

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
CHRISTINE STIX-HACKL
föredraget den 18 mars 2004¹

Innehållsförteckning

I — Inledning	I - 9612
II — Tillämpliga bestämmelser	I - 9613
A — Gemenskapsrättsliga bestämmelser	I - 9613
B — Nationella bestämmelser	I - 9613
III — Bakgrund och förfarandet	I - 9613
IV — Tolkningsfrågan	I - 9617
A — Upptagande till sakprövning	I - 9617
1. Tillsynsmyndighetens huvudargument	I - 9617
2. Bedömning	I - 9617
B — Bedömning	I - 9618
1. Den berörda grundläggande friheten	I - 9618
a) Parternas huvudargument	I - 9618
b) Bedömning	I - 9619
2. Frågan huruvida begränsningen är motiverad	I - 9621
a) Parternas huvudargument	I - 9621
b) Bedömning	I - 9622
i) Inledning	I - 9622
ii) Skyddet för grundläggande rättigheter i gemenskapsrätten	I - 9623
— De grundläggande rättigheternas ställning som allmänna principer för gemenskapsrätten	I - 9623

1 — Originalspråk: tyska.

— De grundläggande rättigheternas funktion i gemenskapens rättsordning	I - 9625
— Slutsatser med avseende på förhållandet mellan det nationella skyddet av grundläggande rättigheter och det gemenskapsrättsliga skyddet av grundläggande rättigheter	I - 9629
iii) Den mänskliga värdigheten i gemenskapsrätten	I - 9630
— Den mänskliga värdigheten som juridiskt begrepp och dess särdrag	I - 9630
— Den mänskliga värdigheten som rättsregel och skyddet av den i gemenskapsrätten	I - 9632
— Slutsatser med avseende på förevarande mål	I - 9635
iv) Tolkning av begreppet allmän ordning med beaktande av betydelsen och räckvidden av den mänskliga värdigheten	I - 9636
— Begreppet allmän ordning	I - 9636
— Huruvida det föreligger ett tillräckligt allvarligt hot i det konkreta fallet	I - 9637
V — Förslag till avgörande	I - 9640

I — Inledning

1. I detta mål har domstolen att klargöra i vilken mån nationella domstolar kan basera sig på bedömningar som grundar sig på nationell konstitutionell rätt för att vidta åtgärder som visserligen bidrar till att skydda den allmänna ordningen i den aktuella medlemsstaten, men som samtidigt även inkräktar på grundläggande friheter.

2. Bakgrunden till målet är ett beslut från en nationell tillsynsmyndighet, genom vilket simulerat dödande inom ramen för ett spel förbjöds. Som skäl för förbudsbeslutet angavs att det förelåg en risk för den allmänna ordningen, vars skyddsobjekt även omfattar den mänskliga värdigheten.

3. Frågan är om och hur det förhållandet att nivån på skyddet för de grundläggande rättigheterna skiljer sig åt i de olika medlemsstaterna inverkar på frågan om en sådan nationell åtgärd är tillåten enligt gemenskapsrätten, särskilt med beaktande av att gemenskapen är bunden av de grundläggande rättigheterna.

II — Tillämpliga bestämmelser

vill säga av skäl som inte uttryckligen anges i primärrätten, under förutsättning att det är fråga om nationella bestämmelser som tillämpas utan åtskillnad.

A — *Gemenskapsrättsliga bestämmelser*

4. I artikel 6.1 EU föreskrivs att unionen bygger på principerna om frihet, demokrati och respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt på rättsstatsprincipen, vilka principer är gemensamma för medlemsstaterna. I artikel 6.2 EU föreskrivs att unionen som allmänna principer för gemenskapsrätten skall respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.

5. Enligt artikel 30 EG är begränsningar av den fria rörligheten för varor tillåtna, om de bland annat är motiverade med hänsyn till allmän ordning.

6. Vad beträffar friheten att tillhandahålla tjänster skall det erinras om att domstolen i fast rättspraxis har fastställt att begränsningar i princip kan motiveras med hänvisning till det så kallade allmänintresset, det

B — *Nationella bestämmelser*

7. 14 § första stycket i Ordnungsbehörden-gesetz für das Land Nordrhein-Westfalen (tillsynsmyndighetslag för delstaten Nordrhein-Westfalen) (nedan kallad OBG NW) har följande lydelse: "Tillsynsmyndigheterna får vidta de åtgärder som krävs för att förhindra en konkret fara för den allmänna säkerheten eller ordningen."

III — Bakgrund och förfarandet

8. Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungsgesellschafts mbH (nedan kallat Omega) är ett bolag bildat enligt tysk rätt, som drev en anläggning i Bonn med namnet "Laserdrome". Denna anläggning används vanligtvis för en fritidsverksamhet som betecknas som "lasersport" och som hämtar inspiration från filmen "Stjärnornas krig". Denna verksamhet bedrivs med användning av modern laserteknik.

9. Av handlingarna i målet framgår att den utrustning som Omega använder i sin Laserdrome är en utveckling av leksaken "Laser Hit", som ursprungligen fanns att tillgå i handeln, bland annat i butiker i Bonn. Då denna utrustning visade sig vara tekniskt otillräcklig använde sig Omega från och med en icke närmare angiven tidpunkt efter den 2 december 1994 av utrustning som levereras av bolaget Pulsar International Limited (numera Pulsar Advanced Games System Ltd) (nedan kallad Pulsar), med säte i Förenade kungariket. Ett franchiseavtal med Pulsar slöts emellertid först den 29 maj 1997.

10. Den 7 september 1993 meddelades bygglov till en utbyggnad av anläggningen. En del av befolkningen protesterade emellertid mot utbyggnaden redan innan Laserdrome togs i bruk. I en skrivelse av den 22 februari begärde Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (nedan kallad tillsynsmyndigheten) att Omega skulle inge en närmare beskrivning av anläggningen och hotade med att ett tillsynsbeslut skulle fattas om "virtuellt dödande" av människor skulle förekomma i anläggningen. Den 18 mars 1994 förklarade Omega att syftet var att träffa fasta föremål som installerats på skjutbanorna. Laserdrome öppnades den 1 augusti 1994.

11. Enligt uppgift från tillsynsmyndigheten rörde det sig om en labyrinth med ett flertal gångar som byggts upp med hjälp av flyttbara väggar i vilken inte bara de tio fasta sensorer som installerats i salen besköts utan även människor. Spelarnas utrustning bestod av lasersiktesapparater som liknade kulsprutepistoler och speciella västar, på vilka sensorer var fästa vid bröst och rygg. För att optiskt

visa "skotten" projicerades laserstrålar genom en infraröd stråle. Träffar meddelades genom en akustisk och optisk signal. Målet med tävlingen var att inom en speltid om 15 minuter uppnå högsta möjliga poängtal. Spelarna fick poäng för varje träff på en fast installerad mottagare. Träffade spelare drabbades av poängavdrag. En spelare som träffats fem gånger måste på nytt ladda sin målapparat vid en laddningsstation.

12. Den 14 september 1994 fattade tillsynsmyndigheten ett beslut riktat till Omega. Genom detta beslut förbjöds Omega att "i sina ... verksamhetslokaler möjliggöra eller tolerera spel som går ut på att sikta på och beskjuta människor med laserstrålar eller andra tekniska anordningar (såsom exempelvis infraröd utrustning), det vill säga spel som går ut på att 'virtuellt döda' människor med hjälp av träffregistreringar". Som skäl för beslutet angavs bland annat att en risk för den allmänna ordningen förelåg, eftersom de simulerade handlingarna för att döda människor och den banalisering av våld som hänger samman därmed inte ansågs förenliga med allmänhetens grundläggande värderingar. Omega förelades vid vite om 10 000 DEM per spelat spel att inte bryta mot förbudet.

13. Omega begärde omprövning av detta beslut. Den 6 november 1995 beslutade

Bezirksregierung Köln att inte ändra beslutet. Genom dom av den 3 september 1998 ogillades Omegas talan mot sistnämnda beslut av Verwaltungsgericht Köln. Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen meddelade prövningstillstånd på grund av målets principiella betydelse, men avslog Omegas överklagande den 27 september 2000. Omega överklagade denna dom till Bundesverwaltungsgericht.

14. Som grund för sitt överklagande åberopar Omega flera fel i förfarandet. I sak gör Omega gällande att förbudsbeslutet innebär att bolagets grundläggande rättigheter åsidosätts, särskilt rätten att planera och utöva näringsverksamhet och rätten till fritt yrkesval. Omega gör gällande att likabehandlingsprincipen har åsidosatts genom att bolaget har drabbats av en nackdel i förhållande till andra personer som driver laserspelsanläggningar i Tyskland och även i förhållande till de bolag som anordnar andra spel, såsom "Paintball" och "Gotcha". Omega har vidare anfört att förbudsbeslutet inte är tillräckligt preciserat och att det inte finns någon giltig delegation som utgör grund för förbudsbeslutet, eftersom begreppet allmän ordning i 14 § OBG NW är alltför obestämt. Omega anser också att förbudsbeslutet strider mot gemenskapsrätten, särskilt mot friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 49 EG, eftersom den utrustning och teknik som skulle användas i bolagets anläggning hade levererats av det brittiska bolaget Pulsar.

15. Omega yrkar att Bundesverwaltungsgericht skall upphäva de tidigare instansernas domar samt förvaltningsbeslutet som är riktat till bolaget. I andra hand yrkar Omega att Bundesverwaltungsgericht skall hänskjuta målet till EG-domstolen för förhandsavgörande. Tillsynsmyndigheten yrkar att Bundesverwaltungsgericht skall ogilla överklagandet.

16. Bundesverwaltungsgericht anser att Omegas överklagande skall ogillas enligt nationell rätt. Frågan uppkommer emellertid om denna utgång i målet är förenlig med gemenskapsrätten, särskilt med artiklarna 49–55 EG rörande friheten att tillhandahålla tjänster och artiklarna 28–30 EG rörande fri rörlighet för varor.

17. Bundesverwaltungsgericht har anfört att Oberverwaltungsgericht har tillämpat federal rätt, särskilt bestämmelser i den federala författningen vid tolkningen av den generella delstatsrättsliga delegation som anges i 14 § första stycket OBG NW. Bundesverwaltungsgericht har vidare anfört att Oberverwaltungsgericht med rätta anser att anordnandet av "spel med virtuellt dödande" som genomförs i vinstsyfte i Omegas anläggning innebär ett åsidosättande av den mänskliga värdigheten, i den mening som avses i artikel 1 första stycket första meningen i Grundgesetz (den tyska grundlagen).

