

Anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU af Domstolen som selvstændig bestemmelse i forbindelse med fravigelser fra EU-retten

Use of art. 4(2) TEU as a legitimate and independent ground of derogation from EU law by the Court of Justice of the European Union

af SANDER YTTRUP NØRLEM

Formålet med afhandlingen var at forsøge at besvare den overordnede problemstilling, i hvilket omfang art. 4, stk. 2, 1. linje TEU indgår ved Domstolens bedømmelse ud fra et EU-retligt perspektiv. Spørgsmålet, som søges belyst, var navnlig, om hensynet til respekt for den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU indgår som en selvstændig bestemmelse og grundlag, som kan begrunde en fravigelse fra EU-retten.

Indledningsvist foretages en analyse af selve indholdet af bestemmelsen. Denne foretages med udgangspunkt i en tekstuel analyse af fire sproglige affattelser af traktatbestemmelsen, men praksis og faglig litteratur inddrages ligeledes. Først tages stilling til bestemmelsens retlige status, hvor det konkluderes på baggrund af bl.a. bestemmelsens placering i Afsnit I om de fælles bestemmelser, at der er tale om en retlig forpligtelse frem for en politisk deklaration.

Herefter opdeles bestemmelsen i fire dele, som analyseres for sig. Disse dele er navnlig, som de fremgår af bestemmelsen, respekt, grundlæggende, national identitet og politiske og forfatningsmæssige strukturer.

I vurderingen af begreberne, som Domstolen ikke synes at have defineret på en klar og objektiv vis, konkluderes det, at den respekt, som Unionen skal udøve, ikke er absolut. Yderligere er det kun grundlæggende elementer af den nationale identitet, som er omfattet. I denne forbindelse konkluderes det, at særligt medlemsstaternes forfatninger såvel som uskrevne principper på samme retlige trinshøjde, kan hjælpe i identifikationen af grundlæggende elementer. Det er dog vigtigt at bemærke, især på baggrund af et forslag til afgørelse, at en bestemmelses forfatningsrang ikke er ensbetydende med, at denne er grundlæggende i art. 4, stk. 2, TEU's forstand.

Begrebet national identitet må læses i sammenhæng med sidste del af første linje af bestemmelsen, eftersom det er den nationale identitet, som den kommer til udtryk i de politiske og forfatningsmæssige strukturer. Det bemærkes dog, at national identitet ikke er det samme som forfatningsmæssig identitet, som er blevet anvendt af nationale domstole. For så vidt angår de politiske og forfatningsmæssige strukturer, er der sprogligt tale om en afgrænsning af bestemmelsen historisk set. Dette især når bestemmelsen læses i sammenhæng med art. 3, stk. 3, TEU, hvorefter sprog nu nyder selvstændig beskyttelse, hvilket burde tale for, at sprog som sådan falder uden for art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU's omfang. Bestemmelsen synes desuagtet at blive fortolket bredere end hvad en sproglig forståelse synes at lægge op til. I en sag som nærmere gennemgås i afhandlingen, finder Domstolen, at nationale officielle sprog er omfattet af art. 4, stk. 2, TEU såvel som art. 3, stk. 3, TEU.

Efter vurderingen af bestemmelsen som sådan foretages en analyse af Domstolens praksis, hvor ligeledes generaladvokatens forslag til afgørelser såvel som faglig litteratur inddrages. Praksis vedrørende art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU har hovedsageligt beskæftiget sig med præjudicielle spørgsmål om hindringer til den frie bevægelighed, og om disse kunne begrundes i den nationale identitet i medlemsstaten, men bestemmelsen har også været aktuel i forbindelse med definitionen af EU-retlige begreber samt enkelte annullationssøgsmål.

Afhandlingen opdeles i forbindelse med analysen af Domstolens praksis i to dele. Først analyseres praksis vedrørende den frie bevægelighed, herefter al anden praksis og afslutningsvist sammenholdes praksis som sådan.

I forbindelse med art. 4, stk. 2, TEU som begrundelse til hindringer til den frie bevægelighed beskæftiger praksis sig endnu mere afgrænsende hovedsageligt med art. 21, TEUF. Afhandlingens formål i denne forbindelse er navnlig at fastlægge, om art. 4, stk. 2, TEU selvstændigt kan begrunde hindringer, eller om de bagvedliggende hensyn til medlemsstatens nationale identitet skal fortolkes som ethvert andet hensyn, som lovligt kan begrunde en hindring. Disse er såvel de traktatmæssige undtagelser som de almene tvingende hensyn, som Domstolen har udviklet igennem praksis.

Ved behandlingen af denne praksis konkluderes det, at art. 4, stk. 2, TEU indgår i bedømmelsen. Bestemmelsen anvendes dog ikke selvstændigt, hvilket navnlig fremgår af Domstolens formuleringer, hvor det indrømmes, at den nationale identitet kan tages i betragtning som et forhold, der kan begrunde en restriktion, hvorefter den fortolker de bagvedliggende hensyn som et tvingende alment hensyn navnlig offentlig orden.

Det, som bestemmelsen anvendes til, synes at være ved selve fastlæggelsen af det tvingende almene hensyn i medlemsstaten, og har ikke anvendt art. 4, stk. 2, TEU i sine konklusioner. Domstolen udtaler gengående i forbindelse med begrebet offentlig orden som begrundelse for en fravigelse fra en grundlæggende frihed, at offentlig orden skal fortolkes strengt, men at de særlige omstændigheder der kan begrunde påberåbelsen af begrebet offentlig orden kan være forskellige fra medlemsstat til medlemsstat og fra periode til periode, hvorfor der overlades et skøn til medlemsstaterne i fastsættelsen af begrebet inden for rammerne af traktaten.

Denne skønsbeføjelse synes at være bred, og hensynene synes at indgå relativt tungtvejende i vurderingen, eftersom grundlæggende rettigheder som retten til privatliv og familieliv viger for den nationale identitet og de bagvedliggende hensyn i en flerhed af de gennemgåede sager. Omvendt er det ikke uden begrænsninger, da det omvendte var tilfældet i sagen Coman.

I forbindelse med behandlingen af anden praksis er flere af de gennemgåede domme af mere eller mindre begrænset værdi. I Taricco I og II nævnes hverken national identitet eller art. 4, stk. 2, TEU eksplicit, men argumentationen lægger op til, at bestemmelsen kunne have været anvendt. Domstolen valgte desuagtet at begrunde resultatet i art. 4, stk. 2, TEUF, hvilket nærmere diskuteres i afhandlingen. Dog er generaladvokatens forslag vigtig at bemærke. Han tager stilling til det strafferetlige legalitetsprincips status i den italienske retsorden som grundlæggende. Det er således fortolkningsmomenterne ift. ”grundlæggende”, som kan udledes.

I Iszak og Dabis mod Kommissionen anvender Retten art. 4, stk. 2, TEU ved definitionen af et EU-retligt begreb, men dommen ophæves af Domstolen, som ligeledes træffer afgørelse. Det er ikke åbenbart, om Domstolen tiltræder eller afviser Rettens anvendelse af bestemmelsen, da dommen ophæves på baggrund af en retlig fejl begået af Retten, og da Domstolen ikke i sin afgørelse tager stilling til præmisserne om art. 4, stk. 2, TEU.

Sagerne bragt af henholdsvis Polen og Ungarn mod Parlamentet og Rådet fra 2021 har i modsætning væsentlig værdi. Sagerne behandles i afhandlingen samlet, da præmisserne vedrørende art. 4, stk. 2, TEU er stort set identiske. I sagerne udtaler Domstolen, at art. 2, TEU udgør selve Unionens identitet, og der kan således drages paralleller mellem art. 2 og art. 4, TEU. Art. 2, TEU sætter en nedre grænse for, hvad Unionen skal respektere. Ifølge Domstolen er der i overensstemmelse med art. 4, stk. 2, TEU overladt medlemsstaterne et skøn i forbindelse med gennemførelsen af retsstatsprincippet, men der ligger her i en præcis resultatforpligtelse, som skal opnås, i art. 2, TEU.

Som det var konklusionen i forhold til hindringer til den frie bevægelighed, synes art. 4, stk. 2, TEU at overlade et skøn til medlemsstaterne i forbindelse med såvel gennemførelsen af som ved fravigelsen fra EU-ret.

Afslutningsvist konkluderes det, at art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU ikke anvendes som en selvstændig bestemmelse som sådan. Det synes mere oplagt, at art. 4, stk. 2, TEU skal læses i sammenhæng med anden EU-ret, hvor bestemmelsen anvendes til udformningen af EU-retlige begreber, hvor disse gør indgreb på centrale områder i medlemsstaten, men den ændrer eksempelvis ikke karakteren af begrundelser for restriktioner fra ”offentlig orden” til ”national identitet”, og er i øvrigt undergivet samme test, desuagtet at hensynet konkret er et element af den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU.

Indholdsfortegnelse

1. Abstract.....	4
2. Forkortelser.....	4
3. Introduktion.....	5
3.1. Problemformulering samt disposition.....	5
3.2. Afgrænsning.....	5
3.3. Metode og retskilder.....	6
4. Analyse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU.....	6
4.1. Begrebet respekt.....	7
4.2. Begrebet grundlæggende.....	8
4.3. National identitet.....	9
4.4. Politiske og forfatningsmæssige strukturer.....	10
4.5. Opsummerende.....	11
5. Anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU.....	12
5.1. Som begrundelse til hindringer af bevægelsesfriheder.....	12
5.1.1. Introduktion.....	12
5.1.2. Sag C-36/02, Omega.....	14
5.1.3. C-438/14, Bogendorff.....	15
5.1.4. C-208/09, Sayn-Wittgenstein.....	18
5.1.5. Sag C-391/09, Runevič-Vardyn.....	19
5.1.6. Sag C-673/16, Coman.....	19
5.1.7. Opsummerende om national identitet som begrundelse for en restriktion til bevægelsesfrihed.....	22
5.2. Anden praksis.....	23
5.2.1. Sagerne C-156/21, Ungarn og C-157/21, Polen.....	23
5.2.2. Sagerne Taricco og M.A.S. og M.B.....	25
5.2.3. Iszak og Dabis.....	28
5.2.4. Opsummerende.....	29
5.3. Sammenholdning af praksis.....	29
6. Konklusion.....	31
7. Litteraturfortegnelse.....	32
7.1. Lovgivning.....	32
7.2. Litteratur.....	32
7.3. Artikler.....	32
7.4. Forslag til afgørelse fra generaladvokater.....	32
7.5. Domme fra Domstolen.....	33

7.6. Domme fra Retten.....	33
7.7. Domme fra nationale domstole	33

1. Abstract

The content and reach of the identity clause envisaged in art. 4(2) TEU has been debated and this thesis will delve into the subject. The thesis will, however, be limited to the use of the article by the Court of Justice of the European Union, namely with respect to the use of art. 4(2) TEU as a legitimate and independent ground of derogation from EU law. The article has been relevant in several respects although the overall number of cases involving art. 4(2) TEU is limited. The main body of the limited case-law regards the freedom of movement contained in art. 21(1) TFEU.

First, the content of the article will be subject to an analysis in which several of the official texts are included. Analyzing the meaning of the concepts in the article the text itself, legal literature, opinions of the advocate generals, and judgements of the Court it is concluded that it is not necessarily the case that a rule or principle of a constitutional nature constitutes a fundamental part of the national identity. Nonetheless, the constitutions of the member states broadly seem decisive in determining the fundamental nature of a rule or principle and thereby the applicability of art. 4(2) TEU. It is further concluded that the European Union's respect is not without limitations, which is exemplified in the case-law as well as the textual interpretation of the article. First, art. 2 TEU and with less consistency in the case-law the fundamental rights contained in the Charter, and secondly, the overall balancing of rights and interests seem to act as limitations to the use of art. 4(2) TEU by way of derogating from EU law. The exact contents of art. 4(2) TEU cannot be formulated with complete certainty as the Court has been reluctant in framing in objective terms the precise content and conditions relating to art. 4(2).

The actual use of the article by the Court seems to be as a rule of interpretation or as a rule relaying discretion to the member state. In accordance with art. 4(2) TEU the member states enjoy a certain degree of discretion when implementing the principle of rule of law as contained in art. 2 TEU. However, the obligation as to the result to be achieved as prescribed by art. 2 TEU may in no way vary from state to state. In relation to the case-law regarding restrictions to the freedom of movement the national identity of the member state seem to be the underlying rationale in determining the public order in the specific state, rather than art. 4(2) TEU itself constituting the legal basis for derogations regarding freedom of movement.

The thesis concludes that art. 4(2) TEU, despite being a legal obligation, cannot stand on its own when derogating from EU law. More specifically the national identities of the member states are included in the discretion which the member states are allowed, i.e., in the determination of public order.

2. Forkortelser

Traktaten om Den Europæiske Union	TEU
Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde	TEUF
Artikel	Art.
Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/38/EF	Opholdsdirektivet

3. Introduktion

3.1. Problemformulering samt disposition

Som det vil fremgå af afhandlingen, har art. 4, stk. 2, TEU været anvendt af medlemsstaterne som begrundelse for at fravige eller begrænse EU-retten i flere typer sager, og ligeledes behandlet af Domstolen hvoraf, der i øvrigt er tilfælde, hvor dette er de motu proprio. Retspraksis har hovedsageligt beskæftiget sig med spørgsmålet, om bestemmelsen kunne begrunde hindringer til den frie bevægelighed efter art. 21, TEUF, men art. 4, stk. 2, TEU er ligeledes blevet påkaldt i forbindelse med annullationssøgsmål, hvor det bl.a. var bestridt, om der i vedtagelsen af EU-retlige retsakter var taget tilstrækkeligt hensyn til den nationale identitet. Overordnet set er praksis vedrørende art. 4, stk. 2, TEU dog relativt begrænset.

Formålet med denne afhandling er at forsøge at besvare den overordnede problemstilling, i hvilket omfang art. 4, stk. 2, 1. linje TEU indgår ved Domstolens bedømmelse ud fra et EU-retligt perspektiv. Spørgsmålet, som søges belyst, er navnlig, om hensynet til respekt for den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU indgår som en selvstændig bestemmelse og grundlag, som kan begrunde en fravigelse fra EU-retten.

Eksempelvis om medlemsstaternes nationale identitet kan indgå som et selvstændigt og legitimt hensyn ved vurderingen af begrundelser for hindringer til den frie bevægelighed på lige fod med de hensyn, som fremgår af de traktatmæssige undtagelsesbestemmelser, som et tvingende alment hensyn, eller om det underliggende hensyn, som påstås omfattet af den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, blot skal fortolkes som et sådan hensyn, men altså desuagtet at det er omfattet af medlemsstatens nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU.

Der vil således i afhandlingen indledningsvist blive taget stilling til art. 4, stk. 2 TEU's retlige status, navnlig om der foreligger en bindende retlig forpligtelse eller blot en politisk deklARATION uden nærmere indhold. I denne forbindelse vil der blive foretaget en tekstuel analyse af selve artiklen, herunder med en inddragelse af fire forskellige officielle sprog, navnlig som bestemmelsen er affattet på dansk, som vil være det primære analyseobjekt, engelsk, tysk og fransk, hvor det vil blive forsøgt at udlede en nærmere betydning af begreberne, som anvendes i bestemmelsen. Hertil tages ligeledes hensyn til artiklens placering i TEU. Denne analyse sker ligeledes under inddragelse af Domstolens praksis og juridisk litteratur på området, i det omfang det er relevant for den sproglige forståelse af bestemmelsen.

Dernæst vil Domstolens praksis vedrørende den konkrete anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU behandles. I analysen af Domstolens domme vil det navnlig blive undersøgt, om der eksisterer en konsekvent anvendelse af bestemmelsen, og om hvordan denne konkret finder anvendelse på tværs af forskellige typer af sager.

3.2. Afgrænsning

Formålet med denne afhandling er overordnet at belyse i hvilket omfang art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU indgår i Domstolens praksis. Det forudsættes således i afhandlingen, at læseren har forudgående kendskab til EU-ret, hvorfor begreber som eksempelvis direkte effekt, forrangsprincippet, umiddelbar anvendelighed og grænseoverskridende aktivitet ikke vil blive redegjort nærmere for. Afhandlingen er begrænset til Domstolens anvendelse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, hvorfor anden relevant primær og sekundær EU-ret kun redegøres for, i det omfang dette anses for værende relevant. Hertil kan nævnes eksempelvis art. 21, stk. 1, TEUF, eftersom art. 4, stk. 2, TEU har været påkaldt som begrundelse til en hindring til den frie bevægelighed, hvorfor en kort og overfladisk redegørelse af praksis vedrørende art. 21, stk. 1, TEUF mere generelt i et vist omfang er nødvendigt for at kunne sammenligne hvordan den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU anvendes i denne praksis. Afhandlingen er udarbejdet ud fra et EU-retligt perspektiv, hvorfor domme fra de nationale domstole i denne forbindelse er irrelevante. To domme fra nationale domstole indgår, men dette er udelukkende som mindre bemærkning og i øvrigt blot til belysning af kontekst og altså ikke som et fortolkningselement, og bliver således ikke redegjort nærmere for, da domme fra medlemsstaterne ikke kan danne grundlag for præcedens i forhold til en traktatbestemmelse, hvilket navnlig er Domstolens opgave at fortolke og anvende, jf. art. 19, TEU.

3.3. Metode og retskilder

Det overordnede formål med afhandlingen er at beskrive, fortolke og systematisere gældende ret med henblik på at klarlægge den nuværende retsstilling angående konkret art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU. Det er således den retsvidenskabelige metode, som er anvendt i denne forbindelse.¹ Hertil inddrages retskilder hvilke navnlig er retspraksis, lovgivning samt juridisk litteratur, i det omfang dette er relevant.

I forhold til de retskilder, som specifikt er anvendt, bliver der i afhandlingen hovedsageligt lagt vægt på Domstolens og Rettens retspraksis, navnlig vedrørende de domme, hvor art. 4, stk. 2, TEU har været påkaldt eller behandlet de motu proprio, men ligeledes generaladvokaters forslag til afgørelser samt juridisk faglitteratur er inddraget. Hertil skal det dog bemærkes, at disse forslag samt den juridiske litteratur i sagens natur har en mindre kildemæssig værdi end Domstolens praksis.

