83</sup> Se ytterligare hänvisningar i Joerges, 'Europe a *Großraum*?', not 78 ovan, 73 ff.

<sup>84</sup> McCormick, *Carl Schmitt's Critique* (not 81 ovan), 122–156; Ellen Kennedy, 'Emergency Government Within the Bounds of the Constitution: An Introduction to Carl Schmitt, 'The Dictatorship of the Reich president according to Article 48 R.V.' (2011) 18 *Constellations*, 284–297.

<sup>85</sup> Se John P. McCormick, 'Carl Schmitt's Europe: Cultural, Imperial and Spatial Proposals for European Integration, 1923–1935', i Christian Joerges och Navraj S. Ghaleigh, *Darker Legacies*, not 78 ovan, 134–141.

<sup>86</sup> Carl Schmitt, 'Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen)', (1938) 6 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und Völkerrecht*, 252–268.

makt i alla de ledande demokratiska staterna och en till synes oemotståndlig rörelse mot 'förenklade' lagstiftningstekniker. Dessa tendenser, antar han, visar på en utfasning av den nedärvda åtskillnaden mellan lagstiftande och verkställande makt och han citerar sedan med gillande en samtida auktoritet på jurisprudensens område (René Capitant), en klassiker från den politiska filosofin (James Stuart Mill) samt Aristoteles och Thomas av Aquino såsom bevis för hans jämförelse av lagstiftning och styrning: Lagstiftningen har utvecklats till den huvudsakliga regeringsuppgiften.<sup>87</sup>

Vad har då allt detta med dagens situation i EU att göra? Ernst-Wolfgang Böckenförde, tidigare domare vid *Bundesverfassungsgericht* och en respekterad kännare av Schmitts arbete, var en av de första att karaktärisera eurokrisen som ett '*Ausnahmezustand*' (nödsituation) som kunde upphäva rättssäkerheten.<sup>88</sup> Därmed ville han ingalunda likgiltigt acceptera den krishantering han observerade under våren 2010, allra minst det öppna förbigåendet av 'bail-out'-klausulen i Europeiska centralbankens mandat eller de mer eufemistiska läsningarna som tar överhanden i relevanta kommentarer. De underliggande, men alldeles tydliga, referenserna till Schmitt hos Böckenförde har till dags dato inte blivit noterade. Men relevansen av Schmitts tankar är påtaglig och alarmerande. Politiken opererar under trycket av oförutsedda behov, läser vi,<sup>89</sup> och lagen betonas på ett sätt som tycks inspirerat av det indeterministiska teoremet i radikal juridisk forskning (critical legal studies). I motsats till hos Schmitt är Europas nya ordning klart synlig. 'Lagen' godkänner och implementerar nyliberal sparsamhet.

Detta uppfattas som ett villkor för det europeiska projektets överlevnad, och upphävandet av det demokratiska självstyret i länder såsom Grekland är priset som måste betalas för de solidaritetshandlingar de upplever. Inte bara Carl Schmitt torde kunna få sina tankar på *Ausnahmezustand* bekräftade utan även Karl Polanyi med hans analyser av institutionaliseringen av marknadens rationalitet; han observerade att en 'marknad utan en stat'<sup>90</sup> är omöjlig att föreställa sig och att den typ av disciplin som marknadens rationalitet förutsätter aldrig är en nedärvd egenskap hos den ekonomiska utvecklingen; marknadssamhället uppstår som ett resultat av politisk planering.<sup>91</sup>

## 7 I stället för slutsatser

Är Habermas erkände fiende – Carl Schmitt – vinnaren i striden om Europas ordning? Mot bakgrund av de här skisserade scenarierna, verkar det kanske naivt att fundera över ytterligare alternativ bortom kommissionens diktatur via 'teknikaliteter' å ena sidan och den 'aggressiva demokratiseringens' desperata voluntarism å den andra. Men det borde också verka något oansvarigt att *inte* göra just detta; att reflektera över vad som bör göras om det inte inträffar någon 'big bang' som leder till en radikal förändring till det bättre eller sämre. Den konflikttoleranta konstitutionalismen är ett pragmatiskt och ödmjukt alternativ. Dess styrka ligger i dess realism, förankringen i det existerande europeiska projektet, liksom i förmågan att återuppliva 'det politiska' i Europa. Det sistnämnda genom en förändring av förhållandet mellan juridiken och politiken som det rättsliga integrationsprojektet måste tolerera och understödja.