18. Bundesverwaltungsgericht har påpekat att människans värdighet är en konstitutionell princip och att denna princip kan åsidosättas genom en nedvärderande behandling av en motspelare — som inte föreligger i förevarande fall — eller genom att skapa eller förstärka en idé hos speldeltagaren som strider mot de fundamentala rättigheter till värde och aktning som tillkommer varje människa, såsom i förevarande fall skildringar av fiktiva våldshandlingar i spelsyfte. Människans värdighet hör till de högsta konstitutionella värdena och kan inte åsidosättas inom ramen för ett underhållningsspel. När det gäller den nationella rätten anser Bundesverwaltungsgericht att de grundläggande rättigheter som Omega har åberopat inte kan ändra denna bedömning.

19. Vad beträffar tillämpningen av gemenskapsrätten har Bundesverwaltungsgericht anført att beslutet i fråga särskilt innebär en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 49 EG. Bundesverwaltungsgericht anser att frågan huruvida det omtvistade förbudsbeslutet är förenligt med gemenskapsrätten framför allt beror på om och i vilken utsträckning denna begränsning kan motiveras med hänsyn till allmän ordning.

20. Kärnpunkten i tolkningsfrågan, som förefaller vara ouppklarad enligt Bundesverwaltungsgericht, är om en gemensam rättsuppfattning i samtliga medlemsstater utgör en förutsättning för att medlemsstaterna skall ha rätt att besluta om begränsningar av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget — i förevarande fall friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten för varor — inom ramen för tvingande hänsyn av allmänintresse. Enligt Bundesver-

waltungsgericht framgår det av domstolens uttalanden i domen i målet C-275/92, Schindler, samt av vissa uttalanden i tysk doktrin att en gemensam rättsuppfattning möjligtvis måste föreligga. Bundesverwaltungsgericht anser att överklagandet måste bifallas om denna ståndpunkt är riktig, eftersom laserspelskonceptet marknadsförs lagligen åtminstone i Förenade kungariket. Om denna ståndpunkt är felaktig anser Bundesverwaltungsgericht att överklagandet skall ogillas och att det inte längre skulle vara nödvändigt att närmare pröva beslutets proportionalitet, och särskilt om det kan anses bidra till att förverkliga dess syfte, på grund av den grundläggande betydelse som den åsidosatta rätten till mänsklig värdighet har.

21. Mot denna bakgrund har Bundesverwaltungsgericht ställt följande fråga till domstolen:

”Är det förenligt med bestämmelserna i EG-fördraget om frihet att tillhandahålla tjänster och fri rörlighet för varor att en viss näringsverksamhet — i detta fall driften av en laserspelsanläggning, där dödande simuleras — enligt nationell rätt skall förbjudas på grund av att den strider mot grundläggande konstitutionella värderingar?”

IV — Tolkningsfrågan

2. Bedömning

A — Upptagande till sakprövning

1. Tillsynsmyndighetens huvudargument

22. *Tillsynsmyndigheten* anser att frågan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom det saknas gränsöverskridande omständigheter. *Tillsynsmyndigheten* har i huvudsak anfört att affärskontakterna med Pulsar först ägde rum efter det att det omtvistade förbudsbeslutet av den 28 september 1994 fattats och att det därför helt och hållet saknas gränsöverskridande omständigheter fram till dess. Enligt *tillsynsmyndigheten* kan det betvivlas att sådana omständigheter föreligger även efter det att dessa kontakter upptogs, eftersom varken installeringen eller användningen av den anläggning som har levererats och som underhålls av Pulsar har förbjudits genom förbudsbeslutet utan enbart en spelvariant. Visserligen slöt Omega och Pulsar ett franchiseavtal avseende den spelvariant som har förbjudits genom beslutet. Detta skedde emellertid först den 29 maj 1997 och därmed en lång tid efter det att det omtvistade förbudsbeslutet fattats.

23. Den tyska regeringen har under den muntliga förhandlingen i huvudsak anfört samma argument.

24. De argument som tillsynsmyndigheten har anfört med avseende på frågan huruvida tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning är inte övertygande. Enligt domstolens fasta rättspraxis "ankommer det endast på de nationella domstolar vid vilka ett mål har anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen".²

25. Domstolen har av detta dragit slutsatsen att "[den,] i princip, är skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de nationella domstolarnas frågor rör tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse".³ Domstolen kan följaktligen "[bara avvisa] [e]n begäran från en nationell domstol ... då det är uppenbart att den begärda tolkningen av

2 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-134/94, *Esso Española* (REG 1995, s. I-4223), punkt 9. Se även dom av den 28 juni 1984 i mål 180/83, *Moser* (REG 1984, s. 2539), punkt 6, av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, *Alsattel* (REG 1988, s. 5987), punkt 8, av den 27 oktober 1993 i mål C-127/92, *Enderby* (REG 1993, s. I-5535; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-383), punkt 10, av den 2 juni 1994 i mål C-30/93, *AC-ATEL Electronics* (REG 1994, s. I-2305), punkt 19, och av den 15 december 1995 i mål C-415/93, *Bosman* (REG 1995, s. I-4921), punkt 59. Se vidare dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, *Bronner* (REG 1998, s. I-7791), punkt 16, och av den 1 december 1998 i mål C-200/97, *Ecotrade* (REG 1998, s. I-7907), punkt 25.

3 — Jämför bland annat dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, *Dzodzi* (REG 1990, s. I-3763; svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), punkterna 34 och 35, av den 8 november 1990 i mål C-231/89, *Gmurzynska-Bscher* (REG 1990, s. I-4003), punkterna 19 och 20, och i mål C-7/97 (ovan fotnot 2), punkt 16.

gemenskapsrätten eller prövningen av giltigheten av en gemenskapsrättslig regel inte har något samband med verkliga omständigheter eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen”.⁴

28. Tolkningsfrågan skall därför tas upp till sakprövning.

B — Bedömning

26. Domstolen har i detta sammanhang betonat att "[det inte] ankommer ... på EG-domstolen utan på den nationella domstolen att fastställa de faktiska omständigheter som givit upphov till tvisten och att bedöma vilka konsekvenserna blir härav för det avgörande den har att fatta”.⁵

1. Den berörda grundläggande friheten

a) Parternas huvudargument

27. Avseende tillsynsmyndighetens argument kan det mot bakgrund av vad som anförts ovan konstateras att det inte kan ankomma på domstolen att fastställa innehållet i det avtal som slöts mellan Omega och Pulsar eller att jämföra tidpunkten för avtalsförhållandets uppkomst med datumet för förbudsbeslutet. Det skall dessutom påpekas att ett hot om vite i regel har en varaktig verkan, varför det trots den omständigheten att avtalsförhållandet uppstod först efter det att förbudsbeslutet fattats inte kan uteslutas att det finns en gemenskapsrättslig anknytning.

29. Såväl *tillsynsmyndigheten* som *kommis-sionen* har framhållit att den nu aktuella nationella åtgärden påverkar friheten att tillhandahålla tjänster och den fria rörligheten för varor på olika sätt, om den överhuvudtaget påverkar dessa friheter.

30. I överensstämmelse med sina argument avseende frågan om tolkningsfrågan kan tas upp till sakprövning har *tillsynsmyndigheten* — liksom den *tyska regeringen* under den muntliga förhandlingen — ifrågasatt om den fria rörligheten för varor och friheten att tillhandahålla tjänster överhuvudtaget påverkas. De har i detta sammanhang påpekat att även om det skulle vara så att dessa friheter påverkas, skall denna påverkan i vart fall bedömas annorlunda för var och en av dem. Vad gäller den fria rörligheten för varor skall nämligen konstateras att införsel av föremål enbart är förbjuden enligt det omtvistade

⁴ — Dom av den 18 januari 1996 i mål C-446/93, SEIM (REG 1996, s. I-73), punkt 28, och i mål C-7/97 (ovan fotnot 2), punkt 17.

⁵ — Dom av den 29 april 1982 i mål 17/81, Pabst & Richarz (REG 1982, s. 1331), punkt 12, i mål C-30/93 (ovan fotnot 2), punkt 17, av den 1 december 1998 i mål C-326/96, Levez (REG 1998, s. I-7835), punkt 26, och av den 16 september 1999 i mål C-435/97, WWF m.fl. (REG 1999, s. I-5613), punkt 32.

förbudsbeslutet i den mån som dessa används för laserspel. I den mening som avses i domen i målet Schindler⁶ kan det konstateras att "[i]nförseln och spridningen av föremål ... inte [heller i förevarande fall] [är] ett mål i sig", utan enbart har till syfte att möjliggöra ett deltagande i spelet. Den begränsning som det omtvistade förbudsbeslutet innebär skall därför — om alls — i första hand prövas mot bakgrund av friheten att tillhandahålla tjänster.

31. Även *kommissionen* anser att det i målet vid Bundesverwaltungsgericht är tjänsterna i franchiseavtalet som är av primär betydelse, eftersom införseln av varor från Förenade kungariket enbart har till syfte att skapa en fungerande spelverksamhet.

b) Bedömning

32. Det framgår av domstolens fasta rättspraxis att det inte är nödvändigt att pröva om en begränsning av en grundläggande frihet föreligger om begränsningen av denna grundläggande frihet är en oundviklig följd av rättsläget beträffande en annan grund-

läggande frihet som är av primär betydelse.⁷ Artikel 28 EG och följande artiklar behöver således inte prövas självständigt i förevarande fall. Kommissionen och tillsynsmyndigheten har nämligen med rätta framhållit att införseln av föremål enligt det omtvistade förbudsbeslutet begränsas enbart i den mån som denna har till syfte att möjliggöra ett deltagande i det spel som det här är fråga om. Därför är den fria rörligheten för varor enbart av sekundär betydelse i målet vid den nationella domstolen.

33. Det är inte svårt att se att det föreligger en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster i målet vid den nationella domstolen. Det omtvistade beslutet medför ett förbud mot en spelvariant, som utgör en väsentlig del av avtalet mellan Omega, som driver spelverksamhet och som är etablerat i Tyskland, och Pulsar, som är innehavare av laserspelskonceptet och som är etablerat i Förenade kungariket. Tillsynsmyndigheten har i detta sammanhang emellertid med rätta framhållit att det omtvistade förbudsbeslutet inte medför ett principiellt förbud mot att erbjuda laserspelskonceptet. Följaktligen begränsas bolaget Pulsars frihet att tillhandahålla tjänster på så sätt att det enbart kan erbjuda sitt koncept i Tyskland under försvårande omständigheter, eftersom det måste göra avkall på väsentliga delar av konceptet, vilket i sin tur innebär att mottagaren av tjänsten begränsas i sin rätt att motta tjänster från en utländsk tillhandahållare.