Forskellige generaladvokaters forslag til afgørelser er anvendt i et mere begrænset omfang, og det skal bemærkes, at disse forslag ikke indeholder bindende udtalelser for Domstolen, men forslagene anvendes som fortolkningselementer i denne afhandling, hvor der dog skal tages hensyn til, om forslaget navnlig er blevet anvendt eller forkastet.

Den juridiske faglitteratur, som er anvendt i denne afhandling, er primært affattet på engelsk, og er inddraget som element i fortolkningen af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU som sådan og til inddragelsen af forskellige synspunkter på selve anvendelsen heraf, eftersom Domstolens praksis vedrørende bestemmelsen er begrænset, men det skal holdes in mente, at disse forfatteres opfattelse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU ikke har samme værdi som Domstolens opfattelse.

Det skal afsluttende bemærkes, at forarbejderne til traktaterne i praksis er uden betydning ved fortolkningen af traktatbestemmelserne,² hvorfor forarbejder ikke er inddraget i afhandlingens materiale.

4. Analyse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU

Artikel 4, stk. 2, 1. linje, TEU lyder således:

Unionen respekterer medlemsstaternes lighed over for traktaterne samt deres nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer, herunder regionalt og lokalt selvstyre.

Som det kan konstateres, er art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU placeret i Afsnit I omhandlende de fælles bestemmelser. Respekten for medlemsstaternes nationale identitet er således placeret blandt bestemmelser af helt grundlæggende karakter, herunder bl.a. principperne om subsidiaritet, kompetencetildeling, loyalt samarbejde og proportionalitet. Dette taler for, at der er tale om en grundlæggende retlig forpligtelse på samme retlige trinshøjde som de førnævnte principper, frem for en politisk deklARATION uden retligt indhold.

Medlemsstaternes inddragelse af respekten for deres nationale identiteter efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU i deres påstande, taler i hvert fald for, at medlemsstaterne opfatter artiklen som en juridisk forpligtelse, som Domstolen skal inkludere i bedømmelsen af konflikter mellem national ret og EU-ret. Giacomo Di Federico fremhæver tillige i en artikel, at placeringen i afsnit I indikerer, at disse principper, sammen med i øvrigt forrangsprincippet, skal læses i sammenhæng ved fastsættelsen af grænserne for EU-akter,³ som altså ligeledes støtter, at der er tale om en retlig forpligtelse. Det, at art. 4, stk. 2, TEU skal læses i sammenhæng med de andre bestemmelser i Afsnit I i TEU, eller i hvert fald princippet om loyalt samarbejde, kan støttes i en udtalelse fra en generaladvokats forslag til afgørelse af sagen

¹ Jens Evald, *Juridisk teori, metode og videnskab*, 2. udgave, 1. oplag, (København: Djøf Forlag 2020), s. 209.

² Karsten Engsig Sørensen og Jens Hartig Danielsen, *EU-Retten*, 7. udgave, (København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019), s. 117.

³ Giacomo Di Federico, "The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards", *European Public Law* 25, no. 3 (2019), s. 355.

Coman.

M. Wathelet bemærker navnlig, at den forpligtelse til at respektere den nationale identitet, der er fastsat i artikel 4, stk. 2, TEU, ikke skal forstås uafhængigt af bl.a. princippet om loyalt samarbejde, jf. art. 4, stk. 3, TEU,⁴ men det skal bemærkes, som fremhævet af Elke Cloots, at Domstolen ikke har underkendt en EU-retsakt som ugyldig eller stridende imod art. 4, stk. 2, TEU,⁵ hvilket ikke synes at have ændret sig fra bogens dato til tidspunktet for denne afhandling.

Indholdet og omfanget af denne retlige forpligtelse, som følger af art. 4, stk. 2, TEU, er dog ikke uden videre åbenbart. Dette skal indledningsvist forsøges udledt fra en tekstuel analyse, eftersom Domstolen som udgangspunkt anvender en ordlydsfortolkning, hvor det skal holdes in mente, at alle sproglige versioner er autentiske.⁶ Yderligere anlægges en teleologisk fortolkning af traktatbestemmelserne, hvor der navnlig lægges vægt på ”l’effet utile”, og domme fra Domstolen har betydelig præjudikatsværdi,⁷ hvorfor der lægges særlig vægt på behandlingen af domme i nedenfor.

Særligt fire elementer af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU lægger op til en nærmere bedømmelse, som dog ikke kan holdes helt adskilt. Det er navnlig hvad der ligger i begreberne ’*respekt*’, ’*grundlæggende*’, ’*deres nationale identitet*’ og sidst ’*som de kommer til udtryk i deres politiske og forfatningsmæssige strukturer*’, som i sig selv er selvstændige EU-retlige begreber.⁸

4.1. Begrebet respekt

Spørgsmålet i forhold til det materielle indhold af begrebet respekt er, i hvilket omfang Unionen skal respektere medlemsstaternes identitet, hvilket har nær sammenhæng med denne afhandlings emne. Ikke meget kan udledes med sikkerhed af ordet ”respekt/respect/respecte/achtet”, som det fremgår af fire affattelser af traktatteksten. Ordet ”respekt” i sig selv antyder noget, set i lyset af den tyske affattelse, som anvender ”achtet”, som skal tages hensyn til, men det kan synes svært at udlede noget endeligt fra selve ordet eller artiklen i øvrigt, som er relativt kortfattet. I øvrigt anvendes ”tages hensyn til” af generaladvokat Y. Bot i et forslag til afgørelse,⁹ som behandles nærmere nedenfor.

I det ekstreme findes en absolut respekt for national identitet, hvor løsningen på konflikter mellem EU-ret og national ret ikke er EU-ret, som forrangsprincippet ellers tilsiger, men national ret. En sådan absolut tilgang er fremsat af Alina K.-Ireland i hendes artikel, som foreslår, at proportionalitetsvurderingen såvel som kompatibiliteten mellem national ret og primær såvel som sekundær ret helt forkastes fra vurderingen af konflikter mellem EU-ret og national ret, da ”*This will ensure that Article 4(2) TEU will stand on its own, and prevail when in conflict with primary or secondary EU law.*”¹⁰ Hendes forslag lyder nærmere på, at værdierne, som udgør medlemsstaternes grundlæggende forfatningsmæssige og politiske strukturer, og som beskyttes efter art. 4, stk. 2, TEU, begrænses til de aller-mest fundamentale eller en kerne af værdier, som er unikke til dem, mod at disse beskyttes absolut.¹¹ Denne løsning ville således medføre, at der ved en konflikt mellem på den ene side EU-ret og på den anden side national ret, som konkret falder under medlemsstatens nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, altid løses ved, at national ret finder anvendelse desuagtet nødvendigheden og proportionaliteten heraf. Med ’unik’ drager forfatteren en parallel til DNA således, at der skal være tale om noget, som ingen anden medlemsstat udviser på præcis samme vis.¹² Det skal dog her bemærkes, som forfatteren indrømmer, at der ikke er tale om de lege lata, men nærmere et forslag til, hvordan art. 4, stk. 2, TEU

⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet fremsat den 11. januar 2018, Coman, ECLI:EU:C:2018:2, præmis 40.

⁵ Elke Cloots, *National Identity in EU Law*, (New York: Oxford University Press, 2015), s. 63.

⁶ Engsig og Danielsen, *EU-Retten*, s. 116-7.

⁷ Ibid.

⁸ Eksempelvis forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsat den 2. december 2021, Polen, ECLI:EU:C:2021:978, fodnote 19.

⁹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot fremsat den 18. juli 2017, M.A.S. og M.B., ECLI:EU:C:2017:564, præmis 172.

¹⁰ Alina Kaczorowska-Ireland, “What Is the European Union required to Respect under Article 4(2) TEU? The Uniqueness Approach”, *European Public Law* 25, no. 1 (2019), s. 59.

¹¹ Ibid., s. 57 i forordet.

¹² Ibid., s. 58.

skal anvendes, altså udtryk for de lege ferenda i og med, at hun udtaler: ”*This article proposes that a new approach, ‘the uniqueness approach’, be used to determine what exactly the EU is required to respect under Article 4(2) TEU.*”¹³

Omvendt hvis det læses i lyset af Di Federicos opfattelse af, at artiklen, grundet placeringen blandt de fælles bestemmelser i Afsnit I af TEU, skal læses i sammenhæng med blandt andet principperne om proportionalitet og loyalt samarbejde.¹⁴ I øvrigt synes Domstolen at have tilsluttet sig den opfattelse, at respekten ikke er absolut, hvilket i øvrigt ellers ville kunne skade uniformiteten og effektiviteten af EU-ret. Her kan eksempelvis sagen Sayn-Wittgenstein nævnes, hvor Domstolen udtalte, at ”... *kan loven om afskaffelse af adelen, som et element i den nationale identitet, tages i betragtning ved afvejningen af de berettigede interesser over for retten til personers frie bevægelighed, der er anerkendt ved EU-retten til støtte herfor.*”¹⁵, hvilket i hvert fald taler for, at den respekt, som Unionen skal udvise medlemsstaternes nationale identiteter efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, ikke er absolut, men at der er tale om en afvejning.

Ligeledes til støtte herfor ses i praksis en negativ afgrænsning af, hvad der i hvert fald ikke skal respekteres. I denne forbindelse har Domstolen taget afstand fra at beskytte værdier, som påstås at være en del af medlemsstaternes nationale identiteter, hvis disse strider imod værdierne indeholdt i art. 2, TEU, som art. 4, stk. 2, TEU i øvrigt ifølge Di Federico skal læses i sammenhæng med som en grundlæggende bestemmelse. Som nyere eksempler herpå findes to domme fra 2021 omhandlende retsstatsprincippet i Ungarn¹⁶ og Polen¹⁷. Dommene vil blive behandlet mere indgående nedenfor under behandlingen af Domstolens praksis angående art. 4, stk. 2 TEU, men opsummerende herom kan siges, at henholdsvis Ungarn og Polen bragte et annulationssøgsmaal mod Parlamentet og Rådet vedrørende forordning (EU, Euratom) 2020/2092. Forordningen omhandler den generelle ordning med konditionalitet til beskyttelse af Unionens budget, og sagerne drejede sig i hovedsagen om Polen og Ungarns overholdelse af værdierne nedfældet i art. 2, TEU, herunder navnlig retsstatsprincippet, som betingelse for modtagelse af visse ydelser fra Unionen. Forordningen blev af Polen og Ungarn påstået at være i strid med en flerhed af traktatbestemmelser, herunder proceduren fastlagt i art. 7, TEU, og principper, men denne afhandling er begrænset til parternes påstande om og Domstolens bedømmelse af respekten for den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU.

Reelt set var det kun Ungarn, som havde en påstand om mangel af respekt for den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, da Polens påstand omhandlede overtrædelse af art. 4, stk. 2, 2. linje, TEU om centrale statslige funktioner, men Domstolen valgte desuagtet at behandle art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU de motu proprio i sagen bragt af Polen, og præmisserne i denne henseende er stort set identiske med dem i sagen bragt af Ungarn.¹⁸

Domstolen udtaler, at der følger en resultatforpligtelse for medlemsstaterne i forhold til gennemførelsen af retsstatsprincippet fra art. 2, TEU, og at denne ikke kan variere fra medlemsstat til medlemsstat, men at medlemsstaterne er overladt et skøn med henblik på selve gennemførelsen heraf i kraft af Unions respekt for medlemsstatens nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU.¹⁹ Art. 2, TEU synes således, i hvert fald hvor der eksisterer en fælles EU-retlig opfattelse af værdien/princippet, at sætte en grænse for, hvad Unionen skal respektere og viser, at respekten for de nationale identiteter efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU ikke er uden begrænsninger.

4.2. Begrebet grundlæggende

Det, som må anses for værende grundlæggende/fundamental/fondamentales/grundlegenden ud fra en sproglig forståelse, er noget, som er fundamentalt. Det er således kernen/det allervigtigste af den nationale identitet, som ud fra en sproglig forståelse skal tillægges respekt. Om dette er tilfældet, afhænger i

¹³ Ibid., s. 57 i forordet.

¹⁴ Di Federico, *The Potential of Article 4(2)*, s. 355.

¹⁵ Domstolens dom af 22. december 2010, sag C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ECLI:EU:C:2010:806, præmis 83.

¹⁶ Domstolens dom af 16. februar 2022, sag C-156/21, Ungarn mod Parlamentet og Rådet, ECLI:EU:C:2022:97.

¹⁷ Domstolens dom af 16. februar 2022, sag C-157/21, Polen mod Parlamentet og Rådet, ECLI:EU:C:2022:98.

¹⁸ Præmisserne 232-4 og 264-6 i henholdsvis sagen om Polen og sagen om Ungarn.

¹⁹ Sag C-156/21, Ungarn, præmis 233 og sag C-157/21, Polen, præmis 265.

sagens natur af Domstolens bedømmelse, og som det vil fremgå af praksis nedenfor, synes Domstolen ikke at have udtalt sig klart om, hvad der objektivt ligger i begrebet grundlæggende, og uddyber generelt ikke hvorfor et hensyn, som af medlemsstaten påstås værende et element af den nationale identitet, konkret falder under art. 4, stk. 2, TEU. Det kan således ikke med sikkerhed fastlægges generelt, hvornår noget er ”grundlæggende”, men, som det vil fremgå af praksis nedenfor, er visse elementer gengående i praksis og i generaladvokaters forslag til afgørelser. Især synes den omstændighed, at hensynet fremgår af medlemsstatens forfatning at blive tillagt betydning.

E. Cloots fremhæver, at et lands forfatning generelt giver et godt indblik i den nationale identitet, men at man ved anskuelsen af forfatningen skal være påpasselig med at lave generalisationer, da ikke enhver forfatningsbestemmelse nødvendigvis er udtryk for landets nationale identitet.²⁰ Hun fremhæver i forlængelse heraf et citat fra Bhiku Parekh, som er professor emeritus i politisk filosofi ved Hull University:

” [n]ational identity finds its partial but clearest expression in the Constitution of the country, a self-consciously formulated and authoritative public statement in which it tells itself and the world what kind of community it is and what it stands for”²¹

E. Cloots fremhæver især forfatningsmæssige normer og doktriner, som beskæftiger sig med grundlæggende rettigheder, landets officielle sprog, regeringsform, magtens deling og forholdet mellem staten og religion.²² Disse kan siges at være de mere klassiske forhold, som generelt indgår i forfatninger, men dette kan formentligt ikke anses for værende udtømmende i forhold til det, som falder under national identitet efter art. 4, stk. 2, TEU.

Som et eksempel på en inddragelse af forfatningsbestemmelser i en generaladvokats forslag til afgørelse, kan Y. Bot i M.A.S og M.B. nævnes. Forslaget til afgørelse behandles som bemærket nærmere nedenfor, men i forslaget udtaler han vedrørende den italienske forfatning, at navnlig artiklerne 1-12 kvalificeres som værende grundlæggende, men at et principps rækkevidde og status i den italienske retsorden yderligere kunne være et resultat af forfatningspraksis, hvorefter han undersøgte denne.²³

De grundlæggende elementer synes således i hvert fald at kunne udledes af 1) medlemsstaternes forfatninger, og 2) forfatningspraksis hvorunder principper af grundlovsrang formentligt indgår. Dette er dog uden at sige, at netop enhver forfatningsbestemmelse opfylder betingelsen om at være ”grundlæggende”, set i lyset af generaladvokatens forslag samt E. Cloots synspunkt, som anført ovenfor i dette afsnit. Hertil skal det bemærkes som tidligere, at Domstolen ikke synes at have begrundet hvorfor, et forhold konkret er omfattet af den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, i hvert i klare termer, hvilket også kan støttes af A. K.- Ireland, som ligeledes fremhæver:

“However, the Court of Justice has not developed any clear criteria allowing determining objectively whether a particular feature which a Member State claims to be inherent in its fundamental constitutional and political structures, should be within the scope of Article 4(2) TEU”²⁴

Y. Bots fremlægning synes dog generelt overbevisende.

4.3. National identitet

Ved afgrænsningen af det EU-retlige begreb national identitet, selve subjektet i beskyttelsen, skal det holdes for øje, at det ikke er det samme som det nationale begreb forfatningsmæssig identitet, som i visse tilfælde er anvendt af medlemsstaternes domstole. Flere nationale domstole har fremhævet deres kompetence til at foretage ’identitetskontrol’ og suverænitetstest, hvilket i hvert fald historisk ofte

²⁰ E. Cloots, *National Identity in EU Law*, s. 160.

²¹ Ibid.

²² Ibid., s. 161.

²³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot fremsat den 18. juli 2017, M.A.S. og M.B, præmis 180-5.

²⁴ A. K.-Ireland, “Uniqueness Approach”, s. 59.

er blevet hjemlet i nationale forfatninger²⁵ eller en 'usynlig forfatning'²⁶ frem for art. 4, stk. 2, TEU. Fra et EU-retligt perspektiv stemmer dette ikke overens med 1) forrangsprincippet og 2) Domstolens jurisdiktion. Vurderingen af gyldigheden af EU-retsakter ud fra nationale regler og begreber skader den uniforme udvikling og effektivitet, og disse retsakters gyldighed kan således kun vurderes ud fra EU-retten, desuagtet om der skulle foreligge en konflikt med national ret på forfatningsretlig højde.²⁷ Yderligere er det Domstolen, som fortolker og anvender Traktaterne, samt træffer afgørelse om gyldigheden af sekundær EU-ret, jf. art. 19, TEU.