<sup>87</sup> *Ibid.*, 267.

<sup>88</sup> Ernst-Wolfgang Böckenförde, 'Kennt die europäische Not kein Gebot? Die Webfehler der EU und die Notwendigkeit einer neuen politischen Entscheidung', *Neue Züricher Zeitung*, 21 juni 2010.

<sup>89</sup> Christian Calliess, 'Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung', *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht* 1/2011, 38.

<sup>90</sup> Christian Calliess, 'Perspektiven des Euro', not 57 ovan, 282.

<sup>91</sup> Se Polanyis auktoritativa beskrivning i hans 'The Economy as Instituted Process' [1957], i Marc Granovetter och Richard Swedberg (red.), *The Sociology of Economic Life*, Andra utgåvan (Boulder, San Francisco & Oxford: Westview Press, 2001), 31–50; se också Christian Joerges, 'Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik,' i Rudolf Wildenmann (red.), *Staatswerdung Europas? Optionen einer Europäischen Union* (Baden-Baden: Nomos 1991), 225–268 (för den engelska översättningen se not 19).



## Europapolitisk analys

### 2013

---

2013:3epa  
*The EU Neighbourhood Competence under Article 8 TEU*  
Författare: Christophe Hillion

2013:2epa  
*The creation of an internal market for mortgage loans: A never-ending story?*  
Författare: Christian König

2013:1epa  
*What to Expect from Ireland's Presidency of the Council of the European Union*  
Författare: Linda Barry

### 2012

---

2012:15epa  
*Evaluating the Prospects for Enhanced Solidarity in the Common European Asylum System*  
Författare: Eiko Thielemann och Carolyn Armstrong

2012:14epa  
*Consumers' Interest and the EU: A Framework for Analysis, with Evidence from the Italian Case*  
Författare: Paolo R. Graziano

2012:13epa  
*New Paradigms for Banking Regulation*  
Författare: Xavier Freixas

2012:12epa  
*Response to Crisis*  
Författare: Axel Leijonhufvud

2012:11epa  
*Stuck in the Exit: the Dynamics of British-EU Relations*  
Författare: Roderick Parkes

2012:10epa  
*The EU and Nuclear Safety: Challenges Old and New*  
Författare: AnnaSödersten

2012:9epa  
*Vad kan vi lära av eurokrisen?*  
Författare: Magnus Jerneck

2012:8epa  
*The Commission's Posting Package*  
Författare: Jonas Malmberg och Caroline Johansson

2012:7epa  
*The Greek Elections of 2012 and Greece's Future in the Eurozone*  
Författare: Dionyssi G. Dimitrakopoulos

2012:6epa  
*Common Fisheries Policy Reform and Sustainability*  
Författare: Jill Wakefield

2012:5epa  
*Försvagat opinionsstöd för EU*  
Författare: Sören Holmberg

2012:4epa  
*Eurobonds, Flight to Quality, and TARGET2 Imbalances*  
Författare: Erik Jones

2012:3epa  
*The Hungarian Constitution of 2012 and its Protection of Fundamental Rights*  
Författare: Joakim Nergelius

2012:2epa  
*The EU and Climate Treaty Negotiations after the Durban Conference*  
Författare: Katak Malla

2012:1epa  
*The EU's Cooperation and Verification Mechanism: Fighting Corruption in Bulgaria and Romania after EU Accession*  
Författare: Milada Anna Vachudova och Aneta Spendzharova