34. Tillsynsmyndigheten anser emellertid inte att det föreligger något åsidosättande av friheten att tillhandahålla tjänster. Den

6 — Dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler (REG 1994, s. I-1039; svensk specialutgåva, Tillägg s. 119), punkt 22.

7 — Utöver domen i målet Schindler (ovan fotnot 5) har kommissionen i detta sammanhang hänvisat till dom av den 1 februari 2001 i mål C-108/96, Mac Quen m.fl. (REG 2001, s. I-837), punkt 21.

rättspraxis som domstolen har utvecklat i domen i målet Keck och Mithouard⁸ kan nämligen tillämpas analogt i förevarande fall, så att varken driften av en anläggning för laserspel i sig eller mottagandet av tjänster från Pulsar, utan enbart ett sätt att utnyttja tjänsten i form av en spelvariant är förbjuden. Man kan alltså utgå från att den åtgärd som det här är fråga om utgör en reglering av tillhandahållandet av en tjänst och att den alltså inte omfattas av skyddet i artikel 49 EG.

35. Härvidlag skall anmärkas att domstolen redan har prövat ett liknande resonemang i domen Alpine Investments.⁹ I denna dom framhöll domstolen att regler avseende försäljningsformer som införts av den medlemsstat i vilken personen som tillhandahåller tjänster är etablerad direkt påverkar tillträdet till marknaden för tjänster, eftersom dessa regler inte enbart berör erbjudanden om tjänster i denna medlemsstat, utan även sådana i andra stater, medan skälet till att försäljningsmetoder undantagits från tillämpningsområdet för artikel 28 EG är att tillämpningen av sådana regler inte anses hindra varornas tillträde till marknaden i importstaten eller försvåra deras tillträde jämfört med inhemska varor.

36. Tillsynsmyndigheten har i detta sammanhang emellertid påpekat att de bestämmelser som domstolen undersökte i domen Alpine Investments hade införts av den medlemsstat i vilken personen som tillhandahåller tjänster är etablerad, medan det i förevarande fall rör sig om en bestämmelse som införts av den medlemsstat i vilken mottagaren är etablerad. Domstolens resonemang är därför inte tillämpligt på förevarande fall. Detta påpekande är riktigt, men beaktar inte att den åtskillnad som görs i domen i målet Keck inte kan överföras på friheten att tillhandahålla tjänster. Om en tillräcklig anknytning till utlandet föreligger utgör en bestämmelse avseende metoder för tillhandahållande av tjänster, oberoende av var tjänsten tillhandahålls, nödvändigtvis en begränsning som är av gemenskapsrättslig relevans. Skälet till detta är just att tjänster saknar materialitet. I detta sammanhang är det överhuvudtaget inte möjligt att skilja mellan bestämmelser avseende metoder för tillhandahållande av tjänster och sådana som direkt berör tjänsten.

37. Inte heller med beaktande av den i artikel 49 EG inneboende ursprungslandsprincipen kan den rättspraxis som följer av domen i målet Keck tillämpas analogt på bestämmelser som införts av mottagarlandet. Detta förklarar också varför domstolen i fast rättspraxis har fastställt — utan att göra den åtskillnad som den gjorde i domen i målet Keck — att artikel 49 EG även omfattar

8 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91 (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431).

9 — Dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93 (REG 1995, s. I-1141), punkt 36 och följande punkter. Jämför dom av den 28 oktober 1999 i mål C-6/98, ARD (REG 1999, s. I-7599), i vilken domstolen kvalificerade en begränsning av reklamslag som en försäljningsform i den mening som avses i målet Keck avseende artikel 30 EG och som en begränsning i den mening som avses i artikel 49 EG.

sådana bestämmelser.¹⁰ Enligt denna rättspraxis innebär nämligen "den princip som anges i artikel 49 EG ... inte bara ... att det är nödvändigt att avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet utan även att det är nödvändigt att avskaffa *varje* inskränkning som innebär att den verksamhet som bedrivs av en tjänsteleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat, där denne utför liknande tjänster, förbjuds eller på annat sätt hindras"¹¹ (min kursivering).

begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster som följer av det omtvistade förbudsbeslutet kan vara motiverad. I detta sammanhang har de åberopat såväl de grunder som anges i artikel 46 EG jämförd med artikel 55 EG som de tvingande hänsyn av allmänintresse som har erkänts i domstolens praxis.

38. Det kan således fastställas att det förbudsbeslut som det här är fråga om innebär en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster, som garanteras genom artikel 49 EG.

2. Frågan huruvida begränsningen är motiverad

a) Parternas huvudargument

39. Såväl tillsynsmyndigheten som kommissionen och den tyska regeringen anser att den

40. *Omega* har däremot, såsom redan under förfarandet vid Bundesverwaltungsgericht, anfört att den aktuella nationella åtgärden kan kritiseras av två skäl: Åtgärden har å ena sidan inte något tillräckligt konkret eller precist stöd i nationell lag, vilket strider mot den av gemenskapsrätten skyddade principen om skydd för berättigade förväntningar; å andra sidan kan den begränsning av gemenskapens grundläggande friheter som det omtvistade förbudsbeslutet innebär inte motiveras av hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. *Omega* har framhållit att simulerat dödande och våld i filmer, men även i bild- och teaterkonst och kampsporter samt i barns lekar, är utbredd och accepterat i samhället. "Lasersport" skiljer sig inte från sådana verksamheter. *Omega* har vidare framhållit att "lasersport" i vart fall inte innehåller något simulerat dödande.

10 — Dom av den 3 oktober 2000 i mål C-58/98, Corsten (REG 2000, s. I-7919). Se även generaladvokaten Cosmas resonemang i sitt förslag till avgörande av den 30 november 1999 (footnot 22). Angående samma problem, se slutligen även dom av den 11 december 2003 i mål C-215/01, Schnitzer (ännu ej publicerad i rättsfallssamlingen).

11 — Dom av den 6 mars 2003 i mål C-478/01, kommissionen mot Luxemburg (REG 2003, s. I-2351), punkt 19. Se även dom av den 13 februari 2003 i mål C-131/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-1659), punkt 26, av den 11 juli 2002 i mål C-294/00, Deutsche Paracelsus Schulen (REG 2002, s. I-6515), punkt 38, i mål C-58/98 (ovan footnot 10), punkt 33, av den 28 mars 1996 i mål C-272/94, Guiot, (REG 1996, s. I-1905), punkt 10, av den 9 augusti 1994 i mål C-43/93, Vander Elst (REG 1994, s. I-3803; svensk specialutgåva, volym 16, s. I-59), punkt 14, och av den 25 juli 1991 i mål C-76/90, Säger (REG 1991, s. I-4221), punkt 12.

b) Bedömning

i) Inledning

41. Bundesverwaltungsgericht har ställt denna tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida en gemensam rättsuppfattning i samtliga medlemsstater utgör en förutsättning för att medlemsstaterna skall ha rätt att med hänsyn till tvingande hänsyn till allmänintresset — i förevarande fall särskilt med hänsyn till skyddet för allmän säkerhet och ordning — besluta om begränsningar av de grundläggande friheter som garanteras i EG-fördraget.

42. Bundesverwaltungsgericht har i detta sammanhang anfört att antagandet att det i förevarande fall föreligger en risk för den allmänna ordningen grundas på det skydd av den mänskliga värdigheten som föreskrivs i nationell konstitutionell rätt. Därmed är det omtvistade förbudsbeslutet när allt kommer omkring grundat på det nationella skyddet för grundläggande rättigheter. Det skall emellertid beaktas att skyddet för grundläggande rättigheter säkerställs i gemenskapen genom erkännandet av allmänna rättsprinciper som i synnerhet härleds ur medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.¹² Med avseende på tolkningsfrågan kan därför slutsatsen dras att antagandet att det i det enskilda fallet måste föreligga en gemensam rättsuppfattning i samtliga medlemsstater när det gäller de grundläggande rättigheterna samtidigt antyder att det föreligger en direkt konflikt mellan grundläggande friheter på gemen-

skapsnivå, som till exempel i förevarande fall friheten att tillhandahålla tjänster, och de grundläggande rättigheter som erkänns i gemenskapsrätten. Förekomsten av en sådan konflikt ger upphov till principiella frågeställningar vad gäller de grundläggande friheternas systematik.

43. Med beaktande av vad som anförts ovan är det lämpligt att undersöka förhållandet mellan gemenskapens grundläggande friheter¹³ och skyddet för de grundläggande rättigheterna i gemenskapen innan tolkningsfrågan besvaras.

44. Det skall inledningsvis anmärkas att domstolen allt oftare ställs inför frågan om det föreligger en konflikt mellan grundläggande friheter och de grundläggande rättigheter som erkänns i gemenskapsrätten.¹⁴ Förevarande fall kan i detta hänseende jämföras med målet Schmidberger.¹⁵ Även i detta mål åberopade medlemsstaten nödvändigheten av att säkerställa nationella grundläggande fri- och rättigheter för att motivera begränsningar av en av de grundläggande friheterna i fördraget. Mot bakgrund av att även gemenskapen är skyldig att säkerställa de grundläggande rättigheterna och med hänsyn till att de grundläggande rättigheter som åberopades även gäller i gemenskaps-

13 — Det är här enbart fråga om grundläggande friheter i fördraget. Dessa skall inte förväxlas med dem i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad EKMR).

14 — Se i detta hänseende även generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande av den 11 juli 2002 i mål C-112/00, Schmidberger (dom av den 12 juni 2003, REG 2003, s. I-5659), punkt 89.

15 — Se ovan fotnot 14.

12 — Se artikel 6 EU.

rätten prövade domstolen i detta mål "[behovet av] att sammanjämka de skyldigheter som följer av skyddet av de grundläggande rättigheterna inom gemenskapen med motsvarande skyldigheter till följd av en i fördraget garanterad grundläggande frihet".¹⁶

45. Innan förhållandet mellan de grundläggande friheterna och det gemenskapsrättsliga skyddet för de grundläggande rättigheterna undersöks i förevarande fall, skall en allmän redogörelse göras för det gemenskapsrättsliga skyddet för de grundläggande rättigheterna (ii) och särskilt skyddet av den mänskliga värdigheten (iii). Först därefter skall det prövas om det i förevarande fall föreligger en direkt konflikt mellan friheten att tillhandahålla tjänster och skyddet av den mänskliga värdigheten eller om den begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster som har fastställts kan motiveras med hänvisning till skyddet av den mänskliga värdigheten (iv).

ii) Skyddet för grundläggande rättigheter i gemenskapsrätten

46. Gemenskapens skyldighet att respektera de grundläggande rättigheterna utgör utan tvekan en av hörnstenarna i gemenskapens

rättsordning. Enligt fast rättspraxis utgör de grundläggande rättigheterna en integrerad del av de allmänna rättsprinciper som domstolen skall säkerställa efterlevnaden av, och den utgår därvid från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de folkrättsliga dokument angående skydd för de mänskliga rättigheterna som medlemsstaterna varit med om att utarbeta eller har tillträtt. I detta avseende är Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad EKMR) av särskild betydelse.¹⁷

47. De principer som utvecklats i rättspraxis stadfästes i ingressen till Europeiska enhetsakten och därefter i artikel F.2 i Fördraget om Europeiska unionen (nu artikel 6.2 EU i ändrad lydelse).¹⁸

— De grundläggande rättigheternas ställning som allmänna principer för gemenskapsrätten

48. Det skall fastställas vilken betydelse de grundläggande rättigheterna har som all-

17 — Jämför särskilt dom av den 18 juni 1991 i mål C-260/89, ERT (REG 1991, s. I-2925; svensk specialutgåva, volym 11, s. 209), punkt 41, av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen (REG 2001, s. I-1611), punkt 37, och av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères (REG 2002, s. I-9011), punkt 25.