Domstolen har umiddelbart heller ikke hæftet sig ved generaladvokaters løsningsforslag, hvor begrebet forfatningsmæssig identitet er blevet anvendt, herunder eksempelvis generaladvokat Maduro i Michaniki som udtalte, at ”*Det er åbenbart, at den nationale identitet omfatter medlemsstatens forfatningsmæssige identitet*”,²⁸ og som altså foreslog, at forfatningsmæssig identitet er et underbegreb til national identitet efter art. 4, stk. 2, TEU. Afgrænsningen af forfatningsmæssig identitet, og om dette reelt indgår som en del af national identitet efter art. 4, stk. 2, TEU kan virke som en overflødig sproglig distinktion, men som Di Federico bemærker, ville inkluderingen af forfatningsmæssig identitet under begrebet national identitet indikere, at kompetencen til fortolkningen i hvert fald delvist ligger hos de nationale domstole, hvilket kunne skade Unionens effektivitet og den uniforme udformning af EU-ret.²⁹ Yderligere kunne det sprogligt forstås således, at Domstolen skal fortolke national ret, hvilket navnlig ikke falder under Domstolens jurisdiktion. Omvendt synes ”kernen” af selve forfatningen samt forfatningspraksis at indgå i Domstolens vurdering af den konkrete medlemsstats nationale identitet, som bemærket ovenfor.

E. Cloots er enig i, at der skal foretages en distinktion mellem de to begreber, men synes dog at basere dette på et andet grundlag. For det første gør hun gældende, at der reelt er væsentligt overlap mellem forfatningsmæssig identitet og national identitet, og at disse kan influere hinanden, men samtidig fremhæver hun, at noget kan falde under begrebet national identitet uden nødvendigvis at være omfattet af forfatningsmæssig identitet.³⁰

Overordnet må dog formentligt siges, at den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU er et autonomt EU-retligt begreb, som er under Domstolens jurisdiktion, og da det fremgår af forrangsprincippet, at enhver gyldig EU-retlig regel skal finde anvendelse ved konflikter med enhver national regel, må løsningen ud fra et EU-retligt perspektiv være baseret på EU-ret, og ikke med hjemmel i medlemsstatens forfatning som sådan, selvom dette nok har været, og stadig er, basis for en del kontroverser. De nationale domstole/myndigheder/mm. må således forsøge at godtgøre, at det, som de påstår beskyttet, falder under den nationale identitet efter Domstolens forståelse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU. Dette kan være baseret på nationale forfatninger, men det skal ske i overensstemmelse med det EU-retlige begreb ”national identitet” i henhold til art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, og ikke med hjemmel i medlemsstatens forfatning eller anden national lovgivning som sådan.

4.4. Politiske of forfatningsmæssige strukturer

National identitet, som den kommer til udtryk i politiske og forfatningsmæssige strukturer, må antages at være udtryk for en præcisering af bestemmelsen, som den kom til udtryk historisk. Tidligere var art. 4, stk. 2, TEU (i art. 6, stk. 3, TEU) affattet således, at Union respekterer medlemsstaternes nationale

²⁵ Eksempelvis BverfGE 73, 339 2 BvR 197/83 Solange II. Omvendt fra den nyere BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15, hvor den tyske forfatningsdomstol indrømmer i princippet at henvise til Domstolens forståelse af identitetsprøvelse.

²⁶ Ágoston Mohay og Norbert Tóth, “Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law”, *The American Journal of International Law* 111, No. 2 (2017), s. 473, afsnit 3.

²⁷ Domstolens dom af 17. december 1970, sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:1970:114, præmis 3.

²⁸ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Poiares Maduro fremsat den 8. oktober 2008, Michaniki, ECLI:EU:C:2008:544, præmis 31.

²⁹ Di Federico, *The Potential of Art. 4(2)*, s. 363.

³⁰ E. Cloots, *National Identity in EU Law*, s. 166-7.

identiteter, men efter Lissabontraktaten er dette således præciseret til at omhandle den nationale identitet, som den kommer til udtryk i de forfatningsmæssige og politiske strukturer.

Beskyttelse af kultur og sprog i medlemsstaterne har i forbindelse med vedtagelsen af Lissabontraktaten fået en separat bestemmelse i form af art. 3, stk. 3, 4. afsnit, TEU, hvilket, set i lyset af afgrænsningen i art. 4, stk. 2, TEU sammenholdt med art. 3, stk. 3, 4. afsnit, TEU, burde tale imod inddragelse af officielle sprog og nationale identiteter, som de kommer til udtryk kulturelt, under art. 4, stk. 2, TEU, frem for art. 3 TEU, men dette er ikke umiddelbart tilfældet, hvilket vel reelt er i overensstemmelse med de elementer, som E. Cloots anser for værende grundlæggende elementer af den nationale identitet, jf. ovenfor.

I sagen Runevič-Vardyn³¹ var det bestridt, om medlemsstaten kunne kræve, at personers navne skulle skrives på en måde, som fulgte det officielle nationale sprogs stavemåde. Domstolen henviser direkte til art. 3, stk. 3, 4. afsnit, TEU, men udtaler i forlængelse hertil, at beskyttelsen af medlemsstaters officielle nationale sprog yderligere er omfattet af art. 4, stk. 2, TEU.³² Det kan i denne forbindelse potentielt have haft betydning for Domstolens vurdering, at det for det første fremgik af den litauiske forfatnings art. 7, at det officielle sprog er litauisk, og for det andet, at den litauiske forfatningsdomstol i en afgørelse fra 1999 havde udtalt, at krav om stavemåde var berettiget for ikke at bringe sprogets forfatningsmæssige status i fare.³³ Domstolen udtaler sig ikke om, om det in concreto var begrundet i den forfatningsmæssige status af det litauiske sprog, men blot at beskyttelsen af officielle nationale sprog er omfattet af art. 4, stk. 2, TEU, og dette umiddelbart generelt. Også generaladvokat Jääskinen i hans forslag til afgørelse af sagen udtalte, ”Det er endvidere min opfattelse, at EU-retten ikke uden videre forbyder en medlemsstat at indføre regler for den grafiske udformning af for- og efternavne med henblik på at beskytte det nationale sprog. Jeg bemærker, at det fremgår af EU-traktatens artikel 4, stk. 2, at Unionen respekterer medlemsstaternes nationale identitet.”³⁴, men altså uden at afgrænse dette til forfatningsmæssige og politiske strukturer. Dette synes ligeledes at være mere generelt frem for konkret begrundet i de litauiske omstændigheder.

Henset til at Domstolen vel kunne have beskyttet det litauiske sprog ved at begrænse begrundelsen til art. 3, TEU, og altså udelade officielle nationale sprog fra art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, synes identitetsklausulen i art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU således at omfatte mere, end hvad der kan udledes direkte af en sproglig forståelse af teksten i bestemmelsen, navnlig som den nationale kommer til udtryk i *forfatningsmæssige og politiske strukturer*, sammenholdt med bl.a. art. 3, TEU.

Det materielle beskyttelsesindhold er således ikke helt klart ud fra en tekstuel analyse læst i sammenhæng med eks. art. 3, TEU, og synes at have et bredere indhold, end hvad direkte kan udledes af bestemmelsen. Eftersom Unionen udgøres af 27 forskellige medlemsstater er det formentligt også urealistisk at fastsætte præcist og på objektiv vis, det som mere præcist falder under begrebet national identitet, da der er tale om mange forskelligartede medlemsstater med forskellige historier.

4.5. Opsummerende

Som nævnt umiddelbart ovenfor er det materielle beskyttelsesindhold ikke uden videre åbenbart. Nærmere fremgår dét, som er omfattet af *national identitet, som den kommer til udtryk i politiske og forfatningsmæssige strukturer*, ikke helt klart, og det må formentligt komme an på en konkret vurdering ud fra medlemsstaternes forhold, hvortil den nationale forfatning formentligt kan bidrage. Indholdet i disse kan generelt siges at være *grundlæggende* udtryk for medlemsstatens nationale identitet, dog uden at sige at enhver forfatningsbestemmelse vil kvalificere sig hertil, og uskrevne principper af grundlovsrang indgår formentligt ligeledes som elementer.

Overordnet set må det formentligt konkluderes, at indholdet ”national identitet” skal fortolkes relativt bredt, således at det eksempelvis omfatter medlemsstaternes officielle sprog.

³¹ Domstolens dom af 12. maj 2011, sag C-391/09, Runevič-Vardyn, ECLI:EU:C:2011:291.

³² Ibid., præmis 86.

³³ Ibid., præmis 7 og 27.

³⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen fremsat den 16. december 2010, Runevič-Vardyn, ECLI:EU:C:2010:784, præmis 80.

Hvis Domstolen derfor fastlægger, at et givent tilfælde er omfattet af den nationale identitet, skal dette følgelig *respekteres* af Unionen, og navnlig relevant i denne forbindelse respekteres af Domstolen i sin bedømmelse. Denne respekt tyder hverken i praksis, eller ud fra teksten som den er affattet på de forskellige sprog på at være absolut, men er nærmere et udtryk for, at Unionen og herunder Domstolen skal tage hensyn til medlemsstaternes nationale identiteter. Respekten herfor synes ligeledes underlagt en vis nedre grænse, herunder eksempelvis art. 2, TEU.

5. Anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU

Størstedelen af de sager, hvor art. 4, stk. 2, TEU er blevet behandlet af Domstolen, synes at være præjudicielle forespørgsler fra nationale domstole, jf. art. 267, TEUF, og i denne forbindelse primært vedrørende unionsborgeres ret fri bevægelighed efter art. 21, stk. 1, TEUF, som vil blive behandlet umiddelbart nedenfor. Artiklen er dog ligeledes i et begrænset omfang blevet anvendt i forbindelse med annullationssøgsmål, jf. art. 263, TEUF,³⁵ eksempelvis de førnævnte sager mod Polen og Ungarn omhandlende overholdelse af retsstatsprincippet, hvilke vil blive behandlet afslutningsvist i dette afsnit. Det relevante element i sagerne om den frie bevægelighed er i denne afhandling, om hensynet til den nationale identitet kan indgå som element i vurderingen af medlemsstaternes begrundelser for restriktioner, og i så fald hvordan.

I forbindelse med annullationssøgsmålene er det ligeledes konkret hvordan, art. 4, stk. 2, TEU er blevet anvendt af Domstolen, som er relevant. Dette er relevant i og med, at det skal forsøges at fastlægge en generel anvendelse af bestemmelsen ved Domstolen, herunder om bestemmelsen anvendes som en art opsamlingsbestemmelse eller lignende, som kan anvendes på vidt forskellig vis, eller om visse fællestrek for anvendelsen heraf kan udledes.

Det bemærkes, at praksis vedrørende art. 4, stk. 2, TEU generelt er relativt begrænset, især når bortses fra Domstolens praksis vedrørende art. 21, stk. 1, TEUF, men det vil forsøges belyst, om visse retningslinjer for anvendelsen af art. 4, stk. 2, 1. linje TEU kan udledes herfra.

5.1. Som begrundelse til hindringer af bevægelsesfriheder

5.1.1. Introduktion

Friheder såsom personers, varernes eller tjenesteydelseernes bevægelsesfrihed er direkte garanteret i traktaterne, og restriktioner hertil kan kun under visse betingelser tillades. Som det vil fremgå nedenfor, omhandler langt størstedelen af sagerne personernes frie bevægelighed efter art. 21, stk. 1, TEUF, men ligeledes tjenesteydelseernes frie bevægelighed har været aktuel. Eftersom spørgsmålet konkret er, hvordan art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU anvendes, vil det blive undersøgt hvordan praksis vedrørende art. 21, stk. 1, TEUF, kan sammenholdes med praksis på andre områder, hvis dette reelt set er muligt. Indledningsvist foretages en overfladisk udlægning af praksis vedrørende restriktioner til art. 21, stk. 1, TEUF samt tjenesteydelser, jf. primært art. 56, TEUF. I denne forbindelse skal det bemærkes, at det ligger uden for omfanget og formålet af denne afhandling at gennemgå enhver traktatfæstet frihed eller restriktioner i dybden, hvorfor blot art. 21 og art. 56, TEUF samt restriktions- og diskriminationsforbuddet redegøres for, eftersom art. 4, stk. 2, TEU har været aktuel i forbindelse hermed.

Som det fremgår af Engsig og Danielsens 'EU-Retten' i forhold til de traktatmæssige undtagelser, har Domstolen insisteret på, at bestemmelserne som undtagelser skal fortolkes indskrænkende, og at disse er udtømmende.³⁶ Hertil skal dog tilføjes de tvingende almene hensyn, som Domstolen yderligere har fastlagt som legitim begrundelse til i hvert fald overtrædelse af restriktionsforbuddet. Engsig og Danielsen bemærker, at de forskellige traktatbestemmelser ikke har udformet sig uniformt i forhold til restriktionsforbuddet, samt at der hverken foreligger en ikke helt ukompliceret opdeling mellem restriktions- og diskriminationsforbuddet eller et fælles restriktionsforbud. De fremstiller dog 3 overordnede

³⁵ Sagerne 156-7/21 henholdsvis Ungarn og Polen mod Parlamentet og Rådet samt Rettens dom af 10. maj 2016, sag T-529/13, Izsák og Dabis, ECLI:EU:T:2016:282.

³⁶ Engsig og Danielsen, *EU-Retten*, s. 279.

kriterier i forhold til restriktionsforbuddet, herunder 1) der skal foreligge en restriktion, 2) det skal vurderes, om denne er begrundet i tvingende almene hensyn, og 3) det skal vurderes, om foranstaltningen er proportionel.³⁷ Dette støttes af Schütze med en henvisning til Gebhard.³⁸

Personernes ret til at bevæge sig og tage ophold på medlemsstaternes områder er reguleret ved art. 21, stk. 1, TEUF samt opholdsdirektivet, hvoraf undtagelsesbestemmelserne ikke fremgår direkte i art. 21, stk. 1, TEUF, som blot henviser til de betingelser og begrænsninger, som måtte følge af traktaterne og gennemførelsesbestemmelserne hertil. Engsig og Danielsen udtaler, at det er fælles for de fleste domme, at Domstolen lægger op til en analog anvendelse af opholdsdirektivet, eller at den dog understreger, at man mindst har krav på opholdsdirektivets betingelser i situationer, som falder uden for direktivets anvendelsesområde.³⁹ Hertil skal det holdes i mente, at opholdsdirektivet ikke finder anvendelse på 'sekundær bevægelighed',⁴⁰ altså i det tilfælde, at det er medlemsstatens egne statsborgere, som er berørt, i hvilken situation art. 21, stk. 1, TEUF er den relevante bestemmelse. Som det er fremhævet af Robert Schütze, blev det i Baumbast fastlagt, at art. 21, stk. 1, TEUF har direkte effekt, og at restriktioner hertil kan vurderes direkte ud fra art. 21, stk. 1, TEUF,⁴¹ og som det er bemærket af Engsig og Danielsen, indeholder art. 21, stk. 1, TEUF navnlig både et diskriminations- og restriktionsforbud.⁴² Diskriminationsforbuddet kan eksempelvis ses i Runevič-Vardyn, hvor Domstolen udtaler, at art. 21, stk. 1, TEUF omfatter "...ligeledes et forbud mod enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet"⁴³, men som Engsig og Danielsen bemærker hertil, er der stadig domme, hvor der også henvises til art. 18, TEUF.⁴⁴ Ligeledes kan restriktionsforbuddet ses i Runevič-Vardyn, da en statsborger i medlemsstaten "...får en behandling, der er mindre gunstig end den, han ville få, hvis han ikke havde gjort brug af sine beføjelser efter traktaten for så vidt angår borgernes bevægelighed."⁴⁵ En restriktion af personers frie bevægelighed er kun berettiget, såfremt den er begrundet i objektive almene hensyn og står i rimeligt forhold til det formål, der lovligt tilstræbes med den nationale lovgivning.⁴⁶

For så vidt angår den frie udveksling af tjenesteydelser, som er erklæret umiddelbart anvendelig, jf. sag 33/74/, van Binsbergen, er den primære bestemmelse art. 56, stk. 1, TEUF.⁴⁷ Der vil ikke blive redegjort for, hvornår der foreligger en tjenesteydelse, men som fremhævet af Engsig og Danielsen indeholder den frie udveksling af tjenesteydelser et restriktionsforbud såvel som et diskriminationsforbud,⁴⁸ og i forbindelse til hindringer heraf henvises i art. 62, TEUF til bl.a. art. 51-2, TEUF, hvoraf navnlig art. 52, TEUF er den mest relevante i denne forbindelse, eftersom den indeholder de traktatmæssige undtagelser offentlig orden, sundhed og sikkerhed.

Hvad der ikke uden videre er klart, er, om hensynet til den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU kan stå alene som begrundelse til en hindring på højde med en traktatmæssig undtagelse, om det skal fortolkes som et sådan eller som et tvingende alment hensyn, eller om det bagvedliggende hensyn skal fortolkes som et sådan hensyn, men desuagtet at det er omfattet af den nationale identitet. På den ene side anfører generaladvokat Maduro i Michaniki, at det ved en "omhyggelig læsning af retspraksis fremgår", at hensynet til den nationale identitet kan påberåbes som en legitim og selvstændig begrundelse for en undtagelse.⁴⁹ Dette kunne antyde, at Maduro anser hensynet til den nationale identitet som sådan, som Unionen skal respektere efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, kan stå alene som en

³⁷ Ibid., s. 276-7.

³⁸ Robert Schütze, *European Union Law*, 2. udgave, (Cambridge: Cambridge University Press 2018), s. 647. Henvisning til Domstolens dom af 30. november 1995, sag C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411, præmis 37.

³⁹ Engsig og Danielsen, *EU-Retten*, s. 481.

⁴⁰ Ibid., s. 485.

⁴¹ Schütze, *European Union Law*, s. 639-40. Henvisning til Domstolens dom af 17. september 2002, sag C-413/99, Baumbast, ECLI:EU:C:2002:493, præmis 83-6.

⁴² Engsig og Danielsen, *EU-Retten*, s. 498-9.

⁴³ Sag C-391/09, Runevič-Vardyn, præmis 65.

⁴⁴ Engsig og Danielsen, *EU-Retten*, s. 498-499.

⁴⁵ Sag C-391/09, Runevič-Vardyn, præmis 67.

⁴⁶ Eks. *ibid.*, præmis 83.

⁴⁷ Engsig og Danielsen, *EU-Retten*, s. 601.

⁴⁸ Ibid., præmis 614.