18 — Enligt artikel 6.2 EU skall "[u]nionen som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950, och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner".

16 — Se ovan, punkt 77 i domen.

männa principer för gemenskapsrätten. Frågan som ställer sig är särskilt om det finns ett rangförhållande mellan de grundläggande rättigheter som betraktas som allmänna rättsprinciper och de grundläggande friheter som garanteras i fördraget.

49. Det är i detta sammanhang viktigt att påpeka att domstolen säkerställer de grundläggande rättigheterna som allmänna rättsprinciper för gemenskapsrätten med stöd av artikel 220 EG och artikel 6.2 EU. De anses utgöra en del av primärrätten och har därför samma betydelse som den övriga primärrätten, särskilt de grundläggande friheterna.¹⁹

50. Det är emellertid värt att diskutera om man inte generellt skulle kunna ge de grundläggande och mänskliga rättigheterna ett visst företräde framför den "allmänna" primärrätten. Detta är värt att diskutera med hänsyn till de grundläggande rättsliga värden som i allmänhet skyddas av de grundläggande och mänskliga rättigheterna och med hänsyn till att gemenskapen bygger på respekt för dessa rättigheter och framför allt

med hänsyn till att det enligt den uppfattning som råder i dag anses vara nödvändigt att en stat säkerställer skyddet för de mänskliga rättigheterna för att kunna betraktas som legitim. Just de grundläggande friheterna kan emellertid, materiellt sett, i vart fall i viss mån, även betraktas som grundläggande rättigheter. Sätillvida de exempelvis uppställer ett förbud mot diskriminering skall de betraktas som ett särskilt uttryck för den allmänna likhetsprincipen.²⁰ Därför kan en normkollision mellan de grundläggande friheter som garanteras i fördraget och de grundläggande och mänskliga rättigheterna åtminstone i vissa fall även utgöra en kollision mellan grundläggande rättigheter.

51. Denna normkollision utgör emellertid inte något större problem i praktiken, eftersom såväl de grundläggande friheterna som (flertalet) grundläggande rättigheter kan begränsas.

52. I målet Schmidberger ställde den nationella domstolen frågan huruvida principen i fördraget om fri rörlighet för varor väger tyngre än vissa grundläggande rättigheter som garanteras i nationell rätt.²¹ Vid prövningen av "[behovet av] att sammanjämka de skyldigheter som följer av skyddet av de

19 — Detta är uppenbarligen även utgångspunkten i domen Schmidberger (ovan fotnot 13). I punkt 77 i denna dom talas det nämligen om att det är nödvändigt att "sammanjämka de skyldigheter som följer av skyddet av de grundläggande rättigheterna inom gemenskapen med motsvarande skyldigheter till följd av en i fördraget garanterad grundläggande frihet". Om det skulle finnas ett rangförhållande mellan det gemenskapsrättsliga skyddet av de grundläggande rättigheterna och de grundläggande friheterna skulle det inte vara möjligt att "sammanjämka" dessa skyldigheter.

20 — De grundläggande friheterna uppställer särskilt ett förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Se i detta hänseende Schwarze, EU-Kommentar, 1 uppl., 2000, artikel 12 EG, punkt 9.

21 — Se ovan fotnot 14, punkt 70 i domen.

grundläggande rättigheterna inom gemenskapen med motsvarande skyldigheter till följd av en i fördraget garanterad grundläggande frihet”,²² jämförde domstolen de skäl, som anges i artikel 36 i fördraget eller som godtagits som tvingande hänsyn av allmänintresse, av vilka den fria rörligheten för varor kan begränsas med de skäl som enligt artiklarna 10 och 11 i EKMR motiverar en begränsning av mötes- och yttrandefriheten.²³ Domstolen motiverade emellertid inte närmare om den omständigheten att skyddsområdet för en nationell grundläggande rättighet berörs innebär att skyddsområdet för motsvarande gemenskapsrättsliga grundläggande rättighet berörs.

53. Trots att ovannämnda begränsningar av de grundläggande rättigheterna enligt domstolen skall betraktas i förhållande till deras funktion i samhället²⁴ är det enligt min mening viktigt att den intresseavvägning som är nödvändig i sådana fall som detta inom ramen för utrymmet för att begränsa de aktuella grundläggande rättigheterna. Domstolens uttalande att det är nödvändigt att "sammanjämka" skyldigheter som följer av skyddet av de grundläggande rättigheterna kan nämligen inte betyda att grundläggande friheter skall vägas mot grundläggande rättigheter som sådana, vilket skulle innebära att skyddet för de grundläggande rättigheterna var dispositivt. Det skall däremot undersökas i vilken mån de berörda grundläggande rättigheterna kan begränsas. Bestämmelserna om den grundläggande rättighet som berörs, särskilt undantagsbe-

stämmelserna, skall så långt som möjligt tolkas så att de inte tillåter åtgärder som innebär att de berörda grundläggande rättigheterna begränsas i större omfattning än vad som är tillåtet och så att de därmed inte heller tillåter åtgärder som strider mot de grundläggande rättigheterna.

— De grundläggande rättigheternas funktion i gemenskapens rättsordning

54. Den omständigheten att skyddet för de grundläggande rättigheterna garanteras i gemenskapens rättsordning innebär dels att respekten för de grundläggande rättigheterna är ett villkor för att gemenskapsrättsakter skall vara lagenliga,²⁵ dels att medlemsstaterna är bundna av de villkor som följer av kravet på skydd för grundläggande rättigheter i gemenskapens rättsordning vid genomförandet — i vid mening — av gemenskapsrättsliga bestämmelser.²⁶

55. I den mån som gemenskapen uppfattar sig själv som en rättslig gemenskap som bygger på respekt för de grundläggande och

22 — Se ovan, punkt 77 i domen.

23 — Se ovan punkterna 78 och 79 i domen.

24 — Se ovan, punkt 80 i domen.

25 — Se bland annat yttrande 2/94 av den 28 mars 1996 (REG 1996, s. I-1759), punkt 34, samt dom av den 17 februari 1998 i mål C-249/96, Grant (REG 1998, s. I-621), punkt 45, och av den 9 september 2003 i mål C-25/02, Rinke (REG 2003, s. I-8349), punkt 26.

26 — Dom av den 12 december 2002 i mål C-442/00, Caballero (REG 2002, s. I-11915), punkt 30, av den 24 mars 1994 i mål C-2/92, Bostock (REG 1994, s. I-955), punkt 16, och av den 13 april 2000 i mål C-292/97, Karlsson m.fl. (REG 2000, s. I-2737), punkt 37.

mänskliga rättigheterna,²⁷ är de av gemenskapsinstitutionernas och medlemsstaternas åtgärder som omfattas av gemenskapsrätten "... som strider mot iakttagandet av de således erkända mänskliga rättigheterna [förbjudna]."²⁸ Detta uttalande återspeglas i artikel 51.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.²⁹

56. Ur rättsmetodologisk synvinkel förverkligas det krav på konformitet med grundläggande rättigheter som Europeiska gemenskapen och Europeiska unionen ställer på sig själva på olika sätt i domstolens rättspraxis.

57. Den viktigaste principen är den om att tolkningen skall ske i enlighet med de grundläggande rättigheterna. Denna princip kan samtidigt uppfattas på så sätt att tolkningen skall ske i enlighet med primärrätten³⁰ eller "författningen". Därav följer att gemenskapsrättsliga bestämmelser i möjli-

gaste mån skall tolkas på så sätt att de står i överensstämmelse med de relevanta grundläggande rättigheterna.

58. Domstolen konstaterade till exempel i domen i målet Johnston att det i artikel 6 i direktiv 76/207 föreskrivna kravet på domstolskontroll är ett "uttryck" för principen om rätten till ett verksamt rättsligt skydd. Denna princip ligger till grund för författningstraditioner som är gemensamma för medlemsstaterna och har kommit till uttryck i artiklarna 6 och 13 i EKMR. Domstolen ansåg därför att den nämnda direktivbestämmelsen följaktligen skulle tolkas "mot bakgrund av" denna princip.³¹ På samma sätt skall även artikel 11 i direktiv 89/552, som reglerar reklamavbrottsfrekvensen, tolkas mot bakgrund av artikel 10.1 EKMR, till vilken det åttonde skälet i detta direktiv uttryckligen hänvisar.³² Enligt domstolens rättspraxis skall vidare exempelvis även bestämmelser i fördraget samt förordningar och direktiv om fri rörlighet för anställda och egenföretagare, däribland förordning nr 1612/68, tolkas mot bakgrund av rätten till skydd för familjeliv som föreskrivs i artikel 8 EKMR.³³

27 — Se till exempel artikel 6.1 EU.

28 — Dom i mål C-112/00 (ovan fotnot 14), punkt 73, av den 29 maj 1997 i mål C-299/95, Kremzow (REG 1997, s. I-2629), punkt 14, och i mål C-260/89 (ovan fotnot 17), punkt 41.

29 — "Bestämmelserna i denna stadga riktar sig, med beaktande av subsidiaritetsprincipen, till unionens institutioner och organ samt till medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten. Institutionerna, organen och medlemsstaterna skall därför respektera rättigheterna, iakttä principerna och främja tillämpningen av dem i enlighet med sina respektive befogenheter." Av kommentaren till denna artikel framgår att tillämpningsområdet för skyddet av grundläggande rättigheter i gemenskapen har fastställts i enlighet med domstolens ovan nämnda rättspraxis.

30 — I den mån som de grundläggande rättigheterna utgör en del av primärrätten, se i detta hänseende ovan punkt 49.

31 — Dom av den 15 maj 1986 i mål 222/84, Johnston (REG 1986, s. 1651; svensk specialutgåva, volym 8, s. 597), punkt 18 och följande punkter. Se även dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), punkt 32.

32 — Dom av den 23 oktober 2003 i mål C-245/01, RTL Television (REG 2003, s. I-12489), punkt 41.

33 — Bland annat dom av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), punkt 38, och av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091), punkt 72.

59. Utgångspunkt och anknytningspunkt är därvid ett ofta redan föreliggande inre samband mellan den gemenskapsbestämmelse som skall tolkas och en viss grundläggande rättighet. Detta samband kan emellertid även framgå av det allmänna sakliga sammanhanget i det enskilda fallet.³⁴

60. I detta sammanhang kan även domen i målet ERT³⁵ nämnas. Enligt denna dom är medlemsstaterna, även när de åberopar undantag från de grundläggande friheterna, som i förevarande fall, skyldiga att iakttä de krav som följer av gemenskapsrättens skydd av de grundläggande rättigheterna. När en medlemsstat åberopar ett tvingande hänsyn av allmänintresse eller en grund för rättfärdigande som föreskrivs i fördraget för att rättfärdiga en nationell lagstiftning som kan hindra utövandet av en grundläggande frihet enligt fördraget måste, enligt denna rättspraxis, ett sådant berättigande tolkas "i ljuset av de allmänna rättsprinciperna och särskilt de grundläggande friheterna".³⁶

61. Rent allmänt används de grundläggande och mänskliga rättigheterna inte bara som tolkningskriterium inom ramen för skyddet

av de grundläggande rättigheterna i gemenskapen, utan beaktas även direkt vid bedömningen av gemenskapsrättsaktens lagenlighet.³⁷ Föremålet för en sådan prövning kan vara en grundläggande rättighet, som åberopas till exempel inom ramen för ett överklagande eller en talan om ogiltigförklaring.^{38 39}

62. Ur metodologisk synvinkel skall anmärkas att en bestämmelse i (den sekundära) gemenskapsrätten emellertid enbart står i strid med de grundläggande rättigheterna och därför är rättsstridig i det fall då det inte är möjligt att tolka bestämmelsen i enlighet med de grundläggande rättigheterna. Om det alltså görs gällande att en gemenskapsrättslig bestämmelse står i strid med en grundläggande rättighet som skyddas i gemenskapsrätten undersöker domstolen först om denna bestämmelse kan tolkas i enlighet med denna grundläggande rättighet. Om detta inte är möjligt skall denna bestämmelse upphävas. Om det emellertid visar sig att bestämmelsen kan tolkas på så sätt att den som sådan inte står i strid med de grund-

34 — Till exempel vad gäller frågan huruvida en bestämmelse respektive åtgärder för bekämpning av fisksjukdomar är förenliga med den grundläggande rätten till egendom, se dom av den 10 juli 2003 i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, *Booker Aquaculture and Hydro Seafood* (ännu ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), punkt 64 och följande punkter.

35 — Se ovan fotnot 16.

36 — Se ovan fotnot 16, punkt 42 och följande punkter. Se även dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, *Famillapress* (REG 1997, s. I-3689), punkt 24.

37 — Till exempel i dom av den 5 oktober 1994 i mål C-404/92 P, *X* mot kommissionen (REG 1994, s. I-4737), punkt 8 och följande punkter, avseende rätten till skydd för privatlivet enligt artikel 8 i EKMR. I detta mål hade resultaten av ett HIV-test i ett anställningsförfarande trots att den berörda klaganden, enligt egna uppgifter, inte hade samtyckt till att testet skulle genomföras. Domstolen upphävde kommissionens beslut och den överklagade domen, genom vilken beslutet fastställdes, på grund av att artikel 8 i EKMR hade åsidosatts.

38 — Dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, *Baus-tahlgewebe* mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417): I detta mål godtog domstolen invändningen om att rätten till rättegång inom skäligen tid, vilken föreskrivs i artikel 6.1 i Europakonventionen, hade åsidosatts under förfarandet vid förstainstansrätten och förordnade om nedsättning av böterna som en särskild påföljd för åsidosättandet av denna rätt.

39 — Jämför Weiler, J.H.H. och Lockhart, Nicholas J.S., "Taking Rights Seriously: The European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence — Part II", 199 CMLRv 32/1995, s. 579, på s. 589.

läggande rättigheterna som skyddas i gemenskapens rättsordning är bestämmelsen giltig och det ankommer eventuellt på nationella myndigheter och domstolar att säkerställa att denna bestämmelse tillämpas i enlighet med skyddet för de grundläggande rättigheterna.⁴⁰

63. På nationell nivå skall det gemenskapsrättsliga skyddet av de grundläggande rättigheterna säkerställas på så sätt att även nationella bestämmelser eller åtgärder som vidtas för att genomföra gemenskapsrätten skall bedömas utifrån gemenskapens grundläggande rättigheter. Domstolen har i detta sammanhang vid upprepade tillfällen uttalat att det ankommer på de nationella domstolarna att, i den utsträckning det är möjligt, tolka sådana bestämmelser och åtgärder i enlighet med dessa gemenskapsbestämmelser, vilka i sin tur skall tolkas i enlighet med de grundläggande rättigheterna.⁴¹ På grund av gemenskapsrättens företrädare åligger det i annat fall de nationella domstolarna att underlåta att tillämpa eller upphäva sådana nationella bestämmelser eller åtgärder.

64. När en gemenskapsbestämmelse dessutom ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning eller en möjlighet att välja mellan olika genomförandemetoder

skall medlemsstaterna beakta de gemenskapsrättsliga grundläggande rättigheterna när de agerar inom nämnda utrymme, så att den nationella bestämmelsen i fråga tillämpas på ett sätt som står i överensstämmelse med det gemenskapsrättsliga skyddet av de grundläggande rättigheterna. Därutöver är medlemsstaternas myndigheter och domstolar bundna av de grundläggande rättigheterna även inom ramen för medlemsstaternas processuella autonomi. De grundläggande rättigheterna begränsar i alla händelser denna autonomi.⁴²

65. Det skall emellertid konstateras att innehållet i den gemenskapsbestämmelse som skall genomföras — vare sig det rör sig om en viss bestämmelse i ett direktiv eller en grund som en medlemsstat har åberopat för att motivera en begränsning av en grundläggande frihet — ofta inte konkretiseras eller detaljeras utan snarare kompletteras. De grundläggande rättigheterna framstår således som kompletterande inslag. Dessa är emellertid inneboende i de berörda gemenskapsbestämmelserna.

66. Det skall slutligen anmärkas att det ofta sker en överlappning mellan de grundläggande rättigheternas funktion som tolkningskriterium och som ett kriterium som

40 — Dom i mål C-25/02 (ovan fotnot 25), punkterna 28 och 42, och av den 26 november 2002 i mål C-100/01, Oteiza Olazabal (REG 2002, s. I-10981), punkt 90.

41 — Jämför bland annat dom av den 20 maj 2003 i de förenade målen C-465/00, C-138/01 och C-139/01, Österreichischer Rundfunk m.fl. (REG 2003, s. I-4989), punkt 93.

42 — Se dom av den 10 april 2003 i mål C-276/01, Steffensen (REG 2003, s. I-3735), punkt 60, samt punkt 96 och följande punkter.

direkt används vid bedömningen av lagenligheten av en gemenskapsrättsakt eller en nationell genomförandebestämmelse.⁴³

— Slutsatser med avseende på förhållandet mellan det nationella skyddet av grundläggande rättigheter och det gemenskapsrättsliga skyddet av grundläggande rättigheter

67. Mot bakgrund av de principer som det har redovisats för ovan skall det nu undersökas vilken gemenskapsrättslig betydelse en bedömning som grundar sig på nationell konstitutionell rätt har för lösningen av problemet i förevarande fall.

68. I detta sammanhang skall det inledningsvis anmärkas att domstolen redan på ett mycket tidigt stadium i sin rättspraxis har tillbakavisat invändningar mot giltigheten av gemenskapsbestämmelser, om dessa invändningar är grundade på medlemsstaternas bestämmelser om grundläggande rättigheter.⁴⁴

43 — I domen i mål C-274/99 P (ovan fotnot 16), punkterna 37–64, i vilken det bland annat var fråga om huruvida rätten till yttrandefrihet hade åsidosatts på grund av att artikel 17 andra stycket i tjänsteföreskrifterna hade tillämpats i ett kommissionsbeslut, redogjorde domstolen inledningsvis för innehållet i den grundläggande rätten till yttrandefrihet, vilken föreskrivs i artikel 10 i EKMR, och prövade sedan om det omtvistade beslutet stod i överensstämmelse med artikel 17 andra stycket i tjänsteföreskrifterna som har tolkats och tillämpats mot bakgrund av denna grundläggande rättighet.

44 — Jämför bland annat dom av den 4 februari 1959 i mål 1/58, Stork mot Hohe Behörde (REG 1959, s. 45), och av den 1 april 1965 i mål 40/64, Sgarlata m.fl. mot kommissionen (REG 1965, s. 296).

69. Skälen till detta, som i princip även gäller i dag, redovisades av domstolen i den vägledande domen i målet Internationale Handelsgesellschaft. Domstolen gjorde i denna dom följande uttalande: "Utnyttjandet av nationella rättsregler eller rättsbegrepp vid bedömningen av giltigheten i akter som utfärdats av gemenskapens institutioner skulle skada gemenskapsrättens enhetlighet och effektivitet. Dessa akters giltighet kan endast bedömas i förhållande till gemenskapsrätten. Om den rätt som följer av fördraget, dvs. av en självständig rättskälla, skulle åsidosättas av bestämmelser i nationell lagstiftning, av vilket slag de än kan vara, skulle den förlora karaktären av gemenskapsrätt och den rättsliga grundvalen för själva gemenskapen hotas. Därför påverkas giltigheten av en gemenskapsakt eller dess verkan inom en medlemsstats territorium inte av att det görs gällande att den kränker grundläggande rättigheter i en medlemsstats författning eller principerna i dess författningsstruktur."⁴⁵

70. Uppfattningen att gemenskapsrätten inte kan vara underställd nationella bestämmelser om grundläggande rättigheter måste emellertid relativiseras, för det första eftersom innehållet i de grundläggande och mänskliga rättigheter som erkänns som allmänna rättsprinciper för gemenskapsrätten, såsom framgår av ovannämnda fasta rättspraxis, härleds

45 — Dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft (REG 1970, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 503), punkt 3. Detta uttalande har bidragit till utvecklingen av det självständiga skyddet för grundläggande rättigheter i gemenskapen. Utformningen av ett lämpligt skydd för de grundläggande rättigheterna i gemenskapen utgjorde en förutsättning för att gemenskapsrättens ovillkorliga företrädare skulle accepteras, vilket framgår av den tyska författningsdomstolens så kallade Solange-domar.

ur medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner och särskilt ur EKMR, och för det andra eftersom det i fördraget föreskrivs vilka skäl som kan motivera en begränsning av de grundläggande friheter som garanteras i fördraget. Därmed kan överväganden som grundas på nationella bestämmelser om grundläggande rättigheter komma att beaktas, vilket även framgår av förevarande fall.