⁴⁹ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Poirares Maduro fremsat den 8. oktober 2008, Michaniki, præmis 32.

begrundelse til en restriktion. Omvendt kunne det forstås sådan, at Maduro blot konstaterer, at hensynet til den nationale identitet kan påberåbes, uden at han tager stilling til, hvordan hensynet eller eventuelt de bagvedliggende hensyn konkret skal fortolkes. Dog synes Maduros formulering, hvoraf navnlig anvendes ”selvstændig”, at tale for, at art. 4, stk. 2, TEU kan anvendes som en selvstændig bestemmelse til begrundelsen af en restriktion. Det skal her bemærkes, at Domstolen valgte ikke at behandle spørgsmålet med en inddragelse af art. 4, stk. 2, TEU i sin bedømmelse af den pågældende sag, men det fremgår ikke klart, om denne udeladelse skal læses som en generel afvisning af anvendelsen af art. 4, stk. 2, TEU.

Inden behandlingen af Domstolens praksis skal det kort bemærkes, at der i behandlingen henvises til bestemmelse-ernes nutidige placering i traktaterne, og altså ikke som de historisk har fremgået af eksempelvis EF-traktaten.

5.1.2. Sag C-36/02, Omega⁵⁰

I Omega, som omhandlede den frie udveksling af tjenesteydelser og vare-ernes frie bevægelighed, men hvor udveksling af tjenesteydelser var det dominerende, ønskede den forelæggende ret oplyst, dels om et forbud begrundet i beskyttelsen af grundlæggende værdier, navnlig respekten for den menneskelige værdighed, der er sikret ved den nationale forfatning, er forenelig med fællesskabsretten, og dels om muligheden herfor er betinget af, at begrænsningen er baseret på en fælles retsopfattelse i alle medlemsstater.⁵¹

Domstolen udtaler, at der er tale om en foranstaltning til sikring af den offentlige orden, som er omfattet af en undtagelse til den frie udveksling af tjenesteydelser i artikel 52 TEUF, hvorfor det ikke er nødvendigt at undersøge, om disse foranstaltninger finder anvendelse uden forskel på såvel indenlandske tjenesteydere som på tjenesteydere, der er etableret i andre medlemsstater, men at begrebet ”offentlig orden” skal fortolkes strengt.⁵²

Det skal bemærkes, at dommen blev afsagt forinden vedtagelsen af Lissabontraktaten, hvorfor art. 4, stk. 2, TEU ikke faldt under Domstolens jurisdiktion,⁵³ hvilket Di Federico ligeledes fremhæver ved: ”*Fourthly, and perhaps more importantly in practical terms, with the Lisbon Treaty the identity clause is fully justiciable.*”⁵⁴, hvorfor dommen umiddelbart ikke kan tillægges væsentlig præcedensmæssig værdi i forhold til art. 4, stk. 2, TEU. Dette har formentligt betydning for resultatet, men dommen er desuagtet relevant til belysning af, hvordan praksis har udviklet sig.

Domstolen henviser til punkterne 82-91 af generaladvokatens forslag til afgørelsen, hvor der bemærkes, at da fællesskabsretten ubestrideligt tilsigter at sikre respekten for menneskelig værdighed som et almindeligt retsprincip, er formålet om at beskytte denne utvivlsomt foreneligt hermed, uden at det har betydning, at princippet som en selvstændig grundlæggende rettighed har en særstilling i den tyske forfatning.⁵⁵ Respekten for princippet er et legitimt hensyn, som kan begrunde restriktioner til de grundlæggende rettigheder såsom tjenesteydelsernes frie bevægelighed.⁵⁶

Som Domstolen bemærker, er det i den forbindelse ikke af særskilt betydning, at det fremgår af den tyske forfatning, hvilket umiddelbart kunne fortolkes generelt eller konkret. Med *konkret* menes der, at den omstændighed, at der er tale om netop et almindeligt retsprincip, kan begrunde restriktionen, uden at der herved skal tages hensyn til, at det indgår i den tyske forfatning. Et spørgsmål i denne forbindelse er, om påkaldelsen af respekt for den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU er udelukket eller eventuelt overflødiggjort, hvis hensynet eller værdien, som påstås omfattet af art. 4, stk. 2 TEU, er et almindeligt retsprincip som inspireret af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne.

⁵⁰ Domstolens dom af 14. oktober 2004, sag C-36/02, Omega, ECLI:EU:C:2004:614.

⁵¹ Ibid., præmis 23.

⁵² Ibid., præmis 29-30.

⁵³ Elke Cloots, *National Identity in EU Law*, s. 5-6.

⁵⁴ Di Federico, *The Potential of Art. 4(2)*, s. 355.

⁵⁵ Sag C-36/02, Omega, præmis 34.

⁵⁶ Ibid., præmis 35.

Dette er foreslået af A. K.-Ireland,⁵⁷ således at det er den EU-retlige opfattelse af værdien, som er afgørende, frem for opfattelsen i medlemsstaten som bedømt af Domstolen. Med *generelt* menes, at det er uden betydning for foreneligheden med EU-ret, at et hensyn fremgår af en medlemsstats forfatning således, at medlemsstaternes forfatninger fuldstændigt er uden betydning. Hermed menes der ikke i forhold til forrangsprincippet, men i forhold til lovlige fravigelser fra EU-retten. Domstolen synes ikke at uddybe denne problematik i dommen, hvorfor der må henvises til den behandlede praksis nedenfor.

Medlemsstatens nationale identitet bliver navnlig ikke nævnt i dommen, og den omstændighed, at princippet var sikret ved den tyske forfatning, synes heller ikke umiddelbart at have haft væsentlig betydning for, at restriktionen blev tilladt begrundet i en traktatmæssig undtagelse, navnlig offentlig orden. Domstolen henviser til, at forbuddet udtrykkeligt af Bonns politimyndighed var begrundet i hensynet til den offentlige orden.⁵⁸ Den nationale identitet kan eventuelt have haft betydning for selve forståelsen af offentlig orden, da Domstolen udtaler, at *”Det forholder sig ikke desto mindre således, at de særlige omstændigheder, der kan berettige anvendelsen af begrebet offentlig orden, kan være forskellige fra land til land og fra periode til periode.”* og at der i denne henseende overlades et skøn til medlemsstaterne, og *”...simulering af drabshandlinger, ifølge den almindelige opfattelse er uforenelig med en grundlæggende værdi sikret ved den nationale forfatning...”*⁵⁹ Det skal i denne forbindelse bemærkes, at den formulering, som fremgår af det første citat, anvendes generelt af Domstolen, hvor den behandler offentlig orden som begrundelse til en restriktion, hvilket eksempelvis kan ses i van Duyn,⁶⁰ hvorfor det ikke er sikkert, hvor væsentlig vægt Domstolen har tillagt den nationale identitet/forfatningsmæssigheden, hvis nogen. Særligt sidst citerede passage synes dog at kunne tale for, at Domstolen til en vis grad har inkluderet den nationale identitet som sådan, men omvendt anvender Domstolen ikke *”national identitet”* specifikt, hvilket selv sagt kunne tale herimod. Det er således ikke klart, om Domstolens forståelse af den *”almindelige opfattelse”* i Tyskland var influeret af den nationale identitet, men på dette stadie synes national identitet ikke at have haft selvstændig betydning.

5.1.3. C-438/14, Bogendorff⁶¹

I kontrast til Omega kan sagen Bogendorff nævnes, hvor sagsøgeren i sagen havde statsborgerskab i England såvel som Tyskland, og hvor det præjudicielle spørgsmål stammede fra Tyskland. Tvisten lå navnlig i, om afskaffelsen af og forbud mod brugen af adelige titler i unionsborgerens navn stred imod dennes ret til fri bevægelighed, jf. art. 21, stk. 1 TEUF, da dette kunne føre til ulemper for denne, eftersom sagsøgeren ved et navneskift i England havde taget et navn, som i Tyskland blev anset som en sådan titel. Den tyske domstol havde angivet fire grunde som begrundelse for forbuddet.⁶² For det første principperne om uforanderlighed og kontinuitet, for det andet at det var et bevidst valg, som ikke berørte personlig status i henhold til familieretlige bestemmelser, for det tredje navnets længde og kompleksitet, og for det fjerde de forfatningsretlige valg og afskaffelsen af adelstitler. De første tre grunde blev forkastet af Domstolen som begrundelse for en restriktion af den frie bevægelighed, men i forbindelse med fjerde grund udtalte Domstolen, at: *”...en del af den nationale identitet som omhandlet i art. 4, stk. 2, TEU kan tages i betragtning som et forhold, der kan begrunde en restriktion for den frie bevægelighed,”*⁶³ som vel i hvert fald bekræfter, at art. 4, stk. 2, TEU i et eller andet omfang kan indgå i vurderingen af begrundelsen til restriktioner til den frie bevægelighed.

Som den tyske regering fremhæver:

”...kan der i hovedsagen udledes et objektivt hensyn, der begrundet en restriktion for den frie bevægelighed, af princippet om alle tyske borgers lighed for loven og det forfatningsretlige valg om at afskaffe privilegier og ulemper, der skyldes fødsel eller stand, samt af forbuddet mod at bære adelstitler som

⁵⁷ A. K.-Ireland, “Uniqueness Approach”, s. 64.

⁵⁸ Sag C-36/02, Omega, præmis 28.

⁵⁹ Ibid., præmis 31 og 32.

⁶⁰ Domstolens dom af 4. december 1974, Sag 41-74, van Duyn, ECLI:EU:C:1974:133, præmis 18.

⁶¹ Domstolens dom af 2. juni 2016, sag C-438/14, Bogendorff, ECLI:EU:C:2016:401.

⁶² Ibid., præmis 49.

⁶³ Ibid., præmis 64.

sådan, som er udmøntet i Weimarforfatningens artikel 109, stk. 3, sammenholdt med grundlovens artikel 123” og at ”Disse bestemmelser, som ifølge den tyske regering er omfattet af de tyske bestemmelser om den offentlige orden, har til formål at sikre ligebehandling af alle tyske borgere.”⁶⁴

Weimarforfatningen var en tidligere tysk grundlov, og art. 123 i den nuværende tyske grundlov siger, at lov fra før Forbundsdagens sammentræden fortsat er gældende, forudsat at dette ikke strider imod grundloven i sin nuværende affattelse. Domstolen medgiver i denne forbindelse:

”...at Weimarforfatningens artikel [109]⁶⁵, stk. 3, når denne anskues i lyset af de i Tyskland trufne forfatningsretlige valg, som en del af den nationale identitet som omhandlet i artikel 4, stk. 2, TEU kan tages i betragtning som et forhold, der kan begrunde en restriktion for den frie bevægelighed for personer, der er anerkendt i EU-retten”⁶⁶

Som det er formuleret, er det specifikt Weimarforfatningens art. 109, stk. 3, som Domstolen anser for værende en del af den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, når denne ses i lyset af de trufne forfatningsretlige valg, men Domstolen uddyber ikke dette nærmere.

Domstolen fortsætter:

”Begrundelsen vedrørende princippet om tyske borgeres lighed for loven og det forfatningsretlige valg om at afskaffe privilegier og ulemper og om at indføre et forbud mod at bære adelstitler som sådan skal fortolkes således, at der er tale om hensyn til den offentlige orden.”⁶⁷

Det er ikke åbenbart, hvilken vægt Domstolen reelt tillægger den omstændighed, at det er en del af den nationale identitet, hvorfor det ikke uden videre kan fastlægges, om den nationale identitet i realiteten har haft en indflydelse på bedømmelsen, desuagtet at Domstolen udtaler, at det kan indgå, som et forhold der kan begrunde en restriktion. Domstolens udtalelse synes dog navnlig at lægge op til, at identitetsklausulen i art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU er blevet anvendt. For det første vedrører formulering i art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU den nationale identitet, som den kommer til udtryk i bl.a. deres *forfatningsmæssige* struktur, og for det andet fremgår af dommen, at Weimarforfatningens art. 109, stk. 3 sammenholdt med art. 123 af den tyske grundlov, som del af den nationale identitet, indeholder hensynet til princippet om lighed for loven, afskaffelsen af privilegier og ulemper samt forbuddet mod at bære adelstitler som sådan, og at disse hensyn skal fortolkes som et hensyn til den offentlige orden. Da Domstolen udtaler, at det konkret er de underliggende hensyn, navnlig lighed for loven og det forfatningsretlige valg om at afskaffe privilegier og ulemper og om at indføre en forbud mod at bære adelstitler som sådan, som skal fortolkes som hensyn til den offentlige orden, kunne det tale for, at det ikke er den nationale identitet som sådan, som konkret skal fortolkes som offentlig orden. Overordnet set tyder dette således på, at art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, i hvert fald i dette tilfælde, ikke indgår som en selvstændig bestemmelse, som kan begrunde en restriktion, men nærmere at den nationale identitet efter omstændighederne indgår som element ved fastlæggelsen af begrebet offentlig orden.

Dette kan endvidere muligvis støttes i Domstolens bedømmelse af offentlig orden, hvilket som bemærket dog er fast praksis. Denne lyder navnlig på, at begrebet offentlig orden som begrundelse for en fravigelse fra en grundlæggende frihed skal fortolkes strengt, men at de særlige omstændigheder der kan begrunde påberåbelsen af begrebet offentlig orden kan være forskellige fra medlemsstat til medlemsstat og fra periode til periode, hvorfor der overlades et skøn til medlemsstaterne i fastsættelsen af begrebet inden for rammerne af traktaten,⁶⁸ herunder muligvis art. 4, stk. 2, TEU. Passagen antyder, læst i sammenhæng med førnævnte præmis 64 i dommen, at art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU kan indgå i det til medlemsstaten overladede skøn ved fastsættelsen af begrebet offentlig orden frem for, at den nationale identitet som begreb er et hensyn til den offentlige orden. Særligt at begrebet offentlig orden kan være

⁶⁴ Ibid., præmis 61-2.

⁶⁵ Henvielsen til art. 190 i den danske affattelse af dommen er en fejl, og den rette bestemmelse er således art. 109. Dette ud fra kontekst såvel som eksempelvis den engelske og den tyske affattelse, som henviser i præmis 64 til art. 109.

⁶⁶ Sag C-438/14, Bogendorff, præmis 64.

⁶⁷ Ibid., præmis 65.

⁶⁸ Ibid., præmis 67-8

forskellig fra medlemsstat til medlemsstat, kunne antyde, at netop den nationale identitet i medlemsstaterne kan indgå som element ved fastsættelsen af begrebet offentlig orden i den konkrete medlemsstat. Omvendt kunne den omstændighed, at bemærkningen er fast praksis i Domstolens vurdering af offentlig orden som begrundelse til en restriktion efter omstændighederne tale imod en sådan fortolkning, eftersom der netop er andre elementer, som indgår heri. Henset til Domstolens anerkendelse af, at den anfægtede lovgivning, som en del af den nationale identitet som omhandlet i artikel 4, stk. 2, TEU kan tages i betragtning som et forhold, der kan begrunde en restriktion, synes det desuagtet overordnet at indgå i vurderingen, herunder proportionalitetsvurderingen.⁶⁹

Vedrørende den nærmere forståelse af begrebet offentlig orden kan en udtalelse fra generaladvokatens forslag til afgørelse af sagen fra M. Wathelet bemærkes:

”... er der ved begrebet den offentlige orden tale om »regler og værdier, som ikke må tilsidesættes i henhold til retsordenen i den stat, hvor den ret, der anerkender og fuldbyrder en afgørelse, er beliggende, eftersom en sådan tilsidesættelse ikke vil være acceptabel i en fri og demokratisk retsstat.«⁷⁰

Hvis bortses fra spørgsmålet, om art. 4, stk. 2, TEU kan anvendes selvstændigt, synes det således oplagt, at den offentlige orden skal fastsættes under hensyntagen til den nationale identitet, som retsordenen vel i et vist omfang er en del af. M. Wathelets pointe er dog den modsatte i og med, at tilsidesættelse netop var tilladt i Tyskland: *”Som den forelæggende ret har anført, indeholder den tyske retsorden, til forskel fra den østrigske retsorden, som var genstand for dom Sayn-Wittgenstein (C-208/09, EU:C:2010:806), særligt Weimar-forfatningens artikel 109, stk. 3, imidlertid ikke et strengt forbud mod at opretholde adelige titler”⁷¹* Denne opfattelse blev dog ikke tilsluttet af dommerne i Domstolen, som navnlig fandt at hindringen kunne begrundes i den offentlige orden, men overlod i øvrigt den konkrete proportionalitetsprøvelse til den nationale ret.⁷² Også i forbindelse med den valgte beskyttelsesordning synes medlemsstaterne at være overladt et skøn, da en medlemsstats valgte beskyttelsesordning, der er forskellig fra den, en anden medlemsstat har indført, ikke udelukker, at de herom fastsatte bestemmelser er nødvendige og forholdsmæssige.⁷³ I forlængelse heraf udtaler Domstolen i samme præmis, at Unionen i overensstemmelse med art. 4, stk. 2, TEU respekterer medlemsstaternes nationale identitet, som statens form som republik ligeledes er omfattet af.

Den under Omega fremhævede problematik om almindelige retsprincipper som inspireret af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne skal her kort nævnes. Formålet i Bogendorff var navnlig overholdelse af lighedsprincippet, da Unionen *”... utvivlsomt [har] som mål at sikre iagttagelsen af lighedsprincippet som et generelt retsprincip.”⁷⁴* Retsprincippet har i forbindelse til den nærværende sag således ikke haft betydning for, at art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU fandt anvendelse, hvorfor det ikke tyder på en generel udelukkelse af anvendelsen af art. 4, stk. 2, TEU, hvis det underliggende hensyn er et almindeligt retsprincip.

Domstolen fandt ikke i sin konklusion medlemsstaten forpligtet til at anerkende efternavnet, såfremt det er begrundet i hensynet til den offentlige orden, og for så vidt som afslaget er egnet til og nødvendigt for at sikre overholdelsen af princippet om lighed for loven for alle den nævnte medlemsstats borgere, hvilket blev overladt til den nationale ret.⁷⁵

Det kunne således på nuværende stadie tyde på, at Unionens respekt for medlemsstaternes nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU udmønter sig i en skønsbeføjelse eller en fortolkningsregel af EU-retlige begreber i forbindelse med flere elementer, herunder ved fastlæggelsen af de objektive almene hensyn og hvordan disse beskyttes, i hvert fald i forbindelse med restriktioner til den fri bevægelighed, underlagt betingelsen om, at formålet skal være foreneligt med EU-retten, som i nærværende sag var

⁶⁹ Ibid., præmis 72.

⁷⁰ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet fremsat den 14. januar 2016, Bogendorff, ECLI:EU:C:2016:11, præmis 99.

⁷¹ Ibid., præmis 101.

⁷² Sag C-438/14, Bogendorff, præmis 84.

⁷³ Ibid., præmis 73.

⁷⁴ Ibid., præmis 70.

⁷⁵ Ibid., præmis 84.

formålet om at overholde lighedsprincippet,⁷⁶ samt at hindringen skal være proportionel i opnåelsen af formålet.

5.1.4. C-208/09, Sayn-Wittgenstein⁷⁷

Domstolen henviste i Bogendorff i en flerhed af sine præmisser til dommen Sayn-Wittgenstein, som ligeledes omhandlede om medlemsstatens indgriben i unionsborgerens navn ved afskaffelsen af adelige titler stred imod dennes ret til fri bevægelighed, jf. art. 21, stk. 1, TEUF, men i denne forbindelse angående sekundær bevægelighed.

Østrig gjorde gældende, at den anfægtede lovgivning har til formål at bevare Østrigs forfatningsmæssige identitet, og at afskaffelsen af adelen, selv om det ikke er et element af det republikanske princip, som er det ledende element i forbundsforfatningen, er en grundlæggende beslutning om en formel lighed for loven.⁷⁸ En potentiel hindring skulle således ifølge Østrig ses i lyset af Republikken Østrigs historie og grundlæggende værdier, da en anerkendelse af adelstitler ville stride imod disse grundlæggende værdier i den østrigske retsorden.⁷⁹ Formuleringen i Østrigs indlæg tyder således blandt andet på en påberåbelse af national identitet som begrundelse for en hindring, men de påkaldte ikke direkte art. 4, stk. 2, TEU, eller national identitet som sådan, men Domstolen valgte desuagtet at behandle dette spørgsmål.

Indledningsvist kan generaladvokatens forslag til afgørelse af sagen bemærkes.⁸⁰ E. Sharpston nævner som parterne ikke national identitet eller art. 4, stk. 2, TEU, men formuleringen af hendes argumenter lægger op til, at samme elementer har indgået i hendes bedømmelse. Navnlig udtaler hun i forslaget:

”... En bestemmelse, der har forfatningsmæssig status i en medlemsstat, og som er baseret på grundlæggende hensyn til den offentlige orden, såsom lighed mellem borgerne og afskaffelse af privilegier, kan i princippet begrunde et forbud mod, at medlemsstatens borgere erhverver, besidder eller anvender adelstitler eller -status eller betegnelser, som kunne foranledige andre til at tro, at den omhandlede person besad en sådan ophøjet titel, selv om dette forbud måtte forårsage ulemper for en sådan person...”⁸¹

Domstolen bekræfter derimod, at inden for rammerne af den østrigske forfatningshistorie kan den anfægtede lovgivning, som element i den nationale identitet, tages i betragtning ved afvejningen af de berettigede interesser over for retten til den frie bevægelighed, men at den begrundelse, navnlig Østrigs henvisning til forfatningssituationen, skal fortolkes som en påberåbelse af hensynet til den offentlige orden.⁸² Domstolen har således i præmis 65 i Bogendorff fastholdt denne praksis, og det er igen ikke helt klart ud fra præmissen, om det er den nationale identitet som sådan, der skal fortolkes som en påberåbelse af hensynet til den offentlige orden, men det synes at være mest oplagt, at det er de underliggende hensyn, som skal fortolkes som hensynet til den offentlige orden, hvilket konkret er udformet efter bl.a. den østrigske nationale identitet.

Præmisserne i Sayn-Wittgenstein og Bogendorff har væsentligt overlap i denne henseende, og Domstolen har således fastholdt sin praksis på dette felt. Også i forbindelse med offentlig orden som begrundelse for en hindring i og med, at begrebet skal fortolkes strengt, og underlagt en proportionalitetsvurdering, men at begrebet ikke nødvendigvis er ens fra medlemsstat til medlemsstat eller fra periode til periode.⁸³

⁷⁶ Ibid., præmis 48 og 71.

⁷⁷ Sag C-208/09, Sayn-Wittgenstein.

⁷⁸ Ibid., præmis 74.

⁷⁹ Ibid., præmis 75-6.

⁸⁰ Forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston fremsat den 14. oktober 2010, Sayn-Wittgenstein, ECLI:EU:C:2010:608.

⁸¹ Ibid., præmis 71.

⁸² Sag C-208/09, Sayn-Wittgenstein, præmis 83-4.

⁸³ Ibid., præmis 86-7.

5.1.5. Sag C-391/09, Runevič-Vardyn⁸⁴

Ligeledes til støtte herfor kan den førnævnte sag Runevič-Vardyn bemærkes, da det var bestridt, om det i Litauen kunne kræves, at for-, efter- og stednavne skulle staves i overensstemmelse med reglerne for det litauiske sprogbrug i blandt andet dokumenter vedrørende civilstatus, eller om dette stred imod retten til fri bevægelighed, jf. art. 21, stk. 1, TEUF. Som nævnt henviste Domstolen specifikt til art. 3, stk. 3, 4. afsnit, TEU og art. 22 i Charteret omhandlende Unionens respekt for medlemsstaternes rige kulturelle og sproglige mangfoldighed, men nævnte i denne forbindelse også, at det i henhold til art. 4, stk. 2, TEU følger, at Unionen respekterer medlemsstaternes nationale identitet, som også beskyttelsen af officielle nationale sprog er omfattet af.⁸⁵ Domstolen fortsætter, at formålet med at beskytte det officielle nationale sprog, ved at indføre regler for stavemåde, i princippet udgør et lovligt formål, der kan begrunde restriktioner til art. 21, stk. 1, TEUF, og som kan tages i betragtning ved afvejningen.⁸⁶ Domstolen henviser i sin prøvelse af begrundelsen til restriktionen ikke til, at der er tale om offentlig orden som sådan, men udtaler blot, at restriktive foranstaltninger til en grundlæggende frihed som den, der følger af art. 21, stk. 1, TEUF, kun kan begrundes i objektive hensyn, som er nødvendige og proportionelle,⁸⁷ og kommer i øvrigt frem til, at art. 21, stk. 1, TEUF ikke er til hinder for at indføre regler om stavemåde, forudsat at det konkret er proportionelt.⁸⁸

I præmis 88 henvises til Sayn-Wittgenstein præmis 90, hvor det specifikt er offentlig orden som begrundelse, men den af Domstolen anvendte formulering i nærværende sag kunne således tyde på, at hensynet til den nationale identitet indgår i bestemmelsen af, om der foreligger ”objektive hensyn” generelt, og ved selve opfattelsen af et sådan objektive hensyn såsom offentlig orden i medlemsstaten, men Domstolen anvender formentligt implicit anvendt offentlig orden som begrundelse til restriktionen i og med, at Domstolen henviser til en præmis omhandlende prøvelsen af offentlig orden.

5.1.6. Sag C-673/16, Coman⁸⁹

I den Store Afdeling skulle Domstolen tage stilling til fortolkningen af begrebet ”ægtesfælle” i henhold til opholdsdirektivet, samt anerkendelsen af et lovligt indgået ægteskab i udlandet mellem en unionsborger og en tredjelandstatsborger af samme køn i forbindelse med en indrømmelse af en afledt opholdsret til tredjelandstatsborgeren i Rumænien efter art. 21, TEUF. Domstolen indleder med at udtale, at opholdsdirektivet ikke finder anvendelse ved sekundær bevægelighed og, at direktivet ikke danner grundlag for en afledt opholdsret for tredjelandstatsborgere ved en sådan sekundær bevægelighed, men at denne i visse tilfælde har afledte rettigheder i henhold til art. 21, stk. 1, TEUF, og at der ikke må stilles strengere betingelser end efter direktivet, som efter omstændighederne i sagen fandt analog anvendelse.⁹⁰

Spørgsmålet var således, om medlemsstaten kunne nægte at tillade en sådan afledt opholdsret til frit at færdes og opholde sig i medlemsstaten efter art. 21, stk. 1, TEUF med den begrundelse, at medlemsstaten ikke tillod ægteskaber mellem to personer af samme køn. Domstolen bemærker, at det står medlemsstaten frit at tillade eller undlade at tillade indgåelsen af ægteskaber mellem to personer af samme køn, men at dette spørgsmål ikke har betydning i forhold til en anerkendelse af ægteskaber indgået lovligt i en anden medlemsstat, eftersom en nægtelse heraf ville indebære en hindring af unionsborgers ret til fri bevægelighed efter art. 21, stk. 1, TEUF, eftersom denne måtte se sig frataget muligheden for at vende tilbage til egen medlemsstat.⁹¹

I vurderingen af, om der foreligger en legitim begrundelse til hindringen, udtaler Domstolen i overensstemmelse med den førnævnte praksis, at en hindring, som i hovedsagen ikke er begrundet i nationalitet, kun kan begrundes, såfremt dette er baseret på objektive almene hensyn, og står i rimeligt forhold til

⁸⁴ Sag C-391/09, Runevič-Vardyn.

⁸⁵ Ibid., præmis 86.

⁸⁶ Ibid., præmis 87.

⁸⁷ Ibid., præmis 88.

⁸⁸ Ibid., præmis 94.

⁸⁹ Domstolens dom af 5. juni 2018, Sag C-673/16, Coman, ECLI:EU:C:2018:385.

⁹⁰ Ibid., præmis 20 og 23-5.

⁹¹ Ibid., præmis 37 og 39-40.

det forfulgte formål.⁹² I indlæg afgivet af flere regeringer blev det fremført, at konceptet ægteskab har en grundlæggende karakter, og fremhævede disse regeringers ønske om at opretholde dette som en forening mellem mand og kvinde.⁹³ I samme afsnit bliver det af den lettiske regering anført, at det i det tilfælde, at der foreligger en hindring, er denne begrundet i hensynet til den offentlige orden og den nationale identitet i art. 4, stk. 2, TEU. Indlægget kan forstås således, at medlemsstaterne i sagen opfatter offentlig orden og national identitet som helt separate og selvstændige begrundelser, altså således at art. 4, stk. 2, TEU selvstændigt kan begrunde en restriktion. Det er ikke uden videre klart, om det er tilfældet, eller om regeringerne påkaldte sig offentlig orden generelt samt desuden objektive hensyn, herunder offentlig orden, som udformet set i lyset medlemsstatens nationale identitet, hvis forståelsen som fremlagt i afhandlingen under de førnævnte sager er korrekt.

Domstolen indleder i sin prøvelse af begrundelsen igen med, at begrebet offentlig orden skal fortolkes strengt, således at rækkevidden heraf i forbindelse med en begrundelse ikke kan fastlægges ensidigt af medlemsstaterne uden Unionens kontrol, og konstaterer, at anerkendelsen af ægteskaber indgået lovligt mellem to personer af samme køn i en anden medlemsstat, alene med henblik på en afledt opholdsret for en tredjelandstatsborger, ikke gør indgreb i ægteskabsinstitutionen i medlemsstaten, som ligger under dennes kompetence.⁹⁴ Domstolen afgrænser således problemstillingen til udelukkende at omfatte selve anerkendelsen af ægteskaber lovligt indgået i en anden medlemsstat mellem to personer af samme køn, og i denne henseende udelukkende i forbindelse til den af tredjelandstatsborgerens nævnte afledte opholdsret, og tager altså ikke stilling til ægteskabsinstitutionens placering i medlemsstatens nationale identitet. Domstolen bemærker således, at en sådan anerkendelsesforpligtelse hverken udgør en tilsidesættelse af den nationale identitet eller en trussel mod den offentlige orden i den pågældende medlemsstat.⁹⁵

Som med regeringernes indlæg synes Domstolen her at anse den nationale identitet og den offentlige orden som separate, mens den i de førnævnte sager synes at basere begrebet offentlige orden i medlemsstatens forhold og navnlig, i hvert fald delvist, på den nationale identitet i medlemsstaten, mens at den i nærværende sag udtaler, at hensynet *hverken* er i strid med den nationale identitet eller den offentlige orden. Det er muligt, at Domstolen ikke har anset hensynet som værende en del af den Rumænske nationale identitet, ved, at den ikke har anset en generel udelukkelse af homoseksuelle ægtefæller i Rumænien som værende en del heraf, eller at betingelsen om, at der skal være tale om noget 'grundlæggende', ikke har været opfyldt og herved konstateret, at det hverken stred imod respekten herfor eller hensynet til den offentlige orden mere generelt. Tillige er det muligt, at Domstolen ikke har anset hensynet som konkret faldende under offentlig orden som sådan, og derfor holdt dem adskilt. Mest oplagt er dog, også set i lyset af generaladvokatens forslag til afgørelse⁹⁶, at det konkret var afgrænset til en anerkendelse af et lovligt indgået ægteskab i en anden medlemsstat, og udelukkende i forbindelse med en tredjelandstatsborgers afledte opholdsret, hvilket ikke gjorde indgreb i medlemsstatens kompetence til at begrænse medlemsstatens lovgivning for så vidt angår indgåelsen af ægteskabet i medlemsstaten selv, og navnlig begrænse indgåelsen heraf til at være mellem mænd og kvinder, hvorfor den nationale identitet ikke blev tilsidesat. Generaladvokat Wathelet udtaler i denne forbindelse for det første, at der til fastsættelsen af begrebet ægtefælle efter opholdsdirektivet ikke fremgår en henvisning til national lovgivning, som det gør i forbindelse med registrerede partnerskaber, og at når en sådan udtrykkelig henvisning til national lovgivning i en bestemmelse ikke fremgår, følger det af kravet om ensartet anvendelse af EU-retten og lighedsprincippet, at begrebet normalt skal undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Unionen.⁹⁷ For det andet bemærker han, at selvom lovgivning om civilstand falder under medlemsstaternes kompetence, og selvom EU-retten ikke gør indgreb heri, er medlemsstaterne forpligtede til at overholde EU-retten under udøvelsen af deres kompetencer, og desuden vedrører spørgsmålet ikke, hvorvidt to personer af samme køn lovligt kan indgå i et ægteskab i medlemsstaten, men spørgsmålet om retten til fri bevægelighed for en unionsborger,⁹⁸ hvilket bekræftes

⁹² Ibid., præmis 41.

⁹³ Ibid., præmis 42.

⁹⁴ Ibid., præmis 44-6.

⁹⁵ Ibid., præmis 46.

⁹⁶ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet fremsat den 11. januar 2018, Coman.

⁹⁷ Ibid., præmis 33-4.

⁹⁸ Ibid., præmis 36-8 og 41.

i dommen. Domstolen udtaler navnlig, at der ikke gøres indgreb i ægteskabsinstitutionen i medlemsstaten.⁹⁹

Angående art. 4, stk. 2, TEU konkret, udtaler M. Wathelet:

”Selv om det måtte blive fastslået, at opfattelsen af ægteskabet udgør en del af den nationale identitet i visse medlemsstater – hvilket ingen af de medlemsstater, der har indgivet skriftlige indlæg, udtrykkeligt har hævdet, idet dette synspunkt udelukkende blev fremført af den lettiske regering under retsmødet den 21. november 2017 – kan den forpligtelse til at respektere denne identitet, der er fastsat i artikel 4, stk. 2, TEU, ikke forstås uafhængigt af den forpligtelse til loyalt samarbejde, der er fastsat i samme bestemmelses stk. 3. Det fremgår af dette stykke, at medlemsstaterne har pligt til at sikre opfyldelsen af de forpligtelser, der følger af traktaterne eller af retsakter vedtaget af EU institutionerne.”¹⁰⁰

I Domstolens bemærkning om, at Unionen respekterer medlemsstaternes nationale identitet i henhold til art. 4, stk. 2, TEU, henvises der til præmis 73 i Bogendorff, hvoraf fremgår, at det ikke er nødvendigt, at en restriktiv foranstaltning, der er truffet af medlemsstatens myndigheder, svarer til den opfattelse, der er fælles for samtlige medlemsstater med hensyn til de nærmere bestemmelser for beskyttelse af den pågældende grundlæggende rettighed eller legitime interesse, samt at Unionen respekterer medlemsstaternes nationale identitet, som statens form af republik ligeledes er en del af.¹⁰¹ Henset til det foregående bemærkes muligvis herved, at ægteskabsinstitutionen som sådan efter omstændighederne er en del af den rumænske nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, men at dette ikke kunne begrunde ikke-ankendelsen af ægtefæller – som er et EU-retligt begreb – indgået ved lovligt ægteskab i en anden medlemsstat.

Der kan stilles spørgsmål ved, hvorfor det EU-retlige begreb ”offentlig orden” skal fortolkes under hensyntagen til den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, mens begrebet ”ægtefælle” i henhold til opholdsdirektivets art. 2, stk. 2, litra a, ikke skal. De to begreber må dog formentligt holdes adskilt i denne henseende. For det første er den offentlige orden i en medlemsstat i sagens natur særligt forbundet med forholdende og den almindelige opfattelse i medlemsstaten, hvorfor den nationale identitet vel indgår i udformningen heraf, eller i hvert fald kan siges at have en nær sammenhæng hermed. For det andet henvises der i eksempelvis art. 52, stk. 1, TEUF udtrykkeligt til, at der kan fastsættes love mm., som indeholder særlige regler for fremmede borgere, begrundet i blandt andet den offentlige orden. Hvis henses til M. Wathelets udtalelse ovenfor, kræves der således ikke en selvstændig og ensartet fortolkning heraf i hele Unionen, eftersom der navnlig er en udtrykkelig henvisning til national lovgivning. Niveauet og typen af harmonisering på et givent område har således formentligt også betydning for anvendelsen af art. 4, stk. 2, TEU.

Yderligere anvendes der i sagen en distinktion af det EU-retlige begreb ”ægtefælle” og ægteskabsinstitutionen som sådan, hvor det er ægteskabsinstitutionen Domstolen synes at anerkende som henhørende under den konkrete medlemsstats nationale identitet.

Domstolen fortsætter, at hindringer kun kan begrundes, når foranstaltningen er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i Charteret, og som domstolen skal beskytte,¹⁰² som synes at være udtryk for et objektivt formuleret forbud. Indledningsvist kan der formentligt drages en parallel mellem denne passage og sagerne mod Polen og Ungarn, som nævnt ovenfor, hvor medlemsstaterne i kraft af Unionens respekt for medlemsstaternes nationale identiteter efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU var overladt et vist skøn ved gennemførelsen af retsstatsprincippet efter art. 2, TEU i medlemsstaten, men at dette ikke måtte være i strid med en underliggende resultatforpligtelse. Spørgsmålet er således, som formulering antyder, om hindringer ikke kan begrundes i hensynet til respekten for den nationale identitet, hvis ikke det er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder i Charteret.

⁹⁹ Sag C-673/16, Coman, præmis 45.

¹⁰⁰ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet fremsat den 11. januar 2018, Coman, præmis 40.

¹⁰¹ Sag C-673/16, Coman, præmis 43.

¹⁰² Ibid., præmis 47.

Sagen er blevet kaldt kontroversiel,¹⁰³ og Domstolens argumentation i sagen er ikke af alle anset for værende overbevisende, desuagtet om de er enige i sagens udfald eller ej.¹⁰⁴

Martijn van den Brink fremhæver eksempelvis kontrasten til Runevič-Vardyn.¹⁰⁵ I Runevič-Vardyn udtaler Domstolen, at en persons for- og efternavn er en grundlæggende del af personers identitet og privatliv, som er beskyttet efter Charterets art. 7 samt EMRK art. 8,¹⁰⁶ men kom ikke frem til, at dette udelukkede medlemsstaten fra at indføre en hindring, som var begrundet i objektive almene hensyn. Domstolen overlader i Runevič-Vardyn den konkrete afvejning af på den ene side borgernes ret til respekt for deres privatliv og familieliv og på den anden side medlemsstatens berettigede beskyttelse af dens officielle nationale sprog og dens traditioner til den forelæggende ret.¹⁰⁷ Domstolens generelle udelukkelse i Coman af den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje TEU samt den offentlige orden som begrundelse til restriktioner til den frie bevægelighed, hvis begrundelsen strider imod disse grundlæggende rettigheder, synes således kontradiktorisk, hvilket navnlig er grundlaget for Van den Brinks kritik.

Om Domstolen reelt har foretaget en afvejning, hvor den grundlæggende rettighed konkret har vejet tungere i Coman end i Runevič-Vardyn og i øvrigt Bogendorff og Sayn-Wittgenstein, fremgår ikke af præmisserne. I hvert fald ved grænsen for hvornår der foreligger en hindring efter art. 21, TEUF i forbindelse med indgriben i personers navne, synes der at være overladt mere råderum til medlemsstaterne, eftersom der udelukkende foreligger en hindring, hvis det medfører alvorlige ulemper administrativt, erhvervmæssigt eller privat,¹⁰⁸ hvilket kunne tale for, at Domstolen anser den rettighed som navnet, som et element af art. 7 i Charteret og 8 i EMRK, indeholder, som vejene mindre tungt end retten til privatliv og familieliv i Coman. Det skal i denne forbindelse holdes in mente, at der ikke sker identifikation mellem på den ene side testen for, hvornår der foreligger en restriktion og på den anden side begrundelsen for en restriktion, når en sådan foreligger. Domstolens formulering i Coman er navnlig, at nationale foranstaltninger *kun* kan begrundes, når det er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som er fastsat i Charteret, hvilket synes relativt sort på hvidt. Coman er nyere end Bogendorff og Runevič-Vardyn, hvorfor den præcedensmæssigt kan siges at være vigtigere, men det ikke er åbenbart, hvilken vægt den tidligere nævnte separation mellem national identitet og offentlig orden samt vægten af grundlæggende rettigheder i bedømmelsen af national identitet og offentlig som begrundelse til en restriktion af den frie bevægelighed skal tillægges.

5.1.7. Opsummerende om national identitet som begrundelse for en restriktion til bevægelsesfrihed

I den gennemgåede praksis tyder det på, at Domstolen hovedsageligt har valgt at fortolke de bagvedliggende hensyn, hvilke Domstolen i den overvejende andel af sagerne anerkender som værende elementer af de nationale identiteter i medlemsstaterne, som objektive almene hensyn, navnlig som hensynet til den offentlige orden.

Domstolen udtaler i flere af de gennemgåede sager, at den nationale identitet kan tages i betragtning som et forhold, der kan begrunde en restriktion, men fortsætter dernæst med at fortolke de underliggende hensyn som offentlig orden, og i øvrigt bemærke betingelserne for offentlig orden som begrundelse til en restriktion. Yderligere har Domstolen ikke i sine konklusioner, altså selve svarene på de præjudicielle spørgsmål, anvendt national identitet i henhold til art. 4, stk. 2, TEU, men har navnlig henvist til offentlig orden som begrundelse. Dette taler umiddelbart for, at respekten for den nationale identitet som sådan ikke kan anvendes som selvstændig begrundelse til en restriktion, men at Domstolen ved fastlæggelsen af offentlig orden skal tage hensyn til den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU.

¹⁰³ Di Federico, *The Potential of Art. 4(2)*, s. 361.

¹⁰⁴ Martijn van den Brink, *Is the Reasoning in „Coman“ as Good as the Result?*, *VerfBlog*, 2018/6/10, sidst tilgået d. 17.05.2022, <https://verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-as-good-as-the-result/>

¹⁰⁵ *Ibid.*, 7. afsnit.

¹⁰⁶ Sag C-391/09, Runevič-Vardyn, præmis 89.

¹⁰⁷ *Ibid.*, præmis 91.

¹⁰⁸ *Ibid.*, præmis 76.

Herimod er dog muligvis Coman, som direkte konstaterer, at anerkendelsespligten hverken stred imod national identitet eller offentlig orden. Både separationen af de to begreber, og at Domstolen umiddelbart direkte tager stilling til, at det ikke stred imod national identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU som sådan, taler for, at bestemmelsen efter omstændighederne kan stå alene.

Uden at det er helt klart, hvilken vægt Coman skal tillægges, kan der ud fra den resterende praksis forsigtigt udledes, at art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU er en skønsbeføjelse eller en fortolkningsregel ved fastlæggelsen og begrænsningen af EU-ret, hvori ligger, at den nationale identitet indgår som element i det til medlemsstaterne overladte skøn i forbindelse med fastlæggelsen af den offentlige orden. Om dette ligeledes er gældende for så vidt angår andre objektive almene hensyn, således at praksis kan anvendes analogt herpå, er ikke klart. Praksis har kun, mig bekendt, beskæftiget sig med forhold, som ville falde under offentlig orden, desuagtet at det var en del af medlemsstatens nationale identitet.

Ágoston Mohay and Norbert Tóth bemærker, at det ud fra art. 4, stk. 2, TEU burde være således, at hensynet til den offentlig orden skulle forstås som værende et element af den nationale identitet, og altså ikke det omvendte, men forfatterne opfatter selv den foreliggende retspraksis som, at national identitet indgår som et underliggende rationale til begrundelser af hindringer baseret på offentlig orden.¹⁰⁹

Det er ikke åbenbart, hvor vid denne skønsbeføjelse er, men den tyder på at være relativt omfattende, underlagt visse begrænsninger, da der navnlig er flere af de nævnte domme, eksempelvis som fremgår af Bogendorff, hvor flere påståede hensyn blev anset for værende utilstrækkelige af Domstolen til at begrunde hindringen, mens de hensyn, som var en del af den nationale identitet, blev anset for værende tilstrækkelige. Dette må ligeledes kunne støttes på, at det er *grundlæggende* strukturer, som skal respekteres, hvilket må tale for, at de i et vist omfang er tungtvejende.

5.2. Anden praksis

5.2.1. Sagerne C-156/21, Ungarn¹¹⁰ og C-157/21, Polen¹¹¹

Sagerne om henholdsvis Ungarn og Polen mod Parlamentet og Rådet skal som bemærket behandles nærmere. Som beskrevet ovenfor angik sagerne et annulationssøgsmaal rettet mod Parlamentet og Rådet vedrørende forordning (EU, Euratom) 2020/2092, hvilken indeholder den generelle ordning med konditionalitet til beskyttelse af Unionens budget, hvortil navnlig overholdelsen af retsstatsprincippet efter art. 2, TEU var en betingelse for modtagelse af visse ydelser fra Unionen. Sagerne var efter Domstolens opfattelse af særlig vigtighed, hvorfor den besluttede, efter at have hørt generaladvokaten, navnlig M. Campos Sánchez-Bordona i begge sager, at sagerne skulle behandles i Domstolens plenum i henhold til artikel 16 i statuten for Domstolen.¹¹²

For så vidt angår generaladvokatens forslag til afgørelse af henholdsvis sagen om Ungarn¹¹³ og sagen vedrørende Polen¹¹⁴, fremgår art. 4, stk. 2, TEU kun i begrænset omfang. En enkelt udtalelse fra forslaget til afgørelsen af sagen vedrørende Polen skal dog kort bemærkes.

*”Bestemmelsen om den nationale identitet, som den kommer til udtryk i medlemsstaternes grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer (som er selvstændige EU-retlige begreber), findes i artikel 4, stk. 2, første punktum, med henblik på at begrænse EU-rettens indvirkning på områder, der anses for at være centrale for medlemsstaterne. Denne bestemmelse fungerer i sammenhæng med den vertikale afgrænsning af kompetencer mellem Unionen og medlemsstaterne og er desuden forbundet med princippet om loyalt samarbejde, der fastsat i artikel 4, stk. 3, TEU.”*¹¹⁵

¹⁰⁹ Mohay og Tóth, *Decision 22/2016. (XII. 5.) AB*, s. 474, afsnit 3.

¹¹⁰ Sag C-156/21, Ungarn.

¹¹¹ sag C-157/21, Polen.

¹¹² Henholdsvis Ungarn, præmis 35 og Polen, præmis 32.

¹¹³ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsat den 2. december 2021, Ungarn, ECLI:EU:C:2021:974.

¹¹⁴ Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsat den 2. december 2021, Polen.

¹¹⁵ Ibid., fodnote 19.

I Domstolens behandling bemærkes, at det følger af art. 49, TEU, at overholdelsen af art. 2, TEU af medlemsstaten er en forudgående betingelse for tiltrædelse til Unionen, og at denne ikke kan indskrænkes således, at medlemsstaten kan frigøre sig herfra efter sin tiltrædelse.¹¹⁶

Efterfølgende ikke-opfyldelse af art. 2, TEU må således antages at gøre art. 49, TEU illusorisk, eller indebære at tiltrædelsen til Unionen var mangelfuld. Art. 2, TEU indebærer i sig selv juridisk bindende forpligtelser, og artiklen udgør selve Unionens identitet som fælles retsorden.¹¹⁷ Medlemsstaterne må således, selvom disse har særskilte nationale identiteter, i hvert fald på tidspunktet for tiltrædelsen til Unionen overholde art. 2, TEU, og den fortsatte overholdelse heraf, samt Unionens beskyttelse af disse værdier, følger ifølge Domstolen således direkte af art. 2.¹¹⁸ Denne forpligtelse til vedvarende at overholde værdierne i art. 2, TEU må formentligt ligeledes følge af princippet om loyalt samarbejde, da medlemsstaternes ensidige fravigelse fra og forringelse af et grundlæggende princip, som udgør et element af selve Unionens identitet som fælles retsorden, igennem en 'ændring' af deres nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, ikke kan siges at respektere Unionen, jf. art. 4, stk. 3, TEU, og kunne i øvrigt udgøre misbrug af art. 4, stk. 2, TEU, men dette fremgår ikke af dommene.

Som nævnt udtaler Domstolen, at:

*”Selv om Unionen, som det fremgår af artikel 4, stk. 2, TEU, respekterer medlemsstaternes nationale identitet, som den kommer til udtryk i deres grundlæggende politiske og forfatningsmæssige strukturer, således at medlemsstaterne råder over et vist skøn med henblik på at sikre gennemførelsen af retsstatsprincippet, følger det imidlertid på ingen måde heraf, at denne resultatforpligtelse kan variere fra medlemsstat til medlemsstat.”*¹¹⁹

Unionens respekt for medlemsstaternes nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU udmønter sig således i et skøn i forbindelse med selve gennemførelsen af retsstatsprincippet, hvilken underliggende resultatforpligtelse dog ikke må variere fra medlemsstat til medlemsstat.

I denne forbindelse kan der drages paralleller til den her anførte opfattelse af praksis vedrørende restriktioner til den frie bevægelighed. I forbindelse med restriktioner til den frie bevægelighed var der under Domstolens kontrol overladt medlemsstaterne et skøn i forbindelse med fastlæggelsen af begrebet objektive almene hensyn, i hvert fald for så vidt angår den offentlige orden i medlemsstaten, hvori art. 4, stk. 2, TEU indgår. I de nærværende sager var identitetsklausulen rettet mod selve gennemførelsen af retsstatsprincippet i medlemsstaterne, hvilket synes at indebære et væsentligt begrænset råderum for medlemsstaten, hvilket navnlig synes at være baseret på, at art. 2, TEU udgør Unionens ”identitet”. Dette synes i øvrigt i overensstemmelse med den i afhandlingen udførte analyse af selve bestemmelsen, hvoraf det blev konkluderet, at ”respekt” skal forstås således, at Unionen skal tage hensyn til medlemsstaternes nationale identitet, hvilket navnlig kan være tilfældet ved en overladelse af et skøn i forbindelse med medlemsstatens gennemførelse eller begrænsning af EU-ret, men at denne ikke er absolut. Yderligere kan dette ses i lyset af Coman, hvor begrundelser til restriktioner som nævnt var betinget af overholdelsen af grundlæggende principper som fastsat i Charteret, og som Domstolen skal beskytte. At art. 2, TEU og de grundlæggende principper i Charteret sætter den nedre grænse for Unionens respekt for medlemsstaternes nationale identiteter efter art. 4, stk. 2, TEU, synes ligeledes at være i overensstemmelse med analysen af bestemmelsens ordlyd, især når denne læses i sammenhæng med andre traktatbestemmelser.

Som det var konklusionen vedrørende begrundelser til restriktioner, må det ligeledes konkluderes her, at art. 4, stk. 2, TEU tyder på at være en fortolkningsregel, som i sammenhæng med art. 2, TEU overlader et skøn i forbindelse med gennemførelsen af EU-retten. Forskelligt fra praksis vedrørende restriktioner er, at der i forbindelse med retsstatsprincippet er en underliggende resultatforpligtelse, som ikke kan siges at være tilfældet med offentlig orden, hvilket kan støttes i, at beskyttelsesordenen ligeledes

¹¹⁶ Henholdsvis sag C-156/21, Ungarn, præmis 124 og 126 og sag C-157/21, Polen, præmis 142 og 144.

¹¹⁷ Ungarn, præmis 127 og 232 og Polen, præmis 145 og 264.

¹¹⁸ Ungarn, præmis 127 og 234 og Polen, præmis 145 og 266.

¹¹⁹ Ungarn, præmis 233 og Polen, præmis 265.

var overladt til medlemsstaterne, som i forhold til Sayn-Wittgenstein kom til udtryk i statens form som republik.

5.2.2. Sagerne Taricco¹²⁰ og M.A.S. og M.B.¹²¹

Det vil blive undersøgt, om Taricco og M.A.S. og M.B., ofte benævnt Taricco I og II henholdsvis, indeholder elementer, som kan belyse Domstolens anvendelse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, da formuleringen af den nationale rets spørgsmål til Domstolen samt Domstolens præmisser synes at lægge op til dette, men Dommene indeholder ikke henvisninger til art. 4, stk. 2, 1. linje TEU.

Sagerne behandles samlet, da M.A.S og M.B har nær sammenhæng til Taricco, eftersom den forelæggende ret spurgte til fortolkningen af den regel, som kunne udledes af Taricco, og om den mulige strid mellem denne regel og den italienske forfatning.

I førstnævnte sag var det bestridt, om Italiens strafferetlige forældelsesregler på momsområdet var forenelige med EU-ret, eftersom de kunne være i strid med EU's finansielle interesser. Det var efter italiensk lov muligt at forlænge fristen med en fjerdedel med en afbrydende handling fra myndighedernes side, og det bestridte var, om en fristforlængelse på blot en fjerdedel var effektivt og afskrækkende. Domstolen udtaler, at det er op til den forelæggende rets konkrete vurdering, men at den nationale ret er pålagt at sikre den fulde virkning af art. 325, stk. 1 og 2, TEUF, og at den om fornødent skal undlade at anvende de nationale regler om forældelse, da dette navnlig ikke ville stride imod Charterets art. 49.¹²²

I M.A.S. og M.B. var den forelæggende ret i tvivl, om løsningen fra Taricco var i overensstemmelse med blandt andet de overordnede principper i den italienske forfatning og navnlig princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel.¹²³ Den forelæggende ret fremlagde yderligere, at ordningen med forældelse i strafferetlige sager var af materiel karakter, og således omfattet af legalitetsprincippet anvendelsesområde efter den italienske forfatnings art. 25.¹²⁴

Domstolen konkluderer, at:

*”Hvis den nationale ret skulle være af den opfattelse, at forpligtelsen til at undlade at anvende de omhandlede bestemmelser i straffeloven er i strid med princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel, ville den ikke være forpligtet til at opfylde denne forpligtelse, og dette gælder også, selv om opfyldelsen af forpligtelsen ville gøre det muligt at afhjælpe en national situation, der er i strid med EU-retten.”*¹²⁵

Det, som Domstolen begrundet dette i, er navnlig ikke den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, som den i øvrigt ikke henviser til i dommen, men nærmere princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel. Det er ikke klart, om art. 4, stk. 2, TEU kan have haft indflydelse herpå, eftersom det eneste nye i M.A.S og M.B reelt set blot er den forelæggende rets præcisering af, at strafferetlige forældelsesregler efter den italienske forfatning er af materiel karakter i den italienske retsorden. Forrangsprincippet er i øvrigt tilladt fraveget i tilfælde, reguleret af EU-retten, hvor manglende anvendelse af national ret ville stride imod almindelige principper som res judicata eller lignende.¹²⁶ Fravigelsen af forrangsprincippet kunne således være begrundet i almindelige principper og altså ikke i Italiens nationale identitet, eftersom den nationale ret ikke er forpligtet til at undlade at anvende national lovgivning, hvis det er tilfældet, at reglen, som udledes fra Taricco, fører til en situation med usikkerhed i den italienske retsorden angående de strafferetlige forældelsesregler, som tilsidesætter princippet om straffetretens klarhed.¹²⁷

¹²⁰ Domstolens dom af 8. september 2015, sag C-105/14, Taricco, ECLI:EU:C:2015:555.

¹²¹ Domstolens dom af 5. december 2017, sag C-42/17, M.A.S. og M.B., ECLI:EU:C:2017:936.

¹²² Sag C-105/14, Taricco, præmis 55 og 58.

¹²³ Sag C-42/17, M.A.S. og M.B., præmis 13.

¹²⁴ Ibid., præmis 14.

¹²⁵ Ibid., præmis 61.

¹²⁶ Alan Dashwood, Michael Dougan, Barry Rodger, Eleanor Spaventa, og Derrick Wyatt: *Wyatt and Dashwood's European Union Law* 6. udgave, Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011), s. 272-3.

¹²⁷ Sag C-42/17, M.A.S. og M.B., præmis 59.

I Taricco udtaler Domstolen som nævnt, at det ikke ville stride imod Charterets art. 49 at undlade at anvende de nationale regler, hvis den nationale ret anså det fornødent, hvorfor der kan stilles spørgsmålstegn ved, i hvilket omfang, hvis nogen, den nationale identitet kan have haft indflydelse herpå, eksempelvis ved en skønsbeføjelse i forbindelse med gennemførelsen af det strafferetlige legalitetsprincip. Hvis dommen sammenholdes med dommene om Polen og Ungarn, kunne der drages paralleller mellem legalitetsprincippet og retsstatsprincippet, som legalitetsprincippet er et element af. Set i lyset af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU ville udformningen af det strafferetlige legalitetsprincip i den italienske retsorden således være overladt til medlemsstaten, blot det opnår den resultatforpligtelse, som måtte ligge i begrebet. Det kan have haft betydning, at Domstolen udtaler, at art. 325, stk. 1 og 2, TEUF indeholder præcise resultatforpligtelser,¹²⁸ herunder effektiv sanktionering, hvorfor det eventuelt i forbindelse med disse sager ikke kan begrundes i den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, at forældelsesfristerne på det strafferetlige område i henhold til den italienske retsorden er af materiel karakter.

Domstolen valgte dog at basere sin løsning på: ”... at beskyttelsen af Unionens finansielle interesser ved at pålægge strafferetlige sanktioner er en delt kompetence mellem Unionen og medlemsstaterne som omhandlet i artikel 4, stk. 2, TEUF.”,¹²⁹ og at ”Den Italienske Republik var således på daværende tidspunkt berettiget til i sin retsorden at fastsætte, at disse regler på samme måde som reglerne vedrørende fastsættelsen af strafbare forhold og straffe henhører under den materielle strafferet og derfor som sidstnævnte regler er underlagt princippet om, at strafbare forhold og straffe skal have lovhjemmel”.¹³⁰

Domstolen begrundede således Italiens adgang til at anse de strafferetlige forældelsesregler som materielle i, at det på tidspunktet for afsigelsen af Taricco efter art. 4, stk. 2, TEUF var et område med delte kompetencer mellem Unionen og medlemsstaterne, og at det først var senere, at strafferetlige forældelsesregler på momsområdet delvist blev harmoniseret.¹³¹

Om art. 4, stk. 2, TEU kunne have været anvendt, som beskrevet ovenfor, er uklart, men der synes som bemærket at være ligheder med sagerne om Polen og Ungarn, hvorfor det ikke kan afvises. Om Domstolen valgte at anvende art. 4, stk. 2, TEUF fordi, den ikke anså princippet om, at straffe og strafbare forhold skal have hjemmel, som et princip, som kan udføres under overladelse af skøn efter national identitet, eller om det eventuelt blot var mere nærliggende at anvende art. 4, stk. 2, TEUF, uddybes ikke i dommen. Det er således ikke helt klart, om dommen direkte taler imod den i afhandlingen fremførte opfattelse af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, som er, at medlemsstaterne tillægges en skønsbeføjelse i den konkrete gennemførelse og begrænsning af EU-ret i medlemsstaterne, eller om art. 4, stk. 2, TEU på grund af omstændighederne i sagen ikke fandt anvendelse.

Det synes dog umiddelbart at være oplagt, at forholdet kunne være et element af den nationale identitet. Ordningen med forældelse i strafferetlige sager var i henhold til den italienske retsorden af materiel karakter, som faldt under legalitetsprincippet anvendelsesområde i henhold til art. 25 i den italienske forfatning. Henset til de førnævnte domme om Polen og Ungarn ville gennemførelsen af legalitetsprincippet således være overladt til medlemsstaten, navnlig Italien, men der kan stilles spørgsmålstegn ved, hvorfor denne resultatforpligtelse kan afviges igennem udformningen af legalitetsprincippet ud fra en delt kompetence på området, mens den nationale identitet ikke kan bevirke dette.

Til en mulig belysning heraf inddrages generaladvokat Y. Bots forslag til afgørelse af sagen, da art. 4, stk. 2, TEU var en del af hans behandling, men som bemærket indeholder selve afgørelsen ikke en behandling af art. 4, stk. 2, TEU, herunder ikke ved henvisning til Y. Bots forslag.

Den italienske forfatningsdomstol havde gjort gældende, at:

”... det strafferetlige legalitetsprincip, som fortolket i den italienske retsorden, sikrer et højere beskyttelsesniveau end det, der følger af fortolkningen af artikel 49 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, for så vidt som det også omfatter fastsættelsen af forældelsesfristerne for

¹²⁸ Ibid., præmis 38.

¹²⁹ Ibid., præmis 43.

¹³⁰ Ibid., præmis 45.

¹³¹ Ibid., præmis 44.

lovovertrædelsen og følgelig er til hinder for, at den nationale domstol i en verserende sag anvender en længere forældelsesfrist end den, der gjaldt på det tidspunkt, hvor den pågældende overtrædelse blev begået (princippet om, at en skærpelse af straffeloven ikke må have tilbagevirkende kraft)”¹³²

I forlængelse heraf fremhæver den nationale ret, at art. 4, stk. 2, TEU og Charterets art. 53 giver den nationale domstol mulighed for at undlade at opfylde den forpligtelse, som kunne udledes i Taricco, for så vidt den italienske forfatning sikrer en højere beskyttelse end efter EU-ret.¹³³

Nærmere om art. 4, stk. 2, TEU fremhæver han for det første, at hans forslag ikke indebærer, at Unionen ikke respekterer den nationale identitet, samt at gyldigheden udelukkende kan vurderes ud fra EU-ret.¹³⁴ For det andet fremhæver han, at han ikke er overbevist om, at reglen udledt af Taricco udgør et indgreb i den nationale identitet, hvilket han begrundet på to vis. For det første udtaler han, at:

”Det er nemlig vigtigt ikke at forveksle høje krav til beskyttelsen af en grundlæggende rettighed med et indgreb i den nationale identitet eller nærmere bestemt en medlemsstats forfatningsmæssige identitet. Der er i den foreliggende sag ganske vist tale om en grundlæggende rettighed, som er beskyttet af den italienske forfatning, hvis betydning ikke må undervurderes, men det betyder ikke, at artikel 4, stk. 2, TEU skal anvendes her.”¹³⁵

For det andet sætter han spørgsmålstegn ved selve det strafferetlige legalitetsprincips status som ”grundlæggende” i Italiens nationale identitet i henhold til art. 4, stk. 2, TEU. I denne forbindelse udtaler han:

”Desuden har Corte costituzionale (forfatningsdomstol) ikke anført grundene til, at det strafferetlige legalitetsprincip i alle dets aspekter skal have status af »overordnet« princip i forfatningen, og heller ikke grundene til, at en umiddelbar anvendelse af en længere forældelsesfrist kan bringe Den Italienske Republiks forfatningsmæssige identitet i fare.” og umiddelbart i forlængelse heraf, at ”Jeg gør opmærksom på, at de principper, der kvalificeres som »grundlæggende« i den italienske forfatning, er opregnet i artikel 1-12, og at det strafferetlige legalitetsprincip a priori ikke er omfattet heraf.”¹³⁶

Med en anerkendelse af, at et princip ligeledes kan være ”grundlæggende” i henhold til den udviklede forfatningsmæssige praksis, gennemgår han den italienske forfatningsdomstols praksis herom sammenholdt med det strafferetlige legalitetsprincip i den italienske forfatning. Han fremhæver, at ”grundlæggende” efter forfatningsdomstolens praksis navnlig omhandler en ”hård kerne” i den italienske forfatning, hvoraf processuelle garantier ikke er omfattet, desuagtet hvor vigtige de end er.¹³⁷ Han konkluderer i denne forbindelse, at han ikke finder, at reglen udledt af Taricco kunne udgøre et indgreb i Italiens nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU.¹³⁸

Generaladvokaten er således for det første enig i den opfattelse, at selvom den nationale identitet selv sagt skal vurderes ud fra forholdene i landet, herunder blandt andet forfatningen, skal det vurderes EU-retligt. For det andet mener han ikke, at betingelserne for at anvendelsen af art. 4, stk. 2, TEU er opfyldt, da det strafferetlige legalitetsprincip ikke udgør et grundlæggende element af Italiens nationale identitet. Som bemærket behandler Domstolen ikke spørgsmålet om art. 4, stk. 2, TEU, hvorfor det ikke er klart, om Domstolen er enig med generaladvokaten, samt om der skal lægges nærmere vægt i, at Domstolen navnlig vælger at begrunde sit resultat i art. 4, stk. 2, TEUF. Det skal dog ligeledes bemærkes, at Taricco samt M.A.S. og M.B. er fra forinden afsigelsen af dommene Polen og Ungarn, hvorfor det ikke kan afvises, at art. 4, stk. 2, TEU kunne finde anvendelse, men dette skal selvsagt ses i lyset af Y. Bots vurdering heraf, hvorfor det strafferetlige legalitetsprincip efter omstændighederne ikke opfylder betingelserne for at være omfattet af art. 4, stk. 2, TEU.

¹³² Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot fremsat den 18. juli 2017, M.A.S. og M.B., præmis 6.

¹³³ Ibid., præmis 8.

¹³⁴ Ibid., præmis 172 og 177.

¹³⁵ Ibid., præmis 179.

¹³⁶ Ibid., præmis 180 og 181.

¹³⁷ Ibid., præmis 182-5.

¹³⁸ Ibid., præmis 186.

5.2.3. Iszak og Dabis¹³⁹

Afslutningsvist skal dommen Iszak og Dabis mod Kommissionen nævnes. Sagen omhandlede et annullationssøgsmaal rettet mod Kommissionens afslag af registrering af et europæisk borgerforslag. Forslaget var benævnt ”Samhørighedspolitik med hensyn til ligestilling af regioner og bevarelse af de regionale kulturer”¹⁴⁰, og uden at gå nærmere i detaljer herom drejede det sig overordnet set om tildeling af EU-midler til områder præget af primært nationale mindretal. Kommissionen meddelte afslag med den begrundelse, at det ”... åbenbart faldt uden for dens beføjelse til at fremsætte et forslag til EU-retsakt med henblik på gennemførelsen af traktaterne”¹⁴¹

Der blev i sagen blandt andet påstået magtfordrejning samt tilsidesættelse af princippet om god forvaltningsskik,¹⁴² men denne behandling vil være afgrænset til spørgsmålet om art. 4, stk. 2, TEU. I denne forbindelse er det eneste element, som Retten anvender art. 4, stk. 2, TEU på, fortolkningen af et EU-retligt begreb. Navnlig begrebet ”område” som omfattet af art. 174-178 TEUF skal i henhold til art. 4, stk. 2, TEU fortolkes under iagttagelse af de faktiske politiske, administrative og institutionelle forhold.¹⁴³ Retten fastlægger indledningsvist den måde, dette faktisk blev gennemført på, og fandt ikke dette i strid med art. 4, stk. 2, TEU. Retten beskriver ved en gennemgang af forordning nr. 1059/2003 samt de deri definerede ”NUTS-områder”, at det herved var muligt at sammenligne statistiske data vedrørende udviklingsniveauet i de forskellige administrative enheder i medlemsstaterne, og som dermed tjener som reference med henblik på en gennemførelse af EU’s samhørighedspolitik,¹⁴⁴ hvilket den ikke fandt, stred imod art. 174-178 TEUF,¹⁴⁵ som navnlig skal fortolkes i overensstemmelse med art. 4, stk. 2, TEU.

Retten finder endvidere, at det:

”Heraf følger, at EU-lovgiver ikke uden at tilsidesætte artikel 4, stk. 2, TEU kan vedtage en retsakt, der i lighed med den foreslåede retsakt definerer de områder med nationalt mindretal, der skal lægges særlig vægt på inden for rammerne af EU’s samhørighedspolitik, på grundlag af selvstændige kriterier, og således uden at der tages hensyn til den politiske, administrative og institutionelle situation i de pågældende medlemsstater”¹⁴⁶

I forhold til art. 4, stk. 2, TEU anvendes den således i dette tilfælde til fortolkning af et EU-retligt begreb. Dette har ligeledes ligheder med den under restriktioner behandlede praksis, hvor det EU-retlige begreb ”offentlig orden” ligeledes fortolkes under hensyn til den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, men en nærmere diskussion vil fremgå herom umiddelbart nedenfor under en sammenholdning af praksis på de forskellige områder.

Det skal her bemærkes, at Domstolen i en appel iværksat af Izsák og Dabis valgte af ophæve Rettens afgørelse og træffe afgørelse.¹⁴⁷ Domstolen annullerede i denne forbindelse Kommissionens afgørelse om at afvise registrering af borgerforslaget, men dette var baseret på, at ”Retten, idet den fastslog, at appellanterne var forpligtede til at føre bevis for, at den i artikel 4, stk. 2, litra b), i forordning nr. 211/2011 fastsatte registreringsbetingelse var opfyldt, for at få det omhandlede forslag til EBI registreret, begik en retlig fejl”¹⁴⁸, og der blev derved ikke taget stilling til den appellerede doms præmisser vedrørende fortolkningen af art. 174-178 TEUF sammenholdt med art. 4, stk. 2, TEU (navnlig præmis 70-76 af den appellerede dom), hvorfor den hverken bekræftede eller afviste Rettens argumentation, og værdien disse præmisser er således ikke helt åbenbar, desuagtet at de synes at være i overensstemmelse med det ovenfor anførte.

¹³⁹ Sag T-529/13, Izsák og Dabis.

¹⁴⁰ Ibid., præmis 1, oversættelse fremgår.

¹⁴¹ Ibid., præmis 9.

¹⁴² Ibid., præmis 28.

¹⁴³ Ibid., præmis 70.

¹⁴⁴ Ibid., præmis 70-1.

¹⁴⁵ Ibid., præmis 72 sammenholdt med præmis 71.

¹⁴⁶ Ibid., præmis 76.

¹⁴⁷ Domstolens dom af 07. maj 2019, sag C-420/16 P, Izsák og Dabis, ECLI:EU:C:2019:177, præmis 73.

¹⁴⁸ Ibid., præmis 76 og 72.

5.2.4. Opsummerende

For så vidt angår dommene Polen og Ungarn mod Parlamentet og rådet, blev der relevant for denne afhandling fastlagt en nedre grænse for anvendelsen af art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, hvilket navnlig er overholdelse af en underliggende resultatforpligtelse efter art. 2, TEU, som udgør selve Unionens identitet som fælles retsorden. Yderligere blev det om selve anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU udtalt, at bestemmelsen overlader et skøn til medlemsstaten i forbindelse med selve gennemførelsen af de i art. 2, TEU fastlagte principper, i hvert fald for så vidt angår retsstatsprincippet.

Om Taricco og M.A.S. og M.B. reelt kunne være afsagt i henhold til art. 4, stk. 2, TEU er usikkert, men som bemærket, er dommene fra forinden afsigelsen af dommene Polen og Ungarn, hvorfor det er muligt, at Domstolen vil anvende art. 4, stk. 2, TEU frem for art. 4, stk. 2, TEUF fremover.

Der fremgår i de behandlede domme ikke en nærmere redegørelse for, om de hensyn, som Domstolen anerkender som værende en del af den nationale identitet, er ”grundlæggende”, men hvis konklusionen i generaladvokatens forslag til afgørelse, som synes at være i overensstemmelse med den tekstuelle analyse foretaget i denne afhandling af art. 4, stk. 2, TEU, er i overensstemmelse med Domstolens praksis, var art. 4, stk. 2, TEU konkret ikke anvendelig, eftersom der ikke var tale om en grundlæggende struktur.

Ligeledes er værdien af Izsák og Dabis ikke tydelig, eftersom Rettens afgørelse blev ophævet af Domstolen, uden at Domstolen i den forbindelse tog stilling til spørgsmålet om art. 4, stk. 2, TEU. Som det fremgår ovenfor, blev art. 4, stk. 2, TEU af Retten anvendt til fortolkningen af et EU-retligt begreb, navnlig områder som omfattet af art. 174-178 TEUF, som skulle fortolkes under iagttagelse af art. 4, stk. 2, TEU. Som bemærket tog Domstolen ikke stilling til Rettens argumentation i appellen, men den må forsigtigt kunne indgå i fortolkningen af Domstolens og Rettens forståelse af art. 4, stk. 2, TEU.

5.3. Sammenholdning af praksis

I løbet af behandlingen af dommene i afhandlingen blev der fremsat flere problemstillinger, som skal søges besvaret, eller i hvert fald diskuteret. Disse er navnlig, 1) indgår art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU overhovedet i Domstolens bedømmelse? 2) Er anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU udelukket, hvis der er tale om et almindeligt retsprincip, som inspireret af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne? 3) Forfatningens betydning. 4) Hvordan anvendes art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU, i denne forbindelse konkret til de afgrænsede områder, som praksis har beskæftiget sig med? 5) Hvordan anvendes bestemmelsen generelt, hvis praksis på disse forskellige områder sammenholdes?

Det synes relativt let at besvare første problemstilling, da Domstolen i de behandlede domme både har udtalt, at lovgivning, som konkret var et element i den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU, kunne tages i betragtning som et forhold, der kan begrunde en restriktion, og at der i art. 4, stk. 2, TEU ligger en skønsbeføjelse i forbindelse med gennemførelsen af retsstatsprincippet efter art. 2, TEU. Uden at der herved tages stilling til vægten, som art. 4, stk. 2, TEU tillægges, kan det i hvert fald udledes, at bestemmelsen i et eller andet omfang kan indgå, og i øvrigt i flere forbindelser.

I forhold til den anden problemstilling, som blev fremsat under behandlingen af Omega, og på sin vis besvaret under behandlingen af Bogendorff, synes almindelige retsprincipper snarere at blive anvendt ved Domstolens vurdering af, om det forfulgte formål er lovligt, fremfor til udelukkelsen af art. 4, stk. 2, TEU, hvilket ligeledes er en betingelse til begrundelsen af restriktioner, desuagtet at den falder under den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, TEU.

Tredje problemstilling vedrører betydningen af medlemsstaternes forfatning. Som det har fremgået, kommer Domstolen generelt ikke indgående ind på dette, hvorfor der med mere forsigtighed må henvises til generaladvokatens behandling heraf. Som Y. Bot udtaler i sit forslag til M.A.S. og M.B. er ikke enhver forfatningsbestemmelse grundlæggende i art. 4, stk. 2, TEU's forstand, da han konkret tager stilling til det strafferetlige legalitetsprincip i den italienske retsorden. Her undersøgte han navnlig den italienske forfatning såvel som forfatningspraksis for at konkludere, at der ikke var tale om et grundlæggende princip. Selvom Domstolen ikke kommer nærmere ind på betingelserne for anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU, synes Domstolen i hvert fald at inddrage forfatningen og principper på grundlovshøjde, som det var tilfældet med Y. Bot, men der er formentligt tale om en konkret vurdering, hvor ikke blot forfatningen indgår.

Forinden praksis på de forskellige områder sammenholdes, er det oplagt at konstatere praksis på de konkrete områder.

For så vidt angår restriktioner til den frie bevægelighed, i hvert fald unionsborgerens, jf. art. 21, TEUF, tyder art. 4, stk. 2, TEU til, at indgå som et element blandt flere i begrebsfastsættelsen af den offentlige orden i medlemsstaten. Navnlig har Domstolen ikke direkte begrundet en restriktion i art. 4, stk. 2, TEU selvstændigt, men fortolker de hensyn, som den anerkender som værende en del af den nationale identitet, som hensyn til den offentlige orden. Det følger således formentligt heraf, at art. 4, stk. 2, TEU ikke kan anvendes som en selvstændig begrundelse til restriktioner. For så vidt angår de traktatmæssige hensyn er der som bemærket tale om udtømmende undtagelser, hvorfor dette stemmer overens med praksis herfor. Angående de tvingende almene hensyn som begrundelse for en overtrædelse af restriktionsforbuddet ville det være mere oplagt, at art. 4, stk. 2, kunne stå alene, men ligeledes her synes Domstolen at fortolke hensynet som et objektivt alment hensyn.

I afsnit 5.2 under de ”anden praksis” behandlede domme blev det i Polen og Ungarn konstateret, at det i henhold til art. 4, stk. 2, TEU tillægges medlemsstaterne et vist skøn i forbindelse med selve gennemførelsen af retsstatsprincippet i art. 2, TEU, men at resultatforpligtelsen heri var præcis. I denne forbindelse kan art. 2, TEU siges at sætte rammerne for art. 4, stk. 2, TEU, eftersom de nationale identiteter i medlemsstaterne i hvert fald ikke må stride herimod. Det fremgår ikke klart af dommen, om det kan udledes, om art. 4, stk. 2, TEU ville kunne anvendes selvstændigt, hvis Unionen gjorde indgreb medlemsstatens kompetence til at gennemføre retsstatsprincippet, men omvendt skal art. 2, TEU læses i sammenhæng med art. 4, stk. 2, TEU i det tilfælde.

I M.A.S. og M.B. blev art. 4, stk. 2, TEUF anvendt, og det er således uklart, om art. 4, stk. 2, TEU konkret var anvendelig, da Domstolen ikke foretager en vurdering af bestemmelsen. Generaladvokaten foretog derimod en vurdering af de italienske forhold, og konkluderede, at der ikke forelå et grundlæggende element af den nationale identitet. Dommen og forslaget fra generaladvokaten har ikke væsentlig værdi i forhold til selve anvendelsen af bestemmelsen, men bidrager snarere til forståelsen af betingelserne for at anvende art. 4, stk. 2, TEU.

I Izsák og Dabis blev art. 4, stk. 2, TEU anvendt i fortolkningen af det EU-retligt begreb ”områder” i henhold til art. 174-8, TEUF. Som det fremgår, blev dommen ophævet af Domstolen, og i forbindelse med, at Domstolen selv traf afgørelse, blev der ikke taget stilling til Rettens præmisser vedrørende art. 4, stk. 2, TEU, hvorfor dommen formentligt ikke kan tillægges væsentlig værdi, men eftersom Domstolen ikke direkte afviste Rettens argumentation, kan den ikke siges at være helt foruden værdi.

Det vil således blive forsøgt at sammenholde denne praksis for at bestemme indholdet af art. 4, stk. 2, TEU. Igennem afhandlingen er der draget paralleller mellem Polen/Ungarn og Coman, og i forbindelse med anvendelsen af art. 4, stk. 2, TEU som element i begrundelsen til en restriktion, måtte begrundelsen ikke stride imod grundlæggende rettigheder som fastsat i Charteret, mens det i forbindelse med gennemførelsen af retsstatsprincippet ikke måtte stride imod resultatforpligtelsen i art. 2, TEU. Det kan således udledes herfra, at respekten efter art. 4, stk. 2, TEU ikke er absolut, som fremført under den i afhandlingen udførte analyse af bestemmelsen. I øvrigt behandles de hensyn, som er omfattet af art. 4, stk. 2, TEU, som enhver anden begrundelse baseret på den offentlige orden, hvorfor der foretages, enten af Domstolen selv eller overladt til den nationale ret, en proportionalitetsvurdering. Heri ligger således implicit for det første, at art. 4, stk. 2, TEU ikke finder selvstændig anvendelse som begrundelse og for det andet, at der skal foretages en afvejning af på den ene side begrundelsen og de hensyn, som er omfattet af art. 4, stk. 2, TEU, og på den anden side de rettigheder, som gøres indgreb i ved restriktionen, herunder eksempelvis grundlæggende rettigheder i Charteret eller art. 2, TEU. Som bemærket synes Charteret ikke at veje tungest i alle tilfælde, som ellers antydtes i Coman. I eksempelvis Runevič-Vardyn og Bogendorff var restriktionen navnlig begrundet, selvom der gjordes indgreb i en grundlæggende rettighed som fastsat i Charteret.

Generelt taler praksis vedrørende restriktioner for, at art. 4, stk. 2, TEU ikke kan anvendes som selvstændig begrundelse, men navnlig at hensynene skal fortolkes som offentlig orden, og at disse skal overholde de ordinære betingelser for anvendelsen af offentlig orden som begrundelse til en restriktion.

For det andet er der draget paralleller mellem Polen/Ungarn og praksis vedrørende restriktioner generelt, da udformningen af begrebet ”offentlig orden”, den valgte beskyttelsesordning og gennemførelsen af retsstatsprincippet, kan siges i et vist omfang at være overladt til medlemsstaterne i henhold til art. 4, stk. 2, TEU inden for rammerne af traktaterne. Der er dog klart også forskelle herpå. Ved retsstatsprincippet var det selve gennemførelsen af retsstatsprincippet hvor der var overladt et skøn, men heri lå, at et nærmere bestemt resultat skulle opnås. Angående den offentlige orden var det fastsættelsen af begrebet i landet, hvorfor der ikke kan siges at være tale om en resultatforpligtelse, da det, som svarer til den offentlige orden i én medlemsstat ikke nødvendigvis er den samme som i en anden.

Det, som overordnet må udledes herfra, er formentligt, at der er tale om en fortolkningsregel, som efter omstændighederne finder anvendelse i flere forbindelser.

6. Konklusion

Meget overordnet kan formentligt siges, at art. 4, stk. 2, TEU kan anvendes til at begrænse EU-retten indvirkning på områder, der anses for at være centrale for medlemsstaterne, som formuleret af generaladvokat Sánchez-Bordona, men ligeledes ved anvendelsen af EU-ret, og fastlæggelsen af EU-retlige begreber, som kan siges at være den positive afgrænsning af at begrænse EU-ret.

Niveauet af harmonisering på et givent område har formentligt betydning for, i hvilket omfang den nationale identitet kan påvirke en begrænsning af EU-retten, herunder om der findes udtrykkelige henvisninger til national lov i en EU-retlig bestemmelse. Dette er ligeledes baseret på, at art. 4, stk. 2, TEU skal læses i sammenhæng med princippet om loyalt samarbejde samt den vertikale afgrænsning af kompetencer mellem Unionen og medlemsstaterne.

Indholdet af art. 4, stk. 2, TEU skal ligeledes fastsættes ud fra EU-retten, hvorfor det er EU-Domstolens kompetence at bestemme, om et givent hensyn er omfattet heraf. Dette indebærer, at Domstolen skal foretage en prøvelse af, som generaladvokat Y. Bot i M.A.S. og M.B., om hensynet er grundlæggende. Dette synes navnlig at være det afgørende element i Domstolens vurdering, da beskyttelsen synes at omfatte mere, end hvad en sproglig forståelse af bestemmelsen umiddelbart tillader, herunder navnlig officielle nationale sprog. Omvendt, ligeledes henset til Y. Bot i M.A.S. og M.B., kan et hensyn kan være grundlæggende som sådan, eller et hensyn kan konkret fremgå af forfatningen, uden at dette falder under art. 4, stk. 2, TEU.

I forhold til Domstolens anvendelse af art. 4, stk. 2, TEU, synes der ikke at være tale om en selvstændig bestemmelse, som kan begrunde en restriktion til den frie bevægelighed eller overskridelsen af art. 2, TEU. De underliggende hensyn, som Domstolen anerkender som værende elementer af den nationale identitet i henhold til art. 4, stk. 2, TEU, fortolkes som objektive almene hensyn, herunder hovedsageligt som hensynet til den offentlige orden. Ligeledes medfører art. 4, stk. 2, TEU blot, at retsstatsprincippet kan gennemføres under et vist skøn. Art. 4, stk. 2, TEU anvendes således som en art skønsbeføjelse eller fortolkningsregel, som i forbindelse med restriktioner til den frie bevægelighed anvendes til selve fastlæggelsen af EU-retlige begreber som den offentlige orden i medlemsstaten, til fastlæggelsen af begrebet ”område” efter art. 174-8, TEUF, eller ved udførelsen af art. 2, TEU. Art. 2, TEU kan i denne forbindelse beskrives som en form for minimumsharmonisering i forhold til de nationale identiteter, og ligeledes her synes art. 4, stk. 2, TEU ikke at finde selvstændig anvendelse som sådan.

I forbindelse med proportionalitetsvurderingen synes hensynet til den nationale identitet generelt at vægte relativt tungt i afvejningen af modstående hensyn navnlig henset til, at hensyn, som konkret var omfattet af art. 4, stk. 2, TEU, kunne begrunde restriktioner, som gjorde indgreb i grundlæggende Charter-rettigheder. Omvendt i Coman hvor Domstolen fremsatte en objektivt formuleret regel om, at restriktioner kun kan begrundes, hvis dette er i overensstemmelse med de grundlæggende rettigheder, som er fastsat i Charteret. Henset til den foregående praksis samt den omstændighed, at Domstolen allerede forinden denne diskussion i dommen havde fastlagt, at der ikke gjordes indgreb i ægteskabsinstitutionen, som var antydnet at være en del af den nationale identitet, ved en anerkendelse af ”ægteskabsfølelse”, er det ikke åbenbart, hvor stor betydning dommen konkret har for afvejningen af modstående hensyn.

Det må således konkluderes på baggrund af de behandlede domme, at art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU ikke anvendes som en selvstændig bestemmelse som sådan. Det synes mere oplagt, at art. 4, stk. 2, TEU skal læses i sammenhæng med anden EU-ret, hvor bestemmelsen anvendes til udformningen af EU-retlige begreber, hvor disse gør indgreb på centrale områder i medlemsstaten, men den ændrer eksempelvis ikke karakteren af begrundelser for restriktioner fra ”offentlig orden” til ”national identitet”, og er i øvrigt undergivet samme test, desuagtet at hensynet konkret er et element af den nationale identitet efter art. 4, stk. 2, 1. linje, TEU.

7. Litteraturfortegnelse

7.1. Lovgivning

Traktaten om Den Europæiske Union

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde

Europa-Parlamentets og Rådets Direktiv 2004/38/EF

7.2. Litteratur

Cloots, Elke: National Identity in EU Law, (New York: Oxford University Press, 2015).

Dashwood, Alan, Dougan, Michael, Rodger, Barry, Spaventa, Eleanor, Wyatt, Derrick: Wyatt and Dashwood's European Union Law 6. udgave, (Oxford: Hart Publishing Ltd, 2011).

Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 2. udgave, 1. oplag, (København: Djøf Forlag 2020).

Schütze, Robert: European Union Law, 2. udgave, (Cambridge: Cambridge University Press 2018).

Sørensen, Karsten Engsig, Danielsen, Jens Hartig: EU-Retten, 7. udgave, (København: Jurist og Økonomforbundets Forlag, 2019).

7.3. Artikler

Di Federico, Giacomo: The Potential of Article 4(2) TEU in the Solution of Constitutional Clashes Based on Alleged Violations of National Identity and the Quest for Adequate (Judicial) Standards, *European Public Law* 25, no. 3 (2019).

Kaczorowska-Ireland, Alina: What Is the European Union required to Respect under Article 4(2) TEU? The Uniqueness Approach, *European Public Law* 25, no. 1 (2019).

Mohay, Ágoston, Tóth, Norbert: Decision 22/2016. (XII. 5.) AB on the Interpretation of Article E)(2) of the Fundamental Law, *The American Journal of International Law* 111, No. 2 (2017).

van den Brink, Martijn: Is the Reasoning in „Coman“ as Good as the Result?, *VerfBlog*, 2018/6/10, <https://verfassungsblog.de/is-the-reasoning-in-coman-as-good-as-the-result/> (sidst tilgået 17.05.2022).

7.4. Forslag til afgørelse fra generaladvokater

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Poiares Maduro fremsat den 8. oktober 2008, Michaniki, ECLI:EU:C:2008:544.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Sharpston fremsat den 14. oktober 2010, Sayn-Wittgenstein, ECLI:EU:C:2010:608.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Jääskinen fremsat den 16. december 2010, Runevič-Vardyn, ECLI:EU:C:2010:784.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet fremsat den 14. januar 2016, Bogendorff, ECLI:EU:C:2016:11.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat Y. Bot fremsat den 18. juli 2017, M.A.S. og M.B., ECLI:EU:C:2017:564.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Wathelet fremsat den 11. januar 2018, Coman, ECLI:EU:C:2018:2.

forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsat den 2. december 2021, Polen, ECLI:EU:C:2021:978.

Forslag til afgørelse fra generaladvokat M. Campos Sánchez-Bordona fremsat den 2. december 2021, Ungarn, ECLI:EU:C:2021:974.

7.5. Domme fra Domstolen

Domstolens dom af 17. december 1970, Sag 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, ECLI:EU:C:1970:114.

Domstolens dom af 4. december 1974, Sag 41-74, van Duyn, ECLI:EU:C:1974:133.

Domstolens dom af 30. november 1995, sag C-55/94, Gebhard, ECLI:EU:C:1995:411.

Domstolens dom af 17. september 2002, sag C-413/99, Baumbast, ECLI:EU:C:2002:493.

Domstolens dom af 14. oktober 2004, sag C-36/02, Omega, ECLI:EU:C:2004:614.

Domstolens dom af 22. december 2010, sag C-208/09, Sayn-Wittgenstein, ECLI:EU:C:2010:806.

Domstolens dom af 12. maj 2011, sag C-391/09, Runevič-Vardyn, ECLI:EU:C:2011:291.

Domstolens dom af 8. september 2015, sag C-105/14, Taricco, ECLI:EU:C:2015:555.

Domstolens dom af 2. juni 2016, sag C-438/14, Bogendorff, ECLI:EU:C:2016:401

Domstolens dom af 5. december 2017, sag C-42/17, M.A.S. og M.B., ECLI:EU:C:2017:936.

Domstolens dom af 5. juni 2018, Sag C-673/16, Coman, ECLI:EU:C:2018:385.

Domstolens dom af 07. maj 2019, sag C-420/16 P, Izsák og Dabis, ECLI:EU:C:2019:177.

Domstolens dom af 16. februar 2022, sag C-156/21, Ungarn mod Parlamentet og Rådet, ECLI:EU:C:2022:97.

Domstolens dom af 16. februar 2022, sag C-157/21, Polen mod Parlamentet og Rådet, ECLI:EU:C:2022:98.

7.6. Domme fra Retten

Retten dom af 10. maj 2016, sag T-529/13, Izsák og Dabis, ECLI:EU:T:2016:282.

7.7. Domme fra nationale domstole

BVerfGE 73, 339 2 BvR 197/83, Solange II. (Oversættelse ved: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=572>. Sidst tilgået 03.04.2022)

BVerfG, Judgment of the Second Senate of 5 May 2020 - 2 BvR 859/15 -, paras. 1-237, http://www.bverfg.de/e/rs20200505_2bvr085915en.html.