71. Mot bakgrund av vad som anförts ovan kan det med avseende på tolkningsfrågan konstateras att den nu aktuella begränsningen av friheten att tillhandahålla tjänster inte utan vidare kan motiveras med hänsyn till skyddet för specifika grundläggande rättigheter som garanteras i en medlemsstats författning. Däremot skall det i det följande prövas om denna begränsning kan motiveras med hänsyn som är erkända i gemenskapsrätten, särskilt skyddet för allmän ordning. En gemensam rättsuppfattning i samtliga medlemsstater med avseende på skyddet för allmän ordning utgör inte någon förutsättning för en sådan motivering.

72. Om det vid prövningen emellertid framkommer att den aktuella nationella begränsande åtgärden är grundad på en bedömning av det nationella skyddet för grundläggande rättigheter och motsvarar den gemensamma rättsuppfattningen i samtliga medlemsstater, skulle ett motsvarande skydd (även) kunna framgå av det gemenskapsrättsliga skyddet för grundläggande rättigheter. Detta skulle metodologiskt sett innebära att det inte längre skulle vara nödvändigt att pröva huruvida den nationella åtgärden skall betraktas som ett motiverat och därmed tillåtet undantag till de grundläggande friheter som garanteras i fördraget. Det skulle snarare bli aktuellt att, i enlighet med

domstolens uttalande i domen i målet Schmidberger, pröva "... [behovet av] att sammanjämka de skyldigheter som följer av skyddet av de grundläggande rättigheterna inom gemenskapen med motsvarande skyldigheter till följd av en i fördraget garanterad grundläggande frihet".

73. I förevarande mål återstår det alltså att fastställa om skyddet för den mänskliga värdigheten som garanteras i den tyska grundlagen skall behandlas i samband med frågan huruvida det nu aktuella förbudsbeslutet är motiverat eller om den omständigheten att ett motsvarande skydd för de grundläggande rättigheterna möjligtvis finns i gemenskapsrätten innebär att en sammanjämkning måste göras på gemenskapsnivå. Dessförinnan måste emellertid begreppet mänsklig värdighet behandlas.

iii) Den mänskliga värdigheten i gemenskapsrätten

— Den mänskliga värdigheten som juridiskt begrepp och dess särdrag

74. Det finns nästan inget rättsligt begrepp som är så svårt att definiera juridiskt som begreppet mänsklig värdighet. I de följande skall jag försöka att redogöra för några av detta begrepps särdrag.⁴⁶

46 — Jämför i detta hänseende bland annat Enders, "Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung", 1997, s. 5 ff., Maurer, "Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme", 1999, s. 30–40, Brugger, "Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte", 1997, s. 29 ff. och Brieskorn, "Rechtsphilosophie", 1990, s. 150 ff.

75. Begreppet mänsklig värdighet ger uttryck för rätten till värdighet och respekt som skall tillkomma varje människa på grund av att hon är en människa. Det rör sig om skyddet av och respekten för människans väsen och natur, det vill säga om människans "substans". Människan återspeglas således i den mänskliga värdigheten, och denna värdighet representerar det som utgör en människa. Frågan vad som gör en människa till en människa är emellertid ingen rättslig fråga, det vill säga innehållet i den mänskliga värdigheten bestäms slutligen av en viss "människobild".⁴⁷

76. Som ett uttryck för vad som skall tillkomma varje människa redan på grund av att hon är en människa utgör den mänskliga värdigheten underlaget och utgångspunkten för alla mänskliga rättigheter som kan urskiljas ur denna värdighet. Samtidigt utgör den mänskliga värdigheten en perspektivistisk flyktpunkt för de enskilda mänskliga rättigheterna, mot bakgrund av vilken dessa skall uppfattas och tolkas. Till exempel i den tyska läran om de grundläggande rättigheterna betecknas den mänskliga värdigheten som en "bärande konstitutionell princip" för de mänskliga rättigheterna.⁴⁸

77. Den mänskliga värdigheten är urgrunden för de mänskliga rättigheterna och som sådan har den även samma idéhistoriska bakgrund och överhuvudtaget samma motiv som dessa. Kravet på respekt för de mänskliga rättigheterna strider mot idén att män-

niskans värdighet står till statens, folkets, majoritetens förfogande, det vill säga mot idén att den enskilda individen definieras av samhället och skall ses som en funktion därav.⁴⁹ Kravet svarar mot idén att varje enskild människa har ursprungliga rättigheter som inte kan överlätas.

78. Till grund för denna bedömning ligger olika religiösa, filosofiska och ideologiska motiv.⁵⁰ Idén om den mänskliga värdigheten går tillbaka på framväxten i den europeiska kulturkretsen av en bild av människan som en självbestämmande och fritt handlande varelse. Eftersom människan har en egen fri vilja skall människan betraktas som ett subjekt och får inte reduceras till ett objekt.⁵¹

79. Detta samband mellan begreppet värdighet och människans självbestämmanderätt och frihet som kommer till uttryck i detta koncept visar klart varför idén om män-

47 — Jämför Enders (ovan fotnot 46), s. 17 f.

48 — Jarass och Piero, "Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: Kommentar", 2000, s. 41.

49 — Rättshistoriskt utformades konceptet mänsklig värdighet som en motbild till erfarenheterna av obegränsad maktutövning först under absolutismen och senare i nationalsocialismen och totalitarismen.

50 — Ur ett religiöst perspektiv är den mänskliga värdigheten som är given varje människa i sin egenskap av avbild av Gud och det universella en frälsning för människan. Av de politiska idéer som fanns under 1700-talet var det framför allt idén om att alla människor har en gemensam natur och ett gemensamt förnuft som utgjorde utgångspunkt för kravet på erkännande av människovärdet och de mänskliga rättigheterna. Se i detta hänseende särskilt målet Brieskorn (ovan fotnot 46), s. 139 f.

51 — Avseende denna idé om att människan inte får reduceras till ett objekt ("Objektformel"), som har övertagits av den tyska läran om de grundläggande rättigheterna från Kant, se enbart Enders (ovan fotnot 46), s. 20.

niskans värdighet ofta även kommer till uttryck i andra begrepp och skyddsintressen som personlighet och identitet.⁵²

80. Även idén om alla människors lika värdighet är inneboende i alla tankar om mänskliga rättigheter i allmänhet och den mänskliga värdigheten i synnerhet, varför det också ofta talas om "égale dignité", som är ett begrepp som binder samman dessa två koncept.⁵³

81. Eftersom alla (särskilda) mänskliga rättigheter härrör från och är ett särskilt uttryck för människans värdighet är deras syfte i slutändan att genomföra och skydda denna värdighet. Detta leder fram till frågan hur den mänskliga värdigheten förhåller sig till de särskilda mänskliga rättigheterna, det vill säga huruvida den mänskliga värdigheten skall betraktas som en allmän princip, en värderingsprincip eller som en självständig grundläggande rättighet som kan åberopas vid domstol.

52 — Som ett exempel på en uppfattning av den mänskliga värdigheten som bygger på personbegreppet kan 16 § i den österrikiska Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB, civillagen) nämnas. 16 § har följande lydelse: "Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei und Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet" (Varje människa har medfödda rättigheter, som är uppenbara redan genom förnuftet, och skall därför betraktas som en person. Slaveri och livegenskap, och utövandet av makt som grundas därpå är inte tillåtet i dessa förbundsländer). Människan, såsom innehavare av ursprungliga rättigheter som inte kan vara föremål för tilldelning, är följaktligen ett rättssubjekt och får inte reduceras till ett rättsobjekt.

53 — Jämför Meyer, "Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union", 2003, s. 55.

— Den mänskliga värdigheten som rättsregel och skyddet av den i gemenskapsrätten

82. Idén om skydd av den mänskliga värdigheten gjorde sitt intåg i den internationella och nationella positiva rätten framför allt tack vare framväxten av rörelsen för mänskliga rättigheter under 1900-talets andra hälft. Införlivandet har emellertid skett på mycket olika sätt. Såväl i ingressen till den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna av den 10 december 1948 som i ingressen till de båda FN-konventionerna om medborgerska och politiska rättigheter och om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter betonas att varje människa har en inneboende värdighet och att denna värdighet utgör grunden för de mänskliga rättigheterna. Den mänskliga värdigheten är emellertid inte förankrad som en särskild mänsklig rättighet i dessa internationella rättsakter. I ingressen till EKMR hänvisas visserligen till den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna, men den mänskliga värdigheten nämns överhuvudtaget inte. Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) har i sin rättspraxis fastställt att respekten för människans värdighet och frihet utgör "grunden för och ett genomgående motiv i konventionen".⁵⁴

83. Vad beträffar medlemsstaternas författningar skall konstateras att konceptet mänsklig värdighet har vunnit erkännande i alla medlemsstater i en eller annan form,

54 — Se bland annat Europadomstolens dom av den 29 april 2002 i målet *Pretty mot Förenade kungariket*, Recueil des arrêts et décisions, punkt 65.

särskilt om man, som det har anförts ovan, beaktar att detta koncept begreppsmässigt kan uttryckas på olika sätt.⁵⁵

84. I likhet med ovannämnda internationella rättsakter kommer emellertid den mänskliga värdigheten, såvitt känt, till övervägande del, till uttryck i medlemsstaternas rättsordningar som ett allmänt erkännande och ofta som en i rättspraxis utvecklad allmän princip, värderingsprincip eller konstitutionell princip, men däremot inte som en självständig rättsregel som kan åberopas vid domstol.⁵⁶ Det är således endast i undantagsfall som man finner en sådan regel som den i den tyska författningen, enligt vilken — åtminstone enligt den övervägande uppfattningen i doktrinen — respekten och skyddet av den mänskliga värdigheten, som garanteras i artikel 1 i Grundgesetz, inte enbart utgör en "bärande konstitutionell princip", utan även en självständig grundläggande rättighet.

85. En väsentlig orsak till detta torde vara att den mänskliga värdigheten först konkretiseras till sitt innehåll genom sin utformning och formulering i de enskilda grundläggande rättigheterna i förhållande till vilka den utgör ett bedömnings- och tolkningskriterium. Själva begreppet mänsklig värdighet är lik-

som begreppet människa, till vilket det förstnämnda begreppet direkt hänvisar, ett generiskt begrepp. Detta begrepp kan således inte bli föremål för en traditionell juridisk definition eller tolkning av detta begrepp. Däremot kan begreppet konkretiseras till sitt innehåll av domstolen i det enskilda fallet.

86. Det ligger således närmare till hands att kodifiera och tillämpa konkreta enskilda grundläggande rättigheter än att direkt tillämpa den mänskliga värdigheten, och detta med beaktande av den juridiska metoden i allmänhet och av behovet av att den mänskliga värdigheten skall kunna åberopas och tillämpas i domstolarna.

87. Vad beträffar den mänskliga värdigheten i gemenskapsrätten kan det konstateras att begreppet inte nämns uttryckligen (skriftligen) i gällande primärrätt. Det skall emellertid anmärkas att det åtminstone i vissa sekundärrättsliga rättsakter som till exempel i skälen till förordning (EEG) nr 1612/68⁵⁷ och i artikel 12 i direktiv 89/552/EEG⁵⁸ hänvisas till den mänskliga värdigheten och att den mänskliga värdigheten i detta sammanhang även har beaktats i rättspraxis.⁵⁹

55 — För en undersökning av den mänskliga värdighetens roll i medlemsstaternas författningar, se Meyer (ovan fotnot 53), s. 48 ff. För hänvisningar i författningarna, se även Rau och Schorkopf, "Der EuGH und die Menschenwürde", NJW, 2002, s. 2448, på s. 2449.

56 — Se i detta hänseende bland annat Brugger (ovan fotnot 46), s. 9 ff.

57 — "[F]ör att [rätten till fri rörlighet] objektivt sett skall kunna utövas i frihet och värdighet."

58 — "TV-reklam får inte undergräva respekten för den mänskliga värdigheten."

59 — Jämför bland annat dom av den 9 juli 1997 i de förenade målen C-34/95, C-35/95 och C-36/95, De Agostini m.fl. (REG 1997, s. I-3843), punkt 31, och av den 17 september 2002 i mål C-413/99 (ovan fotnot 35), punkt 59.

88. I några fall har domstolen och dess generaladvokater även hänvisat till den mänskliga värdigheten i andra sammanhang än de ovan nämnda, närmare bestämt i samband med likabehandlingsprincipen och förbudet mot diskriminering, det vill säga i kombinationen likabehandling/värdighet ("égale dignité").⁶⁰

89. I dom av den 9 oktober 2001 i mål C-377/98⁶¹ preciserade domstolen betydelsen och skyddet av den mänskliga värdigheten i gemenskapsrätten. Detta mål rörde en talan om ogiltigförklaring av Europaparlamentets och rådets direktiv 98/44/EG av den 6 juli 1998 om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar.⁶² Sökanden gjorde, i den mening som avses i ovan nämnda "objektformel" avseende den mänskliga värdigheten, bland annat gällande att det förhållandet att beståndsdelar som isolerats från människokroppen är patenterbara, vilket följer av artikel 5.2 i direktivet, innebär att levande mänskligt material används som ett verktyg, vilket utgör en kränkning av den mänskliga värdigheten. Domstolen gjorde i detta sammanhang

följande uttalande: "Det ankommer på domstolen, när den prövar huruvida institutionernas rättsakter är förenliga med gemenskapsrättens allmänna principer, att säkerställa att den grundläggande rätten till mänsklig värdighet och integritet respekteras." Domstolen godtog inte invändningen om rättsstridighet på grund av åsidosättande av den mänskliga värdigheten.⁶³

90. Därmed har domstolen slagit fast att respekten för den mänskliga värdigheten i vart fall utgör en del av gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper och detta är ett kriterium och ett villkor för gemenskapsrättsaktens lagenlighet. Frågan som uppkommer är emellertid om man även i detta fall skulle kunna argumentera att det rör sig om en form av tolkning av gemenskapsrättsliga bestämmelser som är förenlig med de grundläggande rättigheterna, och att skyddet för den mänskliga värdigheten enbart kan användas som ett tolkningskriterium i detta sammanhang. Vid första anblicken förefaller det som att antagandet att domstolen erkänner den mänskliga värdigheten som en allmän rättsprincip, i form av en värderingsprincip, men inte betraktar den mänskliga värdigheten som en självständig grundläggande rättighet eller en självständig rättslig grund, även finner stöd i den tyska versionen av den nämnda domen, i vilken en skillnad görs mellan "respekten" (för mänsklig värdighet) och den "grundläggande

60 — I dom av den 30 april 1996 i mål C-13/94, P mot S (REG 1996, s. I-2143), punkt 22, har domstolen gjort följande uttalande med avseende på en diskriminering (på grund av kön) av en transsexuell person: "Att ha överseende med en sådan diskriminering skulle innebära en kränkning av den värdighet och frihet som sådan person har rätt till och som domstolen har att skydda." Se även det uttalande som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer gjorde med hänvisning till denna dom i sitt förslag till avgörande av den 10 juni 2003 i mål C-117/01, K.B. (dom av den 7 januari 2004, REG 2004, s. I-541), punkt 77. Med avseende på rätten till lika lön för kvinnliga och manliga arbetstagare har generaladvokaten Cosmas gjort följande uttalande i sitt förslag till avgörande av den 8 oktober 1998 i mål C-50/96, Lilli Schröder m.fl. (dom av den 10 februari 2000, REG 2000, s. I-743), punkt 80: "I en rättslig gemenskap som respekterar och skyddar de mänskliga rättigheterna grundar sig kravet på lika lön för män och kvinnor huvudsakligen på principerna om människovärdet och om jämställdhet mellan män och kvinnor såväl som på kravet på en förbättring av arbetsvillkoren och inte på de ekonomiska syften i ... [inskränkt] mening ..."

61 — Nederländerna mot parlamentet och rådet (REG 2001, s. I-7079).

62 — EGT L 213, s. 13.

63 — Se ovan punkt 69 och följande punkter.

rätten" (till integritet).⁶⁴ Denna uppfattning bekräftas emellertid inte av övriga språkversioner, inklusive rätttegångsspråket (nederländska). I dessa språkversioner görs ingen motsvarande skillnad, utan det är där enbart tal om den "grundläggande rätten" till mänsklig värdighet.

91. Det förefaller således som att domstolen uppfattar begreppet mänsklig värdighet på ett lika omfattande sätt⁶⁵ som det som kommer till uttryck i artikel 1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.⁶⁶ Denna artikel har följande lydelse: "Människans värdighet är okränkbar. Den skall respekteras och skyddas."

— Slutsatser med avseende på förevarande mål

92. Eftersom begreppet mänsklig värdighet behöver fyllas ut, torde det i förevarande fall, till skillnad från domen i målet Schmidberger, knappast vara möjligt för domstolen att utan vidare likställa garantin för män-

niskans värdighet i den tyska grundlagen med garantin för människans värdighet, såsom denna erkänns av gemenskapsrätten.

93. Bedömningen av de nationella åtgärder som det här är fråga om bör följaktligen göras utifrån gemenskapsrätten. En sådan prövning kräver att rättfärdigandegrunden skydd för allmän ordning, som har åberopats av medlemsstaten, tolkas i enlighet med den betydelse och den räckvidd som den mänskliga värdigheten har i gemenskapens rättsordning. Det är i detta sammanhang viktigt att anmärka att skyddet av den mänskliga värdigheten erkänns som en allmän rättsprincip och därmed som en del av primär-rätten. Därav följer att domstolen, i den mån det är möjligt, inte får godta en tolkning av de grundläggande friheterna som tvingar en medlemsstat att tillåta aktiviteter och handlingar som utgör en kränkning av den mänskliga värdigheten. Det måste med andra ord vara möjligt att inom ramen för rättfärdigandegrunden skydd av den allmänna ordningen beakta överväganden avseende ett rättsintresse som skyddas och respekteras i gemenskapsrätten.

94. Som ett exempel kan jag slutligen hänvisa till ett liknande fall som har prövats av kommittén för de mänskliga rättigheterna som har upprättats enligt FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. I detta förfarande hade kommittén att bedöma om ett förbud mot "dvärgkastning", genom vilken den kortväxta klaganden förtjänade sitt levebröd, som hade meddelats av en fransk myndighet och som framför allt hade

64 — Se Rau och Schorkopf (ovan fotnot 54), s. 2449, och Jones, "Common Constitutional Traditions: Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?", 2004, s. 167 ff.

65 — Enligt tysk förebild såväl en konstitutionell princip som en grundläggande rättighet i sig.

66 — Se i detta hänseende Bernsdorff och Borowsky, "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Handreichungen und Sitzungsprotokolle", 2002, s. 142 f., s. 169 f. och s. 260 f., samt Meyer (ovan fotnot 53), s. 55 ff.

motiverats med hänsyn till skydd för den mänskliga värdigheten, var lagenligt. Med avseende på frågan om detta förbud utgjorde en otillåten diskriminering i den mening som avses i artikel 26 i konventionen konstaterade kommittén att distinktionen mellan dvärgväxta och övriga personer var grundad på objektiva skäl och hade inte ett diskriminerande syfte. Kommittén anförde till stöd för sitt resonemang följande: "Konventionsstaten har i förevarande fall visat att förbudet mot dvärgkastning, i den form som utövas av klaganden, inte utgör något missbruk, utan var nödvändigt med hänsyn till den allmänna ordningen, och staten har särskilt beaktat överväganden om den mänskliga värdigheten, vilket är förenligt med konventionens mål."⁶⁷

iv) Tolkning av begreppet allmän ordning med beaktande av betydelsen och räckvidden av den mänskliga värdigheten

95. Efter dessa inledande anmärkningar avseende begreppet allmän ordning skall det i det följande, med beaktande av ovan nämnda principer, prövas om det omtvistade förbudsbeslutet främjar ett erkänt mål av allmänt intresse och om beslutet står i proportion till de mål som eftersträvas.

— Begreppet allmän ordning

96. Av domstolens rättspraxis avseende begreppet allmän ordning? som ett gemenskapsrättsligt begrepp — framgår att domstolen försöker skapa en balans mellan å ena sidan en nödvändig begränsning av undantagen från de grundläggande friheter som säkerställs genom primärrätten och de därmed förbundna möjligheterna att motivera dessa begränsningar och medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning å andra sidan.

97. Domstolen har i enlighet med ovan nämnda framhållit att medlemsstaterna "i princip fortfarande [är] fria att utifrån nationella behov bestämma vad hänsynen till allmän ordning och allmän säkerhet kräver".⁶⁸ Domstolen har dessutom understrukit att de särskilda omständigheter som eventuellt kan motivera att begreppen allmän ordning och allmän säkerhet åberopas kan "variera från ett land till ett annat och från en tid till en annan", och att det "[därför är] nödvändigt att i detta hänseende tillerkänna de behöriga nationella myndigheterna ett utrymme för skönsmässig bedömning inom de ramar som fastställts i fördraget".⁶⁹

98. Domstolen har å andra sidan alltid understrukit att de rättfärdigandegrunder

⁶⁸ — Dom av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, *Église de scientologie* (REG 2000, s. I-1335), punkt 17.

⁶⁹ — Dom av den 4 december 1974 i mål 41/74, *Van Duyn* (REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2, s. 389), punkterna 18 och 19.

⁶⁷ — Se meddelande nr 854/1999: France 26/07/2002, CCPR/C/75/D/854/1999, särskilt 7.4 §.

som omfattas av begreppet allmän ordning skall tolkas restriktivt i gemenskapsrätten, så att ingen medlemsstat ensidigt kan bestämma dess räckvidd utan kontroll av gemenskapens institutioner.⁷⁰ Med avseende på tolkningsfrågan skall det anmärkas att det av denna rättspraxis framgår att bedömningarna visserligen kan variera från en medlemsstat till en annan, men att gemenskapsrätten sätter snäva gränser för individuella nationella bedömningar.

när det gäller de egna medborgarna genom att vidta repressiva åtgärder eller andra faktiska och effektiva åtgärder”.⁷³

— Huruvida det föreligger ett tillräckligt allvarligt hot i det konkreta fallet

100. Mot bakgrund av ovannämnda rättspraxis kan det i förevarande fall konstateras att den aktuella begränsningen av friheten att tillhandahålla tjänster enbart kan motiveras med hänsyn till allmän ordning om den spelvariant som har förbjudits genom det ifrågasatta beslutet utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot ett av samhällets grundläggande intressen.

99. Av domstolens rättspraxis framgår särskilt att en överträdelse av nationella bestämmelser inte automatiskt kan anses utgöra ett åsidosättande av allmän ordning. Domstolen kräver att det föreligger ett "verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen".⁷¹ Ett sådant hot kan särskilt inte anses föreligga i det fallet dessa hänsyn kringgås genom att de åberopas för att tjäna rent ekonomiska syften.⁷² En medlemsstat får inte heller vidta åtgärder mot en medborgare från en annan medlemsstat "på grund av ett uppträdande som medlemsstaten inte försöker förhindra

101. De nationella myndigheterna har ett utrymme för skönsmässig bedömning när de genomför denna avvägning. Domstolen har också gett uttryck för detta genom att konstatera att "gemenskapsrätten inte ålägger medlemsstaterna att tillämpa en enhetlig värdeskala vid bedömningen av om ett uppträdande kan anses strida mot allmän ordning".⁷⁴

70 — Se enbart dom i mål 36/75 (ovan fotnot 31), punkterna 26–28, och i mål 41/74 (ovan fotnot 69), punkterna 18–19.

71 — Dom av den 27 oktober 1977 i mål 30/77, Bouchereau (REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3, s. 459), punkterna 33–35. Se även dom av den 19 januari 1999 i mål C-348/96, Calfa (REG 1999, s. I-11), punkt 21.

72 — Dom i mål 36/75 (ovan fotnot 31), punkt 30, och i mål C-54/99 (ovan fotnot 68), punkt 17.

73 — Dom av den 26 november 2002 i mål C-100/01 (ovan fotnot 40), punkt 42. Se även dom av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl. (REG 2003, s. I-13031), punkt 69, och av den 18 maj 1982 i de förenade målen 115/81 och 116/81, Adoui och Cornuaille (REG 1982, s. 1665; svensk specialutgåva, volym 6, s. 421), punkt 9. Se i detta hänseende även mitt förslag till avgörande av den 10 april 2003 i mål C-42/02, Lindman (dom av den 13 november 2003, REG 2003, s. I-13519), punkt 114.

74 — Dom i de förenade målen 115/81 och 116/81 (ovan fotnot 73), punkt 8.

102. Av rättspraxis framgår att domstolen särskilt tillerkänner medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning när det handlar om ideologiskt känsliga frågor eller frågor som är förknippade med särskilda samhällsfaror. Således har domstolen på grund av den särskilda samhällsfara som hasardspel utgör tillerkänt medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att avgöra omfattningen av "det skydd som en medlemsstat önskar upprätthålla inom sitt territorium i fråga om lotterier och andra spel om pengar".⁷⁵ Såsom kommissionen med rätta har anfört bekräftar detta att rättfärdigandegrunderna ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning när de fattar beslut som är diskretionära eller som grundas på värderingar.

103. Såsom domstolen har klargjort i sin senaste rättspraxis måste emellertid även begränsande nationella åtgärder på exempelvis området för hasardspel bland annat uppfylla lämplighets- och proportionalitetsvillkoren.⁷⁶

104. Sålunda som medlemsstaten åberopar att det föreligger en särskild fara för den mänskliga värdigheten skall det konstateras att den mänskliga värdigheten utan tvekan hör till de grundläggande intressen som skyddas i varje samhälle som ålägger sig att skydda och respektera de grundläggande rättigheterna.

105. Ur metodologisk synvinkel skall anmärkas att antagandet att ett av samhällets grundläggande intressen påverkas grundas på nationella värderingar. I detta sammanhang är det inte nödvändigt att det föreligger en gemensam uppfattning i medlemsstaterna.⁷⁷

106. Denna bedömning motsägs inte av den av den nationella domstolen nämnda domen i målet Schindler.⁷⁸ I denna dom anförde domstolen nämligen att "man inte kan bortse från de moraliska, religiösa eller kulturella betänkligheter som finns i samtliga medlemsstater". Med detta uttalande menade domstolen att det förhållandet att det finns en gemensam uppfattning om behovet av att begränsa en grundläggande frihet utgör en indikation på att begränsningen är legitim, men innebär inte att denna gemensamma uppfattning utgör en förutsättning för erkännandet av denna legitimitet.⁷⁹

⁷⁵ — Se dom av den 21 september 1999 i mål C-124/97, Läära m.fl. (REG 1999, s. I-6067), punkt 14, och av den 21 oktober 1999 i mål C-67/98, Zenatti (REG 1999, s. I-7289), punkt 33, i vilka det hänvisas till domen i målet Schindler (ovan fotnot 6).

⁷⁶ — Bland annat domen i mål C-42/02 (ovan fotnot 73), punkt 25.

⁷⁷ — Se ovan punkt 71.

⁷⁸ — Domen i mål C-275/92 (ovan fotnot 6), punkt 60.

⁷⁹ — Kommissionen har i detta sammanhang med rätta framhållit att domstolen gjorde detta uttalande i samband med prövningen av huruvida det fanns anledning att godta den rättfärdigandegrund som åberopats av medlemsstaten.

107. I förevarande mål framträder medlemsstaternas gemensamma uppfattning inte i den konkreta nationella utformningen av skyddet för den mänskliga värdigheten (i förevarande fall i form av det omtvistade förbudsbeslutet), utan i principiellt överensstämmande värderingar avseende den mänskliga värdighetens betydelse i den tillämpliga nationella rätten och i gemenskapsrätten.

108. Med beaktande av den grundläggande betydelse som den mänskliga värdigheten har i gemenskapens rättsordning talar de omständigheter som Bundesverwaltungsgericht har nämnt för att det i förevarande fall faktiskt föreligger ett allvarligt hot av samhällets grundläggande intressen på så sätt som har gjorts gällande. I beslutet om hänskjutande har särskilt påpekats att Ome-gas spelverksamhet har väckt irritation hos allmänheten. I rättsligt hänseende skall förbudet mot våldsförhållande och våldsför-jande aktiviteter eller tjänster nämnas, vilket förbud motiveras med hänsyn till skyddet av och respekten för den mänskliga värdig-heten.⁸⁰

109. Det är ostridigt att det nu aktuella förbudsbeslutet utgör en åtgärd som är tillämplig utan åtskillnad.

110. Vad beträffar de tvivel som framförts huruvida förbudsbeslutet har stöd i den nationella lagen är det tillräckligt att konstatera att det i gemenskapsrätten inte finns något lagstiftningsförbehåll för begränsningar av de grundläggande friheter som garanteras i fördraget. Frågan huruvida förbudsbeslutet har ett tillräckligt bestämt stöd i lagen, skall följaktligen bedömas enligt nationell rätt.

111. Det har varken i det skriftliga förfa-randet eller vid den muntliga förhandlingen ifrågasatts att det aktuella förbudsbeslutet är ägnat att undanröja det hot mot samhällets grundläggande intressen som har fastställts.

112. Det torde inte heller råda något tvivel om att förbudet är nödvändigt för att undanröja hot mot allmän ordning, särskilt med avseende på skyddet för den mänskliga värdigheten. Det är inte felaktigt av till-synsmyndigheten att betona att det enbart är en spelvariant som har förbudits genom det omtvistade förbudsbeslutet, varför det är svårt att se hur en mindre ingripande åtgärd skulle ha kunnat vidtas.

80 — När det provas om de nationella myndigheterna har utövat sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett sätt som är förenligt med gemenskapsrätten skall särskilda omständigheter i medlemsstaten beaktas. I detta sammanhang skall det hänvisas till att den tyska befolkningen är särskilt känslig till följd av den händelse som ägde rum på ett gymnasium i Erfurt den 26 april 2002 där flera människor sköts ihjäl.

113. Det aktuella förbudsbeslutet utgör inte heller ett oproportionerligt intrång i ett av Omegas rättsintressen. I den mån som inskränkningen i den berörda grundläggande friheten har skett genom en enskild åtgärd kan det inte heller spela någon roll för den gemenskapsrättsliga proportionalitetsprövningen av denna åtgärd om åtgärder har vidtagits i andra fall eller inte, eftersom den gemenskapsrättsliga bedömningen av åtgärden beror på omständigheterna i varje enskilt fall, såsom de har fastställts av Bundesverwaltungsgericht. Det framgår i vart fall inte av handlingarna i målet att de tyska myndigheterna har varit inkonsekventa vad gäller laserspel.

V — Förslag till avgörande

114. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar Bundesverwaltungsgerichts tolkningsfråga på följande sätt:

Det är förenligt med bestämmelserna i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen om frihet att tillhandahålla tjänster att fatta ett nationellt förbudsbeslut mot en näringsverksamhet, som enligt den nationella domstolen strider mot grundläggande värderingar i den konstitutionella rätten, under förutsättning att detta beslut kan motiveras med hänsyn till allmän ordning, som är ett mål av allmänt intresse, och att det kan säkerställas att detta mål inte kan uppnås genom åtgärder som medför en mindre begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster.