OLA WIKLUND

EG-DOMSTOLENS TOLKNINGSUTRYMME

JURISTFÖRLAGET

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

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

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

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

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

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4353

EG-domstolens tolkningsutrymme – om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten

The Judicial Discretion of the European Court of Justice

Akademisk avhandling som för avläggande
av juris doktorsexamen vid Stockholms
universitet framlägges till offentlig granskning
fredagen de 21 mars kl. 10.00, hörsal 8, hus D, södra husen,
Stockholms universitet

av
Ola Wiklund
Jur.kand.

Stockholms universitet
Juridiska institutionen
106 91 Stockholm

Stockholm 1997
544 s, ISBN 91-39-20043-4

Abstract

The study deals with the judicial discretion of the European Court of Justice (the ECJ). Judicial discretion means the authority vested in a person who applies law to make a choice between two or more conceivable alternatives. The legal element in the concept appears in the form of the requirement that the choice must be found within the realm of law, that is, based on a valid legal norm. Thus legitimate judicial discretion is constituted by the authority (jurisdiction) which the law vests in the judge to choose between alternatives found within the boundaries of the law. The requirement that the choice must be found within the boundaries of the law raises methodological and theoretical problems relevant to the entire legal system.

The main part of the study is devoted to the legal limitations on judicial discretion. The thesis is that limitations on the judicial discretion of the ECJ can primarily be derived from the relationship between the structure of norms and the division of powers within EC law. The starting-point is that the origins of the limitations on judicial discretion are primarily found in the general normative system (EC law) and the relationship between EC law and national law.

The study endeavours to show how the normative structure and the division of jurisdiction between EC law and national law are related to the judicial discretion of the ECJ. The study shows that the relationship between the normative structure and the division of jurisdiction does not place any clear limits on the judicial discretion of the ECJ. By an extensive use of judicial discretion, the ECJ's interpretation of the Treaty has led to restrictions on the procedural and constitutional autonomy of the Member States. This limitation has come about by collaboration between two phenomena: the pragmatic position of the ECJ regarding the judicial division of jurisdiction between the ECJ and national courts in accordance with the system for preliminary rulings and the doctrines concerning the effectiveness of EC law and effective legal protection for private individuals.

The ECJ has, by using its judicial discretion, created a legal situation where every advance notification in constitutionally important issues stretches the limits of the judicial and legislative division of jurisdiction.

EG-domstolens tolkningsutrymme

Om förhållandet mellan normstruktur,
kompetensfördelning och tolkningsutrymme
i EG-rätten

av Ola Wiklund

Ola Wiklund

EG-domstolens tolkningsutrymme

Om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten

Juristförlaget

Akademisk avhandling för juris doktorsexamen
vid Stockholms universitet 1997
juridiska institutionen
106 91 Stockholm

Juristförlaget ingår i Norstedts Juridik AB

Adress till förlaget:
Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:
Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96

EG-domstolens tolkningsutrymme
Ola Wiklund
Upplaga 1:1
ISBN 91-39-200043-4
© 1997 Ola Wiklund och Norstedts Juridik AB

Sättning och tryck: Norstedts tryckeri, Stockholm 1997
Omslag: Pontus Castenfors

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Till Anna och Fanny

Förord

Arbetet med denna bok inleddes samtidigt som ett nytt kapitel av Europas historia började skrivas. Arbetet är nu avslutat. För mig har ett nytt livskapitel därmed tagit sin början.

Jag har många att tacka för att avhandlingsarbetet kunnat slutföras. Först och främst vill jag uttrycka tacksamhet för det osvikliga stöd jag under hela arbetet erhållit från min handledare professor Ulf Bernitz. Ett särskilt tack vill jag rikta till professorerna Niklas Bruun och Lars Pehrson för att ha läst och lämnat värdefulla synpunkter på mitt manuskript. För att läst och kommenterat delar av manuskriptet tackar jag professor Jes Bjarup, fil dr Jens Bartelson och rättssekreterare Ulf Öberg. Jur kand Karin Stanghed har hjälpt mig med att upprätta register, kontrollera källor och läsa korrektur. Göran Hjeltman har korrekturläst och James Hurst har hjälpt mig att översätta sammanfattningen till engelska. Ett stort tack till er alla.

En doktorandtjänst vid juridiska fakulteten i Stockholm och Tore Alméns stipendiefond har skapat ekonomiska förutsättningar för avhandlingsarbetet. Medel från fakulteten, Stiftelsen av den 28 oktober 1982, Svenska Arbetsgivareföreningen och Svenska Institutet har möjliggjort forskningsvistelser och resor som lett till internationella kontakter och erfarenheter som varit oundgängliga för mitt ämne. Stiftelsen FöretagsJuridik har beviljat tryckbidrag. Till alla dessa institutioner som främjat mitt arbete vill jag rikta ett varmt tack.

Ett tack går även till Stephan Carlsson, Roger Persson och Pål Wrange för vänskap och intellektuell stimulans under arbetets gång.

Jag har beaktat rättsutvecklingen till och med oktober 1996.

Norra Lagnö den 2 december 1996

Ola Wiklund

Innehållsförteckning

Förord ... 7

Förkortningar ... 19

1. Introduktion ... 21
1.1 Ämnets bakgrund ... 21
1.2 EG-domstolens tolkningsutrymme ... 24
1.2.1 Undersökningens tes och syfte ... 26
1.3 Avgränsning ... 27
1.3.1 Undersökningens förhållande till tidigare forskning ... 29
1.3.2 Avgränsning vad gäller material m.m. ... 31
1.4 Plan för undersökningen ... 31

2. Tolkningsutrymmet i rättsteorin ... 35
2.1 Inledning ... 35
2.2 Rättens obestämbarhet och kraven på förutsägbarhet och legitimitet i rättstillämpningen ... 36
2.2.1 Inledning ... 36
2.2.2 Rätten som tolkning och rättsnormernas obestämbarhet ... 38
2.2.3 Kraven på rättstillämpningens förutsägbarhet och legitimitet ... 40
2.3 Förhållandet mellan politik och juridik ... 42
2.3.1 Tolkningsutrymmets begränsningar hänförliga till kompetensfördelningen i det konstitutionella systemet ... 43
2.3.2 Rättens autonomi och det rättsliga språkets struktur ... 46
2.3.3 Politik eller juridik? ... 48
2.4 Rättspositivismen och problemet med den kreative domaren ... 49
2.4.1 Rättsdogmatiken ... 55
2.4.2 Några slutsatser om rättspositivismen och lagtolkningens natur ... 59
2.5 Moderna teorier om domarens tolkningsutrymme ... 61
2.5.1 H L A Hart ... 63
2.5.2 Dworkin ... 66
2.5.3 Neil MacCormick ... 69
2.5.4 Några slutsatser ... 72

2.5.5 Rättsrealismen ... 74
2.5.5.1 Skandinavisk rättsrealism ... 74
2.5.5.2 Amerikansk rättsrealism ... 77
2.5.5.3 Critical Legal Studies ... 80
2.6 Frågan om rättens objektivitet och valet av forskningsansats ... 82
2.7 Sammanfattning och slutsatser ... 84

3. Normstruktur och tolkningsutrymme ... 87
3.1 Inledning ... 87
3.2 EG-rättens grundläggande karaktärsdrag ... 88
3.2.1 EG-rättens målrelaterade karaktär ... 91
3.2.2 Mänskliga rättigheter som politiskt ledmotiv ... 93
3.3 Rättskällorna ... 93
3.3.1 Inledning ... 93
3.3.2 Primärrätt ... 93
3.3.3 Sekundärrätt ... 94
3.3.4 EG-domstolens rättspraxis ... 96
3.3.4.1 Prejudikatverkan och prejudikatbundenhet ... 96
3.3.4.2 Obiter dicta och ratio decidendi i EG-domstolens förhandsavgöranden ... 97
3.3.4.3 Avsaknaden av en prejudikatbundenhet och EG-domstolens tolkningsutrymme ... 99
3.3.4.4 *Non liquet* ... 102
3.3.5 Övriga källor ... 103
3.4 Allmänna rättsprinciper ... 104
3.4.1 EG-rättsliga principer som resultat av dynamisk lagtolkning ... 105
3.4.2 Tentativ typologi ... 106
3.4.2.1 Rättsprinciper och tolkningsutrymme ... 106
3.4.2.2 Generaliseringar härledda ur fördragsbestämmelser och sekundär lagstiftning ... 106
3.4.2.3 Grundläggande rättigheter ... 107
3.4.2.4 Principer från nationell rätt ... 108
3.4.2.5 Principer med naturrättslig härstamning ... 108
3.4.2.6 Konflikt och samspel mellan rättsprinciper i EG-rätt och nationell rätt ... 109
3.4.2.7 Rättsprinciper som styr utformningen av nationell processrätt ... 111

3.4.3 Regler och principer ... 112
3.4.3.1 Normbegreppet ... 113
3.5 Sambandet mellan EG-rättens karaktär och normstruktur och EG-domstolens tolkningsmetoder ... 114
3.5.1 Särskilt om den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden som justifieringsgrund ... 117
3.6 Sammanfattning och slutsatser ... 121

4. Förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt ... 123
4.1 Inledning ... 123
4.2 Direkt effekt ... 124
4.2.1 Monism och dualism ... 125
4.2.2 Den EG-rättsliga doktrinens uppkomst ... 126
4.2.2.1 Fördragsbestämmelser ... 127
4.2.2.2 Förordningar ... 128
4.2.2.3 Beslut ... 129
4.3 Direktivens effekter ... 130
4.3.1 Inledning ... 130
4.3.2 Kriterier för direkt effekt ... 130
4.3.2.1 Horisontell direkt effekt? ... 133
4.3.2.2 Målet Francovich ... 135
4.3.3 Direktivkonform tolkning av nationell rätt ... 137
4.3.4 Sammanfattande slutsatser om direktivens effekter ... 141
4.4 Doktrinernas praktiska tillämpning ... 142
4.4.1 Korrekt genomförande? ... 143
4.4.2 Direkt effekt? ... 145
4.4.3 Direktivkonform tolkning? ... 147
4.4.4 Rätt att begära ersättning av staten? ... 148
4.4.5 Är staten förpliktad att utge skadestånd? ... 150
4.4.6 Regeringsrätten och effekten av direktiv ... 152
4.5 Doktrinen om direkt effekt och förhållandet mellan norm och sakomständigheter ... 154
4.5.1 Inledning ... 154
4.5.2 EG-domstolen och normernas natur och ''inre egenskaper'' ... 154
4.5.3 Relationen mellan norm och sakomständigheter som rättstillämpningens oundvikliga förutsättning ... 156
4.6 EG-rättens företräde ... 158
4.6.1 Inledning ... 158

4.6.2 Simmenthal ... 159
4.6.3 Factortame ... 160
4.6.4 Slutsatser ... 165
4.7 Nationella domstolars reaktioner på företrädesdoktrinen ... 166
4.7.1 Inledning ... 166
4.7.2 Storbritannien, Tyskland ... 166
4.7.3 Belgien ... 169
4.7.4 Övriga medlemsstater ... 170
4.8 Sammanfattning och slutsatser ... 172

5. Suveränitet, normkonkurrens och kravet på rättsordningens koherens ... 175
5.1 Inledning ... 175
5.2 Kompetensfördelningen mellan centrum och periferi ... 177
5.2.1 Inledning ... 177
5.2.2 EG-domstolen som författningsdomstol ... 179
5.2.3 Grundläggande kompetensfördelning ... 181
5.2.3.1 Artikel 235 och principen om tilldelade kompetenser ... 184
5.2.4 Kompetensfördelningsfrågornas renässans ... 186
5.2.4.1 Medlemsstaternas passivitet ... 187
5.2.5 Utvidgning av jurisdiktion och oklar kompetensfördelning ... 190
5.3 Suveräniteten ... 192
5.3.1 Staten och suveräniteten ... 192
5.3.2 Rätten och suveräniteten ... 195
5.3.3 Företrädesdoktrinen och suveräniteten ... 198
5.3.4 Idén om delbar suveränitet ... 200
5.3.4.1 Överföring av suveränitet ... 201
5.3.4.2 Begränsning av suveränitet ... 202
5.4 EG-domstolens konstitutionella anspråk ... 204
5.4.1 En ny rättsordning? ... 208
5.4.2 EG-rättens konstitutionella grunder ... 210
5.4.2.1 EG-domstolens autonomiargument ... 212
5.4.3 Rättspositivismen och företrädesdoktrinen ... 213
5.4.3.1 Kelsen och företrädesdoktrinen ... 214
5.4.4 Valet mellan rättsordningarna som ett politiskt val ... 217
5.5 Normkonkurrens, koherens och domarens tolkningsutrymme ... 221

5.5.1 Harts *The Concept of Law* 224
5.5.1.1 Regler (rules) 225
5.5.1.2 Primära, sekundära och erkännanderegler 227
5.5.2 Konsekvenser och kritik av Harts modell 230
5.5.2.1 Det statliga perspektivet 231
5.5.2.2 EU-perspektivet 232
5.5.3 Dworkin om konkurrerande normer och lagtolkningens koherens 236
5.6 Lagtolkningens koherenskrav och normvalet som politiskt och institutionellt problem 238
5.7 Sammanfattning och slutsatser 240

6. Förhållandet mellan rättsordningarna som ett institutionellt problem – kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177 EG 245
6.1 Inledning 245
6.2 Förhandsavgörandenas syfte och natur 248
6.2.1 Inledning 248
6.2.2 EG-rätt och nationell rätt – två separata rättsordningar 249
6.2.3 Samarbete och kompetensfördelning 253
6.2.4 Artikel 177 som exklusivt rättsmedel 256
6.3 Rättsskyddsaspekter 257
6.3.1 Inledning 257
6.3.2 Målet Atlanta 259
6.3.3 Målet Soupergaz 261
6.3.4 Sambandet mellan doktrinerna om enskildas rättsskydd och kompetensfördelningen enligt artikel 177 263
6.4 Sammanfattning och slutsatser 265

7. Tolkning eller tillämpning? – förhållandet mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas struktur och effekter 267
7.1 Inledning 267
7.1.1 Disposition 268
7.2 Sakprövningsförutsättningar 269
7.2.1 Bristfällig information om den bakomliggande tvisten. 270
7.2.2 Frågor utan relevans för den bakomliggande tvisten 272
7.2.3 Missbruk av systemet 275

7.2.3.1 EG-rätt och nationell rätt – två skilda kontexter 276
7.2.4 Problem hänförliga till skapandet av kriterier för sakprövningsförutsättningar 280
7.2.5 Vem kan fråga? – institutionella definitioner 281
7.2.6 Dömande eller förvaltning? 283
7.2.7 Acte clair 285
7.2.8 Omformulering av tolkningsfrågor 290
7.2.8.1 Målet Semeraro Casa 292
7.2.9 Slutsatser 295
7.3 Förhandsavgörandenas struktur och effekter 296
7.3.1 Tolkning eller tillämpning? 296
7.3.1.1 Behovet av konkreta tolkningar av EG-rätten 298
7.3.2 Den formalistiska tolkningen 299
7.3.3 Den pragmatiska tolkningen 301
7.3.3.1 Sammanvävning av sakomständigheter och rättsfråga 302
7.3.3.2 Normprövning av nationell rätt 304
7.3.3.3 Ansvarsfördelningen enligt artikel 30 EG 306
7.3.3.4 Slutsatser 310
7.4 Från formalism till pragmatism 310
7.4.1 Pragmatismen och distinktionen mellan tolkning och tillämpning 314
7.5 Sammanfattning och slutsatser 317

8. EG-domstolens doktrin om spärrverkan och förhållandet mellan legislativ och judiciell kompetensfördelning 321
8.1 Inledning 321
8.2 Spärrverkan som kompetensfördelningsdoktrin 322
8.2.1 EG-domstolens spärrverkansdoktrin 323
8.2.2 Spärrverkan i doktrinen 327
8.3 Spärrverkan som analysmodell för normkonflikter 330
8.3.1 Inledning 330
8.3.2 Förslag till typologi 331
8.3.3 Avgränsningsproblem 332
8.4 Typologin 334
8.4.1 Undantagsmålen 334
8.4.2 Företrädesmålen 335
8.4.3 Ockupationsmålen 336
8.4.4 Konfliktmålen 341

8.4.5 Konstitutionella konflikter ... 343
8.4.5.1 Artikel 30 ... 343
8.4.5.2 Artiklarna 85 och 86 ... 345
8.4.5.3 Indirekta skatter ... 347
8.4.5.4 Generella konstitutionella och processuella krav på nationell rätt ... 350
8.5 Förhållandet mellan EG-domstolens doktrin om spärrverkan och kompetensfördelningen enligt artikel 177.. 351
8.5.1 Behovet av tolkning av nationell rätt ... 351
8.5.2 Rättstillämpningens karaktär och förhållandet mellan EG-rätt och nationella rättsnormer ... 354
8.6 Subsidiaritetsprincipen och förhållandet mellan legislativ och judiciell kompetensfördelning ... 356
8.6.1 Subsidiaritetsprincipen som presumtionsregel vid lösande av normkonflikter ... 357
8.7 Sammanfattning och slutsatser ... 359

9. EG-rättens effektivitetskrav och den nationella konstitutionella och processuella autonomin ... 361
9.1 Inledning ... 361
9.2 EG-rättens effektivitet och den nationella processuella autonomin ... 362
9.2.1 Inledning ... 362
9.2.2 Kravet på EG-rättens effektivitet ... 363
9.3 Från direkt effekt till medlemsstaternas skadeståndsansvar ... 366
9.3.1 Inledning ... 366
9.3.2 Skadeståndsdoktrinens framväxt ... 367
9.3.2.1 Relevansen av talan om fördragsbrott ... 368
9.3.2.2 Nationella domstolars ansvar ... 369
9.3.3 Målet Brasserie du pêcheur ... 370
9.3.3.1 Skadeståndsansvarets grund ... 373
9.3.3.2 Närmare förutsättningar för ersättning ... 376
9.3.3.3 Övriga frågor ... 380
9.4 Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar och kriterier för medlemsstaternas skadeståndsansvar ... 382
9.4.1 Kriterier för överträdelsens kvalité ... 384

9.5 Processuella minimikrav och gemensamma konstitutionella principer ... 388
9.5.1 Nationell processuell autonomi och principerna om enskildas rättsskydd ... 390
9.5.1.1 Sammanvägd analys ... 396
9.6 EG-domstolens stärkande av nationella domstolars roll ... 396
9.6.1 Den oklara judiciella kompetensfördelningens konstitutionella konsekvenser för medlemsstaterna ... 398
9.7 Sammanfattning och slutsatser ... 399

10. EG-domstolens tolkningsutrymme ur ett metodologiskt och teoretiskt perspektiv ... 401
10.1 Inledning ... 401
10.2 Målet Brasserie du pêcheur ... 403
10.2.1 Tolkningsutrymmet ... 403
10.2.1.1 Allmänt erkända tolkningsprinciper? ... 405
10.2.1.2 Principer gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar? ... 406
10.2.1.3 Flera rättsgrunder? ... 408
10.2.1.4 Uniformiteten och enskildas rättsskydd ... 409
10.2.1.5 Vem skall svara? ... 410
10.2.2 Tolkningsutrymmet och EG-domstolens autonomiargument ... 410
10.3 Målen Les Verts och Chernobyl ... 412
10.3.1 Kritik av målen ... 414
10.4 Metodologiska utgångspunkter för domstolskritik ... 415
10.4.1 Interna och externa perspektiv ... 415
10.4.1.1 Olika utgångspunkter för kritik ... 417
10.4.2 Legalitet och legitimitet ... 418
10.4.2.1 Intern och extern justifiering av EG-domstolens avgöranden ... 419
10.5 EG-domstolen och rättsvetenskapen – objektivitet eller kritik? ... 422
10.5.1 Generell kritik ... 422
10.5.2 Ett rättspositivistiskt orienterat kritikförsök ... 424
10.5.3 Rättsrealistiskt orienterad kritik – Rasmussens *On Law and Policy in the European Court of Justice* ... 428
10.5.3.1 Kritik av Rasmussen ... 429
10.5.3.2 Empiri och normativitet ... 435

10.5.3.3 Rasmussen och frågan om rättens objektivitetsanspråk ... 438
10.5.4 Joseph Weiler ... 439
10.5.4.1 Från legalism till kontextualism ... 439
10.5.4.2 Empiri och normativitet ... 442
10.5.4.3 Mot en normativ tolkningsteori för EG-rätten ... 443
10.5.5 Burley och Mattli ... 445
10.6 Objektivitet och kritik i EG-rätten ... 449
10.7 Sammanfattning och slutsatser ... 459

11. Sammanfattande slutsatser ... 457
Slutord ... 474

12. Summary ... 477

Källförteckning ... 497
Rättsfall från EG-domstolen (efter målnummer) ... 497
Rättsfall från EG-domstolen (alfabetiskt) ... 506
Nationella avgöranden ... 515
Litteraturförteckning ... 517
Sak- och personregister ... 533

Förkortningar

AC	Appeal Cases
AFDI	Annuaire Francais de droit international
All ER	All England Law Reports
AJCL	American Journal of Comparative Law
AJIL	American Journal of International Law
Am Bar Ass Journal	American Bar Association Journal
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB	Bundesgesetzblatt
BVerfGE	Bundesverfassungsgericht
Cal Law Rev	California Law Review
CDE	Cahiers de droit européen
CMLR	Common Market Law Reports
CML Rev	Common Market Law Review
Col L Rev	Columbia Law Review
Connecticut JIL	Connecticut Journal of International Law
Cornell ILJ	Cornell International Law Journal
Cornell LQ	Cornell Law Quarterly
CPS	Comparative Political Studies
EBL Rev	European Business Law Review
ECR	European Court Reports
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EG	Europeiska gemenskapen
EJIL	European Journal of International Law
EL Rev	European Law Review
EuR	Europarecht
Fordham ILJ	Fordham International Law Journal
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
GG	Grundgestz
Harv L Rev	Harvard Law Review
ICCLR	International Company and Commercial Law Review
ICJ	International Court of Justice
ICLQ	International Comparative Law Quarterly
JCMS	Journal of Common Market Studies
JDI	Journal de droit international
J Legal Education	Journal of Legal Education

JLP	Journal of Legal Pluralism
JT	Juridisk Tidskrift
JZ	Juristenzeitung
KU	Konstitutionsutskottet
LIEI	Legal Issues of European Integration
LQR	Law Quarterly Review
Mich L Rev	Michigan Law Review
Modern L Rev	Modern Law Review
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Notre Dame L Rev	Notre Dame Law Review
Nova LJ	Nova Law Journal
Oxford JLS	Oxford Journal of Legal Studies
p	punkt (i domskäl)
Rec	Receuil de la Jurisprudence de la Cour
RFDA	Revue francais du droit adminstrative
RTDE	Revue Trimestrielle de Droit Européen
S Cal L Rev	Southern California Law Review
SFS	Svensk författningssamling
Stan L Rev	Stanford Law Review
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for rettsvitenskap
U Pa L Rev	University of Pennsylvania Law Review
Utah L Rev	Utah Law Review
Vanderbildt L Rev	Vanderbildt Law Review
Yale LJ	Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
äea	ännu ej avgjort
äep	ännu ej publicerat (i rättsfallssamlingen)

Kapitel 1
Introduktion

> ''It is almost impossible to overestimate the complexities of the integration process. We simply do not know of any grand theory that would enable us to fully understand the present course of European integration and provide us with a coherent and normatively attractive model of the future shape of a European republic. But such uncertainties do not exclude analytical and theoretical efforts.'' (Joerges, European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty 1994, s 30).

1.1 Ämnets bakgrund

Under tiden efter andra världskriget har Västeuropa och även USA och Kanada upplevt en förstärkning av domstolarnas politiska roll i statsskicken. Utvecklingen kan beskrivas som en legalisering av politiska konflikter.[1]

Frågan om den domarskapade rättens legitimitet står högt på dagordningen för det offentliga samtalet i både USA och Europa. Domarskapad rätt har blivit ''politics as usual''. Med Andrew Adonis:

> ''Are judges getting too big for their wigs? The question is being posed across the democratic world as courts play an increasingly forthright role in curbing governments and creating law. Americans have long treated their judges as legislators. Europeans are coming to do the same. Britain is now before the European Court of Justice seeking an end to the ban on British beef exports which is threatening to paralyse the European Union.''[2]

Den kanske tydligaste utvecklingslinjen är utbredningen av normpröv-

[1] Jacob, introduktion till Courts, Law & Politics in Comparative Perspective 1996, s 1. Se även Barav, Omnipotent Courts, i Schermers 1994, s 265 ff.

[2] Adonis, The rise of the judges, Financial Times onsdagen den 19 juni 1996 s 10.

ning (judicial review).[3] I Europa har de flesta länder utvecklat nationella system för normprövning av lagstiftningens legalitet och konstitutionalitet.[4] Normprövningen i Europa har kommit att ytterligare vitaliseras genom EG-rätten och EG-domstolens doktriner om EG-rättens effektivitet.[5]

EG-rätten är enligt Pierre Pescatore avsedd att innebära en genomgripande omvandling av livet i medlemsstaterna:

> ''The Community legal order is intended to bring about a profound transformation in the conditions of life-economic, social, and even political-in the Member States. It is inevitable that it will come into conflict with the established order, that is to say the rules in force in the Member States whether they stem from constitutions, laws, regulations or legal usage... ''[6]

I denna omvandlingsprocess har EG-domstolen enligt Mancini och Keeling en mission:

> ''The preference for Europe is determined by the genetic code transmitted to the court by the founding fathers, who entrusted to it the task of ensuring that the law is observed in the application of a Treaty whose primary objective is an 'ever closer union among the peoples of Europe.''''[7]

Enligt Hartley har EG-domstolen i sin mission tillagt sig väl vida befogenheter:

> ''It is becoming more and more widely recognised that the Court of Justice of the European Communities... sometimes interprets provisions of the Treaties contrary to the natural meaning of the words used, an activity to which the phrase 'judicial legislation' may be justifiably applied.''[8]

Henry Schermers å sin sida anlägger en mer realistisk ton:

> ''No Court can fully escape policy-making. Constitutional Courts are more obliged than other Courts to make policy decisions, and the Court of Justice must do so on a relatively larger scale than most constitutional Courts.''[9]

Citaten påvisar att EG-domstolens strävan att åstadkomma politisk och

[3] Se Jacob 1996 och Brewer-Carías, Judicial Review in Comparative Law 1992.

[4] Se allmänt om utvecklingen, Brewer-Carias 1992 och Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective 1989. För en ambitiös komparativ undersökning se Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd 1996.

[5] Se särskilt kapitel 4 och 9 nedan.

[6] Pescatore, L'Ordre Juridique des Communautés Europeénnes 1973 s 227.

[7] Mancini och Keeling, Democracy and the Court of Justice, Modern L Rev 1994 s 186.

[8] Hartley, The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union, LQR 1996 s 95.

[9] Schermers, i förordet till Rasmussens On Law and Policy in the European Court of Justice 1986, s XIII.

juridisk integration skett genom en dynamisk *lagtolkning*[10] som reser frågor om förhållandet mellan politiker och domare. EG-domstolen rättstillämpning har enligt många lett till oskarpare distinktioner mellan rätt och moral, juridik och politik. Med Shapiro:

> ''Only the European Court of Justice... has taken what proclaims itself as something else, namely, a treaty, and turned it into a constitution so that it itself could engage in constitutional judicial review. And no other court, including the [United States] Marshall Court, has ever played so prominent a role in the creation of the basic governmental and political process of which it is a part. If any set of lawyers could ever be persuaded to move beyond formal doctrine to realistic political analysis, it would be those who specialized in Community law.''[11]

EG-domstolens integrationsfrämjande roll mötte inledningsvis begränsad kritik från rättsvetenskapligt håll. Gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme kom emellertid på allvar att bli föremål för rättsvetenskaplig debatt efter Hjalte Rasmussens avhandling *On Law and Policy in the European Court of Justice*.[12] Avhandlingen, som publicerades 1986, följdes av ett antal kritiska recensioner som i stort[13] underkände den bevisning Rasmussen presenterade för att EG-domstolen överträtt gränserna för sitt legitima tolkningsutrymme.[14] Recensenterna ställde sig skeptiska till den måttstock som Rasmussen konstruerat och använt, vilken utgick från att det var reaktionerna från den ''sociopolitiska omgivningen'' som begränsade tolkningsutrymmet. Kriteriet var enligt kritikerna ett alltför trubbigt statsvetenskapligt verktyg och kunde inte fungera som rättsvetenskapligt kriterium.[15]

Frånvaron av ett försök att skapa ett juridiskt verktyg (normativ tolkningsteori) kritiserades särskilt av Harvardprofessorn Joseph Weiler.[16] Paradoxalt nog blev angreppen på Rasmussens avhandling i stort sett både början och slutet på den europeiska diskussionen om gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme. Denna undersökning har emellertid som övergripande syfte att i någon mån återuppliva diskussionen.[17]

[10] I undersökningen används *lagtolkning* som sammanfattande term för för EG-domstolens tolkning av EG-rättsliga normer på samtliga hierarkiska nivåer. Termen avser således såväl fördragstolkning som tolkning av sekundärrätt i form av förordningar, direktiv och beslut.

[11] Se Shapiro, recension av Rasmussen 1986, AJIL 1987 s 1008 f.

[12] Nijhoff 1986.

[13] Se dock Shapiro 1987 s 1001 ff.

[14] Weiler, The Court of Justice on Trial, CML Rev 1987 s 555-589 och Cappelletti, Is the European Court of Justice Running Wild?, EL Rev 1987 s 3.

[15] För en ingående diskussion se nedan avsnitt 10.5.

[16] Weiler 1987.

[17] Se framförallt avsnitt 10.5 nedan.

1.2 EG-domstolens tolkningsutrymme

Denna undersökning behandlar *EG-domstolens tolkningsutrymme*. Med *tolkningsutrymme*[18] avses i undersökningen den rättsliga auktoritet som är given till en rättstillämpare att företa ett val mellan två eller flera tänkbara alternativ.[19] Det rättsliga elementet i begreppet uppträder i form av ett krav om att valet måste ligga inom den rättsliga sfären, dvs grundas på en giltig rättsnorm. Det legitima tolkningsutrymmet utgörs således av den auktoritet som rätten ger domaren att välja mellan alternativ som befinner sig inom rättens ram.[20]

Min utgångspunkt är att tolkningsutrymmet är begränsat. Jag tar vidare avstånd från uppfattningen att det för varje rättsligt problem existerar *ett* korrekt avgörande. Definitionen av begreppet *tolkningsutrymme* är stipulativ, dvs den syftar till en begreppsbestämning.

Jag utgår alltså från att domaren utövar sitt tolkningsutrymme när det inte finns *ett* rättsligt justifierat svar på problemet. Definitionen relaterar därmed till den rättsteoretiska diskussionen om distinktionen mellan klara fall (easy cases) och oklara fall (hard cases).[21] Jag är emellertid medveten om att domaren även i de klara fallen företar vissa val i den intellektuella process som resulterar i ett avgörande. En rättsnorm kan ju inte tillämpa sig själv. Min utgångspunkt är att domaren saknar tolkningsutrymme när han eller hon efter en tolkningsoperation endast ser ett rättsligt alternativ som lösningen på problemet.[22]

I undersökningen behandlar jag följande aspekter av EG-domstolens

[18] Flera nordiska rättsvetenskapsmän använder uttrycket *fritt skön* i rättstillämpningen eller *domarens fria skön* i stället för tolkningsutrymme, se bl a Hellner, Rättsteori 1992, och Sundby, Om normer 1974. I litteraturen saknas en uttömmande begreppsbestämning av begreppet *discretion* (eng.). Se dock Galligan, Discretionary Powers 1986 s 1, som sammanfattade begreppet som "... vagaries of language, the diversity of circumstances, and the indeterminacy of official purposes". Se även Hawkins (red), The Uses of Discretion 1992.

[19] Det är i detta sammanhang viktigt att skilja mellan rättslig makt i form av auktoritet å ena sidan och makt som fysisk kraft å andra sidan. Auktoritet bör således skiljas från fysiskt tvång. Min utgångspunkt är att EG-domstolen har auktoritet och jurisdiktion. När jag använder termen makt avser jag auktoritet/jurisdiktion och inte makt i form av fysiskt tvång.

[20] Barak, Judicial Discretion 1989, s 7.

[21] För en bakgrund se Marmor, Interpretation and Legal Theory 1992 s 124 ff.

[22] Min utgångspunkt skiljer sig därmed från den neorealistiska inriktningen som i USA givits namnet Critical Legal Studies (CLS). CLS synes utgå i från att tolkningen av en rättsregel i samtliga fall resulterar i flera valmöjligheter och att domaren i sitt val styrs av sin allmänpolitiska världsuppfattning. Se vidare avsnitt 2.5.5.3 nedan.

tolkningsutrymme[23]:

Den första aspekten rör den rättsliga grunden för domarens möjlighet att välja mellan olika rättsliga alternativ. Vem eller vad auktoriserar domaren att utnyttja tolkningsutrymmet? Denna aspekt rör vad man kallar den formella legitimiteten för domarens utövande av diskretionär makt. För EG-domstolen skulle den uttryckligt formella grunden för rättsskapande vara artikel 164 EG (''Domstolen skall säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av detta fördrag''). Den rättsliga grunden för utnyttjandet av tolkningsutrymmet kan även härledas från andra normer eller grupper av normer och ur förhållandet mellan normstruktur och kompetensfördelning.

Den andra aspekten rör den rättsligt-analytiska grunden för existensen av friheten att göra ett val. Denna aspekt reser frågan: vad är det som gör att tolkningsutrymmet existerar? Här aktualiseras karaktären och den rättsliga naturen hos rättsnormen och lagtolkningen.

Den tredje aspekten rör frågan: är det ur allmän synpunkt lämpligt att förläna en domare kompetens att utöva betydande diskretionär makt i rättstillämpningen.

Den fjärde aspekten rör frågan *hur* en domare skall utnyttja tolkningsutrymmet i en situation där domaren har givits sådant.

Den första och andra aspekten av tolkningsutrymmet behandlas huvudsakligen i kapitel 2-9, medan övriga aspekter behandlas i kapitel 10. Jag utgår ifrån att de olika aspekterna av tolkningsutrymmet är relaterade till varandra. I kapitel 10 relateras därför den första och andra aspekten till den tredje och fjärde aspekten.

Utgångspunkten för undersökningen är att EG-domstolens tolkningsutrymme har varit en avgörande förutsättning för skapandet av de rättsprinciper som utgör EG-rättens ryggrad. Tolkningsutrymmet är emellertid av olika karaktär och omfattning inom olika rättssystem. I undersökningen analyseras frågor rörande tolkningsutrymmets karaktär, källor och begränsningar inom *EG-rätten*. Ett grundantagande är således att EG-domstolens tolkningsutrymme inte är absolut utan begränsat.

Vid en analys av EG-domstolens rättsskapande blir ett allmänt problem

[23] Denna analysram är hämtad från Barak 1989 s 45 ff.

att försöka förklara hur, och i vilken utsträckning[24] EG-domstolen *justifierar*[25] sina avgöranden, dvs vilka skäl och argument som presenteras som stöd för slutsatserna. Justifieringen är en process genom vilken domarens argumentation *juridifieras* och kläs i en retorisk språkdräkt så att beslutet framstår som en logisk följd av ett sammanhängande och värderingsfritt resonemang.[26] Vidare måste tolkningen av en rättsnorm justifiera det sätt på vilken normen tillämpas i ett konkret fall, därmed måste tolkningen själv justifieras.[27]

1.2.1 Undersökningens tes och syfte

Huvuddelen av undersökningen ägnas åt den rättsliga grunden för domarens möjlighet att välja mellan olika rättsliga alternativ. Min tes är att gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme i första hand kan härledas ur förhållandet mellan normstruktur och kompetensfördelning inom EG-rätten. Jag analyserar därmed huvudsakligen de begränsningar av tolkningsutrymmet som primärt härstammar från det generella normativa systemet (EG-rätten) och från förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

Syftet med undersökningen är således att i första hand analysera de begränsningar av EG-domstolens tolkningsutrymme som är hänförliga till det juridiska normsystemet.

Vidare vill jag visa att EG-domstolens dynamiska lagtolkning vad gäller den judiciella (förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar) och legislativa kompetensfördelningen har bidragit till en konstitutionell revolution i flera faser. EG-domstolens lagtolkning har rubbat kompetensgränser och utvecklat doktriner som ålagt nationella domstolar långtgående förpliktelser vid tillämpningen av EG-rätten. EG-domstolen har

[24] Det är relativt vanligt att EG-domstolens motiveringar är knapphändiga. Det blir därmed problematiskt att utröna vilka omständigheter som varit avgörande för slutet. Se härom bl a Gormley, Reasoning Renounced? The Remarkable Judgement in Keck & Mithouard, EB L Rev 1994 s 63-67.

[25] Jag använder begreppet för att beskriva den process i vilken domaren rättsligt sett motiverar och rättfärdigar sitt beslut. Inom vetenskapsteorin använder man i detta sammanhang begreppet *process of justification*. Se även Peczenik, Vad är den juridiska argumentationen?, TfR 1983 s 49.

[26] Vi kan även ställa oss frågan varför vi förväntar oss att EG-domstolen och andra domstolar skall ge goda och rationella skäl för sina avgöranden? Bör vi verkligen förvänta oss det? Enligt min mening är behovet av att ge goda eller riktiga (rationella) skäl till stöd för ett rättsligt beslut en fråga om rationalitet och rationellt handlande.

[27] MacCormick och Summers, Interpretation and Justification, i Interpreting Statutes (MacCormick och Summers red) 1991, s 511.

genom att agera likt en författningsdomstol medverkat till en konstitutionell omvandling som tidvis i princip inte betraktat något nationellt kompetensområde som fredat.

I förlängningen har denna utveckling inneburit att maktbalansen mellan domstolar och lagstiftare rubbats i medlemsstaterna. Genom att nationella domstolar i ökad utsträckning givits möjlighet att åsidosätta rättsnormer beslutade av medlemsstaternas parlament på grund av förment stridighet mot EG-rätten har domstolarna erhållit makt på politikens bekostnad. Maktöverföringen har två aspekter. För det första innebär ett EU-medlemskap att frågor som tidigare avgjordes i politiska organ i större utsträckning avgörs i judiciella organ. För det andra leder EG-domstolens (och andra domstolars) utnyttjande av tolkningsutrymme till att det ''judiciella området'' utökas.

I undersökningen vill jag visa att EG-domstolens rättstillämpning inte endast har effekter på relationen mellan EU och medlemsstaterna. Den påverkar även maktbalansen mellan domstolar och politiska institutioner i medlemsstaterna.

En undersökning som syftar till att frilägga gränser för en domstols tolkningsutrymme kräver en rättsteoretisk orientering. Detta främst beroende på att ämnet måste ta hänsyn till lagtolkningens karaktär och förutsättningar. Framförallt måste undersökningen ta hänsyn till de grundläggande krav som ställs på rättstillämpningen. En central problemställning blir hur domstolar utifrån obestämbara och vaga rättsnormer skall kunna försäkra om att rättstillämpningen samtidigt lever upp till krav på förutsägbarhet å ena sidan och legitimitet å andra sidan. Denna problemställning aktualiserar i sin tur frågan om rättens objektivitetsanspråk och förhållandet mellan politik och juridik.

En av undersökningens huvudfrågeställningar är hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande normer som beslutats i olika system med konstitutionella pretentioner skall kunna förenas med kravet på *rättsordningens koherens*. En analys av denna frågeställning kräver med nödvändighet en rättsteoretisk utgångspunkt.

1.3 Avgränsning

Undersökningen syftar till att frilägga de *vertikala* gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme, dvs gränser som i första hand är att hänföra till relationen mellan EG-domstolen och medlemsstaterna. Tolkningsutrymmet

analyseras därför mot bakgrund av dels förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt och dels förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG.

Undersökningen har inte till avsikt att analysera i vilken utsträckning EG-domstolens tolkningsutrymme påverkas av den *sociopolitiska omgivningen*, dvs en bredare grupp institutioner och intressegrupper på EU- och medlemsstatsnivå, vilket skulle kräva ett omfattande empiriskt material. Undersökningen syftar således inte till att undersöka i vilken utsträckning exempelvis den tyska författningsdomstolens *reaktioner* på EG-domstolens rättspraxis inverkar bestämmande på EG-domstolens tolkningsutrymme.

Jag avser att undersöka domarens tolkningsutrymme, dvs auktoritet att välja, som bestämt av rättsliga faktorer. Undersökningen är därmed normativt orienterad i så motto att den behandlar de rättsliga *skälen*, och inte *orsakerna*, till domarens val.

I normativt avseende utgår undersökningen från att det i princip är omöjligt att från en juridisk utgångspunkt i samtliga avgöranden objektivt fastställa om EG-domstolen har överskridit sitt legala tolkningsutrymme. Undersökningens ambition är i detta avseende begränsad. Jag utgår från att rättsnormer i varierande grad är vaga och obestämbara beroende på den faktiska relationen och interaktionen mellan norm och sakomständigheter i det specifika fallet.

Jag anser att det är möjligt att påvisa gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme med utgångspunkt från rättssystemet och dess struktur. Undersökningen strävar efter att visa att analyser av förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten är en möjlig väg för att utvärdera EG-domstolens lagtolkning. Denna analysmodell kan inte ha pretentioner på att fastställa tolkningsutrymmets absoluta gränser utan endast påvisa vissa avgränsningar.

Undersökningen är rättsteoretiskt orienterad. En undersökning av denna typ som behandlar lagtolkning riskerar att överbetona de teoretiska aspekterna av ämnet. Det är frestande att se lagtolkning som abstrakt och filosofisk och koncentrera sig på att diskutera tolkningsteorier. Min utgångspunkt i denna undersökning är emellertid att lagtolkningen inom ramen för det valda rättssystemet, EG-rätten, bäst kan förstås i sitt institutionella och juridiskt-politiska sammanhang, vilket i denna undersökning avspeglas i hur tolkningsutrymmet förhåller sig till normstruktur och kompetensfördelning i det EG-rättsliga systemet.

Jag nedtonar således problem hänförliga till språkets natur som aktualiserar språkfilosofiska frågeställningar. Jag utgår från att språkfilosofiska

frågor och politiskt-juridiska frågor uppträder på olika nivåer i den begreppsligt orienterade diskussionen om lagtolkning. I undersökningen kommer lagtolkningen att analyseras på den politiskt-juridiska nivån.[28]

1.3.1 Undersökningens förhållande till tidigare forskning

För undersökningen centrala fenomen som EG-domstolens pragmatiska tolkning av artikel 177, EG-domstolens doktriner om enskildas rättsskydd och nationella domstolars ansvar för EG-rättens effektiva tillämpning kom att preciseras och vidareutvecklas i slutet av 1980-talet och under 1990-talet. Vad gäller behandlingen av tidigare forskning begränsas därför studien huvudsakligen till de viktigare bidragen som publicerats efter den Europeiska enhetsaktens ikraftträdande 1987.[29] Skälet till denna begränsning kan således hänföras till undersökningens syfte och teoretiska ram.

En grundläggande utgångspunkt för denna undersökning är att det är möjligt att påvisa gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme med utgångspunkt från rättssystemet. Som alla metodologiska och teoretiska utgångspunkter kan denna säkert beskyllas för att vara alltför snäv. En brett

[28] Jag ansluter mig till Bix slutsatser om språkteorins relevans för lagtolkningen: "I believe that language has, for the most part, been a false focus for legal theory. Language and theories of language have been used as an excuse for decisions that are more properly attributable to political – or at least policy – decisions about how we want various institutions in our legal system to interact: When do we want judges to ignore or overide legislative intent? Are there times when rules should be overruled, altered, or ignored due to the apparent absurdity or injustice of their application? And how much attention should be given to the more abstract aspects of the rule-maker's intentions? I believe that it is at best misleading to claim that the problems of resolving disputes in the context of a legal system would be resolved if only we had a better theory of language, or if only judges would follow the proper theory of language that we already have."(Bix, Law, Language and Legal Determinacy 1993, s 178).

[29] I sammanhanget vill jag dock framhålla Joutsamo, *The Role of Preliminary Rulings in the European Communities* från 1979 vars syfte (s III) "... is to examine the powers and the limits of a court of law of an integration organization as a promotor of the interests of the organization." Joutsamos utvärderingskriterium eller *justifieringsnivå* skiljer sig till viss del från denna undersöknings. Joutsamo anger följande utgångspunkt som central för undersökningen (s 80): "The search for authority by persuasive argumentation is no doubt one of the most, if not the most important factor in the functioning of the Court of Justice. By examining the work of the Court from this angle we are in a good position to understand the decision-making policy of the Court behind the formal and legalistic formulations in its decisions." Författaren sluter sig vidare till att (s 311)"[the Court] must convince the national courts to accept [the development of Community law] but at the same time it must, however, develop Community law in a unified and rational way to make Community law a workable system in practice." Joutsamo ger i sin undersökning exempel på fall av bristande efterlevnad av förhandsavgöranden i nationella domstolar. Rasmussen (1986 s 171 f) kritiserar Joutsamo för att inte använt sig av ett bredare spektrum av organ för att söka finna en måttstock för kritik av EG-domstolens rättspraxis.

upplagd undersökning om gränserna för EG-domstolens rättsliga beslutsfattande av Mann[30] ansågs enligt Rasmussen lida av metodologiska brister då den i alltför hög grad fokuserade på rättssystemet och de institutionella gränserna för judiciellt beslutsfattande:

> ''How can it be explained that Mann's generally high level of analytic sophistication failed to lead him to a more sophisticated assessment of the potential defiance problems facing the outcome of the Court's judicial process? I think the main reason is derivable from a methodological imperfection. This is his confinement of the activism investigation in relation to two variables only: 1) the concept of law and 2) the institutional setting of judicial decision.''[31]

För att undersöka bärigheten i denna typ av kritik orienteras diskussionen vad gäller den tidigare forskningen mot frågan om EG-domstolens avgöranden är justifierade ur ett bredare perspektiv. Kapitlet strävar mot en diskussion om rättsskapandets legitimitet och fokuserar på externt bestämda gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Undersökningen i denna del skulle därmed ske på den *externa justifieringsnivån.*

Såväl den interna som den externa justifieringsnivån rör normativa frågor. Den interna nivån relaterar domstolens avgöranden till den existerande ramen av rättsnormer, medan den externa nivån relaterar avgörandena till övergripande ideal och i förhållande till externa faktorer som reaktioner från den omgivande miljön av institutioner och intressegrupper. Den normativa komponent som krävs för en utvärdering av EG-domstolens avgöranden på den externa justifieringsnivån blir således en *legitimitetsteori* för EG-rätten.[32]

Jag väljer att behandla den tidigare forskningen sist i undersökningen. Skälet till detta är att nästintill samtliga bidrag behandlar rättsskapandets legitimitetsaspekt från det externa perspektivet, medan huvuddelen av undersökningen rör begränsningar av tolkningsutrymmet hänförliga till förhållandet mellan normstruktur och kompetensfördelning. Genom att föra diskussionen som avslutning får jag möjlighet att relatera denna undersök-

[30] Mann, The Function of Judicial Decision in European Economic Integration 1972.

[31] Rasmussen 1986 s 162.

[32] Jmfr dock Bergholz (Ratio et Auctoritas 1987 s 23) som utmönstrar två justifieringsnivåer, en intern och en extern, inom vad som förefaller vara denna undersöknings interna nivå. Med Bergholz (förf kurs): Om... domsmotiveringen genom rättsfakta och rättsregel visar att rättsföljden skall inträda är domen *internt rättfärdigad.* Rättsföljden visas följa av rättsfakta och normpremiss... För att domen skall vara *externt rättfärdigad* krävs att normpremissen och dess källor kan kontrolleras dvs att i motiveringen angetts varifrån det rättsliga material kommit som utgör grunden för normformuleringen."

nings metodologiska och teoretiska ram till den tidigare forskningen.

I sammanhanget kan emellertid erinras om den omfattande recension av äldre domstolsforskning som återfinns i Rasmussens pionjärarbete *On Law and Policy in the European Court of Justice: A Comparative Study in Judicial Policymaking* från 1986.[33] Rasmussens undersökning kan betraktas som det hittills skarpaste angreppet på EG-domstolen och dess rättsskapande verksamhet och tjänar som utgångspunkt för diskussionen i kapitel 10.

1.3.2 Avgränsningar vad gäller material m m

Undersökningen behandlar de *EG-rättsliga normer* som begränsar EG-domstolens tolkningsutrymme. Nationella domstolars tolkning av EG-rätten behandlas därför endast i förbigående.

Det använda rättskällematerialet domineras av avgöranden från EG-domstolen och EG-rättslig rättsvetenskaplig doktrin. Eftersom EG-domstolens domar huvudsakligen citeras på engelska från *European Court Reports* citeras även fördragsartiklar och sekundärrätt (förordningar, direktiv etc) på engelska. Vad gäller rättspraxis efter Sveriges anslutning till Europeiska unionen citeras även från *Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt.*[34]

Undersökningens rättsteoretiska orientering medför även referenser till modern rättsteori och filosofi.

1.4 Plan för undersökningen

I undersökningens huvuddel relateras EG-domstolens tolkningsutrymme till EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning, vilket med den ovan brukade terminologin kan benämnas som en undersökning på den *interna justifieringsnivån*. Det avslutande kapitlet diskuterar legitimiteten i EG-domstolens rättsskapande och externt bestämda gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Undersökningen i denna del skulle därmed tangera den *externa justifieringsnivån*.

Undersökningens närmare disposition är den följande:

Kapitel 2 är metodologiskt och teoretiskt orienterat och analyserar föl-

[33] Se särskilt kapitel 6.

[34] För enhetlighetens skull refereras även i dessa fall till *European Court Reports*.

jande frågeställningar: Hur skall kraven på förutsägbarhet och legitimitet kunna förenas i rättstillämpningen? Vad innebär lagtolkningens politiska kontext för rättens objektivitetsanspråk? Hur skall rättsnormernas vaghet och obestämbarhet förenas med lagtolkningens och rättsordningens rationalitets- och koherenskrav? Kapitlet undersöker om den moderna rättsteorin har funnit några lösningar på de ovan presenterade problemen.

Det inledande kapitlet kan därmed sägas analysera tolkningsutrymmets källor, uppkomst och rättsteorins behandling av problemet med den kreativa domaren. Det är vidare avsett att ligga till grund för den kommande analysen av hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande normer som beslutats i olika system med konstitutionella anspråk skall kunna förenas med kravet på *rättsordningens koherens*. *Kapitel 3* behandlar EG-rättens normstruktur, dvs rättskällelära och normhierarki. Här framhålls EG-rättens centrala karaktärsdrag: fördragens målrelaterade karaktär, avsaknaden av prejudikatlära och EG-domstolens användning av rättsprinciper i rättstillämpningen. Kapitlet betonar att rättsprincipernas roll inom EG-rätten ställer centrala teoretiska och praktiska frågor med relevans för synen på hela rättssystemet.

Kapitel 4 analyserar förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt och EG-domstolens doktriner om direkt effekt, EG-rättens företräde etc. Här framhålls att dessa har givit EG-rätten genomslagskraft i de nationella rättssystemen. Rättstillämpare och praktiker har därmed blivit tvungna att använda rättsnormer som inte har sitt ursprung i den nationella politiska församlingen. Det betonas att EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt bygger på att EG-rätten dels betraktas som en integrerad del av nationell rätt och dels organiskt ses som ett självständigt rättssystem med konstitutionella drag.

Kapitel 5 syftar till att sammanföra den teoretiska diskussionen om lagtolkningens karaktär och kontext med redogörelsen för EG-rättens normstruktur och kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet är avsett att analysera de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens strukturering av det EG-rättsliga normsystemet och doktrinerna om kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet är disponerat kring en analys av suveränitetsbegreppet och en diskussion om konkurrerande normkällor (auktoriteter). *Huvudfrågeställningen är hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande normkällor skall kunna förenas med kravet på rättsordningens koherens.*

I *kapitel 6 och 7* relateras företrädesdoktrinen till den judiciella kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt

systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG. Här framhålls att samtidigt som EG-domstolen formellt sett hämtar sin rättsliga auktoritet från fördragets bestämmelser har den sitt faktiska ursprung i spänningsfältet mellan EG-rätten och medlemsstaternas rättsordningar. Inom ramen för systemet med förhandsavgöranden analyseras den praktiska tillämpningen av EG-domstolens företrädesdoktrin. Här betonas att artikel 177 *enligt EG-domstolen* bygger på ett samarbete eller en samverkan mellan EG-domstolen och nationella domstolar och att det inte föreligger någon hierarkisk relation mellan organen. I kapitlet ifrågasätts om EG-domstolen kan upprätthålla kompetensfördelningen och idén om två separata rättssystem och en klar distinktion mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt. I samband härmed diskuteras om den dualistiska synen på relationen EG-rätt och nationell rätt, som ligger till grund för domstolens absoluta företrädesdoktrin, utgör ett hinder för utvecklingen av en europeisk konstitution. Kapitlen formulerar frågan: är det så att artikel 177 på rådande utvecklingsnivå vad gäller normstruktur och kompetensfördelning kan utgöra en integrationströskel genom de begränsningar den lägger på EG-domstolens tolkningsutrymme?

I *kapitel 8* analyseras förhållandet mellan legislativ och judiciell kompetensfördelning. Kapitlet behandlar kopplingen mellan EG-domstolens doktrin om *spärrverkan* och de jurisdiktionella gränserna mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177. Därvid analyseras i vilken utsträckning EG-domstolens frihet att skapa kompetensfördelningsnormer begränsas av artikel 177.

I *kapitel 9* relateras EG-domstolens rättspraxis om enskildas rättsskydd till jurisdiktionella begränsningar av EG-domstolens och nationella domstolars tolkningsutrymme. Här undersöks vilka konstitutionella konsekvenser EG-domstolens tolkning av artikel 177 får för de nationella rättssystemens processuella och konstitutionella autonomi. Jag diskuterar om konsekvensen av den oklara kompetensfördelningen blir att man i relationen mellan EG-domstolen, nationella domstolar och nationella politiska institutioner kan tala om en vertikal maktstruktur snarare än en horisontell som vilar på kompetensfördelning och samarbete. Kan man hävda att artikel 177, på nuvarande EG-rättsliga utvecklingsnivå vad gäller normstruktur och kompetensfördelning, sätter gränser för en vidareutveckling av principer om enskildas rättsskydd?

I *Kapitel 10* diskuteras några centrala avgöranden av EG-domstolen utifrån antagandet om det begränsade tolkningsutrymmet och interna och externa justifieringskriterier som utgångspunkt för kritik av EG-domstolens

rättspraxis. Jag närmar mig här diskussionen om skapandet av normativa kriterier för kritik av EG-domstolens rättstillämpning. De valda avgörandena rör EG-domstolens konstitutionella anspråk och aktualiserar såväl den legislativa som den judiciellt institutionella kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna. De fungerar därmed som en god inledning till den teoretiska diskussionen om gränserna för EG-domstolens legitima tolkningsutrymme som förs mot bakgrund av några rättsvetenskapliga inlägg i diskussionen om kriterier för kritik av EG-domstolens rättspraxis. Jag anknyter här till den inledande rättsteoretiska diskussionen i kapitel 2 och försöker dra några slutsatser av denna.

Kapitel 11 innehåller sammanfattande slutsatser och en avslutande diskussion. Sammanfattningsvis behandlar undersökningen följande företeelser som inverkar på EG-domstolens tolkningsutrymme:

– *normsystemets strukturella utvecklingsnivå*, dvs EG-rättens normhierarki, rättskällelära och målrelaterade karaktär,

– *kompetensfördelningen* mellan EG-rätt och nationell rätt och EG-domstolens justifiering av separationen mellan normsystemen dvs företrädesdoktrinen och EG-domstolens juridiskt doktrinärt orienterade konstitutionsanspråk,

– *jurisdiktionella begränsningar* hänförliga till såväl judiciell, dvs kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar, som legislativ kompetensfördelning samt medlemsstaternas processuella och konstitutionella autonomi, och *tolkningsutrymmets teoretiska förutsättningar* inbegripet dess källor och uppkomst.

Kapitel 2
Tolkningsutrymmet i rättsteorin

2.1 Inledning

I kapitel 1 har jag definierat judiciellt *tolkningsutrymme* som den rättsliga auktoritet som är given till en rättstillämpare att företa ett val mellan två eller flera tänkbara alternativ. Det rättsliga elementet i begreppet uppträder i form av ett krav om att valet måste ligga inom den rättsliga sfären, dvs grundas på en giltig rättsnorm. Det legitima tolkningsutrymmet utgörs således av den auktoritet som rätten ger domaren att välja mellan alternativ som befinner sig inom rättens ram.[1]

Rättstillämpningens karaktär och definitionen av *tolkningsutrymme* aktualiserar enligt min mening följande centrala rättsteoretiska problem:
- rättens objektivitetsanspråk och rättsnormernas obestämbarhet och vaghet,
- kraven på rättstillämpningens förutsägbarhet och legitimitet, och
- förhållandet mellan politik och juridik.

Detta kapitel analyserar följande frågeställningar: Hur skall kraven på förutsägbarhet och legitimitet kunna förenas i rättstillämpningen? Vad innebär lagtolkningens politiska kontext för rättens objektivitetsanspråk? Hur skall rättsnormernas vaghet och obestämbarhet förenas med lagtolkningens och rättsordningens rationalitets- och koherenskrav?

I kapitlet undersöks i vilken utsträckning den moderna rättsteorin kan erbjuda lösningar på problemen. Analysen leder fram till den rättsteoretiska utgångspunkt som väljs för undersökningen.

Idén är vidare att kapitlet skall ligga till grund för den senare analysen av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt. En av undersökningens huvudfrågeställningar är hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande

[1] Barak, Judicial Discretion 1989, s 7.

normer som beslutats i olika system med konstitutionella pretentioner skall kunna förenas med kravet på *rättsordningens koherens*. En analys av denna frågeställning kräver med nödvändighet en rättsteoretisk utgångspunkt.

2.2 Rättens obestämbarhet och kraven på förutsägbarhet och legitimitet i rättstillämpningen

2.2.1 Inledning

I en diskussion om EG-rättens rättskällor[2] och EG-domstolens praxis om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt finns det skäl att framhålla de metodologiska och teoretiska svårigheter som EG-rättens karaktäristika aktualiserar. Rättskällornas och rättsnormernas karaktär och inbördes förhållande och roll i systemet reser centrala teoretiska och praktiska frågor med relevans för valet av perspektiv för analyser av rättssystemet. Jag kommer att peka på de problem som den säregna normstrukturen och kompetensfördelningen reser i förhållande till krav på koherens i systemet.

Vad jag särskilt vill understryka i undersökningen är tolkningsutrymmets nära relation till rättssystemet och dess koherens. Min utgångspunkt är att EG-domstolens lagtolkning styrs av en strävan att bevara EG-rättens *normativa koherens*. Med Fuller:

> ''Those responsible for creating and administering a body of legal rules will always be confronted by a *problem of system*. The rules applied to the decision of individual controversies cannot simply be isolated exercises of judicial wisdom. They must be brought into, and maintained in, some systematic interrelationship: they must display some coherent internal structure.''[3]

De flesta rättsvetenskapsmän och domare är säkerligen ense om att rättstillämpning inte karaktäriseras av en neutral tillämpning av objektiva regler.[4] Detta erkännande för oftast med sig ett accepterande av existensen av

[2] Begreppet rättskälla är inte helt oproblematiskt att använda. Detta gäller särskilt för ett system som EG-rätten med starka dynamiska inslag. Hellner (Rättsteori 1994) menar att en bestämning av "gällande rätt" och "rättskällor" inte lämpar sig som en exklusiv metodlära för rättsvetenskapen (s 31). Han föredrar i stället att tala om "hanteringsregler" (s 62). Som hanteringsregler betecknar Hellner olika krav på rationell argumentering (logisk rationalitet, saklig rationalitet och intellektuell rationalitet) (s 49 ff).

[3] Fuller, Anatomy of the Law 1968, s 94 (förf kurs).

[4] Fletcher, Two Modes of Legal Thought, Yale L J 1981 s 995. Se även Fiss, Objectivity and Interpretation, Stanford L Rev 1982 s 739 ff.

judiciellt tolkningsutrymme.[5]

För att rättsliga avgöranden skall kunna harmoniera med det normativa och institutionella systemet är det en fördel om domaren är medveten om tolkningsutrymmets existens och att han eller hon skapar normer genom utnyttjande av tolkningsutrymmet.

En central fråga för diskussionen om gränserna för tolkningsutrymmet är domarens medvetenhet om att förändringar i rättsläget är ett resultat av hans egen aktivitet. Min utgångspunkt i undersökningen är att utnyttjandet av tolkningsutrymmet leder till att nya rättsnormer skapas.

Tolkningsutrymmets omfattning varierar naturligtvis från fall till fall. Utrymmet i ett fall som rör tolkningen av en vagt skriven rättsregel skiljer sig från ett fall som innefattar en avvikelse från tidigare praxis eller analogier från andra regler. I samtliga dessa fall är tolkningsutrymmet begränsat. Vad som emellertid står klart är att rättsskapande sker i alla dessa fall.

Ett rimligt krav på rättsskapande är att domaren är medveten om förändringen av rättsläget. En domare som inte erkänner tolkningens rättsskapande element har dåliga förutsättningar att utnyttja tolkningsutrymmet på ett rimligt och rationellt sätt. Medvetenheten om rättsskapandet och insikt om lagtolkningens natur synes enligt min mening betydelsefull för tolkningsutrymmets gränser. Med Cardozo:

> ''We live in a world of change. If a body of law were in existence adequate for the civilization of today, it could not meet the demands of civilization of tomorrow. Society is inconstant. So long as it is inconstant, and to the extent of such inconstancy, there can be no constancy in law. The kinetic forces are too strong for us. We may think the law is the same if we refuse to change the formulas. The identity is verbal only. The formula has no longer the same correspondance with reality. Translated into conduct, it means something other than it did. Law defines a relation not always between fixed points, but often, indeed oftenest, between points of varying position. The acts and situations to be regulated have a motion of their own. There is change whether we will it or not.''[6]

Kan då den juridiska disciplinen råda bot på den obestämbarhet som är en produkt av interaktionen mellan verkligheten och normerna?

Hart och Raz har följande att säga om språkets obestämbarhet och juridiska tolkningsteorier som botemedel:

> ''Canons of 'interpretation cannot eliminate, though they can diminish, these uncertainties; for these canons are themselves general rules for the use of langu-

[5] Jmfr dock Dworkins hållning som utförligt diskuteras i avsnitt 2.3.2 nedan.
[6] Cardozo, The Paradoxes of Legal Science 2 1928, s 10.

age, and make use of general terms which themselves require interpretation. They cannot, any more than other rules, provide for their own interpretation.''[7]

''Vagueness is inherent in language. It is a problem courts have to face very frequently. As noted above, principles as well as rules of interpretation can sometimes solve problems of vagueness without leaving room for discretion. But principles themselves are vague, and discretion in cases of vagueness cannot be dispensed with so long as courts are entitled to render judgment in such cases.''[8]

Domaren bör vara medveten om att rättstillämpning i oklara fall alltid leder till en förändring av rättsläget, även om detta inte varit avsikten. Endast denna form av medvetenhet kan leda till ett utnyttjande av tolkningsutrymmet som harmonierar med det omkringliggande politiska systemet.

2.2.2 Rätten som tolkning och rättsnormernas obestämbarhet

Resultatet av undersökningar av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt, EG-domstolen och nationella domstolar och EG-domstolens tolkningsutrymme bestäms enligt min mening av det metodologiska och teoretiska perspektiv forskaren väljer. Perspektivalet kan anses stå mellan rättspositivismen och naturrätten å ena sidan och idén om tolkningen som rättens ständiga förutsättning å andra sidan. Det kan även beskrivas som ett val mellan teorier som inbegriper objektivitetsanspråk, dvs teorier som bygger på att tolkningsoperationer leder fram till objektiva slutsatser, och teorier som utgår från rättens *motsägelsefullhet* och *obestämbarhet*.

Med denna beskrivning står inte rättspositivismen och naturrätten i motsats till varandra. De delar ju anspråket på *objektivitet*. Objektivitetsperspektivet utgår ifrån att tolkningen kan styras av, och stämmas av mot, ett *positivt* och objektivt fastställbart norminnehåll.[9]

Den rättsteoretiska diskursens utveckling kan beskrivas som en konflikt mellan å ena sidan det *deskriptiva* (rättens som fakta) och å andra sidan det *normativa* (rätten som värdering).[10] Gränslinjerna kan också dras mellan positivistiska och anti-positivistiska ideologier som ifrågasätter möjlighe-

[7] Hart, The Concept of Law 1961, s 123.
[8] Raz, Legal Principles and the Limits of Law, 81 Yale L J 1972 s 823.
[9] Eskridge och Pellar, The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form, Mich L Rev 1991 s 765.
[10] Hudson (red), The Is/Ought Question 1969.

ten till en objektiv och neutral rättsvetenskap.[11]

Eftersom EG-domstolens rättsskapande ofta uppvisar en relativt svag förankring i rättsliga texter[12] aktualiseras problemet med fastställandet av det positiva norminnehållet ofta inom EG-rätten.[13]

I avsaknad av allmängiltig, klar och tydlig regelformulering fokuseras intresset på *tolkningen* av reglerna. Studiet av normtolkningens eller lagtolkningens natur aktualiserar rättstillämpningens (och rättsvetenskapens) *problème formidable*. Å ena sidan har vi i EG-rätten (som i alla andra rättssystem) ett brett och rikligt spektrum av regler av olika form och natur och å andra sidan en mängd skilda tolkningsteorier/principer som skiljer sig i utformning och vilkas tillämpning kan leda till olika resultat.[14]

Vissa teorier leder till bryska omformuleringar av tillsynes textuellt klara och precisa regler, andra till en mer kreativ verksamhet där domaren härleder rättsnormer ur mångtydiga och vaga bestämmelser.[15]

Ett praktiskt exempel från EG-rätten är kravet på *direktivkonform tolkning*.[16] Kravet hänför sig till nationella domstolars skyldigheter vid tolkning av nationell rätt som befinner sig inom EG-rättens tillämpningssfär.

Tolkningsförpliktelsen tillämpas huvudsakligen i anslutning till direktiv. Nationella domstolars förpliktelse till direktivkonform tolkning av nationell rätt erkändes i målet Von Colson[17] där EG-domstolen uttalade att:

> ''... the Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of national law specifically introduced in order to implement [direktivet], national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189.''[18]

[11] Eskridge och Peller 1991 s 765. Se vidare avsnitt 2.5.5.3 nedan om Critical Legal Studies.
[12] Se exempelvis analysen nedan under avsnitt 10.2.
[13] Se avsnitt 10.2.1 nedan.
[14] Se avsnitt 3.5 nedan.
[15] En diskussion om EG-domstolens bristfälliga textuella förankring vid tolkningen av EG-rätten återfinns hos Rasmussen 1986 s 51 ff. Han har emellertid kritiserats av Weiler för att inte ge en enhetlig definition av *judicial activism* (Weiler 1987 s 566 ff). Weiler själv ger emellertid inte heller någon enhetlig definition av begreppet.
[16] Se vidare nedan under avsnitt 3.2.
[17] Mål 14/83 [1984] ECR 1891.
[18] Ibid p 26.

Tolkningsförpliktelsen sätter den nationella domaren i en bekymmersam situation genom att tvinga honom eller henne att utforska de yttre gränserna av sitt tolkningsutrymme i sina försök att leva upp till kravet på direktivkonform tolkning. Förpliktelsen kan i vissa fall närmast innebära att domaren sätter sig i lagstiftarens ställe. Domarens tolkning kan i dessa fall medföra att nationell rätt genomgår en relativt ingående rekonstruktion.[19]

Det faktum att EG-rätten har genomslagskraft i skilda rättsmiljöer och tolkas av domare i samtliga medlemsstater aktualiserar den rådande pluralismen av tolkningsteorier.[20] EG-domstolen hänvisar sällan till tolkningsteorier i sina avgöranden. Domstolens pragmatiska lagtolkningsstil gör det ibland svårt att förklara avgöranden utifrån teoretiska modeller om språklig, lexikalisk, grammatisk, kontextuell, systematisk, funktionell, historisk eller teleologisk lagtolkning.[21]

2.2.3 Kraven på rättstillämpningens förutsägbarhet och legitimitet

Principen om *förutsägbarhet* i rättstillämpningen kräver att beslut är konsistenta och koherenta i förhållande till den existerande rättsordning inom vilka de fattas. En existerande lag eller rättsordning är resultatet av ett finmaskigt nät av beslutsformer där både lagstiftare och rättstillämpare bidrar till norminnehållet. Även sedvanerätt kan ingå i denna normativa struktur. Denna institutionella ''rättshistoria'' utgör bakgrunden till nästan allt nutida rättsliga beslutsfattande.[22] Kravet på *legitimitet och rationalitet* innefattar å andra sidan inte endast beslut som är konsistenta ställda i relation till tidigare liknande beslut utan inbegriper ett krav på att de skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera dem som rationella och legitima. Med Habermas:

> ''Judges decide actual cases within the horizon of a present future, and their opinions claim validity in the light of rules and principles that are here and now accepted as legitimate.''[23]

[19] Lewis och Moore, Duties, Directives and Damages in European Community law, Public Law 1993 s 155 f.

[20] Om tolkningsteorier i EG-rätten se Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law 1978. Med fokus på det svenska rättslivet yttrar Per Henrik Lindblom (Festskrift till Welamson 1987 s 437) att: "Det torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige."

[21] För en längre diskussion se nedan avsnitt 3.5 och analysen av målet *Brasserie du pêcheur* nedan under avsnitt 10.2.1.1.

[22] Habermas, Between Fact and Norms 1996, s 198 f.

[23] Ibid.

En domares justifiering av sitt beslut måste således frigöras från sitt historiska ursprung. I oklara fall (hard cases) är detta skifte från historik till systematik uttryckligen utfört i övergången från intern justifiering av ett beslut som vilar på vissa givna premisser till den externa justifieringen av premisserna själva.[24] Med Habermas blir det centrala rationalitetsproblemet:

> ''[H]ow can the application of a contingently emergent law be carried out with both internal consistency and rational external justification, so as to guarantee simultaneously *the certainty of law* and its *rightness*?[25]

Båda justifieringsnivåerna rör normativa frågor. Den interna nivån relaterar domstolens avgöranden till den existerande ramen av rättsnormer, medan den externa nivån relaterar avgörandena till övergripande ideal och externa reaktioner från den omgivande miljön av institutioner och intressegrupper.

De två justifieringsnivåerna kan konkretiseras med hjälp av ett exempel från målet Brasserie du pêcheur. I målet uttalade EG-domstolen att:

> ''Den tyska regeringen har dessutom hävdat att en allmän rätt till skadestånd för enskilda endast kan fastställas genom lagstiftning och att tillskapande av en sådan rätt i rättspraxis är oförenligt med kompetensfördelningen mellan gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna och med den jämvikt mellan institutionerna som har inrättats genom fördraget.''[26]

Den tyska regeringen motiverade sitt motstånd mot en domarskapad princip om skadeståndsansvar utifrån både legalitets- och legitimitetshänsyn. EG-domstolen saknade enligt den tyska regeringen rättslig grund i fördraget för en skadeståndsprincip. Tillskapandet av en sådan princip skulle därmed rubba kompetensfördelningen och leda till att gemenskapen förlorar legitimitet.

I kravet på legalitet i rättsskyddssystemet ligger ett krav på förutsägbarhet i rättstillämpningen. Legaliteten kräver beslut som konsistent kan fattas inom en existerande rättsordning. Men den interna legaliteten och koherensen aktualiserar samtidigt den typ av legitimitetskrav som återfinns i den tyska regeringens invändning mot skadeståndsdoktrinen. Kravet på legitimitet innefattar således inte endast att beslut är konsistenta ställda i relation

[24] Ibid.
[25] Ibid.
[26] Mål C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 24.

till tidigare beslut (läs: målet Francovich)[27] utan inbegriper ett krav på att besluten skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt.[28]

Spänningen mellan det judiciella beslutsfattandets interna och externa justifiering härrör från övergången från intern justifiering av ett beslut som vilar på vissa givna premisser till den externa justifieringen av premisserna själva.[29]

2.3 Förhållandet mellan politik och juridik

Min definition av begreppet *tolkningsutrymme* utgår från att domarens val skall ligga inom den rättsliga sfären. Men hur bestäms och avgränsas den rättsliga sfären? Frågeställningen hör till rättsteorins och rättsfilosofins mest omdiskuterade problem.

I kapitel 5 nedan återkommer problemet i en annan skepnad. Enligt några centrala rättspositivistiska tankeriktningar härleds rättsreglers giltighet och rättssystemets autonomi ur en grundnorm.[30] Vi ställs här inför ett cirkelresonemang: rättsreglernas giltighet härleds ur den rättsliga kontext de förekommer i (rättssystemet).

Om rättsregler dessutom är obestämbara och vaga språkliga storheter och ständigt är föremål för tolkning uppkommer problem vid försök till distinktioner mellan rätt och moral, politik och juridik. I resonemangets slut uppkommer alltid frågan om själva grundnormens giltighet. Grundnormens giltighet måste i sin tur härledas utanför det juridiska systemet.

Vad som först var ett juridiskt problem uppträder nu i form av ett kunskapsteoretiskt eller politiskt problem: att postulera ytterligare en regelnivå (erkännanderegler etc) för att stödja en annan nivå regler aktualiserar endast återigen frågan om de senares giltighet.[31]

Dikotomin politik-juridik, frågan om den rättsliga argumentationens autonomi och rättens objektivitetsanspråk bildar tillsammans rättsteorins *hard case*.

[27] Se nedan avsnitt 4.3.2.2.
[28] Jmfr Habermas 1996, s 198 f.
[29] Ibid s 198.
[30] Se nedan avsnitt 5.4-5.
[31] Denna diskussion fördjupas i anslutning till EG-domstolens företrädesdoktrin nedan i avsnitten 5.3-5.

2.3.1 Tolkningsutrymmets begränsningar hänförliga till kompetensfördelningen i det konstitutionella systemet

Det är viktigt att betona att EG-domstolens utnyttjande av tolkningsutrymmet utgör ett mellansteg i den rättsskapande processen. Så är framförallt fallet vid EG-domstolens tolkning vid förhandsavgöranden (artikel 177 EG). I denna procedur är EG-domstolen beroende av att de nationella domstolarna accepterar tolkningen och tillämpar den på det konkreta fallet. Detta kommer av att EG-domstolen inte har kompetens att tillämpa EG-rätten i den nationella tvisten.

Vid utövandet av tolkningsutrymmet under systemet med förhandsavgöranden skapar EG-domstolen en rättslig norm som måste accepteras av det kringliggande normativa systemet. Normen måste passa in i det institutionella system inom vilket den skapats. Normen måste vidare passa in i det mellan-institutionella systemet som styrs av principer om makt- och kompetensfördelning. EG-domstolen utövar här tolkningsutrymmet i egenskap av den dömande grenen av det överstatliga systemet. Domstolen måste därmed ta hänsyn till den rådande maktfördelningen i systemet och söka anpassa sitt utövande av tolkningsutrymmet till de politiska instansernas intressesfär.[32] Med Barak:

> ''... judicial lawmaking is not the only form of lawmaking or even the main form. The other branches also create law. From the universal point of view, judicial lawmaking must mesh with this overall lawmaking. The judge is only one musician in the entire legal orchestra, and his playing must harmonize with the rest of the concert.''[33]

EG-domstolens utnyttjande av tolkningsutrymmet är i allra högsta grad en funktion av den institutionella ramen. Domstolens strävan att fatta juridiskt korrekta och legitima beslut måste preciseras och formas inom ramen för EUs institutionella system. Institutionaliseringen är nödvändig för att det rättsliga beslutsfattandet skall kunna konkretiseras och sammanvävas med samhället. Det judiciella beslutsfattandets förbindelser med samhället är i första hand förbindelser med den politiska makten.

Politik rör makt och studier av politik rör väsentligen makten att fatta beslut i frågor av gemensam vikt och hur denna makt är fördelad och utövas. Studiet av politik rör även strävan efter makt, dvs makten att fatta beslut i ärenden som rör individers och hela samhällets välbefinnande.

[32] Jmfr Barak 1989 s 192.
[33] Ibid.

Eftersom staten själv är ett rum för maktutövning är den därmed central för politiken. Staten är den främsta politiska gemenskapen i vår samtid. Med Bull:

> ''The starting point of international relations is the existence of *states*, or independent political communities, each of them which possesses a government and asserts sovereignty in relation to a particular portion of the earth's surface and a particular segment of the human population. On the one hand, states assert, in relation to this territory and population, what may be called internal sovereignty, which means supremacy over all other authorities within that territory and population. On the other hand, they assert what may be called external sovereignty, by which is meant not supremacy but independence from outside authorities.''[34]

Staten är en speciell typ av politisk gemenskap. Den är en territoriellt organiserad politisk gemenskap inom vilken makten utövas med hänsyn till territoriets begränsningar. Staten agerar genom individer och organiserade grupper som fattar och verkställer beslut i statens namn. De utger sig således för att vara statens organ. Staten har vidare effektiva medel för att skydda sig mot extern inblandning och tvångsmedel att tillämpa på territoriets invånare så att de politiska besluten verkställs och efterlevs. Staten brukar sägas ha våldsmonopol inom sitt territorium.[35]

Staten kan sägas etablera distinktionen mellan politik och juridik, vilken har legat till grund för den historiska utveckling som resulterat i självständiga domstolar. Institutionaliseringen av rätten skänker legitimitet åt såväl den rättsliga argumentationen som åt själva beslutsfattandet.[36]

Den institutionella analysen är både nödvändig och angelägen för att påvisa att det inte är de rättstillämpande myndigheterna som har det grundläggande ansvaret för utvecklandet av rätten. Domstolar måste hålla sig inom sina institutionella gränser vilka skiljer sig från de som omgärdar den politiska makten.[37]

Domstolar är alltså inte lagstiftare och karaktäriseringar av domstolarnas rättsskapande verksamhet bör uttryckas med större pregnans än Lord Diplocks

> ''Courts by the very nature of their function are compelled to act as legislators.''[38]

[34] Bull, The Anarchial Society: A Study of Order in World Politics 1977, s 8.
[35] Starke, Introduction to International Law 1989, s 100 f.
[36] de Visscher, Theory and Reality in Public International law 1957, s 91.
[37] Cappelletti 1989 s 30 f.
[38] Lord Diplock, The Courts as legislators, in The Lawyer and Justice (ed by B W Harvey), Sweet & Maxwell 1978, s 266.

Konstaterandet måste till viss del betraktas som förbryllande. Att en domare i sin tolkningsverksamhet utfyller regler och skapar ny rätt gör honom inte till lagstiftare. Lagstiftarens och domarens verksamhet uppvisar betydande skillnader vad gäller procedur och form. Diplocks yttrande synes emellertid mer försvarligt om det endast avser att framhäva själva rättsskapandet. Att såväl domare och lagstiftare skapar rätt är lättare att hålla med om. Men om en domare tvingas att agera som lagstiftare kan systemets institutionella balans komma att rubbas.[39]

Förhållandet mellan domaren och lagstiftaren för oss in på maktfördelningsteoriernas område. Maktdelningen inom EU och medlemsstaterna uppvisar likheter vad gäller adressaterna för den makt som delas. Schematiskt sett är det frågan om en tredelning av makten. Som mottagare av makt fungerar lagstiftaren (rådet och de nationella parlamenten), det exekutiva organen (kommissionen och de nationella regeringarna) och de dömande myndigheterna (EG-domstolen och de nationella domstolarna). Man finner här reminiscenser av det Montesquieuska arvet innebärande ''a certain distribution of three powers'' som i ett första steg utmönstrar tre makter; den lagstiftande, den dömande och den exekutiva.[40] Modellen har till viss del spelat ut sin roll. Med Adonis:

> ''There never was a golden age when legislators made the law, executives executed it, judges interpreted it, and the three powers kept off each other's turf.''[41]

Eller med Barak:

> ''The pure, theoretical model of the separation of powers does not exist in any modern-day system. Montesquieu himself did not believe in this model, for his approach recognized that the legislature would deal with a number of matters of lawmaking... The judicial branch, according to Montesquieu, enjoys no personal independence. In our day, important exceptions to the theoretical model of the separation of powers are recognized.''[42]

Även EUs maktdelning uppvisar bristande ortodoxi i förhållande till den *rena* maktfördelningsmodellen. Ett exempel är just EG-domstolens inverkan på den politiska och juridiska integrationen.

[39] Jmfr Cappelletti 1989 s 31.
[40] Montesquieu, De l'Espirit des Lois, Bk XI kapitel 6.
[41] Adonis 1996 s 10.
[42] Barak 1989 s 203.

2.3.2 Rättens autonomi och det rättsliga språkets struktur

Det finns emellertid de som ifrågasätter om rättens institutionalisering i en statsorganisation med självständiga domstolar skänker den objektivitet. Kritiken går ut på att rätten vilar på motsägelsefulla förutsättningar och att inte ens institutionella konstruktioner kan bota detta.

Jurister brukar traditionellt hävda att rättsnormernas obestämbarhet och vaghet kan botas om alla ''talar samma språk''. Även om det föreligger osäkerhetsmoment vid tolkning och tillämpning av rättsnormer är rättssystemet koherent och normernas obestämbarhet kan i princip lösas genom åberopande av rättsprinciper.[43] Men detta kan enligt Koskenniemi inte rädda juridiken:

> ''But my argument is not the fairly truistic one that different people tend to mean different things even when they use the same language. My point is that even if semantic or evaluative indeterminacies were cleared, the international legal system as a whole would still remain indeterminate. It would still lack the capacity of providing coherent justification. For indeterminacy follows as a structural property of the international language itself.''[44]

Det bör framhållas att detta försök till grundskott vilar på en teoretiskt strukturell språkanalys av möjligheterna till rättslig argumentation inom folkrätten.[45] Har då Koskenniemis slutsatser om rätten någon generell giltighet? Några strukturella skillnader vad gäller det rättsliga språket är svåra att se och skillnaden mellan folkrätten och den nationella rätten vad gäller institutionalisering är snarare en skillnad i grad än i art.[46]

Idén om en statsorganisation byggd på rättsregler grundas enligt Koskenniemi på förutsättningen att reglerna i någon mån är *objektiva* och att politiska idéer inte är det. Ett projekt som syftar till att påvisa att rätten är objektiv, dvs självständig i förhållande till politiken, inrymmer framförallt två huvudproblem. För det första syftar projektet till att *konkretisera* rätten genom att distansera den från naturrätten. För det andra strävas efter att påvisa rättens *normativitet* genom att distansera den från individers och staters beteende, viljor och intressen. Rätten erhåller enligt Koskenniemi

[43] Koskenniemi, From Apology to Utopia 1989, s 43 f.

[44] Ibid s 44.

[45] Koskenniemi menar att existensen av "contradictory premisses" omöjliggör rättslig argumentation inom folkrätten. Motsättningen synes stå mellan den autonoma och suveräna staten och nödvändigheten av staters efterlevnad av regler skapade av andra stater eller härledda ur gemensamma institutioner. Denna analysmodell torde därmed även kunna användas för en teoretisk analys av rättslig argumentation inom EG-rättens område.

[46] Se Franck, The Power of Legitimacy Among Nations 1990 s 27 f.

autonomi i förhållande till politiken om dessa villkor är uppfyllda.[47]

Koskenniemi anser att kravet på konkretisering härstammar från den liberala principen om värdesubjektivitet. För att undvika politisk subjektivism måste rätten baseras på konkret faktiskt verifierbart handlande. Den moderna synen på rätten kan sägas vara socialt präglad. Rätten är inte en naturlig skapelse, utan något artificiellt som bildats genom en reflexion av sociala förhållanden.[48]

I enlighet med kravet på rättens normativitet, måste rättsnormer tillämpas oavsett rättssubjektens politiska preferenser. Rätten skall således tillämpas mot individer och stater trots att dessa motsätter sig dess tillämpning. Regler som till sitt innehåll och sin tillämpning är beroende av rättssubjektens vilja saknar rättsreglernas objektiva karaktär och kan inte kvalificeras som rättsregler.[49]

Om rätten endast kan verifieras och rättfärdigas genom referens till någons åsikt om hur rätten (en rättsregel) skall tolkas sammanfaller rättens innehåll med dennes politiska uppfattning. På samma sätt förhåller det sig om vi kunde tillämpa rätten mot de individer och stater som accepterar den, likväl i detta fall sammanfaller rätten med deras politiska åsikter. Denna argumentationsstruktur, byggd på ett tvång för jurister att verifiera rättens konkretisering och normativitet, både skapar och förgör sig själv. Koskenniemi menar att det är omöjligt att bevisa att en regel, princip eller doktrin på samma gång är konkret och normativ. De två villkoren motsäger varandra.[50]

> ''An argument about concreteness is an argument about the closeness of a particular rule, principle or doctrine to state practice. But the closer to state practice an argument is, the less normative and political it seems. The more it seems just another apology for existing power.''[51]

Koskenniemi menar samtidigt att ett normativitetsargument

> ''... is an argument which intends to demonstrate the rule's distance from state will and practice. The more normative a rule, the more political it seems because the less it is possible to argue it by reference to social context.''[52]

Vi har lärt oss att trots att rätten härrör från människans vilja kan den

[47] Koskenniemi, The Politics of International Law, EJIL 1990 s 7.
[48] Ibid.
[49] Ibid s 7 f.
[50] Koskenniemi 1989 s 44 f.
[51] Koskenniemi 1990 s 8.
[52] Ibid.

existera oavsett denna vilja. Rätten består av faktorer som kan härledas ur flera olika källor. För de flesta jurister är distinktionen mellan rättsskapande (normkonstruktion/lagstiftning) och fastställande av det normativa innehållet (lagtolkning/rättstillämpning) i de konstruerade normerna central. Skapandet anses höra till den subjektiva sidan och fastställandet till den objektiva sidan. Skapande och fastställande står i samma relation till varandra som begrepp som den politiska åsikten/viljan och den rättsliga normen.[53]

2.3.3 Politik eller juridik?

Hans Kelsens rättsteori syftade till att separera juridiken från icke-juridiken och politiken och skapa en *ren rättslära*. Kelsen medger emellertid att rätten uppstår som en reflektion av politiska förhållanden. För Kelsen är rätten en beståndsdel av politiken.[54]

För andra betraktare synes rätten vara politik (law is politics). Med Koskenniemi:

> ''In arguments that international law is voluntary there lies also a common confusion about the relation of law to 'policy'. The two are often contrasted, suggesting that law is obligatory while 'policy' is voluntary. In fact, law and policy are not in meaningful contrast, and their relation is not simple, whether in domestic or international society. All law is an instrument of policy, broadly concieved. Law is not an end in itself: even in the most enlightened domestic society it is a means – to order, stability, liberty, security, justice, welfare. The policies served by law are sometimes articulated – in a constitution, in statutory preambles, in legislative pronouncements, in the opinions of courts; often these policies are tacit, and commonly assumed. International law, too, serves policy, and the policies are not different from the domestic; order and stability, peace independence, justice, welfare.''[55]

Att anta att det föreligger en politisk-filosofisk konflikt mellan rätt och politik synes enligt min mening grundlöst. Rätten rör inte endast rättsnormer, utan även politiska mål.[56] Rättens yttersta mål måste också vara ett politiskt mål; allmän ordning. Rätten fungerar inte heller om den inte understöds av effektiv politisk makt.[57]

Politiken har ofta en rättslig grund och existerar inom en rättslig ram som

[53] Koskenniemi, Theory: Implications for the Practitioner 1991, s 4 f.
[54] Kelsen, The Pure Theory of Law 1967 s 1 ff.
[55] Koskenniemi 1989 s 90.
[56] McDougal, International Law, Power and Policy, 82 Recueil des cours 1953 s 143 ff.
[57] Ibid s 171 f.

kan vara en konstitution eller andra normer som reglerar statsskickets grunder. Rätten härstammar naturligt från den politiska makten och har även vanligtvis dess stöd.[58] Med MacCormick:

> ''Political power, to be sustained over time, requires legitimacy. Law is a significant source of legitimacy. So legal authority can be a practically essential component of viable political power. Legal authority requires some degree of actuality and acceptance among a population. Without the backing of political power this cannot practically be achieved. So political power is a necessary adjunct of legal authority.''[59]

Med ledning av citaten ovan synes vi kunna härleda tre dimensioner av domstolars politiska roll. Man kan skilja mellan att ett domslut har politiska effekter, grundas på politiska justifieringar eller aktualiserar frågor som är politiskt kontroversiella i samhället. Av dessa dimensioner är den andra mest relevant för denna undersökning och de rättsligt-analytiska begränsningarna av tolkningsutrymmet. Men denna dimension reser också störst metodologiska och teoretiska problem. Vilka argument är *politiska* och vilka är *juridiska*? Att finna en operationaliserbar distinktion synes omöjligt. Man kan inte på logiska grunder komma fram till en dikotomi politik-juridik.[60]

Rättens förhållande till politiken kan i princip problematiseras hur långt som helst. I undersökningen utgår jag från att rätten är kontextuell och inte kan separeras från samhället, vare sig från dess värderingar eller socioekonomiska struktur. Rätten bidrar till att definiera och forma samhällets grundläggande värderingar och socioekonomiska struktur. Rätten handlar om tolkning och är resultatet av en dynamisk process genom vilken tolkarens perspektiv och texten flyter samman.[61]

2.4 Rättspositivismen och problemet med den kreative domaren

Termen rättspositivism kan användas som samlande term för en mängd olika rättsteoretiska idéer. Rättspositivism kan exempelvis utgå från att rätten kan beskrivas som en serie av objektiva definitioner av rätten. Rätten

[58] MacCormick, Beyond the Sovereign State, Modern L Rev 1993 s 11.
[59] MacCormick, Sovereignty, Democracy, Subsidiarity, JT 1994-95 s 291.
[60] Algotsson, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet 1993, s 20.
[61] Se Eskridge och Pellar 1991 s 746.

kan uppfattas som sanktionerade befallningar[62] eller som regler i ett system som identifieras genom en erkännanderegel (rule of recognition)[63] eller grundnorm[64], eller som regelbaserat institutionellt handlande och praxis[65]. Gemensamt för dessa positivistiska definitioner av rätten är att de definierar rätten som ett objektivt och verifierbart socialt faktum vars existens inte är villkorat av värderingar. Med Austin:

> ''... the existence of law is one thing; its merit or demerit another.''[66]

Positivismens första princip är därför rätten som faktum.[67] Ett andra axiom är att rätten härstammar från en legitim och auktoritativ källa, eller har sk vertikal härstamning.[68] Med Austin:

> ''... every positive law, or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or a sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme.[69]

Rättspositivismen försöker förklara rätten med utgångspunkt från idén om att rätten emanerar från en suverän och att lagen skall uppfattas som en befallning från suveränen.[70]

Det finns därmed skäl att göra klart vad man menar med lagbegreppet. Med Austins terminologi kan en lag uppfattas som en suveräns befallning till sina underlydande.[71] Austins idé om ''the sovereign and the subject'' har utsatts för ingående kritik. Den kanske mest ingripande kritiken mot Austin har framförts av Hart. I *The Concept of Law* avlivade Hart den rättsteoretiska myten om *the sovereign and subject*. Auktoritet synes för Hart vara en institutionell beståndsdel och en intern företeelse i systemet och begränsad auktoritet synes kunna accepteras på samma grund som den allomfattande.[72]

Idén om lagen som befallning har kritiserats av bland annat Olivecrona

[62] Austin, The Province of Jurisprudence Determined 1954, s 193 f.
[63] Hart 1961 92 ff.
[64] Kelsen 1967 s 193 ff och Kelsen, General Theory of Law and State 1949, s 110 ff.
[65] MacCormick och Weinberger, An Institutional Theory of Law 1986, s 49 ff.
[66] Austin 1954 s 184.
[67] Olivecrona, Law as Fact 1971, s 43 f och 124 f.
[68] Austin 1954.
[69] Ibid s 134.
[70] Ibid s 193 ff.
[71] Ibid s 193 f.
[72] Jmfr Hart 1961 kap 4-6.

som menar att en befallning inte kan vara identisk med suveränens vilja.[73] Olivecrona uppfattar lagen som ett *fristående imperativ* och kan i den meningen acceptera lagen som befallning. Det är emellertid viktigt att framhålla att rättspositivismen även inrymmer andra synsätt. Kelsen å sin sida menar att lag skall förstås som *norm* och norm är inte detsamma som befallning.[74] Hart å sin sida menar att lag inte skall uppfattas som befallning utan som *regel* (rule).[75]

De rättspositivistiska huvudidéerna kan något förenklat sammanfattas enligt följande:[76]

1. Det existerar ingen nödvändig (eller önskvärd) förbindelse mellan vad rätten ''är'' och vad den ''bör'' vara (mellan rätt och moral).
2. Rätten är imperativa satser eller auktoriserade normer, regler eller uttryck som har förbindelse med en sanktion och härstammar från en suverän auktoriserad lagstiftare/rättsskapare.
3. Studiet av rätten och analysen av rättsbegrepp är värd att utföras åtskild från historiska och sociologiska frågeställningar om rättens mål och sociala grunder.

Det är viktigt att framhålla att dessa tre karaktärsdrag är samverkande och interagerande och knappast kan separeras.[77]

Hans Kelsens distinktion mellan *varat* och *börat* är central för den *rena rättsteorin*:

> ''The Pure Theory of Law is a theory of positive law. It is a theory of positive law in general, not of a specific legal order. It is a general theory of law, not an interpretation of specific national or international legal norms; but it offers a theory of interpretation. As a theory, its exclusive purpose is to know and to describe its object. The theory attempts to answer the question what and how the law *is*, not how it *ought* to be. It is a science of law (jurisprudence), not legal politics.''[78]

Kelsens teori syftar till att befria rättsvetenskapen från icke-rättsliga element. Att rena rättsvetenskapen är Kelsens metodologiska grund för den rena rättsläran. Kelsen lägger här en generell grund för hela sin rättsteori.

[73] Se Hägerströms kritik av att rätten skulle vara ett uttryck för statens vilja, Är gällande rätt ett uttryck för vilja?, Rätten och viljan, två uppsatser om rätten, utg. av Olivecrona 1961.
[74] Kelsen, Pure Theory of Law 1967, s 4.
[75] Hart 1961 s 79 ff.
[76] Jag utgår från Fuller, The Morality of Law 1969 s 192 f.
[77] Hart (Positivism and the Separation of Law and Morals, 71 Harv. L. Rev. 1958 s 602) menar att hans fem grunder (ovan nedbrutna i tre) kan separeras från varandra. Fuller (Positivism and the Fidelity to Law, 71 Harv. L Rev. 1958 s 630, 639f) menar emellertid att detta inte låter sig göras.
[78] Kelsen 1967 (förf kurs) s 1.

I *The Pure Theory of Law* ägnar Kelsen endast ett fåtal avslutande sidor åt ämnet lagtolkning. Kelsen synes mena att lagtolkning endast är att betrakta som en form av lagstiftning, dvs en verksamhet som styrs av politiska val. De motiv som styr denna verksamhet är enligt Kelsen lika irrelevanta för rättsvetenskapen som de motiv som styr lagstiftaren att besluta en viss lag. Lagtolkning synes enligt Kelsen höra till politiken och sociologin. Kelsen synes dock inte vara av den uppfattningen att domarens avgörande mekaniskt följer av lagens ordalydelse utan inrymmer ett kreativt element.[79]

Det är emellertid viktigt att framhålla att Kelsen till skillnad från exempelvis Ross och Olivecrona utgår från att rättsnormer har ett normativt meningsinnehåll som kan ligga till grund för rättsvetenskapliga undersökningar.[80]

Den rättspositivistiskt orienterade forskaren analyserar de normativa rättssatserna, dvs normernas meningsinnehåll, beskriver deras innehåll, betydelse och inbördes relationer. Forskaren försöker härmed skapa sammanhållna strukturer eller system av normer. I denna verksamhet glider forskaren ofelbart in i på den metalingvistiska deskriptiva nivån (beteendet x är tillåtet enligt normen y). Vid utförandet av dessa operationer visar sig den analytiska rättsvetenskapens metoder och redskap användbara: identifikationskriterier, kriterier för individualisering eller giltighet av normer, kriterier för systematisering. Alla dessa verktyg förefaller nödvändiga vid konstruerandet av varje rättssystem.[81]

Hart understryker betydelsen och värdet av att analysera grundläggande rättsbegrepp. Framförallt betonas distinktionen mellan analytisk rättspositivism å ena sidan och historiska undersökningar av rättsnormernas härstamning och sociologiska undersökningar rörande förhållandet mellan juridiken och andra sociala fenomen å andra sidan. Hart menar att den metodologiska utgångspunkten bjuder att rättsvetenskapsmannen undviker kritik och värdering av rättsregler utifrån moraliska föreställningar.[82]

Åtskillnaden mellan *vara* och *böra* och Harts formulering av rättsvetenskapens uppgifter blir problematisk om den relateras till dynamisk lagtolkning. Trots att vi ibland känner oss tvingade att ställa rätt och moral i motsats till varandra måste erkännas att moral inbegriper rätt och vice

[79] Kelsen, What is Justice? 1957, s 280. Se även Pure Theory of Law 1967, s 198.
[80] Se nedan under avsnitt 2.5.5.1.
[81] Hart 1958 s 593 ff.
[82] Ibid.

versa. Om vi förnekar den ena blir den andra meningslös.[83] En effektiv kritik av rättspositivismen och dess tillkortakommanden vid förklaring av dynamisk lagtolkning har utformats av Lon Fuller:

> ''We may picture Law and Society as the two blades of a pair of scissors. If we watch only one blade we may conclude that it does all the cutting. Savigny kept his eye on the Society blade and became virtually to deny the existence of the Law blade. With him even the most technical lawyer's law was a kind of glorified folk-way. Austin kept his eye on the Law blade and found little occasion... to discuss the mere 'positive morality' which social norms represent... We avoid all these difficulties by the simple expedient of recognizing that both blades cut, and neither can cut without the other.''[84]

Fuller anser att rätten inte är juricentrisk och att domstolar är en del av ett större institutionellt system. Holmes definition av rätten som förutsägelser[85], som flera rättsrealister utvecklade till en deskriptiv vetenskap, är orealistisk om den inte tar hänsyn till det normativa syftet med rätten. *Varat* vid en given tidpunkt är oskiljaktigt sammanvävt med vad som bör göras under rådande omständigheter. Fullers subtila ''naturrättsliga'' teori om lagtolkning framhåller dess dynamik och ifrågasätter positivismens postulat om separationen av beskrivning och utvärdering eller enklare uttryckt: separationen mellan faktum och värdering. Låt oss följa hans klassiska historieberättarargument:

> ''If I attempt to retell a funny story which I have heard, the story as I tell it will be the product of two forces: (1) the story as I heard it, the story *as it is* at the time of its first telling; (2) my conception of the point of the story, in other words, my notion of the story *as it ought to be* ... If the story as I heard it was, in my opinion, badly told, I am guided largely by my conception of the story as it ought to be ... On the other hand, if I had the story from a master raconteur, I may exert myself to reproduce his exact words... These two forces, then, supplement one another in shaping the story as I tell it. It is the product of the *is* and the *ought* working together... The two are in extricably interwoven, to the point where we can say that 'the story' as an entity really embraces both of them. Indeed, if we look at the story across time, its reality becomes even more complex. The 'point' of the story, which furnishes its essential unity, may in the course of retelling be changed. As it is brought out more clearly through the skill of successive tellers it becomes a new point; at some indefinable juncture the story has been so improved that it has become a new story. In a sense, then, the thing we call 'the story' is not something that is, but something that becomes; it is not a hard chunk of reality, but a fluid process, which is as much directed by men's creative

[83] Raz, Ethics in the Public Domain 1995, 328 ff.
[84] Fuller, American Legal Realism, U Pa L Rev 1934 s 272.
[85] Se nedan under avsnitt 2.5.5.2.

> impulses, by their conception of the story as it ought to be, as it is by original even which unlocked those impulses. The *ought* here is just as real, as a part of human experience, as the *is*, and the line between the two melts away in the common stream of telling and retelling into which they both flow.''[86]

Fuller menar att detsamma kan sägas om en lag eller ett rättsligt avgörande:

> ''The statute or decision is not a segment of being, but, like the anecdote, a process of becoming.''[87]

Fullers analys av den berättade anekdoten är enligt min mening en utmärkt förevisning av det oundvikliga dynamiska elementet i lagtolkningen. Hans andra poäng, som kanske inte framgår lika tydligt av citaten ovan, är att kopplingen mellan rätt och moral är något eftersträvansvärt. Han för här fram ett koherensargument. Eftersom

> ''... the bulk of human relations find their regulation outside the field of positive law... ''[88]

skapar den fortgående sammanvävningen av rätten och social moral ett finmaskigt nät av sammanlänkade rättigheter och plikter. Fuller framhöll att denna sammanlänkning var nödvändig för rättens effektivitet, utan en länk till den föränderliga sociala moralen kan rätten inte uppnå sina syften eller erhålla medborgarnas respekt.[89]

Fullers kritik av rättspositivismens hållning till dynamisk lagtolkning aktualiserar svårigheter på förklaringsnivån. Cotterrell framhåller detta och menar att rättspositivismen, och särskilt den metodologiska sidan, i många rättsmiljöer framstått som löjlig. Han ställer därefter den brännande frågan:

> ''How can law be understood in isolation from politics and social values when so much of it is a matter of judicial interpretation (of constitutional and legislative provisions, and of earlier judge-made law) and of interpretation of what judges say?''[90]

Cotterrell fullföljer sin kritik:

> ''Whether or not judges legislate, they are clearly significant actors in managing

[86] Fuller, The Law in Quest of Itself, 1940, s 8 f.
[87] Fuller 1940 s 9 f. Se även Fuller, American Legal Philosophy at Mid-Century, 6 Journal of Legal Education 1954 s 457.
[88] Fuller 1940 s 111 f.
[89] En utveckling av denna tanke återfinns i Fuller, Human Interaction and the Law, i Winston, The principles of Social order s 211 ff.
[90] Cotterrell, The Politics of Jurisprudence 1989, s 150.

the process of legal development. Neither positivist analytical jurisprudence nor classical common law seems capable of explaining the nature of this activity and the principles governing it."[91]

2.4.1 Rättsdogmatiken

Rättspostivismen kan uppfattas som ett perspektiv som tar rättssystemet för givet. Inom den teoretiska ram som rättspositivismen anger återfinns *rättsdogmatiken*.[92] Begreppet har inte en entydig innebörd. Vidare kan brukandet av termen *dogmatik* anses mindre lyckad.[93] Peczenik framhåller rättsdogmatiken som en central arbetsmetod i de flesta juridiska ämnen. Den består i att tolka och systematisera gällande rättsregler.[94]

I nordiska avhandlingar är det vanligt att man möter introverta och kortfattade metodbeskrivningar. I Zimmers avhandling *Arv og skatt* blir vi upplysta om att

> "De vesentligste deler av fremstillingen er av rent *retsdogmatisk* karakter. Jeg føler i den forbindelse ingen trang til å komme med metodiske programerklæringar. Fremstillingen bygger på vanlig norsk rettskildelære og metode."[95]

Hellner anser att rättsdogmatiken som rättsvetenskaplig inriktning kan identifieras genom det använda materialet: lagar, förordningar, förarbeten, rättspraxis etc. Så långt synes det enligt Hellner vara relativt enkelt att beskriva rättsdogmatiken. Han erkänner emellertid att det oproblematiska slutar här:

> "When we ask how the material is treated the difficulties begin."[96]

Rättsdogmatiken innehåller ett starkt deskriptivt element som särskilt framträder vid utvärdering av rättspraxis. Adressaten för forskningsresultaten är i huvudsak domstolarna och testet för resultatet blir således också domstolarnas avgöranden. Problemet som uppstår om rättspraxis utgör det enda kriteriet för gällande rätt är att intern kritik av rättspraxis i princip blir

[91] Ibid.
[92] Wahlgren, Automation of Legal Reasoning 1992, s 47.
[93] Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap, JT 1995-96 s 728 not 4.
[94] Peczenik, Vad är den juridiska argumentationen?, TfR 1983 s 50.
[95] Zimmer 1978 s 10 f (förf kurs). Johansson, Bolagsstämma 1990, s 20 använder sig av en liknande formulering när han talar om att "den traditionella juridiska metoden" skall användas. Se Lehrbergs kritik av detta i SvJT 1991 s 531.
[96] Hellner, Trends in Legal Science Relating to Contracts and Torts 1983, s 456. Se även Hellner, Kvalitetskriterier i rättsvetenskapen 1988, s 12.

omöjlig.[97]

Rättsdogmatiken synes erkänna att de judiciella avgörandena oftast är resultatet av ett val mellan flera olika möjliga alternativ. Det innebär emellertid inte att domaren är helt och hållet obunden i valet av rättskälla och tolkningen av denna. I stället understryker rättsdogmatiken betydelsen av att varje rättssystem bevarar och förstärker sin enhet. Detta kan emellertid endast ske om domarnas rättstillämpning bygger på en gemensam ideologi och rättsuppfattning vad gäller rättskällorna och deras användning. Rättssystemets enhet vilar således enligt denna idé på att domarna upplever att de är bundna av samma rättskällor och tolkningsprinciper.[98]

I en EG-rättslig kontext blir tanken om rättens enhet svårare att realisera än inom ett nationellt system, och detta av flera skäl. I ett nationellt perspektiv, eller till och med i ett nordiskt perspektiv, skulle man kanske kunna sträcka sig till att hävda att domarna bär på en något så när gemensam rättsideologi. I ett EG-rättsligt sammanhang måste föreställningen om den gemensamma domarideologin betraktas som förfelad. Domarna i EG-domstolen kommer från länder med olika kulturtraditioner och därmed med skilda rättstraditioner. Vi står således inför en rättsideologisk pluralism.[99]

Avgörandena i EG-domstolen är enhälliga och är resultat av kompromisser. Detta problematiserar analysen av målen eftersom argumentationslinjer tenderar att förlora i logisk konsistens.[100] Vidare effektueras EG-domstolens avgöranden i regel av nationella domstolar och myndigheter i medlemsstaterna i enlighet med systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG. EG-domstolen tolkar och nationella domstolar tillämpar EG-rätt. Att i denna institutionella pluralism grunda rättslig enhet synes besvärligare än inom ett nationellt system.[101]

Ett av de problem som uppkommer vid en tillämpning av rättsdogmatiken på EG-rätten och den juridiska argumentationen i EG-domstolen är hänförligt till domstolens utnyttjande av ett vitt tolkningsutrymme. I EG-domstolens rättstillämpning kan man ibland endast finna svaga, om alls några, referenser till skrivna rättskällor. Förutsägbarheten är ofta låg. Den

[97] Bruun, Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet, i Rättsdogmatikens alternativ (red Tuori) 1988 s 32 f. Jmfr Rodhe 1996-97 s 4 (förf kurs) som anser att rättsvetenskapsmannen bäst fyller "... sin uppgift i samhället om han är en *oengagerad iakttagare*."

[98] Jmfr Lindblom, Festskrift till Welamson 1987 s 437.

[99] Jmfr Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap, JT 1995-96 s 730.

[100] Jmfr Gormley, Reasoning Renounced? The Remarkable Judgment in Keck & Mithouard, EBL Rev 1994 s 63 ff.

[101] Jmfr Rasmussen, EU-ret og EU-institutioner i kontext 1994 s 292 f.

för rättsdogmatikern centrala tesen om att beslut som fattas utan påvisbart stöd i rättskällor inte är rättsligt giltiga kan i detta sammanhang uppfattas som verklighetsfrånvänd (eller praktiskt oanvändbar) vid utarbetandet av en metodologi för fastställandet av gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme.[102]

På svensk mark finns det emellertid anledning att framhålla att intresset för relationen mellan rättsdogmatiken och den domarskapade rätten erhållit en renässans. Diskussionerna har haft sin utgångspunkt i interaktionen mellan rättsvetenskap och rättspraxis, ''mellan den rättsvetenskapliga teoribildningen och den praktiska analysen''[103] inom den centrala kontraktsrätten.[104] Denna diskussion har emellertid snarare handlat om bristen på domarskapad rätt i ljuset av inhemsk rättskällelära än om gränserna för vad som kan anses rättsligt legitim aktivism och rättsvetenskapens (rättsdogmatikens) problem att frilägga dessa från det interna perspektivet. Diskussionen har även orienterats mot rättsvetenskapens ställning som rättskälla och uppgift som kritiker av rättspraxis.[105]

I Norden har försök gjorts att presentera alternativ till rättsdogmatiken, eller en alternativ rättsdogmatik.[106] Kritiken har inriktat sig på rättsdogmatikens statiska grundton, dvs synen på rättsvetenskap som en övning i fastställande av *gällande rätt*.[107]

Ett exempel kan hämtas från Wilhelmsson som anger som ledmotiv för sina senare arbeten tanken om en framtidsinriktad alternativ rättsdogmatik där kategorierna *det rättsligt möjliga* och *det samhälleligt möjliga* intar en central ställning. Wilhelmsson skriver:

[102] Se Hellners diskussion om *sakens natur* som rättspositivismens "räddningsplanka" för fastställandet av "gällande rätt". Hellner 1994 s 30 och 116 ff.

[103] Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s 435.

[104] En "rättsdogmatiker" som intresserat sig för den domarskapade rätten är Jan Kleineman. Diskussionen initieras i avhandlingen Ren förmögenhetsskada 1986 och utvecklas i ett antal artiklar publicerade i Juridisk Tidskrift. Se bl a Skadeståndsansvar vid psykiska depressioner, JT 1992-93 s 814 f och 1993-94 s 433 ff, men kanske särskilt Förutsättningsläran och jura novit curia, JT 1993-94 s 881-892 där vi kan läsa (s 881): "Till skillnad från hur det förhåller sig i de flesta rättssystemen på kontinenten har rättspraxis i vårt land aldrig tilldragit sig tillnärmelsevis samma uppmärksamhet bland jurister som t ex studium av lagmotiv. Inte ens sedan Högsta domstolen övergick till att huvudsakligen bli en prejudikatinstans har intresset för *den domarskapade rätten* kommit i paritet med denna rättskällas betydelse i andra länder." (förf kurs).

[105] Se framförallt Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994-95 s 621 ff.

[106] Se antologin Rättsdogmatikens alternativ (red Tuori) 1988.

[107] Jmfr Hellner 1994 s 31 som menar att en bestämning av begrepp som *gällande rätt* och *rättskällor* inte lämpar sig som en exklusiv metodlära för rättsvetenskapen.

> ''Genom att belysa gränserna för det rättsligt möjliga kan en alternativ dogmatik såväl bidra till ett förverkligande av annars förbisedda möjligheter som också utvidga dess gränser... ... Skillnaderna i utgångspunkt kunde belysas med följande fråga: Kan man 'fånga' gällande rätt vid en viss tidpunkt eller är gällande rätt blott ett spektrum av olika rättsliga möjligheter?... .Ser man rätten som ett spektrum av möjligheter förändras perspektivet. Intresset fokuseras inte jämntjockt på hela massan av framvällande rättskällematerial. I centrum för det vetenskapliga intresset står undantagen, nya idéer och tänkesätt, rupturerna i det traditionella tänkandet. Tidsdimensionen är viktig: rättsvetenskapen försöker uppmärksamma nya möjligheter i en värld i konstant rörelse. Genom att lyfta fram material som ger uttryck för nya tankegångar, som ifrågasätter traditionen, utvidgar man kännedomen om vad som är rättsligt möjligt, om ock ännu ej (ur allmän synvinkel) verkligt.''[108]

Wihelmssons synsätt reser emellertid en del problem. Vill man koppla det rättsliga med det politiska, det moraliska, det kritiska (eller vad man nu föredrar) måste man vara medveten om den diffusa koppling det rättsliga ofta har med omgivande företeelser. Exempelvis är kopplingen mellan den rättsliga och politiska sfären svårgripbar både i en relativt homogen nationalstat som Sverige och i ett mer heterogent statsskick som EU.[109]

Wihelmssons synsätt kan relateras till den på senare tid framväxande amerikanska doktrinen om dynamisk lagtolkning (dynamic statutory interpretation). Den amerikanska riktningen har liksom den skandinaviska ett kritiskt inslag. Den främste företrädaren för den amerikanska varianten är enligt min mening Eskridge, som 1994 publicerade en monografi i ämnet.[110] Eskridges normativa lagtolkningsteori har följande konturer:

> ''A pragmatic interpretation is one that most intelligently and creatively 'fits' into the complex web of social and legal practices. My approach is one of 'critical' pragmatism, so I am in the exceptional case open to statutory interpretations that press beyond or criticize existing conventions and traditions. For if law's legitimacy is not mechanically established by a rules pedigree or its process formulation, the interpreter has a grave responsibility to reestablish the productivity of law every time she construes a statute.''[111]

Trots att Wihelmsson och Eskridge antagligen materiellt sett har olika politiska och moraliska preferenser vad avser kritikens tyngd- och utgångs-

[108] Wilhelmsson, En social civilrätt? – Några kommentarer, JT 1993-94 s 502 f.
[109] Jmfr avsnitt 10.5.4 nedan.
[110] Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation 1994.
[111] Eskridge 1994 s 201.

punkt[112] ställer de båda grundfrågan om vad jag skulle kalla rättens ''produktivitet''. Eskridge angriper frågan från ett amerikanskt perspektiv:

> ''A general point is suggested by history: a strength of American law and politics is that it has drawn on several different traditions, including liberalism and its emphasis on individual autonomy, legal process and its interest in considering a plurality of viewpoints, and normativism's insistence on justice and/or efficiency. The critical process is a willingness to reexamine practical and conventional readings of a statute in the light of these criteria.''[113]

Citaten från Wilhelmsson och Eskridge aktualiserar problemet med fastställandet av vad rättsordningen (rättskällorna) innehåller, eller vad som är ''gällande rätt''. Problemet torde utgöra den huvudsakliga källan till obestämbarhet och bristande precision i rättsvetenskapliga forskningsresultat.[114]

Den rättsdogmatiska utgångspunkten synes inte kunna erbjuda några lösningar på de rättsteoretiska problem som presenterades inledningsvis. Forskningsriktningen synes även ha svårigheter att anpassa sig till EG-rättens karaktäristika: bristande kontinuitet i såväl juridisk som politisk utveckling, den suddiga relationen mellan rätt och politik i EG-domstolens rättstillämpning, inslaget av ideologi och värderingar, och den komplicerade institutionella strukturen.[115] Min inställning är dock att rättsdogmatiken i form av positivrättsliga studier har sin naturliga plats i rättsvetenskapliga arbeten i EG-rätt. Denna undersökning utgör härvidlag inget undantag. En annan sak är att den har begränsningar och ofta måste kompletteras med teori eller empiri för att leda fram till slagkraftiga forskningsresultat.[116]

2.4.2 Några slutsatser om rättspositivismen och lagtolkningens natur

En av rättspositivismens centrala axiom är separationen mellan vad rätten är, dvs *varat*, och hur rätten borde vara, dvs *börat*. Denna separation utgår från antagandet om att domaren kan *identifiera* rätten och *tillämpa* den utan

[112] Wilhelmsson betonar juridiken som redskap för att utjämna sociala orättvisor, medan Eskridge ägnar stort utrymme i sin bok att försvara homosexuellas rättigheter.

[113] Eskridge 1994 s 201.

[114] Hellner 1983 s 456 menar att vi härmed "... pass *per obscurum ad obscurius*, since we must find out what 'valid law' means and whether it is true that traditional legal science describes valid law."

[115] Rättsdogmatiska arbeten kan alternativt utgå från en metod och teori som inte ser denna typ av karaktäristika som relevanta för undersökningen.

[116] Jmfr Sandgren 1994-95 s 728.

referens till hur rätten borde vara utifrån rådande sakomständigheter. Distinktionen mellan *varat* och *börat* synes därmed inbegripa en distinktion mellan *tillämpning* och *skapande* av rätt. Distinktionen synes föra med sig en viss uppfattning om lagtolkningens roll i rättstillämpningen.

Om undersökningsobjekten för rättspositivismen är fakta kan rättsnormernas innehåll fastställas utan referens till värderingar.[117] Härmed kan övergången från tolkningen av normen till tillämpningen utföras enligt en objektiv metodologi som inte behöver förvanskas av den enskilde domarens subjektivitet.

Lagtolkning är emellertid kreativ till sin natur. Den inbegriper att fastställa meningen hos något som är vagt och obestämbart. Man skulle kunna säga att tolkningsoperationen tillför någonting nytt som tidigare varit okänt. För rättspositivismen synes detta innebära svårigheter vad gäller accepterandet att rätten alltid är föremål för tolkning.[118]

Rättspositivismens strävan efter enhet i rättssystemet och *förutsägbarhet* i rättstillämpningen kräver att beslut är koherenta i förhållande till den existerande rättsordning inom vilka de fattas. Kravet på *legitimitet och rationalitet* innefattar å andra sidan inte endast beslut som är konsistenta ställda i relation till tidigare liknande beslut utan inbegriper ett krav på att de skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt.[119] En domares justifiering av sitt beslut i oklara fall måste till viss del frigöras från rättskällorna (intern justifiering) för att kunna justifiera premisserna själva (extern justifiering).[120]

Rättspositivismens betoning av legalitet och förutsägbarhet tillsammans med synen på lagtolkningen som faktastyrd objektiv metod synes skapa dåliga förutsättningar för rättspositivismen som modell för analys av EG-domstolens dynamiska lagtolkning.[121]

Ovan presenterade slutsatser om rättspositivismen och problemet med den kreativa domaren är schematiska men kan tjäna som en utgångspunkt för en mer ingående diskussion av den modernare rättsteorins behandling av domarens tolkningsutrymme.

[117] Se ovan avsnitt 5.2.2.
[118] Marmor, Interpretation and Legal Theory 1992 s 124 f.
[119] Habermas 1996 s 198 f.
[120] Ibid s 198.
[121] Se särskilt avsnitt 10.2 nedan.

2.5 Moderna teorier om domarens tolkningsutrymme[122]

Om vi studerar en av den analytiska rättspositivismens centralfigurer, H L A Hart, finner vi enligt Fuller[123] endast ett begränsat intresse för ämnet lagtolkning. Fuller hävdar att Hart anser att rättstillämpningen på ett mer eller mindre friktionsfritt sätt styrs av det allmänna eller semantiska betydelseinnehållet i ord. Det är endast i problematiska fall (penumbral situations) som fastställande av syfte eller ändamål med lagtexten aktualiserar policyöverväganden. Enligt Fuller ägnar Hart inte de oklara fallen något djupare intresse utan menar att den rättsteoretiska ståndpunkten bör bestämmas av de klara fallen.[124] Fuller klagar vidare på att begreppet *interpretation* inte ens återfinns i *The Concept of Laws* index.[125]

Senare teoretiska versioner av rättspositivism har emellertid i ökad utsträckning intresserat sig för rättstillämpning och lagtolkning.[126] Ett exempel är MacCormicks försök att förena Harts analytiska rättspositivism med Dworkins idéer om principernas styrfunktion i rättstillämpningen.[127] Men varför riktas då intresset mot den rättstillämpningen?[128]

Den metodologiska och teoretiska intresseförskjutningen mot rättstillämpningen kan bero på att myten om rättstillämpningen som en mekanisk deklaratorisk process avslöjades[129], vilket omtalades som revolten mot formalismen.[130] Domarens rättsskapande funktion erkändes och forsk-

[122] Jag har inte ambitionen att uttömmande behandla rättsteorins behandling av domarens tolkningsutrymme. Mitt val av författare har styrts av min subjektiva uppfattning om vilka tankar som är relevanta för denna undersöknings syften. Jag har funnit att författare som exempelvis Habermas, Hart, Dworkin, Fuller, MacCormick och Duncan Kennedy väl täcker de frågeställningar som är relevanta för undersökningen. Av särskilt intresse för diskussionen av dessa författare är den senare utvärdering som gjorts i verk som Bix, Law, Language and Legal Determinacy 1993 och Marmor, Interpretation and Legal Theory 1992.

[123] Fuller, The Morality of Law 1969, s 225.

[124] Hart 1958 s 606-615.

[125] Fuller 1969 s 225. I den andra upplagan (1994) av *The Concept of Law* återfinns emellertid *interpretation* i bokens index (s 311).

[126] Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice 1993, s 28.

[127] Se bl a MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory 1978, s 163 f.

[128] För ett försök till förklaring se Bengoetxea 1993 s 28.

[129] Smith (Høyesterett og folkestyret 1993 s 290) menar att den negativa hållningen till normprövning i Norge kan bero på rättsrealismens upptäckter: "Også rettsrealismen, med dens vekt på å få frem dommeren er noe mer enn 'munnen som taler lovens ord' (Montesquieu), har sikkert virket inn: Siden dommeren i mange saker har ikke ubetydelig valgfrihet, blir det klart att hans virke i bunn og grunn er 'politisk'."

[130] White, Social Thought in America: The Revolt against Formalism 1949.

ningsföremålet blev vad domstolarna verkligen gjorde med lagen.[131] Rättstillämpningens dynamiska funktion kom härmed att analyseras. Eskridge framhåller det uppblossande intresset för lagtolkning (statutory interpretation) som en central företeelse i senare (amerikansk) rättsvetenskap:

> ''Statutory interpretation is the Cinderella of legal scholarship. Once scorned and neglected, confined to the kitchen, it now dances in the ballroom. Although the interpretation of statutes has been an ongoing topic of interest... only since the early 1980s have American legal academics become intensely excited about statutory interpretation as an object of theoretical interest. In that time, theories of statutory interpretation have blossomed like dandelions in spring. They now eclipse theories of common law and compete with constitutional law theories for space in the public law agenda.''[132]

Ett intressant undersökningsobjekt för rättsvetenskapsmän och andra med intresse för lagtolkning bör därmed vara EG-domstolen och dess konstitutionalisering genom lagtolkning.[133] EG-domstolen har genom dynamisk lagtolkning utvecklat nya begrepp och doktriner som enligt min mening förändrat förutsättningarna för rättsvetenskapsmän, rättstillämpare och praktiker. EG-rättens strukturering och teoretiska komplexitet kräver därmed mer teoretiskt orienterade analyser av nyckelbegreppens konstruktion och uppbyggnad.[134]

EG-domstolens konstitutionella doktriner om direkt effekt och EG-rättens företräde framför nationell rätt har en vidare och mer teoretisk betydelse i och med att den givit EG-rätten genomslagskraft i de nationella systemen. Rättstillämpare och praktiker har därmed blivit tvungna att använda rättsnormer som inte har sitt ursprung i den nationella politiska församlingen. Den nationella staten har förlorat sin monopolställning som

[131] Om vad som egentligen hände, se Duncan Kennedy, Consequences of Adjuducation (artikelutkast 5/1/91) där han formulerar följande centrala truism (sid 21): "There are many questions of law of which all or most or some observers and maybe the judges themselves would say that interpretive fidelity + the extant materials + the techniques of legal reasoning don't add up to an explanation of what happened".

[132] Eskridge 1994 s 1.

[133] EG-domstolens karaktärisering av EG-fördraget som konstitutionellt dokument behandlas nedan i avsnitt 5.4.

[134] Se exempelvis Kovar, L'intégrité de l'effet directe du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice 1981 s 151, Dowrick, A Model of the European Communities' Legal System, YEL 1984, s 169 ff, Eleftheriadis, Aspects of European Constitutionalism, EL Rev 1996 s 41, Eleftheriadis, The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues, (kommande) YEL 1996 och Jones, The Legal Nature of the European Community: a Jurisprudential Analysis Using H L A Hart's Model of Law and Legal System, Cornell ILJ 1984 s 17.

främste och ende lagstiftare. Av dessa skäl finns det anledning att modernisera rättsteorin och anpassa den till den nya ordningen (eller oordningen) som benämnts ''an age of new legal pluralism''.[135]

EG-rätten och den normstruktur som skapats av EG-domstolens lagtolkning är så pass särpräglad att det finns skäl att ifrågasätta om den kan beskrivas och förklaras med rättspositivistiska teorier om legitimitet, suveränitet, demokrati, och rättstillämpning.[136] Med Eleftheriadis:

> ''... Community law has posed many new puzzles for legal theory, since the traditional concepts of domestic legal scholarship or the ordinary tools of national constitutional practice cannot fully convey its content and scope.''[137]

Nedan refereras och diskuteras huvudtankarna hos några ledande rättsteoretiker och rättsteoretiska inriktningar. Jag vill betona att jag endast redogör för huvuddragen. Denna ambition bör vara tillräcklig för mina syften: att utifrån den rättsligt-analytiska källan (rättens natur och lagtolkningens karaktär) till tolkningsutrymmets uppkomst lägga grunden till analysen av relationen mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme.

2.5.1 H L A Hart

En rättsteori som i likhet med Harts placerar tyngdpunkten på rätten som omfattande regler och rättssystem bestående av primära och sekundära regler hamnar nära formalismen.[138] Formalismen innebär ett förhållningssätt till rättsregler som söker att minimera tolkningsutrymmet i rättstillämpningen. Hart hävdar att trots att rätten består av rättsregler som styr rättstillämpningen, lämnar de ett avsevärt utrymme för tolkning vid rättstillämpning i ett konkret fall. Med Hart:

> ''Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behaviour, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an *open* texture. So far we have presented this, in the case of legislation, as a general feature of human language; uncertainty at the borderline is the price to be paid for the use of general classifying terms in any form of communication concerning matters of

[135] Koopmans, Sources of Law: the New Pluralism, i Festskrift till Ole Due 1994, s 191.
[136] Ibid.
[137] Eleftheriadis 1996 s 1 f.
[138] Harts rättsteori och idé om ett rättssystem behandlas utförligt i avsnitt 5.5 nedan.

fact. Natural languages like English are when so used irreducibly open textured.''[139]

Hart diskuterar tre områden inom vilka rätten är obestämbar:

''In every legal system a large and important field is left open for the exercise of discretion by the courts and other officials in rendering initially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritive precedents. None the less these activities, important and insufficiently studied though they are, must not disguise the fact that both the framework within which they take place and their chief end-product is one of general rules. These are rules the application of which individuals can see for themselves in case after case, without further recourse to official direction or discretion.''[140]

Språket är vagt och obestämbart och rätten som varande en del av språket, manifesterar samma obestämbarhet. I varje tecken finns det en kärna av klar mening men också alltid ett ytterområde av oklarhet och obestämbarhet. Hart tillstår till och med att regler *bör* inrymma osäkerhet. Världens realiteter och komplexitet blir för Hart grunden till förkastandet av idén om en mekanisk och formalistisk rättsteori:

''It is, however, important to appreciate why, apart from this dependence on language as it actually is, with its characteristics of open texture, we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance, and never involved, at the point of actual application, a fresh choice between open alternatives. Put shortly, the reason is that the necessity for such choice is thrust upon us because we are men, not gods. It is a feature of the human predicament (and so of the legislative one) that we labour under two connected handicaps whenever we seek to regulate, unambiguosly and in advance, some sphere of conduct by means of general standards to be used without further official direction on particular occasions. The first handicap is our relative ignorance of fact: the second is our relative indeterminacy of aim. If the world in which we live were characterized only by a finite number of features, and these together with all the modes in which they could combine were known to us, then provision could be made in advance for every possibility. We could make rules, the application of which to a particular case never called for a further choice. Everything could be known, and for everything, since it could be known, something could be done and specified in advance by rule. This would be a world fit for 'mechanical' jurisprudence.''[141]

[139] Hart 1961 s 124 f (förf kurs).
[140] Ibid s 132 f.
[141] Ibid s 125.

Hart synes således framhålla att regler kan inrymma relativt allmänna standarder. Det finns således klara fall när en regel blir tillämplig och andra klara fall när regeln inte kan tillämpas. Men det kommer även att finnas många fall där det råder osäkerhet om regeln skall tillämpas eller inte. Om vi lämnar den skrivna regeln och normer i traditionella lagar och låter intresset falla på regler och normer formulerade i rättsfall och prejudikat blir allting mer problematiskt. Hart menar att det i detta avseende finns tre problemområden:

> ''*First*, there is no single method of determining the rule for which a given authoritative precedent is an authority. Notwithstanding this, in the vast majority of decided cases there is very little doubt. The head-note is usually correct enough. *Secondly*, there is no authoritative or uniquely correct formulation of any rule to be extracted from cases. On the other hand, there is often very general agreement, when the bearing of precedent on a later case is in issue, that a given formulation is adequate. *Thirdly*, whatever authoritative status a rule extracted from precedent may have, it is compatible with the exercise by courts that are bound by it of the following types of creative or legislative activity. On the one hand courts deciding a later case may reach an opposite decision to that in a precedent by narrowing the rule extracted from the precedent, and admitting some exception to it not before considered, or, if considered, left open. This process of 'distinguishing' the earlier case involves finding some legally relevant difference between it and the present case, and the class of such differences can never be exhaustively determined. On the other hand, in following an earlier precedent the courts may discard a restriction found in the rules as formulated from the earlier case, on the ground that it is not required by any rule established by statute or earlier precedent. To do this is to widen the rule.''[142]

Harts slutsats förefaller klar: varhelst det existerar domarskapad rätt inom dessa tre områden av obestämbarhet använder sig domaren av tolkningsutrymmet för att nå sin slutsats. Trots denna osäkerhet är Hart ändå trogen sitt system av rättsregler.

> ''The open texture of law means that there are indeed areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstances, between competing interests which vary in weight from case to case. None the less, the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determinate rules which, unlike the applications of variable standards, do *not* require from them a fresh judgement from case to case. This salient fact of social life remains true, even though uncertainties may break out as to the applicability of any rule (whether written or communicated by precedent) to a concrete case. Here at the margin of rules and in the fields left open by the theory of precedents, the courts perform a

[142] Ibid s 131 (föfr kurs).

> rule-producing function which administrative bodies perform centrally in the elaboration of variable standards. In a system where *stare decisis* is firmly acknowledged, this function of the courts is very like the exercise of delegated rule-making powers by an administrative body.''[143]

Sammanfattningsvis synes Hart lösa problemet med hur lämpligheten av ofrånkomliga selektiva beslut (hard cases) skall justifieras genom att referera till språkets ofrånkomliga vaghet. Hart spårar behovet av tolkningen av rättsnormer tillbaka till den fundamentalt öppna strukturen hos språken och kommer till en beslutsorienterad slutsats. I den utsträckning existerande normer inte visar sig tillräckliga för en exakt beskrivning av fall, måste domaren fatta beslut i enlighet med sitt tolkningsutrymme. Domaren kan i denna process fylla ut tolkningsutrymmet med utomjuridiska faktorer och fatta beslut under hänvisning till moralstandarder som ligger utanför den rättsliga sfären.[144]

Det finns i detta sammanhang anledning att relatera Harts svar till sina kritiker som återfinns i ett postskriptum till *The Concept of Law*. Hart bemöter här den kritik som riktats mot hans syn på domarens tolkningsutrymme av bland annat Dworkin och Fuller. Hart menar att den skarpaste rättsteoretiska konflikten mellan Dworkins rättstillämpningsteori och *The Concept of Law*

> ''... arises from my contention that in any legal system there will always be certain legally unregulated cases in which on some point no decision either way is dictated by the law and the law is accordingly partly indeterminate or incomplete. If in such cases the judge is to reach a decision and is not... to disclaim jurisdiction or to refer the points not regulated by the existing law to the legislature to decide, he must exercise his *discretion* and *make* law for the case instead of merely applying already pre-existing settled law. So in such legally unprovided-for or unregulated cases the judge both makes new law and applies the established law which both confers and constrains his law-making powers.''[145]

2.5.2 Dworkin

Ronald Dworkin efterträdde Hart som professor i rättsfilosofi vid Oxford och inledde det mest betydelsefulla angreppet på Harts teori om rättslig

[143] Ibid s 132 (förf kurs).
[144] Se Habermas 1996 s 202 f och Bix, Law, Language and Legal Determinacy, 1993 s 24.
[145] Hart, The Concept of Law 1994 (med nytt postscriptum), s 272 (förf kurs).

argumentation och domarens tolkningsutrymme.[146] Dworkins huvudtes är att rättspositivismen, speciellt i den form som Hart förespråkar, är felaktig och medför förvanskningar när den tillämpas på rättslig argumentation.[147]

Hart framhåller som påvisats ovan att det i de flesta fall inte är frågan om en logisk tillämpning av en regel på ett bestämt fall. I dessa oklara fall kan man hävda att domaren gör mera än endast finner och tillämpar rätten, domaren skapar rätt. Hart menar att trots att domaren är bunden av regler har denne en möjlighet att utnyttja tolkningsutrymmet i oklara fall.

Dworkin å sin sida menar att i de oklara fall där domaren enligt Hart utnyttjar sitt tolkningsutrymme alltid existerar ett juridiskt sett korrekt avgörande (one right answer). Detta korrekta avgörande döljer sig emellertid inte i de tillämpliga rättsreglerna utan existerar implicit i rätten som rättsliga principer. Det är de rättsliga principerna som styr det rättsliga beslutsfattandet inte reglerna. Dworkin menar att Hart misstar sig när han antar att rätten endast består av ett system av regler. Dworkin betonar rättsprincipernas centrala betydelse för rättssystemets koherens och därmed för den rättsliga argumentationen:

> ''My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particulary in those hard cases when our problem with these concepts, seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards. Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a singel fundamental test for law forces us to miss the important roles of these standards that are not rules.''[148]

Dworkins diskussion om judiciellt beslutsfattande i oklara fall (hard cases) går i korthet ut på att rättsprinciper identifierar individuella medborgerliga rättigheter, och att det i alla fall existerar ett korrekt svar på rättsfrågan, trots att innehållet i normen inte alltid kan utrönas.[149] Dworkins position i fråga om frånvaron av tolkningsutrymme i det rättsliga beslutsfattandet kan härledas ur hans filosofiska grundhållning.[150]

För det första förutsätter Dworkin existensen av två rättsliga normer som binder domaren och avgör de oklara fallen. Denna förutsättning har han

[146] Dworkins rättstillämpningsteori diskuteras i anslutning till frågor om normkonkurrens nedan i avsnitt 5.5.3.
[147] Dworkin, Taking Rights Seriously 1978, s 22.
[148] Ibid.
[149] Dworkin 1986 s 119 ff.
[150] Barak 1989 s 30-34.

emellertid inte visat föreligga.[151] Men även om vi skulle erkänna existensen av tolkningsregler som styr rättstillämpningen existerar fortfarande tolkningsutrymmet i de oklara fallen eftersom Dworkins regler också är rättsregler och måste tolkas. Problemet med Dworkins teori ligger i att han från konstaterandet att tolkningsutrymmet är begränsat i samtliga fall, kommer till slutsatsen att tolkningsutrymmet i princip inte existerar.[152]

Dworkins syn på domarens tolkningsutrymme faller tillbaka på uppfattningen om relationen mellan rättslig giltighet och moralisk giltighet. Han menar att medan rättslig giltighet och moralisk giltighet tveklöst skiljer sig åt (lagstiftaren kan ju alltid besluta lagar som är moraliskt förkastliga, och förutsatt att de inte står i strid med konstitutionella regler, måste domstolarna tillämpa dem) måste domaren i oklara fall där tvekan finns om vilken lösning ett fall skall få, välja den som är moraliskt sett bäst inom ramen för det befintliga rättsystemet.[153] Dworkins rättighetsteori bygger på idén om att moralargument har en plats i rättstillämpningen eftersom den positiva rätten ofrånkomligen absorberar moraliskt innehåll genom den demokratiska normgivningsprocessen.[154]

Dworkin karaktäriserar Harts idéer om domarens tolkningsutrymme enligt följande: utanför kärnan av säkerhet och visshet använder domaren sitt tolkningsutrymme på ett *starkt* (strong discretion) sätt. Domaren fungerar som en kvasilagstiftare och fattar beslut utifrån grunder som denne finner lämpliga. Dworkin ser denna process från ett annat håll. Även i oklara mål måste domaren söka efter rättsliga principer, inte uppfinna dem. Detta kräver att domaren utnyttjar tolkningsutrymmet, men enligt Dworkin endast på ett svagt sätt (weak discretion).[155]

Dworkins rättsteori kan ses som ett försök att undvika bristerna i rättsrealisternas[156] och rättspositivisternas lösningar. Dworkin använder ett deontologiskt rättighetsbegrepp för att förklara hur rättsligt beslutsfattande samtidigt kan tillfredställa kraven på legalitet/förutsebarhet och legitimitet. Till skillnad från rättsrealismen hävdar han både nödvändigheten och möj-

[151] Se Parent, Interpretation and Justification in Hard Cases, Ga L Rev 99 1980 s 115 ff.

[152] Se Tedeschi, Legal Essays 1 1978 s 41: "The existence of the satutory rules, because of their obscure nature, does not go so far as to establish only one solution as the correct solution for every problem-even if the faithful interpreter will have to view these rules as disqualifying certain solutions."

[153] Putnam, Are Moral and Legal Values Made or Discovered?, Legal Theory 1 1995, s 5.

[154] Habermas 1996 s 204.

[155] Dworkin 1978 s 31 ff och 68 ff.

[156] Se nedan under avsnitt 2.3.5.

ligheten till normbaserade koherenta avgöranden som uppfyller grundläggande förutsebarhetskrav. I förhållande till rättspositivismen hävdar Dworkin nödvändigheten av och möjligheten till *ett* juridiskt korrekt avgörande som legitimeras utifrån sitt materiella innehåll genom åberopande av erkända rättsprinciper.[157]

2.5.3 Neil MacCormick

I förhållande till Hart och Dworkin kan skotten Neil MacCormick sägas inta en *tredje* ståndpunkt som utgår ifrån att rättskällorna innehåller rättsregler och rättsprinciper, att distinktionen mellan klara och oklara fall har pragmatisk relevans, att tolkningsutrymmet existerar i de oklara fallen, men att legitimitetskriterier[158] och processuella rationalitetskriterier konstituerar viktiga begränsningar av tolkningsutrymmet.[159]

MacCormick försvarar till viss del Harts idéer om domarens tolkningsutrymme. Försvaret utmynnar i en utveckling av Harts regelteori till att även omfatta principer. MacCormick menar att Harts diskussion om tolkningsutrymmet pekar i rätt riktning. Men den för oss inte tillräckligt långt enligt MacCormick.[160] Han menar att det i varje rättssystem existerar principer och standarder för rättslig argumentation som tolkaren kan falla tillbaka på när enkel deduktion från en rättsregel inte är möjlig. MacCormick anger exempel på skäl varför rättfärdigande av en lösning i vissa fall möter svårigheter:

> ''Very briefly, these can be summarized for modern legal systems as follows: First conformably with the principle of formal justice ('treat like cases alike') a judge ought to base the instant decision on some *ruling* which settles the *type* of case to which the instant case belongs and the proposed decision for that type of case. Secondly, he ought to *evaluate* that ruling and any possible rival rulings in the light of the *consequences* which would follow from adopting it as a ruling in general application. That evaluation should be made by reference to legally appropriate values, including justice, common sense, public policy and legal convenience, as the judge sees those. Thirdly, the ruling must be shown to be *coherent* with the rest of the legal system or the relevant branch of it. This depends upon its being either an analogical extrapolation from already settled rules of law or precedents of binding or persuasive character, or a particular

[157] Habermas 1996 s 203.
[158] MacCormick, Formal Justice and the Form of Legal Arguments, i Études de Logique juridique 1976 (red Perelman) vol 6, s 103.
[159] MacCormick och Weinberger 1986 och Bengoetxea 1993 s 193.
[160] MacCormick, H L A Hart 1981, s 126.

application of some general principle already at least implicit in the pre-established law in the sense that it does not conflict with any previously established legal rule according to some reasonable interpretation of potentially conflicting rules.''[161]

MacCormick menar att Hart både offentligt och privat accepterat denna hållning i förhållande till rättstillämpning. Den centrala frågan för MacCormick i hans verk *H L A Hart*[162] är hur och om denna hållning kan anpassas till Harts egen teori. I vissa avseenden menar MacCormick att den väl kan anpassas.

''The requirement of 'consistency' simply repeats the Hartian view that judges do have to apply settled legal rules where they are applicable, adding only the corollary that is equally obligatory for the judges to show that possibly or ostensibly conflicting rules *can* be distinguished to avoid conflict with the favoured 'ruling' in a hard case.''[163]

Å andra sidan menar MacCormick att denna aktivitet som går ut på att åtskilja och förena skenbara eller potentiella normkonflikter sker i en vidare kontext där principer, värderingar och standarder spelar in. Detta visar enligt MacCormick att Harts distinktion mellan en regels 'core of certainty' och 'penumbra of doubt' inte på något sätt är en

''... inert and invariant 'given' arising from the purely lingustic properties of rules formulated in ordinary legal language. The possibility of ambiguity in rules is a *resource* available to the judge, who may sometimes have reason to squeeze the 'core' down to the absolute indistinguishable and unavoidable minimum, and at other times in other contexts may have reason to give a broad and liberal reading of the rule so that it captures matters within even its remotest penumbra.''[164]

Intressant i MacCormicks utvecklande av rättspositivismen är det sätt på vilket han integrerar rättsprinciperna i sin teoretiska hållning till rätten. Han framhåller att rätten även innefattar principer, värderingar och standarder lika väl som rätten innefattar lagbestämmelser och normer härledda ur rättsfall.

''A particular feature of legal reasoning which points to the role and significance of general principles in law is the omnipresent resort to analogical reasoning. The instant case may not be 'covered' by a rule of statute law or by an admissible

[161] Ibid (förf kurs).
[162] MacCormick 1981.
[163] Ibid s 127.
[164] Ibid.

> precedent. But in such cases judges and lawyers argue by analogy by settled rules, and seek to make choices between competeing analogies. This exhibits a presupposition that the specific rules and rulings validated by the 'rule of recognition' are themselves instances or concretizations of more general principles, viz the principles whose observation in the law tends to promote certain valued state of affairs. These principles and values implicit in the law do then constitute legal standards to which it is considered legitimate, indeed obligatory, to have recourse where the more specific formulae of legal rules are lacking or give only weak and indeterminate guidance.''[165]

Standarder som inte kan karaktäriseras som regler (Dworkins principer) måste rimligtvis vara än mer vaga (open-textured), och följaktligen ges domaren här större tolkningsutrymme än vid tillämpning av regler. Detta är Harts huvudpoäng. Därmed, menar Hart, blir Dworkins åtskillnad mellan det svaga och starka tolkningsutrymmet ohållbar.[166]

MacCormick fortsätter att utvärdera Dworkins anmärkningar om domarens tolkningsutrymme. Han menar att Dworkins kritik av Hart är märklig eftersom denne hävdar att eftersom ett rättsystem alltid är baserat på principer kan inte domaren ha en ''stark'' diskretionär kompetens. Med MacCormick:

> ''It is not true,... [Dworkin] says, that when the rules fail to give clear answer the judge has a discretion unlimited by any legal standards. That is quite correct in itself. The judge's discretion is discretion to do as seems right and proper consistently with legal principles, legal values and other relevant legal standards. But that is as strong a discretion as there can possibly be. The decision how it is right and proper to interpret and apply vague-because-general principles involves evaluating consequences of a ruling this way or that. This is a matter of *settling*, not *finding*, priorities within the legal system. Neither is there an actual consensus within state-societies about moral and political priorities, nor is there any reason to suppose that there is some ideal judge's or observer's standpoint from which to establish the *true* moral and political priorities served by the legal system.''[167]

I detta avseende har således Dworkins filosofiska grundhållning viss relevans. För även om det skulle vara på det sätt som Dworkin förutsätter: att moraliska värderingar och principer inrymmer en objektiv sanning och universell giltighet, kvarstår det faktum att människor oupphörligen och oförsonligen hävdar olika ståndpunkter och har starka meningsskiljaktigheter i moralfrågor, vilket heller inte Dworkin förnekar. Även politiska prin-

[165] Ibid s 128.
[166] Hart 1994 s 272 f. Se även Hart, Issues in Contemporary Legal Philosophy 1987, s 35 ff.
[167] MacCormick 1981 s 129 f (förf kurs).

ciper är föremål för meningsskiljaktigheter. Efter dessa konstateranden drar MacCormick sin slutsats:

> ''Legal systems result from a patchwork of historical assertions of contentious and changing political principles, political compromises and mere political muddles. That from which law emerges is controversial, even if some or all of the controversies concern moral issues on which there may in principle be a single right answer. So the idea that the judges have only a 'weak' discretion since their task is to 'find' *the* right priority ranking of legal principles and deduce from it *the* right answer is utterly unsustainable.''[168]

I de flesta fall existerar tolkningsutrymmet endast inom ramen för i förhand fastställda standarder och eftersom dessa utgörs av rättsregler begränsas tolkningsutrymmet men det elimineras aldrig helt. När reglerna inte ger någon ledning måste andra bedömningsgrunder tas till. Men eftersom dessa grunder eller standarder är mer oprecisa än regler blir tolkningsutrymmet stort vid tolkningen av dem.[169]

MacCormick relaterar i detta sammanhang rättstillämparens tolkningsutrymme till lagstiftarens:

> ''The larger the degree of discretion the more nearly the judge approximates to a law-maker in settling his own rulings on disputed points, even though in doing so he is still interpreting and applying relatively vague legal standards. The legislature by contrast, *can* (though it rarely does) make total innovations radically at odds with previous legal standards.''[170]

2.5.4 Några slutsatser

Harts, Dworkins och MacCormicks syn på domarens tolkningsutrymme har var och en sin särskilda relevans för EG-rätten och EG-domstolens tolkningsutrymme. Inom EG-rätten återfinns en hel del vaga rättsnormer vars tolkning och tillämpning styrs av EG-rättens mål och verklighetens dynamiska förändring. Harts *open-texture*-diskussion kan här hjälpa oss att förstå vissa av lagtolkningens grundproblem. Men som MacCormick fram-

[168] Ibid s 129 f.

[169] MacCormick 1981, s 130: "In all cases, judicial discretion exists only within the framework of some predetermined standards. Where these standards are legal rules, the discretion extends only within rather a restricted field, though rarely eliminated completely. Where the rules give no guidance or give ambigous guidance, recourse may be had to other standards of judgment. But since these standards are all less precise than rules, the discretion involved in interpreting and extrapolating from them is greater. 'Discretions' come it in differences of kind (as Dworkin supposes Hart to suppose) but in differences of degree (as hart supposes in fact)."

[170] Ibid s 130 (förf. kurs).

håller för oss går Harts diskussion inte tillräckligt långt. Framförallt saknar Harts rättsteori en utvärdering av rättsprincipernas roll i rättstillämpningen.

EG-domstolens strävan efter koherens i normsystemet har lett till att en kommentator[171] kallat domstolen för ''Dworkiansk''. Denne försöker visa att EG-domstolens lagtolkning styrs av idén om ett koherent system (an integrity) som har sin existens utanför det skelett som fördragen konstituerar.[172] Att strävan efter koherens skulle särskilja EG-domstolen från domstolar i andra rättssystem är nog tveksamt. De flesta domstolar strävar sannolikt efter att skapa ett enhetligt och koherent normsystem. Det som möjligtvis gör EG-domstolen ''Dworkiansk'' är att den i oklara fall inte erkänner att den vid utnyttjandet av tolkningsutrymmet behöver åberopa principer och argument som befinner sig utanför den rättsliga sfären, vilket Hart erkänner.[173] Hart menar att Dworkins avståndstagande från existensen av tolkningsutrymme bortser från

> ''... that there are, as the positivist suggest, two completely different stages in the process of decision: one in which the judge first finds that the existing law finds that the existing law fails to dictate a decision either way; and the other in which he turns away from the existing law to make law for the parties *de novo* and *ex post facto* according to his idea of what is best. Instead, lawyers address the judge as if he was always concerned to discover and enforce existing law and the judge speaks as if the law were a gapless system of entitlements in which a solution for every case awaits his discovery, not his invention.''[174]

Harts karaktäristik av Dworkins syn på domarens tolkningsutrymme kan i detta avseende relateras till EG-domstolens lagtolkning. I målet Brasserie du pêcheur menade EG-domstolen att eftersom fördraget saknade bestämmelser som reglerade konsekvenserna av medlemsstaternas brott mot EG-rätten

> ''... it is for the Court in pursuance of the task conferred on it by Article 164 of the Treaty of ensuring that in the interpretation and application of the Treaty the law is observed, to rule on such a question in accordance with generally accepted methods of interpretation, in particular by reference to the fundamental principles of the Community legal system and, where necessary, general principles common to the legal systems of the Member States.''[175]

EG-domstolen synes betrakta EG-rätten som ett komplett system inom

[171] Bengoetxea 1993.
[172] Se avsnitt 10.6 nedan.
[173] Hart 1994 s 272 f.
[174] Ibid s 273 f.
[175] Mål C-46 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 27

vilket alla rättsfrågor kan få sin lösning genom åberopande av oskrivna rättsprinciper.

Frågan är om denna typ av retorik skall avgöra den teoretiska hållningen till domarens tolkningsutrymme. Med Hart:

> ''There is no doubt that the familiar rhetoric of the judicial process encourages the idea that there are in a developed legal system no legally unregulated cases. But how seriously is this to be taken?... [I]t is important to distinguish the ritual language used by the judges and lawyers in deciding cases in their courts from their more reflective general statements about the judicial process.''[176]

Det intressanta med MacCormicks diskussion om tolkningsutrymmet är diskussionen av de institutionella begränsningarna av tolkningsutrymmet som kan härledas ur de processuella och strukturella delarna av normsystemet. Med min terminologi skulle dessa begränsningar vara hänförliga till den *interna justifieringsnivån*. MacCormicks rättsteori synes även inrymma en moralisk komponent. För att en rättsregel skall anses giltig måste den uppfylla ett visst legitimitetskriterium.

Harts, Dworkins och MacCormicks diskussioner om tolkningsutrymmet reser alla frågan om inkorporeringen av positiva principer och normativa argument i rättsystemet. I denna del är Dworkin tydligast med erkännandet av moraliska principers styrfunktion i rättstillämpningen. Även MacCormick menar att rättsliga avgöranden måste tillfredställa grundläggande rättfärdighetskrav.[177] Denna typ av legitimitetsanspråk hör med min terminologi hemma på den *externa justifieringsnivån*.[178]

2.5.5 Rättsrealism

2.5.5.1 Skandinavisk rättsrealism

Begreppet *gällande rätt* är centralt i den positivistiska rättsteorin. Den skandinaviska rättsrealistiska inriktningen får betraktas som mindre trogen denna typ av begreppsbestämningar. Den synes utgå från existensen av ett tolkningsutrymme och erkänner politiska och sociala ideologier som justifieringsgrunder.[179] Jag vill dock framhålla att ledande företrädare för inrikt-

[176] Hart 1994 s 274.
[177] MacCormick 1978 s 103 f.
[178] Sambandet mellan de två justifieringsnivåerna diskuterar jag i kapitel 10.
[179] Se exempelvis Lundstedt, Superstition or Rationality In Action for Peace 1925, s 162. Han menar här att utgången av det individuella fallet skall styras av samhällsintresset.

ningen såsom Lundstedt och Olivecrona inte intresserat sig för frågan om domarens tolkningsutrymme, utan orienterat sitt intresse åt annat håll. Jag vänder mig därför huvudsakligen till Ross arbeten.

Den skandinaviska rättsrealismen erkänner att rättsordningen innehåller långt mer än formaliserade regler. *Gällande rätt* är de normer som återfinns i domarens självärld och som av denne upplevs som socialt bindande och som efterlevs av detta skäl.[180] Med Ross:

> ''The test of the validity is that on this hypothesis-that is, accepting the system of norms as a scheme of interpretation-we can comprehend the actions of the judge (the decisions of the courts) as meaningful responses to given conditions and within certain limits predict them in the same way as the norms of chess enable us to understand the moves of the players as meaningful responses and predict them.''[181]

Ross tes är att rättsregler är meningslösa påtryckningsmedel. Grunden för denna hållning finner han i den logiska positivismens meningskriterium. Med denna hållning kan inte rättsvetenskapens uppgift för Ross bli att redogöra för rättsreglernas meningsinnehåll. Rättsvetenskapliga värderande utsagor om rättsreglerna är rättfärdiga eller orättfärdiga blir med Ross logiskt sett meningslösa. Vad skall då rättsvetenskapen ägna sig åt? Ross syn på det rättsliga språket som metafysiska satser utan meningsinnehåll avfärdar rättsteoretiska analyser av rättsregler och privilegierar analyser av det rättsvetenskapliga språket som syftar till att etablera rättsvetenskapen som empirisk vetenskap.

För att förstå implikationerna av Ross rättsteori är det viktigt att relatera Ross normteori (rättsregler saknar rättsligt meningsinnehåll) till Ross rättsliga giltighetskriterium.

En norms giltighet prövas genom en tillämpning av en prognosteori.[182] Ross teori är metodologiskt orienterad och går ut på att rättsvetenskapens uppgift är att förutsäga (prognostisera) vilka rättsligt giltiga premisser domstolen skall grunda sitt avgörande på. Rättsvetenskapsmannens uppgift blir enligt Ross att finna de premisser som domaren anser som giltiga, och att därefter systematisera dessa.

Prognosteorins syfte var att finna en väg till att infria den logiska empirismens sanningskriterium, dvs att verifiera eller falsifiera rättsliga utsagor. Prognosteorins relativa betydelse för, och inverkan på, den rättsteoretiska

[180] Ross, On Law and Justice 1958, s 35.
[181] Ibid.
[182] Ibid s 73.

diskursen kan bero på att den appellerar till den praktiske juristens, och särskilt till advokatens arbetsmetoder. Hur skulle han själv i domarsätet ha avgjort rättstillämpningsproblemet efter att ha tagit del av parternas argumentering i en kontradiktorisk process? Den enda typiska skillnaden mellan rättsvetenskapsmannens och den praktiserande juristens utsagor är att praktikern endast uttalar sig om en konkret tvist medan forskaren uttalar sig om mer allmänna problem. Förstår man Ross teori på detta sätt blir prognosen en rättslig utsaga vars sanningshalt, eller vetenskapliga halt, avgörs av om andra jurister använder de ''upptäckta'' premisserna som grund för utsagor om rättsläget. Prognosteorin kan därmed sägas vila på värderingen om rättssystemets förutsägbarhet. Det rättsvetenskapliga sanningskriteriet skulle därmed vara begränsat till något som kan betecknas som professionell konsensus om en normativ ideologi.[183]

Med Ross kunskapsteoretiska grundsyn är rättsvetenskapliga uttalanden av beskrivande karaktär. En rättsvetenskaplig utsaga har enligt Ross ett deskriptivt meningsinnehåll. Utsagan kan inte karaktäriseras som analytisk eftersom den inte säger någonting om verkligheten. Ross skiljelinje mellan rättspraxis och rättsvetenskap grundar sig på tanken om domens pragmatiska karaktär. En dom innehåller ett irrationellt ''språng'' från argumentation till slutsats. Domar vilar enligt Ross inte på rättsvetenskaplig grund utan är uttryck för en prioritering av premisser eller rationella grunder som kan leda till olika resultat. Den juridiska argumentationen är endast ett mer eller mindre godtyckligt medel för att rättfärdiga slutsatsen i det konkreta målet.[184]

Ross definition av *gällande rätt* vilar således på hypoteser om domarens själsliv. Rättsvetenskapens uppgift är enligt Ross att undersöka det empiriska sambandet mellan lagen som teoretisk meningslös påtryckningsfras och domarens själsliv.[185]

Om Ross rättsteori skulle läggas till grund för ett rättsvetenskapligt arbete som denna undersökning innebär detta att jag endast kan behandla EG-rättens rättsnormer vetenskapligt genom påståenden om EG-domarnas faktiska föreställningar om vad som är giltiga rättsnormer. Undersökningen

[183] Ibid. För en svensk "prognosteori" se Rodhe, Gränsbestämning och äganderättstvist, 1944 s 4 ff. Jmfr dock JT 1996-96 s 3 där han uttalar: "Rättsvetenskapsmannen behöver väl i allmänhet inte direkt ge sina uttalanden formen av prognoser. Det räcker att han redovisar prognosmaterialet, för att den skolade läsaren skall kunna dra sina slutsatser själv."

[184] Peczenik 1983 s 49 f.

[185] Se vidare diskussionen om tillämpningen av Ross teori i Rasmussens On Law and Policy in the European Court of Justice 1986 i avsnitt 10.5 nedan.

kan i denna form knappast anses utgöra en del av en självständig rättsvetenskaplig forskningsdisciplin. Det ligger närmare till hands att karaktärisera denna typ av undersökning som en empirisk ''norm-deskriptiv'' vetenskap. Det som beskrivs i undersökningen är inte normernas rättsliga *meningsinnehåll*, vilket enligt Ross inte existerar, utan de faktorer som kausalt påverkar domarna. Det blir en undersökning som bygger på en lära om normer förstådda som påståenden om en faktisk regelmässighet i domarens handlande och inte en lära om normer som skall förstås som påståenden om reglernas meningsinnehåll. Domarens rättstillämpning kan därmed ses som en respons på stimuli.[186]

Med Ross rättsteori som grund kan denna undersökning karaktäriseras som rättspolitisk eftersom den utgår från att EG-domstolens tolkningsutrymme bestäms av rättsregler.

2.5.5.2 Amerikansk rättsrealism

Den amerikanska rättsrealistiska rörelsens uppkomst brukar hänföras till mellankrigstiden. Många viktiga idéer som förekom i realisternas undervisning och författarskap utvecklades emellertid först senare av den kritik som kom att riktas mot de grundläggande utgångspunkterna.[187] *Rättsrealism* som begrepp saknar emellertid klar mening och synes vara ett lika vitt och vagt ämne som *rättspositivism.*

> ''... There is no school of realists. ... There is, however, a *movement* in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents..''[188]

Vi kan emellertid försöka härleda några av rättsrealismens grundläggande karaktäristika och undersöka vilka följder de kan få för utvärdering och kritik av domstolars rättsskapande. Rättsrealismens gemensamma utgångspunkter kan med hjälp av Llewellyn tentativt anges:

1. Idén om rätten som varande i ständig förändring och domaren som rättsskapare.
2. Idén om rätten som ett medel att nå sociala mål och inte som ett mål i sig.
3. Idén om ett samhälle i ständig förändring, en förändring som är snabbare

[186] Bjarup, Retsanvendelse, kundskab og vurdering, Festskrift till Eckhoff 1986, s 146 f.
[187] Fisher, Horwitz och Reed (red), American Legal Realism 1993, s 3.
[188] Llewellyn, i Fisher m fl. 1993 s 72.

än rättens.

4. En *temporär* distinktion mellan *varat* och *börat*, eller enligt Llewellyn:

> ''By this I mean that whereas value judgments must always be appealed to in order to set objectives for inquiry, yet during the inquiry itself into what Is, the observation, the description, and the establishment of relations between the thing described are to remain *as largely as possible* uncontaminated by the desires of the observer or by what he wishes might be or thinks ought (ethically) to be.''[189]

5. Misstro mot traditionella rättsregler och begrepp i så motto att de utger sig för att beskriva hur antingen domstolar eller människor handlar.

I likhet med positivisterna tenderar realisterna att betrakta rätten som empiriskt faktum. Men enligt realisterna återfinns inte rättsliga *fakta* i utom-judiciella auktoritativt fastlagda regler (skrivna lagar etc) utan i de individuella judiciella besluten själva. För realisten kan rätten endast sägas existera efter rättstillämpningen. Rättsrealisternas teoretiska grundhållning kan spåras tillbaka till ett uttalande av Pollock 1882 när denne relaterar rättsvetenskapen till naturvetenskapen:

> ''The object of legal science, as we here understand it, is likewise to predict events. The particular kind of events it seeks to predict are the decisions of courts of justice.''[190]

Ståndpunkten kom att ligga till grund för realistens credo. Med Oliver Wendell Holmes klassiska definition av rätten:

> ''The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by law.''[191]

Eller med Llewellyn några år senare:

> ''What... officials do about disputes is, to my mind the law itself.''[192]

I skandinavien kan Ross nämnas som företrädare för läran om domstolarnas verksamhet som konstitutiv för *rätten*.[193] Den ''prognosbaserade'' synen på rätten kan utsättas för relativt allvarlig kritik. Kan det verkligen vara så att domaren vid rättstillämpning försöker förutsäga sina egna slutsatser?[194] Men poängen med den realistiska kritiken är att det centrala för

[189] Ibid s 72 f.
[190] Pollock, The Science of Case-Law 1882, i Jurisprudence and Legal Essays 1963, s 170.
[191] Holmes, The Path of the Law, Harv L Rev 1897 s 457.
[192] Llewellyn, The Bramble Bush, 1 uppl 1930, s 3. För en ingående diskussion av Llewellyns idéer se Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, 1973, s 148-152.
[193] Ross, Om ret og retfaerdighed, 1953 s 89 och 206 ff.
[194] Se Murphy och Coleman, The Philosophy of Law: an Introduction to Jurisprudence 1984 s 35.

parterna är vad domstolen slutligen bestämmer. Eller med Llewellyn:

> ''... a right... exists to the extent that a likelihood exists that A can induce a court to squeeze, out of B, A's damages.''[195]

Domarens avgörande behöver därmed inte i sig själv grundas på en förutsägelse av vilket beslut som kommer att fattas. Realisterna antog inte den ''prognosbaserade'' hållningen av det skälet att de trodde att domarkåren envist undviker att följa rättsregler, utan snarare för att det inte finns några regler att följa. Man kan säga att realisternas idé om ''rätten-som-rättstillämpning'' vilar på en grundläggande regelskepticism. Generella rättsregler kan inte förutsäga hur ett specifikt fall skall lösas. Rätten är obestämbar och motsägelsefull (indeterminate).[196] Holmes menade att ''[g]eneral propositions do not decide concrete cases,''[197] och Llewellyn att

> ''... rules...are important so far as they help you... predict what judges will do... That is all their importance, except as pretty playthings.''[198]

Idén om att rätten är obestämbar och motsägelsefull har försvarats utifrån många utgångspunkter. En utgångspunkt är att språket i rättsreglerna är vagt och aldrig kan leda domaren till en viss slutsats.[199] En annan är att rätten ofta innehåller kolliderande konkurrerande normer och erbjuder ingen norm för att välja någon av dem.[200]

Om det är som realisterna anser, att rättstillämpning inte är regelbaserad, på vilka grunder kan då en domares avgörande kritiseras? Realismen innebär ytterst att en domare inte kan kritiseras utifrån rättsliga kriterier. Domare kan inte begå ''rättsliga'' misstag eller vara ''aktivistisk'' i så motto att han eller hon avsiktligt avviker från vad rättsreglerna föreskriver eftersom det inte existerar några ''utom-judiciella'' fakta (rättsregler) utifrån vilka domarens avgörande kritiskt kan prövas.

Här ser vi en klar skillnad mellan rättsrealismen och rättspositivismen.

[195] Llewellyn, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, Col L Rev 1930 s 448.

[196] För en klassisk realistisk kritik av regler och rättens motsägelsefrihet se Walter Wheeler Cook, Scientific Method and the Law, Am Bar Ass Journal 1927 s 305.; Llewellyn, Remakes on the Rules or Canons About How Statutes are to be Construed, Vanderbildt L Rev 1949 s 395; Dewey, Logical Method and the Law, Cornell L Q 1924 s. För en senare diskussion se Tushnet, Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, Harv L Rev 1983 s 781: och Peller, The Metaphysics of American Law, Cal L Rev 1984 s 1152.

[197] Lochner v New York 198 US 45 (1905) (Holmes skiljaktig mening).

[198] Llewellyn, The Bramble Bush 1930, s 5.

[199] Jmfr dock Hart 1961 s 125.

[200] Llewellyn 1950 s 395, och The Common Law Tradition 1960, Levi, An Introduction to Legal Reasoning 1949 samt Kelman, A Guide to Critical Legal Studies 1987 s 303.

Rättsrealismens extrema form (regelskepticism och behovet av judiciellt rättsskapande) synes stå i bjärt kontrast till rättspositivismens extrema form, formalismen, som utgår från att domare aldrig skapar rätt.

2.5.5.3 Critical Legal Studies

I senare[201] rättsvetenskaplig och filosofisk diskussion förekommer uppfattningen om att *varje* rättsligt avgörande inbegriper någon form av utnyttjande av ett tolkningsutrymme.[202] Denna hållning har framförallt förfäktats av den amerikanska varianten av den nyrealistiska filosofiska traditionen som går under benämningen Critical Legal Studies (CLS).[203] Medlemmarna av denna filosofiska skola har menat att regler och tolkningsprinciper inte leder domaren till en bestämd rättsligt korrekt lösning. I stället använder domstolen sitt tolkningsutrymme, vilket styrs av domarnas allmänna politiska grundsyn och blir avgörande för normens innehåll.

CLS grundades delvis som en reaktion mot en alltför empiriskt-behavioristiskt dataorienterad forskningsinriktning. CLS var mer intresserade av teori och filosofi än av vetenskap.[204]

I likhet med traditionella jurister var CLS-juristerna besatta av rättslig argumentation och rättstillämpningen i judiciella organ.[205] De förenades i förkastandet av den motsägelsefria och bestämbara rationaliteten i den rättsliga argumentationen. Rätten är förklädd politik och kan inte generera motsägelsefria resultat i konkreta fall.[206]

CLS-jurister når denna ståndpunkt genom avancerade teoretiska dekon-

[201] Med senare diskussion avses den som ägt rum från och med mitten på 1970-talet och framåt.

[202] Tidigare har liknande positioner intagits av personer som har kunnat hänföras till frirättsskolan och olika rättsrealistiska inriktningar. Se om den franska Libre recherche scientifique och den tyska Freirechtslehre i Stone, Legal System and Lawyers' Reasonings 1964 s 219.

[203] För en bibliografi se Kennedy och Klare, A Bibliography of Critical Legal Studies, 94 Yale L J 1984 s 461. I svensk doktrin se Wrange, En diskussion utan innehåll? Critical Legal Studies och folkrätten, JT 1990-91 s 256 ff.

[204] Hutchinson och Monahan, Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, Stanford L Rev 1984 s 200.

[205] Trots att orienteringen mot rättstillämpningen kan ses som en gemensam nämnare hos många CLS-jurister förekommer en mängd olika förhållningssätt och inriktningar inom CLS-rörelsen.

[206] Med Hutchinson och Monahan 1984 s 206 (förf kurs): "Law is not so much a rational enterprise as a vast exercise in rationalization. Legal doctrine can be manipulated to justify an almost infinite spectrum of possible outcomes... [L]egal doctrine is nothing more than a sophisticated vocabulary and repertoire of manipulative techniques for categorizing, describing, organizing and comparing; it is *not* a methodology for reaching substantive outcomes."

struktioner av rätten som avslöjar att rätten vilar på motstridiga och oförenliga liberala intressen.[207]

CLS-anhängare förkastar möjligheten av *the rule of law* och hävdar att rätten överhuvudtaget inte kan ge någon ledning till domaren när denne skall avgöra ett fall eftersom rätten är obestämbar och motsägelsefull. Domarens avgöranden blir därmed politiska. Låt oss i detta avseende följa argumentationen hos en av CLS fadersgestalter, Harvardprofessorn Duncan Kennedy, som 1983 skriver:

> ''Legal reasoning is not distinct, *as a method for reaching correct results*, from ethical and political discourse in general (ie, from policy analysis). It is true that there is a distinctive lawyers' body of knowledge of the rules in force. It is true that there are distinctive lawyers' argumentative techniques for spotting gaps, conflicts, and ambiguities in the rules, for arguing broad and narrow holdings of cases, and for generating pro and con policy arguments. But these are *only* argumentative techniques. There is never a 'correct legal solution' that is other than the correct ethical and political solution to that legal problem.''[208]

Han utvecklar resonemanget några år senare (1986):

> ''One might accept the notion that legal argument is manipulation of the legal materials understood as a medium and still believe that the medium constrains very tightly. An absolutely basic question is whether there are some outcomes that you just can't reach so long as you obey the internal rules of the game of legal reasoning.''[209]

Och fem år senare:

> ''Why can't we divide up the universe of questions of law into those that have determinate answers and those that don't? And how can we investigate the consequences of the constraint of judges by law if we can never say that a particular question has a determinate answer?... Neither judges nor outside observers can say with certainty whether a given answer to a question of law *was* really the correct one. The inquiry into consequences of adjudication can go on nonetheless, because we can plausibly describe an experience of boundness that affects behaviour–by leading the judge to actually do whatever he felt he was bound to do, even if he would rather have done something else.''[210]

Kennedy har således övergått från att fråga sig vilka konsekvenser man

[207] Se exempelvis Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, Buffalo L Rev 1979 s 205 ff.

[208] Duncan Kennedy, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy, Harvard 1983, s 20.

[209] Duncan Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, J Legal Education 1986 s 527.

[210] Duncan Kennedy 1991 s 9.

skall dra från det faktum att domare är bundna av lagen i x antal mål till den mer psykologiserande frågan; vad följer av det faktum att domare ofta upplever sig bundna av lagen?

Kennedys hållning till den inledningsvis ställda frågan om att *alla* rättsliga avgöranden inbegriper någon form av val synes något ambivalent. Denna ambivalens har, skall det visa sig, metodologiska rötter.

> ''The question is what proportion of questions of law have determinate answers. I have argued that judges do have experiences of constraint, but that they are not evidence that the question had a determinate answer.''[211]

Kennedy verkar emellertid tillstå att det existerar fall i vilka domarens tolkningsutrymme är litet, eller till och med icke existerande. Men han gör detta av metodologiska skäl. Den metodologiska programförklaringen och problematiserandet av frågan om tolkningsutrymmet återfinns i hans definition av *the rule of law.*

> ''So what is the rule of law when we are contrasting it with legislative supremacy? It is the inflection of the outcomes of organized group conflict that occurs because judges see themselves as operating under a norm of interpretive fidelity. They sometimes feel bound under that norm to decide against their views of what the better rule would be.''[212]

Kennedy menar att denna definition varken besvarar eller förkastar frågan om vad som ligger bakom domarens upplevelser om rättsnormers vaghet eller precisering, definitionen kapitulerar snarare inför denna yttersta frågeställning. Han tillstår dock att vi kan säga en hel del om domares rättskapande verksamhet utan att besvara denna fråga.

> ''We can explore the 'surface', rather than trying to penetrate the depths. We ask what are the consequences for the political system if judges sometimes experience the *accessible surface* as structured so as to determine an outcome, and to bring about that outcome, either in the mode of unselfconscious rule following or in that of constraint.''[213]

2.6 Frågan om rättens objektivitet och valet av forskningsansats

Skillnaden mellan CLS och traditionell modern rättsteori ligger i att, trots

[211] Ibid s 14.
[212] Ibid s 16.
[213] Ibid (min kurs).

att den senare tar avstånd från formalismen, framhärdar den i uppfattningen att någon form av distinktion kan göras mellan rättslig argumentation och politisk argumentation. Medan CLS

> ''...refuse to hedge on the indeterminacy of the legal order. They view the attempt to tread some middle path as a desperate, face-saving effort to conceal the irremediable crisis within the legal process and the breakdown of the social order.''[214]

För egen del anser jag att idén om förkastandet av rätten som subjektiv, motsägelsefull och obestämbar i sin mest extrema form helt enkelt är felaktig. Hävdandet av denna ståndpunkt inbegriper ju uppfattningen att ord och texter i princip saknar meningsinnehåll. De rättsteoretiska problemen som aktualiserats: rättens objektivitetsanspråk och rättsnormernas obestämbarhet och vaghet, kraven på rättstillämpningens förutsägbarhet och legitimitet och förhållandet mellan politik och juridik; är starkt relaterade till denna undersöknings tes och avgränsning.

Jag anser att det är möjligt att påvisa gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme med utgångspunkt från rättssystemet och dess struktur. Undersökningen strävar efter att visa att analyser av förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten är en möjlig väg för att utvärdera EG-domstolens lagtolkning. Men de teoretiska och metodologiska problem som är förknippade med rättstillämpningen relativiserar de linjer som avgränsar det område av bestämbarhet som kan utmönstras med den valda analysmodellen. Modellen kan inte ha pretentioner på att fastställa tolkningsutrymmets absoluta gränser utan endast påvisa vissa avgränsningar.

I undersökningen utgår jag från att rättsliga texter i skilda faktiska situationer kan vara mer eller mindre obestämbara och vaga. Vidare anser jag att den intressantaste aspekten av rättsliga tolkningsteorier är den som angriper frågan om att utmönstra bestämbarhet och obestämbarhet eller urskilja klara och oklara fall för att påvisa princip- eller regelorienterat handlande vid lösningen av de oklara fallen. I detta avseende är jag av den bestämda uppfattningen att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl de presenterar för sina avgöranden.[215]

Huvuddelen av undersökningen ägnas därför åt den rättsliga grunden för domarens möjlighet att välja mellan olika rättsliga alternativ. Jag utgår från

[214] Hutchinson och Monahan 1984 s 207.
[215] Jmfr Weiler 1987 s 567 f.

att man inte i förväg kan bestämma domarens tolkningsutrymme. Tolkningsutrymmet är i stället beroende av det aktuella rättssystemet och interaktionen mellan norm och sakomständigheter i det konkreta fallet. Min uppfattning är att begränsningar av EG-domstolens tolkningsutrymme *kan* härledas ur förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och lagtolkning inom EG-rätten.

2.7 Sammanfattning och slutsatser

Jag har definierat det judiciella *tolkningsutrymmet* som den rättsliga auktoritet som är given till en rättstillämpare att företa ett val mellan två eller flera tänkbara alternativ. Det rättsliga elementet i begreppet uppträder i form av ett krav om att valet måste ligga inom den rättsliga sfären, dvs grundas på en giltig rättsnorm. Det legitima tolkningsutrymmet utgörs således av den auktoritet som rätten ger domaren att välja mellan alternativ som befinner sig inom rättens ram.

Rättstillämpningens karaktär och definitionen av *tolkningsutrymme* aktualiserar enligt min mening följande centrala rättsteoretiska problem:
- rättens objektivitetsanspråk och rättsnormernas obestämbarhet och vaghet,
- kraven på rättstillämpningens förutsägbarhet och legitimitet, och
- förhållandet mellan politik och juridik.

Kapitlet analyserar följande frågeställningar: Hur skall kraven på förutsägbarhet och legitimitet kunna förenas i rättstillämpningen? Vad innebär lagtolkningens politiska kontext för rättens objektivitetsanspråk? Hur skall rättsnormernas vaghet och obestämbarhet förenas med lagtolkningens och rättsordningens rationalitets- och koherenskrav?

Frågeställningarna härrör från det faktum att rättsnormerna ofta är obestämbara och vaga samtidigt som rättstillämpningen har krav på sig att å ena sidan uppfylla krav på förutsägbarhet och å andra sidan leva upp till grundläggande legitimitetskriterier. Principen om *förutsägbarhet* i rättstillämpningen kräver att beslut är konsistenta och koherenta i förhållande till den existerande rättsordning inom vilken de fattas. Kravet på *legitimitet och rationalitet* innefattar å andra sidan inte endast beslut som är konsistenta ställda i relation till tidigare liknande beslut utan inbegriper även ett krav på att de skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt.

En domares justifiering av sitt beslut måste således frigöras från sitt

historiska ursprung. I oklara fall (hard cases) sker detta skifte i övergången från *intern justifiering* av ett beslut som vilar på vissa givna premisser till den *externa justifieringen* av premisserna själva. Problemet blir att förena kraven på en internt konsistent och externt legitim rättstillämpning så att de samtidigt garanterar såväl förutsägbarhet och moralisk-politisk legitimitet.

Denna fråga har nära samband med lagtolkningens politiska kontext. Tolkningsutrymmet begränsas bland annat av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Detta får till konsekvens att en normativ tolkningsteori för ett objektivt bestämmande av gränserna för domarens tolkningsutrymme kräver ett ytterligare kriterium. En normativ tolkningsteori för bestämmning av tolkningsutrymmet kräver en övergripande legitimitetsteori för hela det rättsliga och institutionella systemet, en legitimitetsteori som inbegriper maktbalansering och politiska ideal och som är framtidsorienterad. Framtidsorienteringen krävs för att teorin skall kunna ta hänsyn till EUs dynamiska och målrelaterade karaktär och EG-domstolens roll i utvecklingen av EU.

En övergripande legitimitetsteori måste således inbegripa begränsningar av tolkningsutrymmet som är hänförliga till det konstitutionella systemet. En teori om tolkningsutrymmets begränsningar aktualiserar därmed det svårdefinerade förhållandet mellan politik och juridik och den med detta förhållande nära sammanhängande problematiska frågan om rättens objektivitetsanspråk. Frågan om begränsningarna av domarens tolkningsutrymme aktualiserar således rättsteoretiska problem med relevans för hela rättssystemet.

Kan då den moderna rättsteorin erbjuda någon lösning på de presenterade problemen?

Rättspositivismen förefaller ha svårigheter att finna användbara modeller för analyser av tolkningsutrymmet och dess begränsningar. Framförallt synes rättspositivismen underskattat rättstillämpningens rationalitetsproblem. Problemet består i att med hjälp av vaga rättsnormer tillfredställa krav på såväl förutsebarhet som legitimitet.

Rättspositivistens strävan att koppla rättens giltighet till dess härstamning erbjuder endast en asymmetrisk lösning på problemet. Positivistens syn på rättsligt beslutsfattande privilegierar förutsägbarhet framför moralisk riktighet. Förutsägbarhetens primat råder även i positivistens behandling av de oklara fallen. Enligt Habermas framträder här det hermeneutiska problemet tydligt:

''[H]ow can the appropriateness of unavoidably selective decisions be justified?''[216]

Rättsrealistiska teorier framhåller å sin sida lagtolkningens politiska karaktär och anser att tolkningsutrymmet begränsas av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Rättsrealisterna anser att rättstillämpningen skall uppfylla vissa legitimitetskriterier. Ett riktigt avgörande är det som bäst genererar välfärd utifrån en bestämd politisk ideologi inom vilken judiciell *policymaking* medvetet syftar till att tillfredsställa sociala behov.

Trots att rättsrealisterna synes ambivalenta och tvetydiga inför frågan om moraliska värderingar synes deras hållning inbegripa en moralisk standard för utvärdering av domstolars beslutsfattande. Ett riktigt val är för rättsrealisten beroende av i vilken utsträckning det främjar moraliskt önskvärda sociala målsättningar. En övergripande legitimitetsteori för EG-rätten måste inbegripa begränsningar av tolkningsutrymmet som är hänförliga till både rättssystemet och det institutionella systemet. En teori om tolkningsutrymmets begränsningar aktualiserar det svårdefinierade förhållandet mellan politik och juridik och den med detta förhållande nära sammanhängande frågan om rättens objektivitetsanspråk.

För egen del tar jag avstånd från idén om rätten som subjektiv, motsägelsefull och obestämbar. I sin mest extrema form är idén felaktig. Jag utgår från att rättsliga texter i skilda faktiska situationer kan vara mer eller mindre obestämbara och vaga.

Vidare anser jag att den intressantaste aspekten av rättsliga tolkningsteorier är den som angriper frågan om att utmönstra bestämbarhet och obestämbarhet eller urskilja klara och oklara fall för att påvisa princip- eller regelorienterat handlande vid lösningen av de oklara fallen. I detta avseende är jag av den bestämda uppfattningen att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl de presenterar för sina avgöranden.

Kapitel 3–9, som utgör huvudelen av undersökningen, behandlar den rättsliga grunden för domarens möjlighet att välja mellan olika rättsliga alternativ. Jag utgår i denna del från att man inte i förväg kan bestämma domarens tolkningsutrymme. Tolkningsutrymmet är i stället beroende av det aktuella rättssystemet. Min tes är att begränsningarna av EG-domstolens tolkningsutrymme i första hand kan härledas ur förhållandet mellan normstruktur och kompetensfördelning inom EG-rätten.

[216] Habermas 1996 s 202.

Kapitel 3
Normstruktur och tolkningsutrymme

3.1 Inledning

Det övergripande syftet med undersökningen är att analysera relationen mellan normstruktur, kompetensfördelning och EG-domstolens tolkningsutrymme. Central för undersökningen blir därför den EG-rättsliga normstrukturen och dess förhållande till nationella normstrukturer. Min avsikt är att beskriva EG-rättens struktur och relatera den till kompetensfördelningsproblem och EG-rättens teoretiska grund. Undersökningens huvudsyfte är att frilägga de faktorer i normsystemet (EG-rätten) som verkar begränsande på EG-domstolens tolkningsutrymme. Utgångspunkten för undersökningen är att EG-rättens struktur och förhållande till nationella normstrukturer är nära sammanlänkad med systemets teoretiska grund. Jag menar att normstrukturen och EG-normernas förhållande till nationella normer och synen på EG-rättens teoretiska grund tillsammans sätter gränser för EG-domstolens lagtolkning. Med normsystemets teoretiska grund avser jag uppfattningar beträffande EG-rättens legitimitets- och giltighetsgrund och autonomi i förhållande till andra normsystem. Detta kapitel behandlar EG-rättens rättskällor och deras inbördes hierarki. Särskilt intresse ägnas *rättsprincipernas*[1] funktion inom EG-rätten. Inom EG-rätten förekommer en mängd olika typer av rättsprinciper. Vissa är oskrivna och resultatet av kreativ lagtolkning, andra härleds direkt från grupper av skrivna normer.

[1] Med rättsprincip avses en skriven eller oskriven rättsnorm som på grund av sin högre grad av generalitet i någon mån kan skiljas från rättsregler. Även rättsprinciper kan indelas i generaliseringsnivåer. Ett rimligt antagande synes vara att hävda att ju mer generell en princip är desto lättare kan den skiljas från rättsregler som tydligt formulerats i texter. Principer på en lägre generaliseringsnivå kan emellertid lätt sammanblandas med allmänt formulerade rättsregler. Jag utgår ifrån att rättsprinciper förs in i ett rättsystem och konkretiseras genom rättsligt beslutsfattande i domstolar och andra myndigheter. Det enda kriteriet på en princips rättsliga relevans vid analys av det rättsliga stoffet är dess normativa effekt på konkreta rättsförhållanden.

Vidare kan klassificeringen utgå från rättsprincipernas härstamning. Man kan här skilja på gemensamma principer som har sitt ursprung i EG-rätten å ena sidan och principer som kan härledas ur ett gemensamt europeiskt rättsarv och från de nationella rättsordningarna å andra sidan. Syftet med kapitlet är, förutom att ge en grundläggande introduktion till EG-rätten, att visa att EG-rätten (i likhet med alla moderna rättsystem) inte kan fungera endast genom skrivna rättsnormer. Med Schermers:

> ''No legal order can be composed solely of written rules. In all legal orders such rules are filled out by general principles of law accepted by the competent judiciary. On account of its lack of maturity and, as yet, great detail the Community legal order has need of even greater recourse to general principles for its completion than is the case with most national legal orders.''[2]

Rättsprincipernas roll i EG-domstolens rättstillämpning har byggt in ett viktigt dynamiskt karaktärsdrag i EG-rätten. En utvärdering av rättsprincipernas betydelse i rättstillämpningen blir därmed central för en undersökning som syftar till att analysera gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme.

Avslutningsvis analyseras förhållandet mellan EG-rättens normsstruktur och karaktär och EG-domstolens tolkningsmetoder.

Kapitlet syftar inte till att ge en uttömande redogörelse för EG-rättens normstruktur och rättskällor. Avsikten är att fokusera på de karaktärsdrag som är typiska för EG-rätten och spelar en framträdande roll i EG-domstolens lagtolkning.

3.2 EG-rättens grundläggande karaktärsdrag

EG-domstolens roll som integrationsfrämjare är central i varje beskrivning av EG-rätten. I analyser av domstolens roll har det även ansetts viktigt att framhålla domstolens politiska betydelse för gemenskapens utveckling.[3]

I de flesta betraktares ögon har domstolen intagit och intar alltjämt en central roll i den europeiska integrationsprocess som utvecklats från gemenskap till union genom skapandet av rättsliga principer som EG-rättens direkta effekt och företräde framför nationell rätt.[4] Det bakomliggande

[2] Schermers, Judicial Protection in the European Communities 1983, § 33.

[3] Ole Due, EF-domstolens retspraksis som integrationsfremmende faktor, JT 1991-92 s 416.

[4] De två ledande fallen från början på 1960-talet är mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 och mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585.

motivet har varit att försäkra att EG-rätten tolkas och tillämpas enhetligt i medlemsstaterna.[5] Domstolens anspråksfulla doktrin om EG-rättens absoluta företräde[6] framför nationell rätt på alla konstitutionella nivåer är resultatet av denna strävan.

Det är vidare viktigt att framhålla att doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell rätt har kommit att vidareutvecklas av EG-domstolen till att inte endast avse förhållandet mellan rättsordningarna i stort. Domstolen har sett det som sin uppgift att formulera och utveckla en doktrin som definierar under vilka förhållanden nationell rätt skall åsidosättas vid konflikter med EG-rätt. Resultatet har blivit ett EG-rättsligt ''pre-emptionbegrepp'', eller *spärrverkan* som jag väljer att benämna kompetensfördelningsdoktrinen.[7] Spärrverkan används som beteckning för hur en rättsregel, eller ett system av rättsregler, förhindrar tillämpning, eller beslutande, av regler på en lägre statsrättslig dignitetsnivå.[8]

Den EG-rättsliga normstrukturen innehåller en mängd olika typer av rättsnormer. Vissa innehåller precisa formuleringar och och återfinns i fördragsartiklar, i tusentals regler beslutande av rådet och kommissionen och i domskälen till EG-domstolens domar. De sträcker sig från allmänna regler som upprättar och kontrollerar funktionen av EUs organ, till regler som genomför gemenskapens fyra friheter och centrala politikområden. Men genom att koncentrera oss på EG-rättens mer eller mindre klart formulerade regler förklarar vi endast en liten del av det EG-rättsliga systemet.

Vad som i stor utsträckning existerar som normativa satser och styrande i det EG-rättsliga systemet är inte alltid klart formulerade förpliktande rättsregler. En beskrivning och förklaring av rättssystemet måste innehålla en värdering och utveckling av rättsprincipernas normativa betydelse för såväl rättssystemets egen utveckling som dess effektivitet i, och förhållande till, de nationella rättsordningarna och folkrätten. En värdering och utveckling av rättsprincipernas betydelse är helt enkelt oundgänglig för att förstå EG-rättens dynamiska karaktär.

[5] Se mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585.

[6] Se mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.

[7] Se vidare kapitel 8 nedan.

[8] Att tillmäta nationell rätt och EG-rätt, i reglernas relation till varandra, olika statsrättslig dignitet är inte helt problemfritt. Enligt EG-domstolen har EG-rätten företräde (högre statsrättslig dignitet) än samtliga nationella regler. Detta beror på att EG-rätten är av en "egen natur", som är härledd inifrån systemet. Det nationella konstitutionella perspektivet antyder emellertid att EG-rätten inte kan ha företräde framför alla nationella konstitutionella regler (se bl a De Witte, Community Law and National Constitutional Values, LIEI 1991, s 4 f).

Rättsprinciperna intar en viktig roll i EG-domstolens konstitutionella rättstillämpning och ställer centrala teoretiska och praktiska frågor med relevans för synen på hela rättssystemet.[9]

För såväl rättsvetenskapsmannen som praktikern reser EG-rättens särdrag metodologiska och teoretiska problem. Problemen gör sig exempelvis gällande vid försök att prognostisera utfallet av tvister och vid försök att utforma tolkningsteorier för EG-rätten. Försvårande karaktäristika kan vara:

- att EG-domstolens tolkning ofta är ändamålsbaserad och pragmatisk samt lämpar sig illa för teoretisering,
- att EG från början skapades av ett antal suveräna stater med olika rättstraditioner,
- att medlemsstaterna aldrig haft en gemensam uppfattning om hur långt integrationen skall fortskrida.[10]
- att gemenskapen har haft olika medlemssammansättning över tiden,
- avsaknaden av förarbeten som hjälpmedel vid tolkningen av normerna,
- att fördragen inte är konsistenta utan uttrycker motstridiga målsättningar.[11]

EG-rätten innehåller vidare inga effektiva medel för att effektuera rättsligt tvång gentemot medlemsstaterna.[12] Detta har i huvudsak överlåtits till domstolar och myndigheter på nationell nivå.[13]

[9] Walter van Gerven, The Genesis of EEA Law, Fordham I L J 1992-93, s 972 f, framhåller: "Stripping Community Law of its general principles amounts to taking its heart."

[10] Rasmussen, Between Self-restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court, EL Rev 1988 s 34.

[11] Ibid s 34. En problematisk målkonflikt som uttrycks i EU-fördragets inledande artiklar är ökad demokrati på såväl statlig som överstatlig nivå. Detta är som att både ha och äta kakan. Låt oss säga att man öppnar nya möjligheter för majoritetsbeslut i ministerrådet. Ökar då inte risken att den delegerade suveräniteten kommer att utövas stick i stäv med en nationell majoritets vilja? Ökad demokrati på EU-nivån leder till minskad nationell demokrati. Det torde vara överstatlighetens grundvillkor. Se även avsnitt 3.5.1 nedan.

[12] Detta kan sägas med reservation för den framtida tillämpningen av artikel 171 EG, som stadgar om en närmast folkrättslig bötessanktion mot en medlemsstat som begår brott mot EG-rätten. Man måste även tillstå att konkurrensrätten innehåller vissa tvångsmedel som i huvudsak kan effektueras gentemot företag. Brott mot art 85 och 86 EG och förordning 17/62 kan leda till sanktioner som auktoriseras av art 87 (2) i form av beslut av kommissionen och domar av förstainstansrätten och EG-domstolen.

[13] Se framförallt det för EG-rätten centrala systemet med förhandsavgöranden i artikel 177.

3.2.1 EG-rättens målrelaterade karaktär

Ett för EG-rätten centralt karaktärsdrag är EG-fördragets målrelaterade karaktär. Fördraget formulerar de mål som skall uppnås genom lagstiftning, administration och rättstillämpning. Preamblarna och de grundläggande fördragen slår fast allmänna politiska, ekonomiska och sociala mål.[14] Många bestämmelser tar därmed sikte på vad som skall uppnås och inte vad som för stunden gäller.

Alla sekundära rättsakter måste för att anses som giltiga innehålla en preambel som motiverar dess existens och de målsättningar som de avser uppfylla.[15] Att dessa målrelaterade bestämmelser utgör en integrerad del av EG-rätten understryks av att EG-domstolen ofta åberopar dem vid den *teleologiskt* orienterade tolkningen av fördragen.[16] Detta karaktärsdrag är framträdande för lagtolkning och rättsprincipernas relevans. Med Louis:

> ''Faced with interpreting a framework Treaty which necessarily leaves to the institutions considerable powers to enact rules implementing it, the Court has isolated from the technical rules contained in the Treaty the fundamental principles which provide the foundation for building the Community. These principles of the Community's economic constitution..serve as the theme or *leitmotiv* of an extensive case-law concerned both with the achievement of the free movement of goods and persons and with implementing common policies, principles of equality, freedom, solidarity, unity, and principles of interpretation such as effet utile or effectiveness.[17]

3.2.2 Mänskliga rättigheter som politiskt ledmotiv

EG-fördraget innehåller inte någon särskild hänvisning till grundläggande rättigheter, förutom omnämnandet av ''skyddet för fred och frihet'' i sista övervägandet i ingressen. EG-domstolen har emellertid upprätthållit skyddet av de grundläggande rättigheterna med hjälp av allmänna principer för gemenskapsrätten, genom att hänvisa till gemensamma konstitutionella traditioner och till internationella avtal, i synnerhet till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna,

[14] Se framförallt artiklarna 1-4.

[15] Se artikel 190 EG.

[16] Se exempelvis mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1, där EG-domstolen åberopade "the Common Market purpose" och preambeln till EG-fördraget vid tolkningen av artikel 12. Se även mål 270/80 Polydor [1982] ECR 329 p 16-18, där domstolen tolkade artiklarna 30 och 36 i ljuset av målbestämmelserna i artikel 2 och 3.

[17] Louis, The Community Legal Order 1980, s 30. Se även Pescatore, Introduction à la Science du Droit 1960, s 120 som menar att rättsprinciperna formar rätten till ett sammanhängande system.

undertecknad i Rom den 4 november 1950 (Europakonventionen).

I den europeiska enhetsakten hänvisas i ingressen till skyddet av de grundläggande rättigheter som erkänns i medlemsstaternas konstitutioner och andra lagar, i Europakonventionen samt i Europeiska sociala stadgan.

I artikel F(2) i fördraget om den Europeiska unionen (EU-fördraget) föreskrivs att

> ''[u]nionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen ... och såsom de följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.''

I artikel J.3.2 i EU-fördraget hänvisas till respekten för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Artikel K.2.1 i samma fördrag innehåller en uttrycklig hänvisning till respekten för konventionen inom ramen för samarbetet i rättsliga och inrikes frågor. I politiska förklaringar från medlemsstater och gemenskapsinstitutioner hänvisas också till skyddet av de grundläggande rättigheterna.[18]

[18] Här kan nämnas Europaparlamentets, rådets och kommissionens gemensamma förklaring av den 5 april 1977 (Fördragssamling 1995, s. 877), Gemensam förklaring mot rasism och främlingsfientlighet lämnad av europaparlamentet, rådet, medlemsstaternas representanter församlade i rådet och kommissionen den 11 juni 1986 (Fördragssamling 1995, s. 889), Resolution om bekämpningen av rasism och främlingsfientlighet lämnad av rådet och stats- och regeringschefer församlade i rådet den 29 maj 1990 (EGT nr C 157, s. 1), Resolution om de mänskliga rättigheterna, demokratin och utvecklingen antagen av rådet och medlemsstaternas representanter församlade i rådet den 28 november 1991 (Bulletin des Communautés européennes nr 11/91, punkt 2.3.1) och de krav angående genomförandet av denna resolution som antogs av rådet och medlemsstaterna den 18 november 1992. Likaså kan påminnas om de förklaringar som lämnats av Europeiska rådet vid olika tillfällen, såsom Forklaringen om den europeiska identiteten av den 14 december 1973 (Bulletin des Communautés européennes nr 12/73, punkt 2501), Förklaringen om demokrati av den 8 april 1978, Förklaringen om gemenskapens internationella roll av den 2 och den 3 december 1988 (Bulletin des Communautés européennes nr 12/88 punkt 1.1.10), Förklaringen om de mänskliga rättigheterna av den 29 juni 1991 (Bulletin des Communautés européennes nr 6/91, bilaga V) och Förklaringen om de mänskliga rättigheterna av den 11 december 1993 vid 45-års jubileet av den Allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna (Bulletin des Communautés européennes nr 12/93, punkt 1.4.12).

3.3 Rättskällorna

3.3.1 Inledning

EG-rätten består i stor utsträckning av skriven rätt.[19] De viktigaste reglerna återfinns i EG-fördraget. EU-fördraget är det sammanhållande fördraget och är uppbyggt av 7 avdelningar av vilka EG-fördraget som är det centrala rättsliga instrumentet finns i avdelning II.[20] Den regel som skulle kunna betraktas som hela EG-rättens *grundnorm* (erkännanderegel) återfinns i EU-fördragets artikel A som lyder:

> ''Genom detta fördrag upprättar de fördragsslutande parterna mellan sig en europeisk union... [U]nionen skall vara grundad på Europeiska gemenskaperna samt den politik och de samarbetsformer som införs genom detta fördrag. Unionen skall ha till uppgift att på ett konsekvent och solidariskt sätt organisera förbindelserna mellan medlemsstaterna och mellan deras folk.''

Med fördragen, *den primära rätten*, som rättslig grund har EUs institutioner genom åren beslutat ett enormt komplex av regler. Detta brukar kallas *den sekundära EG-rätten*. Enligt min mening är kategoriseringarna inte särskilt väl ägnade för en ingående beskrivning av normsystemet. De har emellertid ett pedagogiskt värde eftersom de framhåller att EG-rättens källor är hierarkiskt organiserade.

3.3.2 Primärrätt

EG-rätten består dels av vad man kan kalla *konstitutionella normer* eller primärrätt (droit communautaire originaire). Till denna kategori hör samt-

[19] Distinktionen mellan skriven och oskriven rätt har endast grammatisk betydelse och inte någon distinkt rättslig relevans. Rättsprinciper kan exempelvis både uppträda i skriven lagtext och som oskrivna normer. Grunden för en eventuell distinktion mellan skriven och oskriven rätt får istället sökas i den auktoritet som står bakom rättsnormen. När det gäller fördragsbestämmelser och förordningar och direktiv står lagstiftarens auktoritet bakom rättsnormerna. Vad gäller oskrivna rättsprinciper är auktoriteten av annan karaktär.

[20] Fördraget om Europeiska unionen är i sin helhet uppbyggt enligt följande: Avdelning I: Gemensamma bestämmelser (artiklarna A-F) Avdelning II: Bestämmelser om ändring av Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen i syfte att upprätta Europeiska gemenskapen Avdelning III: Bestämmelser om ändring av Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen Avdelning IV: Bestämmelser om ändring av Fördraget om upprättande av Europeiska atomenergigemenskapen Avdelning V: Bestämmelser om en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik Avdelning VI: Bestämmelser om samarbete i rättsliga och inrikes frågor Avdelning VII: Slutbestämmelser
Till detta kommer 17 protokoll, ett separat avtal, slutakt och ett antal förklaringar.

liga avdelningar i EU-fördraget inklusive protokoll, konventioner och förklaringar, medlemsstaternas tillträdesfördrag, Enhetsakten och Fusionsfördraget. Parallellt med dessa fördrag finner vi fördrag utanför EU-fördraget som Brysselkonventionen, Luganokonventionen, EES-avtalet, Lomékonventionen m fl vilka inte utan svårighet kan inlemmas i kategorierna primärrätt och sekundärrätt.[21]

EU-fördraget befinner sig i toppen av normhierarkin eftersom alla fördrag som sluts av EU/EG och dess medlemsstater måste vara förenliga med EG-rätten (artiklarna 228 och 238 EG). Oförenliga fördrag kan annuleras genom tillämpning av artiklarna 173 och 177 EG.[22] På samma sätt kan den sekundära EG-rätten annuleras vid konflikter med överordnade normer.[23]

3.3.3 Sekundärrätt

En central beståndsdel i den EG-rättsliga normstrukturen är den *sekundära EG-rätten*, dvs. rättsregler beslutade med fördragsbestämmelser som rättsgrund.[24] Reglernas karaktär och effekt föreskrivs i artikel 189 EG.[25] Artikel 189 stadgar (mina egna kursiveringar):

> ''För att fullgöra sina uppgifter skall rådet och kommissionen i enlighet med detta fördrag utfärda förordningar och direktiv, fatta beslut samt avge rekommendationer och yttranden.
>
> En *förordning* skall ha allmän giltighet. Den skall till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.
>
> Ett *direktiv* skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat men överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt.
>
> Ett *beslut* skall till alla delar vara bindande för dem det är riktat till.
>
> *Rekommendationer* och *yttranden* skall inte vara bindande.''

Ytterligare en grupp normer återfinns i akter som inte har ett samlande namn. Dessa akter kan ha intern effekt med avseende på institutionernas

[21] Hartley, The Foundations of European Community Law 1994, s 102 f.

[22] Se mål C-268/94 Portugal v Council äea. En vanlig strategi för att förhindra antagandet av fördrag med tredje land är att, efter att ha blivit nerröstad i rådet, efter ett beslut med kvalificerad majoritet, anlägga en annulationstalan på grund av felaktig rättsgrund. I förevarande mål menade den portugisiska regeringen att rådets beslut att sluta ett fördrag med Indien skall ske med artikel 235 som rättsgrund, enligt vilken enhällighet föreskrivs, i stället för 130U som var fallet.

[23] Se artikel 173 EG.

[24] En kanske lämpligare beteckning kan utläsas ur franskans *droit derivé*. På svenska skulle detta begrepp kunna motsvaras av *den härledda rätten*.

[25] Se även artiklarna 161 Euratom och 14 CECA.

funktion och arbetssätt. Exempel är organisationsakter och andra akter av förarbetskaraktär. Dessa kan uppträda i form av lagförslag, allmänna program för åtgärder, uppförandekoder och allmänna uttalanden. Andra exempel är allmänna policybeslut från Europeiska rådet och den gemensamma (rådet, kommissionen och parlamentet) deklarationen om mänskliga rättigheter.[26]

Värdefull information om vilken typ av rättskällor EG-domstolen lägger till grund för sina avgöranden finner vi i den sk. ERTA-doktrinen[27] om legalitetskontroll av rättsakter beslutade av EUs institutioner. EUs kompetens att sluta internationella avtal härrör enligt målet inte endast från artiklarna 113, 114 och 238 EG utan även från andra bestämmelser.[28] EG-domstolen hållning innebär att i princip alla rättsakter som kan åstadkomma rättsliga effekter, oavsett deras syfte eller beteckning faller under domstolens normprövningskompetens enligt artikel 173 EG.[29]

De fördrag som EU/EG ingår med tredjeland blir vid ratifikationen och offentliggörandet i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT)[30] automatiskt en del av EG-rätten. Detta innebär att de regler som uppfyller kraven för direkt effekt även kan skapa rättigheter för medborgarna i medlemsstaterna utan att ytterligare regler beslutas. Även fördrag som ingås av medlemsstaterna kan utgöra rättskällor för medlemsstaterna. Så är fallet när EU/EG inträder i förpliktelser som medlemsstaterna tidigare åtagit sig inom områden där gemenskapen har kompetens. EG-domstolen har bl a fastslagit att GATT-avtalen på detta sätt blivit en del av EG-rätten.[31]

Det är viktigt att framhålla att den sekundära rätten alltid måste stå i överensstämmelse med primärrätten, dvs de överordnade fördragen. Detta kan ske antingen genom att reglerna ändras av kommissionen och ministerrådet (eventuellt efter en ogiltigförklaring enligt artikel 173) eller genom tolkning av det rättstillämpande organet. I *Klensch* uttalade EG-domstolen:

> ''... when it is necessary to interpret a provision of secondary Community law, preference should as far as possible be given to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty.''[32]

[26] JO 1977 C 103/1.
[27] Mål 22/70 Commission v Council [1971] ECR 263.
[28] Ibid p 15 och 16.
[29] Ibid p 38-41 samt 52.
[30] När svensk översättning saknas hänvisas till franska *Journal officiel* (JO) eller engelska *Official Journal* (OJ).
[31] Mål 267 och 269/81 SPI & SAMI [1983] ECR 801.
[32] Mål 201/85 [1986] ECR 3477 p 21.

Men inte endast fördragen skall ses som uttryck för tolkningsstandarder. Sekundärrätten måste även tolkas i konformitet med EG-rättens allmänna rättsprinciper.[33] I kapitel 4 kommer tolkningsteknikerna att diskuteras utförligare i anslutning till nationella domstolars förpliktelse att tolka nationell rätt i överensstämmelse med EG-rätten.[34]

3.3.4 EG-domstolens rättspraxis

EG-domstolens rättspraxis är en central rättskälla inom EG-rätten. Domstolens avgöranden kan karaktäriseras som individuella rättsnormer. Som prejudikat har domarna ingen formell bindande verkan, utan det är tyngden av de skäl som anförts som har auktoritet. Rättspraxis är ändå av grundläggande betydelse för EG-rätten eftersom det är i EG-domstolens domar några av de viktigaste EG-rättsliga principerna formulerats.

Rättspraxis centrala roll och EG-domstolens tolkningsutrymme aktualiserar en del metodologiska problem.[35]

3.3.4.1 Prejudikatverkan och prejudikatbundenhet

Systemet med förhandsavgöranden enligt artikel 177 EG är kanske det viktigaste rättsmedlet för EG-rätten eftersom dess syfte är att förverkliga enhetlig tolkning och tillämpning av det gemensamma normsystemet.[36]

Någon prejudikatlära rörande EG-domstolens förhandsavgöranden har inte utvecklats. Domstolen är inte formellt bunden av sina tidigare avgöranden. En prejudikatlära byggd på bundenhet vid tidigare avgöranden har ansetts opassande eftersom EG-domstolen från början både var första- och slutinstans.[37]

För att förändra det rättsläge ett avgörande skapar krävs i de flesta mål fördragsändringar, en process som både är tidsödande och besvärlig då den kräver enhällighet och ratificering i enlighet med nationella konstitutionella

[33] Se målen C-90/90 och C-91/90 Neu [1991] ECR I-3617 p 12.
[34] Se särskilt mål 14/83 Von Colson [1984] ECR 1891.
[35] Vad gäller rättspraxis praktiska och teoretiska betydelse för utvecklingen av EG-rätten hänvisas till den fortsatta framställningen.
[36] Artikel 177 EG. Se vidare kapitel 6 och 7 nedan.
[37] McMahon och Murphy, European Community Law in Ireland 1989, s 170.

bestämmelser av alla inblandade parlament.[38] Det har därför ansetts nödvändigt att ge EG-domstolen en möjlighet att ändra inriktning på rättspraxis och avvika från tidigare avgöranden. Detta är kanske särskilt viktigt i mål som har konstitutionella verkningar.[39]

Denna inställning synes ligga i linje med den frihet som nationella domstolar åtnjuter vid användningen av systemet med förhandsavgöranden. Eftersom EG-domstolen inte är bunden av sina tidigare avgöranden står det även nationella domstolar fritt att ställa tolkningsfrågor över regler som tidigare blivit föremål för EG-domstolens tolkning.[40] Detta inträffade i målet Molkerei-Zentrale[41] där en tysk domstol uttryckligen frågade EG-domstolen om man avsåg stå fast vid ett tidigare förhandsavgörande.[42] EG-domstolen övervägde därefter om det tidigare avgörandet var välgrundat och uttalade att skäl saknades för en ny tolkning av den aktuella EG-regeln.[43] Det har även hänt att den nationella domstolen ställt fler tolkningsfrågor i en och samma nationella process.[44]

3.3.4.2 Obiter dicta och Ratio decidendi i EG-domstolens förhandsavgöranden

Avsaknaden av en lära om bindande prejudikat reser frågan om relevansen av att göra åtskillnad mellan *obiter dicta* och *ratio decidendi* i EG-domstolens avgöranden. Vissa menar att det ligger nära till hands att betrakta åtskillnaden som meningslös eftersom den saknar reell betydelse för EG-domstolen själv.[45] Den må vara central inom common law-systemen efter-

[38] Se artikel 247 EG. Angående fördragsändringar för att begränsa effekterna av EG-domstolens avgöranden se protokollet till artikel 199 EG i annexet till EU-fördraget, som tillkom med anledning av avgörandet i mål C-262/88 Barber [1990] ECR I-1889.

[39] Arnull, Owning up to Fallibility, Precedent and the Court of Justice, CML Rev 1993 s 248.

[40] Se bl a mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415, p 14 och 15.

[41] Mål 28/67 [1968] ECR 143.

[42] Se även mål 57/65 Lütticke [1966] ECR 205.

[43] I mål 14/86 Pretore di Saló [1987] ECR 2545 uttalade EG-domstolen att en andra referens "... may be justified when the national court encounters difficulties in understanding or applying the judgement, when it refers a fresh question of law to the Court, or again when it submits new considerations which might lead the Court to give a different answer to a question submitted earlier".

[44] Se bl a mål 104/79 Foglia v Novello [1980] ECR 745, mål 244/80 Foglia v Novello II [1981] ECR 3045, mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415, mål 77/83 CILFIT II [1984] ECR 1257, och mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433.

[45] Arnull 1993 s 249.

som det endast är *ratio* som binder andra domstolar i framtiden.[46]

EG-domstolen har aldrig själv uttalat sig om nödvändigheten av att skilja mellan *obiter dicta* och *ratio decidendi*. I ett tidigt mål berörde generaladvokaten Roemer frågan.[47] Han menade att distinktionen saknade betydelse eftersom bägge delarna av avgörandet uttryckte EG-domstolens vilja.[48]

Roemers yttrande förefaller beskriva EG-domstolens hållning som kan illustreras med hjälp av målet Marshall.[49] Där uttalade EG-domstolen att direktiv inte i sig själva kunde ålägga enskilda parter förpliktelser, dvs generera sk horisontell direkt effekt. Avgörandet kom i ett mål där en enskild part försökte få ett direktiv effektuerat gentemot en offentlig myndighet. Det var därför inte nödvändigt för EG-domstolen att avgöra frågan om direktivens horisontella effekt. Men trots att uttalandet inte hade någon konkret betydelse i det specifika målet har det upphöjts till princip och följts i en mängd efterföljande mål.[50] Ett kanske intressantare exempel kan hämtas från den serie av mål som ålägger nationella domstolar en förpliktelse att tolka nationell rätt i överensstämmelse med EG-direktiv. Förpliktelsen formulerades första gången i målet von Colson.[51] Här efterfrågades ett förhandsavgörande över direktiv 76/207 rörande jämlik behandling av kvinnor och män.[52] I målet von Colson uttalade EG-domstolen att

> ''... in applying the national law and *in particular* the provisions of a national law specifically introduced in order to implement Directive No. 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189 [EEC].'' [53]

Användningen av formuleringen *in particular* i domskälen antyder att de nationella domstolarnas tolkningsförpliktelse omfattar all nationell lagstiftning som omfattas av direktivets tillämpningssfär. I själva förhandsavgörandet, dvs i svaret på de av den nationella domstolen ställda frågorna, formuleras däremot en något mer begränsad förpliktelse.

[46] Se Rupert Cross, Precedent in English Law 1977.
[47] Mål 9/61 Netherlands v High Authority [1962] ECR 213.
[48] Roemer (Ibid) menade att "... the question where ... the decisive grounds of judgement end and any obiter dicta begin seem in any case be of secondary importance. In each case everything that is said in the text of the judgement expresses the will of the Court".
[49] Mål 152/84 [1986] 723.
[50] Se exempelvis mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969 p 9, och mål C-221/88 Busseni [1990] ECR I-495 p 23.
[51] Mål 14/83 [1984] ECR 1891.
[52] JO 1976 L 39/40.
[53] Mål 14/83 [1984] ECR 1891 p 26 (min kurs).

''It is for the national court to interpret and apply the legislation adopted for the implementation of the directive in conformity with the requirements of Community law... ''[54]

Denna sistnämnda formulering antyder att förpliktelsen att tolka nationell rätt i överensstämmelse med EG-rätten endast sträcker sig till den lagstiftning som har antagits för att genomföra det aktuella direktivet. I det senare målet Marleasing kom EG-domstolen att gå längre vad gäller förpliktelsens omfattning.[55] EG-domstolen menade att tolkningsförpliktelsen omfattade all nationell lagstiftning oavsett om den beslutats före eller efter det aktuella direktivet.

Den slutsats man skulle kunna dra av dessa mål är att den vidare tolkningsförpliktelsen från von Colson inte kunde utläsas ur domslutets *ratio* eftersom den aktuella nationella lagstiftningen hade beslutats för att genomföra direktivet. EG-domstolen behövde därför inte uttala sig om andra regler än dessa och undvek därmed även ett principiellt uttalande om nationella domstolars ansvar i mål då genomförandelagstiftning saknas.

I det senare målet Marleasing kom emellertid detta *obiter dictum* från *von Colson* att klart formulera nationella domstolars tolkningsförpliktelser och befästa något som vissa författare benämner ''... the correct statement of the doctrine''.[56]

3.3.4.3 Avsaknaden av prejudikatbundenhet och EG-domstolens tolkningsutrymme

I ett nationellt rättssystem som det svenska är Högsta domstolens främsta uppgift att skapa prejudikat till ledning för rättstillämpningen. Det är tänkt att prejudikaten skall skapa klarhet. De skall inte skapa osäkerhet på ett rättsområde där andra domar uttryckt klara ställningstaganden.[57] Den svenska prejudikatlärans syfte är att skapa rättssäkerhet. Med Heuman:

[54] Ibid.

[55] Mål C-106/89 [1990] ECR I-4135 p 8. Avgörandet har emellertid kritiserats av både rättsvetenskapsmän och domare i själva EG-domstolen. Nämnas kan den kritik som generaladvokaten Slynn lanserat i Marshall-målet (mål 152/84 [1986] ECR 723, s 733). Han anser att det inte kunde ses som tillfredsställande att det var en EG-regel att nationella domstolar hade en plikt att tolka regler som existerade före ett EG-direktiv i överensstämmelse med direktivet, såvida inte den nationella lagstiftningen hade beslutats med direktivet för ögonen.

[56] Arnull 1993 s 251 samt Mead, The Law Society's Gazette 1991 s 19 f och EL Rev 1991 s 490 ff.

[57] Heuman, Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet, i Festskrift till Per Olof Bolding 1992, s 201.

> ''En betydande rättsosäkerhet kan uppkomma om HD ändrar sina tidigare antagna rättsgrundsatser genom nya prejudikat, utan att klargöra hur det nya prejudikatet förhåller sig till det gamla.''[58]

När det gäller EG-domstolen förhåller det sig delvis annorlunda. EG-domstolen utgår i sin dömande verksamhet från sina tidigare avgöranden, men har möjlighet att frångå dessa. Vidare kan EG-domstolens avgöranden inte överklagas. EG-domstolen hänvisar ofta till sina tidigare avgöranden i en strävan att skapa en sammanhängande rättsordning.

Det finns några få exempel på att EG-domstolen uttryckligen ändrat sin praxis.[59] På området för fria varurörelser begränsades exempelvis den tidigare lanserade definitionen av *åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa importrestriktioner*.[60]

I Keck-målet uttalade EG-domstolen att nationell lagstiftning som förbjuder återförsäljning till underpris inte har till avsikt reglera handeln mellan medlemsstaterna.[61] EG-domstolen ansåg att lagstiftningen sätter restriktioner för försäljningsvolymen och därmed även för försäljningen av utländska produkter, i så motto att den berövar handlare möjligheten till en metod för marknadsföring. Men frågan kvarstår om denna möjlighet är nödvändig för att kunna karaktärisera den ifrågavarande lagstiftningen som en åtgärd av motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion.[62] Därefter uttalar EG-domstolen:

> ''In view of the increasing tendency of traders to invoke Article 30 of the Treaty as a means of challenging any rules whose effect is to limit their commercial freedom even where such rules are not aimed at products from other Member States, the Court considers it necessary to re-examine and clarify its case-law on this matter.''[63]

EG-domstolen fortsätter:

> ''In 'Cassis de Dijon'... it was held that, in the abscence of harmonization of legislation, measures of equivalent effect prohibited by Article 30 include obstacles to the free movement of goods where they are the consequence of applying rules that lay down requirements to be met by such goods (such as requirements

[58] Ibid s 203 (avsnittet kurs hos förf).
[59] I mål C-10/91 Kaffee Hag II [1990] ECR 3711 ändrade EG-domstolen en hårt kritiserad immaterialrättslig princip (common-origin-principen som lagts fast i mål 192/73 Kaffee Hag I [1974] ECR 731.
[60] Jmfr mål 8/74 Dassonville [1974] ECR 837 med mål C-267 och 268/91 [1993] I-6097.
[61] Mål C-267/91 och C-268/91 Keck [1993] ECR I-6097 p 12.
[62] Ibid p 13.
[63] Ibid p 14.

as to designation, form size, weight, composition, presentation, labelling, packaging) to goods from other Member States where they are lawfully manufactured and marketed, even if those rules apply without distinction to all products unless their application can be justified by a public-interest taking precedence over the free movement of goods.''[64]

''However, contrary to what has previously been decided, the application to products from other Member States of national provisions restricting or prohibiting certain selling arrangements is not such as to hinder directly or indirectly, actually or potentially, trade between Member States within the meaning of the Dassonville judgment... provided that those provisions apply to all affected traders operating within the national territory and provided that they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States.''[65]

Denna typ av förändringar av rättsläget kan skapa metodologiska problem vid rättsvetenskapliga studier. Inom rättsområden som genomgår förändringar måste forskaren vara uppmärksam på vilka konsekvenser undersökningens tidsram får för resultaten.[66]

Systemet med förhandsavgöranden och avsaknaden av prejudikatbundenhet utgör viktiga och grundläggande förutsättningar för EG-domstolens utnyttjande av tolkningsutrymme. Enligt artikel 177 är EG-domstolen formellt sett förhindrad att tillämpa EG-rätten. EG-domstolen är därför beroende av att förhandsavgörandena accepteras av de nationella domstolarna.[67]

De konstitutionella och processuella förutsättningarna och den normstruktur som omgärdar EG-domstolens verksamhet skiljer sig därmed i betydande avseenden från den miljö i vilken Högsta domstolen verkar. Dessa omständigheter måste beaktas vid varje jämförelse mellan EG-domstolen och andra dömande organ.

[64] Ibid p 15.

[65] Ibid p 16.

[66] Wahl (JT 1995-96 s 893, fotnoter utelämnade) poängterar detta i sin recension av Quitzows avhandling *Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen 1995*:"Värdet av det sålunda lanserade kriteriet begränsas dock av det stoppdatum som Quitzow har satt upp, den 31 december 1993, dvs. nästan två år före disputationen. Precis som anmärks... präglas nämligen rättsområdet av en intensiv utveckling, varför det naturligtvis hade varit intressant att få sig till livs något av den senare utveckling efter EG-domstolens avgörande i *Keck*. Enligt min uppfattning utgör Quitzows stoppdatum (31 december 1993) närmast startdatum för den mest intressanta rättsutvecklingen inom området på länge eftersom *Keck* avgjordes i november 1993."

[67] Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar analyseras ingående nedan i kapitel 6 och 7.

3.3.4.4 Non liquet

En omständighet att ta hänsyn till vid analyser av EG-domstolens praxis är omöjligheten av *non liquet*. EG-domstolen måste ge ett förhandsavgörande om sakprövningsförutsättningarna är uppfyllda. Systemet med förhandsavgöranden erbjuder emellertid EG-domstolen en del möjligheter som i regel inte existerar i nationella domstolar. EG-domstolen har exempelvis vägrat att svara på frågor av olika skäl. I sitt beslut att inte pröva en begäran om förhandsavgörande från en italiensk domstol konstaterade EG-domstolen att den nationella instansens beslut om hänskjutande

> ''... inte innehåller några preciserade frågor till domstolen, inte gör det möjligt att med säkerhet fastställa de frågor beträffande vilka den nationella domstolen vill att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande och inte innehåller tillräckliga uppgifter för att uppfylla de tidigare påpekade kraven. Beslutet om hänskjutande möjliggör således inte för domstolen att ge en användbar tolkning av gemenskapsrätten.''[68]

EG-domstolen besvarar vidare endast frågor som härrör ur en reell nationell rättstvist. Det är således inte möjligt att erhålla ett förhandsavgörande om parternas enda mål med processen är att uppnå ett underkännande av nationella regler. Detta slog EG-domstolen fast i målen Foglia versus Novello I och II.[69]

Den flexibilitet som artikel 177 ger EG-domstolen existerar i regel inte för nationella domstolar.[70]

[68] EG-domstolens beslut i mål C-307/95 Max Mara Fashion Group p 9.

[69] Mål 104/79 Foglia v Novello I [1980] ECR 745, mål 244/80 Foglia versus Novello II [1981] ECR 3045. För kommentarer av målet se Bebr, CML Rev 1980 s 525 ff, och Barav, EL Rev 1980 s 443 ff.

[70] Problemet kan exemplifieras med hjälp av ett fall från den svenska Högsta domstolen (HD). HD hamnade i ett mål (Högsta domstolens dom av den 28 december 1995 i mål T 284/94) inför ett val mellan två värderingsprinciper (bokförda värdet och marknadsvärdet) för vinstutdelning som inte kan avgöras med ledning av lagtexten. HD uttalade att (s 14): "Vid en jämförelse mellan de två alternativa bedömningar som är i fråga framstår knappast någon av dem som den klart bäst förenliga med lagstiftningens ändamål." Lösningen formulerades därefter enligt följande: "Visserligen ligger det i sakens natur att en tolkning av gällande rätt kan innebära överraskningar med retroaktiv verkan. Emellertid synes konsekvensen för enskilda fysiska eller juridiska personer av att rättstillämpningen nu visar att det är marknadsvärdet som skall användas vid bedömningen av sakutdelning enligt 12 kap 2 § första stycket aktiebolagslagen vara att betrakta som allvarligare än de negativa konsekvenser för borgenärskollektiven av att det bokförda värdet godtas... På grund av det anförda kan det inte anses stå i strid med regeln i 12 kap 2 § första stycket aktiebolagslagen att till grund för bedömningen av storleken av en sakutdelning lägga det bokförda värdet av tillgångarna i fråga och inte ett högre värde, såsom t ex deras bedömda marknadsvärde." HD hade ingen möjlighet att avgöra målet på annat sätt än att välja en av de två lösningarna. HD var i målet således tvungen att vara *rättsskapande*.

3.3.5 Övriga källor

Ytterligare en grupp EG-rättsliga normer återfinns i akter som inte har ett samlande namn. Dessa rättsakter kan ha intern effekt med avseende på de gemensamma institutionernas funktion och arbetssätt. Ett annat exempel på rättsakter utan samlande beteckning är organisationsakter och andra akter av förarbetskaraktär. Dessa kan uppträda i form av lagförslag, allmänna program för åtgärder, uppförandekoder och allmänna uttalanden.

I artikel 189 nämns inte heller interna förvaltningsföreskrifter som exempelvis EG-domstolens processregler och de budgetförordningar som rådet utfärdar med artikel 209 EG som grund. Vad gäller processreglerna kan nämnas att de givits effekter i förhållande till nationella domstolar och parterna i den nationella processen eftersom de åberopats som delgrund för avvisning av en begäran av ett förhandsavgörande.[71]

Andra exempel på källor som inte direkt omtalas i fördraget är allmänna policybeslut från Europeiska rådet och den gemensamma (rådet, kommissionen och parlamentet) deklarationen om mänskliga rättigheter.[72] Rådet använder sig ibland av *resolutioner*. De ger ofta uttryck för medlemsstaternas politiska viljeinriktning. Formellt sett har de inga direkta rättsverkningar. EG-domstolen har emellertid i några fall givit dem vissa begränsade verkningar. Rådet använder också beteckningen *slutsatser* (conclusions) för vissa beslut. Innehållet i dessa är ofta starkt politiskt präglat. EG-domstolen har gjort en distinktion mellan de olika politiska dokumentens rättsverkningar. Vissa synes kunna fungera som tolkningsdata medan andra kan ha mer distinkta rättsliga effekter.[73]

Eftersom det inte alltid är möjligt att utröna vilken rättsgrund eller inspirationskälla som legat till grund för ett visst avgörande finns det skäl att bredda beskrivningen och nämna några mer diffusa källor som rättsvetenskaplig doktrin, de svar av representanter för institutionerna som lämnas efter frågor från Parlamentet, policyuttalanden från institutionerna, gemensamma deklarationer, yttranden, utlåtanden, förslag och resolutioner särskilt från kommissionen och parlamentet.

En av rättsvetenskapen förbisedd rättskälla är de komparativa undersökningar som utarbetas av EG-domstolens forsknings- och dokumentations-

[71] Se exempelvis EG-domstolens beslut i mål C-307/95 Max Mara Fashion äep p 7.
[72] EGT 1977 C 103/1.
[73] Se mål 141/78 France v UK [1979] ECR 2923; Opinion 2/91 [1993] ECR I-1061 och mål C-181/91 och C-248/91 Parliament v Council [1993] ECR I-3685.

avdelning. Undersökningarna innehåller redogörelser för nationella rättsliga regleringar i medlemsstaterna i direkt anslutning till en rättsfråga som aktualiserats i ett mål anhängiggjort vid antingen förstainstansrätten eller EG-domstolen. Utredningarnas användning och relevans för domarnas bedömning av rättsfrågorna varierar. Som exempel på mål där en utredning har spelat en viss roll är generaladvokat Tesauros förslag till avgörande i Nederländerna mot rådet.[74]

3.4 Allmänna rättsprinciper

EG-rätten innehåller en mängd olika typer av rättsnormer. De kan förekomma i såväl fördragsartiklar som i de tusentals regler beslutade av rådet och kommissionen. Normspektrat spänner mellan allmänna regler som upprättar och kontrollerar funktionen av EUs organ och regler som syftar till att genomföra gemenskapens fyra friheter och centrala politikområden. Men genom att begränsa studien till EG-rättens mer eller mindre klart formulerade regler riskerar vi att begränsa analysen till en mindre del av det EG-rättsliga systemet. Med Cappelletti:

> ''Studying Community law merely on the basis of Treaty provisions, regulations, and directives and European Court decisions is like believing the iceberg to be limited to its tip (and, of course, the same can be said for the study of any legal system).''[75]

De viktigaste rättsnormerna i EG-rätten uppträder inte alltid i form av klart formulerade och förpliktande rättsregler. En beskrivning och förklaring av rättsystemet måste även innehålla en värdering och utveckling av rättsprincipernas normativa betydelse för rättsystemets utveckling och effektivitet i de nationella och internationella rättsordningarna. En värde-

[74] Se generaladvokat Tesauros förslag till avgörande i mål C-58/94 Netherlands v Counál äep p 15: "Det är i detta sammanhang som flertalet medlemsstater, vilket framgår av den sammanställning som gjorts av domstolens dokumentationstjänst, har antagit författningar, somliga av konstitutionell valör, som tillerkänner den enskilde en allmän rätt till tillgång till handlingar hos förvaltningsmyndigheter. En sådan reglering syftar först och främst till att ge den som är part i ett förvaltningsärende möjlighet att på ett adekvat sätt framföra den egna ståndpunkten, varvid den utgör en del av rätten till försvar. I andra hand syftar tillgången till de offentliga myndigheternas handlingar till att öka medborgarnas deltagande i den förvaltningsrättsliga beslutsprocessen och föreskrivs sålunda oberoende av om den berörde kan visa att han har ett särskilt och rättsligt skyddat intresse i frågan. Med andra ord gäller inte längre att allt är hemligt utom det som uttryckligen förklarats vara tillgängligt, utan det är just det motsatta förhållandet som gäller."

[75] Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective 1989, s 388.

ring och utveckling av rättsprincipernas betydelse är central för förståelsen av EG-rättens dynamiska karaktär. Med Dowrick:

> ''To leave them out of an analysis of EC law into its elements would be like leaving oxygen out of an analysis of air.''[76]

Louis understryker rättsprincipernas roll i EG-rättens målrelaterade och ofullständiga normstruktur:

> ''The role of these principles arises from the necessarily incomplete character of the Community legal order as determined by the objectives and substantive rules of the Treaties and by the common traditions of the Member States.''[77]

Min avsikt i detta avsnitt är att ge en inledande karaktäristik av rättsprinciperna. Diskussionen om rättsprincipernas betydelse för EG-rättens dynamiska karaktär kommer att ytterligare fördjupas i de följande kapitlen.[78]

3.4.1 Rättsprinciper och tolkningsutrymme

I EG-domstolens avgöranden finner vi exempel på en lagtolkningsteknik som inte sällan leder till resultat som ligger utanför vad det *positiva* uttrycket av fördragsartiklar och lagstiftning ger vid handen. I målet Brasserie du Pêcheur erkände EG-domstolen helt öppet användningen av mer eller mindre tydliga rättsprinciper vid tolkningen av EG-rätten i anslutning till omfattningen av medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten:

> ''Det tillkommer domstolen – då det i fördraget inte finns bestämmelser som på ett uttryckligt och klart sätt reglerar följderna av att medlemsstater överträder gemenskapsrätten – att, vid fullgörandet av sin uppgift enligt artikel 164 i fördraget att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget, avgöra en sådan fråga enligt allmänt erkända tolkningsmetoder, särskilt genom att tillämpa de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning och, i förekommande fall, de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.''[79]

Genom att ange den yttre ramen för tolkningsutrymmet som ''allmänt erkända tolkningsmetoder och gemenskapens grundläggande rättsprinciper'' ger EG-domstolen sig själv vida ramar för rättsskapande.

[76] Dowrick, A Model of the European Communities' Legal System, YEL 1984 s 219.
[77] Louis 1980 s 68.
[78] Se särskilt kapitlen 4,5,8 och 9 nedan.
[79] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 27.

3.4.2 Tentativ typologi

Inom EG-rätten förekommer en mängd olika typer av rättsprinciper. Vissa är oskrivna och resultatet av kreativ lagtolkning, andra härleds direkt från grupper av skrivna normer.

Klassificeringen kan även utgå från rättsprincipernas härstamning och skilja på gemensamma principer som har sitt ursprung i EG-rätten å ena sidan och principer som kan härledas ur ett gemensamt europeiskt rättsarv och från de nationella rättsordningarna å andra sidan.

3.4.2.1 EG-rättsliga principer som resultat av dynamisk lagtolkning

Formulerandet av rättsprinciper är ofta ett resultat av dynamisk lagtolkning och kan användas för att isolera olika viktiga karaktäristika i ett rättsystem:

- EG-rätten som en ny autonom rättsordning,[80]
- EG-rättens företräde framför nationella regler,[81] - EG-rättens företräde framför nationella konstitutionella bestämmelser,[82] - fördragsartiklars direkta effekt,[83] - direkt effekt av direktiv,[84] - erkännande av att bestämmelser i fördrag där gemenskapen är part kan ha direkt effekt,[85] - erkännande av att gemenskapen har traktatkompetens inom ramen för EG-fördragets målangivelser[86] samt – medlemsstaternas skadeståndsskyldighet för brott mot EG-rätten.[87]

3.4.2.2 Generaliseringar härledda ur fördragsbestämmelser och sekundär lagstiftning

Rättsprinciper kan vidare användas för att uttrycka generaliseringar härledda från regler i ett rättssystem. Exempel på en härledning av princip ur artikel 30 EG är rättsprincipen att varje produkt som lagligen producerats

[80] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.
[81] Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585 och mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.
[82] Mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125 och mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.
[83] Mål 26/62 Van Gend [1963] ECR 1, mål 2/74 Reyners [1974] ECR 631 och mål 43/75 Defrenne [1976] ECR 455.
[84] Mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337 och mål 148/78 Ratti [1974] ECR 1629.
[85] Mål 21-24/72 International Fruit III [1972] ECR 1219 och mål 104/81 Kupferberg [1982] ECR 3641.
[86] Mål 22/70 ERTA [1971] ECR 263 och Opinion 1/76 Inland Waterways [1977] ECR 741.
[87] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep.

och marknadsförts i en stat tillåts fritt cirkulera med undantag för vissa allmänna intressen, konsument- och hälsohänsyn.[88]

Många fördragsbestämmelser och rättsakter beslutade av institutionerna förbjuder olika former av diskriminering. Artikel 6 EG förbjuder diskriminering av nationalitetsskäl och formulerar en allmän princip som är tillämplig inom samtliga av fördragets tillämpningsområden. Artikel 40 (3) förbjuder diskriminering inom jordbruket och artikel 119 innehåller principen om lika lön för lika arbete för kvinnor och män. EG-domstolen har därutöver formulerat en allmän rättsprincip om likabehandling som skall tillämpas inom hela EG-rätten.[89]

3.4.2.3 Grundläggande rättigheter

Termen rättsprincip kan användas för att beteckna de regler i ett rättssystem som har fundamental karaktär. Exempel på denna kategori av principer är införlivandet av fundamentala principer om mänskliga rättigheter i EG-rätten.[90] EU-fördragets artikel F(2) föreskriver:

> ''Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna... och såsom de följer av medlemsstaternas konstitutionella traditioner.''

Enligt EG-domstolens rättspraxis utgör de grundläggande rättigheterna en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vilkas iakttagande domstolen skall säkerställa. EG-domstolen hämtar i dessa fall inspiration från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de internationella dokument som rör skyddet av de mänskliga rättigheterna och som medlemsstaterna har medverkat eller anslutit sig till. Domstolen har i detta sammanhang angivit att Europakonventionen är av särskild betydelse.[91]

[88] Mål 120/78 Cassis de Dijon [1979] ECR 649 och mål 113/80 Commission v Ireland [1981] ECR 1625.

[89] Se mål 1/72 Frilli [1972] ECR 457; och målen 103 och 147/77 Royal Scholten-Honig [1978] ECR 2037.

[90] Mål 26/69 Stauder [1969] ECR 419, mål 4/73 Nold [1974] ECR 491 och mål 36/75 Rutili [1975] ECR 1219.

[91] Se mål C-260/89 ERT [1991] ECR I-2925 p 41.

3.4.2.4 Principer från nationell rätt

Rättsprinciper kan härledas genom en komparation mellan olika rättsordningar. Ett exempel är artikel 215 (2) EG som föreskriver villkoren för institutionernas utomobligatoriska skadestånd och talar om tillämpning av

> ''... the general principles of law common to the laws of the Member States..''

Denna regel kan tolkas så att fördragen har lämnat lakuner inom vilka nationella rättsprinciper kan användas som utfyllnad. Regeln aktualiserades i *Brasserie du pêcheur* och var grundläggande för domstolens justifiering av medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten:

> ''Det är för övrigt till de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar som artikel 215 andra stycket i fördraget hänvisar i fråga om gemenskapens utomobligatoriska ansvar för skada som har vållats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning... .Principen om gemenskapens utomobligatoriska ansvar, vilken på detta sätt uttryckligen fastställs i artikel 215 i fördraget, är endast ett uttryck för den allmänna princip som är känd i medlemsstaternas rättsordningar, enligt vilken en rättsstridig handling eller underlåtenhet medför en skyldighet att ersätta den skada som har vållats. I denna bestämmelse framträder även myndigheternas skyldighet att ersätta skada som har vållats under tjänsteutövning.''[92]

3.4.2.5 Principer med naturrättslig härstamning

Rättsprinciper kan referera till naturrättsliga regler som ofta sedan länge är välkända och tillämpats i Common law-system. När denna typ av rättsprinciper förekommer i EG-rätten relateras de ofta till den positiva rätten. Ett exempel är referensen till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna som finns i EU-fördragets artikel F. I sammanhanget kan även nämnas de naturrättsliga principer som utvecklats inom det engelska rättssystemet (processuell rättvisa etc.) som införlivats i EG-rätten av EG-domstolen.[93]

Denna typ av rättsprinciper kan ses som ett intressant exempel på hur

[92] Målen C-46/93 och 48/93 Brasserie du pêcheur äep p 28-29.
[93] Se mål 17/74 Transocean [1974] ECR 1063 p 15 (audi alteram partem).

skilda rättstraditioner fungerar som källor för EG-rätten.[94] Schermers karaktäriserar denna typ av principer enligt följande:

> ''*Compelling legal principles*, stemming from the common legal heritage of Western Europe, and setting out binding legal rules. These are a form of natural law which should be obeyed irrespective of whether they form part of the written legal order or not. The question of which rules belong to this category depends on the society concerned. Each society subjectively decides what legal principles it considers to be compelling and each society changes this notion slowly but continuously. A definition of these principles is therefore hard to give. Usually incorporation of a rule in the national constitution or – in the case of the Communities – in the Treaty indicates the intention to consider that rule of a compelling nature.''[95]

3.4.2.6 Konflikt och samspel mellan rättsprinciper i EG-rätt och nationell rätt

I målet Van Schijndel[96] finner vi ett intressant exempel på konflikt och samspel mellan typiskt EG-rättsliga principer och nationella rättsprinciper. I målet uppkom frågan om förhållandet mellan EG-rättens principer om enskildas rättsskydd och nationella processuella rättsprinciper.

I domen uttalade EG-domstolen att det, i avsaknad av gemenskapsbestämmelser inom ett område, ankommer på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa de processuella regler som gäller för de förfaranden som är avsedda att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har till följd av den direkta effekten av gemenskapsrätten. Dessa processuella regler kan emellertid varken vara mindre förmånliga än de som rör liknande förfaranden av intern art eller göra det praktiskt taget omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter

[94] Om allmänna rättsprinciper inom förvaltningsrätten se bl a Schwarze, European Administrative Law 1992, och Nolte, General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, Modern L Rev 1994 s 191 ff. Nolte (s 191) framhåller: "German adminstrative law has acquired the reputation of being influential in the shaping of the general principles of European administrative law as they are being developed by the European Court of Justice... Such a proposition, however, is difficult to prove or to disprove since it is frequently impossible to trace the origins of rules directly."

[95] Schermers och Waelbroek, Judicial Protection in the European Communities 1992, s 27 (förf kurs).

[96] Målen C-430/93 och C-431/93 äep.

som ges genom gemenskapernas rättsordning.[97]

EG-domstolen erinrar vidare om att den redan har fastställt att en bestämmelse i nationell rätt skall åsidosättas om den utgör ett hinder för användning av förfarandet i artikel 177.[98]

Vid tillämpningen av dessa principer skall enligt EG-domstolen varje fall, då frågan om en nationell regel utgör ett hinder aktualiseras, analyseras med beaktande av regelns ställning i förhållande till hela förfarandet, dess förlopp och särdrag, inför de olika nationella instanserna. Den nationella domstolen skall härvid beakta de principer som ligger till grund för det nationella rättssystemet, såsom skyddet av rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp.[99]

EG-domstolen påpekar att den rättsprincip inom nationell rätt enligt vilken den nationella domstolen i ett civilrättsligt förfarande skall eller kan *ex officio* komplettera grunderna, begränsas av en skyldighet att hålla sig till föremålet för tvisten och att basera sitt beslut på de faktiska omständigheter som har lagts fram inför domstolen. Begränsningen är enligt EG-domstolen motiverad med hänsyn till den princip enligt vilken initiativet till en process tillkommer parterna och enligt vilken domstolen endast kan handla *ex officio* i undantagsfall då det på grund av allmänintresset krävs att domstolen ingriper.[100]

Denna princip är ett uttryck för en uppfattning som delas av flertalet av medlemsstaterna vad gäller förhållandet mellan stat och enskild. Enligt EG-domstolen är denna princip viktig i ett flertal avseenden. Genom principen skyddas bl a. rätten till försvar. Vidare säkerställer principen förfarandets riktiga förlopp genom att undvika att det försenas till följd av bedömningen av nya grunder.[101]

Under dessa omständigheter sluter EG-domstolen sig till att de nationella domstolarna enligt EG-rätten inte åläggs att *ex officio* komplettera med en grund som är hänförlig till det förhållandet att EG-rättsliga bestämmelser har överträtts eftersom prövningen av denna grund tvingar dem att åsidosätta den princip om passivitet som innebär ett förbud att gå utöver tvistens

[97] Se exempelvis mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989 p 5, mål 45/76 Comet [1976] ECR 2043, mål 68/79 Hans Just [1980] ECR 501, mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595, målen 331/85, 376/85 och 378/85 Bianco och Girard [1988] ECR 1099, mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 samt C-312/93 Peterbroeck äep.

[98] Se även mål 166/73 Rheinmühlen [1974] ECR 33.

[99] Målen C-430/93 och C-431/93 Van Schijndel äep p 19..

[100] Ibid p 20.

[101] Ibid p 21.

ramar så som dessa har angivits av parterna och att basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka den part som har intresse av bestämmelserna har grundat sitt yrkande.[102]

De EG-rättsliga principerna om enskildas rättsskydd synes således få vika för de processrättsliga grundprinciper som styr civilrättsliga processer i medlemsstaterna.

I sammanhanget finns skäl att erinra om EG-domstolens uttalande i *Brasserie du pêcheur*. I målet påpekade EG-domstolen att principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EG-rätten utgör en väsentlig del av fördragets system. Av detta följer enligt domstolen att principen gäller för varje fall då en medlemsstat överträder EG-rätten och oavsett vilket organ i medlemsstaten som är orsak till fördragsbrottet. EG-domstolen framhåller vidare att skyldigheten att ersätta skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EG-rätten inte kan vara beroende av nationella regler om kompetensfördelning mellan den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten, med hänsyn till det grundläggande kravet i gemenskapsrätten på att denna måste tillämpas enhetligt.[103]

3.4.2.7 Rättsprinciper som styr utformningen av nationell processrätt

Följande exempel kan ges på rättsprinciper som inverkar på nationella domstolars processuella självständighet när EG-rätten aktualiseras i konkreta rättstvister:

- rätt till effektivt rättsskydd,[104] - rätt till rättegång i opartisk domstol,[105] - rättsmedlet måste vara proportionellt och adekvat,[106] - förbud mot processuella bestämmelser som gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att erhålla ersättning för skada vållad av medlemsstaternas brott.[107]

Utvecklandet av dessa principer i EG-domstolens rättspraxis utgör en del i en strävan att stärka skyddet för enskildas EG-rättigheter.[108]

[102] Ibid p 22.
[103] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 31-33 och målen C-143/88 och C-92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415 p 26.
[104] Mål 224/84 Johnston [1986] ECR 1451.
[105] Mål C-49/88 Al-Jubail Fertilizer [1991] ECR I-3187.
[106] Mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR I-4367.
[107] Mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595 och målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep.
[108] Se vidare avsnitt 9.5-7 nedan.

3.4.3 Regler och principer

Den ovan presenterade typologin är naturligtvis inte uttömmande. Olika typer av generaliseringsnivåer inryms i respektive kategori. Ett rimligt antagande synes vara att hävda att ju mer generell en princip är desto lättare kan den skiljas från rättsregler som tydligt formulerats i texter. Principer på en lägre generaliseringsnivå kan lätt sammanblandas med allmänt formulerade rättsregler. I egenskap av normer av en högre grad av klarhet och precision synes skrivna regler på en lägre generalitetsnivå vara lättare att tillämpa för domstolar än oskrivna rättsprinciper.

Vissa författare frånkänner till och med principerna karaktären av positiva rättsnormer med hänvisning till deras allmänna och abstrakta utformning. De skulle helt enkelt vara för vaga för att tjäna som utgångspunkt för en deduktion.[109]

Generalitetsgraden kan tjäna som ett kriterium för att skilja principer från regler. Vissa principer är emellertid inkorporerade i lagtexter och förekommer ofta sida vid sida med rättsregler. Detta innebär att lokaliseringen av rättsregler eller rättsprinciper inte är ett tillräckligt kriterium för en åtskillnad. Vissa författare menar att rättsprinciper är relativt sett generella normer vilka kan förstås som en rationalisering av regler eller grupper av regler.[110]

Problemet med detta synsätt är att det förutsätter att normerna redan existerar. Rättsprinciperna skulle därmed kunna betraktas som en logisk följd av andra normer. Men hur är det med de rättsprinciper som tidsmässigt anses komma före andra normer och som därmed inte är härledda ur andra normer? Denna typ av rättsprinciper är relativt vanliga inom det EG-rättsliga systemet.[111]

Både regler och principer kan verka styrande i rättstillämpningen. Men enligt Dworkin skiljer i detta sammanhang sig regler från principer. Regler är tillämpliga enligt ''allt-eller-intet-principen'', antingen faller en fråga inom regelns tillämpningsområde eller så gör den det inte. Principer skiljer sig i detta avseende från regler. För att använda Dworkins eget exempel: den rättsliga principen om att ingen skall tjäna på sina egna brott innebär inte att rätten inte tillåter att människor verkligen gör detta. Principer är inte tillämpliga enligt ''allt-eller-intet-principen'' utan anger oftast endast skäl

[109] Pescatore 1960 s 120.
[110] MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory 1978, s 232.
[111] Se exempelvis de principer som anges under avsnitt 3.4.2.1 ovan.

för att argumentera enligt en viss linje. Med Dworkin:

> ''A principle like 'No man may profit from his own wrong' does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. If a man has or is about to receive something, as a direct result of something illegal he did not get it, then that is a reason which the law will take into account in deciding whether he should keep it. There may be other principles or policies arguing in the other direction – a policy of securing title, for example, or a principle limiting punishment to what the legislature has stipulated. If so, our principle may not prevail, but that does not mean that it is not a principle of our legal system, because in the next case, when these contravening considerations are absent or less weighty, the principle may be decisive. All that is meant, when we say that a particular principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another.''[112]

Citatet ger en god konkretisering av rättsprincipernas funktion vid domarens utnyttjande av tolkningsutrymmet.

3.4.3.1 Normbegreppet

Efter denna diskussion om regler och principer finns det skäl att ge en grundläggande terminologisk karaktäristik med avseende på det normbegrepp jag använder. I undersökningen använder jag termen *norm* för att beskriva en rättslig normativ enhet, en normativ sats. Normen tillhör ett system och används som argumentationsgrund i rättsliga situationer av dess adressater, uttolkare eller tillämpare. I undersökningen förekommer emellertid av pedagogiska och framställningstekniska skäl även beteckningarna regel, rättsakt, föreskrift eller lag. Definitionen kan naturligtvis kritiseras som alltför vid och obestämd. Den är emellertid enligt min mening ändå användbar eftersom det är möjligt att utifrån denna gå vidare och förfina terminologin. Normbegreppet kan därmed dekonstrueras och sammanfalla i rättsregler och rättsprinciper.

Rättsreglernas specifika struktur kan sägas vara binär: en del (protasis), som förutser operativa rättsfakta som auktoritet, källa, situation, karaktär, innehåll och villkor för tillämpning och en andra del (apodosis), som förser rättsfakta med rättsliga konsekvenser eller rättsföljder.[113]

Rättsreglernas binära karaktär leder till att de kan erbjuda en lösning på ett konkret mål. Regler med denna binära struktur återfinns i en avgränsad

[112] Dworkin, Taking Rights Seriously 1977, s 26.
[113] Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice 1993, s 59 ff.

rättslig text eller konstrueras utifrån flera olika texter. Detta beror på att språket i rättsliga texter sällan är uppdelat i regler enligt principen ''en bestämmelse en rättsregel''. I många fall kan rättsregler formuleras trots att de inte återfinns i en specifik rättslig text. Exempel på detta är sedvanerättsliga regler och och normer som kan härledas ur domskäl och *ratio decidendi* i prejudikat. Normkonstruktionen i EG-domstolens praxis rörande förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt kan sägas utgöra exempel på formulering av rättsregler med bristfällig förankring i rättsliga texter.[114]

3.5 Sambandet mellan EG-rättens karaktär och normstruktur och EG-domstolens tolkningsmetoder

EG-domstolens avgöranden kan till viss del förklaras med hjälp av tolkningsprinciper. Domstolens lagtolkning kan beskrivas som exempelvis lingvistisk, systematisk, funktionell eller teleologisk.[115]

Med lingvistisk tolkning avses tolkning utifrån en bestämmelses ordalydelse och grammatiska mening. Härvid tas hänsyn till jämförelser mellan olika språkversioner.[116] Systematisk tolkning sker mot bakgrund av en bestämmelses disposition, utformning och systematiska placering i rättsakten. Här tas även hänsyn till EG-rättens systematik och speciella begreppsbildning.[117] Den teleologiska lagtolkningen sker mot bakgrund av en bestämmelses grundläggande syften, funktion och effekter inom EG-rätten. EG-domstolen lägger härvid betydande vikt vid gemenskapens mål och allmänna principer. Ett viktigt hänsyn i detta sammanhang är intresset av bestämmelsens effektiva tillämpning och funktion (effet utile) inom EG-rätten.[118]

För att påvisa sambandet mellan EG-rättens karaktär och normstruktur och EG-domstolens tolkningsmetoder kan Lord Dennings uttalande i *Bulmer v Bollinger* citeras:

> ''The Treaty is quite unlike any of the enactments to which we have been accustomed... It lays down general principles. It expresses its aim and purposes. All in sentences of moderate length and commendable style. But it lacks precision. It uses words and phrases without defining what they mean. An English

[114] Se nedan kapitel 4 och 9.
[115] Ett exempel är Bengoetxea 1993.
[116] Mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415 p 18.
[117] Ibid p 19.
[118] Se exempelvis målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 39.

> lawyer would look for an interpretation clause, but he would look in vain. There is none. All the way through the Treaty there are gaps and lacunae. These have to be filled in by the judges, or by regulations or directives. It is the European way... Seeing these differences, what are the English courts to do when they are faced with a problem of interpretation? They must follow the European pattern. No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look to the purpose and intent... They must divine the spirit of the Treaty and gain inspiration from it. If they find a gap, they must fill it in as best they can... These are the principles, as I understand it, on which the European Court acts.''[119]

Citatet aktualiserar en tolkningsmetod som traditionellt benämns som den *teleologiska*. Termen används för tolkningar som baseras på rättsnormers ändamål. Denna tolkningsmetod anses särskilt relevant i förhållande till EG-rätten där fördragen drar upp ett program som inbegriper relativt allmänt hållna målsättningar. Ett exempel är artikel 2 som skisserar gemenskapens allmänna ekonomiska och politiska mål.[120] Av detta skäl skulle den teleologiska lagtolkningsmetoden ha en viss särställning inom EG-rätten.[121] EG-domstolens praxis innehåller talrika exempel på vad som skulle kunna benämnas som ändamålsorienterad eller *teleologisk* lagtolkning.

I Francovich uttalar domstolen att frågan om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten måste bedömas

> ''... in the light of the general system of the Treaty and its fundamental principles.''[122]

Ett viktigt ändamål och ledmotiv i EG-rätten är det effektiva skyddet för enskildas rättigheter. *I Brasserie du pêcheur* användes detta ändamål för att bestämma kriterierna för medlemsstaternas skadeståndsansvar:

> ''För att bestämma dessa förutsättningar finns det skäl att först ta hänsyn till de principer som är utmärkande för gemenskapens rättsordning och vilka utgör grunden för statens ansvar, nämligen dels de gemenskapsrättsliga normernas fulla verkan och ett effektivt skydd av de rättigheter som erkänns i dessa, dels medlemsstaternas skyldighet att samarbeta enligt artikel 5 i fördraget... ''[123]

I målet Continental Can uttalade domstolen att den vid tolkningen av artikel 86

[119] Bulmer v Bollinger [1974] 2 All E R 1226 s 1237.
[120] Se ovan avsnitt 3.2.1.
[121] Se Kutscher, Methods of Interpretation 1976, s 21 ff.
[122] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 30.
[123] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 39.

''... has to go back to the spirit, general scheme and wording of Article 86, as well as to the system and objectives of the Treaty.''[124]

I Continental Can synes EG-domstolen åberopa olika typer av tolkningsmetoder för att fastställa artikel 86 tillämpningsområde.

I *CILFIT* uttalade EG-domstolen:

''... every provision of Community law must be placed in its context and interpreted in the light of the provisions of Community law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied.''[125]

EG-domstolen har genom åren ständigt ändrat förhållningssätt till tolkningsmetoder, i synnerhet i vad gäller tolkningen av fördragsbestämmelser, vilket lett till att bokstavstolkningen[126] synes fått ge vika för en friare, kontextuell och ändamålsorienterad tolkningstil.[127]

Tolkningsteoriers värde och relevans för denna undersökning är begränsat, främst beroende på att EG-domstolens rättsskapande verksamhet är *pragmatisk* och därmed inte är särskilt lämpad för kategorisering.[128] Vidare har inte tolkningsteorier ställning som bindande rättsnormer utan utgör endast faktorer som bör iakttas vid lagtolkning.[129] Undersökningen avsikt är att fokusera på det rättsliga stoffets inverkan på EG-domstolens tolkningsutrymme. I detta perspektiv kan lagtolkningsmetoder ses som förklarande hjälpfaktorer.

I sammanhanget kan sägas några ord om förarbetenas betydelse för lagtolkningen. I Sverige används i stor utsträckning förarbeten till en lag för att avgöra hur en lag skall tolkas. Denna tolkningsstrategi används både för att avgöra klara och oklara fall.[130]

I EG-rätten saknas i princip vad som med svenskt språkbruk är att betrakta som förarbeten, dvs ''...utredningar och förslag till lagtext med åtföljande kommentarer eller motiveringar, som lagen grundar sig på''.[131]

[124] Mål 6/72 Continental Can [1973] ECR 215 p 22.

[125] Mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415 p 20.

[126] Se exempelvis EG-domstolens dom mål 6/60 Humblet [1960] ECR 559 s 575: "... it is not sufficient for the Court to adopt the literal interpretation and the Court considers it necessary to examine the question whether this interpretation is confirmed by other criteria concerning in particular the common intention of the High Contracting Parties and the ratio legis."

[127] Brown och Kennedy, The Court of Justice of the European Communities 1993, s 321.

[128] Se nedan under avsnitten 7.4 och 10.2.1.1.

[129] Jmfr Hellner 1994 s 78.

[130] Hellner 1994 s 81. Se även Schmidt, Domaren som lagtolkare, i Festskrift till Herlitz 1955, s 263 ff.

[131] Bernitz mfl, Finna Rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder 1991, s 87.

Detta gäller särskilt den *primära* EG-rätten.[132] I den utsträckning det i EG-rätten överhuvudtaget existerar förarbeten är de inte av den stadga som kännetecknar svenska förarbeten.[133]

Förarbetenas svaga ställning inom EG-rätten kan för en svensk betraktare ses som en förklaring till EG-domstolens friare lagtolkningsstil. Enligt min mening utgör emellertid EG-domstolens åberopande av EG-rättens målrelaterade karaktär och allmänna rättsprinciper huvudförklaringen till vad som kan ses som en fri lagtolkning. Som stöd för denna uppfattning kan nämnas målet Rauh där EG-domstolen uttalade att

> ''... where it is necessary to interpret a provision of secondary Community law, preference should as far as possible be given to the interpretation which renders the provision consistent with the Treaty and the general principles of Community law.''[134]

Förarbeten anses emellertid fylla en funktion vid tolkningen av den *sekundära rätten*. I målet Matisa[135] gällde frågan tolkningen av den gemensamma tullstadgan. Frågan var relativt teknisk och en hel del bakgrundsmaterial hade tillförts målet för att EG-domstolen skulle kunna sätta sig in i problemet. I sitt förslag till dom uttalade generaladvokat Warner:

> ''In the absence of any authoritative interpretation from a Community source of a provision of the Common Customs Tariff, the Explanatory Notes published by the Customs Cooperation Council under the Brussels Convention on Nomenclature for the Classification of Goods in Customs Tariffs afford, where they are appropriate, an authoritative guide to that interpretation.''[136]

3.5.1 Särskilt om den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden som justifieringsgrund

Inom europeisk rättsvetenskap utgås traditionellt från att EG-domstolens lagtolkning styrs av en mängd neutrala och objektiva faktorer.[137] En faktor som ofta nämns är kravet på, eller ofrånkomligheten av, åberopande av

[132] Bernitz, Inför europeiseringen av svensk rätt, JT 1991-92 s 36. Se även Wahl, Konkurrensförhållanden 1994, s 15.
[133] Wahl 1994 s 15.
[134] Mål C-314/89 Rauh [1991] ECR I-1647 p 17.
[135] Mål 35/75 [1975] ECR 1205.
[136] Ibid s 1217.
[137] En faktor är naturligt förpliktelsen att döma över en sak som i enlighet med gällande procedurregler aktualiserats i domstolen.

fördragens teleologi eller ändamål.[138] Det finns i detta sammanhang skäl att ifrågasätta om EG-domstolen är rättsligt förpliktad att åberopa fördragens ändamål i sin tolkning av fördraget. Pescatore synes mena att den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden i det närmaste skall uppfattas som en rättsnorm:

> ''... the Treaties establishing the European Communities are based upon the concept of objectives to be attained... In this context the teleological method is not simply one method of interpretation amongst others: far from it. It constitutes a method which is particulary suited to the special characteristics of the Treaties establishing the Communities.[139]

Att EG-fördraget är mål- eller ändamålsorienterat framgår framförallt av preambeln och artiklarna 1-7c EG. Det finns därmed inga skäl att allmänt sett ifrågasätta EG-domstolens åberopande av ändamålsskäl i sina tolkningar. Problemet är emellertid att målen är allmänt hållna och i vissa fall motstridiga.[140] Hur skall den enskildes krav på rättsskydd förenas med ett allmänt intresse av integration?

Vidare kan det ifrågasättas i fall mål om social trygghet och miljöskydd kan förenas med ekonomisk effektivitet.[141] Det ligger nära till hands att se paralleller mellan EG-fördragets målkonflikter och de universella problem hela västvärlden står inför. Fördragets teleologi kan därmed karaktäriseras som å ena sidan vag och obestämbar och å andra sidan lidande av motstridigheter.

Dessa synpunkter är inte avsedda att helt förneka den ändamålsorienterade lagtolkningens relevans. Syftet är snarare att problematisera och ifrågasätta tolkningsmetodens normativa inverkan och ställning som rättsnorm. Frågan som bör ställas är: i vilken utsträckning kan tolkningsmetoden tjäna som justifieringsgrund för EG-domstolens avgöranden? Kan metoden i princip användas som rättslig justifieringsgrund för alla lösningar?

För egen del har jag svårt att se att den ändamålsorienterade lagtolk-

[138] Se exempelvis Mancini och Keeling, Democracy and the Court of Justice, Modern L Rev 1994 s 186. För kritik av denna ståndpunkt se Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice 1986, 148 f.

[139] Pescatore, Les objectives de la Communauté Européenne comme principes de l'interpretation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, i Miscellanea W J Ganshof van der Mersch Vol II s 326 f, citerat på engelska från Dumon, The Case-law of the Court of Justice – A critical examination of the methods of interpretation 1976, s 87.

[140] Se Rasmussen 1988 s 34.

[141] Se artikel 2 EG.

ningsmetoden kan anses vara annat än en bakomliggande utomrättslig faktor som är underordnad fördragets rättsnormer. Den har emellertid i denna skepnad en viktig styrfunktion för EG-domstolens ställningstagande i normkonflikter under systemet med förhandsavgöranden enligt artikel 177 EG.[142] Låt oss emellertid gå vidare och diskutera den rättsteoretiska signifikansen av den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden.

Det flitiga användandet av tolkningsmetoden kan uppfattas som en strävan efter koherens i normsystemet. Strävan efter koherens skiljer nu inte EG-domstolen från domstolar i andra rättssystem. De flesta domstolar strävar sannolikt efter att skapa ett enhetligt och koherent normsystem. Det intressanta med EG-domstolens lagtolkningsmetod är att den i oklara fall döljer att den vid utnyttjandet av tolkningsutrymmet behöver åberopa principer och argument som befinner sig utanför den rättsliga sfären. Detta gäller även för större delen av den traditionella rättsvetenskapen. Denna förhåller sig relativt okritisk till EG-domstolens ändamålsargument och ifrågasätter sällan om argumentet verkligen kan utgöra en legitim justifieringsgrund.[143]

Låt oss rekapitulera Hart och Dworkins diskussion om domarens tolkningsutrymme. Hart anser att Dworkins avståndstagande från existensen av tolkningsutrymme bortser från

> ''... that there are, as the positivists suggest, two completely different stages in the process of decision: one in which the judge first finds that the existing law finds that the existing law fails to dictate a decision either way; and the other in which he turns away from the existing law to make law for the parties *de novo* and *ex post facto* according to his idea of what is best. Instead, lawyers address the judge as if he was always concerned to discover and enforce existing law and the judge speaks as if the law were a gapless system of entitlements in which a solution for every case awaits his discovery, not his invention.''[144]

Harts karaktäristik av Dworkins syn på domarens tolkningsutrymme kan i detta avseende relateras till EG-domstolens lagtolkning. I målet Brasserie du pêcheur påpekade EG-domstolen att det tillkommer domstolen, då det i fördraget inte finns bestämmelser som på ett klart sätt reglerar följderna av att medlemsstater överträder gemenskapsrätten, att avgöra en sådan fråga enligt allmänt erkända tolkningsmetoder.[145]

[142] Se avsnitt 7.3 nedan.
[143] För ett färskt exempel på denna hållning se Tridimas, The Court of Justice and Judicial Activism, EL Rev 1996 s 204 f.
[144] Ibid s 273 f (förf kurs).
[145] Mål C-46 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 27

Uttalanden av denna karaktär synes innebära att EG-domstolen ser EG-rätten som ett komplett system inom vilket alla rättsfrågor kan få sin lösning genom åberopande av tolkningsmetoder och rättsprinciper. Men enligt min mening är det tveksamt om denna typ av retorik skall avgöra rättsvetenskapens teoretiska hållning i analyser av EG-domstolens tolkningsutrymme. Ur rättsvetenskapligt perspektiv är det viktigt att inte låta sig styras av denna form av retorik vare sig den uppträder i skepnad av justifiering i domar eller i akademiska bidrag från domare i EG-domstolen.[146]

Den europeiska akademins strävan att ge lagtolkningsmetoder status som rättsprinciper kan konceptualiseras med hjälp av den rättstillämpningsteori som formulerats av Dworkin. Han förklarar lagtolkning i följande termer:

> ''... constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.''[147]

Tolkning defineras här i termer av stark monistisk koherens. Och eftersom rättslig koherens kan uppfattas som ett nära systematiskt ömsesidigt beroende mellan normerna inom ett system kan Dworkins synsätt karaktäriseras som starkt monistiskt eftersom tolkningen enligt Dworkin syftar till att finna *ett* syfte som skall förena normerna i ett system. Hur kan då denna monistiska koherens förenas med fördragets mål som kännetecknas av å ena sidan vaghet och obestämbarhet och å andra sidan motstridighet?

Dworkins monistiskt orienterade syn på lagtolkningen kräver att vi finner en tolkningsprincip som bygger på ett gemensamt syfte, vilket i exemplet reser avsevärda problem. Dworkins idé om lagtolkningens monistiska koherens synes således illa ägnad att förena motstående syften i ett överstatligt system som bygger på en oklar kompetensfördelning mellan centrum och periferi.[148]

Fördragets inkonsistenta syften och syftespluralism tvingar Dworkin att söka giltigheten av en konfliktlösningsnorm utanför rätten. Dworkins drabbas av samma kunskapsteoretiska problem som Hart som genom ett cirkelresonemang härleder rättens autonomi till en erkännanderegel. Hart erkänner emellertid att domaren i de oklara fallen ytterst är tvungen att lösa problemet genom referens till utomjuridiska principer.[149]

[146] Jmfr även Mancini och Keeling, Democracy and the Court of Justice, Modern L Rev 1994 s 186 och Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 595.
[147] Dworkin, Law's Empire 1986, s 52.
[148] Se vidare kapitel 5-8.
[149] Se nedan avsnitt 5.5.

Rättsvetenskapliga bidrag som envetet hävdar den teleologiska tolkningsmetoden som universell justifieringsgrund för EG-domstolens rättspraxis om allt från medlemsstaternas skadeståndsansvar till EG-fördragets konstitutionella status är oftast teoretiskt bristfälliga, och därmed också vetenskapligt bristfälliga. Jag kan heller inte frigöra mig från misstanken att de styrs av en ideologisk uppfattning som idealiserar rätten och nedvärderar politikens betydelse vid förklaringen av auktoritet och normgivning inom EU.[150]

3.6 Sammanfattning och slutsatser

Kapitlet behandlar EG-rättens normstruktur, dvs rättskällelära och normhierarki. Ett för EG-rätten centralt karaktärsdrag är fördragens målrelaterade karaktär. Fördragen formulerar de mål som skall uppnås genom lagstiftning, administration och rättstillämpning. Preamblarna och de grundläggande fördragen slår fast allmänna politiska, ekonomiska och sociala mål.[151] Många bestämmelser tar därmed sikte på vad som skall uppnås och inte vad som för stunden gäller. Att dessa målrelaterade bestämmelser utgör en integrerad del av EG-rätten understryks av att EG-domstolen ofta åberopar dem vid den *teleologiskt* orienterade tolkningen av fördragen.

Kapitlet fokuserar vidare på rättsprincipernas roll inom EG-rätten. Jag påvisar rättsprincipernas centrala roll i EG-domstolens rättstillämpning.

Som rättsprinciper karaktäriseras de principer som återfinns uttryckta i antagna författningstexter och uttryckligen formulerade i andra rättsnormer som fördrag, sekundär lagstiftning och rättspraxis. Rättsprinciper förs in i ett rättsystem och konkretiseras genom rättsligt beslutsfattande i domstolar och andra myndigheter. Det enda kriteriet på en princips rättsliga relevans vid analys av det rättsliga stoffet är dess normativa effekt på konkreta rättsförhållanden. Rättsprinciperna ställer centrala teoretiska och praktiska frågor med relevans för synen på EG-rätten och dess förhållande till nationell rätt.

Kapitlet framhåller det nära sambandet mellan EG-domstolens tolkningsutrymme och EG-rättens normstruktur. Detta samband avspeglas i domarskapade allmänna rättsprinciper som styr förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

[150] Jmfr Raz, Ethics in the Public Domain 1995, s 319 f.
[151] Se framförallt artiklarna 1-4 EG.

Systemet med förhandsavgöranden och avsaknaden av prejudikatbundenhet utgör viktiga och grundläggande förutsättningar för EG-domstolens utnyttjande av tolkningsutrymme. Enligt artikel 177 är EG-domstolen formellt sett förhindrad att tillämpa EG-rätten. EG-domstolen är därför beroende av att förhandsavgörandena accepteras av de nationella domstolarna.

För att EG-rätten skall kunna leva upp till grundläggande effektivitetskrav är EG-domstolens auktoritet beroende av att dess avgöranden accepteras av de nationella domstolarna. De konstitutionella och processuella förutsättningarna tillsammans med EG-rättens normstruktur som omgärdar EG-domstolens verksamhet skiljer sig i betydande avseenden från den miljö i vilken Högsta domstolen verkar. Denna typ av omständigheter måste beaktas vid varje jämförelse mellan EG-domstolen och andra dömande organ.

Jag anser vidare att att den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden inte kan anses vara annat än en bakomliggande utomrättslig faktor som är underordnad fördragets rättsnormer. Den har emellertid i denna skepnad en viktig styrfunktion i EG-domstolens rättstillämpning. Åberopandet av den teleologiska lagtolkningsmetoden kan emellertid enligt min mening inte förenas med EG-fördragets mål som å ena sidan karaktäriseras av vaghet och obestämbarhet och å andra av motstridighet. Fördragets inkonsistenta syften och syftespluralism tvingar EG-domstolen och rättsteorin att i de oklara fallen ytterst söka en konfliktlösningsnorm utanför rätten.

Kapitel 4
Förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt

"Retligt er forrangsprincippet en umuglighed; folkeretten kan ikke forhindre skabelsen av modsigende normer i intern ret. Og når EFD's forrangsprincip som slagord oplyser, at staters suverænitet ikke blot må vige i skabelsen af modsigende folkeretlige normer, men i det hele bør holdes ude for EU-retten... så er suveræniteten bløt intern." (Ole Spiermann, Enten & Eller 1995 s 138).

4.1 Inledning

I detta kapitel om EG-rättens förhållande till medlemsstaternas rättsordningar redogörs för i vilken utsträckning och under vilka förutsättningar EG-rätten måste tillämpas av nationella domstolar och andra rättstillämpande myndigheter. Avsnittet ger därmed en nödvändig bakgrund till kapitlen om kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar (kapitel 6–7) och EG-domstolens doktrin om *spärrverkan* (kapitel 8). Vidare redogörs för EG-domstolens doktriner om direkt effekt och EG-rättens företräde framför nationell rätt och dess mottagande av nationella domstolar. Redogörelsen är avsedd att ligga till grund för den fortsatta analysen av förhållandet mellan EG-domstolens tolkningsutrymme och medlemsstaternas konstitutionella och processuella autonomi.[1]

Det följande kapitel 5 drar samman trådarna och analyserar de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens strukturering av EG-rätten och doktrinerna om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

[1] Se nedan kapitlen 6-7 om förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar, kapitel 8 om förhållandet mellan legislativ och judiciell kompetensfördelning samt kapitel 9 om enskildas rättsskydd.

4.2 Direkt effekt

EG-rättens direkta effekt skiljer sig principiellt från förordningars och vissa besluts allmänna giltighet och direkta tillämplighet. En viktig formell skillnad är att fördraget uttryckligen angivit vilka rättsakter som skall ha allmän giltighet, vara till alla delar bindande och vara direkt tillämpliga. Fördraget föreskriver emellertid inte vilka rättsakter som skall ha direkt effekt.[2]

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen klargjort vad direkt effekt innebär. En bestämmelse har direkt effekt om den tillerkänner enskilda rättigheter som kan göras gällande i nationella domstolar. Det är viktigt att betona att EG-domstolens definition refererar till *rättigheter* och inte till skyldigheter. Detta beror på att den i praktiken vanligaste tvisten rör situationen då en enskild individ åberopar EG-rätt i en process mot en myndighet i någon av medlemsstaterna. Direkt effekt kan också aktualiseras när en enskild vill åberopa en bestämmelse mot en annan enskild eller när det allmänna vill åberopa en bestämmelse mot en enskild.

I princip kan inte en bestämmelse ha direkt effekt utan att två villkor är uppfyllda. För det första måste bestämmelsen vara en del av den nationella rättsordningen. Den måste vara en giltig rättsregel och upplevas som bindande av de nationella domstolarna. För det andra måste regeln ha till syfte att tillerkänna enskilda rättigheter. Det första villkoret är konstitutionellt och rör vem som beslutat bestämmelsen, medan det andra villkoret är en fråga om tolkning eftersom det är relaterat till bestämmelsens innehåll.

För att utröna om EG-rätten uppfyller villkoren måste först utrönas vem det är som skall avgöra dessa frågor, nationella domstolar eller EG-domstolen? Frågan kom första gången upp i *Van Gend en Loos*[3] där en näringsidkare sökte åberopa EG-rätt mot holländska tullmyndigheter inför en nationell myndighet. Den rättstillämpande myndigheten ställde en tolkningsfråga till EG-domstolen för att utröna om bestämmelserna i den åberopade artikel 12 i EEG-fördraget (numera artikel 12 EG) hade direkt effekt.

I förfarandet inför EG-domstolen ansåg regeringarna från Belgien och Nederländerna att EG-domstolen inte hade kompetens att avgöra frågan eftersom den var att hänföra till nationell konstitutionell rätt. EG-domstolen godtog inte argumentet eftersom den ansåg att den endast hade att avgöra frågan inom ramen för EG-rätten och inte i enlighet med nationella konsti-

[2] Se artikel 189 EG.
[3] Mål 26/62 [1963] ECR 1.

tutionella principer.[4] EG-domstolen menade att regeln enligt *EG-rätten* hade direkt effekt. Denna hållning accepterades sedermera av holländska myndigheter och domstolar.

4.2.1 Monism och dualism

När en stat inträder som medlem i EU får detta till följd att EG-rätten blir *gällande rätt* i staten. Det finns i detta sammanhang skäl att fråga sig på vilken grund EG-rätten får giltighet nationellt. Två utgångspunkter kan här intas: den *folkrättsliga* och den *konstitutionella*. Den folkrättsliga utgångspunkten kan ligga närmast till hand eftersom de grundläggande EU-fördragen är folkrättsliga skapelser. I det folkrättsliga sammanhanget aktualiseras teorierna om *monism* och *dualism*.[5] Förenklat kan de beskrivas enligt följande.

Den grundläggande idén i den monistiska teorin är att internationell rätt och nationell rätt tillhör samma system. Systemen verkar på olika nivåer och områden men är en del av samma rättsliga struktur. Enligt den monistiska teorin finns det ingenting som hindrar nationella domstolar att tillämpa internationell rätt förutsatt att föreskrivna konstitutionella åtgärder företagits. Enligt monismen tillämpas internationell rätt i egenskap av varande internationell rätt.[6]

Den dualistiska teorin ser internationell rätt och nationell rätt som tillhörande två skilda system. Internationella fördrag kan således inte tillämpas av nationella domstolar i sin egenskap av internationell rätt utan måste först införlivas i det interna nationella systemet genom nationella lagstiftningsåtgärder. Domstolarna tillämpar därefter reglerna i dess egenskap av varande nationell rätt.[7]

[4] Ibid s 10 f.

[5] För en ingående redogörelse för teorierna se Heiskanen, International Legal Topics 1992 s 1 ff.

[6] Ibid.

[7] Ibid. Sverige har för sin del i sin anslutningslag dels valt att införliva gemenskapernas regler och dels överlåta beslutsbefogenheter till Europeiska gemenskaperna. Fördragen är tillämpliga i Sverige eftersom anslutningslagen refererar till dem och sekundära rättsakter (direktiv, förordningar, beslut etc.) är tillämpliga eftersom Sverige överlåtit beslutsbefogenheter till Europeiska gemenskaperna att lagstifta i Sveriges ställe (se prop 1994/95:19 Del 1 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen s 18 ff).

4.2.2 Den EG-rättsliga doktrinens uppkomst

I målet Van Gend en Loos[8] uttalade EG-domstolen att gemenskapens institutioner har förlänats suveräna rättigheter vars utövande inte bara påverkar medlemsstaterna utan även deras medborgare. Det finns skäl att citera EG-domstolens karaktärisering av EG-rätten. Domstolen menar att EEG-fördraget

> ''... is more than an agreement which merely creates obligations between the contracting states... [It] established institutions endowed with sovereign rights, the exercise of which effects Member States and also their citizens... the Community constitutes a new legal order for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and the subjects of which comprise not only Member States but also their nationals.''[9]

EG-domstolen betonade att medlemsstaterna hade begränsat sina suveräna rättigheter, om än inom begränsade områden. I den följande passagen uttalade domstolen att EG-rätten tillerkänner enskilda rättigheter som blir en del av deras rättsarv.

> ''Independently of the legislation of Member States, Community law therefore not only imposes obligations on individuals but is also intended to confer upon them rights which become part of their legal heritage. These rights arise not only where they are expressly granted by the Treaty, but also by reason of obligations which the Treaty imposes in a clearly defined way upon the institutions of the Community.''[10]

Van Gend en Loos var EG-domstolens första avgörande som rörde *direkt effekt*. Huvudfrågan i målet var om art 12 EG hade direkt effekt. Bestämmelsen lyder:

> ''Medlemsstaterna skall inte sinsemellan införa nya import- eller exporttullar eller avgifter med motsvarande verkan och inte höja sådana tullar och avgifter som de tillämpar i sina inbördes handelsförbindelser.''

Bestämmelsen är adresserad till medlemsstaterna och ålägger dem en förpliktelse. Den ger emellertid inte uttryck för en motsvarande rättighet för enskilda att fritt importera eller exportera avgiftsfritt. Dessa omständigheter var enligt EG-domstolen emellertid inte avgörande för frågan om bestäm-

[8] Mål 26/62 [1963] ECR 1.

[9] Ibid s 12.

[10] Ibid s 12. En senare utveckling av denna tankegång finns i EG-domstolens första yttrande över EES-avtalet (Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 p 21). Här nöjer sig inte domstolen med att medlemsstaterna har begränsat sina suveräna rättigheter "... within limited fields" utan talar om "... in ever wider fields".

melsen hade direkt effekt. EG-domstolen konstruerade och utförde ett eget test:

> ''The wording of Article 12 contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive but a negative obligation. This obligation, moreover, is not qualified by any reservation on the part of states which would make its implementation conditional upon a positive legislative measure enacted under national law. The very nature of this prohibition makes it ideally adapted to produce direct effects in the legal relationship between Member States and their subjects.''[11]

I senare mål har detta test utvecklats. EG-domstolen har lämnat begränsningen att endast förbud, eller negativa förpliktelser, kan ha direkt effekt. I korthet och förenklat ser EG-domstolens utvecklade och förfinade test ut enligt följande:

1. Bestämmelsen måste vara klar och entydig. 2. Den måste vara ovillkorlig. 3. Dess tillämpning får inte vara beroende av att ytterligare åtgärder företas av gemenskapens eller medlemsstaternas myndigheter.[12]

Testet kan sägas gå ut på att sluta sig till om bestämmelsen överhuvudtaget går att tillämpa i en konkret situation, om den är *tillämpbar*. En bestämmelse kan ha direkt effekt när dess karaktär är sådan att den kan bli föremål för rättstillämpning. Hänsyn måste både tas till rättsliga karaktäristika och faställandet av de sakomständigheter som tillämpningen måste falla tillbaka på.

4.2.2.1 Fördragsbestämmelser

Avgörandet i *Van Gend en Loos* utgör grunden till teorin om direkt effekt av fördragsbestämmelser. Många fördragsbestämmelser har därefter genom EG-domstolens tolkning givits direkt effekt. År 1983 presenterade kommissionen en lista på både de artiklar som givits direkt effekt och de som frånkänts denna kvalité.[13]

Direkt effektiva fördragsbestämmelser verkar både vertikalt och horisontellt. Ett exempel på horisontell effekt är de centrala konkurrensbestämmelserna i artiklarna 85 och 86 EG. Dessa ålägger privata företag förpliktelser och rättigheter som kan göras gällande i nationella domstolar.

[11] Ibid s 13.
[12] Se Dashwood, The Principle of Direct Effect in European Community Law 1978, JCMS 229, s 231 f, och Hartley, Foundations of European Community Law 1994, s 200.
[13] JO No C 177, 4 juli 1983 s 13.

I målet Walrave[14] uttalade EG-domstolen att det allmänna förbudet mot diskriminering i artikel 6 EG (tidigare artikel 7 EEG), artikel 48 EG om fri rörlighet för arbetstagare och artikel 59 EG om fri tjänsteutövning samtliga hade horisontell direkt effekt och kunde åberopas enskilda emellan i nationella domstolar.

I det andra Defrenne-målet[15] uttalade EG-domstolen att artikel 119 EG om lika lön för män och kvinnor hade horisontell direkt effekt.

> ''... since Article 119 is mandatory in nature, the prohibition on discrimination between men and women applies not only to the action of public authorities, but also extends to all agreements which are intended to regulate paid labour collectively, as well as to contracts between individuals.''[16]

4.2.2.2 Förordningar

Artikel 189 föreskriver uttyckligen att förordningar är direkt tillämpliga i alla medlemsstater. EG-domstolen har använt begreppen *direkt tillämplig* och *direkt effekt* växelvis och synes mena att de är utbytbara. EG-domstolen har aldrig försökt särskilja begreppen.[17]

Förordningar blir automatiskt en del av den nationella rättsordningen utan att särskilda införlivandeåtgärder krävs. Det betyder emellertid inte att förordningar grundar rättigheter som enskilda kan tillvarata i nationell domstol.[18] Stöd för detta återfinns i målet Rogers v Darthenay som rörde en förordning som föreskrev följande:

> ''No device shall be used by means of which the mesh in any part of a fishing net is obstructed or otherwise effectively diminished. This provision does not exclude the use of the devices referred to in the detailed implementing rules to be adopted in accordance with the procedure laid down in Article 20.''[19]

EG-domstolen utgick inte från att den direkt tillämpliga förordningen nödvändigtvis måste ha direkt effekt. Domstolen använde i stället sitt van-

[14] Mål 36/74 [1974] ECR 1405.
[15] Mål 43/75 [1976] ECR 455 p 39.
[16] Ibid.
[17] I mål 34/73 Variola [1973] ECR 981 och mål 83/78 Pigs Marketing Board [1978] ECR 2347 p 66-67 synes EG-domstolen anse att en bestämmelse som är direkt tillämplig automatiskt blir direkt effektiv.
[18] Se mål 31/74 Galli [1975] ECR 47, yttrande av generaladvokat Warner s 70, mål 74/76 Meroni [1977] ECR 557, yttrande av generaladvokat Warner s 583, och mål 131/79 Santillo [1980] ECR 1585 yttrande av generaladvokat Warner s 1608 f.
[19] Mål 87/82 [1983] ECR 1579 p 11.

liga test och menade att detta var en ''... independent and perfectly clear provision..'' som därför kunde åberopas i en nationell process.

Den fråga som måste ställas i sammanhanget är hur en domstol skall hantera en förordning som inte uppfyller kravet på direkt effekt. Hur skall en domstol tillvarata en rättighet av detta slag? Kan man överhuvudtaget tala om oprecisa, oklara och villkorade ''rättigheter''?

EG-domstolens rättspraxis synes ge vid handen att en förordning endast kan ha direkt effekt om den är kapabel att skapa individuella rättigheter.[20] Intressant är att läsa samman denna inställning med EG-domstolens avgörande i Francovich[21]. I Francovich synes EG-domstolen införa en ny typ av kriterier vad gäller bestämmelsers rättighetskaraktär. Målet rörde ett direktiv och förutsättningarna för att direktivet skulle kunna grunda skadeståndsansvar för medlemsstat trots att direktivet inte ansågs ha direkt effekt. Domstolen uttalade:

> ''The first of those conditions is that the result prescribed by the directive should entail the grants of rights to individuals. The second condition is that it should be possible to identify the content of those rights on the basis of the provisions of the directive.''[22]

4.2.2.3 Beslut

I målet Grad[23] fastslog EG-domstolen att beslut kan ha direkt effekt.[24] Målet rörde kombinerad effekt av bestämmelser i ett beslut och ett direktiv. EG-domstolen underströk att beslut enligt artikel 189 EG till alla delar är bindande för den det är riktat till.

När EUs institutioner ålägger medlemsstaterna en förpliktelse att agera på ett visst sätt i form av ett beslut, är effektiviteten (l'effet utile) av en sådan åtgärd beroende av om enskilda kan åberopa beslutet mot staten i nationell domstol. Det faktum att ett beslut kan tillåta en medlemsstat att avvika från en klar och precis bestämmelse hindrar inte att dessa bestäm-

[20] Se mål 43/71 Politi [1971] ECR 1039 p 8-9; mål 84/71 Marimex [1972] ECR 89 p 4-5; mål 93/71 Leonisio [1972] ECR 287: mål 65/75 Tasca [1976] ECR 291 p 15-16; och mål 148/78 Ratti [1979] ECR 1629 p 19.

[21] Mål C-6 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.

[22] Ibid p 40. Målet och medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten behandlas utförligt nedan i kapitel 9.

[23] Mål 9/70 Grad [1970] ECR 825.

[24] Ibid p 3-5.

melser ges direkt effekt.[25] Om ett beslut innehåller en tidgräns för dess genomförande kan det inte få direkt effekt förrän gränsen passerats.[26]

4.3 Direktivens effekter

4.3.1 Inledning

Normgivning genom direktiv förekommer framförallt på områden som karaktäriseras av komplex och omfattande nationell lagstiftning och som är i behov av att anpassas till fördragen och dess mål. Ett incitament för användning av direktiv har även ansetts vara den begränsade suveränitetsinskränkning de har i förhållande till exempelvis förordningar som i regel direkt kan åberopas av parter och tillämpas av nationella domstolar.[27]

Artikel 189 reglerar direktivets effekter och funktion. Av artikel framgår att direktiv

> ''... skall med avseende på det resultat som skall uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilket det är riktat, men skall överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.''

Den process genom vilken direktivens förpliktelser uppfylls kan beskrivas med hjälp av begreppet *genomförande*. Denna process kan nedbrytas i ett antal olika faser beroende på vilken typ av förpliktelse det är frågan om. Prechal talar om *transposition of directives* (beslutande av nationella regler i syfte att genomföra direktivet), *application of directives* (tillämpning av de nationella bestämmelser som beslutats för att genomföra direktivet) och *enforcement of directives* (åtgärder som kan hänföras till strävan att efterleva direktivet).[28]

4.3.2 Kriterier för direkt effekt

Inledningsvis kan framhållas att bestämmelser i ett direktiv enligt EG-domstolens fasta rättspraxis skall genomföras med obestridlig bindande verkan samt på ett tillräckligt tydligt, precist och klart sätt att kravet på rättssäkerhet uppfylls.[29]

[25] Mål C-156/91 Hansa Fleisch [1992] ECR I-5567 p 11-17.
[26] Ibid p 18-20.
[27] Se bl a Prechal, Directives in European Community Law 1995, s 3 ff.
[28] Ibid s 5 f.
[29] Se mål C-59/89 Commission v Germany [1991] ECR I-2607 och mål C-178 och 179/94, C-188 och 189/94 och C-190/94 Dillenkofer äep p 48.

Målet Van Duyn[30] rörde en kvinna av nederländsk nationalitet som förvägrades inresetillstånd till Storbritannien för att påbörja en anställning som sekreterare hos Scientologikyrkan. Skälet till vägran var att myndigheterna ansåg att kyrkans verksamhet var socialt skadlig.

Efter att tolkningsfrågor ställts av High Court uttalade EG-domstolen att artikel 3 (1) i rådsdirektiv 64/221[31] hade direkt effekt, och vidare att åtgärder som företas för att begränsa tillträdet till en medlemsstat under åberopande av allmän ordning eller säkerhet endast kunde baseras på individens personliga uppträdande. EG-domstolen menade att det skulle stå i strid med den bindande effekt som tillerkänns direktiven enligt artikel 189 EG att utesluta möjligheten för enskilda att förlita sig på direktiv i nationella domstolar. EG-domstolen utvecklade sitt resonemang enligt följande:

> ''In particular, where the Community authorities have, by directive, imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of conduct, the useful effect of such an act would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts and if the latter were prevented from taking it into consideration as an element of Community law.''[32]

EG-domstolen menade att den enhetliga och effektiva tillämpningen av bindande EG-rätt krävde att även direktiv kunde åberopas av enskilda i nationell domstol.[33]

För att bestämmelser i direktiv skall uppfylla kraven för direkt effekt måste de enligt EG-domstolens praxis passera följande test:

- Förpliktelsen måste vara klar, precis och ovillkorlig;[34] – direktivet måste vara av den beskaffenhet eller natur att det är kapabelt att skapa rättigheter för enskilda;[35] och – direktivets genomförandetid måste ha gått till ända.[36]

Direktiven skiljer sig från förordningarna i ett viktigt avseende. Vid genomförande av direktiv har medlemsstaten alltid ett visst handlingsutrymme när det gäller valet av form och metod. Handlingsutrymmet hindrar emellertid inte direktivet från att ha direkt effekt så länge som det *resultat* som skall uppnås med direktivet är tillräckligt klart och precist. När resul-

[30] Mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337.
[31] JO 3 64 L 0221 s 850.
[32] Mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337 p 13.
[33] Se även mål 190/87 Moormann [1988] ECR 4689 p 21-24 där EG-domstolen grundade den direkta effekten av direktiv på en sammanläsning av artiklarna 5 och 189 EG.
[34] Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 17-25.
[35] Ibid p 25.
[36] Mål 148/78 Ratti [1979] ECR 1629 p 24, 39-46.

tatet är klart innebär alltså inte medlemsstatens handlingsutrymme i sig att direktivet frånkänns direkt effekt.[37] I de fall ett direktiv föreskriver ett klart resultat behöver heller inte den direkta effekten äventyras trots att medlemsstaterna ges möjligheter att avvika från direktivet vid genomförande.[38]

Särskilda förpliktelser som kan ha direkt effekt men som befinner sig i ett direktiv som sin helhet inte har direkt effekt kan avskiljas från de generella bestämmelserna. I målet Becker[39] uttalade EG-domstolen att trots att vissa bestämmelser i det sjätte momsdirektivet saknade direkt effekt kunde andra bestämmelser med förutsättningar för direkt effekt avskiljas från de allmänna bestämmelserna och tillämpas särskilda. Huvudfrågan är således inte om direktivet i sin helhet kan ha direkt effekt utan vilka bestämmelser som kan ha direkt effekt.

Ett direktiv kan inte ge upphov till direkt effekt om det inte har till syfte att grunda rättigheter för enskilda. I målet Enichem Base[40] försökte tillverkare av plastpåsar förlita sig på direktiv 75/442[41] i nationell domstol för att angripa giltigheten av ett italienskt förbud mot försäljning av plastpåsar. Men EG-domstolen uttalade att direktivet inte skapade rättigheter för enskilda eftersom syftet var att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning för att undvika handelshinder och utveckla miljöpolitiken på gemenskapsplanet.

Eftersom direktiv måste genomföras av medlemsstaterna och omsättas till nationell lagstiftning sätts i direktivet ett sista datum när genomförandet

[37] Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 28-31. Ett annat bra exempel är mål 71/85 Nederlandse Vakbeveging [1986] ECR 3855 p 12-23. Här ansåg EG-domstolen att artikel 4 (1) av rådsdirektiv 79/7 som utesluter all diskriminering på grund av kön med avseende på social skyddslagstiftning. Artikel 5 av direktivet förpliktar medlemsstaterna att vidta "... the measures necessary to ensure that any laws, regulations and administrative provisions contrary to the principle of equal treatment are abolished". EG-domstolen uttalade att det resultat som skulle uppnås i enlighet med artikel 4 (1) var tillräckligt precist och att medlemsstaternas handlingsutrymme vad gäller åtgärderna i artikel 5 inte hindrade artikel 4 (1) från att ha direkt effekt.

[38] Mål 71/85 Nederlandse Vakbeweging [1986] ECR 3855 p 12-23, särskilt p 19; målen C-19/90 och C-20/90 Karella [1991] ECR I-2691 p 17-23. En parallell kan dras till målet Van Duyn (mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337) som bl a rörde en refererad fråga om artikel 48 EG hade direkt effekt. Artikel 48 (1) ålägger medlemsstaterna en förpliktelse att försäkra om arbetstagares fria rörlighet. Förpliktelsen är emellertid inte absolut då artikel 48 (3) tillåter medlemsstaterna att införa restriktioner med hänsyn till bl a allmän ordning, allmän säkerhet eller allmän hälsa. EG-domstolen uttalade att artikel 48 ålägger medlemsstaterna en precis förpliktelse att försäkra om fri rörlighet vilket inte förutsätter att varken gemenskapens institutioner eller medlemsstaternas institutioner vidtar några ytterligare åtgärder. Därmed saknar medlemsstaterna handlingsutrymme. Trots att artikel 48 (3) tillåter medlemsstaterna att begränsa rättigheten hindrar detta inte att grundfriheten i artikel 48 har direkt effekt.

[39] Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 29-30.

[40] Mål 380/87 Enichem Base [1989] ECR 2491 p 6-11.

[41] Rådsdirektiv 75/442 om avfall, OJ No L 194, 25 juli 1975, p 39.

skall vara klart. Efter detta datum kan en enskild förlita sig på direktivets direkta effekt och använda det i nationell domstol mot medlemsstaten. Ett direktiv kan alltså inte ha direkt effekt innan datumet passerats.[42] Fram till sista datum för genomförande står det i princip medlemsstaten fritt att förlita sig på existerande lagstiftning även om den står i strid med direktivet.[43]

När ett direktiv korrekt blivit genomfört måste den enskilde förlita sig på den nationella lagstiftningen i första hand.[44] En enskild kan emellertid fortsätta att lita till direktivets direkta effekt när den nationella lagstiftaren genomfört direktivet på ett felaktigt sätt.[45] Det är emellertid viktigt att understryka att direktivet är bindande för medlemsstaten i och med beslutandet.[46]

I målet Emmott[47] uttalade EG-domstolen att i nationella processer grundade på direkt effektiva direktiv kan inte eventuella preklusionsfrister vad gäller talan mot staten börja löpa förrän direktivet korrekt blivit genomfört.

4.3.2.1 Horisontell direkt effekt?

I målet Marshall[48] uttalade EG-domstolen att direktiv endast kan ha vertikal direkt effekt. Detta innebär att en enskild i nationell process endast kan åberopa direktivet mot medlemsstaten när den missat genomförandet på något sätt. En enskild kan inte åberopa direktivet mot en annan enskild. Denna begränsning kan även uttryckas som att ett direktiv inte kan ålägga enskilda förpliktelser som kan göras gällande mot dem i nationell domstol. Ett resultat av denna rättspraxis är att anställda hos staten kan hävda rättigheter i direktiv mot sin arbetsgivare, medan anställda i privata företag saknar denna möjlighet.[49]

Som grund för principen om direktivens vertikala direkta effekt har EG-domstolen konsekvent anfört att staten inte kan åberopa bristande

[42] Mål 148/78 Ratti [1979] ECR 1629 p 24, 39-46.
[43] Mål 244/78 Union Latière Normande [1979] 2663 p 13-15. I sammanhanget bör dock erinras om nationella domstolars förpliktelser till direktivkonform tolkning. Se avsnitt 4.3.3 nedan.
[44] Mål 222/84 Johnston [1986] ECR 1651 p 51.
[45] Mål 51/76 Verbond van Nederlandse Ondernemingen [1977] ECR 113 p 23-24.
[46] Se mål C-59/89 Commission v Germany [1991] ECR I-2607 och mål C-178 och 179/94, C-188 och 189/94 och C-190/94 Dillenkofer äep p 48.
[47] Mål C-208/90 Emmot [1991] ECR I-4269 p 21-23.
[48] Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 48-49, vilket upprepades efter nya tolkningfrågor i målet från House of Lords i mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR I-4367.
[49] Van Gerven, The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords, i Schermers 1994 s 335 ff.

genomförande mot enskilda som skäl för att de inte kan tillvarata de rättigheter som direktivet innehåller.[50] EG-domstolens motivering synes utesluta horisontell direkt effekt.[51]

Medlemsstaterna kan alltså inte åberopa direktiv mot enskilda. Detta är den logiska följden av EG-domstolens analys i målet Marshall där domstolen uttalade att

> ''... a directive may not of itself impose obligations on an individual and... a provision of a directive may not be relied upon as such against a person.''[52]

I ett senare mål slog domstolen fast att ett direktiv som inte genomförts inte kan lägga förpliktelser på enskilda. En medlemsstat kan inte förlita sig på ett direkt effektivt direktiv som inte har genomförts för att skapa eller förvärra straffrättsligt ansvar för personer som handlat i strid med direktivet.[53]

I målet Faccini Dori[54] hade Dori slutit ett avtal med ett företag om att ge henne kurser i engelska. Avtalet slöts på en järnvägsstation. Hon sa sedan upp kontraktet med hänvisning till bestämmelser i direktiv 85/577/EEC rörande konsumentskydd i avtal som slutits utanför affärslokaler. Direktivet hade vid tidpunkten inte genomförts i Italien. Den italienske domaren hänsköt tolkningsfrågor till EG-domstolen.

EG-domstolen uttalade att de relevanta bestämmelserna i direktivet var ovillkorliga och tillräckligt precisa men att konsumenter inte kunde förlita sig direkt på bestämmelserna i direktivet gentemot privata företag i avsaknad av nationell genomförandelagstiftning. EG-domstolen undvek återigen att ge direktiv horisontell direkt effekt.[55]

Men man bör hålla i minnet att EG-domstolen i Francovich[56] ålade medlemsstaterna att gottgöra skada som åsamkats enskilda på grund av underlåtenhet att genomföra direktiv. I de mål skada hade uppkommit på

[50] Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 24 och mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 47.

[51] Mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969, generaladvokatens yttrande p 7. EG-domstolen har i en linje av mål uttalat att rättspraxis rörande direktivens effekter hindrar "... the State from taking advantage of its own failure to comply with Community law." Se exempelvis mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR I-4367, mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 24 och mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 47.

[52] Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 47.

[53] Mål 14/86 Pretore di Salò [1987] ECR 2545 p 19 och 20.

[54] Mål C-91/92 Faccini Dori [1994] ECR I-3325.

[55] Jmfr även mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR-4367, där EG-domstolen valde att inte ge direktivet 76/207/EEC horisontell direkt effekt. För kommentarer se Napier, EL Rev 1993 s 365 f och Moore, EL Rev 1993 s 533 ff och Curtin, CML Rev 1994 s 631 ff.

[56] Mål C-6 och 9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.

grund av statens fördragsbrott återstod det för de nationella domstolarna att se till att enskilda erhåller kompensation i enlighet med nationell skadeståndsrätt. I *Brasserie du pêcheur* uttalade EG-domstolen:

> ''Det är nämligen fast rättspraxis att den möjlighet som medborgare ges, att inför de nationella domstolarna åberopa de bestämmelser i fördraget vilka är direkt tillämpliga, endast utgör ett minimiskydd och inte är tillräcklig för att ensam säkerställa en riktig och fullständig tillämpning av fördraget ... Denna möjlighet, som är avsedd att i stället för nationella bestämmelser ge företräde åt en tillämpning av bestämmelser i gemenskapsrätten, kan inte i alla fall säkerställa att den enskilde kan komma i åtnjutande av de rättigheter som denne har enligt gemenskapsrätten eller – i synnerhet – förhindra att den enskilde lider skada då en medlemsstat kränker en sådan rättighet. I likhet med vad som framgår av den ovan nämnda domen Francovich m.fl., punkt 33, skulle gemenskapsrättens fulla verkan äventyras om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av gemenskapsrätten.''[57]

I och med att direkt effektiva direktiv endast kan åberopas mot en stat i nationell domstol finns det skäl att se närmare på EG-domstolens definition av ''stat''. EG-domstolens tolkning är relativt vid. I målet British Gas[58] etablerade EG-domstolen en allmän princip som innebar att en enskild kan förlita sig på ett direkt effektivt direktiv i nationell domstol i en process mot en institution som är föremål för offentlig kontroll och insyn eller som innehar speciella kompetenser, förutom dem som härrör från vanliga regler tillämpliga i relationer mellan enskilda.[59]

EG-domstolens kriterium förefaller vara alternativt. Ett organ är ett utflöde av staten om det antingen står under offentlig kontroll och insyn eller har särskilda kompetenser. Men det är viktigt att framhålla att det är den nationella domstolen som avgör om ett organ faller under EG-domstolens definition.[60]

4.3.2.2 Målet Francovich

Bakgrunden till målet *Francovich*[61] var följande. År 1980 utfärdade ministerrådet ett direktiv om lönegaranti. Tiden för genomförande gick ut den 23 oktober 1983. Italien underlät dock att uppfylla direktivets förpliktelser.

[57] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur p 20.
[58] Mål 188/89 Foster [1990] ECR I-3313 p 16-22.
[59] Ibid p 18.
[60] Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 56 och mål 188/89 Foster [1990] ECR I-3313 p 17.
[61] Mål C-6 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 10-27.

EG-kommissionen anhängiggjorde därför en talan om fördragsbrott i enlighet med artikel 169 EG. EG-domstolen konstaterade i sin dom 1989[62] att Italien brutit mot sina fördragsförpliktelser.

Några italienska arbetstagare stämde därefter den italienska staten eftersom de inte lyckats få ut intjänad lön med stöd av nationell rätt och framställde ett skadeståndsyrkande avseende ej erhållen lön. Grunden för yrkandet var den italienska statens fördragsbrott: att staten inte hade tillsett att man inom ramen för det italienska rättssystemet tillförsäkrades de minimirättigheter direktivet föreskrev.

Den italienska domstolen ställde två frågor till EG-domstolen. En gällde direktivets direkta effekt. Den andra och i sammanhanget mest intressanta rörde frågan om den italienska statens skadeståndsansvar gentemot enskilda för fördragsbrottet.

EG-domstolen uttalade inledningsvis att rådsdirektiv 80/987[63] om lönegaranti för enskilda arbetstagare inte hade direkt effekt. Direktivet föreskrev att medlemsstaterna skulle skapa ett system som gav enskilda uppsägningslön vid arbetsgivarens konkurs. EG-domstolen fann att bestämmelserna som tog sikte på rättighetsinnehavarnas identitet var klara, precisa och ovillkorliga.

Problemet var att direktivets bestämmelser om vem som skulle svara för kompensation till arbetstagarna varken var klara eller ovillkorliga eftersom direktivet inte närmare indikerade vilken typ av institution som skulle garantera arbetstagarnas rätt till lön. Direktivet lämnade till medlemsstaterna att välja mellan tre metoder för beräkning av tiden som arbetstagare kunde erhålla betalning. Bestämmelsen var klar och ovillkorlig eftersom det var möjligt att fastställa en minimigaranti genom att välja det datum som lade lättast ekonomiska börda på den utbetalande institutionen. EG-domstolen påpekade emellertid att medlemsstaterna hade ett avsevärt tolkningsutrymme med avseende på den svarande institutionens organisation, funktion och finansiering. EG-domstolen uttalade att

> ''... even though the provisions of the directive in question are sufficiently precise and unconditional as regards the determination of the persons entitled to the guarantee and as regards the content of the guarantee, those elements are not sufficient to enable individuals to rely on those provisions before the national

[62]. Mål 22/87 Commission v Italy [1989] ECR 143.

[63] Rådsdirektiv 80/987 av den 20 oktober 1980 om tillnärmande av medlemsstaternas lagar vad gäller skyddet för enskilda i händelse av arbetsgivares insolvens, JO No L 283, 28 oktober 1980, p 23.

courts. Those provisions do not identify the person liable to provide the guarantee and the State cannot be considered liable on the sole ground that it has failed to take transposition measures within the prescribed period.''[64]

Så trots att kriterierna för direkt effekt var uppfyllda med avseende på rättighetsinnehavarna och innehållet i rättigheten, saknades klara och ovillkorliga bestämmelser om identiteten av den som skulle svara för rättigheten. Det gick heller inte att ur direktivets ordalydelse härleda en förpliktelse för staten att svara för utbetalning av lönegarantin.

Vad gäller medlemsstaternas allmänna handlingsutrymme vid genomförandet av direktiv kan erinras om uttalandet i *Brasserie du pêcheur* där EG-domstolen fann anledning

''... att konstatera att den nationella lagstiftaren, liksom för övrigt gemenskapsinstitutionerna, inte alltid förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning då det rör sig om ett område som regleras i gemenskapsrätten. Genom denna kan lagstiftaren åläggas skyldigheter med avseende på resultat, handlande eller underlåtenhet, vilka ibland väsentligt minskar dennes handlingsutrymme. Detta är särskilt fallet då medlemsstaten – i likhet med de omständigheter som förelåg i den ovan nämnda domen Francovich m.fl. – är skyldig att i enlighet med artikel 189 i fördraget inom en viss tid vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv. I detta fall saknar det betydelse för medlemsstatens ansvar för underlåtenheten att införliva direktivet att de åtgärder som skall vidtas ankommer på den nationella lagstiftaren.''[65]

4.3.3 Direktivkonform tolkning av nationell rätt

Termen *direktivkonform tolkning* har aldrig använts av EG-domstolen. Den fungerar ändå utmärkt för att beskriva vilka effekter EG-regler kan ha trots att de inte anses uppfylla kriterierna för direkt effekt. Den direktivkonforma tolkningen hänför sig till nationella domstolars skyldigheter till EG-konform tolkning av nationell rätt som befinner sig inom EG-rättens tillämpningssfär. Direktivkonform tolkning tillämpas huvudsakligen i anslutning till direktiv som inte kan ålägga enskilda skyldigheter.

I *Johnston*[66] föreslog EG-domstolen att den nationella domstolen först skulle försöka bringa den nationella bestämmelsen i överenstämmelse med direktivbestämmelsen tolkningsvägen. Bara om detta inte är möjligt skall

[64] Mål C-6 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 26.
[65] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 46.
[66] Mål 224/84 [1986] ECR 1651.

domstolen lita till den eventuella direkta effekten.[67] Två senare fall indikerar emellertid att EG-domstolen ser tolkningsmöjligheten som subsidiär i förhållande till den direkta effekten.[68]

Nationella domstolars förpliktelse till EG-konform tolkning av nationell rätt erkändes i *von Colson*[69]. EG-domstolen uttalade att:

> ''... the Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of national law specifically introduced in order to implement [direktivet], national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189.''[70]

I enlighet med detta avgörande tillämpades därefter tolkningsförpliktelsen på den specifika genomförandelagstiftningen i ett antal mål.[71]

I målet *Marleasing*[72] aktualiserades tolkningsförpliktelsens gränser. Marleasing SA hade inlett en process i spansk domstol för att få till stånd en ogiltighetsförklaring av ett avtal med La Comercial. Marleasing hävdade att bildandet var en skenhandling i ett försök att lura borgenärerna till en av grundarna av företaget. Bolaget förlitade sig på artiklar i den spanska civillagen som föreskrev att avtal utan syfte, eller illegalt syfte saknade rättsliga effekter. Men artikel 11 i direktiv 68/151[73] som antogs senare än den spanska civilagen innehåller en uttömmande lista av ogiltighetsgrunder vid bolagsbildning. Bristande eller illegalt syfte fanns inte med bland dessa.

Den spanska domstolen frågade EG-domstolen om direktivet hade direkt effekt, och eftersom parterna var privata rättsubjekt aktualiserades frågan om horisontell direkt effekt. I sitt svar på frågan bekräftades avgörandet i Marshall[74], att ett direktiv inte kan ålägga enskilda förpliktelser. EG-domstolen klargjorde tolkningsförpliktelsens omfattning till att även avse lagstiftning som var av äldre datum än direktivet:

[67] Prechal 1995 s 199 förespråkar denna ordning.
[68] Se mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911 och mål C-91/92 Faccini Dori [1994] ECR I-3325.
[69] Mål 14/83 von Colson [1984] ECR 1891.
[70] Ibid p 26.
[71] Mål 79/83 Harz [1984] ECR 1291 p 26 och mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969 p 53.
[72] Mål C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135.
[73] Rådsdirektiv 68/151, OJ No L 65 13 mars 1968 p 8.
[74] Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 48-49.

''... in applying national law, whether the provosions in question were adopted before or after the directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter.''[75]

EG-domstolen uttalade vidare att direktivet spärrade ut alla andra ogiltighetsgrunder från tillämpning än dem som nämndes i direktivet. Den nationella domstolen hade således inget annat val än att nå samma resultat vid tolkningen av nationell rätt. Om EG-domstolen med detta menade att tolkningsresultatet skulle uppnås oavsett den nationella lagstiftningens utformning skulle effekten bli ett skapande av horisontell direkt effekt. Avgörandet har varit föremål för stor akademisk debatt.[76]

Argumentet för att avgörandet inför en horisontell direkt effekt vilar på en tolkning som innebär att nationella domstolar har en absolut plikt att tolka nationell rätt i konformitet med direktivet. Det är emellertid tveksamt om denna tolkning verkligen har stöd i målet.[77] EG-domstolen betonade särskilt att direktiv inte kan ha horisontell direkt effekt och hänvisade till Marshall[78]. Vidare uttalade EG-domstolen att förpliktelsen att tolka nationell rätt endast gällde ''så långt det är möjligt''.[79] Förre generaladvokaten i EG-domstolen Walter van Gerven menar emellertid att förpliktelsen till konform tolkning i Marleasing är ett substitut för horisontell direkt effekt av bestämmelser i direktiv.

''... in the Marleasing case, the duty of construction resulted in the impossibility for a creditor to obtain the nullity of a private company which, according to the creditor, had been constituted in violation of his rights. Thus, the duty of 'construction' (or of 'conform interpretation') clearly functions as a surrogate for vertical, and even more so, as a surrogate for horizontal direct effect.''[80]

Det har vidare hävdats att tolkningsförpliktelsen gäller oavsett om genomförandetiden gått till ända eller inte. Avgörandet i *Kolpinghuis Nij-*

[75] Mål C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135 p 8.

[76] Se bl a Prechal 1995 s 209, Curtin, The Decentralised Enforcement of Community Law Rights, i Curtin och O'Keeffe Constitutional Adjudication in European Community Law and National Law 1992, s 40, Snyder, The Effectiveness of European Community Law, Modern L rev 1993 s 43, De Burca, Giving Effect to European Community Law Directives, Modern L Rev 1992 s 223 och Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992 s 604.

[77] Se Everling, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992 s 381.

[78] Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 35. För kommentarer se Bates, Public Law 1986 s 537 ff, Atkins, Modern L Rev 1986 s 508 ff, Arnull, Public Law 1987 s 383 ff och Prechal, CML Rev 1990 s 451 ff.

[79] Mål C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135 p 8.

[80] van Gerven 1994 s 346.

megen[81] har åberopats till stöd för uppfattningen att nationella domstolars förpliktelse att tolka nationell rätt i konformitet med ett direktiv gäller även om tidsgränsen för införlivande inte passerats.[82]

Det är emellertid tveksamt om målet stöder denna princip. I målet besvarade EG-domstolen den tredje frågan som var ställd med en bekräftelse av nationella domstolars förpliktelse att tolka nationell rätt i ljuset av direktivet. Domstolen begränsade emellertid denna förpliktelse genom att uttala att ett direktiv som inte införlivats i nationell rätt aldrig kan bestämma eller försvåra ett straffrättsligt ansvar för handlingar som begås i strid med direktivet. Den fjärde frågan som ställdes av den nationella domstolen rörde om det gjorde någon skillnad om tiden för införlivande inte hade passerats. EG-domstolen besvarade frågan på följande sätt:

> ''As regards the third question concerning the limits which Community law might impose on the obligation or power of the national court to interpret the rules of its national law in the light of the directive, it makes no difference whether or not the period prescribed for implementation has expired.''[83]

Uttalandet synes endast kunna tolkas som att det inte spelar någon roll för förnekandet av det straffrättsliga ansvaret om genomförandetiden gått till ända eller inte. Det går knappast att ur denna formulering utläsa någon allmän princip om nationella domstolars tolkningsförpliktelser.[84]

Slutligen kan påpekas att nationella domstolars direktivkonforma tolkning av nationell rätt i vissa fall kan motsvara ett resultat som skulle kunna åstadkommits genom nationella tolkningsmetoder. Men i de flesta fall handlar direktivkonform tolkning om att överbrygga en skillnad mellan direktivet och den nationella lagstiftningen. Tolkningen leder ibland till att den nationella regleringen får ett innehåll den inte hade innan tolkningen och den inte skulle få om endast nationella principer var utgångspunkten för tolkningen.[85]

[81] Mål 80/86 [1987] ECR 3969.

[82] Se generaladvokat van Gerven i mål C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135. Från akademiskt håll har stöd för denna uppfattning uttryckts av Schermers, Judicial Protection in the European Communities 1992 § 255; och Wahl, 1994 s 44.

[83] Mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969 p 15-16.

[84] Stöd för denna tolkning av målet återfinns hos generaladvokat Jacobs i mål C-156/91 Hansa Fleisch [1992] ECR I-5567 p 26 av yttrandet; och i doktrinen hos Brearly och Hoskins, Remedies in EC Law 1994, s 48 f. En tolkning är att bundenheten för staten uppkommer redan vid antagandet av direktivet, låt vara att enskilda inte påverkas förrän tiden för genomförande gått till ända.

[85] Prechal 1995 s 239 f.

4.3.4 Sammanfattande slutsatser om direktivens effekter

EG-domstolen har i fast rättspraxis fastslagit att ett direktiv inte i sig medför skyldigheter för den enskilde, vilket innebär att direktivet inte som sådant kan åberopas emot denne.[86] Den rättspraxis som avser möjligheten att åberopa direktiv mot staten eller statliga inrättningar har grundats på att ett direktiv har bindande verkan. Det är emellertid endast bindande för de medlemsstater till vilka det är riktat. Syftet med denna praxis är att undvika att en stat kan dra fördel av att inte följa gemenskapsrätten.[87]

Enligt EG-domstolen skulle en utsträckning av denna rättspraxis till att även omfatta förhållanden mellan enskilda innebära att gemenskapen gavs rätt att ålägga enskilda skyldigheter med omedelbar verkan, trots att den endast givits sådan behörighet i de fall som den har rätt att utfärda förordningar eller beslut.[88]

Om det saknas möjlighet att genom en direktivkonform tolkning av nationell rätt uppnå direktivets syfte aktualiseras EG-domstolens avgörande i *Francovich* enligt vilket gemenskapsrätten medför skyldighet för medlemsstaterna att ersätta de skador som de har vållat enskilda på grund av att ett direktiv inte har införlivats med nationell rätt. För att denna skyldighet skall inträda har tre villkor uppställts av domstolen. För det första måste avsikten med direktivet vara att ge enskilda rättigheter. Innebörden av dessa rättigheter måste vidare kunna fastställas på grundval av direktivets bestämmelser. Slutligen måste det föreligga kausalitet mellan medlemsstatens åsidosättande av skyldigheten och den skada som uppkommit.[89] Detta rättsläge bekräftades i EG-domstolens dom av den 7 mars 1996 i målet El Corte Inglés SA.[90]

Målen Francovich, Faccini Dori och det sistnämnda El Corte Inglés handlade alla om en total underlåtenhet att genomföra ett direktiv. Syftet hos vart och ett av direktiven var att skapa rättigheter för enskilda. Rättigheterna bedömdes i samtliga fall vara klart, precist och ovillkorligt definerade. Det var externa omständigheter som ledde till att enskilda inte kunde förlita sig direkt på direktivens bestämmelser. I *Francovich* var det identiteten hos den förpliktade institutionen som inte klart kunde fastställas. I

[86] Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723 p 48.
[87] Ibid p 48-49.
[88] Mål C-91/92 Faccini Dori [1994] ECR I-3325 p 24.
[89] Mål C-6/90 och C-9/90 [1991] ECR I-5357 p 39, och mål C-91/92 Faccini Dori [1994] ECR I-3325 p 27.
[90] Mål C-192/94 äep p 15-17 och 22.

Faccini Dori och *El Corte Inglés* var det frånvaron av *horisontell* direkt effekt av direktiv som avgjorde. Samtliga fall kom emellertid i ett följande steg att aktualisera kriterierna för möjligheten att erhålla skadestånd av medlemsstaten för underlåtenheten att genomföra direktiven.

Förhållandet mellan kriterierna för direkt effekt och för medlemsstaternas skadeståndsskyldighet behandlas ingående i kapitel 9 nedan.

4.4 Doktrinernas praktiska tillämpning

För att tydliggöra de ovan behandlade doktrinernas funktion relaterar jag ett konkret nationellt rättsfall.[91] Fallet leder fram till en diskussion om konsekvenserna av bristfälligt genomförande av EG-rätten. Det intressanta med fallet är att det aktualiserar samma lönegarantidirektiv som i *Francovich* men rör en situation där medlemsstaten redan har beslutat lagstiftning inom direktivets tillämpningssfär.

I målet var omständigheterna följande. T är bror till konkursgäldenären V. T arbetade hos V när denne gick i konkurs. T:s ansökan om utfående av statlig lönegaranti avslogs av konkursförvaltaren under hänvisning till 12 § 6 st förmånsrättslagen (FML). Bestämmelsen har efter den senaste ändringen (SFS 1994:639) följande lydelse:

> ''Om konkursgäldenären är näringsidkare, skall arbetstagare, som själv eller tillsammans med närstående senare än månader före konkursansökningen har ägt minst en femtedel av företaget, eller hans efterlevande, inte ha förmånsrätt enligt denna paragraf för lön eller pension. Detsamma gäller även när andelen har ägts av en närstående till arbetstagaren.''

T har i tingsrätt ansökt om stämning å staten och yrkat att hans fordran på innestående lön m m skall omfattas av den statliga lönegarantin och att staten till honom skall utge lönegarantiersättning med 68 265 kr jämte ränta.

Under ''grunder'' har T bl a anfört att det förhållande att han är bror till konkursgäldenären inte kan utesluta honom från förmånsrätt och därmed från att omfattas av den statliga lönegarantin. T menar att den svenska

[91] I det konkreta målet medgav staten käromålet. Jag använder emellertid ändå fallet för att konkretisera doktrinernas tillämpning. För svenskt vidkommande kan erinras om EFTA- domstolens dom den 20 juni 1995 där lönegarantidirektivet tolkades så att det hindrar tillämpningen av en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken en arbetstagare inte har rätt till ersättning på grund av en tvåårig karenstid.

domstolen vid tolkningen av svensk lag (läs: 12 § 6 st FML) skall göra detta konformt med rådsdirektiv 80/987/EEG[92] vilket innebär att T inte kan diskvalificeras från lönegaranti.

T anför vidare under ''grunder'' i andra hand att 12 § 6 st FML står i strid med direktivet och att detta innebär att medlemsstaten Sverige har begått ett brott mot EG-rätten. Staten har därför enligt T att till honom utge ''skadestånd/ersättning'' för den skada han lidit med anledning av fördragsbrottet.

Fallet aktualiserar följande frågeställningar: Har Sverige korrekt genomfört rådsdirektiv 80/987/EEG? Har bestämmelserna i direktivet direkt effekt? Kan en normkonflikt mellan 12 § 6 st FML och direktivet botas genom att den svenska regeln tolkas i ljuset av direktivets ordalydelse och ändamål (direktivkonform tolkning)? Har T rätt att begära ersättning från staten för den skada han lidit genom bristfälligt genomförande av direktivet? Är staten förpliktad att utge skadestånd till T?

Frågeställningarnas ordning kan ifrågasättas i ett bestämt avseende. Bör inte den andra frågan aktualisera möjligheten att tolkningsvägen bringa svensk rätt i överensstämmelse med direktivet, och den följande frågan vara om direktivet har direkt effekt? EG-domstolens hållning är att tolkningsförpliktelsen är subsidiär i förhållande till den direkta effekten.[93]

4.4.1 Korrekt genomförande?

En central fråga att ta ställning till är om Sverige korrekt genomfört rådsdirektiv 80/987 eller brutit mot sina förpliktelser enligt artikel 189 (3) och de allmänna lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EG.

Enligt min mening har Sverige *inte* genomfört direktivet på ett korrekt sätt eftersom det föreligger en normkonflikt mellan direktivet och 12 § 6 st FML. Av den svenska bestämmelsen framgår klart att arbetstagare som är närstående till konkursgäldenär som är näringsidkare inte har förmånsrätt för lön. Därmed har denne inte rätt till lönegaranti.

Enligt direktivets artikel 1(2) får medlemsstaterna undanta vissa fordringar från direktivets tillämpningsområde. De kategorier arbetstagare som har undantagits är upptagna i bilagan till direktivet.

[92] Rådsdirektiv 80/987 av den 20 oktober 1980 om tillnärmande av medlemsstaternas lagar vad gäller skyddet för enskilda i händelse av arbetsgivares insolvens, OJ No L 283, 28 oktober 1980, p 23.

[93] Se ovan under avsnitt 2.2.4.

I *Miret*[94] frågade en spansk domstol om arbetstagare i ett företags ledning kunde undantas från direktivets tillämpningsområde trots att de inte var upptagna i bilagan till direktivet. EG-domstolen noterade inledningsvis att Spanien inte, vid tillträdet till EG, begärt undantag enligt artikel 1(2) för personer i företagsledande ställning. EG-domstolen konstaterade därefter att direktivet hade till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definieras som anställda enligt nationell rätt. Undantagna är endast de som fanns upptagna i bilagan till direktivet. Kategorin personer i företagsledande ställning finns inte upptagen i bilagan. Direktivet omfattar därmed även personer i företagsledande ställning.

Överfört på vårt fall får detta resonemang följande konsekvenser. Sverige har inte begärt och erhållit undantag för närstående arbetstagares lönefordringar från direktivets tillämpningsområde. Kategorin till näringsidkare närstående arbetstagare finns inte upptagen i bilagan till lönegarantidirektivet.[95] Närstående arbetstagare omfattas således av direktivets lönegarantiskydd. Den svenska begränsningen i 12 § 6 st FML är därmed oförenlig med direktivet. Sverige har brutit mot sina förpliktelser enligt artikel 189 (3) EG och lojalitetsplikten i artikel 5.

Man skulle i och för sig kunna hävda att inskränkningen i förmånsrättslagen tillkommit för att förhindra missbruk av lönegarantin och därmed vara tillåten enligt artikel 10 (a) i direktivet. I *Commission v Italy*[96] synes EG-domstolen vilja ge bestämmelsen en restriktiv tolkning under förevändning att direktivets ändamål är att tillerkänna enskilda arbetstagare vissa minimirättigheter.

Trots att ambitionen med lagändringen i 12 § 6 st FML har varit att stävja missbruk kan man invända att myndigheter och domstolar genom tillämpning av bestämmelsen enligt den gamla lydelsen som Sverige erhållit undantag för (närstående arbetstagare med väsentligt inflytande över verksamheten) väl har kunnat upprätthålla en praxis som förhindrat missbruk av närstående. Det finns därför inget som talar för att ett ovillkorligt förbud för närstående skulle vara bättre ägnat att förhindra missbruk. Förbudet torde innebära en begränsning som knappast kan anses nödvändig för att uppnå ändamålet med åtgärden. Det torde gå att finna mindre ingripande åtgärder

[94] Mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911.

[95] Irland har exkluderat "Close relatives of the employer, without a written contract of employment, whose work has to do with a private dwelling or farm in, or on, which the employer and the close relatives reside."

[96] Mål 22/87 [1990] ECR 3917.

än att utesluta hela grupper av arbetstagare från lönegarantilagens tillämpningsområde. Enligt förmånsrättslagens nuvarande lydelse saknas vidare möjlighet att undersöka om missbruk föreligger i det enskilda fallet. Jag finner det även tveksamt att ha ett förbud som utesluter arbetstagares rätt till lönegaranti om missbruket ligger hos arbetsgivaren.

Mot bakgrund av det anförda medför bestämmelsen i direktivets artikel 10 enligt min mening inte att oförenligheten mellan direktivet och 12 § 6 st FML botas.

4.4.2 Direkt effekt?

Vid fördragsbrott som inbegriper bristfälligt genomförande av direktiv uppkommer frågan om direktivets direkta effekt, dvs kan T grunda en rätt till lönegaranti på direktivet som kan göras gällande i domstol?

I *Francovich*[97] uttalade EG-domstolen att rådsdirektiv om lönegaranti för enskilda arbetstagare *inte* hade direkt effekt. Direktivet föreskrev att medlemsstaterna skulle skapa ett system som gav enskilda uppsägningslön vid arbetsgivarens konkurs. EG-domstolen fann att bestämmelserna som tog sikte på rättighetens innehåll och förmånstagarnas identitet var klara, precisa och ovillkorliga. Det enda den nationella domstolen behövde göra för att faställa identiteten var att kontrollera om arbetstagarna var uteslutna från direktivets tillämpningsområde genom att de var upptagna i bilagan till direktivet.[98]

Direktivet kunde emellertid inte ha direkt effekt eftersom det gav medlemsstaterna omfattande fritt skön vad gällde organisation, funktion och finansiering av de institutioner som var ansvariga för att lönegarantin skulle betalas ut. EG-domstolen menade att det var omöjligt att identifiera den institution som skulle svara för obetalda krav genom att utgå från direktivet.[99]

I vissa mål ger direktiv en valmöjlighet vad gäller resultatet som skall uppnås. Direktivet i *Francovich*[100] lämnade till medlemsstaterna att välja mellan tre metoder för beräkning av tiden som arbetstagare kunde erhålla betalning. Bestämmelsen var klar och ovillkorlig eftersom det var möjligt att fastställa en minimigaranti genom att välja det datum som la lättast

[97] Mål C-6 och 9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 10-27.
[98] Ibid p 14.
[99] Ibid p 25-27.
[100] Mål C-6 & 9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 15-20.

ekonomiska börda på den utbetalande institutionen.

I de fall ett direktiv föreskriver ett klart resultat behöver inte den direkta effekten äventyras trots att medlemsstaterna ges möjligheter att avvika från direktivet vid genomförande.[101] Särskilda förpliktelser som kan ha direkt effekt men som befinner sig i ett direktiv som i sin helhet inte har direkt effekt kan avskiljas från de generella bestämmelserna.

I *Miret*[102] betonade EG-domstolen att lönegarantidirektivet inte förpliktade medlemsstaterna att inrätta en och samma fond för samtliga typer av anställda. Det stod Spanien fritt att på egen hand avgöra vilka arbetstagare som skulle omfattas av en garantiinstitution. Arbetstagare i företagsledande ställning kunde därmed inte lita till den garantifond som var inrättad för andra anställda.

Eftersom medlemsstaterna har givits ett betydande fritt skön när det gäller genomförandet av direktivet slöt sig EG-domstolen till att personer i företagsledande ställning inte kunde förlita sig på direktivet och begära betalning av innestående lön från garantifonden som inrättats för andra grupper av anställda.

Vid en undersökning av direktivets bestämmelser rörande medlemsstatens förpliktelser att skapa en garantiinstitution framgår att förpliktelsen *inte* innebär att medlemsstaten måste upprätta en och samma institution för alla kategorier anställda.

En sammanvägd analys av *Francovich* och *Miret* ger vid handen att bestämmelserna i direktivet angående arbetstagares rätt till lönegarantiersättning saknar direkt effekt eftersom staten inte enligt direktivet kan anses förpliktad att svara för obetalda krav från personer som inte omfattas av den nationella garantiinstitutionen.

Lönegarantidirektivet ger även Sverige betydande handlingsutrymme när det gäller organisation, funktion och finansiering av garantiinstitutionen. Sverige har emellertid redan inrättat ett system för lönegaranti med en klart definerad garantiinstitution. Härmed uppkommer frågan om denna omständighet ”botar” bristen i direktivet vad gäller identiteten hos den svarande institutionen. Denna fråga aktualiserar EG-domstolens syn på lagtolkningens karaktär och förhållandet mellan norm och sakomständigheter i rättstillämpningen.[103]

[101] Mål 71/85 Nederlandse Vakbeweging [1986] ECR 3855 p 12-23, särskilt p 19, målen C-19/90 och C-20/90 Karella [1991] ECR I-2691 p 17-23.
[102] Mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911.
[103] Denna fråga analyseras nedan under 4.5.

Enligt EG-domstolens synsätt skulle det faktum att Sverige infört lagstiftning som identifierar den förpliktade institutionen knappast bota bristen i direktivet. Detta beror på att EG-domstolen synes karaktärisera kriterierna för direkt effekt som interna i förhållande till sakomständigheterna i det konkreta fallet. Kraven på klarhet, precisering och ovillkorlighet skall enligt EG-domstolen hänföras till direktivets inneboende natur.[104]

Närstående arbetstagare skulle enligt EG-rätten inte kunna förlita sig på direktivet och begära betalning av innestående lön från lönegarantin som enligt 12 § 6 st FML inte är inrättad för denna kategori arbetstagare. Överfört på vårt mål innebär detta att T inte direkt kan åberopa direktivet och erhålla lönegarantiersättning.[105]

4.4.3 Direktivkonform tolkning?

Trots att ett direktiv inte anses ha direkt effekt kan vissa effekter erhållas genom lagtolkning. Termen *direktivkonform tolkning* har aldrig använts av EG-domstolen. Den fungerar ändå utmärkt för att beskriva vilka effekter EG-regler kan ha trots att de inte anses uppfylla kriterierna för direkt effekt. Termen hänför sig till nationella domstolars skyldigheter vid tolkning av nationell rätt som befinner sig inom EG-rättens tillämpningssfär.

I *Miret*[106] uttalade EG-domstolen att när den nationella domstolen tolkar och tillämpar nationell rätt måste den förutsätta att medlemsstaten har haft som avsikt att i sin helhet genomföra förpliktelserna i direktivet. Vid tillämpningen av nationell rätt, oavsett om bestämmelserna i fråga beslutats före eller efter direktivet, har den tolkande nationella domstolen att så långt det är möjligt tolka nationell lagstiftning

> ''... in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of Article 189 of the Treaty.''[107]

EG-domstolen konstaterade därefter att de nationella bestämmelserna inte kunde tolkas så att de harmonierade med direktivet och ge arbetstagarna i företagsledande ställning några förmåner enligt direktivet.

[104] Ibid.
[105] Hade direktivet haft direkt effekt har den rättstillämpande myndigheten en skyldighet att åsidosätta 12 § 6 st FML och tillämpa direktivets bestämmelser. Se mål 103/88 Costanzo [1989] ECR 1839.
[106] Mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911.
[107] Ibid.

Överfört på vårt fall innebär detta följande. I 12 § 6 st FML utesluts närståendes fordringar klart från förmånsrätt och rätt till lönegaranti. Bestämmelsen står klart i strid med direktivet som enligt EG-domstolen har till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definieras som arbetstagare enligt nationell rätt. Undantagna var endast de som fanns upptagna i bilagan till direktivet.[108] Direktivet omfattar således även närstående. Normkonflikten synes därmed enligt EG-domstolens praxis inte kunna lösas tolkningsvägen eftersom denna inte innebär en förpliktelse att tolka *contra legem*.

4.4.4 Rätt att begära ersättning av staten?

Svaret på frågan om T:s rätt och möjlighet att erhålla ersättning av staten aktualiserar en tolkning av *Francovich*.[109]

Frågan om statens skadeståndsskyldighet benades upp i två delar. Först diskuterade EG-domstolen existensen av ett skadeståndsansvar som rättsprincip. Därefter angavs under vilka förhållanden denna kan sägas existera mot bakgrund av fakta i det konkreta målet.

EG-domstolen relaterade sin praxis i *Van Gend en Loos*[110], *Costa v Enel*[111] och *Simmenthal*[112] och uttalade att

> ''... the full effectiveness of Community rules would be impaired and the protection of rights which they grant would be weakened if individuals were unable to obtain compensation when their rights are infringed by a breach of Community law for which a Member State can be held responsible.''[113]

EG-domstolen framhöll att möjligheten att erhålla gottgörelse från medlemsstaten är särskilt viktig i mål där:

> ''... the full effectiveness of Community rules is subject to prior action on the part of the State and where, consequently, in the absence of such action, individuals cannot enforce before the national courts the rights conferred upon them by Community law.''[114]

Detta synes innebära att ett rättsmedel skall finnas tillgängligt för den

[108] Ibid.
[109] Mål C-6 och 9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.
[110] Mål 26/62 [1963] ECR 1.
[111] Mål 6/64 [1964] ECR 585.
[112] Mål 106/77 [1978] ECR 629.
[113] Mål C-6 och 9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 33.
[114] Ibid p 34.

som åsamkats skada genom medlemsstatens fördragsbrott. Att rättsmedlet för tillvaratagande av enskildas intressen står att finna i EG-rätten har tidigare bekräftats i *Factortame*.[115] I *Francovich* har EG-domstolen formulerat det effektivitetskrav som leder den fram till grunden för en ansvarsprincip för staten gentemot sina medborgare.

> ''It follows that the principle whereby a State must be liable for loss and damage caused by individuals as a result of breaches of Community law for which the State can be held responisble is inherent in the system of the Treaty.''[116]

En ytterligare grund för gottgörelse med anledning av fördragsstridigt beteende finner EG-domstolen bland lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EG:

> ''A further basis for the obligation of Member States to make good such loss and damage is to be found in Article 5 of the Treaty, under which the Member States are required to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fullfilment of their obligations under Community law. Among these is the obligation to nullify the unlawful consequences of a breach of Community law..''[117]

Därefter konstaterar domstolen att

> ''... it is a principle of Community law that the Member States are obliged to pay compensation for harm caused to individuals by breaches of Community law for which they can be held responsible.''[118]

EG-domstolen uppställer därefter de grundkrav[119] som måste vara uppfyllda för att en bestämmelse skall kunna grunda en rätt till skadestånd. Om dessa är uppfyllda föreligger *enligt EG-rätten* en rätt för enskilda att erhålla kompensation.[120] Medlemsstaterna åläggs därefter en plikt att utforma sin egen process- och skadeståndsrätt så att enskildas EG-rättigheter kan skyddas.[121]

[115] Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433 p 18-21.
[116] Mål C-6 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 35.
[117] Ibid p 36.
[118] Ibid p 37.
[119] Ibid 39-41.
[120] Ibid 41.
[121] Ibid p 42: "Subject to that reservation, it is on the basis of the rules of national law on liability that the State must make reparation for the consequenses off loss and damage caused. In the absence of Community legislation, it is for the internal legal order of each Member State to designate the competent courts and lay down the detailed procedural rules for legal proceedings intended fully to safeguard the rights which individuals derive from Community law... "

I *Faccini Dori*[122] bekräftas resonemanget: om inte enskildas rättigheter kan tillförsäkras tolkningsvägen har staten att ersätta förlusten i enlighet med de närmare villkoren för skadestånd som formuleras i *Francovich*.[123]

I *Miret* upprepade EG-domstolen att när nationell rätt inte försäkrar om att arbetstagare erhåller det rättsskydd direktivet garanterar, har de rätt att begära att staten ersätter den förlust och skada som uppkommit som ett resultat av det bristfälliga genomförandet av direktivet.[124]

Överfört på vårt mål innebär detta att T har rätt att begära ersättning från staten Sverige för den skada han lidit genom det bristfälliga genomförandet av direktivet. I avsaknad av inhemskt rättsmedel har T att lita till EG-rätten.

4.4.5 Är staten förpliktad att utge skadestånd?

Av betydelse för möjligheterna att *erhålla* skadestånd är de villkor som EG-domstolen formulerar i *Francovich*.[125] För det första uttalar EG-domstolen att

''... the result prescribed by the directive should entail the grant of rights to individuals.''[126]

Detta synes introducera en kategorisering vad gäller direktiv: de som har som ändamål eller syfte att skapa rättigheter för enskilda och de som inte har det. Detta skall emellertid inte jämställas med frånvaron av direkt effekt. Principerna i Francovich synes endast vara tillämpliga på den första kategorin direktiv. Innan man kan stödja sig på *Francovich* för att finna ett ersättningsanspråk för förlust åstadkommen av medlemsstatens bristfälliga genomförande av direktiv, måste det först visas att direktivet är utformat för att skapa rättigheter för enskilda.[127]. EG-domstolen betonade i Francovich att lönegarantidirektivet var avsett att skapa rättigheter för enskilda.[128]

Det andra villkoret relaterar till den direkta effekten av direktiv vad gäller innehållet av de rättigheter som skall förlänas enskilda. I *Francovich* ansåg EG-domstolen att innehållet i rättigheterna var klart och ovillkorligt.[129]

[122] Mål C-91/92 Faccini Dori [1994] ECR I-3325.
[123] Ibid p 26-27.
[124] Mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911 domslutet p 2(b).
[125] Se analysen av målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep i avsnitt 9.3 nedan.
[126] Mål C-6 & 9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 40.
[127] Mål 380/87 Enichem Base [1987] ECR 2491.
[128] Mål C-6 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 40 och 46.
[129] Ibid p 44.

I *Francovich* var de ersättningsberättigade/skadelidande möjliga att identifiera genom att referera till direktivet. I diskussionen om direkt effekt i Francovich fann EG-domstolen att käranden i den nationella processen kunde identifieras genom referens till direktivet.

Det är emellertid osäkert om en rättighet enligt *Francovich* uppkommer om borgenären inte kan identifieras genom referens till direktivet. Om den ersättningsberättigade inte kan identifieras med referens till direktivet, eftersom de bestämmelser som beskriver dem varken är precisa eller ovillkorliga betyder detta att vilka som är berättigade att begära ersättning enligt Francovich bestäms av nationell rätt.

Tillämpat på vårt fall synes *Francovich* innebära en allmän förpliktelse för medlemsstaterna att erbjuda enskilda rättsmedel för skadeståndsprocesser mot staten för brott mot EG-rätten. Den specifika förpliktelsen som åvilar staten är att tillerkänna kompensation i fall av total underlåtenhet att genomföra direktiv när syftet med direktivet är att skapa rättigheter för enskilda och rättigheternas innehåll kan fastställas endast genom referens till direktivet.

EG-domstolen konstaterade i *Miret* att direktivet hade till avsikt att tillämpas på alla grupper av anställda som definierades som anställda enligt nationell rätt. Undantagna var endast de som fanns upptagna i bilagan till direktivet. Kategorin personer i företagsledande ställning fanns inte upptagen i bilagan. Direktivet omfattade därmed även personer i företagsledande ställning.[130]

Samma resonemang torde kunna föras i anslutning till vårt fall. Sverige har inte begärt undantag för närstående och de finns inte upptagna i bilagan till direktivet. Direktivet omfattar därmed även närstående. Närstående arbetstagare är rättighetssubjekt och kan identifieras med referens till direktivet. Rättighetens innehåll konstaterades vara klar och ovillkorlig i *Francovich*.

EG-domstolen nämner i Francovich inte oaktsamhet (culpa) från statens sida som ett villkor för skadestånd. I Francovich uttrycker EG-domstolen att skadeståndsansvaret är beroende av fördragsbrottets karaktär.[131] Domstolen menar att eftersom staten i det förevarande målet vägrar att erkänna de förpliktelser som artikel 189 (3) EG föreskriver, dvs att iaktta alla nödvändiga åtgärder för att uppnå det resultat direktivet stadgar om, inträder skadeståndsskyldigheten under de ovan diskuterade förutsättningarna. Det

[130] Mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911.
[131] Mål C-6 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 38.

är emellertid svårt att ur målet utläsa ett krav på oaktsamhet eller uppsåt.

I den juridiska litteraturen har det ifrågasatts om skadeståndsansvaret enligt Francovich är strikt eller om det krävs oaktsamhet eller eventuellt uppsåt av staten. Ur denna diskussion kan nämnas Lasok som menar att

> ''... the Court did not require a higher degree of fault than a simple failure to achieve the result intended by the directive.''[132]

Barav å sin sida menar att det är osäkert om alla brott mot EG-rätten skall rendera skadestånd. Han synes emellertid erkänna rätten till skadestånd vid bristfälligt genomförande av direktiv.[133] Denna uppfattning stöds av avgörandet i *Dillenkofer*[134] där EG-domstolen uttalade att:

> ''När en medlemsstat... i strid med artikel 189 tredje stycket i fördraget inte vidtar någon av de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som föreskrivs i direktivet inom den i direktivet fastställda tidsfristen, missbedömer den följaktligen uppenbart och allvarligt gränserna för utövandet av sina befogenheter... Härav följer att en sådan överträdelse ger upphov till en rätt till skadestånd för enskilda om det resultat som föreskrivs i direktivet innebär att enskilda tillerkänns rättigheter vars innehåll kan bestämmas på grundval av bestämmelserna i direktivet och om det finns ett orsakssamband mellan åsidosättandet av den skyldighet som åligger medlemsstaten och den skada som har uppkommit för de skadelidande, utan att några andra förutsättningar behöver föreligga.''[135]

Frågan om oaktsamhetskriterier och andra kvalitetskriterier vad gäller normstridigheter kom att avgöras av EG-domstolen i *Brasserie du pêcheur*. Dessa frågor och andra frågor som aktualiseras i målet och som har anknytning till enskildas rättsskydd och den judiciella kompetensfördelningen behandlas nedan i kapitel 9.

4.4.6 Regeringsrätten och effekten av direktiv

Den EG-rättsligt intressanta frågan i ett mål om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling gällde om 7 kap 1 § andra stycket i lagen om offentlig upphandling stred mot bestämmelser i ett rådsdirektiv.[136] Avgörande för bedömningen av förenligheten mellan reglerna är om begreppet ''då beslut om leverantör fattats'' i den svenska lagen har samma innebörd

[132] Lasok, State liability for breach of Community law, ICCLR 1992 s 189.
[133] Barav, Omnipotent Courts, Festschrift Henry Schermers 1994 vol II s 297 f.
[134] Målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94 Dillenkofer äep.
[135] Ibid p 26-27.
[136] Regeringsrättens beslut av den 26 juni 1996 i mål nr 2803-1995.

som direktivets formulering ''sedan upphandlingsavtalet slutits''.

Låt oss då undersöka om Regeringsrätten använt den metodologi som tillämpats i det ovan refererade exemplet om lönegarantidirektivet (direktivkonformtolkning?, direkt effekt? etc).

Efter en analys av såväl direktivet som den svenska lagen uttalade Regeringsrätten:

> ''Regeringsrätten finner mot bakgrund av det nu anförda att den i 7 kap 1 § andra stycket angivna tidpunkten 'då beslut om leverantör fattats' får anses innebära en tidpunkt som ligger före den tidpunkt då avtal sluts i direktivets mening. Därav följer således att det i den svenska lagen använda begreppet inte har samma innebörd som det begrepp som används i... Rådets direktiv... Vid den nu gjorda jämförelsen mellan den svenska lagregeln och direktivet framstår innebörden av direktivets regel som *helt klar*. Något skäl att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen föreligger därför inte.''[137]

Utan ytterligare resonemang kommer slutsatsen:

> ''Regeringsrätten finner på grund av vad nu har anförts att bestämmelsen i direktivet skall ges företräde framför regeln i 7 kap 1 § andra stycket LOU.''[138]

Med ledning av Regeringsrättens resonemang synes det omöjligt att utröna om domstolen genom direktivkonform tolkning givit direktivet effekt eller om domstolen givit det (vertikal) direkt effekt. Det kanske ligger närmast till hand att anta att Regeringsrätten ansåg att direktivet hade direkt effekt eftersom graden av normstridighet i princip utesluter direktivkonform tolkning. Vad som talar emot denna tolkning av avgörandet är att Regeringsrätten inte valt att att pröva om den aktuella bestämmelsen i direktivet uppfyller kraven för direkt effekt, dvs om förpliktelsen är klar, precis och ovillkorlig[139], om direktivet är av den beskaffenhet eller natur att det har till syfte att skapa rättigheter för enskilda[140] och om direktivets genomförandetid måste gått till ända.[141] Om Regeringsrätten har givit direktivbestämmelsen vertikal direkt effekt finns det vidare skäl bedöma om Upplands lokaltrafik AB kan anses falla under EG-domstolens definition av ''stat''.[142] Denna fråga har inte behandlats i motiveringen.

[137] Ibid s 7.
[138] Ibid.
[139] Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 17-25.
[140] Ibid p 25.
[141] Mål 148/78 Ratti [1979] ECR 1629 p 24, 39-46.
[142] Mål 188/89 Foster [1990] ECR I-3313 p 16-22.

4.5 Doktrinen om direkt effekt och förhållandet mellan norm och sakomständigheter

4.5.1 Inledning

EG-domstolens doktriner om direkt effekt och medlemsstaternas skadeståndsansvar reser enligt min mening vissa intressanta rättsteoretiska problem. Vad som särskilt intresserar är om man kan hävda att en EG-rättslig norm *generellt* kan sägas uppfylla kraven för direkt effekt, eller om normen alltid måste relateras till de *sakomständigheter* som aktualiseras i det konkreta fallet, dvs har normerna vissa inre egenskaper som existerar oberoende av sakomständigheterna i det konkreta fallet?

4.5.2 EG-domstolen och normernas natur och "inre egenskaper"

För att EG-domstolen skall anse att bestämmelser i direktiv skall ha direkt effekt måste de uppfylla vissa krav på klarhet, precisering och ovillkorlighet.[143] Vidare måste direktivet vara av den beskaffenhet eller natur att det är kapabelt att skapa rättigheter för enskilda.[144]

EG-domstolens doktrin om direkt effekt synes vila på antagandet om att en norm har vissa inre egenskaper som i princip är oberoende av sakomständigheter i det konkreta fallet.

Artikel 12 EG lyder:

> "Medlemsstaterna skall inte sinsemellan införa nya tullar på import eller export eller avgifter med motsvarande verkan och inte höja sådana tullar eller avgifter som de redan tillämpar i sina inbördes handelsförbindelser."

I *Van Gend en Loos* var frågan om bestämmelserna i artikel 12 kunde grunda rättigheter för enskilda som kunde åberopas i nationell domstol. EG-domstolen uttalade:

> "The wording of Article 12 contains a clear and unconditional prohibition which is not a positive but a negative obligation. This obligation, moreover, is not qualified by any reservation on the part of the states which would make its implementation conditional upon a positive legislative measure enacted under national law. The very nature of this prohibition makes it ideally adapted to produce direct effects in the legal relationship between Member States and their subjects."[145]

[143] Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53 p 17-25.
[144] Ibid p 25.
[145] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.

Intressant är att EG-domstolens justifiering inte relaterar till sakomständigheterna i den holländska domstolens begäran om förhandsavgörande utan endast försöker tolka artikel 12 utifrån fördragets systematik och syften:

> ''It follows from the foregoing considerations that, according to the spirit, the general scheme and the wording of the Treaty, Article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect.''[146]

EG-domstolens justifiering av normens karaktär har i detta fall inte sin grund i sakomständigheterna i den nationella tvisten. Skälet till detta är sannolikt att det är svårt, för att inte säga omöjligt, att denna väg kunna ge artikel 12 en tolkning som inbegriper direkt-effekt-doktrinen. Vad domstolen i stället gör är att utifrån fördragets systematik och syfte söka stöd för en *ny norm*. EG-domstolen skapar en ny norm om direkt effekt genom en ''rekonstruktion'' av artikel 12. EG-domstolen behöver härmed inte bemöda sig med att upprätta en relation mellan norm och sakomständigheter för att denna väg avgöra frågan om normens klarhet och precision.

I *Dillenkofer*[147] uttalade EG-domstolen:

> ''När en medlemsstat... i strid med artikel 189 tredje stycket i fördraget inte vidtar någon av de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som föreskrivs i direktivet inom den i direktivet fastställda tidsfristen, missbedömer den följaktligen uppenbart och allvarligt gränserna för utövandet av sina befogenheter... Härav följer att en sådan överträdelse ger upphov till en rätt till skadestånd för enskilda om det resultat som föreskrivs i direktivet innebär att enskilda tillerkänns rättigheter vars innehåll kan bestämmas på grundval av bestämmelserna i direktivet och om det finns ett orsakssamband mellan åsidosättandet av den skyldighet som åligger medlemsstaten och den skada som har uppkommit för de skadelidande, utan att några andra förutsättningar behöver föreligga.''[148]

En intressant fråga är om det första kriteriet för rätt till skadestånd för enskilda, dvs att resultatet som föreskrivs i direktivet skall innebära att enskilda tillerkänns rättigheter vars innehåll kan bestämmas på grundval av bestämmelserna i direktivet, skall betraktas som ett internt kriterium och kravet på orsakssamband som ett externt kriterium.

[146] Ibid.
[147] Målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94 Dillenkofer äep.
[148] Ibid p 26-27.

4.5.3 Relationen mellan norm och sakomständigheter som rättstillämpningens oundvikliga förutsättning

Jag har tidigare framhållit att målen Francovich, Faccini Dori och El Corte Inglés alla handlade om total underlåtenhet att genomföra ett direktiv. Syftet hos vart och ett av direktiven var att skapa rättigheter för enskilda. Rättigheterna bedömdes i samtliga fall vara klart, precist och ovillkorligt definerade. Vidare hävdade jag att det var *externa* omständigheter som ledde till att enskilda inte kunde förlita sig direkt på direktivens bestämmelser. I *Francovich* var det identiteten hos den förpliktade institutionen som inte klart kunde fastställas utifrån direktivets ordalydelse. I *Faccini Dori* och *El Corte Inglés* var det frånvaron av *horisontell* direkt effekt av direktiv som avgjorde.

Problemet med denna pedagogiskt orienterade åtskillnad är enligt min mening att kraven på klarhet, precisering och ovillkorlighet knappast kan karaktäriseras som *interna* kriterier för en norms möjligheter att kvalificeras som direkt effektiv.

Jag har tidigare distanserat mig från tanken om rätten som subjektiv, motsägelsefull och obestämbar i sin mest extrema form. I undersökningen utgår jag från att rättsliga texter i skilda faktiska situationer kan vara mer eller mindre obestämbara och vaga. Vidare menar jag att den intressantaste aspekten av rättsliga tolkningsteorier är den som angriper frågan om att utmönstra bestämbarhet och obestämbarhet och göra åtskillnad mellan klara och oklara fall för att påvisa princip- eller regelorienterat handlande vid lösningen av de oklara fallen. I detta avseende är jag av den bestämda uppfattningen att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl domstolen presenterar för sina avgöranden.[149]

EG-domstolen synes företräda en utgångspunkt som ser rättsligt beslutsfattande som en subsumtion av ett fall under en viss rättsregel.[150] Problemet med denna hållning är att ingen rättsregel kan styra sin egen tillämpning. Om vi betraktar ett fall som ett antal omständigheter som faller under en regel, kan fallet som konstituteras endast beskrivas utifrån den aktuella regel som skall tillämpas på fallet. Men på samma gång måste normen ges en mer konkret mening för att överhuvudtaget kunna tillämpas på sakomständigheterna i fallet, för att dessa skall kunna omvandlas till ett fall. En

[149] Jmfr Weiler 1987 s 567 f.

[150] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595 p 11.

norm synes alltid ''ta in'' en komplex situation på ett selektivt sätt. Detta intagande av sakomständigheter styrs i sin tur av det juridiska relevanskriterium som normen formulerar. Men det fall som konstitueras av normen kan aldrig uttömma normens vaga semantiska innehåll. Fallet kan endast selektivt precisera och konkretisera delar av normens obestämbarhet.[151]

EG-domstolens doktrin om direkt effekt är ett resultat av förhandsavgöranden enligt artikel 177. Artikel 177-mål inleds alltid med en process av förförståelse som upprättar en inledande relation mellan norm och sakomständigheter. På grundval av sina kunskaper om den EG-rättsliga normen och sakomständigheterna i det konkreta fallet skapar domarna i EG-domstolen sig en uppfattning om graden av bestämdhet och vaghet hos den norm som är föremål för tolkning. Kunskapsprocessen kan sägas präglas av en interaktiv relation mellan norm och fall som i slutändan förhoppningsvis leder fram till att normen erhåller ett visst mått av precisering och klarhet.

Förstås lagtolkning som en cirkulär process där norm och fall interagerar för att ömsesidigt konkretisera varandra men där sakomständigheterna aldrig kan uttömma normens obestämbarhet synliggörs relativiteten i EG-domstolens kriterier för direkt effekt. Rättsliga texter kan med denna utgångspunkt aldrig på förhand eller generellt anses uppfylla ett fast kriterium vad gäller klarhet och precisering. Slutsatsen blir att rättsliga texters relativa klarhet står i direkt relation till de faktiska situationer i vilka de aktualiseras. Denna syn på lagtolkningen kan sägas utgå från följande förutsättning formulerad av Cardozo:

> ''We live in a world of change. If a body of law were in existence adequate for the civilization of today, it could not meet the demands of civilization of tomorrow. Society is inconstant. So long as it is inconstant, and to the extent of such inconstancy, there can be no inconstancy in law. The kinetic forces are too strong for us. We may think the law is the same if we refuse to change the formulas. The identity is verbal only. The formula has no longer the same correspondance with reality. Translated into conduct, it means something other than it did. Law defines a relation not always between fixed points, but often, indeed oftenest, between points of varying position. The acts and situations to be regulated have a motion of their own. There is change whether we want it or not.''[152]

[151] Habermas, Between Facts and Norms 1996, s 199.
[152] Cardozo, The Paradoxes of Legal Science 2 1928, s 10.

4.6 EG-rättens företräde

4.6.1 Inledning

EG-fördraget har genom EG-domstolens rättstillämpning enligt många kommentatorer utvecklats till en ''europeisk konstitution''.[153] Det betyder emellertid inte att Europeiska unionen kan kvalificeras som ett fullt utvecklat federalt statsskick i likhet med USAs. Den ''europeiska konstitutionen'' får finna sig i att existera i samexistens med medlemsstaternas interna konstitutioner, vilka fortfarande anses vara den högsta rättskällan i de nationella rättsordningarna.[154]

EG-domstolen har i en serie mål definierat förhållandet mellan EG-rätten och nationella konstitutioner. Redan i målet Costa v Enel uttalade EG-domstolen att EG-rätten ''cannot be overridden by domestic legal provisions, however framed''.[155] Den ursprungliga franska versionen är till och med klarare: EG-rätten ''... ne peut se voir opposer de norme interne *quelle qu'elle soit*''.[156]

I *Internationale Handelsgesellschaft*[157] ställdes domstolen inför en konflikt mellan en EG-förordning och den tyska grundlagen. EG-domstolen uttalade att

> ''... the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure''.[158]

Såväl interna institutionella som materiella konstitutionella regler måste vika om de på något sätt skulle äventyra EG-rättens effektivitet.[159]

[153] Se exempelvis Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 595 ff, Lenaerts, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, AJCL 1990 s 205 ff och Weiler, Transformation of Europe, Yale L J 1991 s 2413 ff.
[154] de Witte, Community Law and National Constitutional Values, LIEI 1991 s 1.
[155] Mål 6/64 [1964] ECR 585, s 594.
[156] Recueil 1964, s 1141.
[157] Mål 11/70 [1970] ECR 1125.
[158] Ibid s 1134.
[159] Se mål 30/72 Commission v Italy [1973] ECR 161 och mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.

4.6.2 Simmenthal

I *Simmenthal*[160] hade en lokal domstol i Italien förelagt det italienska finansdepartementet att återbetala vissa avgifter till Simmenthal som uppburits utan lagstöd. Domstolen kom fram till detta genom att tidigare ha frågat EG-domstolen om tolkningen av två jordbruksförordningar.[161] Efter att fått svar på frågorna ansåg domstolen att den lag på vilken avgiftsuttaget grundats stod i strid med EG-rätten.

När den lokala domstolen förelade finansministeriet att återbetala avgifterna överklagade ministeriet och hävdade att domstolen inte hade någon rätt att ogiltigförklara eller åsidosätta lagar för att de strider mot högre rättsnormer. Denna rätt tillkom enligt ministeriet endast den italienska författningsdomstolen. Enligt ministeriet måste alltså frågan underställas författningsdomstolen för avgörande.

För att reda ut begreppen ställde den lokala domstolen återigen tolkningsfrågor till EG-domstolen. Frågorna gällde nu om en nationell domares plikt enligt EG-rätten, att åsidosätta EG-stridiga nationella regler, skall gälla framför förpliktelsen enligt nationell rätt, att underställa författningsdomstolen frågor om normkonflikter. Nyckelpassagen i EG-domstolens svar förtjänar att citeras i sin helhet:

> ''... measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provisions of current national law but – in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States – also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with Community provisions.
>
> Indeed any recognition that national legislative measures which encroach upon the field within which the Community exercises its legislative power or which are otherwise incompatible with the provisions of Community law had any legal effect would amount to a corresponding denial of the effectiveness of obligations undertaken unconditionally and irrevocably by Member States pursuant to the Treaty and would thus imperil the very foundations of the Community.''[162]

För nationella domstolar och för den nationella förvaltningen synes principen om EG-rättens företräde kunna uppfattas som en konfliktnorm. För

[160] Mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.
[161] Mål 35/76 Simmenthal I [1976] ECR 1871.
[162] Mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629 p 17-18.

lagstiftaren har principen snarare betydelse som en spärr för beslutande av ensidiga regler i strid med EG-rätten.[163]

Om den teoretiska justifieringen av företrädesdoktrinen utgår från att EG-rätten är ett autonomt rättsystem som skapats av en överföring av suveränitet från medlemsstaterna till gemenskapen kan nationella regler som strider mot EG-rätten inte beslutas eftersom de är *ultra vires*. Konsekvensen av EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen i *Simmenthal*[164] blir att EG-rätt och nationell rätt kan uppfattas som stående i ett hierarkiskt snarare än i ett horisontellt förhållande till varandra. Med Prechal:

> ''... although the principle of supremacy was not initially conceived as differentiating between legal rules of a lower order (national rules) and higher order (Community rules), in practice the construction often amounts to giving directives and Community law in general a higher ranking in the hierarchy of norms which are valid within a national legal system.[165]

4.6.3 Factortame

Företrädesdoktrinen och nationella domstolars ansvar för EG-rättens effektiva tillämpning kom att preciseras i målet Factortame.[166]

Bakgrunden till målet var i korthet följande. År 1988 beslutades ett tillägg till Merchant Shipping Act för att hindra spanska fiskeintressen från att ta del av den kvot som tilldelats Storbritannien genom den gemensamma fiskeripolitiken. Ändringen innebar ett effektivt hinder för spanskägda fiskebåtar från att registreras som brittiska. För att hindra kvotintrång krävdes, för att fiskebåten skulle anses som brittisk, att minst 75% av det båtägande bolagets aktier innehades av en person som hade hemvist i Storbritannien eller att minst 75% av direktörerna i bolaget motsvarade samma krav.

Ett antal brittiska bolag, med majoritet av spanska aktieägare och direktörer, ifrågasatte lagligheten av författningstillägget i brittisk domstol. Man menade att det stod i strid med artikel 7 EEG (diskriminering pga nationalitetsskäl), artikel 52 EEG (etableringsfriheten) och artikel 221 EEG (icke-diskriminering vid kapitalplacering). Parter i tvisten var bolagen och det brittiska transportministeriet. The Divisional Court of the Queens Bench Division (Neill L.J. och Hodgson J.) bad om ett förhandsavgörande från

[163] Se nedan kapitel 8 om EG-rättens spärrverkan.
[164] Mål 106/77 [1978] ECR 629 särskilt p 17.
[165] Prechal 1995 s 122.
[166] Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433.

EG-domstolen vad gällde förenligheten mellan den brittiska författningen och EG-rätten.[167]

Domstolen gjorde bedömningen att käranden sannolikt skulle vinna framgång med sin talan och beslutade att intermistiskt suspendera tillämpningen av tillägget till Merchant Shipping Act. Efter överklagande ändrades beslutet av Court of Appeal med motiveringen att det stod i strid med brittisk konstitutionell tradition att ifrågasätta giltighet och tillämpning av en lagstiftningsakt beslutad av det brittiska parlamentet.[168] Även detta beslut överklagades.

The House of Lords fann att kärandena skulle lida irreparabel skada om de förnekades suspension (interim relief) av lagen. Även laglorderna gjorde bedömningen att kärandena slutligen skulle vinna bifall i huvudsaken, men slog fast att brittisk rätt inte innehöll någon möjlighet för domstolar att ifrågasätta rättsakter beslutade av parlamentet. Man underställde därför EG-domstolen problemet. Frågan som EG-domstolen hade att ta ställning till gällde om nationella domstolar, trots att de var förhindrade därtill enligt nationell rätt, enligt EG-rätten var förpliktade att åsidosätta nationella regler som strider mot EG-rätten.

Målet reste frågan om existensen och tillgången på en processuell regel om suspension (interim relief) av tillämpningen av en rättsakt beslutad av regeringen (the Crown). EG-domstolen fastslog att

> ''Community law must be interpreted as meaning that a national court which, in a case before it concerning Community law, considers that the sole obstacle which precludes it from granting interim relief is a rule of national law must set aside that rule''.[169]

En kritisk analys av målet ger vid handen att EG-domstolen delvis, medvetet eller omedvetet, synes ha omformulerat de tolkningsfrågor som House of Lords ställt. Detta kom senare att leda till missuppfattningar och felslut i avgörandet. När frågorna ställdes förklarade Lord Bridge skälen till att frågorna ställdes med att inget av EG-domstolens avgöranden

> ''... can properly be treated as determinative of the difficult question, which arises for the first time in the instant case, of providing interim protection of putative and disputed rights in Community law before their existence has been established.''[170]

[167] R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd [1989] 2 CMLR 353 s 357.
[168] Ibid s 392 p 19.
[169] Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433 p 23.
[170] Regina v Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Limited [1989] 3 CMLR 1 s 22f.

Grunderna för Court of Appeals vägran att bevilja *interim relif* utvecklades av Bingham L J:

> ''We start from a position (before 1973) in which the court had no jurisdiction to dispense with the operation of a statute. If, therefore, the court now has such jurisdiction, one must find the source of such additional jurisdiction.''[171]

Bingham L J kunde inte finna någon rättsnorm i EG-rätten eller i nationell rätt som gav den nationella domstolen möjlighet att suspendera tillämpningen av lagar till förmån för EG-rättigheter. Slutsatsen blev således att engelsk domstol

> ''... has no jurisdiction to grant the interim relief which the applicants sought and the Divisional court granted.''[172]

High Courts avgörande som suspenderade tillämpningen åsidosattes för att det inte kunde grundas på domstolens kompetens. Det var endast denna fråga om domstolarnas jurisdiktion som överklagades till House of Lords.

Lord Bridge var helt klar över att engelska domstolar saknade jurisdiktion enligt engelsk rätt.[173] Frånvaron av jurisdiktion

> ''... to grant interim injunctions against the Crown is an additional reason why the order made by the Divisional Court cannot be supported.''[174]

Det var för att få svar på frågan om engelska domstolar hade denna kompetens som House of Lords vände sig till EG-domstolen för ett förhandsavgörande. Frågan var om nationella domstolar enligt EG-rätten var *förpliktade* eller endast *gavs kompetens* att ge intermistiskt skydd för rättigheterna. Om det var så att EG-rätten endast gav kompetensen utan att förplikta, vilka kriterier skulle tillämpas vid avgörandet om kompetensen skulle utnyttjas eller inte?[175]

EG-domstolen synes inte ha funnit distinktionerna relevanta utan omformulerade frågorna och menade att

> ''... the preliminary question raised by the House of Lords seeks essentially to ascertain whether a national court which, in a case before it concerning Community law, considers that the sole obstacle which precludes it from granting interim relif is a rule of national law, must disapply that rule.''[176]

[171] [1989] 2 CMLR 353, s 392.
[172] Ibid s 404.
[173] [1989] 3 CMLR s 13 f.
[174] Ibid s 22.
[175] Jmfr Barav 1994 s 274.
[176] Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433 p 17.

EG-domstolen synes här ha förbisett ett centralt problem. Det fanns nämligen inget i House of Lords frågor eller uttalandet av Lord Bridge som antydde att House of Lords ansåg att interim relief borde beviljas i målet om en sådan kompetens existerade. I Court of Appeal hade Bingham L J funderat över frågan och kommit fram till att *interim relief* inte borde beviljas.[177] Bingham slog även fast den centrala konstitutionella doktrin som uteslöt kompetensen att bevilja interim relief:

> ''I do, with respect, think that the Divisional Court erred in failing to direct itself that in all save the most exceptional case, proponderant weight must be given to the rule that a statute, duly enacted, must be taken to represent the law unless or until displaced. I do not think the Divisional Court was correct to weigh equally in the scales an Act of Parliament, which might in the future be held unlawful, and a Community right, which might in the future be upheld. I do not think the Divisional Court acknowledged the constitutional enormity, as the law stands, of requiring a Secretary of State to act contrary to the clearly expressed will of Parliament when the unlawfulness of the expression has not yet been established.''[178]

Eftersom EG-domstolen hade bortsett från problemen med frågan om kompetensens existens och utövandet av denna genom att omformulera tolkningsfrågorna blev svaret därefter. EG-domstolen uttalade att

> ''... Community law must be interpreted as meaning that a national court which, in a case before it concerning Community law, considers that the sole obstacle which precludes it from granting interim relief is a rule of national law, must set aside that rule.''[179]

I stället för att aktualisera den viktiga distinktion som House of Lords framhöll i sina frågor gjorde EG-domstolen ett företrädesproblem av målet. Domstolen menade att målet rörde *utövandet av kompetens* snarare än *existensen av kompetens*.[180]

Av målet framgår emellertid klart att engelska domstolar numera när det gäller äventyrade EG-rättigheter har en kompetens de tidigare var förutan: kompetensen att bevilja interim relief mot regeringen (the Crown). En

[177] [1989] 2 CMLR s 405: "If, contrary to the view I have expressed, this court has jurisdiction to dispense with the operation of a statute to protect rights alleged, but not established to exist in Community law, and assuming that there is jurisdiction to grant an interlocutory injunction against the Crown or one of its officers, the question remains whether (within the margin of appreciation accorded to it) the Divisional Court properly exercised its discretion to grant such relief."

[178] Ibid s 407.

[179] Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433 p 23.

[180] Barav 1994 s 274.

nationell inkonsekvens har framhållits av Lord Woolf:

> ''... while a citizen is entitled to obtain injunctive relief (including interim relief) against the Crown or an officer of the Crown to protect his interests under Community law he cannot do so in respect of his other interests which may be just as important.''[181]

Denna nya kompetens skall enligt Lord Woolf utövas sparsamt och under särskilda omständigheter.[182] I sitt sökande efter stöd för tillämpning av interim relief tvivlade Lord Goff i *Factortame* på om det krävdes att normstridigheten skulle vara uppenbar (prima facie) för att *interim relief* skulle beviljas. Lord Goffs konklusion löd

> ''... the matter is one for the discretion of the court, taking into account all the circumstances of the case. Even so, the court should not restrain a public authority by interim injunction from enforcing apparently authentic law unless it is satisfied, having regard to all the circumstances, that the challenge to the validity of the law is prima facie, so firmly based as to justify so exceptional a course being taken.''[183]

En parallell kan här dras till den svenska statsrätten. Enligt bestämmelserna i regeringsformen 11:14 krävs att normstridigheten mellan en regeringsförordning eller lag och grundlag skall vara uppenbar för att ett åsidosättande skall kunna ske av domstol. Detta uppenbarhetskrav har lett till att svenska domstolar i stor utsträckning avhållit sig från att pröva förordningar och lagar mot grundlagarna.[184] Att i svensk domstol tillämpa uppenbarhetskravet i förhållande till EG-rätten utgör enligt EG-domstolens praxis knappast en möjlighet för svensk domstol.[185]

Sammanfattningvis har avgörandet i Factortame givit nationella domstolar i samtliga medlemsstater kompetens att ge *interimistiskt skydd för individer* som åberopar EG-rättigheter i mål där existensen av rättigheterna kan ifrågasättas och domstolarna inte kan ge ett snabbt avgörande i frågan.

[181] M v Home Office and another [1993] All ER 537 s 551.

[182] Ibid s 565.

[183] [1990] 3 CMLR 375 s 396. I detta instämde Lord Bridge, Lord Brandon och Lord Oliver.

[184] Strömberg, Normprövning i svensk rättspraxis, FT 1988 s 121 ff. Se även Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd, 1995, s 675 ff. Se dock NJA 1996 s 370 där lagprövning lett till åsidosättande.

[185] Mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] 1125, s 1134:"... the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure".

4.6.4 Slutsatser

Ända sedan *Van Gend en Loos*[186] har EG-domstolen framhållit nationella domstolars uppgift att skydda enskildas rättigheter. Domstolen har emellertid inte klart angivit rättsgrunden för denna uppgift. Genom *Factortame* synes uppgiften att skydda enskildas rättigheter härstamma från principerna om EG-rättens företräde och direkt effekt. Denna uppfattning finner stöd i både *Simmenthal* och *Factortame* där de nationella domstolarnas förpliktelser formulerades i relation till direkt effektiv EG-rätt.[187]

Nationella domstolar synes även ha en kompetens att fatta interimistiska beslut vad gäller EG-förordningars tillämplighet, om än inom snäva ramar. I det tyska målet Atlanta begärde en tysk domstol ett förhandsavgörande beträffande två frågor som rörde tolkningen av artikel 189 EG.[188]

Frågorna gällde den rätt en nationell domstol har att, i avvaktan på att domstolen vid en begäran om förhandsavgörande uttalar sig om en förordnings giltighet, besluta om interimistiska åtgärder som medför att förordningen inte är tillämplig. I sitt svar uttalade EG-domstolen att artikel 189 skall tolkas så att den inte utesluter en rätt för nationella domstolar att bevilja interimistiska åtgärder som förändrar rättsförhållanden till följd av en nationell administrativ rättsakt som antagits med stöd av en gemenskapsrättslig förordning, vars giltighet ifrågasatts i en begäran om förhandsavgörande. Interimistiska åtgärder får emellertid endast beviljas under relativt specifika förutsättningar.[189]

Frågorna från Bundesgerichtshof i *Brasserie du pêcheur* och High Court of Justice i *Factortame III* aktualiserade överträdelser av fördraget som redan har fastställts i tidigare domar av EG-domstolen. De gav EG-domstolen en möjlighet att lämna ytterligare klargöranden vad gäller skadeståndsskyldighetens omfattning, särskilt beträffande huruvida staten har något ansvar i andra fall än då ett direktiv inte har införlivats och beträffande de förutsättningar som enligt EG-rätten måste föreligga för att den enskilde skall ha rätt till skadestånd.[190]

[186] Mål 26/62 [1963] ECR 1.
[187] Jmfr Prechal 1995 s 146.
[188] Mål C-465/93 äep. Målet analyseras nedan i avsnitt 6.3.2.
[189] Ibid (domslutet). Förutsättningarna är: - Den nationella domstolen skall hysa allvarliga tvivel om gemenskapsrättsaktens giltighet, - Det skall vara brådskande i den meningen att de interimistiska åtgärderna skall vara nödvändiga för att undvika att parten som yrkar dem lider allvarlig och irreparabel skada. Den nationella domstolen skall vidare ta hänsyn till gemenskapens intressen och EG-domstolens och förstainstansrättens avgöranden.
[190] För en ingående analys av Brasserie du pêcheur se avsnitt 9.3.2 nedan.

4.7 Nationella domstolars reaktioner på företrädesdoktrinen

4.7.1 Inledning

EG-rättens företräde framför nationell rätt är en fundamental förutsättning för EG-rättens fortlevnad som system och en grundläggande rättsprincip inom EG-rätten. Som abstrakt norm formulerad av EG-domstolen har den emellertid knappast någon större betydelse. För att principen skall få någon praktisk betydelse krävs att den accepteras av nationella domstolar eftersom det är nationella domstolar som har huvudansvaret för tillämpningen av EG-rätten i de nationella rättssystemen.[191]

Syftet med avsnittet är att visa att tillämpningen av EG-domstolens företrädesdoktrin i viss utsträckning begränsas av nationella konstitutionella överväganden.

4.7.2 Storbritannien och Tyskland

Frågan om suveränitetens begränsningar är en konstitutionell fråga för medlemsstaterna. I exempelvis Storbritannien har frågan om *parlamentets överhöghet* diskuterats i suveränitetstermer alltsedan tillträdet till gemenskapen år 1972. I *Factortame* kom EG-rättens företrädesprincip att kollidera med denna när kärandena sökte om interimistisk suspension av en parlamentslag. Brittiska domstolar kom att motvilligt acceptera företrädesprincipen. Domstolarnas acceptans av begränsningen av parlamentets överhöghet kan enligt min mening dels förklaras med avsaknad av skriven konstitution, dels med en förändrad syn på den brittiska oskrivna konstitutionen som infann sig genom att EG-medlemskapet accepterades. Domstolarna antog en dynamisk syn som innebar att konstitutionen förändrades genom medlemskapet i EG.[192]

Brittiska domstolar synes i betydande utsträckning leva upp till de krav doktrinerna om direkt effekt och EG-rättens företräde ställer. Med Fromont:

> ''... le juge brittannique a pu développer une jurisprudence parfaitement conforme aux exigences communautaires. La seule limite à la primauté du droit communautaire est néanmoins l'impossibilité pour une juge britannique de

[191] Se nedan kapitel 6 och 7 om systemet med förhandsavgöranden enligt artikel 177 EG.

[192] Drexl, Was Sir Francis Drake a Dutchman? – British Supremacy of Parliament After *Factortame*, AJCL 1993 s 568 f.

s'opposer à l'application d'une loi qui aurait pour objet d'empêcher l'application d'une règle communautaire.''[193]

Den tyska författningsdomstolen har vid ett flertal tillfällen erkänt EG-rättens företräde framför tysk rätt, oavsett om den nationella bestämmelsen är beslutad före eller efter EG-regeln i fråga. I målet Kloppenburg uttalade författningsdomstolen:

''Acts of Community law must be given precedence even by German Courts if they conflict with national legislation. This precedence over later and earlier national legislation is based on an unwritten rule of primary Community law which, by virtue of the Acts ratifying the Community treaties in conjunction with Article 24(1) of the Constitution, must be applied in the same way as national law. Article 24(1) contains constitutional authority for the legislature to approve this rule of precedence and for the judiciary to apply it in particular cases.''[194]

I detta sammanhang kan erinras om de sk Solange-fallen. I Solange I slog den tyska författningsdomstolen fast att den hade kompetens att pröva EG-reglers förenlighet med den tyska grundlagen så länge rättighetsskyddet inom EG-rätten inte når en högre standard än det hade 1974.[195] Avgörandet innebar att EG-rättens principiella företräde över tysk rätt gäller så länge EG-rätten inte strider mot den tyska grundlagens grundrättigheter.

Den tyska författningsdomstolen fastslog i Solange II att den överföring av suverän makt till EG som artikel 24 i den tyska grundlagen har sina begränsningar. Författningsdomstolen uttalade att artikel 24

''... does not confer a power to surrender by way of ceding sovereign rights to international institutions the identity of the prevailing constitutional order of the Federal republic by breaking into its basic framework, that is, into the structure that makes it up''.[196]

I Solange II förbehöll sig författningsdomstolen kompetensen att pröva EG-rättens förenlighet med tyska Grundgesetz. Denna hållning kom att bekräftas i författningsdomstolens principiellt viktiga dom över EU-fördraget den 12 oktober 1993.[197] Författningsdomstolens uppgift var i detta fall att undersöka om den tyska grundlagen lade några hinder i vägen för en tysk ratificering av EU-fördraget.

[193] Fromont, rapport till den 17:e FIDE kongressen, del I, 1996, s 481.
[194] Kloppenburg [1988] 3 CMLR 1 p 22.
[195] BVerfGE 37, s 271 ff.
[196] Domslut av den 22 oktober 1986, passagen finns översatt till engelska i 1987 CMLR [3] 225 s 257.
[197] Bundesverfassungsgericht, Urteil des zweiten Senats vom 12 Oktober 1993, EuGRZ s 429.

De enskilda klagomål som den tyska författningsdomstolen hade att ta ställning till rörde förhållandet mellan EU-fördraget och den tyska demokratin. De klagande menade att den tyska demokratin, så som den är uttryckt i den tyska författningen (Grundgesetz), inte är förenlig med EU-fördraget. Författningsdomstolen tillbakavisade emellertid dessa påståenden. Domstolens argumentering var i huvudsak den följande.

Först understryks den tyska demokratins överhöghet. De legitima företrädarna för det tyska folket är förbundsdagens för evigt fria och obundna ledamöter.[198] Härigenom fastslås den sk evighetsgarantin[199], vilken innebär att grundlagen aldrig får revideras vad gäller reglerna om respekten för människovärdet[200] och reglerna som konstituerar Tyskland som en demokratisk och social förbundsstat.[201] I Grundgesetz artikel 23 regleras det tyska medlemskapet i den Europeiska unionen. I denna bestämmelse finns vad man kan kalla en spärregel som innebär att det tyska medlemskapet i EU är beroende av om evighetsgarantin träds för när. Fördragsändringar kan därmed inte ske om dessa inte ligger i linje med Grundgesetz krav på människovärde, demokrati, välfärdsstat och federal organisation.[202]

Trots att domstolen inte vid tiden för domen (hösten 1993) såg några konstitutionella hinder slog den fast att alla framtida ändringar i fördragen måste vara förenliga med den tyska demokratin. Härmed förbehåller sig författningsdomstolen rätten att i framtiden pröva om EU-regler strider mot Grundgesetz, vilket går stick i stäv med EG-domstolens doktrin om EG-rättens företräde.[203] Grundläggande för det tyska medlemskapet i EU är den tyska demokratin så som den kommer till uttryck i Grundgesetz.

Domen har mött starka reaktioner.[204] För denna undersöknings syften kan Everlings kritik mot författningsdomstolens syn på staten och suveräniteten citeras:

> ''The background of the *Maastricht* judgment seems to be an old-fashioned understanding of the State as a sovereign and independent body which is master

[198] Se Grundgesetz, artikel 38.
[199] Grundgesetz artikel 79.
[200] Grundgesetz artikel 1.
[201] Grundgesetz artikel 20.
[202] Grundgesetz artikel 23 (tillkommen genom ändring den 21 december 1992).
[203] Se exempelvis mål 314/85 Foto-Frost [1987] ECR 4225.
[204] Av den rika flora av kommentarer till avgörandet rekommenderas den förre EG-domaren Everlings, The *Maastricht* Judgment of the German Constitutional Court and its Significance for the Development of the European Union, YEL 1994 s 1 ff. I svensk doktrin se exempelvis Vogel, Den Tyska författningsdomstolens dom angående Maastrichtfördraget om den Europeiska unionen, JT 1993-94 s 553.

of its fate. However, this conception, which is based on the self-sufficient nation State in the traditional meaning, does not correspond to the realities of the world at the end of the twentieth century."[205]

Trots att denna undersökning inte syftar till att etablera orsak-verkan-relationer mellan nationella författningsdomstolars avgöranden och EG-domstolens reaktioner på dessa avgöranden, är det viktigt att understryka EG-domstolens ansvar för balanseringen av intressen mellan EU och medlemsstaterna. Med Everling:

"The *Maastricht* judgment is one of the events in the running dispute to find the right equilibrium between the Member States on the one hand, which will continue to exist as such in the future, and the Community on the other hand, which will not be a European super-State, but will at least be an effective political body fulfilling common functions. For the time being, the pendulum may swing, not only as a result of the judgment of the *Bundesverfassungsgericht*, in favour of the States, but it may later turn back. Primary responsibility for overseeing this balance lies with the Court of Justice."[206]

4.7.3 Belgien

Belgiska Cour de Cassation accepterade EG-rättens företräde i *Le Ski*.[207] Enligt en förordning av den 3 november 1958 introducerade Belgien krav på licens beträffande import av vissa mjölkprodukter. Enligt EG-domstolens dom den 13 november 1964 bröt Belgien därmed mot förbudet i artikel 12 EG. Sådana licensavgifter som inbetalats i strid med EG-rätten till den belgiska staten mellan 1958 och 1964 återbetalades dock inte. Företaget SPRL Etablissement Detry väckte därför talan mot staten vid belgisk domstol och hänvisade, dels till domstolens dom i *Van Gend en Loos* och den direkta effekten av artikel 12, dels till EG-domstolens fällande dom den 13 november 1964 i fördragsbrottsförfarande mot Belgien och Luxemburg.[208]

I domslutet i *Le Ski* erkände den belgiska domstolen förträdesdoktrinens dubbla rättsliga grund:

"First, by their agreement on the transfer of their rights and obligations under the Treaty to the Community legal system, the States definitively limited 'their sovereign rights', or to put it more accurately, 'the exercise of their soverign powers'. The Community system implies some surrender of sovereignty and

[205] Ibid s 18 (förf kurs).
[206] Ibid s 19 (förf kurs).
[207] Le Ski, beslut av Cour de Cassation den 27 maj 1971, [1972] CMLR 330, s 356 f.
[208] Målen 90 och 91/63 Commission v Luxemburg and Belgium [1964] ECR 625.

Community law is a specific law which gives effect to this surrender. The integration aim of the Treaties... is attained by handing over to Community institutions powers having as their object and effect the determination of a corresponding limitation of the powers of the member-States.

Secondly, Community law is a specific and autonomous law which is binding on the courts of the member-States and makes it impossible to set against it any domestic law whatsoever. The very nature of the system instituted by the Treaties of Rome confers on that primacy its own foundation, independently of the constitutional provisions in States. This specific character of Community law stems from the objectives of the Treaty which are the establishment of a new legal system to which are subject not only States but also the nationals of those States. It also stems from the fact that the Treaty has set up institutions having their own powers and especially that of creating new sources of law. From their very structures, these institutions reflect the will of the authors of the Treaty to go beyond the State framework and to impose obligations directly on them."[209]

Värt att notera är att den belgiska domstolen erkänner företrädet på samma grund som EG-domstolen. EG-rätten har företräde i egenskap av specifik och distinkt ny rättsordning, dvs på grund av sin egen natur snarare än på grund av nationella konstitutionella normer.

4.7.4 Övriga medlemsstater

Efter det belgiska accepterandet av företrädet följde accepteranden av den italienska författningsdomstolen i *Frontini*[210] och franska Cour de Cassation i *Cafés Vabre*[211]. Franska Conseil d'État dröjde emellertid.[212] Men i *Nicolo*[213] övergavs till slut den traditionella inställningen och EG-rättsliga fördragsbestämmelsers företräde framför fransk lag erkändes.[214] Franska Conseil d'État har sedermera utvecklat sin hållning till företrädesprincipen

[209] Le Ski, beslut av Cour de Cassation den 27 maj 1971, [1972] CMLR 330, s 356 f.
[210] [1974] 2 CMLR 272.
[211] [1975] 2 CMLR 336.
[212] Se exempelvis Semoules [1970] CMLR 395 och Union Democratique Rec 1979 s 383.
[213] Nicolo, beslut av Conseil d'Etat den 20 oktober 1989, [1990] CMLR 173.
[214] I målet ansökte Nicolo vid fransk domstol om överprövning och ogiltigförklaring av det franska valet till Europaparlamentet 1989. Nicolo gjorde gällande att den franska lag som genomför ministerrådets beslut om direktval till Europaparlamentet av den 20 september 1976 strider mot artikel 227 EG. Bakgrunden till konflikten var att franska departement och territorier utanför den europeiska kontinenten enligt artikel 227 inte skulle inberäknas i underlaget för valet. Enligt artikel 55 i den franska konstitutionen har internationella fördrag som ratificerats från det att de publicerats en högre dignitet än lagar förutsatt att motsvarande gäller i övriga fördragsanslutna stater. I sitt avgörande erkände Conseil d'État fördragsbestämmelsers företräde framför fransk lag och prövade i sak förenligheten mellan artikel 227 EG och den franska lagen i fråga. Domstolen kom fram till att någon oförenlighet inte förelåg.

och till att omfatta såväl förordningar[215] som direktiv[216].

Det är emellertid viktigt att understryka att erkännandet av företrädet i dessa senare fall inte ytterst justifieras utifrån EG-rätten utan utifrån nationell konstitutionell rätt.

I Nederländerna är EG-rättens företräde säkrat genom en konstitutionell reglering.[217] I Luxemburg har högsta domstolen i *Pagani*[218] redan 1954 uttalat att internationella fördrag har företräde framför nationell rätt. Att principen även gällde EG-rätt bekräftades av Conseil d'État i *Bellion*.[219]

Medlemsstaternas högsta domstolars erkännande av företrädesprincipen vilar på olika grund. Domstolarna i Belgien och Luxemburg erkänner att företrädet grundar sig på folkrättens och EG-rättens autonomi och speciella natur. I andra medlemsstater understryker domstolarna att företrädet har sin grund i nationella konstitutionella bestämmelser.[220] För de tre medlemsstater (Danmark, Irland och Storbritannien) som tillträdde 1973 har det gått långsammare att erkänna företrädesprincipen. I Storbritannien kom företrädet att erkännas med en nationell parlamentslag som grund (section 2(1) of the European Communities Act 1972).[221] Det mest uttryckliga avgörandet av House of Lords kom i *Factortame*.[222]

I Irland accepterades företrädet i *Crotty*[223] på grundval av artikel 29(4)(3) som var ett tillägg till den irländska konstitutionen i samband med tillträdet 1974. I Danmark har domstolarna inte uttryckligen yttrat sig om företrädet och dess rättsliga grund.[224]

Medlemsstaterna som tillträdde 1981 (Grekland) och 1986 (Spanien och Portugal) kom att acceptera företrädet relativt snabbt. I Grekland uttalade statsrådet (Council of State) i målet *Banana Market*[225] att fördragsbestämmelser i EEG-fördraget hade företräde framför nationella regler på grundval av artikel 28 i den grekiska konstitutionen. Den spanska högsta domsto-

[215] Boisdet [1991] 1 CMLR 3.
[216] Rothmans, beslut av Conseil d'État 28 februari 1992, RFDA 1992 s 431.
[217] Se den nederländska konstitutionen av 1983 artiklarna 93 och 94.
[218] Pas Lux 1954 p 150.
[219] Pas Lux 1983-85 p 175.
[220] Som exempel kan anges artikel 55 i den franska konstitutionen, artikel 24(1) i den tyska konstitutionen och artikel 11 i den italienska konstitutionen,
[221] Se Duke v Reliance Systems [1988] 1 AC 618.
[222] Mål C-213/89 (EG-domstolen) House of Lords [1991] 1 AC 603. Se ovan avsnitt 4.6.3.
[223] [1987] IR 713.
[224] Se dock danska Højesterets beslut den 12 augusti att tillåta sakprövning av den danska tillträdeslagens förenlighet med grundlovens (artikel 20). Domen och dess konsekvenser har ingående analyserats av Rasmussen, Folkestyre, Grundlov og Højesteret 1996.
[225] 32 Nomiko Vima (Law Tribune) 1984 s 925.

len uttalade i målet *Canary Island*[226] att EG-rätten hade företräde framför nationell rätt på grundval av artikel 93 i den spanska konstitutionen. I målet *Cadima*[227] bekräftade portugisiska domstolar doktrinen om direkt effekt och erkände därmed även principen om EG-rättens företräde under åberopande av artikel 8(3) i den portugisiska konstitutionen.[228]

I de flesta mål som jag refererat till ovan ställdes aldrig normkonflikten på sin spets. I de flesta mål behövde endast EG-rättens företräde slås fast abstrakt och teoretiskt eftersom normkonflikten inte direkt aktualiserades. I de mål en faktisk normkonflikt förelåg formulerade EG-domstolen en mer långtgående företrädesprincip.

I *Simmenthal*[229] uttalade EG-domstolen att det i händelse av normkonflikt åligger nationella domstolar att åsidosätta nationell rätt och tillämpa EG-rätten. Förpliktelsen att ingå i lagprövning innebar vissa problem för domstolarna i några medlemsstater. Franska Conseil d'État ansåg länge att man inte hade någon kompetens att företa lagprövning av nationell rätt.[230] Men när Conseil d'État väl erkänt företrädesprincipen i *Nicolo*[231] dröjde det inte länge förrän man i *Rothmans*[232] uttalade att nationella åtgärder ägnade att genomföra en lag var ogiltiga på grund av oförenlighet med ett EG-direktiv.

4.8 Sammanfattning och slutsatser

Kapitlet behandlar förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt och EG-domstolens principer om direkt effekt, EG-rättens företräde etc. Här framhålls att dessa har givit EG-rätten genomslagskraft i de nationella rättssystemen, vilket lett till att rättstillämpare och praktiker har blivit tvungna att använda rättsnormer som inte har sitt ursprung i den nationella politiska församlingen.

EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt bygger på att EG-rätten dels betraktas som en integrerad del av natio-

[226] Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia 1989 No 4524.
[227] Boletim do Ministério da Justicia 1986 No 360 s 307.
[228] För kritik av avgörandet se Alves Vieira, EL Rev 1991 s 346.
[229] Mål 106/77 [1978] ECR 629.
[230] För en kommentar av Rothmans och Arizona Tobacco Products domarna av Conseil d'État se J Dutheil de la Rochère, CML Rev 1993 s 187, se särskilt s 194.
[231] Nicolo, beslut av Conseil d'Etat den 20 oktober 1989, [1990] CMLR 173.
[232] Rothmans, beslut av Conseil d'État 28 februari 1992, RFDA 1992 s 431.

nell rätt och dels organiskt ses som ett självständigt rättssystem. Vidare är doktrinerna beroende av nationella domstolars samarbete. Systemet med förhandsavgöranden är därmed centralt för EG-rättens effektivitet i medlemsstaterna. Kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna och mellan EG-domstolen och nationella domstolar får till följd att principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt inte bör uttryckas som en absolut regel som föreskriver att EG-rätt alltid går före nationell rätt. Principen bör i stället formuleras så att varje rättsnorm har företräde inom sin tillämpningssfär eller sitt kompetensområde. Denna karaktärisering av företrädesprincipen fokuserar intresset på hur, och av vem, kompetensområdet definieras. Den centrala frågan är vilken institution som har att slutligt avgöra kompetensfrågan och därmed vilken regel som skall ges företräde i den konkreta situationen.

EG-domstolens företrädesdoktrin synes ha erhållit nationell acceptans i så motto att nationella domstolar sätter åt sidan nationella bestämmelser på lagnivå vid konflikter med EG-rätt. Ett fullt genomslag för den *absoluta* företrädesdoktrinen synes emellertid inte föreligga. Skälet till detta kan sannolikt hänföras till EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen, dvs idén om en överlåtelse av suveränitet för obegränsad framtid innebärande en medlemsstatlig förlust av suveränitet. Den yttersta konsekvensen av denna idé har EG-domstolen inte undandragit sig att formulera: kravet på EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner.

Kapitel 5
Suveränitet, normkonkurrens och kravet på rättsordningens koherens

''Il ne semble pas possible de donner une suprématie absolue à l'un des deux ordres juridiques en présence.'' (Fromont, rapport général, del I, från 17:e FIDE-kongressen 1996, s 497.)

''The time is therefore indeed ripe for rethinking jurisprudence and legal philosophy, not just with regard to teaching courses in Edinburgh or London or anywhere else, but throughout the legal and political communities we inhabit. There is a general need for reflection on the basis of legal order. The idea of 'system' will go on being needed as a regulative ideal. Systems as systems of rules, partly overlapping but capable of compatibility, will be recognised... To see and show all this clearly will be a challenging task for the legal imagination. It is the task that lies beyond the sovereign state – but beyond the sovereign state is where we are now.'' (Neil MacCormick, Beyond the Sovereign State, Modern L Rev 1993, s 18)

5.1 Inledning

EG-domstolens utveckling av nya begrepp som direkt effekt och EG-rättens företräde har förändrat vardagen för rättsvetenskapsmän, rättstillämpare och praktiker. EG-rättens nyckelbegrepp har ymnigt kommenterats och analyserats av ledande experter. Utgångspunkten för analyserna har vanligtvis varit EG-domstolens och nationella domstolars rättspraxis. Vissa kommentatorer har även gått vidare och genom mer teoretiskt orienterade

analyser av nyckelbegreppen försökt tränga djupare in i EG-rättens *natur*.[1]

EG-domstolens doktriner om direkt effekt och EG-rättens företräde har en vidare och mer teoretisk betydelse. Doktrinerna har givit EG-rätten genomslagskraft i de nationella systemen. Rättstillämpare och praktiker har därmed blivit tvungna att använda rättsnormer som inte har sitt ursprung i den nationella politiska församlingen. Staten har därmed delvis förlorat sin monopolställning som främste och ende lagstiftare.[2]

Rättsteorin synes emellertid haft svårigheter att anpassa sig till denna förändring av verkligheten. Det finns därför anledning att diskutera en modernisering av rättsteorin i förhållande till EG-rätten. Vi befinner oss i en ordning (eller oordning) som har benämnts ''an age of new legal pluralism''[3] där statliga, överstatliga och internationella rättsnormer konkurrerar.[4] Med Fuller:

> ''We may visualize this kind of situation by thinking of a spider's web. A pull on one strand will distribute tensions after a complicated pattern throughout the web as a whole. Doubling the original pull will, in all likelihood, not simply double each of the resulting tensions. This would certainly occur, for example, if the doubled pull caused one or more of the weaker strands to snap. This is a 'polycentric' situation because it is 'many centered' each crossing of strands is a distinct center for distributing tensions''.[5]

Fullers metafor kan tjäna som utgångspunkt för en beskrivning av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt som dels ett *polycentriskt*[6] och dels ett *institutionellt* problem.[7]

För det första aktualiserar normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt nödvändigheten av, framförallt för de nationella domarna, att företa ett

[1] Se exempelvis Kovar, L'intégrité de l'effet directe du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice 1981, s 151, Dowrick, A Model of the European Communities' Legal System, YEL 1984, s 169 ff, Eleftheriadis, Aspects of European Constitutionalism, EL Rev 1996 s 41, Eleftheriadis, The Direct Effect of Community Law, (kommande) YEL 1996 och Jones, The Legal Nature of the European Community: a Jurisprudential Analysis Using H L A Hart's Model of Law and Legal System, Cornell ILJ 1984 s 17.

[2] Koopmans, Sources of Law: the New Pluralism, i Festskrift till Ole Due 1994, s 191.

[3] Ibid. Se även Griffiths, What Is Legal Pluralism, JLP 1986 s 1 ff.

[4] Jmfr de Witte, Community Law and National Constitutional Values, LIEI 1991 s 22.

[5] Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, Harvard L Rev 1978 s 395.

[6] Jag använder termen deskriptivt. Se dock Zahle, Polycentri i retskildelaeren, i Festskrift til Eckhoff s 752 ff, som synes glida mot ett normativt polycentribegrepp.

[7] Det bör framhållas att Fuller använder *polycentribegreppet* i förhållande till parternas argumentation medan Zahle 1986 s 752, är mer intresserad av domarens hantering av rättskällorna.

val mellan konkurrerande auktoriteter.[8] Normer härrörande från skilda normgivare är tillämpliga på ett och samma problem.

För det andra är företrädesdoktrinens praktiska relevans ett institutionellt problem i så motto att det är de nationella domstolarnas acceptans av EG-domstolens avgöranden som slutligt avgör frågan om EG-rättens effektivitet.

Detta kapitel är avsett att analysera de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens strukturering av det EG-rättsliga normsystemet och doktrinerna om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet är disponerat kring en analys av suveränitetsbegreppet och en diskussion om konkurrerande normkällor (auktoriteter).

Huvudfrågeställningen är hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande normkällor skall kunna förenas med kravet på rättsordningens koherens.

Diskussionen av suveränitetsbegreppet är nödvändig eftersom *suveräniteten* traditionellt använts för att lösa problem som uppstår genom existens av konkurrerande och konflikterande källor till auktoritet genom att förutsätta en universell monistisk ordning.

Ett ifrågasättande av den traditionella monistiska definitionen av suveränitetsbegreppet aktualiserar med nödvändighet svårigheten att förklara hur en bristande harmoni mellan konkurrerande normkällor kan förstås och hur konflikter mellan dessa kan lösas.

5.2 Kompetensfördelningen mellan centrum och periferi

5.2.1 Inledning

En av utgångspunkterna för kapitlet utgörs av den paradox som bland annat formulerats av Weiler: Samtidigt som EG-rätten genomgick en dynamisk utveckling och skapade konstitutionella strukturer så genomgick gemenskapen politiska kriser.[9]

Denna paradox ges en begränsad betydelse för att bli relevant för denna undersöknings syften. Paradoxen placerar fokus på den politiska utvecklingens betydelse för EG-domstolens tolkningsutrymme vid kompetensfördelning mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Kapitlet inleder med en

[8] Man skulle i och för sig kunna tala om *normkonkurrens*. Men jag finner *polycentri* enklare att använda rent språkligt.

[9] Se framförallt Weiler, The Community System: The Dual Character of Supranationalism, YEL 1981 s 267 ff.

diskussion om förhållandet mellan EG-domstolens *konstitutionella* rättspraxis och dess förhållande till reaktioner från gemenskapens och medlemsstaternas politiska institutioner.

Låt oss inledningsvis rekapitulera några historiska fakta. År 1951 slöt Frankrike, Tyskland, Italien och Benelux-länderna Parisfördraget som grundade Kol- och stålunionen (CECA). Samarbetet hade vid denna tidpunkt relativt begränsade ambitioner och omfattade endast ett fåtal europeiska stater. Drygt fyrtio år senare har detta samarbete ändrat karaktär. De Europeiska gemenskaperna har undergått genomgripande förändringar. Statsskicket har transformerats och samlas numera under Fördraget om Europeiska unionen. Unionen har år 1997 15 medlemsstater och en befolkning på över 360 miljoner. Men demografiska och geografiska förändringar utgör endast förändringar på ytan. De verkligt genomgripande förändringarna är de som skett mellan unionen och dess medlemsstater. Frågan är hur denna förändring eller transformation skall beskrivas.[10] En standardbeskrivning vad gäller kompetensfördelningen lyder ungefär enligt följande.

När ministerrådet utfärdar en förordning som är direkt tillämplig innebär det att regeln inlemmas i den nationella rättsordningen i och med publiceringen. Detta framgår av artikel 189 (2) och artikel 191 EG. Förordningens ikraftträdande leder till en inskränkning i den nationella lagstiftarens kompetens att lagstifta. Inom förordningens tillämpningssfär berövas den nationella lagstiftaren möjlighet att utfärda normer.[11]

Att fördragen tilldelat gemenskapen kompetens att besluta regler inom vissa områden innebär emellertid inte att medlemsstaterna därmed automatiskt förlorar kompetens på dessa områden. Kompetensförlusten är latent och kan endast ske om gemenskapens institutioner beslutar tvingande regler på detta område.

Medlemsstaterna förblir alltså kompetenta ända tills en EU-institution har utfärdat tvingande regler på området. Enligt EG-domstolen skall emellertid medlemsstaterna vara medvetna om att kompetensen är villkorad och av en övergående natur. Vidare är de bundna av artikel 5 EG vilket hindrar dem att besluta regler som på något sätt kan komma i konflikt med fördragsförpliktelserna.[12]

Förpliktelsen innebär att medlemsstaterna förbjuds att besluta regler

[10] Weiler, The Transformation of Europe, Yale L J 1991, s 2406. f.

[11] Förordningen får *spärrverkanseffekt*. Se vidare nedan kapitel 8 om EG-domstolens doktrin om spärrverkan.

[12] Mål 3,4 och 6/76 Kramer [1976] ECR 1279, s 1309.

inom områden som inte vid ett första påseende faller inom gemenskapens kompetens, men som innebär att EG-rättens tillämpning och effektivitet motverkas.[13] När gemenskapen beslutar regler i enlighet med sin kompetens inom ett område konkretiseras de allmänna lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EG.

5.2.2 EG-domstolen som författningsdomstol

Från 1985 och framåt har EG-domstolen i större utsträckning än tidigare kommit att åberopa artikel 5 EG.[14] Artikel 5 lyder:[15]

> ''Member States shall take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising out of this Treaty or resulting from action taken by the institutions of the Community. They shall facilitate the achievement of the Community's tasks.
>
> They shall abstain from any measure which could jeopardize the attainment of the objectives of this Treaty.''

Regeln är adresserad till alla nationella myndigheter och normgivare med ansvar att genomföra EG-rätten. Den riktar sig även till privata rättssubjekt till vilka normgivningsmakt har blivit delegerad.[16] Varje medlemsstat har befogenhet att själv utpeka de nationella organ som har ansvar för uppfyllandet av de skyldigheter EG-rätten stadgar om.[17]

Framförallt har alla domstolar som kvalificeras som sådana under artikel 177 att ta hänsyn till artikel 5.[18] Dessa har en viktig funktion när normkonflikter uppkommer mellan EG-rätt och nationell rätt. Den nationella domaren blir här en EG-domare. Den nationella domstolen har att tillse att medlemsstatens samtliga skyldigheter som härrör från fördragen efterlevs.[19]

Artikel 5 stadgar om två allmänna förpliktelser och ett allmänt förbud. Innehållet i dessa kan härledas från andra regler i EG-fördraget, från sekun-

[13] Mål 14/68 Walt Wilhelm [1969] ECR 1.
[14] Temple Lang, Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty, CML Rev 1990 s 645.
[15] Artiklar i EG-fördraget citeras huvudsakligen på engelska i den utsträckning jag citerar anslutande rättspraxis på engelska.
[16] På svensk mark torde följande myndigheter och normgivare omfattas av artikel 5: Riksdag, regering, kommunernas normgivande organ, rättstillämpande myndigheter, domstolar samt de instanser som anförtrotts myndighetsutövningsbefogenheter. Se RF 1:8, 11:2, TF 2:5 och 2:8.
[17] Se exempelvis mål 50/76 Siergewassen [1977] ECR 137 p 32 och mål 240/78 Atalanta Amsterdam [1979] ECR 2137 p 5.
[18] Mål 79/83 Harz [1984] ECR 1921 p 26.
[19] Ibid p 15, 18 och 23-28.

där EG-rätt eller från traktater ingångna av gemenskapen. Det är värt att notera att artikel 5 i princip suddar ut gränsen mellan direkt effektiva och övriga EG-regler, eftersom nationella myndigheter är bundna av artikel 5 och måste effektuera alla fördragsförpliktelser.[20]

Artikel 5 stadgar om en positiv förpliktelse för medlemsstaterna att i princip vidta alla åtgärder som står i deras makt för att ge full effekt åt EG-rätten. Här avses kompetenser rörande lagstiftning, förvaltning och rättskipning. Förpliktelsen har förtydligats av EG-domstolen i en mängd fall.[21] Domstolen har uttalat att:

> ''A Member State cannot plead the provisions or practices of its internal order to justify failure to observe obligations and time-limits arising from Community Regulations. It falls to a Member State in accordance with the general obligations imposed on Member States by Article 5 of the Treaty, to recognize the consequenses, in its internal order, of its adherence to the Community and, if necessary, to adapt its procedures for budgetary provisions in such a way that they do not form an obstacle to the implementation, within the prescribed time-limits, of its obligations within the framework of the Treaty.''[22]

Enligt EG-domstolen innebär förpliktelsen att alla medlemsstatliga institutioner och myndigheter som har att tillämpa EG-rätt, inom ramen för deras respektive kompetenser, har att försäkra om att EG-domstolens avgöranden följs.[23] Denna förpliktelse kan även utläsas ur artikel 171 EG. Förpliktelsen innebär vidare att de nationella parlamenten måste upphäva (eller ändra) all nationell lagstiftning som står i strid med EG-rätten.

Förpliktelsen har även en negativ sida. Medlemsstaterna får inte införa regler eller besluta om åtgärder som hindrar företag eller enskilda att tillvarata de rättigheter som kan härledas ur EG-rätten.[24]

Plikten att ge full effekt åt EG-rätten innebär också att nationella domstolar måste ge effektivitet åt regler som saknar direkt effekt.[25] Domstolarna måste bland annat tolka de nationella regler som beslutats för att genomföra ett direktiv i ljuset av direktivets ordalydelse och ändamål.[26]

[20] Se mål 14/83 von Colson [1984] ECR 1891.

[21] Se exempelvis målen 205-215/82 Milchkontor [1983] ECR 2633, 2665 ff, samt 2680, 2683 (generaladvokatens förslag till avgörande) och mål 54/81 Fromme [1982] ECR 1449.

[22] Mål 30/72 Commission v Italy [1973] ECR 161 s 172. Se även mål 130/78 Cornuda [1979] ECR 867 p 27.

[23] Se målen 314-316/81 och 83/82 Waterkeyn [1982] ECR 4337 p 14.

[24] Se mål 32/79 Commission v UK [1980] ECR 2403 s 2419. Här förde kommissionen denna argumentering i ett fall rörande den effektiva funktionen av gemenskapens konkurrensregler.

[25] Se exempelvis mål 148/78 Ratti [1979] ECR 1629 p 17-23.

[26] Mål 14/83 von Colson [1984] ECR 1891 p 26.

Nationella domstolar är förpliktade att upprätthålla det rättsskydd som enskilda åtnjuter till följd av direkt effektiva EG-regler. Domstolarna skall

> ''... set aside national legislative provisions which might prevent, even temporarily, Community rules from having full force and effect..''[27]

EG-domstolen fortsätter och understryker att alla nationella regler som hindrar EG-reglernas effektivitet är oförenliga med dessa krav.[28]

5.2.3 Grundläggande kompetensfördelning

Innan vi går vidare finns det skäl att erinra om att den grundläggande utgångspunkten är att gemenskapen har de kompetenser som tilldelats organisationen genom EG-fördragen och att all kvarvarande kompetens fortfarande tillhör medlemsstaterna. En idealtypisering av kompetensfördelning kan skisseras enligt följande:

- områden över vilka gemenskapen saknar jurisdiktion,
- områden inom vilka gemenskapen ensam agerar och medlemsstaterna saknar jurisdiktion, och
- områden där kompetenserna konkurrerar.

Denna typologi antyder att tillämpningen av en strikt enumerationsprincip får konsekvensen att kompetensgränserna endast kan ändras genom fördragsrevision. Weiler anser att ett statsskick där enumerationsprincipen tillämpas och materiella förändringar av kompetensområdena sker utan fördragsändringar, befinner sig under *mutation*. Weiler menar att EG-domstolen bidragit till en förändring av kompetensfördelningen som

> ''... underscores the fact that not simply the content of Community-Member State discourse has changed. The very architecture of the relationship, the group of structural rules that define the mode of discourse has mutated.''[29]

Ett användbart pedagogiskt perspektiv för att förstå och beskriva fördelningen av kompetenser mellan gemenskapen och medlemsstaterna kan vara att undersöka i vilken utsträckning medlemsstaterna deltar i gemenskapens beslutsprocess.

Vid en närmare undersökning av EG-fördragets artiklar rörande den politiska och administrativa beslutsprocessen finner man att i de fall där gemenskapens kompetenser är mindre preciserat uttryckta (allmänna kom-

[27] Se mål C-213/89 Factorame [1990] ECR I-2433 p 20.
[28] Ibid.
[29] Se Weiler 1991 s 2407.

petenser), är medlemsstatsinflytandet större. Ett exempel är kompetensen

> ''... to issue directives for the approximation of such provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States as directly affect the establishment or functioning of the common market''.[30]

Ett annat exempel är kompetensen att vidta alla nödvändiga åtgärder i fall där

> ''... action by the Community should prove necessary to attain, in the course of operation of the common market, one of the objectives of the Community and this Treaty has not provided the necessary powers.''[31]

Innebörden av dessa regler är att ministerrådet i dessa fall måste agera enhälligt[32] efter förslag från kommissionen och efter att ha konsulterat Europaparlamentet. Vagt formulerade kompetensregler medför medlemsstatlig medverkan genom ministrarna i ministerrådet, de av medlemsstaternas regeringar utsedda kommissionsledamöterna och de direkt folkvalda representanterna i Europaparlamentet.[33]

Vid sidan av allmänna kompetenser innehar gemenskapen speciella kompetenser. Distinktionen är viktig eftersom gemenskapen endast kan utnyttja en allmän kompetens när man saknar speciella kompetenser. Vidare skiljer sig beslutsprocessen beroende på vilken kompetens som aktiveras.[34] I vissa fall beslutar rådet med enkel majoritet,[35] men oftast fattas lagstiftningsbesluten med kvalificerad majoritet[36]. I ärenden som rör mer känsliga frågor som faller under gemenskapens speciella kompetenser

[30] Artikel 100 EG.

[31] Artikel 235 EG.

[32] Enhällighet i ministerrådet kräver inte att alla ledamöter röstar för förslaget för att det skall antas. Enligt artikel 148 (3) EG framgår att "Abstentions by members present in person or represented shall not prevent the adoption by the Council of acts which require unanimity."

[33] Angående institutionernas sammansättning och funktion se artikel. 137-144 EG avseende Europaparlamentet, 145-154 avseende ministerrådet och 155-163 avseende kommissionen.

[34] Se mål 45/86 Commisson v Council [1987] ECR 1493. I målet definieras i vilken omfattning ministerrådet kan tillämpa artikel 235 EG. Se även mål 68/86 UK v Council [1988] ECR 855. Här uttalar sig EG-domstolen om räckvidden av den speciella kompetensen i jordbruksfrågor enligt artikel 43 EG.

[35] Artikel 148 (1) EG: "Save otherwise provided in this Treaty, the Council shall act by a majority of its members." Exempel på tillämpning av majoritetsprincipen se artikel 128, 151, 152, 153, 213 och 236 EG.

[36] Artikel 148 (2) EG: "Where the Council is required to act by a qualified majority, the votes of its members shall be weighted..." Efter Enhetsakten tillämpas kvalificerad majoritet i ärenden som faller under följande artiklar: 7, 8B, 28, 43, 49, 54, 55, 56, 57, 59, 63, 69, 70, 73, 75, 79, 84, 87, 92, 94, 98, 100A, 100B, 101, 103, 108, 112, 113, 114, 116, 118A, 126, 127, 130E, 130K, 130L, 130M, 130N, 130P, 130S, 154, 203, 206 och 212 EG.

fattas besluten med enhällighet.[37]

EG-fördraget är ett ramfördrag. Denna karaktär innebär att institutionerna har givits kompetenser att successivt utvidga gemenskapens kompetenser. Man kan säga att gemenskapen är utrustad med ''vilande'' kompetenser. Dessa aktiveras genom att institutionerna, och då kanske främst ministerrådet, agerar och beslutar bindande rättsregler. Varje beslutande av en tvingande rättsregel kan sägas innebära en kompetensinskränkning för medlemsstaterna.[38] I de flesta lagstiftningsärenden krävs ett förslag från kommissionen då rådet agerar i sin egenskap av lagstiftare.[39]

Europaparlamentet uppbär också funktioner i processen, men detta beror på ämnet. Funktionerna är av två slag, antingen måste Europaparlamentet konsulteras[40] eller så föreskrivs ett direkt lagstiftningssamarbete.[41] Kommissionen har även egen normgivningsmakt som antingen är delegerad eller ursprunglig.[42] Medlemsstaterna är ofta på sin vakt i fall där kommissionen har sista ordet vad gäller den materiella omfattningen av en speciell kompetens.[43]

Det är mot bakgrund av dessa kompetenser som EG-domstolen tagit tillfället i akt och betonat EG-fördragets dubbla funktion och därmed skapat speciella kompetenser för gemenskapen. Dessa bestämmelser reglerar å ena sidan fördelningen av makt mellan gemenskapen och medlemsstaterna och å andra sidan kompetensfördelningen mellan institutionerna. Denna andra

[37] Se exempelvis artiklarna 51, 99, 121, 130D, 130I, 130O och 130S EG.

[38] Hallström, Europeisk gemenskap och politisk union 1987, s 323.

[39] Kommissionen har emellertid ingen förslagsrätt när rådet beslutar sina egna procedurregler (artikel 151) eller formulerar en begäran enligt artikel 152. Se artikel 153 och 154 EG för vidare begränsningar.

[40] Se exempelvis artiklarna 43, 54, 75, 99, 121, 126, 127, 130D, 130I, 130O, 130S och 236 EG. Rådets konsulterande av Europaparlamentet i dessa frågor utgör en väsentlig formföreskrift för lagstiftningen. Ett åsidosättande av denna föreskrift kan leda till en annulation av lagstiftningsakter. Se mål 138/79 Roquette Frères [1980] ECR 3333 och mål 139/79 Maizena [1980] ECR 3393. För en kommentar av målen se Jacobs, CML Rev 1981 s 219.

[41] Se artikel 149 (2) EG. Detta ökade inflytande kan sägas innebära en förstärkt dialog i vilken både Kommissionen och Rådet medverkar. För en tillämpning av förfarandet se artiklarna 7, 49, 100A, 118A, 130E, 130K, 130L, 130M, 130N och 130P EG.

[42] Se exempelvis artiklarna 90(3), 118 och 130H EG.

[43] Se exempelvis målen 188-190/80 France et al v Commission [1982] ECR 2545, målen 281/85, 283-285/85 Germany et al v Commission [1987] ECR 3203.

aspekt bestämmer medlemsstaternas deltagande[44] i den centrala maktutövningen i gemenskapen.[45]

Vilken roll spelar då EG-domstolen i denna process? EG-domstolen tar inte lätt på sin konstitutionella uppgift att fördela och balansera kompetenser horisontellt och vertikalt. Vad gäller den vertikala kompetensfördelningen menar Lenaerts att EG-domstolen

> ''... stands out as a beacon to defend the organic independence – against the Member States – of the Community's decision-making process in the areas where the Treaties provide for it. The Court is not ready to give a restrictive interpretation to a specific power of the Community, simply because the Commission, instead of the Council, takes the final decision as to its exercise.''[46]

5.2.3.1 Artikel 235 och principen om tilldelade kompetenser

Det framgår av de grundläggande kompetensbestämmelserna i artikel 3b, enligt vilken gemenskapen skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats och de mål som har ställts upp för den genom fördraget, att gemenskapen endast har den behörighet som tilldelats den. Iakttagandet av principen gör sig gällande både då gemenskapen handlar internt och då den handlar externt. Som domstolen har fastslagit, handlar gemenskapen normalt på grundval av särskild behörighet som inte nödvändigtvis måste framgå uttryckligen av särskilda bestämmelser i fördraget, utan som också, underförstått, kan härledas ur dessa bestämmelser.

Gemenskapen har endast den makt som anförtrotts organisationen enligt fördragen. All återstående makt är fortfarande medlemsstaternas. All gemenskapsmakt är således härledd eller tilldelad makt (compétence d'attribution). Med detta menas att gemenskaperna måste agera inom ramen för de bestämmelser som återfinns i respektive beslutad rättsnorm. Denna princip följer av artikel 4 (1)[47] som stadgar att

[44] Lenaerts, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, AJCL 1990 s 216, karaktäriserar medlemsstaternas roll på ett träffande sätt:"When their input in the Community's decision-making process is at its lowest ebb, because the Commission has the last say on the matter, some Member States appear inclined to reduce the extent of the specific power granted to the Community by the Treaty provision in question. In case of success, this strategy forces the Commission to supplement the power base of its policy with other Treaty provisions (most often a non-specific one), which inevitably leads to a decision by the Council on a proposal from the Commission."

[45] Lenaerts 1990 s 216.

[46] Ibid s 216.

[47] Jmfr artikel 3 EKSG och artikel 3 Euratom.

''Varje institution skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats genom detta fördrag''.

Denna princip återfinns även i artikel 3B (1) EG:

''Gemenskapen skall utöva sin verksamhet inom ramen för den behörighet som den har tilldelats och de mål som har uppställts för den enligt detta fördrag.''

EG-domstolen har vidare bekräftat principen i Frankrike, Italien och Storbritannien mot kommissionen[48] där domstolen uttalade att gemenskapens lagstiftningsmakt inte kan beskrivas i allmänna obestämda termer utan resulterar från olika fördragsbestämmelser som tilldelar gemenskapen denna makt inom respektive politikområde.[49]

Med några få undantag är gemenskapens makt specifik.[50] Detta framgår tydligt i två avseenden: (1) när en åtgärd kan baseras på en eller flera specifika bestämmelser i fördraget, kan den inte grundas på en icke-specifik kompetens,[51] och (2) beslutsprocessen skiljer sig från en specifik kompetens till en annan. Beslutsprocessen inbegriper olika typer av samspel mellan kommissionen, som har exklusiv intiativrätt, och Europaparlamentet vars inflytande benämns konsultation[52], samarbete[53] eller medbeslutande[54] samt rådet som beslutar genom enkel majoritet, kvalificerad majoritet eller enhälligt.[55]

Det följer vidare av fast rättspraxis att gemenskapens behörighet att exempelvis åta sig internationella förpliktelser inte endast följer av uttryckliga bestämmelser i fördraget, utan kan också på ett indirekt sätt framgå av dessa bestämmelser. EG-domstolen har bland annat konstaterat att varje gång som det i EG-rätten har fastställts att gemenskapens institutioner har behörighet på ett internt plan för att nå ett bestämt mål, har gemenskapen

[48] Målen 188-190/80 [1982] ECR 2545.

[49] Ibid s 2575.

[50] Se exempelvis bestämmelserna i artikel 100 och 235 EG.

[51] Detta sagt med hänsynstagande till gemenskapens lagstiftningsmakt i artiklarna 100 och 235 EG. Se mål 68/86 UK v Council [1988] ECR 855, och mål 45/86 Commission v Council [1987] ECR 1493.

[52] Se bl a artikel 43, 54, 75 (3), 99 130S (2) och 235 EG. Konsultation är en väsentlig formföreskrift för en rättsakts giltighet enligt artikel 173 EG se mål 138/79 Roquette v Council [1980] ECR 3333.

[53] Se artikel 189c EG. Samarbete tillämpas exempelvis enligt artikel 6(2), 118a, 130e, och 130o(2) EG.

[54] Artikel 189b EG. Förfarandet tillämpas enligt bl a artikel 49, 54(2), 57, 100a, 128, 129, 129a, 129d och 130i EG.

[55] Emiliou, Opening Pandora's Box: the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice, EL Rev 1994 s 489.

också behörighet att åtaga sig de internationella förpliktelser som är nödvändiga för att nå detta mål, även om det saknas en uttrycklig bestämmelse i detta avseende.[56]

EG-domstolen har vidare konstaterat att det inte finns någon bestämmelse i fördraget genom vilken gemenskapens institutioner ges en allmän befogenhet att fastställa exempelvis regler inom området för mänskliga rättigheter eller ingå internationella överenskommelser inom detta område. I avsaknad av uttrycklig eller underförstådd särskild behörighet inom ett område har EG-domstolen prövat om artikel 235 kan utgöra rättslig grund för normgivning på området.[57]

Avsikten med artikel 235 är enligt EG-domstolen att kompensera det faktum att gemenskapens institutioner inte genom särskilda bestämmelser i fördraget uttryckligen eller underförstått tilldelats befogenheter, i den mån som sådana befogenheter ändå framstår som nödvändiga för att gemenskapen skall kunna sköta sina uppgifter för att nå ett av de mål som fastställs i fördraget. EG-domstolen menar att eftersom artikel 235 är en del av ett institutionellt system grundat på principen om tilldelade befogenheter, kan den inte utgöra en grund för att utvidga området för gemenskapens behörighet utöver den allmänna ram som följer av samtliga bestämmelser i fördraget, i synnerhet de i vilka gemenskapens uppgifter och åtgärder fastställs. Enligt EG-domstolen kan artikel 235 inte tjäna som grund för att anta bestämmelser som leder till en förändring av fördraget, utan att det förfarande som föreskrivs för fördragsändring iakttas.[58]

5.2.4 Kompetensfördelningsfrågornas renässans

Vid analyser av federala eller kvasi-federala strukturer är maktfördelningen mellan centrum (de gemensamma beslutsstrukturerna) och periferi (beslutsstrukturer på medlemsstatlig nivå) central. Intresset för maktfördelningen och den rättsliga grunden för beslutsfattandet har kommit att bli en väsentlig angelägenhet för den överstatliga nivån. Efter de institutionella förändringarna som Enhetsakten och EU-fördraget inneburit har valet av rättslig grund för beslutande av lagstiftning blivit en central fråga för institutionerna och för förhållandet mellan dem. Detta har lett till en dramatisk ökning av antalet mål i EG-domstolen rörande kompetensfördelningen

[56] Opinion 2/91 [1993] ECR I-1061 p 7.
[57] Opinion 2/94 av den 28 mars 1996 äep p 13-15.
[58] Ibid p 16-20.

mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Framförallt har frågan om rätt rättsgrund för lagstiftningsåtgärder aktualiserats.[59]

Avgörandet av denna typ av mål kan sägas accentuera EG-domstolens roll som författningsdomstol. Trots att de flesta fall präglas av invändningar mot rättsregler på politisk grund är domstolens prövning ytterst en lagprövning utgående från EG-rättens normhierarki. Domstolens inblandning i mellaninstitutionella frågor är tänkt att utgöra en garanti för att ingen institution tillskansar sig för mycket makt på en annans bekostnad. EG-domstolen har betonat att det är fördragen som uttrycker den grundläggande idén om institutionell maktbalans och har kring den centrala artikel 4 EG utvecklat en rättspraxis som täcker ett brett spektrum av mellaninstitutionella relationer.[60]

I samband med Maastrichtfördragets ratificering synes ett uppvaknande ha skett när det gäller diskussionen om kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna.[61] Uppvaknandet har naturligt fört med sig ett ökat intresse för beslutsprocesser, för balansen mellan EU och medlemsstater samt för demokrati- och legitimitetsfrågor.[62]

5.2.4.1 Medlemsstaternas passivitet

I federala statsskick finns en tendens som består i en gradvis överföring av makt från de perifera enheterna (delstaterna) till centrum (federal/överstatlig nivå). Tendensen verkar vara oberoende av vilken mekanism för kompetensfördelning som väljs. De skillnader som märks beror enligt min mening snarare på politisk kultur än på valda instrument.[63]

Principen om *enumererade kompetenser* har inget bestämt normativt innehåll, utan varierar från system till system.[64] Skillnader i synsätt vad gäller principens strikthet och flexibilitet kan avspegla skillnader i den grundläggande synen på federalism och integration. Med Wade:

[59] Emiliou 1994 s 489.
[60] Ibid.
[61] Se ovan avsnitt 4.7.2 om den tyska författningsdomstolens ställningstagande till förhållandet mellan den tyska ratificeringslagen och Grundgesetz.
[62] Se exempelvis antologin *Europe After Maastricht- An Ever Closer Union?* (red. Dehousse) 1994.
[63] Jmfr Weiler 1991 s 2431 ff.
[64] Under den amerikanska federationens tidiga år formulerades principen enligt följande: "The government of the United States is one of enumerated powers; the national Constitution being the instrument which specifies them, and in which authority should be found for the exercise of any power which the national government assumes or posseses."

''The essential elements of a federal constitution are that powers are divided between the central and provincial governments and that neither has legal power to enroach upon the domain of the other, except through the proper process of constitutional amendment...''[65]

Wade yttrar sig i en kanadensisk kontext, med den kanadensiska konstitutionen för ögonen. Mot denna ''vattentäta''[66] syn kan ställas en mer funktionell princip baserad på ett amerikanskt synsätt. Här ses inte kompetensfördelningen som ett mål i sig. I USA utvecklades kompetensfördelningen löpande. Weiler understryker detta:

''In practice... it would seem that the principle of division was subjected to higher values and invoked as a useful *means* for achieving other objectives of the U.S union. To the extent that the division became an obstacle for the acheivement of such aims it was sacrified. We may refer to this approach as a functional one.''[67]

Den funktionella utgångspunkten ideologiseras av Sandalow genom anläggande av ett närmast voluntaristiskt synsätt, som för tankarna till den konstitutionella debatten kring dikotomin mellan demokratin och rättsstaten. Han menar att när kongressen

''... determines that a national solution is appropriate for one or another economic issue, its power to fashion one is not likely to be limited by constitutional divisions of power between it and the state legislatures.''[68]

I den tyska förbundsstaten har delstaterna rätt att lagstifta i den utsträckning som ett lagstiftningsämne inte tillhör den federala nivån.[69] Denna princip skulle kunna ses som en motsvarighet till den amerikanska principen om *enumerated federal powers*. De tyska reglerna synes dock inte lika renodlade som de amerikanska.[70]

Gemenskapen både delar och skiljer sig från allmänna federala erfarenheter. På 1970-talet upplevde gemenskapen en försvagning av den legislativa funktionen för fördelning av kompetenser mellan gemenskapen och

[65] Wade, The Role of Parliament 1981, s 102.

[66]. Se härom även Lord Atkin som uttalade: "No one can doubt that this distribution [of powers] ... is one of the most essential conditions, probably the most essential condition... While the ship of state now sails on larger ventures... she still retains the *watertight compartments* which are an essential part of her original structure." (min kurs) Canada v. Ontario, 1937, 1 DLR 673, s 682 f.

[67] Weiler 1991 s 2433.

[68] Sandalow, The Expansion of Federal Legislative Authority, i Courts and Free Markets 1982, s 49 f.

[69] Se artikel 70 i Grundgesetz.

[70] Se Tribe, American Constitutional Law 1988, s 298 f.

medlemsstaterna. Två huvudorsaker har nämnts till försvagningen.

För det första använde de politiska instanserna, kommissionen och ministerrådet, i ökad utsträckning artikel 235 EG som rättsgrund för beslutande av lagstiftning. För det andra berodde försvagningen av de politiska organen på att EG-domstolen å ena sidan gav kompetensbestämmelserna en extensiv tolkning, men å andra sidan begränsade expansionen av den makt som utövas av de politiska organen.[71]

Att hävda detta behöver inte vara detsamma som att kritisera gemenskapens institutioner. Samtidigt som denna process var positiv för gemenskapen, medlemsstaterna och medborgarna, kan den ha skapat en tickande konstitutionell bomb som förr eller senare kommer att hota gemenskapens existens. Domstolar i medlemsstaterna kan förr eller senare komma att inse att det ''sociolegala kontrakt'' som EG-domstolen formulerade i sina tidigaste konstitutionella avgöranden, nämligen

> ''... the Community constitutes a new legal order... for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, albeit within limited fields''[72]

inte längre är giltigt på grund av ändrade förhållanden. För trots att nationella domstolar har accepterat den nya rättsordningen och dess principer, företräde och direkt effekt, är inte längre maktöverlåtelsen begränsad, och i avsaknad av en effektiv kontroll av kompetensöverskridande lagstiftning på den överstatliga nivån blir det upp till de nationella myndigheterna att dra gränserna för gemenskapens makt.[73]

Men vad som skiljer gemenskapen från andra statsskick av federal karaktär är att medlemsstaterna inte reagerade på den massiva expansion av kompetenser som framförallt skedde genom rådets användande av artikel 235 EG under 1970-talets andra hälft. Skälet till detta kan sannolikt hänföras till den beslutsprocess som tillämpades åren innan Enhetsakten trädde i kraft 1987. Till skillnad från i federala stater kunde medlemsstaterna effektivt, genom utövande av vetomöjligheten, kontrollera den lagstiftning som antogs i rådet. Ingen stat behövde bli bunden av en förordning eller ett direktiv mot sin vilja. De domarskapade principerna om EG-rättens företräde och direkta effekt behövde aldrig användas mot en medlemsstats vilja.[74]

[71] Ibid.
[72] Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585.
[73] Denna utveckling karaktäriseras av Weiler 1991 s 2450 f.
[74] Jmfr Weiler 1991 s 2450ff samt Weiler, The Constitution of Europe 1995, s 122 f.

Denna tid gick till ända genom antagandet av Enhetsakten och återgången till majoritetsbeslut i rådet. Tiden mellan Enhetsaktens ikraftträdande och Maastrichtkonferensen kom att präglas av aktiv lagstiftning från rådets sida för förverkligandet av den inre marknaden. Parallellt med denna reaktivering av de politiska instanserna såg EG-domstolen det som sin uppgift att formulera en princip för ett effektiviserande av EG-rättens genomförande och tillämpning i medlemsstaterna. EG-domstolen såg det som sin uppgift att stärka den enskildes position genom att söka förmå nationella domstolar att skydda dennes intressen.[75]

EG-domstolens strävan att ge EG-rätten ökat genomslag i medlemsstaterna innebar genomgripande konstitutionella och processuella förändringar för de nationella systemen. För Storbritannien blev den konstitutionella nyheten en lagprövningsrätt för nationella domstolar när det gällde lagar beslutade av parlamentet.[76]

Utvecklingen som ledde fram till Maastrichtfördraget (EU-fördraget) bar enligt Weiler med sig en tickande konstitutionell bomb. Efter Maastricht har nu risken kommit att bli överhängande för att nationella domstolar skall börja trotsa de jurisdiktionella gränser som EG-domstolen lagt ut mellan gemenskapens och medlemsstaternas institutioner. Medlemsstaterna har nu blivit medvetna om att en beslutsprocess som varken *de jure* eller *de facto* ger dem veto på allvar reser frågan om judiciella och legislativa kompetensgränser.[77]

5.2.5 Utvidgning av jurisdiktion och oklar kompetensfördelning

Enligt EG-domstolen har EG-rätten omfattande anspråk på genomslagskraft i de nationella rättsordningarna. Anspråken har tagit sig följande uttryck:

1. EG-domstolen har exklusiv kompetens att avgöra alla frågor som rör tolkningen och giltigheten av EG-rätt.[78]
2. EG-domstolen har exklusiv kompetens att lösa alla uppkommande konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt.[79]
3. EG-domstolen anser sig även i enlighet med doktrinen om *spärrver-*

[75] Rättighetsskyddet behandlas nedan i kapitel 9.
[76] Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433. Se kommentar av Toth, CML Rev 1990 s 573 ff.
[77] Weiler 1995 s 123.
[78] Mål 314/85 Foto-Frost [1987] ECR 4199.
[79] Se artiklarna 164, 169 och 177 EG.

kan[80] äga en rätt att begränsa nationell rätts tillämpningsområde i mål där det inte föreligger någon *direkt* konflikt mellan EG-rätt och nationell rätt.[81]

EG-domstolen menar att grunden för EG-rättens företräde och inomstatliga giltighet bestäms av EG-rätten själv. Om detta federalistiska synsätt överensstämmer med den verkliga integrationsnivån som hittills uppnåtts, och i framtiden efterfrågas politiskt och juridiskt kan ifrågasättas.[82]

Förståelsen av EG-domstolens utveckling av konstitutionella doktriner kräver en fokusering på den epok som i stor utsträckning förändrade kompetensfördelningen mellan gemenskapen och dess medlemsstater. Epoken kan inte tidsbestämmas exakt, men kan anges approximativt: från 1970-talets första år till och med antagandet av Enhetsakten 1986. Perioden har traditionellt ansetts karaktäriseras av politisk stagnation. Vad som orsakade detta är naturligtvis svårt att fastställa. Faktorer som oljekrisen och motsträviga nya medlemsstater (Danmark, Irland och Storbritannien) har framhållits som en förklaring. Under perioden framlades en mängd förslag och rapporter som syftade till att vitalisera den institutionella strukturen.[83] Men trots att den politiska grenen synes försvagad under denna tid inleddes en parallell judiciell konstitutionell utveckling.[84]

I ett tidigt rättsfall uttalade EG-domstolen:

> ''The Treaty rests on a derogation of sovereignty consented by the Member States to a supranational jurisdiction for an object strictly determined. The legal principle at the basis of the Treaty is a principle of limited competence. The Community is a legal person of public law and to this effect it has the necessary legal capacity to exercise its functions but only those''.[85]

I det ledande målet Van Gend en Loos fördes ett mer abstrakt resone-

[80] Se nedan kapitel 8.

[81] Mål 218/85 CERAFEL [1986] ECR 3513.

[82] Jmfr Spiermann, Om Staters suveränitet, TfR 1996 s 605 f.

[83] Weiler 1991 s 2431 f.

[84] Weiler 1991 s 2437 not 83 menar: "As a 'Framework Document,' the Treaty itself often calls for, or allows, change without Treaty amendment. I want to reserve the term mutation to those instances where the change is fundamental. Obviously, as shall be seen, when mutation does occur it is always justified by some reference to the Treaty and its 'implicit' principles. It is important to understand that I do not make a normative or interpretative argument for some construction of a legal basis in the Treaty. The strict 'legal' evaluation is of little interest in my view. My point is that the relevant interpretative communities, by choosing to opt for the wide and flexible reading of the Treaty, have transformed strict enumeration into a very flexible notion, practically emptied of material content in the Community."

[85] Målen 7/56, 3-7/57 Algera [1957-58] ECR 39.

mang. Den kända formuleringen talar om

> ''... a new legal order of international law for the benefit of which the states have limited their sovereign rights, *albeit in limited fields*.''[86]

Under 1960-talet upprepade EG-domstolen detta fredande av de nationella kompetenserna. Överlåtelse av suveränitet hade skett, men väl i begränsad omfattning. Den följande perioden 1970-1985 karaktäriseras av Weiler

> ''... as a... fundamental phase in the transformation of Europe.''[87]

Weiler menar att begränsningarna av gemenskapens materiella jurisdiktion vittrade sönder och i praktiken försvann. Under 1960-talet firades den konstitutionella revolutionen ''within limited fields''.[88]

Under nästa utvecklingsfas försvann dessa gränser för gemenskapens kompetenser. EG-domstolens syn i Costa-målet där det talades om suveränitetsbegränsningar ''... within limited fields''[89] blev senare i domstolens första yttrande över EES-avtalet ''... in ever wider fields''.[90]

5.3 Suveräniteten

5.3.1 Staten och suveräniteten

EG-domstolens roll som författningsdomstol och utvidgningen av gemenskapens kompetenser aktualiserar frågor om synen på *suveräniteten*.

Enligt Bodin, Grotius, Hobbes, Rousseau och Hegel är *suveräniteten* absolut och odelbar.[91] Den klassiska suveränitetsteorin baseras på en absolut suveränitet som inryms i en enhet. Dessa filosofer ser idén om en delbar suveränitet som en självmotsägelse. Suveräniteten utövas av en enhet på ett ställe och kan inte överföras eller delas.[92]

Bodin etablerade kopplingen mellan staten och suveräniteten:

[86] Mål 26/62 [1963] ECR 1 (min kurs).
[87] Weiler 1991 s 2434.
[88] EG-domstolens rigida tolkning i målen 7/56, 3-7/57 Algera [1957-58] ECR 39 kom aldrig mer att upprepas.
[89] Mål 6/64 [1964] ECR 585 s 593 f.
[90] Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 p 21.
[91] Se exempelvis Hobbes, Leviathan 1968, s 237.
[92] Se definitionen i Black's Law Dictionary 1990 (6 uppl) s 1396.

''La souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une République.''[93]

Bodin ansåg emellertid att suveräniteten utövas under den från gud härledda naturrätten.[94] Även Hobbes ansåg att suveräniteten var underordnad den gudomliga naturrrätten.[95] Likaså Grotius ansåg suveränens handlingar underkastade den gudomliga naturrätten eller ''... the law of nations''.[96]

Suveränitet är en kvalité som vanligtvis tillskrivs stater, eller deras styrande institutioner. Suveränitet är att äga ultimat makt på ett eller annat sätt. Med MacCormick:

> ''Power in a personal and interpersonal sense is the ability to take decisions that affect another's interests regardless of their consent or dissent...''[97]

Den *politiska teorin* har traditionellt uppfattat suveränitet som en egenskap som tillkommer en aktör inom en given politisk enhet. Denna uppfattning aktualiserar ett perspektivproblem. Betraktas en politisk enhet från insidan tillkommer suveräniteten den aktör som äger odelbar och exklusiv makt inom enheten. Ser vi enheten utifrån tillkommer suveräniteten enheten som helhet i kraft av dess ställning i ett större system som består av liknande politiska enheter. De enskilda enheternas samfällda anspråk på odelbar och exklusiv auktoritet konstituerar från detta perspektiv en anarkistisk ordning. Det klassiska suveränitetsbegreppet kan därmed sägas förena de två motsatta politiska livsformerna *hierarki* och *anarki*, och utmönstrar dem som varandras förutsättningar inom en övergripande politisk och juridisk ordning.[98]

Bartelson menar att suveränitetsbegreppet är ett *förtingligande* av det politiska rummet, att det utgör den förmedlande länken mellan territoriell politisk ordning och nödvändigheten av nationen som politisk gemenskap samt att det utgör grunden för vår förståelse av den empiriska och etiska relationen mellan den moderna staten och det internationella systemet.[99] Han beskriver dessa karaktäristika som paradoxer som tillsammans utgör

> ''... den moderna politiska teorins oskrivna förord. Vi har sett att suveränitetsbegreppet utgör navet i dessa, och att de tycks förutsätta att vi uppfattar suveräniteten som odelbar och exklusiv... ruckar vi på dessa förutsättningar rubbas

[93] Bodin, Six livres de la République 1576 (1593), citerat från Staat und Souveränität s 107.
[94] Ibid s 109.
[95] Hobbes 1968 s 237.
[96] Grotius, De jure belli ac pacis. Libri Tres 1625, bok 1 kap 3 § 16.
[97] MacCormick, Sovereignty, Democracy, Subsidiarity, JT 1994-95 s 290.
[98] Bartelson, Suveränitet, identitet och internationalisering, JT 1994-95 s 251 f.
[99] Ibid s 253 f.

också politikens och rättens första principer...''[100]

Wrange menar att många använder alternativa begrepp när man talar om suveränitet: lagstiftningsmakt, jurisdiktion, kompetens att sluta fördrag. Detta ligger i linje med den teknokratiska ingenjörskonst som råder i efterkrigstidens politik och normskapande.[101] Wrange framhåller möjliga politiska motiv till att göra sig kvitt suveränitetsbegreppet:

> ''There are several ways to think about this 'demystification'. It might be a necessary conceptual process to help us describe a new reality, for which 'sovereignty' is no longer an adequate and helpful concept. If that is true, we are moving towards a society in which the loyalties will no more be directed towards a single 'sovereign' legal structure, like that of the nation-state, but towards several, competing units. But the castration of sovereignty might also be a handy tool for political objectives, and serve purposes analogous to those served by the (American and Scandinavian) Legal Realists' striptease of notions such as 'right' or 'will'. Once sovereignty has lost its commanding power, the field is free for attacks upon the state itself, be it from human rights advocates against Third World tyrannies or from post-yuppie libertarians against the Welfare State.''[102]

Redan innan andra världskriget framhölls att suveränitetsbegreppet inte kunde tjäna till annat än en praktisk etikett. När distinktioner företogs mellan politisk, rättslig och ekonomisk suveränitet eller mellan intern och extern suveränitet stod det klart att etiketten hade spelat ut sin roll. Begreppet stod således risken att med åren tappa alla konturer.[103]

Men trots att suveränitetsbegreppet både är filosofiskt problematiskt, mångtydigt och vagt bör man inte lämna det. Genom att ge exempel på användning av begreppet i relation till ett bestämt fenomen (EU) menar jag att tillräcklig kunskap om begreppet kan nås, i vart fall ett mått av kunskap som tillfredställer mitt huvudsyfte: att utifrån ett rättsteoretiskt perspektiv förklara och beskriva den institutionella och normmässiga relationen mellan nationella rättsordningar och EG-rätten.[104]

[100] Ibid s 254.

[101] Wrange, The Concept of Sovereignty – Alive and Kickin', JT 1994-95 s 350 ff.

[102] Ibid s 362.

[103] Se exempelvis Carr, The Twenty Years Crisis 1919-1939, s 230 f; och senare Benn, The Uses of Sovereignty, Political Studies, Vol.3, 1955, No.3.

[104] Bartelson, A Genealogy of Sovereignty, 1993, s 12: "My contention is that the problems confronted by conceptual analysis is intrinsic to the meta-language guiding this analysis, and that sovereignty represents a crucial case in this respect. Rather than dismissing the concept of sovereignty because of its ambiguity, we should take a suspicious glance into the practices of definition."

5.3.2 Rätten och suveräniteten

Rättsteorin, och då särskilt rättspositivismen, försöker förklara rätten med utgångspunkt från idén om att rätten emanerar från en suverän och att lagen skall uppfattas som en befallning från suveränen.[105] En annan förklaringsmodell tar sin utgångspunkt i organisationen av ett samhälle inom en stat och dennas monopol på normskapande. En tredje modell utgår från att rätten emanerar från en institutionell[106] organisation utanför staten.[107]

För att undvika begreppsförvirring vid en diskussion om rättspositivismen och idén om lagen som befallning finns det skäl till en inledande nyansering. För det första finns det skäl att göra klart vad man menar med lagbegreppet.

Med Austins terminologi kan en lag uppfattas som en suveräns befallning till sina underlydande.[108] Austin ansåg att suveräniteten hade en inneboende natur. Varje försök av suveränen att dela sig själv leder till att denne förlorar sin makt och efterträds av en ny suverän. Dessa tankar lånade Austin från Bodin, Hobbes och Rousseau.[109]

Austins idé om *the sovereign and the subject* har utsatts för ingående kritik. Felslutet i Austins tankegång beror enligt Harris på att han menar att suveräniteten är en metafysisk enhet med en logisk struktur.[110]

Den kanske mest ingripande kritiken mot Austin har framförts av Hart. I *The Concept of Law* avlivade Hart den rättsteoretiska myten om *the sovereign and subject*. Auktoritet är en institutionell beståndsdel och en intern företeelse i systemet, och begränsad auktoritet synes kunna accepteras på samma grund som den allomfattande.[111] Ett centralt problem med Austins suveränitetsdoktrin var enligt Hart att den inte kunde tillämpas på den moderna demokratiska staten:

> "... the analysis of law in terms of the sovereign, habitually obeyed and necessarily exempt from all legal limitation, failed to account for the continuity of

[105] Austin, The Province of Jurisprudence Determined 1954, s 193 ff.

[106] Jag använder här begreppet institution i den betydelse Roger Cotterrell beskriver i The Politics of Jurisprudence 1989, s 3: "By legal institution I mean here patterns of official action and expectations of actions organised around the creation, application and enforcement of legal precepts or the maintenance of a legal order." För en vidare definition se Cotterrell, The Sociology of Law 1984, s 3.

[107] MacCormick, The Concept of Law and "The Concept of Law", Oxford J L S, s 7 f.

[108] Austin, The Province of Jurisprudence Determined 1954, s 193 f.

[109] Ibid.

[110] Harris, The Concept of the Sovereign Will, (1977) Acta Jur.1, 9-12, s 310 och 344.

[111] Hart 1961 kap 4-6.

> legislative authority characteristic of a modern legal system, and the sovereign, person or persons could not be identified with either the electorate or the legislature of a modern state.''[112]

Idén om lagen som befallning har kritiserats av bland annat Olivecrona som menar att en befallning inte kan vara identisk med suveränens vilja.[113] Att hävda att lagen är ett uttryck för suveränens vilja bygger enligt Olivecrona på ett tankefel:

> ''From the fact that a command has been given it is possible to draw a conclusion about the will of the person who commands. But this does not imply that the command itself is a declaration of his will. If we can see a man light a match and hold it to his pipe we can conclude that he wants to smoke. But his gesture is not meant to inform us of his intention. If a command was really a declaration of will, it could be formulated as an assertion to this effect without any alteration of the meaning. But this is impossible. Compare the following two utterances to a child, 'Blow your nose!' and, 'It is a fact that I want you to blow your nose'. The *effect* of the latter may be the same as that of the former, because the child knows that the grown-up-person has some means of enforcing his will. But the *meaning* of the two sentences is not identical. In the first case we have no statement of fact at all. Instead we have an utterance that is specifically adapted to the purpose of producing an action by the person adressed and to that purpose only. It is not intended to impart knowledge but to influence the will. In the latter case, on the contrary, we have a statement about a fact, primarily intended to convey knowledge. Thus a command must be sharply distinguished from a statement or declaration of the will of the speaker. A command is an act through which one person seeks to influence the will of another.''[114]

Olivecrona uppfattar lagen som ett *fristående imperativ* och kan i den meningen acceptera lagen som befallning. Det är emellertid viktigt att framhålla att rättspositivismen även inrymmer andra synsätt. Kelsen å sin sida menar att lag skall förstås som *norm* och norm är inte detsamma som befallning:

> ''The legal order, which is the object of this cognition is a normative order of human behaviour – a system of norms regulating human behaviour. By 'norm' we mean that something *ought* to be or *ought* to happen, especially that a human being ought to behave in a specific way.''[115]

Hart å sin sida menar att lag inte skall uppfattas som befallning utan som

[112] Hart 1961 s 77.
[113] Se Hägerströms kritik av att rätten skulle vara ett uttryck för statens vilja, Är gällande rätt ett uttryck för vilja?, Rätten och viljan, två uppsatser om rätten, utgivna av Olivecrona 1961.
[114] Olivercrona, Law as Fact 1971, s 32 f (förf kurs).
[115] Kelsen, Pure Theory of Law 1967, s 4.

regel (rule).[116]

Rättspositivistiska statsorienterade teorier synes vidare betrakta den skrivna lagen som den främsta rättskällan, rättsordningen som ett komplett, enhetlig och sammanhängande system, rättstillämpningen som mekanisk/ formalistisk, och juridiken som vetenskap. Vidare framträder de två grundläggande idéerna om (stats)lagens företräde framför alla andra former av normer och den skrivna lagens primat framför andra rättsnormer.[117]

Rättspositivismen associeras ofta med institutionell maktdelning eller maktbalans och understryker normskapandets demokratiska förankring och därvid synen på rättstillämpning som i huvudsak en mekanisk process.[118] Rättspositivism i denna grundform bygger således på föreställningar som i den rättsteoretiska doktrinen benämns mekanisk rättskipning eller formalism.[119]

Statsteorin (rätten emanerar från staten) bygger vidare på lagens tvångsfunktion, dvs att lagen framförallt skapar en tvångsordning[120]. Att besluta en lag, eller att som domstol tolka och tillämpa lag, förutsätter auktoritet. Det finns i ett teoretiskt perspektiv skäl att ifrågasätta auktoritetens koppling till tvånget, dvs möjligheterna att med våld genomdriva efterlevnad av lagen. Med Arendt, som söker en uppgörelse med ''the functionally orientated scientists'':

> ''Their concern is only with functions, and whatever fulfills the same function can, according to this view, be called the same. Hence if violence fulfills the same function as authority – namely, makes people obey – then violence is authority. It is as though I had the right to call the heel of my shoe a hammer because I, like most women, use it to drive nails into the wall.''[121]

Relationen mellan auktoritet och tvång har även relevans i ett EG-rättsligt perspektiv. EG-rätten bygger på en kompetensfördelning mellan de gemensamma institutionerna och medlemsstaternas institutioner vilken i princip innebär att de gemensamma institutionerna saknar kompetens att

[116] Hart, The Concept of Law 1961, s 78.

[117] Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice 1993, s 23 f.

[118] Se avsnitt 2.2 ovan. Jmfr även Bengoetxea 1993, s 23.

[119] Harts analytiska rättspositivism anlägger emellertid en mer realistisk syn på rättstillämpningens natur: ''... the rule-making authority must exercise a discretion, and there is no possibility of treating the question raised by the various cases a if there were one uniquely correct answer to be found..''(The Concept of Law 1961, s 128).

[120] I en EG-rättslig kontext torde man i detta sammanhang kunna tala om organisation snarare än tvång, mellanstatlig och överstatlig organisation till vilken staterna frivilligt överlämnat suveränitet.

[121] Citatet är hämtat från Ball, Authority, Nomos 1987 s 41.

tvångsvis genomdriva efterlevnad av EG-rätten med stöd av sanktioner.[122] Dowrick lyfter fram dessa karaktäristika när han tillämpar Kelsens kriterium om rätten som tvångordning på EG-rätten:

> ''... it turns out that the majority of obligations and the principal powers in EC law are not coupled with sanctions at all. One of the salient features of the European Community is that for the most part it is essentially a cooperative, a consensual system, not a coercive order. It is not just that the EC system lacks an executive arm of its own: it has not needed one to make it a viable legal system.''[123]

En alternativ utvecklingslinje inom rättspositivismen flyttar bort fokus från staten och lyfter fram den rättsliga processen.[124] MacCormick sammanfattar kritiken[125] av statsteorin och karaktäriserar problemen enligt följande:

> ''Roger Cotterrell and others have pointedly criticised mainstream jurisprudence for unreflectively privileging state-law over all other forms of law, as though really the only law that counts is that of the (presumably sovereign and independent) state. Everything else tends to be deemed law only so far it relates by close or remote analogy to that paradigm. But this, to be acceptable at all, should be the conclusion of an argument, not its unstated presupposition.''[126]

Ett problem med en monocentrisk och nationalstatsorienterad suveränitetsteori visar sig just vid ett försök att inta en annan position än någon av standardpositionerna: EG-rättens bindande kraft och företräde kan härledas ur EG-rättens egen natur, alternativt: EG-rätten är bindande och har företräde för att medlemsstaternas parlament bestämt detta genom nationella, konstitutionella dispositioner. Suveränitetsteorin pekar således i riktning mot statiska standardpositioner.[127]

5.3.3 Företrädesdoktrinen och suveräniteten

EG-domstolens doktrin om EG-rättens absoluta företräde, dvs företräde framför samtliga nationella rättsnormer oavsett deras konstitutionella valör, är som framhållits ovan en av EG-domstolens centrala doktriner. Den kan

[122] Se kapitel 3 ovan.
[123] Dowrick 1984 s 180.
[124] Bengoetxea, Institutions, Legal Theory and EC Law 1991, i 77 ARS samt kanske främst i avhandlingen The Legal Reasoning of the European Court of Justice 1993, s 20 ff.
[125] Se framförallt Cotterrell 1989 s 67 ff med noter.
[126] MacCormick, Beyond the Sovereign State, Modern L Rev 1993 s 2.
[127] Ibid.

uppfattas som kontroversiell eftersom den dels talar om en oåterkallelig överlåtelse av kompetenser från medlemsstaterna till gemenskapens institutioner, dels om EG-rättsligt företräde framför medlemsstaternas grundlagar.[128]

Enligt EG-domstolens terminologi har medlemsstaterna avstått från en del av sin suveränitet för att i stället utöva den gemensamt i institutioner med egen personlighet och rättskapacitet.[129] EG-domstolens doktrin syftar till att EG-rätten tolkas och tillämpas på samma sätt i alla medlemsstater. EG-rätten måste därför ha företräde framför alla nationella regler oavsett konstitutionell dignitet. Grunden för EG-rättens företräde finner EG-domstolen i EG-rätten själv, i dess speciella natur. Enligt EG-domstolen är företrädet *absolut*. Företrädesdoktrinen aktualiserar därmed frågor om makt och auktoritet som brukar diskuteras med hjälp av begreppet *suveränitet*.

Många har ställt sig frågan om de europeiska gemenskapernas utveckling från gemenskap till union tillsammans med EG-domstolens anspråk på att ha omvandlat grundfördragen från multilaterala fördrag till konstitutionella dokument betyder att synen på suveräniteten måste revideras.[130] Den komplicerade verklighet som råder i samtidens Europa (och i övriga världen) brukar beskrivas som ett tillstånd *bortom den suveräna staten*.

I 1990-talets västvärld talar väldigt få om suveränitet som ett odelbart, absolut och enhetligt begrepp. Men eftersom nationella arméer inte kommer att ersättas med en global, och eftersom nationalstaten inte kommer att ersättas med ett världsstyre och marknader fortsätta att ignorera territoriella gränser, menar Rosas att

> ''... the world will be a patchwork of authorities, a 'pluralistic' structure. There will be multiple identities rather than just one overriding identity, be it with the

[128] Se ovan avsnitt 4.6 och mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.

[129] Duguits synes mena att alla teorier om staten som personlighet eller om att en allmän eller kollektiv vilja utgör grunden för rättsordningen är fiktioner (Duguits, Etudes de droit public, I. L'Etat: le droit objectif et la loi positive 1901 s 92 och 614): "La personalité de l'Etat suppose que toute collectivité a une existence réelle, distincte de celle des individus qui la composent. Or cette existence n'a jamais été démontrée. On est obligé d'en faire l'aveu: les uns déclarent que cette personification n'est vraie que dans le monde du droit, les autres qu'elle est une fiction, d'autres qu'elle est une abstraction. Or la science du droit, si elle existe, n'est pas dans un monde à part, mais dans le monde des réalités; elle n'a pas pour objet des fictions ou des abstractions, mais des faits concrets. De l'avoir méconnu, les juristes s'épuisent depuis des siècles en des controvers scolastiques sans objet et sans profit."

[130] Se bl a MacCormick 1993 s 18.

local community, the nation-state, 'Europe' or the globe. Such a complex patchwork of authorities seems to be the characteristic of the European Union itself.''[131]

Men det är ändå svårt att bortse från den framträdande roll som staterna har inom både EU och den internationella rätten i allmänhet. Nationalstaten synes fortfarande spela en viktig roll. Statsbegreppet utgör grunden till distinktionen mellan internationella relationer och inrikespolitik och mellan internationell och nationell rätt. Modellritningarna för de europeiska institutionerna är ofta inspirerade av en idealiserad modell av staten. De huvudsakliga kontroverserna i integrationsteorin står mellan dem som menar att gemenskaperna inte är någonting annat än en institution för koordinering av statsintressen (i och för sig högt sofistikerad) och dem som hävdar att gemenskaperna har kommit att få en egen status och kvalité bortom nationalstaten. Samma motsättning kan vi finna i den juridiska litteraturen när det gäller diskussionerna om den europeiska rättsordningens natur.[132]

5.3.4 Idén om delbar suveränitet

EG-rätten och idén om gemenskapens konstitutionella rätt bygger på tanken att suveräniteten är delbar. Denna nya idé står i motsättning till klassisk suveränitetsteori.[133] Enligt det nya synsättet kan suveräniteten begränsas och delas utan att minska eller försvinna. Det talas om en *pool* av suveränitet och kollektiv utövning av suveränitet. Idén om delad suveränitet erkänner möjligheten till överföring av suveränitet från en enhet till en annan. Vissa kompetenser finns hos EUs institutioner och vissa hos medlemsstaterna. Problemet med denna delvisa överföring av kompetenser är att det måste från fall till fall fastställas vem som har jurisdiktion.[134]

Medlemsstaterna har begränsat sina suveräna rättigheter och överfört dem till institutioner över vilka de inte har någon direkt kontroll. Härmed har institutionerna förlänats med suveräna rättigheter som de inte ursprungligen besatt. Den makt som utövas under suveräniteten är inte endast bindande för medlemsstaterna utan även för medborgare och företag i medlemsstaterna. Företrädare för idén om den delade suveräniteten menar att

[131] Rosas, Whither Sovereignty, JT 1994-95 s 318.

[132] Jachtenfuchs, Theoretical perspectives on European governance, i Bernitz och Hallström (red) 1996, s 34 f.

[133] Se emellertid Bentham, Of Laws in General, i Lloyd och Freeman 1985 s 278 ff, som synes utgå från att suveräniteten kan delas av olika organ inom en statlig organisation.

[134] Se bl a SOU 1994:12 Suveränitet och demokrati s 232 f.

det inte går att förena idén om att staten och dess åtgärder utgör den konstitutionella grunden för lagstiftningens giltighet nationellt med delade och gemensamma intressen i en gemenskap. Suveränitet är ett knippe av kompetenser, en samling olika befogenheter, som är delade mellan EU och dess medlemsstater. Både medlemsstaterna och EU kan här vara suveräna inom sin egen jurisdiktion.[135]

Idén om den delade suveräniteten bygger på att EU är förlänat med egen suveränitet och självständiga kompetenser. Medlemsstaterna har skapat en *pool* av suveränitet genom att överföra lagstiftningskompetens till EUs institutioner. I utövandet av denna kompetens är sedan medlemsstaterna delaktiga på olika sätt. Denna syn på suveräniteten synes omfattas av EG-domstolen själv. Överföringen av suveränitet från medlemsstaterna till gemenskapen har framhållits i många avgöranden. Det vanligaste citatet i litteraturen är det från *Costa v Enel.*[136] Här talar domstolen om en definitiv överföring av suveräna rättigheter från medlemsstaterna till gemenskapen. Konsekvensen av formuleringen blir att ett ensidigt återtagande av suveränitet inte är möjligt.

5.3.4.1 Överföring av suveränitet

Idén om delbar suveränitet förutsätter en möjlighet till begränsning av suveränitet inom bestämda områden. Enligt EG-domstolen skapade fördragen

> "...a new legal order for the benefit of which the states had limited their sovereign rights, in ever wider fields, and the subjects of which comprised not only Member States but also their nationals."[137]

Idén om delad suveränitet förutsätter en överföring av suveränitet från medlemsstaterna till EU. Ett huvudproblem är att fastställa omfattningen av den suveränitet som överförts eller uppgivits. Fördragen innebär endast en begränsad överföring av kompetens. Det är inte när *överföringen sker* utan när den överförda *makten utövas* som medlemsstaterna förlorar makt att agera i strid med de gemensamt beslutade reglerna. Vidare gäller *enumerationsprincipen*. Gemenskapen har således ingen inneboende ursprunglig

[135] Ibid.
[136] Mål 6/64 [1964] ECR 585.
[137] Ibid.

kompetens utan endast den som framgår av fördragen.[138]

Suveräna rättigheter har anförtrotts de gemensamma institutionerna inom begränsade områden. Institutionerna har ingen kompetens att utvidga kompetenserna genom ensidiga beslut. Gemenskapen saknar såväl universell jurisdiktion som makt att skapa nya kompetensområden. Nya kompetenser kan i princip endast skapas genom fördragsändringar.[139] Fördragens allmänna och målrelaterade karaktär, målens vaghet och den oklara kompetensfördelningen bidrar till att doktrinen om den delade suveräniteten misslyckas med att utgöra en fast teoretisk grund för en konstitutionell rätt. Doktrinen behandlar inte problemet om överföring av suveränitet och definition av överförda områden. Den definierar inte omfattningen och karaktären av det överförda kompetensområdet eller de materiella suveräna rättigheter som förlänats de gemensamma institutionerna. Denna brist gör att doktrinen om den delade suveräniteten inte kan tjäna som grund till en konstitutionell rätt som kan begränsa och binda maktutövning och utgöra ett instrument för suveränitetsinskränkning. Detta bidrar till att skapa ett centralt problem för förhållandet mellan EU och medlemsstaterna och för suveränitetsbegreppet. Vilken suveränitet är egentligen begränsad av EG-rätten? Kan vi tala om en konstitution utan en konstitutionell kärna? Själva idén med en konstitution är ju just suveränitetsbegränsningen.[140]

5.3.4.2 Begränsning av suveränitet

Den tidigare diskussionen har handlat om idén om en delad suveränitet som teoretisk grund för en gemenskapens konstitution och konstitutionella rätt. Eftersom begränsning av suveränitet utgör en grundläggande konstitutionell princip har jag undersökt om idén eller teorin kan identifiera den suveränitet som begränsas av EG-rätten.

I juridisk mening refererar begreppet konstitution till den rättsliga grunden för funktionen av ett politiskt system och styrelseform i enlighet med rättsstatens krav. Konstitutionalitet är en princip om begränsning och institutionalisering av politik och den makt som ger sig till känna i form av lagstiftning, förvaltning och rättskipning. En konstitution har till syfte att begränsa och rationalisera suveräniteten. Den utgör en mängd regler som

[138] Jmfr Hallström, Den Europeiska Unionen – från reciprocitet till lojalitet, JT 1994-95 s 277.

[139] Se emellertid artikel 235 EG som möjliggör viss kompetensutvidgning för att förverkliga gemenskapens mål utan uttryckligt fördragsstöd.

[140] Obradovic, Community Law and the Doctrine of Divisible Sovereignty, LIEI 1993 s 11 f.

binder den politiska och juridiska auktoriteten och hindrar ingripanden mot enskilda inom vissa områden. Konstitutionens kärna och grundbetydelse är begränsning av suveränitet uttryckt genom idén om att ingen politisk kompetens kan vara obegränsad. Dess huvudsakliga avsikt är att begränsa all utövning av makt med hjälp av konstitutionella bindningar. Suveränitetsbegränsning är en konstitutionens huvudprincip.[141]

Om EG-rätten skall analyseras utifrån en teori om delbar suveränitet och behandlas som konstitutionell rätt måste detta ske i en rättslig ram inom vilken suveräniteten definieras. Doktrinen om delad suveränitet fungerar helt enkelt inte som grund för utvecklandet av en konstitutionell EG-rätt. Främst beror detta på att det inte går att utröna vilken suveränitet som begränsas av EG-rätten och vilka suveräna auktoriteter som är bundna av rättsordningen. Med Obradovic:

> ''The theory of divisible sovereignty indicates rightly that, in the case of Community law, national sovereignty in relation to certain matters has to be limited or shared, and also given to another body, but what it fails to do is indicate where the line should be drawn, or even show that there are intermediate degrees.''[142]

Under perioden 1970-1985 blev kompetensfördelningen mellan EG och medlemsstaterna mer och mer oklar. Weiler beskriver perioden som en viktig fas i den konstitutionella omvandlingen.[143] Begränsningarna för gemenskapens materiella jurisdiktion vittrade sönder och försvann i praktiken. EG-domstolens syn i Costa-målet där det talades om suveränitetsbegränsningar ''... within limited fields''[144] blev senare i domstolens första yttrande över EES-avtalet ''... in ever wider fields''.[145] EG-domstolen hade under 1980-talets sista år och 1990-talets första år höga ambitioner vad gällde EG-rättens effektivitet och tillämpningsområde. Weiler sammanfattade:

> ''Constitutionally, no core of sovereign state powers was left beyond reach of the Community.''[146]

Lenaerts var som tidigare citerats inne på samma linje när han menade att

> ''[t]here simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke,

[141] Bobbio, Democracy and Dictatorship: the nature and limits of state power 1989, s 97 f.
[142] Obradovic 1993 s 17.
[143] Weiler 1991 s 2434.
[144] Mål 6/64 [1964] ECR 585 s 593 f.
[145] Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 p 21. Se kommentar av Schermers, CML Rev 1992 s 991 ff.
[146] Weiler 1991 s 2435.

as such, against the Community''.[147]

5.4 EG-domstolens konstitutionella anspråk

I litteraturen om den europeiska integrationen har det ofta ifrågasatts om EU har en egen *konstitution*, om EG-fördraget kan betraktas som gemenskapens grundläggande konstitutionella dokument. Många menar att gemenskapens maktutövning utgår från en konstitution ur vilken principer kan härledas som har betytt en grundläggande förändring av förhållandet mellan centrum (de gemensamma institutionerna) och periferi (medlemsstaterna) och mellan offentlig makt och ekonomi.[148]

En av mina grundläggande utgångspunkter är att användandet av den konstitutionella terminologin och retoriken[149] påverkar valet av metodologiska och teoretiska verktyg vid en analys av systemet. Framförallt är den konstitutionella terminologin viktig för avgränsningarna av det tolkningsutrymme som EG-domstolen utnyttjar vid skapandet av doktriner rörande förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

Utifrån USAs konstitutionella erfarenhet gör Kennedy en utvärdering av den amerikanska konstitutionalismen.

> ''Constitutionalism has had a disordering or randomizing effect on our political history. This occurs because naive manipulation is an activity open to influence by all kinds of agendas, including, obviously the political agenda of the judge. The political process puts judges in office and leaves them there, possessed of this stock of legitimacy or mana or religious plausibility for the mass of believers, and no way to avoid, while engaged in naive manipulation, the use of it to keep dead programs alive or create new ones. A useful analogy may be the British civil service, or the corps of prefects in France. The difference may be the bizarre impact of self-delusion on the implementation of the political agenda by the judge, and the irrational, non-dialogic, almost mechanical translation of constitutionalist faith into popular obedience. All this can be good or bad, depending on who is in charge and what he or she is trying to accomplish.''[150]

[147] Lenaerts 1990 s 220.

[148] Harden, The Constitution of the European Union, Public Law 1994 s 610 och Petersmann, Proposals for a New Constitution for the European Union: Building-Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional law of the EU, CML Rev 1995 s 1123 ff.

[149] Med *retorik* avses EG-domstolens strävan att försöka övertyga omgivningen om existensen av en konstitution för EUs medlemsstater. Detta sker bland annat genom användandet av begrepp som kan hänföras till den konstitutionella rätten.

[150] Duncan Kennedy, American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist, Nova L Rev 1995 s 920.

Jag vill betona att jag inte avser att presentera någon stipulativ definition av begreppet *konstitution*. I kapitlet utgår jag från elementen i EG-domstolens karaktärisering av EG-rätten som en konstitutionell ordning. Elementen kan schematiskt anges som: anspråket på EG-rätten som varande en autonom rättsordning med företräde framför nationell rätt, fördragen som rättsgrund för kompetensfördelning mellan gemenskapen och medlemsstaterna, EG-rätten som rättsgemenskap och skyddet för enskildas rättigheter.

EG-domstolens företrädesdoktrin och dess grund i EG-rättens *autonomi* har behandlats ovan i kapitel 4.[151]

Vad gäller *kompetensfördelningen* framgår det av de grundläggande kompetensbestämmelserna i artikel 3b, enligt vilken gemenskapen skall handla inom ramen för de befogenheter som den har tilldelats och de mål som har ställts upp för den genom fördraget, att gemenskapen endast har den behörighet som tilldelats den. Iakttagandet av principen gör sig gällande både då gemenskapen handlar internt och då den handlar externt.

Som EG-domstolen har fastslagit, handlar gemenskapen normalt på grundval av särskild behörighet som inte nödvändigtvis måste framgå uttryckligen av särskilda bestämmelser i fördraget, utan som också, underförstått, kan härledas ur dessa bestämmelser. I avsaknad av uttrycklig eller underförstådd särskild behörighet inom ett område anser EG-domstolen att det kan prövas om artikel 235 kan utgöra rättslig grund för normgivning.[152]

Som tidigare framhållits anser EG-domstolen att avsikten är att kompensera det faktum att gemenskapens institutioner inte genom särskilda bestämmelser i fördraget uttryckligen eller underförstått tilldelats befogenheter, i den mån som sådana befogenheter ändå framstår som nödvändiga för att gemenskapen skall kunna sköta sina uppgifter för att nå ett av de mål som fastställs i fördraget. EG-domstolen menar att eftersom artikel 235 är en del av ett institutionellt system grundat på principen om tilldelade befogenheter, kan den inte utgöra en grund för att utvidga området för gemenskapens behörighet utöver den allmänna ram som följer av samtliga bestämmelser i fördraget, i synnerhet de i vilka gemenskapens uppgifter och åtgärder fastställs. Enligt EG-domstolen kan artikel 235 inte tjäna som grund för att anta bestämmelser som leder till en förändring av fördraget, utan att det förfarande som föreskrivs för fördragsändring iakttas.[153]

Vad gäller gemenskapens karaktär av *rättsgemenskap* kan EG-domsto-

[151] Se särskilt avsnitten 4.2-6.
[152] Opinion 2/94 av den 28 mars 1996 äep p 13-15.
[153] Ibid p 16-20.

lens uttalande i *Les Verts* citeras:

> ''The European Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter... .An interpretation of Article 173 of the Treaty which excluded measures adopted by the European Parliament from those which could be contested would lead to a result contrary both to the spirit of the Treaty as expressed in Article 164 and to its system.''[154]

Accepterar man domstolens karaktäristik har fördragen blivit konstitutionaliserade. Gemenskapen har lämnat formen av internationell organisation och styrs inte längre av allmänna folkrättsliga principer utan av en speciell form av mellanstatlig struktur som definieras av ett konstitutionellt dokument och konstitutionella principer.[155] Denna process inleddes i början av 1960-talet och fortgår fortfarande. Den inbegriper en serie centrala rättsfall genom vilka EG-domstolen lagt fast konstitutionella doktriner som fixerar relationen mellan EU och dess medlemsstater:

- EG-rättens karaktär som ny och självständig rättsordning,[156] -EG-rättens företräde framför nationell rätt,[157] - EG-rättens företräde framför nationella konstitutionella bestämmelser,[158]
- fördragsartiklars[159] och direktivs[160] direkta effekt.
- medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten.[161]

Vad gäller *mänskliga rättigheters* ställning inom EG-rätten har EG-domstolen uttalat att betydelsen av respekten för de mänskliga rättigheterna har understrukits i olika förklaringar från medlemsstater och gemenskapens institutioner. Det har även hänvisats till rättighetsskyddet i ingressen till enhetsakten samt i ingressen till EU-fördraget samt i artikel F.2, artikel J.1.2 och artikel K.2. I artikel F EU anges för övrigt att unionen skall respektera de grundläggande rättigheterna, såsom de garanteras i Europa-

[154] Mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1139 p 23-25.
[155] Denna karaktäristik förekommer ymnigt i den juridiska litteraturen. De bästa bidragen är Lenaerts 1990 s 205, Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 595 och Weiler 1991 s 2405.
[156] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.
[157] Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585; mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.
[158] Mål 11/70 Internationale Handelsgesellsschaft [1970] ECR 1125.
[159] Mål 2/74 Reyners [1974] ECR 631 och mål 43/75 Defrenne [1976] ECR 455.
[160] Mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337 och mål 148/78 Ratti [1974] ECR 1629.
[161] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357, målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep, mål C-5/94 Hedley Lomas äep och målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94 Dillenkofer äep.

konventionen.[162]

Enligt EG-domstolen utgör de grundläggande rättigheterna en integrerad del av de allmänna rättsprinciper vilkas iakttagande domstolen skall säkerställa. I detta sammanhang har EG-domstolen hämtat inspiration från medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner samt från den vägledning som ges i de internationella dokument som rör skyddet av de mänskliga rättigheterna och som medlemsstaterna har medverkat i eller anslutit sig till. Vidare har EG-domstolen uttalat att Europakonventionen är av särskild betydelse.[163]

Men det är viktigt att framhålla att när frågan om huruvida gemenskapen skulle ratificera Europakonventionen aktualiserades gjorde EG-domstolen en tydlig markering. Domstolen uttalade att även om respekten för de mänskliga rättigheterna utgör ett villkor för EG-rättens legalitet medför anslutningen till konventionen en betydande förändring av det nuvarande gemenskapssystemet för skyddet av mänskliga rättigheter, eftersom anslutningen innebär att gemenskapen förs in i ett särskilt internationellt institutionellt system, samt att samtliga bestämmelser i konventionen införlivas med gemenskapens rättsordning. EG-domstolen menar att en sådan förändring av systemet för skyddet av mänskliga rättigheter inom gemenskapen, vars institutionella följder skulle vara av grundläggande art såväl för gemenskapen som för medlemsstaterna, har konstitutionell betydelse och är av sådant slag att den överskrider gränserna för artikel 235. En anslutning till konventionen kan således endast genomföras genom fördragsändring.[164] Yttrandet kan tolkas som en kompetensavgränsning och ett värnande av gemenskapens ''konstitutionella'' integritet.

EG-rätten synes enligt EG-domstolen hierarkiskt kunna placeras mellan folkrätten och den nationella rätten. Rättsområdets funktionella avgränsning från övriga rättsområden har formulerats av EG-domstolen i en mängd avgöranden. I *Costa v Enel* uttalar domstolen att:

> ''By contrast with ordinary international treaties, the Treaty has created its own legal systems which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply.''[165]

[162] I artikel 130u.2 i EG-fördraget föreskrivs att gemenskapens politik inom området för utvecklingssamarbete skall bidra till målet att respektera de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.
[163] Mål C-260/89 ERT [1991] I-2925 p 41.
[164] Opinion 2/94 av den 28 mars 1996 p 22-25.
[165] Mål 6/64 Costa v ENEL [1964] ECR 585.

EG-fördraget uppvisar emellertid även likheter med folkrätten, och då främst traktatsrätten. För att vinna intern giltighet har EG-fördraget inkorporerats i enlighet med den normala proceduren för inkorporering av traktater. Varje medlemsstat tillämpar sin egen konstitutionella ordning för att ge EG-rätten intern giltighet.[166]

5.4.1 En ny rättsordning?

På det folkrättsliga fältet representerar EU en ny typ av avancerad internationell organisation. Organisationen skiljer sig från den traditionella typen av multilateral organisation i en mängd avseenden. De avgörande skillnaderna framträder vid ett studium av målsättningar, institutionernas kompetenser vad gäller normgivning och rättskipning och rättsreglernas effektivitet.[167] EG-rättens karaktäristika vilar på medlemsstaternas överlåtelse av normgivningskompetenser. Utifrån denna överlåtelse formulerade domstolen den kompetensfördelningsteori som utgör grunden för gemenskapens existens.

> ''By creating a Community of unlimited duration, having its own institutions, its own personality, its own legal capacity and capacity of representation on the international plane and, more particulary, real powers stemming from a limitation of sovereignty or a transfer of powers from the States to the Community, the Member States have limited their sovereign rights, albeit within limited fields, and have created a body of law which binds both their nationals and themselves.''[168]

Kritiken mot den konstitutionella retoriken har ifrågasatt EG-domstolens urskiljande av en *old legal order* och en *new legal order*. Den gamla ordningen skulle vara baserad på folkrättsliga principer medan den nya vilar på konstitutionella principer som direkt effekt, företräde, mänskliga rättigheter m m.[169]

Det är i detta sammanhang värt att framhålla att det även inom folkrätten existerar en företrädesdoktrin där folkrätten har ambitioner på att gå före nationell rätt. Vidare förekommer många exempel på direkt tillämpliga fördragsbestämmelser (self-executing treaties).[170] Även EG-domstolens doktrin om vilande kompetenser (implied powers) finner en motsvarighet i

[166] Se artikel 247 EG.
[167] Mann, The Function of Judicial Decision in European Economic Integration 1972, s 4 ff.
[168] Mål 6/64 [1964] ECR 585
[169] Wyatt, New Legal Order – or Old?, EL Rev 1982 s 147 ff.
[170] Vázquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, AJIL 1995 s 695 ff.

Internationella domstolens praxis.[171]

Hur skiljer sig då det EG-rättsliga ''statsskicket'' från den internationella folkrättsliga ordningen? Ett svar skulle kunna vara att skapandet av en överstatlig struktur med självständiga institutioner med bred normgivningskompetens innebär en kvantitativ förändring av sådan omfattning att förändringen även blir kvalitativ. Direkt effekt kanske förekommer inom folkrätten men gör det endast undantagsvis. Inom EG-rätten ligger doktrinen latent bakom varje rättstvist där EG-regler aktualiseras.[172] Weiler menar att frågan om EG-rättens företräde sätter de båda rättssystemen i skarp relief mot varandra:

> ''International law is as uncompromising as Community law in asserting that its norms are supreme over conflicting national norms. But, international law's horizontal system of enforcement, which is typically actuated through the principles of state responsibility, reciprocity, and counter measures, gives the notion of supremacy an exeptionally rarified quality, making it difficult to grasp and radically different from that found in constitutional orders of states with centralized enforcement monopolies.''[173]

Weiler sätter fingret på folkrättens ömma punkt och lyfter fram det EG-rättsliga systemet för enskildas rättsskydd med rättsmedel och ansvarsprinciper för effektuerande av rättigheter:[174]

> ''The constitutionalization claim... can only be sustained by adding one more layer of analysis: the system of judicial remedies and enforcement. It is this system, as interpreted and operationalized by the European judicial branch, that truly differentiates the Community legal order from the horizontality of classical public international law.''[175]

Den övergripande effekten av systemet med rättsmedel är betydande. Kombinationen mellan konstitutionella principer som företräde, direkt effekt och rättsmedlen kan sägas nationalisera de EG-rättsliga förpliktelserna. Konsekvensen av denna process blir att reglerna etablerar en vana att efterleva fördragsförpliktelserna.[176]

Det är mot bakgrund av dessa omständigheter man kan spekulera över de mer djupgående skillnaderna mellan EG-rätten och folkrätten. Kombinationen av rättsmedel och konstitutionella principer resulterar i att centrala

[171] Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949 ICJ 174.
[172] Pescatore 1983 s 155.
[173] Weiler 1991 s 2418 f.
[174] Se nedan kapitel 9.
[175] Weiler 1991 s 2419.
[176] Jmfr Jones 1984 s 17.

folkrättsliga doktriner om statsansvar, principer om reciprocitet och motåtgärder avlägsnas ur systemet.[177] I detta avseende kan EG-rätten betraktas som en ny typ av rättssystem.[178]

5.4.2 EG-rättens konstitutionella grunder

Den uppfattning om EG-rättens karaktär som avspeglas i *Van Gend en Loos*[179] från tidigt 1960-tal är betydelsfull för EG-domstolen för valet av tolkningsstrategi. För att konkretisera kan jag inleda med att erinra om generaladvokat Lagranges relativt avancerade karaktärisering redan 1956 då han inte tvekade att erkänna att

> ''... le traité dont la Cour a pour mission d'assurer l'application, s'il a bien été conclu sous la forme des traités internationaux et s'il en est un incontestablement, n'en constitue pas moins, du point de vue matériel, la charte de la Communauté, les règles de droit qui s'en dégagent constitutant le droit interne de cette Communauté''[180]

Uttalandet av Lagrange synes antyda att konstitutionaliseringsprocessen är oundviklig. EG-domstolen fullföljde denna linje när den efter EG-fördragets ikraftträdande i målet Van Gend en Loos uttalade att EG-rätten är en ny (internationell) rättsordning.[181]

Att använda den konstitutionella rättens terminologi för beskrivning och analys av EG-rätten aktualiserar metodologiska aspekter. Hur undviker vi begreppsförvirring och suddig begreppsbildning? Vad avser vi när vi talar om ett ''konstitutionellt system'' eller en EG-rättens egen konstitutionella rätt? Vad vill vi uttrycka när vi framhåller att EG-domstolen har kvalificerat de grundläggande fördragen som ett ''charte constitutionelle de base''[182] eller refererar till fördragen som gemenskapens interna konstitution?[183]

En utgångspunkt kan vara att kvalificera fördragen som materiellt sett

[177] Argumentet för att behandla EU som en sluten regim inom vilken stater inte kan vidta motåtgärder bygger på idén om att fördragen innehåller ett fullständigt system som bygger på obligatorisk tvistlösning och rättsmedel som utesluter tillämpning av doktrinerna om statsanvar och motåtgärder (Se exempelvis målen 142/80 och 143/80 Amministrazione Delle Finanze Dellostato [1981] ECR 1413, s 1431).

[178] Weiler 1991 s 2422.

[179] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.

[180] Mål 8/55 Fédéchar [1956] ECR 263.

[181] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 s 3.

[182] Se exempelvis mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1339 och Opinion 1/91 (EES-avtalet) [1991] ECR I-6079.

[183] Opinion 1/76 [1977] ECR 741.

konstitutionella och formellt sett som konventionella folkrättsliga instrument. Härmed antyder vi att EG-rätten som rättsordning har en mer eller mindre självständig karaktär, att fördragen reglerar mellaninstitutionella relationer och fördelar makt i ett distinkt politiskt system.[184]

Existensen av ett organiskt och strukturerat normsystem är dock inte en tillräcklig betingelse för att annat än i språkliga termer kunna tala om en gemensam europeisk ''konstitution''.[185]

Att förläna en konstitutionell karaktär åt de grundläggande konstitutiva fördragen och framhålla EG-fördraget som det centrala konstitutionella dokumentet innebär inte endast ett erkännande av existensen av en veritabel konstitutionell struktur utan även ett erkännande av en existerande och identifierbar konstitutionell grund för EG-rätten. Detta leder oss till att formulera frågor som: Vilken är den konstitutionella grunden för normsystemet? Vad kan den konstitutionella grunden vara uppbyggd av? Min utgångspunkt är att ett erkännande av de konstitutionella elementens sammansättning och genetik blir avgörande för valet av metodologisk utgångspunkt vid en undersökning av EG-rättens konstitutionella sida.

Den konstitutionella grunden har enligt min mening följande centrala beståndsdelar. För det första har vi EG-domstolens egen *retorik* och dess konsekventa strävan att skapa ett sammanhängande och effektivt normsystem. Domstolens retorik har ackompanjerats och ackompanjeras alltjämt av en akademisk tradition som framhåller EG-rätten som autonomt system.[186] Genom att erkänna EG-rättens autonomi i förhållande till såväl nationell som internationell rätt menar man att EG-domstolen skapat nödvändiga förutsättningar för utvecklandet av en självständig rättsordning med egen intern logik.[187]

Men för att med fog kunna lansera den konstitutionella terminologin krävs en analys och en bekräftelse av existensen av de konstitutionella elementen inom EU. Denna övning inbegriper identifiering av grundläggande konstitutionella principer och gemensamma politiska/ekonomiska

[184] Monaco, Le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales, s 153.

[185] Jacqué, Collected Courses of the Academy of European Law 1990 s 267 f.

[186] Se Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice 1986, särskilt kapitel 6.

[187] Se bl a Vlad Constantinesco, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Nancy 1970 och Simon, L'interpretation judiciaire des traités d'organisations internationales, Paris 1981. Se även i princip samtliga bidrag i Essays in Honour of Henry G Schermers Vol II (Schermers 1994), Nijhoff 1994. Vad gäller akademins intresse av EG-domstolens framgång se Weiler, Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, JCMS 1993 s 417 ff.

delmål och slutmål. Vad som även krävs är en identifiering av de gemensamma värderingar som konstituterar medlemsstaternas demokratier och som samtidigt skall utgöra grunden till en demokratisering av EU.

I detta sammanhang vill jag erinra om att denna undersökning inte har för avsikt att göra en djupgående analys av den politiska integrationen. Den koncentrerar sig huvudsakligen på de juridiska aspekterna av integrationen.

Men samtidigt som jag vill erinra om undersökningens gränser anser jag att den metodologiska utgångspunkten för en analys av EG-rätten utgörs av en omvärdering av den teoretiska grunden för EG-rättens giltighet. Omvärderingen bör så långt det är möjligt anpassas till aktuella utvecklingslinjer inom social, politisk och rättslig teori.

Grundfrågan är hur vi skall betrakta EG-rätten när suveräniteten har vittrat ner, marknaderna har företräde framför andra samhällssegment, nationsgränser suddas ut och nationella etniska och politiska identiteter förändras och blir mindre distinkta.

Vidare bör rättsgemenskapens ideologiska förutsättningar framhållas. EG-rätten lämpar sig utmärkt för skapande och hävdande av klassiska liberala ideal som individuella rättigheter, icke-diskriminering, fri konkurrens och demokrati. EG-rätten kan ses som en institutionell ordning för en lansering av liberalismen som ideologi. Jag avser här liberalismen som rättslig ideologi med ledmotiv som separationen mellan politik och juridik, rätt och moral, främjandet av individuella rättigheter och deras effektiva tillämpning av självständiga domstolar.

5.4.2.1 EG-domstolens autonomiargument

Diskussionen om EG-domstolens legitimitet tar ofta sin avstamp i skillnader mellan juridisk integrationsnivå (EG-domstolens konstitutionalisering av fördragen) och politisk integrationsnivå (bristande konsensus vad avser politiska del- och slutmål). Domstolens antagande om att fördragen på något sätt förvandlats till en europeisk konstitution i juridiskt doktrinärt avseende bortser delvis från att konstitutionsanspråket måste utvärderas från ett materiellt kriterium. Anspråket kan inte reduceras till en fråga om formell juridisk argumentation. Av detta skäl kan EG-domstolens doktrin om EG-rättens absoluta företräde aldrig utgöra en lösning på en konflikt mellan EG-rätt och nationella konstitutioner.[188]

[188] Eleftheriadis, Aspects of European Constitutionalism, EL Rev 1996 s 41 f.

Idén om EG-rättens autonomi kan enligt min mening inte karaktäriseras som annat än en juridisk fiktion. I EG-domstolens senare rättspraxis om medlemsstaternas skadeståndsansvar kan man finna exempel på EG-rättens beroendeförhållande till nationell och internationell rätt. Detta visar sig inte endast i EG-domstolens referenser till såväl nationell som internationell rätt vid justifieringen av skadeståndsansvaret i målet *Brasserie du pêcheur*.[189] Ett skäl till problemen är att autonomianspråket bygger på ett upprätthållande av klara legislativa och institutionella kompetensgränser, samtidigt som förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt karaktäriseras av suddiga kompetensgränser.[190]

5.4.3 Rättspositivismen och företrädesdoktrinen

Relateras den ovan presenterade rättsteoretiska och politiskt teoretiska synen på suveräniteten till, dels EG-domstolens konstitutionsanspråk och doktrin om suveränitetens delbarhet, dels till den allmänna kritiken av den nationalstatsorienterade utgångspunkten, uppstår ett logiskt problem.

Det *monocentriska* och det *polycentriska* suveränitetsbegreppet har i den politiska och juridiska teorin ställts i logisk motsättning till varandra. Polycentrins (eller pluralismens) förkämpar menar att motsättningen beror på att suveränitetsbegreppet traditionellt definierats utifrån monistiska utgångspunkter, men att denna definition inte skulle vara tvingande.

Men vart för oss då polycentrin? Måste inte polycentrikernas kritik som går ut på att avskaffa det monocentriska suveränitetsbegreppet föra in ett nytt suveränitetselement för att lösa konflikten mellan konkurrerande auktoritetskällor och normer?

Den polycentriska kritikens utväg synes vara att stipulera EG-rättens autonomi. Men därmed hamnar kritiken i en logisk återvändsgränd eftersom autonomianspråket förutsätter en ny typ av yttersta giltighetskriterium. Den polycentriska ordningen förutsätter helt enkelt att den stipulerade mångfalden av centra är delar i något större som inte i sin tur är en del av sig själv. Det enda kritiken egentligen åstadkommer är att föra grundproblemet till en högre abstraktionsnivå.

För om det är så att EG-domstolens företrädesdoktrin syftar till att förändra giltighetsgrunden för det EG-rättsliga systemet kan den inte i sig själv utsättas för ett giltighetstest. Den kan därmed inte vara rättsligt giltig.

[189] Målen C-46/93 och C-48/93 äep p 28-36.
[190] Diskussionen utvecklas i avsnitt 9.6 nedan.

Eftersom EG-domstolens företrädesdoktrin befinner sig utom räckhåll och bortom de nationella konstitutionerna kan doktrinen inte utvärderas i laglighets- och giltighetstermer. EG-domstolens doktrin om en ''ny rättsordning'' är i detta avseende självutplånande. Eftersom den utgör en förändring av en rättsordnings grundnorm kan den *per definition* inte vara rättsligt bindande för domstolarna i medlemsstaterna. Min poäng är således att man inte kan finna en rättslig justifiering för att företrädesdoktrinen skall vara direkt tillämplig och bindande för de nationella domstolarna.[191] Det förefaller som vi genom denna argumentering har målat in oss i ett hörn.[192] Kan då rättsteorin erbjuda några utvägar?

5.4.3.1 Kelsen och företrädesdoktrinen

Hans Kelsens metodologiska grund för den rena rättsteorin lyder enligt följande:

> ''The Pure Theory of Law is a theory of positive law. It is a theory of positive law in general, not of a specific legal order. It is a general theory of law, not an interpretation of specific national or international legal norms; but it offers a theory of interpretation. As a theory, its exclusive purpose is to know and to describe its object. The theory attempts to answer the question what and how the law *is*, not how it ought to be. It is a science of law (jurisprudence), not legal politics.''[193]

Kelsens metodologiska agenda syftar till att befria rättsvetenskapen från icke-rättsliga element. Att rena rättsvetenskapen är Kelsens metodologiska grund för den rena rättsläran. Kelsen lägger här en generell grund för hela teorin. Denna övergripande metodologiska ansats återfinns i de flesta rättspositivistiska tankeriktningar.

Inledningsvis antydde jag att vi hamnat i en återvändsgränd vad gäller justifieringen av giltigheten av EG-domstolens företrädesdoktrin. Låt oss se om Kelsen kan hjälpa oss att finna en utväg.

Vi har slutit oss till att EG-rätten antingen är grundad på nationell rätt och därför inte kan ha företräde framför nationella konstitutioner, eller så är den en ''ny rättsordning'' och kan därför inte anses rättsligt bindande för nationella domstolar. Slutsatsen leder oss till att det inte finns något

[191] Detta utesluter emellertid inte att medlemsstaterna kan anses folkrättsligt förpliktade att följa EG-domstolens avgöranden.
[192] Jmfr Eleftheriadis 1996 s 37 f.
[193] Kelsen 1967 s 1 (förf kurs).

utrymme för en europeisk konstitution som är överstatlig och konstitutionellt bindande på en och samma gång. Denna slutsats synes föra med sig att det formella/legala konstitutionsanspråket är det enda möjliga. Det är i detta sammanhang viktigt att betona att Kelsen å sin sida ägnade sig åt att klart skilja mellan rättsordningens existens och dess moraliska och ideologiska legitimitet.

Om Kelsen utvecklade sin teori utifrån breda och generella begrepp, huvudsakligen hämtade från Kants kunskapsteori, med ett flitigt användande av logik, så byggde Hart sin teori på empiriska data. Hart arbetade i den moderna skolan av analytisk filosofi (eller lingvistisk analys) och förlitade sig i stor utsträckning på meningar och satser som i verkligheten användes av jurister och lekmän. Harts verklighetsanknytning återfinns inte hos Kelsen. Trots att Kelsens allmänna rättsteori har stor klarhet så befinner den sig långt från verkligheten. Koopmans skriver att

> ''... its fatal flaw is that it is so far removed from the actual life of the law that it can neither offer an explanation of what happens, nor a guideline for how to act.''[194]

David Kennedy tar kritiken ännu längre vid en diskussion om Kelsens USA-år:

> ''His international work was committed to the separation of law and politics: his theory was pure, his technique juridical...
>
> Either way, Kelsen became simply one more idiosyncratic legal theorist from the past, reduced in the collective memory of the discipline to a few code words like 'grundnorm'.''[195]

Kelsens arbete kretsade huvudsakligen kring problem i ett redan existerande rättssystem och då särskilt dess avskiljande från moral och politik. Kelsens teori lämpar sig därmed inte för att applicera på frågan *om* en ny konstitutionell rättsordning har utvecklats. Kelsens teori var helt enkelt aldrig ämnad för detta.[196]

Detta är en viktig poäng. Kelsen var helt enkelt angelägen att etablera en *ren* rättsvetenskap som var distinkt i förhållande till social vetenskap och moral. Han menade att vi skulle betrakta konstitutionen som den högsta normen i normhierarkin i ett rättssystem eftersom rättsnormerna på detta sätt kunde skiljas från sociala beskrivningar, politik och ideologisk retorik.

[194] Koopmans 1994 s 193.
[195] David Kennedy, The International Style in Postwar Law and Policy, Utah L Rev 1994 s 35.
[196] Raz, The Purity of the Pure Theory, i Tur och Twining Essays on Kelsen 1986, s 97.

Denna för Kelsen nödvändiga åtskillnad mellan rätt, moral och sociologi kan utföras med hjälp av grundnormen, dvs den grundläggande normen om vad som tillhör och inte tillhör rättssystemet. Men det är viktigt att betona att antagandet om en grundnorm inte är avsedd att demonstrera att rätt och moral tillhör skilda kategorier. Det är i stället en slutsats som följer av premissen att kategorierna *borde* hållas åtskilda. Kelsen framhåller att:

> ''The function of the basic norm is to make possible the normative interpretation of certain facts, and that means, the interpretation of facts as the creation and application of valid norms.''[197]

Endast om denna tolkning är positivistisk, dvs försöker upprätthålla separationen av rätt och moral blir grundnormen ett redskap för juridisk analys. Separationen av rätt och moral är för Kelsen inte rättspositivismens empiriska grund utan dess intellektuella förutsättning. Att laborera med en grundnorm blir därför endast intressant i relation till ett redan existerande rättssystem. Grundnormen kan endast åberopas till försvar för en begreppslig självständighet av en redan given konstitutionell ordning. Frågan om ordningen överhuvudtaget existerar uppkommer överhuvudtaget aldrig.[198]

Genom att placera fördragen i toppen av den ''nya rättsordningens'' normhierarki erbjöd EG-domstolen oss att acceptera en ny grundnorm, en ny europeisk rättsordning, i rättsligt hänseende. Domstolen har presenterat denna förändring som en fas i tolkningen av rättskällor och som en naturlig utveckling av en europeisk konstitutionell ordning. Vi kan nu se att detta argument vilar på en överföring och utvidgning av en positivistisk metodologi till områden där den inte har något berättigande. Skapandet av en ny rättsordning kan inte vara och skall inte vara något som skall förutsättas av rättsvetenskapen på samma sätt som en grundnorm kan utgöra en förutsättning. Grundnormen kan inte ifrågasättas genom rättslig argumentering i en positivistisk rättsordning, den är *postulerad*. Men detta gäller endast om den konstitutionella ordningen redan existerar och frågan endast är om dess tolkning. Om det å andra sidan är frågan om att erkänna en ny ordning är rättspositivismen oanvändbar.[199]

Detta är roten till problemet med EG-domstolens absoluta företrädesdoktrin. Problemen som uppkommer med skapandet av en ny rättsordning kan inte lösas genom rättspositivistisk rättslig argumentation. Den fungerar

[197] Kelsen, General Theory of Law and State 1949, s 120.
[198] Eleftheriadis 1996 s 39.
[199] Ibid.

endast i relation till en existerande ordning. Den säger oss ingenting om denna ordning sedd utifrån. Det rättspositivistiska synsättet förutsätter en uteslutning av det externa perspektivet från den rättsliga argumentationen. Det förhåller sig i stället ju så att en rättsordnings legitimitet och acceptans är en fråga om dess politiska innehåll och kan därför endast försvaras eller angripas på materiella grunder.[200]

Enligt min mening kan rättspositivismen i denna mening inte ha någon praktisk betydelse för formandet av en europeisk konstitution. Rättspositivsmen tillämpad på EG-rätten verkar i det närmaste anta formen av en icke-teori med ambitionen att presentera den slutliga distinktionen mellan rätt och politik.[201]

5.4.4 Valet mellan rättsordningarna som ett politiskt val

Den ovan presenterade analysen synes leda fram till slutsatsen att valet mellan EG-rätt och nationell rätt ytterst alltid är ett politiskt val. Tar man ställning för EG-rätten tar man samtidigt ställning för en europeisk politisk ordning. Tar man å andra sidan ställning för nationell rätt försvarar man den suveräna statens politiska primat. Rättspositivismen förefaller omöjliggöra en tredje rättslig ståndpunkt.

Ett exempel på sammanblandningen av politiska och juridiska justifieringar för valet av rättsnormer kan hämtas från det svenska tillträdet till EU. I propositionen om Sveriges anslutning till EU kan vi läsa följande:

> ''Det förhållandet att medlemsstaterna skall avstå beslutsbefogenheter till gemenskaperna grundar sig alltså på innehållet i anslutningsfördraget och i de övriga grundläggande fördragen. Dessa fördrag föreskriver att gemenskapernas institutioner skall fatta de beslut som behövs för att syftet med fördragen skall uppnås. Dessa beslut får sedan olika verkningar i medlemsländerna beroende på vad slags beslut det är frågan om och vilken effekt de har enligt fördragen och enligt på fördragen grundade principer som har utvecklats av EG-domstolen.''[202]
>
> ...
>
> Beslutet om överlåtelse kan ses som ett bemyndigande från den svenska riksdagen, eftersom det är svenska konstitutionella befogenheter som överlåts till Europeiska gemenskaperna. Härtill kommer att möjligheterna att överlåta beslutsbefogenhet enligt den föreslagna bestämmelsen i 10 kap. 5 § första

[200] Ibid.

[201] Den internationella rättspositivismen finns lanserad av Hart 1961 s 208 ff och av Kelsen 1967 s 320 ff och Kelsen 1949 s 328 ff.

[202] Prop 1994/95:19 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen s 505.

stycket regeringsformen, trots att överlåtelse möjligheterna är omfattande, är begränsade så till vida att de förutsätter ett fri- och rättighetsskydd i nivå med vårt eget. Det ligger således i riksdagens hand att ytterst pröva huruvida förutsättningarna... är uppfyllda. Beslutet om överlåtelse har sålunda inte sin grund enbart i följderna av att de grundläggande fördragen genom lagen införlivas med svensk rätt utan måste också grunda sig direkt på bestämmelsen i regeringsformen.[203]

...

Det måste i framtiden finnas möjligheter att bedöma om en EG-rättsakt ligger inom det område inom vilket beslutanderätten överlåtits...''[204]

Vad gäller en framtida konfliktsituation mellan EG-rätt och den svenska anslutningslagen, dvs angående frågan om normen befinner sig inom det överlåtna området anför konstitutionsutskottet:

''Den svenska hållningen i en sådan situation bör enligt utskottets uttalande inte vara att tala om en konflikt mellan EG-rätt och nationell rätt. Vad frågan i stället bör gälla är om EG-organet haft rätt att med verkan för Sverige fatta ett sådant beslut eller med andra ord om den beslutade rättsakten ligger inom det område där beslutanderätten överlåtits. Om rättsakten ligger utanför detta område bör svaret... vara att den inte är giltig som EG-rätt i Sverige.''[205]

...

Utskottet vill... erinra om sina uttalanden i grundlagsärendet om hur man från svensk sida skall förhålla sig i det fall något EG-organ skulle besluta en rättsakt som från svensk sida framstår som konstitutionellt oacceptabel.''[206]

En förespråkare för denna ''officiella'' ståndpunkt är Abrahamsson. I sin kritik av Ulf Bernitz tolkning av den tyska författningsdomstolens avgörande uttalar han:

''Den andra punkt jag vill invända mot när det gäller analysen av Maastrichtdomen är påståendet att det skulle vara mindre väl förenligt med EG-rätten att en nationell domstol prövar kompetensenligheten av en EG-rättsakt (s 139). Man måste här skilja mellan två saker. För det första står det fullkomligt klart... att en nationell domstol inte har rätt att *med åberopande av EG-rätten* ogiltigförklara en EG-rättsakt. Så länge som det rör sig om tolkningar inom EG-rättens domäner har EG-domstolen exklusiv behörighet. Men enligt min uppfattning står det lika klart att en nationell domstol har både rätt och skyldighet att pröva huruvida rättsakten i fråga är giltig enligt *svensk* lagstiftning. Det är bara om rättsakten går att härleda från den svenska anslutningslagen som den får legitimitet här i landet och kan göras gällande inför svensk domstol. Skulle det i och för sig osannolika

[203] Ibid s 506.
[204] Ibid s 507.
[205] Konstitutionsutskottets betänkande 1994/95:KU17 s 16.
[206] Ibid s 17.

inträffa att en EG-rättsakt beslutas som ligger utanför det område som omfattas av riksdagens genom anslutningslagen gjorda överlåtelse av beslutsbefogenheter till EG är den i princip inte en del av den här i landet gällande rättsordningen, och det oavsett vad EG-domstolen kan tänkas ha för uppfattning i saken.''[207]

Har Abrahamsson funnit en hållbar juridisk lösning på problemet? Abrahamssons justifiering av lösningen av normkonflikten kan beskrivas som ett politiskt val. Varför hävdar han inte att ''det står fullkomligt klart att'' nationella konstitutionella bestämmelser inte får villkora EG-rättens genomslag nationellt? Detta är ju den tillsynes korrekta lösningen på problemet enligt EG-domstolens företrädesdoktrin. Menar han att en nationell domstol kan ignorera ett förhandsavgörande som innebär att svensk lag eller grundlag står i strid med EG-rätten? Varför väljer han den nationella konstitutionen som grundnorm för lösningen av normkonflikten?

Att hävda att valet mellan de två rättsordningarna är politiskt betyder att valet blir en fråga för institutionell praxis.

Ett ytterligare exempel på en normkonflikt som kan konceptualiseras på detta vis är den svenska diskussionen om ifall en grundlagsändring är nödvändig för Sveriges anslutning till EMU. Grundfrågan rör om regeringsformens bestämmelser om Riksbankens ställning kan förenas med EG-fördragets regler om den Europeiska centralbankens exklusiva rätt till sedelutgivning.

Frågans lösning är beroende av vilken grundnorm som anses ''gälla''. Det svenska konstitutionella systemet hänskjuter i detta fall inte normkonflikten och tolkningsfrågan till ett judiciellt organ utan till regering och riksdag. Har då politikerna ställts inför ett juridiskt problem?

Vissa hävdar att Sverige juridiskt sett redan åtagit sig att ansluta sig till EMU genom de konstitutionella dispositioner som företogs i samband med EU-anslutningen. Man skulle därmed ha avhänt sig kompetensen att fatta nationella beslut i frågan. Enligt principen om EG-rättens företräde gäller EG-fördraget och inte den svenska grundlagen.

Mot detta juridiska resonemang kan invändas att Sverige politiskt förklarade i samband med tillträdesförhandlingarna att den slutliga anslutningen till EMU år 1999 skulle underställas den svenska riksdagen. Denna uppfattning stöds av en bred politisk majoritet i riksdagen och av motiven till anslutningslagen och grundlagsändringarna.

Den juridiska formalismen bryts här mot den politiska praktiken. Enligt det svenska konstitutionella systemet är riksdag och regering privilegierad

[207] Olle Abrahamsson, Anmälan av Ulf Bernitz "Europarättens grunder", SvJT 1995 s 360.

uttolkare av fördragsförpliktelserna. Konsekvensen blir att normkonflikten blir en politisk fråga som skall lösas av en politisk institution. Inför detta faktum står juridiken och rättsteorin svarslös. Rättsteorin (rättspositivismen) kan inte tjäna som utgångspunkt för förslag till lösningar av denna typ av normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt. Det enda rättsteorin förmår är att hänskjuta frågan till den politiska praktiken.

Rättspositivismen misslyckas därmed med det den utger sig för att klara av, dvs presentera en distinktion mellan rätt och politik. Positivismen tvingar in praxis i ett hörn och lämnar egentligen inget val, för enligt positivismen kan EG-rättsligt beslutsfattande endast bli möjligt om ett politiskt val görs mellan rättsordningarna. Att ett val måste företas blir själva grundnormen för EG-rättslig rättspositivism. Ironiskt nog kan denna grundnorm knappast betraktas som ''positiv'', utan snarare ''negativ''. Den förnekar ju möjligheten till rättsligt beslutsfattande.[208]

Paradoxalt nog kan inte positivismen rättfärdiga det val som den framställer som avgörande. Det enda rättfärdigande rättspositivismen kan erbjuda är att varje val mellan EG-rätt och nationell rätt ytterst är politiskt. Men även om europeiska politiska beslut kan legitimeras utifrån den positivistiska dogmen, kan inte rättsligt beslutsfattande baseras på densamma. Ett öppet politiskt val undergräver idén om att europeiskt rättsligt beslutsfattande är rättsligt och inte politiskt. Konsekvensen för EG-rättens praktiska tillämpning skulle därmed bli förödande. Eftersom rättspositivismen enligt min mening inom ramen för EG-rätten inte klarar av att göra en distinktion mellan den rätten och politiken blir den ett värdelöst verktyg för rättfärdigandet av rättsligt beslutsfattande.[209]

Positivismen lämnar alltså inte bara EG-rätten utan justifieringsgrund, den underminerar även sitt eget rättfärdigande som rättsteori. Teorin om att varje val mellan EG-rätt och nationell rätt är teoretiskt fulländat och politiskt neutralt är praktiskt sett fullkomligt irrelevant för rättfärdigandet av europeiskt rättsligt beslutsfattande. Vad EG-rätten i stället behöver är ett rättfärdigande av ett specifikt val i en konkret situation. Detta är emellertid exakt vad positivismen inte kan erbjuda. För rättspositivismen är ett val lika

[208] Heiskanen International Legal Topics 1992 s 77 f. Se även Hart 1961 s 228 f. Hart menar att internationella rättsnormer inte skapar ett system utan endast en lösare struktur, eftersom en *rule of recognition* (erkännanderegel) saknas inom den internationella rätten.

[209] Jmfr Heiskanen, International Legal Topics 1992, s 79 som för ett liknande resonemang i anslutning till valet mellan folkrätt och nationell rätt.

gott som ett annat.[210]

5.5 Normkonkurrens, koherens och domarens tolkningsutrymme

Vid en konflikt mellan nationella konstitutionella bestämmelser och primär eller sekundär EG-rätt synes lösningen vara beroende av i vilken institution konflikten uppkommer. Om en reell konflikt befinns föreligga inom gemenskapens kompetensområde synes det stå i princip klart att EG-domstolen skulle ge företräde för EG-rätten.[211] Frågan är emellertid mer öppen om konflikten realiseras i en nationell domstol.[212]

I det föregående kapitlet har jag framhållit att principen om EG-rättens företräde inte bör uppfattas som en abstrakt regel som föreskriver att EG-rätt alltid går före nationell rätt. Principen bör i stället formuleras som att varje rättsnorm har företräde inom sin tillämpningssfär eller sitt kompetensområde. Denna karaktärisering av företrädesprincipen fokuserar intresset på hur, och av vem, kompetensområdet definieras. Den centrala frågan är vilken institution som har att slutligt avgöra kompetensfrågan och därmed vilken regel som skall ges företräde i den konkreta situationen.

Eftersom EG-domstolen enligt systemet med förhandsavgöranden saknar kompetens att tillämpa nationell rätt i ett konkret fall och inte har möjligheter att effektuera sina avgöranden finns det skäl att fokusera på hur normkonflikten behandlas i de nationella domstolarna. Det är enligt min mening i de nationella domstolarna normkonflikten mellan EG-rätt och nationell rätt får en verkligt intressant teoretisk och praktisk dimension.

Hur skall då normkonflikten utvärderas teoretiskt? Det finns i detta sammanhang skäl att återknyta till diskussionen i kapitel 2 om olika rättsteoriers syn på tolkningsutrymmet.

Låt oss konkretisera problemet med ett hypotetiskt exempel. Både Sverige och Nederländerna har en konstitutionell reglering av rätten att ta del av allmänna handlingar. I nationella domstolar i dessa medlemsstater uppkommer en konflikt mellan den nationella rätten och en bestämmelse i

[210] Ibid.

[211] Se ovan avsnitt 4.6. EG-domstolen kan emellertid undvika att ta direkt ställning i den konstitutionella konflikten på olika sätt. I *Grogan* (mål C-159/90 [1991] ECR I-4685) undvek EG-domstolen att pröva förenligheten mellan den irländska konstitutionen och EG-rätten.

[212] Se avsnitt 4.7.

ministerrådets interna arbetsordning (som inte har direkt effekt) som föreskriver sekretess. Anta att holländska domstolar ger företräde åt EG-rätten och justifierar beslutet med behovet av enhetlig tolkning och tillämpning och det faktum att Nederländerna avstått kompetens till gemenskapen inom detta område av EG-rätten. I justifieringen av domslutet kan vi även se att domstolen utgår från att Nederländerna är monistiskt, dvs ser folkrätten som direkt tillämplig i nationella domstolar.

I de svenska domstolarna görs andra överväganden. Här justifieras ett företräde för den nationella konstitutionen med att Sverige inte avstått kompetens till gemenskapen inom området. Denna slutsats är resultatet av en självständig tolkning av den svenska anslutningslagen och av uttalanden i motiven till denna och beslutet att ratificera fördragen. Justifieringen grundas på ett resonemang om att det är den svenska regeringen och riksdagen som ytterst avgör vilken kompetens som överlåtits till gemenskapen.[213]

Vilket avgörande är då det juridiskt korrekta? Ett svar kan vara att det holländska beslutet är korrekt ur ett EG-rättsligt perspektiv, och att det svenska beslutet är korrekt ur ett nationellt konstitutionellt perspektiv. Men kan vi verkligen nöja oss med detta konstaterande? Det finns i sammanhanget skäl att närmare diskutera vad som bestämmer de nationella domstolarnas tolkningsutrymme i de ovan beskrivna konstitutionella konflikterna.

Enligt Dworkin finns ett juridiskt korrekt svar på problemet.[214] I oklara fall där tvekan finns om vilken lösning ett fall skall få, måste domaren välja den som är moraliskt sett bäst inom ramen för det befintliga rättssystemet.[215] Dworkins rättighetsteori bygger på idén om att moralargument har en plats i rättstillämpningen eftersom den positiva rätten ofrånkomligen absorberar moraliskt innehåll genom den demokratiska normgivningsprocessen.[216] Det korrekta svaret skulle enligt Dworkin sannolikt bestämmas av grundläggande rättsprinciper inom EG-rätt och nationell rätt, vad gäller EG-rätten av principen om enhetlig tolkning och tillämpning och EG-rättens effektivitet, och vad gäller nationell rätt av grundläggande konstitutionella principer om *dualism* och folksuveränitet. Dworkins teori ger oss emellertid ingen hjälp när det gäller tolkningen av, och avvägningen

[213] Problemet behandlas i Heckscher och Wiklund, Offentlighetsprincipen vid ett svenskt medlemskap i EU 1994, s 51 ff.
[214] Dworkin, Taking Rights Seriously 1978, s 81 ff.
[215] Putnam, Are Moral and Legal Values Made or Discovered?, Legal Theory 1 1995, s 5.
[216] Habermas 1996 s 204.

mellan, de olika principerna.

Hart å sin sida skulle sannolikt konstatera att såväl EG-rätten som den nationella rättsordningen uppfyller kriterierna för ett autonomt rättssystem vilket i sin tur leder till erkännandet av två *erkännanderegler* (grundnormer) som var och en skänker giltighet åt respektive rättssystem. Hart skulle vidare konstatera att avgörandet av vilken *erkännanderegel* som skall fälla avgörandet är beroende av den nationelle domarens lojalitet till å ena sidan EG-rätten och å andra sidan det nationella konstitutionella systemet. Hart skulle antagligen förklara de divergerande avgörandena i Nederländerna och Sverige med domarnas skilda avvägning mellan de EG-rättsliga och nationella principerna.

För Hart blir således avgörandet en fråga om legitimitet. Han skulle även tillstå att resultatet av avvägningen kan bero på utomjuridiska faktorer som tradition och sedvänja. Vad gäller förklaringsvärdet av Harts teori är det viktigt att sammanväva idéerna om tolkningsutrymmet med Harts idé om en *erkännanderegel*.[217] Harts lösning av detta konstitutionella *hard case* justifieras genom att referera till språkets ofrånkomliga vaghet. Hart spårar behovet av tolkningen av rättsnormer tillbaka till den fundamentalt öppna strukturen hos språken och kommer till en beslutsorienterad slutsats. I den utsträckning existerande normer inte visar sig tillräckliga för en exakt beskrivning av fall, måste domaren fatta beslut i enlighet med sitt tolkningsutrymme. Domaren kan i denna process fylla ut tolkningsutrymmet med utomjuridiska faktorer och fatta beslut under hänvisning till principer som ligger utanför den rättsliga sfären.[218]

För Kelsen synes problemet knappast kunna karaktäriseras som ett rättsligt problem. Kelsens monistiska syn på rättssystemet och klara ambition att separera politiken från juridiken skulle leda till att valet mellan EG-rätt och nationell rätt inte blir ett rättsligt val utan ett öppet politiskt val.[219]

Diskussionen ovan aktualiserar enligt min mening den konstitutionella konfliktens *polycentriska* natur. De nationella domarna synes stå inför ett val mellan konkurrerande auktoriteter. Normer härrörande från skilda normgivare är tillämpliga på ett och samma problem.

Av de tre rättsteorier som schematiskt och förenklat tillämpats på den

[217] Dowrick 1984 s 229 f synes inte utvärdera förhållandet mellan rättsordningarna mot bakgrund av en konkret rättstillämpningssituation när han menar att Harts teori inte kan anpassas till existensen av flera grundnormer.

[218] Se Habermas, Between Facts and Norms, 1996 s 202 f och Bix, Law, Language and Legal Determinacy, 1993 s 24.

[219] Se ovan avsnitt 5.4.4.

konstitutionella konflikten använder jag Hart för att påvisa min huvudpoäng: att man utifrån rättspositivistiska utgångspunkter ytterst inte förmår lösa konflikten mellan EG-rätt och nationell rätt. Lösningen mellan konkurrerande normer synes istället bli en fråga för den politiska praktiken.

Jag diskuterar därefter om Dworkins syn på lagtolkning och domarens tolkningsutrymme erbjuder en lösning på problemet med de konkurrerande normerna.

5.5.1 Harts "The Concept of Law"

EG-domstolen framhåller i likhet med flera rättspositivistiska tankeriktningar ofta rättssystemets isolerade och autonoma karaktär. En grundnorm (basic norm) eller erkännanderegel (rule of recognition) möjliggör bestämmandet av vad som tillhör systemet och utgör *gällande* eller giltiga rättsnormer vid en given tidpunkt. Ett autonomt rättssystem av denna karaktär har ansetts bygga kring *primära regler* som styr beteenden och *sekundära regler* som auktoriserar normgivning av institutionerna inom systemet.

Den teori om rätten som H L A Hart utvecklade, först och främst i verket *The Concept of Law*[220], vilar på detta autonomianspråk. Teorin har haft betydande inflytande över utvecklingen i angränsande områden som moralfilosofi, politisk filosofi och social filosofi.[221] I sina arbeten utgick Hart till största delen från nationella rättssystem. Några tecken på att Hart hade gemenskapen i tankarna när han utvecklade sin teori finns inte. Det finns därför anledning att fråga sig om det EG-rättsliga rättssystemet passar in i

[220] Hart 1961. För en insiktsfull och klargörande analys och utvärdering av The Concept of Law se MacCormick, The Concept of Law and "The Concept of Law", Oxford JLS 1994 s 1-23.

[221] Se Hacker och Raz (red), Law, Morality and Society, Essays in honour of H L A Hart 1977.

Harts modell av ett rättssystem.[222]

Syftet är att undersöka i vilken utsträckning Harts rättsteori erbjuder en lämplig förklaringsmodell för gemenskapens komplexa rättssystem. Det centrala syftet är emellertid att fördjupa diskussionen om EG-domstolens absoluta företrädesdoktrin och konstitutionsanspråk. I anslutning till Harts teori ställs den specifika frågan: går det i Harts teori om rätten att finna en analysram och en modell som kan illustrera, förklara och understödja EG-domstolens syn på EG-rätten som den lanserades i målet Costa v Enel.[223]

Hart utformade en modell av ett rättssystem som var pragmatiskt orienterad och som lämpade sig för en applicering på skilda juridiska strukturer. Hart avfärdar Austins klassiska teori som menar att grunden för rättssystemet är majoritetens vanemässiga efterlevnad av regler som stöds av hot om sanktion och som utfärdats av en suverän som inte är underordnad någon makt. Han utgår i sin kritik från olika karaktäristika hämtade från nationella rättssystem.[224]

5.5.1.1 Regler (rules)

De huvudsakliga elementen i Harts modell av ett rättssystem är *regler* (rules). Hart refererar till en förhållandevis precis definition: en formel som föreskriver och auktoriserar en beteendestandard. Med regler förstås vanligen meningar innehållande normativa uttryck som ''bör'', ''skall'' och

[222] Professor J C Smith kommenterar Peter Wahlgrens val av rättspositivismen som modell för ett rättsystem i avhandlingen Automation of Legal Reasoning 1992 enligt följande (JT 1993-94 s 253 f): "A model is not the same thing as the reality which the model was created to represent. A model of a legal system is not the same thing as the legal system. The reason why we develop and use models is because they can be made more simple. In creating a model we select certain features and leave out others. We can circumvent the problem of not having a single theory of law by selecting a particular theory and creating a model on the bases of the presuppositions of that theory. This is exactly what Dr. Wahlgren does. He selects the theory of legal positivism and models that. It does not matter whether legal positivism is right or true, what ever right or true may mean in the context of legal theory. The validity of legal positivism, as a theory, is not at issue when you choose to create a model of the law based on the presuppositions of legal positivism. Whether legal positivism is correct or valid is a philosophical issue. Whether the presuppositions of legal positivism are the best assumptions on which to model a theory of legal reasoning is a practical issue."

[223] Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585, s 593: "By contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply."

[224] Se Austin, The Province of Jurisprudence Determined 1954. Austins teori kritiseras av Hart i The Concept of Law, s 18-76.

''måste''.[225]

Hart gör åtskillnad mellan å ena sidan regler och å andra sidan mer eller mindre väl utvecklade vanor eller andra konvergerande beteenden. Hart undviker en formell definition av vad som förstås med ''rättsregler''. Han menar emellertid att rättsregler tillhör samma familj av regler som social- eller moralregler, eftersom reglernas adressater upplever dem som uttryckande förpliktelser som binder dem till efterlevnad. Rättsregler, moralregler och sociala regler överlappar varandra och kan enligt Hart inte klart skiljas från varandra. Rättsregler är emellertid distinkta i den omfattning som de upplevs som auktoritativa och vanligen benämns rättsregler av jurister och andra samhällsmedlemmar.[226]

Existensen av en sanktion är således varken ett nödvändigt eller tillräckligt villkor för att skilja rättsnormer från exempelvis sociala eller kulturella normer. Låt oss ta ett exempel från EG-rätten. Långtifrån alla rättsnormer i EG- rätten är förskrivande eller förpliktande. I EG-fördragets del I finner vi få förpliktande och föreskrivande regler som innehåller sanktioner. De flesta principerna i fördragets första del saknar i regel sanktioner. I stället lägger de fast mål eller program för rättslig aktivitet. Ett exempel är de allmänna lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EG:

> ''Medlemsstaterna skall vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av detta fördrag...''[227]

En rättsregel har enligt Hart en kärna av en generellt förstådd mening i ett visst sammanhang och samhälle. Men rättsregler har i många fall en mångtydig innebörd och blir föremål för tolkning av dem som senare skall tillämpa dem. Deras tillämpning i faktiska situationer är osäker och en fråga om ett val mellan flera tänkbara alternativ.[228]

Två centrala idéer i Harts teori rör distinktionen mellan en regels *interna* och *externa* aspekter. Den interna aspekten innebär ett perspektiv som intas av medlemmarna i en social grupp som accepterar regeln som en standard för reglering av deras beteende. Den externa aspekten innebär att regeln betraktas av en observatör som befinner sig utanför gruppen och som inte

[225] Se Hart 1961 s 8 f, 27 f och 77 ff.
[226] Ibid s 55 ff och 86 ff om reglernas *interna* och *externa* aspekter.
[227] EG-domstolen har emellertid med artikel 5 som grund formulerat principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten. Se vidare om detta nedan i avsnitten 9.5-6.
[228] Hart 1961 s 119 f.

accepterar regeln som en standard för sitt handlande.[229]

Men varför är då rättsregler att anse som bindande enligt Harts teori? I Kelsens teori bestäms svaret (i alla fall delvis) av tillgången på tvångsmässiga sanktioner inom rättssystemet. I Harts modell av ett rättssystem spelar sanktioner blott en roll av hot som skall försäkra efterlevnad, ett hot särskilt riktat till den minoritet som endast motvilligt vill acceptera reglerna. Men Hart är främst intresserad av reglernas *inre aspekt* och postulerar att regler efterlevs av den dominerande majoriteten individer i ett samhälle och att efterlevnaden knappast beror på sanktioner eller hot om sanktioner.[230] Viljan att efterleva en rättsregel är starkast när dess budskap sammanfaller med rådande moraluppfattningar i ett samhälle. Viljan att efterleva kan även ha sin grund i en önskan att bevara en tradition, eller bevara ett visst samhälle. Den bindande verkan hos rättsregler enligt Harts teori skulle kunna sammanfattas som de psykologiska implikationerna av uttrycket: lagen är till för att följas. För Hart synes således den allmänna attityden till reglerna vara avgörande för deras bindande verkan.

5.5.1.2 Primära, sekundära och erkännanderegler

Hart menar att rättsregler kan indelas i två huvudgrupper.[231] Den första gruppen ålägger plikter, kräver att personer skall avstå från visst agerande eller agera på visst angivet sätt. Denna typ av regler benämner Hart *primära pliktregler* (primary rules of obligation). Bland dessa regler återfinns regler inom bl a straffrätten och skadeståndsrätten.

Den andra typen av regler kallar Hart *sekundära regler*. Denna regelkategori skänker makt och kompetens till myndigheter och enskilda. De sekundära reglerna gör det möjligt för institutioner och andra att ändra eller upphäva de primära pliktreglerna. De centrala delarna av den politiska och juridiska makten i ett samhälle regleras av sekundära regler. Andra exempel på områden av sekundära regler är kontraktsrätten och de regler som ger enskilda kompetens att sluta avtal, upprätta testamenten osv.. Vissa regler inriktar sig på att styra beteendet hos regelsubjekten. Dessa regler innehåller vanligtvis ett normativt språkbruk (bör, skall osv).

Om det sociala trycket utgörs av fysiska sanktioner klassificeras regeln som en del av gruppens lag/rätt snarare än en del av dess moral som vilar på

[229] Ibid s 55 ff och 86.
[230] Ibid s 82 ff.
[231] Ibid s 77 ff.

ånger och skuld. Det sociala trycket kan ses som en kedja som binder de subjekt som står under förpliktelsen.

Hart anser att det är möjligt att föreställa sig ett samhälle där de enda kontrollmedlen utgörs av primära pliktregler. Detta gäller emellertid endast om vissa faktiska omständigheter råder: om reglerna innehåller begränsningar vad gäller våldsanvändning, vidare måste de som accepterar reglerna måste vidare befinna sig i majoritet. Den tredje omständigheten uttrycker Hart som att

> ''... only a small community closely knit by the ties of kinship, common sentiment, and belief, and placed in a stable environment, could live successfully by such a régime of unofficial rules.''[232]

Denna typ av social kontroll lider emellertid av tre centrala brister som alla kan botas genom att de primära pliktreglerna kompletteras av sekundära regler. Hart karaktäriserar transformationen som sker enligt följande:

> ''The introduction of the remedy for each defect might, in itself, be considered a step from the pre-legal into the legal world; since each remedy brings with it many elements that permeate law: certainly all three remedies together are enough to convert the régime of primary rules into what is indisputably a legal system.''[233]

Vilka är då defekterna? Den första är osäkerheten (uncertainty) i ett system med endast primära regler. Denna struktur bildar inte ett system utan består endast av en mängd standarder som saknar kriterier för att bestämma existensen och räckvidden av en speciell regel. Botemedlet mot denna defekt är introducerandet av en sekundär *erkännanderegel* som specificerar vissa karaktäristika för ett rättssystem. Hart själv menar att erkännanderegler har en hög komplexitet i utvecklade rättssystem:

> ''... instead of identifing rules exclusively by reference to a text or list they do so by reference to some general charateristic possessed by the primary rules. This may be the fact of their having been enacted by a specific body, or their long customary practice, or their relation to judicial decisions.''[234]

Erkännanderegeln ställer således upp ett giltighetskriterium för gruppens regler eller dess *rättskällor*. Framväxten av en erkännanderegel ger ett auktoritativt kriterium för identifiering och unifiering av skilda grupper av regler.

[232] Ibid s 89 f.
[233] Ibid s 91.
[234] Ibid s 92.

En andra defekt i ett system som domineras av primära regler är den statiska karaktären av en sådan regim. I avsaknad av medel för förändringar av reglerna kan dessa endast ske mycket långsamt. Denna defekt botas emellertid genom introducerandet av sekundära ändringsregler (Rules of Change), dvs. regler som ger ett visst organ makt att ändra eller upphäva en regel och regler som skänker makt till enskilda individer att skapa strukturer av rättigheter och skyldigheter som styr deras inbördes förhållanden, ex. regler om avtal och testamenten.[235]

Den tredje defekten Hart identifierar är ineffektiviteten i det sociala tryck som skapas av de primära pliktreglerna. Denna defekt avhjälps genom introducerandet av rättstillämpningsregler (Rules of Adjudication). Dessa är av två slag: dels de som ger särskilda individer, t ex domare, makten att fastställa att de primära reglerna överträtts, och dels de som ger domarna makt att beordra andra myndighetspersoner att verkställa sanktioner med anledning av överträdelserna.[236]

Harts stora bidrag till förståelsen av rätten och rättssystemen ligger enligt många i hans uppdelning av de sekundära reglerna i ''erkännanderegler'', ''ändringsregler'' och ''rättstillämpningsregler''. En erkännanderegel utgör kriteriet för att identifiera gällande rätt, eller giltiga lagar (valid laws) i ett visst rättssystem. Med ändringsregler förstås enligt Hart i första hand allmänna regler i en konstitution som auktoriserar ett visst organ att lagstifta inom ett bestämt område, och därigenom besluta nya primära pliktregler, eller förändra gamla. På ett annat plan utgörs ändringsregler av regler som ger enskilda möjlighet att förändra sin rättsställning vad gäller förpliktelser och rättigheter.[237]

Rättstillämpningsregler ger domare och andra ämbetsmän makt att ge tvister en auktoritativ lösning. Detta sker genom fastställande av om en primär regel har överträtts i en faktisk situation och genom att kompetens ges till domstolar och myndigheter att utdöma sanktioner, vilka i sin tur verkställs av andra myndighetspersoner.[238]

Hart använder denna kategorisering för att påvisa ett rättssystems speciella karaktärsdrag. Det är kombinationen av primära pliktregler och sekundära regler som enligt Hart bildar kärnan i ett rättssystem. Hart menar att de primära reglerna skulle bli ineffektiva och rudimentära om inte superstruk-

[235] Ibid s 90 f, 94 f.
[236] Ibid.
[237] Ibid kap 5.
[238] Ibid.

turen av erkännanderegler, förändringsregler och rättstillämpningsregler existerade. Det är dessa regler som enligt Hart kvalificerar ett system av regler som ett rättssystem.

För att förstå Harts rättsteori finns det skäl att utveckla begreppet erkännanderegel ytterligare. Harts erkännanderegel påminner starkt om Kelsens grundnorm, men betydande skillnader existerar. För Hart utgör existensen av en erkännanderegel ett generaliserat politiskt faktum uttryckt som ett komplext juridiskt uttalande. Detta uttalande bildar kriteriet för vad som skall kvalificeras som gällande rätt inom ett system.[239] I ett flertal mål har EG-domstolen uttalat att institutionerna i sin normgivningsverksamhet är bundna av samtliga fördragsbestämmelser. Vid brott mot fördragen är institutionernas rättsakter ogiltiga.[240]

5.5.2 Konsekvenser och kritik av Harts modell

Inledningsvis torde kunna konstateras att EG-rätten uppfyller Harts kriterier för ett rättssystem. EG-rätten inbegriper en förening av primära och sekundära regler. Tjänstemän och rättstillämpare accepterar de sekundära reglerna som normer för beteende. Systemet av rättsnormer uppfyller vidare grundläggande krav vad gäller normadressaternas (enskilda och medlemsstater) vanemässiga efterlevnad.[241]

Om vi utgår ifrån att rätten är autonom i Harts mening stipuleras giltigheten av rättsnormerna endast genom olika lagbundna procedurer för normgivning. Att legitimera normerna genom legaliteten av normgivningsprocedurerna privilegierar normernas härstamning framför rationaliteten i norminnehållet. Normerna är giltiga för att de beslutats av kompetenta institutioner. Legitimeringen av rättsordningen söks därmed i dess ursprung i dess grundnorm eller erkännanderegel. Denna norm legitimerar hela rättsordningen, men kan själv inte bli föremål för legitimering och rationell justifiering.[242]

För denna undersöknings syften är det av intresse vilka konsekvenser det juridiskt-formalistiska autonomianspråket får för möjligheterna att hävda existensen av en *europeisk konstitution*. Habermas aktualiserar konsekvenserna av en rättsteori som bygger på vertikal legitimering och *intern justi-*

[239] Ibid kap 6.
[240] Se bl a mål 59/75 Manghera [1976] ECR 91, mål 37/83 Rewe [1984] ECR 1229 s 1248 f, samt mål 41/84 Pinna [1986] ECR 1.
[241] Jones 1984 s 46.
[242] Habermas 1996 s 202.

fiering:

> ''Tying the validity of law to its genesis allows only an asymmetrical solution to the rationality problem. Reason or justice is to a certain extent subordinated to history. Hence the positivist reading of judicial decision making priviliges the certainty guarantee at the expense of the rightness guarantee.''[243]

Enligt Harts teori innehåller ett rättssystem någon form av *erkännanderegel* som ger bindande kraft och giltighet till övriga regler. Referenser till erkännanderegeln kan sökas i den juridiska argumentationen i ett rättssystems dömande organ. Eftersom regeln är beroende av den praxis och sedvänja som inverkar på den juridiska argumentationstekniken är det svårt att ge den samma innehåll över tiden. Erkännanderegeln utvecklas och förändras. Vid vissa tidpunkter kan den framstå som klar och vid andra oklar. Detta synes vara den kritiska punkten vid applicerandet av Harts teori på EG-rätten. Hur skall erkännanderegelns innehåll kunna anpassas till EG-rättens föränderliga och dynamiska karaktär? Om vi uppehåller oss vid idén om en sedvanerättsligt baserad erkännanderegel härledd ur praxis och juridisk argumentation synes en av fördelarna med denna typ av erkännanderegel vara att den relativiserar frågor rörande giltighet och systematik. Varje enskilt rättssystem måste förstås och beskrivas från en utgångspunkt som är intern i det relevanta systemet. Men för att finna en självständig bild av ett eller flera rättssystem betraktade tillsammans, i ett sammanhang, synes det mer fruktbart att anlägga såväl ett internt som externt perspektiv. I stället för att bekänna sig till det ena eller andra monocentriska synsättet, dikterat av suveränitetsteorin kan man pröva möjligheten att inta en utgångspunkt som omfattar flera olika perspektiv och utgångspunkter.

5.5.2.1 Det statliga perspektivet

Låt oss rikta uppmärksamheten på det svenska rättssystemet och diskutera erkännanderegeln i ett EU-perspektiv. Vilket giltighetskriterium kan användas? En utgångspunkt kan vara att se giltighetskriteriet som det som används av domare och andra offentliga befattningshavare. En annan utgångspunkt kan vara att som giltig rättsregel anse den regel som finns uttryckt i en av riksdagen beslutad grundlagsregel eller lagregel, eller en regel som återfinns i en föreskrift beslutad av en myndighet efter att föreskriftsmakt delegerats till denna av riksdagen i enlighet med 8 kapitlet

[243] Ibid.

regeringsformen. Som giltig rättsregel kan också anses en regel i ett prejudikat från Högsta domstolen eller Regeringsrätten. I samtliga dessa situationer krävs dessutom att regeln, inte står i konflikt med andra giltiga regler, helt eller delvis är upphävd och tillkommit i behörig ordning. Bland dessa förenklade exempel saknas de regler som är att hänföra till sedvänja eller allmänna oskrivna rättsprinciper.

Kan staten Sverige som EU-medlem lösa giltighetsproblemet genom att referera till reglernas systemtillhörighet? Det nya läget skulle kunna beskrivas som att EG-rätten införlivats i det nationella rättssystemet genom tillträdesakten. Från ett internt perspektiv kan man därmed hävda att alla lagar beslutade av riksdagen, inklusive tillträdesakten, är giltiga med undantag för de som står i strid med EG-regler gällande vid tillträdet eller vid varje given tidpunkt efter tillträdet. Detta perspektiv kan benämnas det *interna* perspektivet.

Ett *externt* perspektiv måste emellertid enligt min mening tillföras. Bilden blir än mer komplicerad när vi reser frågan om vad som är giltig EG-rätt. Vidare är det en rättslig fråga att avgöra vilken metod som skall användas för att fastställa vad som är giltig EG-rätt. Giltighetskriteriet för svensk rätt innehåller nu en referens till rättsregler vilkas giltighet bestäms av ett kriterium som återfinns utanför det svenska rättssystemet. Med detta scenario blir uppdraget att från en tid till en annan fastställa vad som är giltig bindande rätt besvärligt.[244]

5.5.2.2 EU-perspektivet

Ett möjligt perspektiv är att utgå från EG-rätten och försöka finna ett giltighetskriterium i dess egen struktur av rättsregler. De tre EG-fördragen, tillträdesfördragen och andra instrument innehåller giltiga rättsregler såvida de inte upphävts eller ändrats av senare fördrag enligt principen om *lex posterior*. Även fördrag utanför gemenskapens kompetensram har ansetts tillföra EG-rätten giltiga rättsregler. Ett exempel är Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Vidare är direktiv, förordningar och beslut giltiga rättsregler såvida de inte står i strid med överordnad lagstiftning. Även avgöranden av EG-domstolen innehåller giltiga rättssatser och allmänna

[244] Factortame-målet kan ses som ett exempel på detta. Vidare har Dworkin gjort ett stort nummer av dessa problem i sin kritik av hela Harts projekt. När Dworkin tar upp denna punkt (Dworkin 1977 kap 2 och 1986 kap 1 och 2) refererar han emellertid inte direkt till den EG-rättsliga problematiken.

rättsprinciper inom folkrätt och privaträtt erkända i de nationella rättssystemen.[245]

Innehållet i det EG-rättsliga giltighetskriteriet skiljer sig från det svenska kriteriet för vad som är giltig rätt. Men kriterierna överlappar varandra. Risken för normkonflikter är betydande eftersom reglerna tillkommit inom ramen för skilda lagstiftningsprocesser. Det finns emellertid mekanismer för lösande av konflikter och motsägelser inom det överlappande området.

Konflikter mellan EG-regler och nationella regler kan exempelvis lösas av EG-domstolen genom utnyttjande av systemet med förhandsavgöranden enligt artikel 177 EG. Rättigheter och skyldigheter kan på detta sätt ges samma innehåll, inte bara inom ramen för gemenskapens eget institutionella system, utan även i de medlemsstatliga system som sannolikt alla utgör komponenter i det överlappande området. Samtidigt behöver inte erkännandet av existensen av omöjligheten att unilateralt frånträda sina EG-rättsliga skyldigheter leda till en inkonsekvens i systemet. Den EG-rättsliga ståndpunkten att förpliktelserna är oåterkalleliga och saknar begränsning i tiden och den nationella ståndpunkten om förpliktelsernas nationella konstitutionella grund behöver inte skapa oöverstigliga inkonsekvenser för hela systemet. Så länge inte medlemsstaterna använder sina konstitutionella befogenheter att utträda ur EU borde systemen kunna fortsätta att överlappa varandra utan att det ena eller andra systemet antas vara under- eller överordnat det andra. Totaliteten bör således kunna bestå utan en absolut lösning.[246]

Harts syn på domstolars tolkningsutrymme kan enligt Jones anpassas till fall av bristande acceptans av EG-rättens företräde:

> ''Hart's theory is quite able to account for any cases of incomplete acceptance. Such cases may be characterized as cases of partial failure as defined by Hart– there is disunity among the set of Community officals. The Rule of Recognition of the Community legal system, reaching into a Member State, possesses a 'penumbra of doubt'. Nevertheless, the Community legal system continues 'to exist' despite the absence of that complete official consensus that prevails under normal conditions.'' [247]

Lämnar vi idén om att rätten måste härstamma från en källa, från en suverän, blir det möjligt att studera rätten från ett bredare och mer diffust perspektiv. Denna alternativa utgångspunkt är systemorienterad i den

[245] Dowrick 1984 s 203 ff.
[246] MacCormick 1993 s 2 ff.
[247] Jones 1984 s 47.

mening att den betonar rättens karaktär som normativt system.[248] Denna diffusa och breda systemorientering öppnar möjligheter för att se rätten som ett system där olika system interagerar och överlappar varandra. Systemen behöver för den skull inte arrangeras och kvalificeras enligt en hierarkisk ordning.

Vid en jämförelse mellan Kelsens och Harts rättsteorier med avseende på den systemorienterade utgångspunkten framstår en klar skillnad. Skillnaden gäller om synen på rätten som ett system är pluralistisk eller monistisk. Kelsen presenterade ett enhetligt system, ett monistiskt system, där den rättsliga världen är *en*. Han menade att folkrättsliga principer skänker giltighet åt varje nationellt rättssystem. Ett rättssystem i en stat som effektivt kontrollerar ett territorium får sin giltighet från folkrättsliga regler. Alla stater bildar tillsammans med den internationella rätten ett globalt rättssystem. Det är en fiktiv eller hypotetisk grundnorm som konstituerar helheten som ett normativt system.[249]

Trots att rätten till stor del består av rättsregler och trots att dessa i verkligheten styr medborgares och tjänstemäns handlande i olika situationer finns det klara begränsningar i denna funktion. Rättsregler är språkliga enheter och blir därför ofta öppna och obestämbara till sitt innehåll. Tolkningen i konkreta fall blir därmed problematisk. Detta gäller även för rättssystemets grundnorm och erkännanderegel. Ett exempel är den osäkerhet som gällt i vissa av EUs medlemsstater vad gäller tillämpningen av Europakonventionen som varande en del av EG-rätten. För brittiska domstolar förefaller det osäkert om Europakonventionen är internt bindande i egenskap av direkt tillämplig EG-rätt.[250]

MacCormick framhåller att en av *The Concept of Laws* stora förtjänster i ett EU-perspektiv var att den avlivade den rättsteoretiska myten om *the sovereign and subject*.[251] Auktoritet är en institutionell beståndsdel och en intern företeelse i systemet, och begränsad auktoritet synes kunna accepteras på samma grund som den allomfattande. Det intressanta med Harts systemanalyser av rätten är enligt MacCormick att de jämnar vägen för ett

[248] Jag använder här termen *system* i den meningen som tillämpats inom rättsvetenskapen sedan Kelsens första upplaga av den rena rättsläran (Reine Rechtslehre). Första meningen i kapitel 6 lyder: "Das Recht als Ordnung oder die Rechtsordnung ist ein System von Rechtsnormen". Idén har utvecklats vidare av Hart i The Concept of Law och Raz i The Concept of a Legal System 1970.

[249] Kelsen 1967 s 208 ff.

[250] MacCormick, The Concept of Law and "The Concept of Law", Oxford JLS 1994, s 2.

[251] Se ibid s 13 med referens till Hart 1961 kap 4-6.

erkännande av en möjlig pluralism av överlappande och parallellt gällande system av rättsnormer och rättsliga auktoriteter.[252] Detta synsätt är enligt honom grundläggande för förståelsen av den rättsliga och politiska utvecklingen i Europa.

Vi lever enligt MacCormick i viss utsträckning ''bortom den suveräna staten''[253] under en regim av interagerande icke-suveräna rättssystem som synes kunna bestå och samexistera utan att vakuum uppstår vad gäller makt och juridik. Ett konkret exempel på detta är just att EG-rätten inte har yttersta suveränitet över nationell rätt, eller vice versa.[254] Denna hållning öppnar enligt MacCormick vägen för ett *dynamiskt perspektiv* som utgår från att medlemsstaternas konstitutioner och konstitutionella sedvänjor förändras över tiden. Perspektivet innebär att suveränitetsfrågor ständigt måste analyseras i ljuset av politiska förändringar.

S.A de Smith beskrev redan 1971 vad perspektivet skulle innebära för principen om *parlamentets överhöghet* i Storbritannien:

> ''If, however, with the passage of time, the Community develops characteristics of a political federation, and if the incongruity of the orthodox doctrine of parliamentary sovereignty becomes increasingly apparent in a context of expanding Community law, then a climate of opinion will doubtless develop in which heterodoxy will thrive and eventually prevail. The legal concept of parliamentary sovereignty may then drift away into the shadowy background from which it emerged.''[255]

Men erbjuder verkligen Harts teori en lösning på problemet med konkurrerande normkällor? Harts regel- och rättstillämpningsteori synes undvika problemet genom att förpassa det till den utomjuridiska sfären. Lösningen av normkonflikter synes för Hart snarare bli en fråga om kunskapsteoretisk och moralfilosofisk giltighet än om juridisk korrekthet.

Enligt Hart härleds rättsreglers giltighet genom ett cirkelresonemang: rättsreglernas giltighet härstammar ur den rättsliga kontext de förekommer i (rättssystemet). Om rättsreglerna dessutom är obestämbara och vaga språkliga storheter och ständigt är föremål för tolkning uppkommer samma problem som vid diskussionen om grundnormens giltighet: normerna genererar oupphörligt konkurrerande tolkningar. Vad som tidigare var ett juridiskt problem uppträder nu i form av ett kunskapsteoretiskt problem: att

[252] Jmfr dock Dowrick 1984 s 229 f.
[253] MacCormick 1993 s 1 f.
[254] MacCormick 1994 s 13.
[255] de Smith, The Constitution and the Common Market: A Tentative Appraisal, Modern L Rev 1971 s 614.

postulera ytterligare en regelnivå (erkännanderegler etc) för att stödja en annan nivå regler aktualiserar endast återigen frågan om de senares giltighet.

5.5.3 Dworkin om konkurrerande normer och lagtolkningens koherens

En av de främsta kritikerna av Harts regelmodell, Ronald Dworkin, menade att modellen förbiså rättsprincipernas betydelse för lösningen av normkonflikter. Med *princip* avser Dworkin en allmän och generell grundläggande sats, kapabel att uttryckas i varierade former. Både regler och principer kan verka styrande i rättstillämpningen. Men enligt Dworkin skiljer de sig åt med avseende på karaktär. Regler är tillämpliga enligt ''allt-eller intet-principen'', antingen faller en fråga inom regelns tillämpningsområde eller så gör den det inte. Principer skiljer sig i detta avseende från regler. För att använda Dworkins eget exempel: den rättsliga principen om att ingen skall tjäna på sina egna brott innebär inte att rätten inte tillåter att människor verkligen gör detta. Principer är inte tillämpliga enligt allt-eller-intet-principen, utan anger oftast endast skäl för att argumentera enligt en viss linje.[256]

Dworkin anser att *principles* och *policies* är integrerade i moderna rättssystem och spelar en avgörande roll i domstolars rättstillämpning. Rättsprinciperna fungerar som styrande för tolkning och tillämpning av andra rättsregler och befinner sig på en hierarkiskt överordnad nivå i den meningen att de kan justifiera en avvikelse från en gammal regel eller skapande av en ny regel.[257]

Vilken konsekvens får denna syn på principernas funktion i rättstillämpningen för Dworkins konceptualisering av domarens tolkningsutrymme? Dworkin kritiserar Harts idé om att domaren utanför kärnan av klarhet, säkerhet och visshet använder sitt tolkningsutrymme på ett *starkt* (strong discretion) sätt. Domaren fungerar som en kvasi-lagstiftare och fattar beslut utifrån grunder som denne finner lämpliga. Dworkin menar emellertid att domaren även i oklara mål måste *söka* efter rättsliga principer, inte uppfinna dem. Detta kräver att domaren utnyttjar tolkningsutrymmet, men enligt Dworkin endast på ett svagt sätt (weak discretion).[258]

[256] Dworkin 1978 s 25 f.
[257] Ibid särskilt kapitel 2.
[258] Ibid s 81 f.

Dworkins rättsteori kan ses som ett försök att undvika bristerna i rättsrealisternas och rättspositivisternas lösningar. Dworkin använder ett deontologiskt rättighetsbegrepp för att förklara hur rättsligt beslutsfattande samtidigt kan tillfredställa kraven på legalitet/förutsebarhet och legitimitet. Till skillnad från rättsrealismen hävdar han att både nödvändigheten och möjligheten till normbaserade *koherenta* avgöranden som uppfyller grundläggande förutsebarhetskrav. I förhållande till rättspositivismen hävdar Dworkin nödvändigheten och möjligheten av *ett* juridiskt korrekt avgörande som legitimeras utifrån sitt materiella innehåll genom åberopande av erkända rättsprinciper.[259]

Låt oss än en gång relatera Dworkins koherensideal till den ovan beskrivna hypotetiska normkonflikten mellan den EG-rättsliga tystnadsplikten och svensk konstitutionell offentlighetsrätt. De två motstående värden som normkonflikten aktualiserar kan sägas å ena sidan vara EG-rättens uniforma tolkning och tillämpning inom hela EU, dvs integration, och å andra sidan den nationella konstitutionella integriteten i form av värnandet om en demokrati präglad av offentlighet. Jag har tidigare hävdat att rättspositivismen som rättsteori misslyckats med att justifiera valet i juridiska termer istället hänskjuter det till den politiska praktiken. Kan Dworkins rättstillämpningsteori finna en norm för valet mellan de motstridiga ändamålen?

Dworkin har profilerat sig som den rättsteoretiker som förnekar att domare *rättsligt sett* har att göra annat än att endast tillämpa lagen utifrån givna fakta i målet. Domaren skulle således sakna judiciellt tolkningsutrymme. Trots att Dworkin erkänner att domare alltid har, och även bör utnyttja ett *moraliskt* tolkningsutrymme för att överskrida rättens ramar, vidhåller han att *rätten* inte sanktionerar denna tolkning. Dworkin skiljer inte på frågorna om vad rätten *är* å ena sidan och vilka överväganden som bör styra domaren i rättstillämpningen å andra sidan. Dworkin har alltid identifierat frågorna med varandra. Dworkins teori om rättstillämpning är också hans rättsteori. Svaret på frågan om vilka överväganden som skall styra domaren besvarar frågan om vad rätten är.

Dworkins syn på rätten och domarens tolkningsutrymme synes implicera en karaktärisering av vår normkonflikt som rättslig. Konflikten skall vidare lösas genom åberopande av rättsliga principer. Dworkin förklarar lagtolkning i följande termer:

[259] Habermas 1996 s 203.

> ''... constructive interpretation is a matter of imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong.''[260]

Tolkning definieras här i termer av stark monistisk koherens. Och eftersom rättslig koherens kan uppfattas som ett nära systematiskt ömsesidigt beroende mellan normerna inom ett system kan man karaktärisera Dworkins synsätt som starkt monistiskt då tolkningen enligt Dworkin syftar till att finna *ett* syfte som skall förena normerna i ett system.

Hur kan då denna monistiska koherens förenas med vårt pluralistiska exempel. EG-rätt och nationell rätt är uppbyggda kring skilda värderingar och ideal, de har olika syften att uppfylla. Dworkins monistiskt orienterade syn på lagtolkningen kräver att vi finner en tolkningsprincip som bygger på ett gemensamt syfte, vilket i exemplet reser avsevärda problem. Dworkins idé om lagtolkningens monistiska koherens synes således illa ägnad att förena motstående syften i ett överstatligt system som bygger på en oklar kompetensfördelning mellan centrum och periferi.

Dworkins teori synes därmed drabbas av samma invändningar som Harts. Värdepluralism och syfteskonflikter tvingar Dworkin att söka giltigheten av en konfliktlösningsnorm utanför rätten.

Jag kan vidare inte frigöra mig från känslan att teorier som Dworkins syftar till en idealisering av rätten som för med sig en nedvärdering av politikens betydelse vid förklaringen av auktoritet och normgivning i en maktstruktur. Denna typ av invändning kan riktas mot alla teorier om rättstillämpning som utgår från att rätten talar med en röst.[261]

5.6 Lagtolkningens koherenskrav och normvalet som politiskt och institutionellt problem

Jag har tidigare i undersökningen framhållit tolkningsutrymmets nära relation till systemet och dess koherens. Min utgångspunkt är att EG-domstolens lagtolkning styrs av en idé om att bevara EG-rättens *normativa koherens*. Domarna i EG-domstolen konfronteras ständigt med kravet på EG-rättens koherens. Tolkningen av de EG-rättsliga normerna måste anpassas för att harmoniera med det normativa systemet.

Relateras det traditionella suveränitetsbegreppet till lagtolkningens

[260] Dworkin, Law's Empire 1986, s 52.
[261] Jmfr Raz, Ethics in the Public Domain 1995, s 319 f.

koherenskrav, dvs att tolkaren försöker upprätthålla koherens mellan tolkningen och auktoritativa rättskällor, aktualiseras lagtolkningens vertikala karaktär. Domaren söker ständigt förankra sin tolkning i redan existerande hierarkiskt ordnade rättskällor. Lagtolkningens vertikala koherenskrav syns även i EG-domstolens tolkning. EG-domstolen utvecklar EG-rätten inspirerad av idén om skapandet av

> ''...a coherent system, an integrity, transcending the skeletal framework of the Treaty of Rome.''[262]

Vidare har jag betonat att rättsteorin (rättspositivismen) inte kan tjäna som utgångspunkt för förslag till lösningar av normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt. Det enda rättsteorin förmår är att hänskjuta frågan till den politiska praktiken, vilket i sin tur aktualiserar distinktionen mellan politiken och juridiken som begränsning av domarens tolkningsutrymme. Hur förhåller sig då lagtolkningens koherenskrav till normkonflikternas politiska natur?

Jag har tidigare framhållit *justifieringen* i det judiciella beslutsfattandet som en process genom vilken domarens argumentation *juridifieras* och kläs i en retorisk språkdräkt så att beslutet framstår som en logisk följd av ett sammanhängande och värderingsfritt resonemang.[263] En avgörande faktor i denna process är domarens *tolkningsutrymme*, dvs den auktoritet som är given till en domare att företa ett val mellan två eller flera tänkbara alternativ. Det rättsliga elementet i begreppet uppträder i form av ett krav om att valet skall grundas på en giltig rättsnorm. Hur förhåller sig då detta krav till den teoretiska slutsatsen om att normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt ytterst är en politisk fråga?

En diskussion av detta problem måste ta hänsyn till rättens och rättsnormernas obestämbarhet och vaghet och till rättstillämpningens krav på sig att samtidigt uppfylla krav på å ena sidan förutsägbarhet och å andra sidan rationalitet och legitimitet. Kravet på *legitimitet och rationalitet* innefattar å andra sidan inte endast beslut som är konsistenta, ställda i relation till tidigare liknande, utan inbegriper ett krav på att de skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt.

[262] Weatherhill, Modern L Rev 1994 s 483.

[263] Vi kan även ställa oss frågan varför vi förväntar oss att EG-domstolen och andra domstolar skall ge goda och rationella skäl för sina avgöranden? Bör vi verkligen förvänta oss det? Enligt min mening är behovet av att ge goda eller riktiga (rationella) skäl till stöd för ett rättsligt beslut en fråga om rationalitet och rationellt handlande.

Tolkningens koherenskrav och normkonkurrensen som politiskt problem antyder att företrädesdoktrinens praktiska relevans är ett institutionellt problem i så motto att det är de nationella domstolarnas acceptans av EG-domstolens avgöranden som slutligt avgör frågan om EG-rättens effektivitet. Effektivitetsproblemet har dock inte uteslutande en nationell dimension eftersom de nationella domstolarnas lösningar av normkonflikter står i relation till det tolkningsutrymme de förfogar över. Detta tolkningsutrymme bestäms av en mängd faktorer som exempelvis normstruktur, maktbalans och kompetensfördelning mellan statsskickets organ. När det gäller lösningen av normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt bestäms det nationella tolkningsutrymmet framförallt av kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt systemet med förhandsavgöranden. Denna relation blir enligt min mening helt central för förståelsen av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt eftersom den aktualiserar samspelet mellan EG-domstolens och nationella domstolars tolkningsutrymme.

5.7 Sammanfattning och slutsatser

Kapitlet sammanför den teoretiska diskussionen i kapitel 2 om lagtolkningens karaktär och kontext med redogörelsen för EG-rättens normstruktur och kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet analyserar de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens strukturering, av det EG-rättsliga normsystemet och kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet är disponerat kring en analys av suveränitetsbegreppet och en diskussion om konkurrerande normkällor (auktoriteter). *Huvudfrågeställningen är hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande normkällor skall kunna förenas med kravet på rättsordningens koherens.*

En av utgångspunkterna för kapitlet utgörs av den paradox som bland annat formulerats av Weiler: Samtidigt som EG-rätten genomgick en dynamisk utveckling och skapade konstitutionella strukturer så genomgick gemenskapen politiska kriser. Denna paradox har viss relevans för denna undersöknings syften genom att placera fokus på den politiska utvecklingens betydelse för EG-domstolens tolkningsutrymme vid kompetensfördelning mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Det är viktigt att inte karaktärisera den rådande kompetensfördelningen som en soloprestation utförd av EG-domstolen. Den rättsliga och konstitutionella strukturella förändringen av gemenskapen måste förklaras utifrån samspelet mellan

gemenskapens politiska och judiciella processer. I kapitlet ifrågasätts om EG-domstolens doktrin om EG-rättens absoluta företräde har förutsättningar för att utgöra grunden till en gemensam *europeisk konstitution* för EUs medlemsstater. Här framhålls att frågan om i vilken omfattning medlemsstaterna har avstått kompetens till EU teoretiskt och praktiskt lika mycket är en fråga för medlemsstaternas konstitutionella rätt som för EG-rätten.

Genom att hävda sin exklusiva kompetens att uttala sig om EG-rättens legalitet har domstolen samtidigt fastställt sin exklusiva kompetens att bestämma EU-institutionernas kompetens. Det funktionellt präglade argumentet för denna hållning är EG-rättens uniforma tolkning och tillämpning inom hela unionen. Detta intresse får ställas mot medlemsstaternas intresse av att hävda sin konstitutionella intergritet. I denna intressekonflikt finns det rättsligt sett ingen given segrare.

Skälet till denna juridiska imperfektion ligger sannolikt i att domstolens federala strävanden och landvinningar i form av judiciell integration knappast har sin motsvarighet i politisk integration, dvs integration realiserad genom processer dominerade av den politiska grenen av EU representerad av Europeiska rådet, Europakommissionen och ministerrådet. Det gemensamma statsskicket kan sägas lida av en strukturell brist då kopplingen mellan de rättsliga och politiska processerna är alltför löslig.

Kapitlet strävar vidare efter att konceptualisera förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt som dels ett *polycentriskt* och dels ett *institutionellt* problem. För det första aktualiserar normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt nödvändigheten av, framförallt för de nationella domarna, att företa ett val mellan konkurrerande auktoriteter. Normer härrörande från skilda normgivare är tillämpliga på ett och samma problem. För det andra är företrädesdoktrinens praktiska relevans ett institutionellt problem i så motto att det är de nationella domstolarnas acceptans av EG-domstolens avgöranden som slutligt avgör frågan om EG-rättens effektivitet.

Vidare vill jag lansera argumentet om att europeisk integration och skapandet av en konstitutionell struktur med EG-domstolens absoluta företrädesdoktrin som grund bygger på ett alltför snävt konstitutionsbegrepp. En konstitutionell strävan har att ta hänsyn till materiella, konstitutionella, politiska och moraliska värderingar snarare än att ensidigt hävda juridiken som medel. Vidare måste en konstitutionell ordning vila på en klar kompetensfördelning mellan EU och medlemsstaterna. Fördragens allmänna och målrelaterade karaktär, målens vaghet och den oklara kompetensfördelningen bidrar till att EG-domstolens idé om delad suveränitet bildar en

bräcklig teoretisk grund för en konstitutionell rätt för gemenskapen.

Om EG-rätten skall analyseras utifrån EG-domstolens teori om delbar suveränitet och behandlas som konstitutionell rätt måste detta ske i en rättslig ram inom vilken suveräniteten definieras. EG-domstolens doktrin om delad suveränitet fungerar helt enkelt inte som grund för utveckling av en konstitutionell EG-rätt, vilket främst beror på att det inte går att utröna vilken suveränitet som begränsas av EG-rätten och vilka suveräna auktoriteter som är bundna av rättsordningen. I kapitlet diskuteras vidare i vilken utsträckning rättsteorin kan bistå domaren att träffa ett val mellan EG-rätt och nationell rätt. I kapitlet vill jag bland annat visa att Kelsens idé om grundnormen och valet av grundnorm varken teoretiskt eller praktiskt kan användas som utgångspunkt för analyser av förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt. Jag anser att grundnormsidén tillsammans med det juridiskt-formalistiskt orienterade och bräckliga konstitutionsanspråket får konsekvenser för den normativa judiciella kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Framförallt beroende på att kompetensfördelningen bygger på en klar separation mellan EG-rätt och nationell rätt. Denna dualistiska hållning får konsekvenser för rättspositivistiska teoriers förklaringsvärde vad gäller EG-rättens giltighetsgrund.

Jag anser att de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen blir långtgående. För om det är så att EG-domstolens företrädesdoktrin syftar till att förändra giltighetsgrunden för det EG-rättsliga systemet kan den inte i sig själv utsättas för ett giltighetstest. Den kan därmed inte vara rättsligt giltig. Eftersom EG-domstolens företrädesdoktrin befinner sig utom räckhåll och bortom de nationella konstitutionerna kan doktrinen inte utvärderas i laglighets och giltighetstermer. EG-domstolens doktrin om en ''ny rättsordning'' är i detta avseende självutplånande. Eftersom den utgör en förändring av en rättsordnings grundnorm kan den inte vara rättsligt bindande för domstolarna i medlemsstaterna. Min poäng är således att man inte kan finna en rättslig justifiering för att den absoluta företrädesdoktrinen skall vara direkt tillämplig och bindande för de nationella domstolarna.

I stället för att göra ett ''allt-eller-intet'' val anser jag att förhållandet mellan rättsordningarna bäst kan beskrivas från en utgångspunkt där flera parallellt gällande grundnormer existerar, där flera rättsordningar samexisterar och överlappar varandra. Denna ståndpunkt accepterar att flera auktoriteter, institutioner och normkällor utövar inflytande på ett och samma rättsliga problem. Problemet kan röra valet mellan nationell rätt och EG-rätt i konkreta situationer där det är uppenbart att juridiska kompetensfördel-

ningsnormer spelar en mindre roll och nationella ekonomiskt-politiska övervägningar tar över. Problemet kan också aktualiseras genom konflikter mellan nationella grundlagsregler och EG-rätt där strikt juridiska kompetensfördelningsnormer måste underordnas aspekter som ämbetsmannatradition, kunskapsnivå och allmän acceptans av EU som konstruktion och idébas.

Kapitlets huvudpoäng är att rättsteorin (rättspositivismen) inte kan tjäna som utgångspunkt för förslag till lösningar av normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt. Det enda rättsteorin förmår är att hänskjuta frågan till den politiska praktiken, vilket i sin tur aktualiserar distinktionen mellan politiken och juridiken som begränsning av domarens tolkningsutrymme.

Slutsatsen blir att lagtolkningens koherenskrav och normkonkurrensen som politiskt problem omvandlar företrädesdoktrinens praktiska relevans till ett institutionellt problem i så motto att det är de nationella domstolarnas acceptans av EG-domstolens avgöranden som slutligt avgör frågan om EG-rättens effektivitet.

Kapitel 6
Förhållandet mellan rättsordningarna som ett institutionellt problem – kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177 EG

"This interpretation of Article 177... rests also on a failure to appreciate that municipal law of any Member State, whose courts request a preliminary ruling from this Court, and Community law constitute two separate and distinct legal orders." (Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45, s 49 f.)

6.1 Inledning

Jag har ovan visat att EG-domstolens företrädesdoktrin inte skapat en fast teoretisk grund för en ny europeisk konstitutionell ordning. Skälet är att domstolens juridiskt doktrinära konstitutionsanspråk bortser från att en ny konstitution för EUs medlemsstater endast kan utvecklas utifrån materiella kriterier, dvs gemensamma ideologiska och moraliska värderingar som kan relateras till konstitutionalism och rättsstatsideal.[1] Samtidigt saknas klara kompetensfördelningsnormer i fördragen. Den kompetens som medlemsstaterna överfört till gemenskapen saknar distinkt avgränsning.[2]

Från en mer praktisk utgångspunkt skulle man kunna invända att den *erkännanderegel* eller *grundnorm* för EG-rättens giltighet som formulerats av EG-domstolen ändå till viss del *de facto* accepterats av medlemsstaterna och då i synnerhet av nationella domstolar. EG-rätten är en levande realitet i medlemsstaternas domstolar trots att man teoretiskt kan problematisera frågan om omfattningen och den teoretiska grunden till erkännandet av EG-rättens effekt och företräde.

Min poäng är dock att EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen

[1] Denna idé om en civil konstitution finns utvecklad i Weiler, The State "über alles", Festschrift für Everling 1995, s 1651 ff.
[2] Se ovan avsnitt 5.2.

har en grundläggande betydelse för utnyttjandet av tolkningsutrymmet i frågor som rör dels jurisdiktionell kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar och dels legislativ kompetensfördelning mellan gemenskapens och medlemsstaternas politiska normgivningsorgan.

EG-domstolens företrädesdoktrin och idén om EG-rättens enhetliga tolkning och tillämpning försäkras genom systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG. Rättsmedlets betydelse för EG-domstolens konstitutionella anspråk har närmast varit ett mantra i europeisk rättsvetenskap.[3] De flesta av EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt är formulerade i form av förhandsavgöranden, däribland doktrinen om det absoluta företrädet.[4] Med Pescatore:

> ''The decisions of the Court which have made the most conspicuous contribution to the development of Community law have been delivered [under Article 177]...: the direct effect of Community law, its primacy over national law, the protection of fundamental rights, the principles relating to the common market and the law of the competetition [and] the social dimension of the Community...''[5]

Eller med Weiler:

> ''The most interesting and... consequential interlocutors of the ECJ have been national courts at all levels. This is a story of a double acceptance of Community discipline by the national judiciary. One part of the story concerns doctrine: the manner in which, moving and halting, two steps forward and one backwards, the national judiciary, in a process which still continues, has come to accept the constitutional doctrines, structural and material, of the European Court of Justice.''[6]

Weiler menar att systemet med förhandsavgöranden är den centrala institutionella relationen inom gemenskapen:

> ''It is precisely that partnership which is, in my view, so consequential for the overall positioning of the Court even beyond its relationship with national courts.''[7]
>
> ...
>
> ''... the Court's greatest sensitivity is to its own position, to its own legitimacy

[3] Se exempelvis Lenaerts, Form and Substance of the Preliminary Rulings Procedure, i Schermers 1994, s 355 och Timmermans, Judicial Protection against Member States: Articles 169 and 177 Revisited, i Schermers 1994, s 400 ff.

[4] Se ovan avsnitt 4.6.

[5] Pescatore, References for Preliminary Ruling Under Article 177, EC Off'l Pub Office 1986, s 11.

[6] Weiler, Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, JCMS 1993 s 421.

[7] Ibid s 422.

and acceptability in the eyes of, first and foremost, national courts, its most important set of interlocutors...''[8]

Kapitel 6 och 7 syftar till att analysera de gränser artikel 177 sätter upp för EG-domstolens tolkningsutrymme. Jag anser att tolkningsutrymmets gränser kan utgöra ett hinder för ökad integration. Hindret består i att såväl företrädesdoktrinen som artikel 177 bygger på EG-domstolens dualistiska syn på förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt. Enligt artikel 177 har EG-domstolen endast kompetens att tolka EG-rätten och saknar formell kompetens att tolka nationell rätt eller pröva dess förenlighet med EG-rätten. EG-domstolen kan alltså inte använda artikel 177 som ett normprövningsinstrument. Det gör nu domstolen ändå. EG-domstolen ignorerar de jurisdiktionella gränser man själv skapat genom doktrinen om EG-rättens absoluta företräde och dess naturliga konsekvens: den strikta kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177.

Detta kapitel avser att ge en grundläggande karaktäristik över artikel 177s struktur och den grundläggande kompetensfördelningen som ligger till grund för systemet med förhandsavgöranden. Denna formaliserade bild problematiseras och fördjupas i det följande kapitel 7.

De EG-rättsliga reglerna om förhandsavgöranden återfinns i artiklarna 177 EG, 150 Euratom och 41 EKSG. De procedurer som omger institutet regleras i artikel 20 EG-domstolens stadga, artikel 21 Euratom samt i arti-

[8] Weiler och Lockhart, "Taking rights seriously" seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part II, CML Rev 1995 s 625.

kel 95, 103 och 104 i EG-domstolens procedurregler. Framställningen i denna del kommer huvudsakligen att fokuseras på artikel 177 EG.[9]

6.2 Förhandsavgörandenas syfte och natur

6.2.1 Inledning

EG-domstolens tolkningsutrymme regleras av artikel 164 som föreskriver att EG-domstolens verksamhet begränsas till tolkningen av EG-fördraget. Artikel 177 innebär ingen utvidgning av den kompetensram som artikel 164 drar upp. Artikel 177s syfte är att inom denna ram försäkra att EG-rätten tillämpas enhetligt i samtliga medlemsstater.

EG-rätten tolkas och tillämpas i dominerande utsträckning av domstolar och andra myndigheter i medlemsstaterna. Gemenskapens institutioner har endast begränsade möjligheter att direkt tillämpa EG-rätten i förhållande till medborgare och företag i medlemsstaterna. EG-rätten har likväl effekt för enskilda och är betydelsefull för deras rättighetsskydd. Det är därmed viktigt att rättighetsskyddet ges ett uniformt innehåll i hela gemenskapen. Den decentraliserade förvaltningen av EG-rätten kräver således koordinering för att kunna skapa ett enhetligt system av rättigheter (och förpliktel-

[9] Den svenska versionen lyder:

Domstolen skall vara behörig att meddela förhandsavgöranden angående a. tolkningen av detta fördrag, b. giltigheten och tolkningen av de rättsakter som beslutats av gemenskapens institutioner och av ECB, c. tolkningen av stadgar för organ som upprättats genom rättsakter som beslutats av rådet, när stadgarna föreskriver detta. När en sådan fråga uppkommer vid en domstol i en medlemsstat får den domstolen, om den anser att beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande. När en sådan fråga uppkommer i ett ärende vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, skall den nationella domstolen föra frågan vidare till domstolen.

Eftersom jag övervägande citerar EG-domstolen på engelska och refererar till engelskspråkig doktrin finns det skäl att citera artikeln på engelska:

"The Court of Justice shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning: a. The interpretation of this Treaty; b. the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community and of the ECB;

c. the interpretation of the statues of bodies established by an act of the Council, where those statues so provide. Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgement, request the Court of Justice to give a ruling thereon.

Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State, against whose decision there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court of Justice."

ser). Det är i detta sammanhang som systemet med förhandsavgöranden skall ses.

En nyckeldimension inom EG-rätten är relationen mellan en strävan att integrera nationella marknader och medlemsstaternas regleringsbehov. EG-rättens effektivitet är därför beroende av ett rättsmedel som kan användas för att kontrollera nationell rätts överenstämmelse med EG-rätten. Detta sammantaget med nationella domstolars ansvar för effektueringen av EG-rätten (direkt effekt, EG-rättens företräde, enskildas remedier mot medlemsstaters fördragsbrott, direktivkonform tolkning etc) innebär att EG-domstolen trots den formella kompetensgränsen i artikel 177 i betydande utsträckning är i behov av att styra nationella domstolar i tillämpningen av EG-rätten.

Jag har tidigare betonat lagtolkningens och tolkningsutrymmets politiska och ideologiska sammanhang. Jag har hävdat att tolkningsutrymmet till viss del begränsas av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen. I detta sammanhang är det viktigt att betona att domarens utövande av tolkningsutrymmet vid avgörandet av ett mål endast utgör ett mellansteg i den rättsskapande processen. Så är framförallt fallet vid EG-domstolens lagtolkning under systemet med förhandsavgöranden. I denna procedur är EG-domstolen beroende av att de nationella domstolarna accepterar tolkningen och tillämpar den på det konkreta fallet. Vid utövandet av tolkningsutrymmet enligt artikel 177 formulerar EG-domstolen rättsliga normer som måste accepteras av det kringliggande normativa systemet. Normen måste passa in i det institutionella systemet inom vilket den skapats.

6.2.2 EG-rätt och nationell rätt – två separata rättsordningar

Doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell rätt framstår som intetsägande och utan konkretisering om den inte ses mot bakgrund av kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Doktrinen skall enligt min mening därför inte förstås som en absolut regel som föreskriver att EG-rätt alltid går före nationell rätt, utan bör i stället formuleras som en princip som medför att varje rättsnorm har företräde inom sin tillämpningssfär eller kompetensområde. Denna karaktärisering av företrädesprincipen fokuserar intresset på hur, och av vem, kompetensområdet definieras. Den centrala frågan är vilken institution, eller vilken domstol, som har att slutligt avgöra kompetensfrågan, dvs vilken regel som skall ges företräde i den konkreta situationen.

Joutsamos undersökning om systemet med förhandsavgöranden från

1979 utmynnade i slutsatsen att:

> ''The preliminary rulings procedure means a *de jure* division of sovereignty in the judicial field between the court systems of the Member States and the Court of Justice. The extent to which national sovereignty in this field will be transferred to the Community Court depends to a great degree on how well the Court itself succeeds by persuasive argumentation in strengthening its own authority.''[10]

EG-domstolen slog tidigt fast att EG-rätt och nationell rätt är tydligt separerade och

> ''... constitute two separate and distinct legal orders.''[11]

Förhållandet mellan EG-rätten och den nationella rätten bygger i detta avseende på en dualistisk teori, vilket å ena sidan betyder att gemenskapen inte är bunden av nationell rätt och å andra sidan att EG-domstolen inte kan annulera rättsakter beslutade av medlemsstaterna. Trots att EG-domstolen kan pröva nationella regler mot fördragsförpliktelserna enligt artikel 169 EG saknar domstolen möjlighet att effektuera avgörandet. Vidare saknas en fördragsklausul som reglerar förhållandet mellan EG-rätten och den nationella rätten. Kompetensfördelningens grundprincip formulerades redan år 1964 i *Costa v Enel*:

> ''Article 177 of the EEC Treaty does not envisage contentious proceedings designed to settle a dispute but prescribes a special procedure whose aim is to ensure a uniform interpretation of Community law by cooperation between the Court of Justice and national courts and which enables the latter to seek the interpretation of Community provisions which they have to apply in disputes brought before them.''[12]

Artikel 177s betydelse för gemenskapens karaktär av rättsgemenskap framhålls av EG-domstolen i målet Rheinmülen:

> ''... article 177 is essential for the preservation of the Community character of law established by the Treaty and has the object of ensuring that in all circumstances this law is the same in all states of the Community... any gap in the system set up could undermine the effectiveness of the provisions of both primary and secondary law.''[13]

Flertalet av EG-rättens viktigaste rättsprinciper har sin grund i förfaran-

[10] Joutsamo, The Role of Preliminary Rulings in the European Communities 1979 s 314
[11] Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45, s 50.
[12] Mål Costa v Enel [1964] ECR 585 s 614.
[13] Mål 166/73 Rheinmühlen [1974] ECR 33.

den enligt artikel 177. Principerna om EG-rättens företräde och direkta effekt[14] är ett resultat av förhandsavgöranden.[15]

Systemet med förhandsavgöranden kan liknas vid ett förfarande där den nationella domstolen underställer EG-domstolen problematiska EG-rättsliga frågor. EG-domstolen avger ett avgörande som endast skall innehålla en tolkning av den i målet aktualiserade regeln. Tolkningen översändes därefter i form av ett förhandsavgörande till den nationella domstolen. Den nationella domstolen har därefter att tillämpa den tolkade regeln på det aktuella målet. EG-domstolens förhandsavgörande är bindande för den nationella domstol som ställt frågan.[16]

Redan i det första förhandsavgörandet EG-domstolen gav betonades kompetensfördelningen. I *Bosch* uttalade EG-domstolen:

> ''The request from the Court of Appeal of The Hague is concerned with the question whether the restriction on export imposed by the plaintiff, Robert Bosch GmbH of Stuttgart, on and accepted by its customers, falls under article 85 (1) of the Treaty. This question cannot be considered as a pure question of interpretation of the Treaty since the document in which this summarily described restriction on export appears has not been laid before this Court. This Court can accordingly make no decision without a preliminary investigation of the facts, and the Court has no jurisdiction to conduct such an investigation when proceeding under article 177 of the Treaty''.[17]

Från EG-domstolens horisont är syftet med artikel 177 att uppnå enhetlighet och harmonisering vad gäller EG-rättens innehåll och verkningar i medlemsstaterna. Syftet med rättsmedlet är därmed i princip likalydande med motiveringen av principerna om EG-rättens företräde och direkta effekt; uniform tolkning och tillämpning av gemensamma regler.[18] I sitt första förhandsavgörande[19] angav EG-domstolen att artikel 177s syfte var att harmonisera tolkningen av EG-rätten. I *Foglia v Novello* utvecklades syftet:

> ''... the duty of the Court of Justice under article 177 of the EEC Treaty is to supply all courts in the Community with the information on the interpretation of Community law which is necessary to enable them to settle genuine disputes

[14] Se bl a mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 och mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585.
[15] Se ovan avsnitten 4.2-5.
[16] Mål 205-215/82 Milchkontor [1983] ECR 2633.
[17] Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45, s 51.
[18] Mål 166/73 Rheinmühlen [1974] ECR 33.
[19] Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45, s 51 samt även mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1, s 12.

which are brought before them."[20]

Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar har genom åren genomgått förändringar. Tidvis har den handlat om hur nationella domstolar tvingat EG-domstolen att ömsom backa och retirera för att sedan gå framåt i en process som till slut ändå har lett fram till en acceptans av rättsliga doktriner som företräde, direkt effekt, mänskliga rättigheter etc.[21]

De nationella domstolarna har även blivit mer och mer inblandade i tillämpningen och effektueringen av EG-rätten. EG-domstolens doktriner om enskildas rättsskydd och nationella domstolars ansvar för effektueringen av EG-rätten har gjort EG-rätten till en nationell realitet.[22] När en nationell domstol söker ett förhandsavgörande erkänner domstolen samtidigt att det är EG-rätten som reglerar tvisten och att ett besked om tolkningen är nödvändigt.

Genom att frågan refereras till en domstol juridifieras bakomliggande politiska frågor och parter (parterna i den nationella tvisten, intervenerande medlemsstater EUs institutioner m fl.) nödgas att agera i den juridiska manegen i stället för i den politiska. En tvist som tidigare kanske förts på den mellanstatliga nivån med diplomatins retorik hamnar genom en begäran om förhandsavgörande i en domstol där stater måste försvara sig med juridiska argumentationsmetoder.[23]

När sedan den nationella domstolen accepterar ett avgörande blir effekten stor. Medlemsstatens skäl att efterleva vad egna domstolar meddelar i sina domslut är starka. Lydnadsplikten i förhållande till de nationella domstolarna är sannolikt starkare än till internationella domstolar. Vidare är de nationella domstolarnas avgöranden vanligtvis enklare att verkställa. Ett starkt incitament för att acceptera och efterleva EG-domstolens avgöranden är vad man kan beteckna som en sorts förkärlek för juridisk formalism. Den konstitutionella tolkning som EG-domstolen ger fördragen vilar på en legitimitet som kan härledas från EG-domstolens sammansättning och det rättsliga språkets lockande anspråk på objektivitet och rättvisa.[24]

[20] Mål 104/79 Foglia v Novello [1980] ECR 745 s 760.
[21] Se bl a mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1972] ECR 1125, Wünsche Handelsgesellschaft [1987] 3 CMLR 225.
[22] Barav, Omnipotent Courts, i Schermers 1994, s 265 f. Se vidare kapitel 8.
[23] Se Lacharrière, La politique juridique extélerieure 1983.
[24] Weiler 1993 s 421 f.

6.2.3 Samarbete och kompetensfördelning

EG-fördragets artikel 177 bygger enligt EG-domstolen på ett samarbete mellan EG-domstolen och nationella domstolar och en strikt uppdelning av kompetenser[25], en direkt och ömsesidig samverkan där man respekterar varandras kompetenser för att kunna förverkliga en enhetlig tillämpning av EG-rätten.[26]

Som formell begränsning gäller att EG-domstolen endast skall tolka EG-rätten.[27] EG-domstolen har ingen formell kompetens att uttala sig om nationell rätt eller tillämpa EG-rätten.[28] Detta innebär att det är den frågande nationella domstolen som skall tillämpa den av EG-domstolen tolkade regeln på det aktuella målet. Teoretiskt sett skall EG-domstolens jurisdiktion upphöra där den nationella domstolens jurisdiktion tar vid.[29]

Men samtidigt som EG-domstolen formellt sett hämtar sin rättsliga auktoritet från fördragets bestämmelser har den sitt faktiska ursprung i spänningsfältet mellan EG-rätten och medlemsstaternas rättsordningar. Trots att EG-domstolen har påpekat att systemen bör hållas isär[30], leder interaktionen mellan normerna till kompetensfördelningsproblem.

Formellt sett synes EG-domstolens syn på kompetensfördelningen i praktiken innebära att gemenskapens institutioner inte är bundna av nationell rätt och att EG-domstolen inte kan upphäva nationella normer som strider mot fördragen. EG-domstolen menar att EG-rätten

[25] Generaladvokaten Lagrange formulerade samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar under EEC-fördragets första år enligt följande (mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45): "Applied judiciously, one is tempted to say loyally, the provisions of Article 177 must lead to a fruitful collaboration between the municipal courts and the Court of Justice of the Communities with mutual regard for their respective jurisdiction." I mål 20/64 Albatros [1965] ECR 29 s 34 slår domstolen fast att art 177 EG bygger på "...a clear separation of functions between national courts or tribunals and the Court of Justice". Se även senare mål Salgoil 13/68 [1968] ECR 453.

[26] Mål 16/65 Schwarze [1965] ECR 887.

[27] Se EG-domstolens domslut i mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585 s 592, mål 16/65 Schwarze [1965] ECR 886, mål 56/65 Société Technique Minière [1966] ECR 235, mål 13/68 Salgoil [1968] ECR 459, samt mål 32/75 Cristini [1975] ECR 1095.

[28] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9. Vad gäller äldre doktrin se Schermers, Judical protection in the European Communities 1987, s 358 f. Lecourt, L'europe des juges 1976, s 267. Rasmussen, Domstolen i EF 1975, s 224.

[29] Wiklund, Om svenska domstolars självständighet i ett EG-rättsligt perspektiv, SvJT 1992 s 197. Se även Hagsgård, EG-rätten i nationell rättstillämpning 1996 s 100.

[30] Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45 s 50.

> ''... does not grant Community organs the authority to annul legislative or administrative acts of a Member State... [and] to interfere directly with the legislation or administration of the Member States.''[31]

I detta sammanhang kan erinras om EG-domstolens kompetens under artikel 169 EG att pröva nationell rätts förenlighet med EG-rätten och förklara att medlemsstaten brutit mot sina fördragsförpliktelser. Ett sådant uttalande har tidigare inte varit ''self-executing''. Efter fördragsändringar till följd av regeringskonferensen i Maastricht infördes en möjlighet för EG-domstolen att bötfälla medlemsstaten genom ett tillägg i artikel 171 EG.[32] Denna ändring innebär emellertid inte att artikel 171 blir ''self-executing''.

Konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt kan sägas vara en oundviklig konsekvens av två konkurrerande rättssystem.[33] Systemen konkurrerar i den utsträckning reglernas tillämpningsområde överlappar varandra. Enligt principen om EG-rättens företräde skall EG-rätten ges företräde i händelse av konflikt.

Inom ramen för systemet med förhandsavgöranden kan vi analysera den praktiska tillämpningen av EG-domstolens företrädesdoktrin.[34] En förutsättning för att företrädesdoktrinen skall kunna realiseras och omsättas till konkreta rättsavgöranden är att EG-domstolen upprättat ett samarbete med nationella domstolar som bygger på ömsesidighet och förtroende. Detta är väsentligt eftersom enskilda saknar möjlighet att fullfölja nationella avgöranden till EG-domstolen och eftersom EG-domstolen saknar tvångsmedel att genomdriva sina domslut.[35]

Artikel 177 bygger således på ett samarbete mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Det föreligger enligt EG-domstolen formellt sett inte någon hierarkisk relation mellan samarbetsparterna. De befinner sig i varsitt system och handlar där inom ramen för sina kompetenser.[36]

Artikel 177 skiljer sig från andra typer av rättsmedel i ett väsentligt avseende. Förfarandet saknar egentliga parter. Aktörerna inför EG-domsto-

[31] Mål 6/60 Humblet [1960] ECR 559.

[32] Jmfr även den skadeståndsskyldighet för medlemsstat för underlåtenhet att genomföra direktiv utan direkt effekt som slogs fast i mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.

[33] Se yttrandet av Generaladvokat Lagrange i mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45 och Batailler, Le juge interne et le droit communautaire, AFDI 1963 s 736 ff.

[34] Se vidare om detta i kapitel 8 under rubriken spärrverkan.

[35] Se härom bl a Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 604 f.

[36] Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45 s 50.

len benämns istället *deltagare*.[37] I ett tidigt mål beskrev domstolen deltagarnas uppgifter enligt följande:

> ''... attendu qu'aux termes de l'article 177 du traité, il appartient au juge national et non aux parties au litige principal de saisir la Cour; que, la faculté de déterminer les questions à soumettre à la Cour étant donc dévolue au seul juge national, les parties ne sauraient en changer la teneur, ni les faire déclarer sans objet; que la Cour de justice, à la requête d'un plaideur, ne saurait donc être contrainte de se saisir d'une question dont l'initiative revient non aux parties mais à la juridiction nationale elle-même, ni d'une prétention basée notamment sur l'article 184, dans le cadre particulier de l'article 177; que, d'ailleurs, la thèse contraire méconnaît que les auteurs de l'article 177 ont entendu instituer une coopération directe entre la Cour de justice et les juridictions nationales aux termes d'une procédure non contentieuse, étrangère à toute initiative des parties et au cours de laquelle celles-ci sont seulement invitées à se faire entendre; qu'il y a donc lieu de rejeter la prétention de la maison Singer et fils à faire déclarer sans objet la demande d'interprétation formulée par la Cour de Colmar''.[38]

Det är den nationella domstolen som förfogar över möjligheten att begära ett förhandsavgörande. Om en tolkning av en EG-regel är nödvändig för att avgöra tvisten har den nationella domstolen, om den är en underinstans, att överväga om frågan skall underställas EG-domstolen. Något övervägande av detta slag kan inte en slutinstans göra. För denna stadgas en obligatorisk plikt att underställa EG-domstolen tolkningsfrågan om den befinns vara nödvändig för tvistens avgörande.[39] Parterna i den nationella processen kan således inte förfoga över frågemöjligheten.

EG-domstolens förhandsavgörande har karaktären av en dom. Denna dom måste därefter den nationella domstolen lägga till grund för sitt avgörande i den konkreta tvisten.[40] Om domstolen inte finner svaret tillfredställande, eller om det är oklart, kan denna återigen vända sig till EG-domstolen för ett nytt avgörande.[41] EG-domstolens domslut har emellertid endast bindande verkningar för det konkreta mål som skall avgöras i den nationella domstolen. Andra domstolar kan om de finner det önskvärt vända sig till EG-domstolen med samma EG-regel och begära att tolkningen skall

[37] I EG-domstolens rättegångsregler (artikel 20) talas endast om "participants". Uppräkningen är därefter uttömmande. Behöriga att deltaga i de skriftliga och muntliga momenten i en artikel 177-process inför EG-domstolen är: medlemsstater, gemenskapens institutioner eller parterna i den nationella processen.

[38] Mål 44/65 Hessische Knappschaft [1965] ECR 1192.

[39] Se artikel 177 3 stycket. Se även avsnitt 7.2.7 nedan om Acte clair-doktrinen.

[40] Se mål 52/76 Benidetti [1977] ECR 163.

[41] Se exempelvis mål 69/85 Wünsche [1986] ECR 947.

ändras.[42]

Om domstolen finner det avgivna svaret klart, återstår att tillämpa detta i det konkreta målet. I detta stadium av processen är det möjligt att domstolen finner att tolkningen av EG-regeln ger upphov till en normkonflikt. Denna normkonflikt kan emellertid ha varit påtalad redan innan domstolen ställde frågan. Den kan även ha legat latent under hela processen.

I *CILFIT* uttalar EG-domstolen att systemet med förhandsavgöranden bygger på

> ''...a co-operation, established with a view to ensuring the proper application and uniform interpretation of Community law in all the Member States between national courts, in their capacity as courts responsible for the application of Community law, and the Court of Justice.''[43]

Systemet med förhandsavgöranden bygger således på en klar kompetensfördelning och utgör enligt EG-domstolen en garanti för bevarandet av rättsgemenskapen. EG-domstolen synes även anse att artikel 177 är en av de mest centrala systemkaraktäristika som står att finna i EG-rätten.[44]

6.2.4 Artikel 177 som exklusivt rättsmedel

I ett mål om interimistiska åtgärder i förstainstansrätten (fortsättningsvis rätten) uppkom frågan om sökandens yrkande om en tolkande förklaring kunde bifallas.[45] Rätten ansåg att yrkandet skulle avvisas, eftersom det är oförenligt med det förfarande som är utmärkande för interimistiska ansökningar och mer generellt med det rättssystem i vilket detta förfarande ingår. I EG-fördraget skiljs det enligt rätten på förfaranden som innebär att talan förs direkt vid gemenskapsdomstolarna och förhandsavgöranden som anges i artikel 177 i fördraget. Möjligheten att erhålla ett avgörande från gemenskapsdomstolarna där själva domslutet specifikt rör tolkningen av en gemenskapsregel är begränsad till systemet med förhandsavgöranden. Härav följer att det inte är möjligt att erhålla ett sådant avgörande i en rättegång om interimistiska åtgärder, som nödvändigtvis är underordnad en direkt talan (se artiklarna 185 och 186 i fördraget och artikel 104 i förstain-

[42] Se mål 28/67 Molkerei-Zentrale [1968] ECR 143. I målet frågade tyska Bundesfinanzhof om EG-domstolen stod fast vid den tolkning av art 95 EG som man avgivit i ett tidigare mål.
[43] Mål 283/81 CILFIT [1981] ECR 3415 s 3428.
[44] Se Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079.
[45] Beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande den 12 februari 1996 i mål T-228/95 R äep.

stansrättens rättegångsregler samt även artikel 168a.1 i EG-fördraget).[46]

Rätten anmärkte vidare att den omtvistade ordningen, vad avser den import som sökanden åsyftar, inte tillämpas av svarandena utan av myndigheterna i medlemsstaterna. Sökandens huvudyrkande kunde därför inte motiveras av något rättsligt intresse, eftersom vid första anblicken verkningarna av ett eventuellt bifallsbeslut skulle vara begränsade till parterna i det aktuella målet om interimistiska åtgärder. Däremot skulle EG-domstolens tolkning, som med stöd av den nationella domstolens avgörande skulle äga tillämpning på förhållandet mellan sökanden och en nationell myndighet som fattat ett beslut grundat på det omtvistade förbudet, kunna erhållas i en rättegång vid den nationella domstolen.[47]

6.3 Rättskyddsaspekter

6.3.1 Inledning

Individens rättsskydd är nära förknippat med principerna om direkt effekt och EG-rättens företräde.[48] Upprätthållandet av principerna har varit möjligt genom EG-domstolens djärva praxis om ''effet utile de l'effet direct''.[49] Principen innebär att krav läggs på nationell rätt att inte endast erbjuda möjligheter att effektuera EG-rättigheter i nationell domstol, utan en förpliktelse att upphäva nationella regler som på något sätt försvårar för enskilda att effektuera direkt effektiva EG-rättigheter i nationella domstolar.[50] En nationell domare kan därmed bli förpliktad att ge EG-rättigheter ett bättre skydd än det skydd nationella rättigheter åtnjuter enligt nationell rätt.

EG-domstolen har erinrat om att det enligt en fast rättspraxis åligger medlemsstaternas domstolar att med tillämpning av den samarbetsprincip som anges i artikel 5 i fördraget säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av gemenskapsrättens direkta effekt. I avsaknad av gemenskapsrättslig reglering på området skall det i den nationella rättsordningen i varje

[46] Ibid p 60-61.
[47] Ibid p 61.
[48] Timmermans 1994 s 400 ff.
[49] Se särskilt mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989: mål 45/76 Comet [1976] ECR 2043; mål 222/86 Heylens [1987] ECR 4097; mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-4296; mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.
[50] Se vidare om principerna i avsnitten 9.4-5 nedan.

medlemsstat anges vilka domstolar som är behöriga och regleras vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer för dem av gemenskapsrättens direkta effekt. Dessa förfaranden får varken vara mindre förmånliga än de som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt.[51]

EG-domstolen har vidare erinrat om att domstolen redan har uttalat att en nationell rättsregel som hindrar genomförandet av det förfarande som föreskrivs i artikel 177 i fördraget skall åsidosättas.[52]

Strävan att med hjälp av artikel 177 stärka enskildas rättsskydd understryks av målet Zuckerfabrik.[53] Här uttalar sig i och för sig inte EG-domstolen klart att den anser sig ha kompetens att pröva nationell rätts förenlighet med EG-rätten.[54] EG-domstolen ställer i stället de nationella domstolarna i centrum för uppmärksamheten och refererar till avgörandet i Factortame-målet:[55]

> ''... the national court which had referred to it questions of interpretation for a preliminary ruling in order to enable it to decide [the] issue of compatibility, had to be able to grant interim relief and to suspend the application of the disputed national legislation until such time as it could deliver its judgement on the basis of the interpretation given in accordance with article 177.''[56]

Zuckerfabriks stora betydelse ligger i att EG-domstolen uttryckligen accepterar de nationella domstolarnas roll inom ramen för det EG-rättsliga rättskyddssystemet. Målet torde därmed inta en plats i samma sammanhang som *CILFIT*[57] och *Foto-Frost*.[58]

I *CILFIT* tilläts nationella domstolar att tolka EG-regler när tolkningen föreföll tillräckligt klar, dvs genom en tillämpning av *acte clair-doktri-*

[51] Mål C-96/91 Commission v Spain [1993] ECR I-3789 p 12, och mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 43.
[52] Mål 166/73 Rheinmühlen [1974] ECR 33 p 2 och 3.
[53] Mål 143/88 och 92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415.
[54] Se dock Hallström, Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten, JT 1992-93 s 80 f, som tolkar målet annorlunda: "I fallet... uttalar Domstolen klart att en artikel 177-talan innebär en prövning av om nationell rätt är förenlig med EG-rätten."
[55] Mål 213/89 [1990] ECR 2433.
[56] Mål 143/88 och 92/89 [1991] ECR 534 p 19.
[57] Mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415.
[58] Mål 314/85 [1987] ECR 4231.

nen.[59] I *Foto-Frost* uttalade emellertid EG-domstolen att nationella domstolar inte har kompetens att åsidosätta eller giltighetspröva rättsakter från gemenskapens institutioner.[60]

I *Zuckerfabrik* synes det huvudsakliga skälet till att lägga ansvaret på de nationella domstolarna vara hänsynen till individens rättsskydd:

> '' The interim legal protection which Community law ensures for individuals before national courts must remain the same, irrespective of whether they contest the compatibility of national legal provisions with Community law or the validity of secondary Community law, in view of the fact that the dispute in both cases is based on Community law itself.''[61]

Som skäl till denna utveckling har således angivits att EG-domstolen vill tillvarata det rättsskydd EG-rätten skänker enskilda.[62] Domstolen har därför kommit att ge artikel 177 en dubbel funktion, genom att den dels vill att EG-rätten skall ha samma verkan i alla medlemsstater, och dels att samtliga EG-medborgare skall kunna tillgodogöra sig de rättigheter EG-rätten förlänar dem.

6.3.2 Målet Atlanta

I målet Atlanta[63] begärde Verwaltungsgericht Frankfurt am Main att EG-domstolen skulle meddela ett förhandsavgörande beträffande två frågor som rör tolkningen av artikel 189 EG, närmare bestämt angående den rätt en nationell domstol har att, i avvaktan på att EG-domstolen vid en begäran om förhandsavgörande uttalar sig om en förordnings giltighet, besluta om

[59] I CILFIT (mål 283/81 [1982] ECR 3415 p 16) formulerades doktrinen enligt följande: "Finally, the correct application of Community law may be so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question raised is to be resolved. Before it comes to the conclusion that such is the case, the national court or tribunal must be convinced that the matter is equally obvious to the courts of the other Member States and to the Court of Justice. Only if those conditions are satisfied, may the national court or tribunal refrain from submitting the question to the Court of Justice and take upon itself the responsibility for resolving it."

[60] Domstolens formulering i *Foto-Frost* (mål 314/85 p 15) löd: "... the main purpose of the powers accorded to the Court by article 177 is to ensure that Community law is applied uniformly by national courts. That requirement of uniformity is particulary imperative when the validity of a Community act is in question. Divergences between the courts in the Member States as to the validity of Community acts would be liable to place jeopardy the very unity of the Community legal order and detract from the fundamental requirement of legal certainty."

[61] Mål 143/88 och 92/89 [1991] ECR 534 p 20.

[62] Constantinesco, Das Recht der Europäischen Geminschaften I Das institutionelle Recht 1977, s 837.

[63] Mål C-465/93 Atlanta äep.

interimistiska åtgärder som medför att förordningen inte är tillämplig.

Den tyska domstolen ville veta om artikel 189 skall tolkas så att de nationella domstolarna saknar rätt att besluta åtgärder för att interimistiskt förändra eller reglera tvistiga rättslägen och rättsförhållanden beträffande en nationell administrativ rättsakt som grundas på en gemenskapsrättslig förordning, vilken är föremål för ett förhandsavgörande angående bedömningen av dess giltighet.[64]

EG-domstolen erinrade om att den i Zuckerfabrik-domen[65] har ansett att bestämmelserna i artikel 189 andra stycket inte kan utgöra hinder för det rättsliga skydd som enskilda tillerkänns enligt gemenskapsrätten. Domstolen uttalade att när det ankommer på de nationella myndigheterna att verkställa gemenskapsrättsliga förordningar innebär det rättsliga skydd som de enskilda åtnjuter enligt gemenskapsrätten att de äger rätt att i särskild ordning ifrågasätta lagligheten av dessa förordningar vid nationell domstol och att förmå denna att begära förhandsavgörande av domstolen.[66]

EG-domstolen menar att denna rätt skulle äventyras om den enskilde inte skulle vara i stånd att då vissa förutsättningar är uppfyllda, i avvaktan på att EG-domstolen som ensam är behörig att fastställa att en gemenskapsrättslig förordning är ogiltig[67] skall meddela dom i frågan, erhålla ett beslut om uppskov som möjliggör att verkningarna av den kritiserade förordningen, till den del de rör honom, kan åsidosättas.[68]

Enligt EG-domstolen utgör hänskjutandet för en bedömning av giltigheten, på samma sätt som talan om ogiltigförklaring, ett sätt att kontrollera lagligheten av rättsakter som antagits av gemenskapens institutioner. EG-domstolen framhåller att sökanden, vid en talan om ogiltigförklaring, i artikel 185 ges en möjlighet att hemställa om uppskov med verkställigheten av den ifrågasatta rättsakten och domstolen har behörighet att bevilja detta. Ett enhetligt provisoriskt rättsligt skydd för den enskilde kräver enligt EG-domstolen därför att även den nationella domstolen skall kunna besluta om uppskov med verkställigheten av en nationell administrativ rättsakt som grundas på en gemenskapsrättslig förordning vars laglighet är ifrågasatt.[69]

EG-domstolen framhåller att den tidigare genom att hänvisa till den ändamålsenliga nyttan av artikel 177 ansett att den nationella domstolen,

[64] Ibid p 19.
[65] Mål 143/88 och 92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415 p 16.
[66] Mål C-465/93 Atlanta äep p 20.
[67] Mål 314/85 Foto-Frost [1987] ECR 4199 p 20.
[68] Mål C-465/93 Atlanta äep p 21.
[69] Ibid p 22.

som begärt förhandsavgörande angående tolkningen för att kunna fatta beslut i förenlighetsfrågan, borde ha möjlighet att besluta om interimistiska åtgärder och att den ifrågasatta nationella lagen inte skall tillämpas.[70]

EG-domstolen gör därefter klart att det provisoriska rättsliga skydd som enskilda tillförsäkras enligt EG-rätten vid nationella domstolar inte kan tillåtas variera beroende på om det är nationella rättsreglers förenlighet med EG-rätten eller giltigheten av sekundära gemenskapsrättsakter som sätts i fråga, eftersom ifrågasättandet i båda dessa fall grundas på EG-rätten.[71]

EG-domstolen påpekar att den tidigare förklarat att artikel 189 skall tolkas så att den inte utesluter en rätt för nationella domstolar att bevilja uppskov med verkställigheten av en nationell administrativ rättsakt som antagits på grundval av en gemenskapsrättslig förordning.[72]

Vidare erinrar domstolen om att den nationella domstolens begäran i det aktuella målet inte avser en fråga om uppskov med verkställigheten av en nationell rättsakt som antagits med stöd av en gemenskapsrättslig förordning, utan ett beslut om en positiv åtgärd som provisoriskt innebär att denna förordning inte skall tillämpas.[73]

Därefter uttalar EG-domstolen att det provisoriska rättsliga skydd som enskilda tillförsäkras enligt EG-rätten vid nationella domstolar inte kan tillåtas variera beroende på om de enskilda hemställer om uppskov med verkställigheten av en nationell administrativ rättsakt som antagits på grundval av en gemenskapsrättslig förordning eller beslut om interimistiska åtgärder som till deras fördel förändrar eller reglerar tvistiga rättslägen eller rättsförhållanden.[74]

EG-domstolen sluter sig till att artikel 189 inte utesluter en rätt för nationella domstolar att bevilja interimistiska åtgärder som förändrar eller reglerar tvistiga rättslägen eller rättsförhållanden till följd av en nationell administrativ rättsakt som antagits med stöd av en gemenskapsrättslig förordning, vars giltighet ifrågasatts i en begäran om förhandsavgörande.[75]

6.3.3 Målet Soupergaz

I *Soupergaz* menade EG-domstolen att ett förhandsavgörande är avsett att

[70] Ibid p 23.
[71] Ibid p 24.
[72] Ibid p 25.
[73] Ibid p 26.
[74] Ibid p 28.
[75] Ibid p 30.

belysa och närmare ange en bestämmelses innebörd och räckvidd såsom den skall förstås och tillämpas eller borde ha förståtts och tillämpats från och med den dag bestämmelsen trädde i kraft. Härav följer enligt EG-domstolen att den tolkade bestämmelsen får och skall tillämpas av den nationella domstolen på rättsförhållanden som uppkommit innan ett förhandsavgörande meddelats om övriga villkor för att väcka talan i saken är uppfyllda.[76]

Det intressanta med *Soupergaz* var att målet rörde rätten att erhålla återbetalning av belopp som en medlemsstat uttagit i strid med EG-rättsliga regler. Denna rätt för enskilda utgör enligt EG-domstolen en konsekvens av, och komplement till, de rättigheter som tillerkänts rättssubjekt i EG-rättsliga bestämmelser som dessa tolkats av EG-domstolen.[77]

Enligt EG-domstolen skall återbetalningen ske i enlighet med nationella regler om återbetalning. Av domstolens praxis framgår emellertid att de förutsättningar som råder och det förfarande som är tillämpligt vid en sådan talan som är avsedd att tillvarata de rättigheter som enskilda åtnjuter som en följd av EG-rättens direkta effekt inte får vara mindre förmånliga än vad som gäller för liknande klagomål som saknar EG-rättsliga inslag. De får heller inte vara utformade så att det praktiskt taget är omöjligt för enskilda att komma i åtnjutande av de rättigheter EG-rätten tillerkänt dem.[78] En skattskyldig kan därmed enligt EG-domstolen kräva återbetalning av för mycket betald mervärdesskatt, med retroaktiv verkan från den dag då den nationella lagstiftning som strider mot sjätte direktivet[79] trädde i kraft, enligt det förfarande som anvisats i den berörda medlemsstatens interna rättsordning.[80]

Ett viktigt syfte med systemet med förhandsavgöranden är att skydda de rättigheter enskilda förlänas enligt EG-rätten. Enskilda har vidare ytterst begränsade möjligheter att tillvarata sina rättigheter genom att väcka talan direkt vid EG-domstolen. De har ingen möjlighet att väcka talan mot en medlemsstat och ytterst små möjligheter att angripa en rättsakt som beslutats av gemenskapens institutioner. Systemet med förhandsavgöranden

[76] Mål C-62/93 Soupergaz p 39. Se även mål 309/85 Barra [1988] ECR 355 p 11.
[77] Ibid p 40. Se även mål 309/85 Barra [1988] ECR 355 p 17.
[78] Mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595; mål C-208/90 Emmot [1991] ECR I-4295 p 16; och mål C-410/92 Johnson [1994] ECR I-5483 p 21.
[79] Rådets sjätte direktiv 77/388/EEG om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund, EGT nr L 145.
[80] Mål C-62/93 Soupergaz äep p 41-42.

utgör därför ett centralt rättsmedel för enskilda vid tillvaratagandet av EG-rättigheter.[81]

6.3.4 Sambandet mellan doktrinerna om enskildas rättsskydd och kompetensfördelningen enligt artikel 177

En mängd offentliga och privata institutioner, parlament och regeringar, domstolar och andra myndigheter, företag och enskilda har skyldighet att tillämpa och efterleva EG-rätten. Men det är viktigt att betona att tillämpning och effektuering av de gemensamma reglerna bygger på idén om delade kompetenser, om delat ansvar mellan EU-nivån och den nationella nivån. I *Emerald Meats*[82] uttalade EG-domstolen:

> ''Nor do the requirements of Community management entail that the Commission ought necessarily to be able to correct wrong decisions taken in specific cases by national authorities in connection with management of the quotas, since compliance with the common rules and their uniform application throughout the Member States of the Community can be secured either by proceedings under Article 169 of the Treaty for failure to fulfill obligations or in the course of judicial proceedings brought before national courts, which have available the procedure provided for in Article 177 of the Treaty.''[83]

Syftet är dels att artikel 177 skall fylla en kontrollfunktion vad gäller det allmänna intresset av medlemsstaternas fördragsefterlevnad, dels erbjuda enskilda en möjlighet att tillvarata sina intressen. Ser man till EG-domstolen kan rättspraxis avseende tillämpning och effektuering av EG-rätt delas in i olika generationer. Curtin och Mortelmans föreslår tre generationer.[84]

Den första generationen består av mål som Van Gend en Loos och Costa v Enel och den ursprungliga versionen av doktrinerna om direkt effekt och företräde.[85] Den andra generationen av fall rör nationella icke-ekonomiska bestämmelser som tillgången på rättsmedel och obehörig vinst.[86] Fall i andra generationen aktualiserade nationell rätts inflytande över EG-rättsliga tvister. Med Curtin och Mortelmans:

[81] Se mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1139 p 23.
[82] Målen C-106/90, C-317/90 och C-129/91 Emerald Meats [1993] ECR I-209.
[83] Ibid.
[84] Curtin och Mortelmans, Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script, i Schermers 1994, s 423 ff.
[85] Ibid.
[86] Mål 33/76 Rewe [1980] ECR 1863; mål 68/88 Commission v Creece [1989] ECR 2965 och mål 68/79 Hans Just [1980] ECR 501.

> ''The basic problem with this – second generation – solution is that the effectiveness of Community law is almost entirely dependent on the quality of the legal solutions adopted in the national context. In addition the principle of institutional autonomy engenders the diversity of the result, which varies inevitably from Member State to Member State. In practice therefore the risk inherent in the second generation solution is that it contributes to... the weakening... of the direct effect of Community law and its uniform character.''[87]

Tredje generationens rättspraxis skiljer sig från andra generationens praxis med avseende på kvalitén hos den EG-rättsliga lösningen. Utgångspunkten är att nå en lösning på problemet om bristen på *effet utile de l'effet direct*. Till dessa fall hör de som behandlar de processuella förutsättningarna för direkt effekt.[88]

De intressantaste fallen är de som rör bristande genomförande av direktiv och effekten av direktiv (t ex Francovich). I senare fall som Foto-Frost, Factortame, Emmot, Francovich och Zuckerfabrik utvecklade EG-domstolen sin doktrin om *effet utile* i anslutning till krav på medlemsstaterna att hålla rättsmedel tillgängliga för enskildas tillvaratagande av EG-rättigheter. Enligt Curtin och Mortelmans kulminerade utvecklingen med Francovich och skapandet av ett rättsmedel (EG-rättsligt) som ger enskilda möjlighet att begära ersättning av staten för brott mot EG-rätten:

> ''By exercising its jurisdiction in such a fashion, the Court penetrates inevitably into the classic national law fields of *civil law*, *criminal law* and *constitutional and administrative law*. Moreover, the introduction of a Community element into the national systems of judicial protection cannot remain without consequence for that realm of national law outside the scope of Community law. In this way, Community law may lead, indirectly, to a higher level of protection for the rights of the individual, even outside the field of Community law.''[89]

I det följande kapitlet skall jag relatera dessa tre generationer av rättspraxis till EG-domstolens syn på den jurisdiktionella kompetensfördelningen enligt artikel 177. Jag vill bland annat visa att EG-domstolens tolkning av kompetensfördelningen förändrades parallellt med utvecklingen av doktrinerna om enskildas rättsskydd. Från att ha givit relativt abstrakta tolkningar av EG-rättsliga bestämmelser kom EG-domstolen att sammanväva sakomständigheterna i det konkreta fallet med sin tolkning av den

[87] Curtin och Mortelmans 1994 s 432.
[88] Exempel är mål 222/86 Heylens [1987] ECR 4097 och mål 178/84 Reinheitsgebot (Commission v Germany) [1987] ECR 1227.
[89] Curtin och Mortelmans 1994 s 434.

aktuella EG-regeln.[90] Denna utveckling förde med sig konstitutionella och processuella konsekvenser för de nationella systemen. Dessa behandlas nedan i kapitlen 8 och 9.

6.4 Sammanfattning och slutsatser

EG-domstolens tolkningsutrymme regleras av artikel 164 som föreskriver att EG-domstolens verksamhet begränsas till tolkningen av EG-fördraget. Artikel 177 skall formellt sett inte innebära någon utvidgning av den kompetensram som artikel 164 drar upp. Artikel 177s syfte är att inom denna ram försäkra att EG-rätten tillämpas enhetligt i samtliga medlemsstater.

Inom ramen för systemet med förhandsavgöranden kan vi analysera den praktiska tillämpningen av EG-domstolens företrädesdoktrin. En förutsättning för att företrädesdoktrinen skall kunna realiseras och omsättas till konkreta rättsavgöranden är att EG-domstolen upprättat ett samarbete med nationella domstolar som bygger på ömsesidighet och förtroende. Detta är väsentligt då enskilda saknar möjlighet att fullfölja nationella avgöranden till EG-domstolen och eftersom EG-domstolen saknar tvångsmedel att genomdriva sina domslut. Artikel 177 bygger således på ett samarbete eller en samverkan mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Det föreligger enligt EG-domstolen formellt sett inte någon hierarkisk relation mellan samarbetsparterna. De befinner sig i varsitt system och handlar där inom ramen för sina kompetenser. Vid utövandet av tolkningsutrymmet enligt artikel 177 formulerar EG-domstolen rättsliga normer som måste accepteras av den kringliggande normativa systemet. Normen måste passa in i det institutionella systemet inom vilket den skapats.

EG-domstolens strävan att stärka rättsskyddet för enskilda måste ses mot bakgrund av EG-domstolens tolkning av kompetensfördelningen enligt artikel 177. Det är ur interaktionen och sambandet mellan EG-domstolens doktriner om enskildas rättsskydd och kompetensfördelningen enligt artikel 177 man kan härleda EG-rättens inverkan på den nationella, konstitutionella och processuella autonomin.

[90] Se avsnitt 7.4.

Kapitel 7
Tolkning eller tillämpning? – förhållandet mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas struktur och effekter

7.1 Inledning

I det föregående kapitlet har jag skisserat artikel 177s grundstruktur. I detta kapitel skall jag fördjupa diskussionen om den kompetensfördelningsproblematik som jag endast kort berörde. Inledningsvis vill jag visa hur EG-domstolen vid formulering av *sakprövningsförutsättningar* för tolkningsfrågornas upptagande till prövning försöker upprätthålla en klar kompetensfördelning mellan EG-rätt och nationell rätt, mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Domstolen har i en serie av mål försökt ge nationella domare vägledning i frågan om hur en begäran om förhandsavgörande skall vara utformad för att uppfylla de formella sakprövningsförutsättningarna.

Syftet med detta kapitel är vidare att visa att EG-domstolen misslyckats med att upprätthålla en klar kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Ett av huvudskälen till detta är EG-domstolens *pragmatiska* hållning till de nationella domstolarnas tolkningsfrågor. Det pragmatiska kan sägas bestå i att EG-domstolen vill hjälpa den nationella domaren att lösa den nationella tvisten och ger då en tolkning som sammanväver sakförhållandena i den nationella tvisten med de rättsfrågor som uppkommer vid tolkningen av den EG-rättsliga normen. Tolkningens konkreta utformning leder då till att den nationelle domaren inte har något eget tillämpningsutrymme. Distinktionen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt suddas därmed ut.

Ett annat skäl till svårigheterna att upprätthålla en klar kompetensfördelning är att EG-domstolen strävar efter att ge den nationella domstolen besked om *förenligheten mellan EG-reglerna och den nationella lagstiftningen*. För att avgöra om normer står i konflikt med varandra krävs en

tolkning av båda normerna. Eftersom EG-domstolen formellt sett är förhindrad att dels pröva nationell rätts förenlighet med EG-rätten och dels tolka nationell rätt, uppkommer i denna typ av fall kompetensfördelningsproblem.

Min övergripande slutsats är att EG-domstolen inte kan upprätthålla myten om två separata rättssystem och en klar distinktion mellan tolkning och tillämpning om man med artikel 177s nuvarande utformning och på rådande integrationsnivå vill gå vidare och fördjupa den juridiska integrationen. Vidare omöjliggör den dualistiska synen på relationen EG-rätt och nationell rätt, som ligger till grund för domstolens absoluta företrädesdoktrin, skapandet av en veritabel europeisk konstitution som bygger på konsensus om materiella, ideologiska och moraliska värderingar.

Jag menar att artikel 177 på rådande utvecklingsnivå, vad gäller normstruktur och kompetensfördelning, kan utgöra en integrationströskel genom de begränsningar den lägger på EG-domstolens tolkningsutrymme.

I de två följande kapitlen (8 och 9) skall jag sedan visa att den pragmatiska tolkningen av artikel 177 utgör en grundförutsättning för att EG-domstolen skall kunna fungera som författningsdomstol. För tydlighetens skull vill jag understryka att syftet inte är att hävda att EG-domstolen *skall* upprätthålla en klar kompetensfördelning. Min poäng är att EG-domstolen mot bakgrund av EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning inte *kan* upprätthålla en klar kompetensfördelning, vare sig mellan EG-rätt och nationell rätt eller mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

7.1.1 Disposition

Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar kommer att analyseras i två huvudsakliga avseenden och i följande ordning:

1. Vilka sakprövningsförutsättningar skall vara uppfyllda för att EG-domstolen skall svara på tolkningsfrågor? Frågeställningen innefattar problem rörande den frågande institutionens karaktär, sakens karaktär och frågornas utformning. Problemen kan tentativt uppdelas i två grupper. Till den första gruppen kan hänföras problem som rör EG-domstolens prövning av själva *begäran* om förhandsavgörande. EG-domstolen har här att undersöka om tolkningsfrågan skall upptas till sakprövning eller om den skall avvisas på formella grunder. Prövningen innefattar såväl formella som materiella aspekter. EG-domstolen har att ta ställning till om man är förpliktad att uppta begäran till sakprövning, dvs tolka regeln, eller om begäran kan avvisas efter att man granskat fakta i den

nationella tvisten. Till den andra gruppen av problem hör tolkningen av ordalydelsen i tolkningsfrågan. Är EG-domstolen bunden av frågans ordalydelse? Hur skall EG-domstolen agera om man finner frågorna irrelevanta för avgörandet av tvisten i den nationella domstolen? Kan domstolen i detta fall omformulera frågorna?

2. Vilken är kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar vid tolkning och tillämpning av EG-rätt? Denna frågeställning är inriktad på effekterna av EG-domstolens förhandsavgöranden och ifrågasätter distinktionen mellan tolkning och tillämpning i artikel 177s mening. Det huvusakliga intresset kommer att ägnas den jurisdiktionella kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar, dvs spänningsförhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt och distinktionen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt.

Det kan redan på detta stadium vara väsentligt att framhålla att artikel 177-förfarandet inte innebär någon rätt för enskilda att överklaga nationella avgöranden. Intitativrätten ligger uteslutande hos de nationella domstolarna. Det är domstolen som avgör om och när en tolkningsfråga skall ställas och det är den nationella domstolen som formulerar de frågor som skall ställas. Den nationella domstolen kan således agera utan yrkande från part.[1] Enskilda parter är i princip uteslutna från att ta några som helst processuella intiativ i samband med förhandlingen inför EG-domstolen utan inbjuds endast att presentera sina observationer under processens gång.[2]

7.2 Sakprövningsförutsättningar

Avsnittet är uppdelat i ett antal underrubriker. I det följande behandlas fall där den nationella domstolen har lämnat bristfällig information om den bakomliggande tvisten, där de ställda frågorna saknar relevans för den bakomliggande tvisten och därefter fall där de nationella domstolarna enligt EG-domstolen närmast missbrukar systemet med förhandsavgöranden. I direkt anslutning till denna trikotomi behandlas kompetensfördelningsfrågor och sakprövningsförutsättningar hänförliga till det frågande organets och den bakomliggande tvistens karaktär.

[1] Jmfr diskussionen nedan i avsnitt 9.5 om den nationella processuella självständigheten.
[2] Mål 44/65 Hessische Knappschaft [1965] ECR 965.

7.2.1 Bristfällig information om den bakomliggande tvisten

Mål som aktualiserar problemet med bristfällig information om den bakomliggande tvisten har gradvis kommit att öka i betydelse. Tidigare underströk EG-domstolen vikten av att den nationella domstolen ger EG-domstolen den sakliga och rättsliga kontext inom vilken tolkningen skall avges.[3] För att EG-domstolen skall kunna fullgöra sin uppgift

> ''... it is essential for national courts to explain, when the reasons do not emerge beyond any doubt from the file, why they consider that a reply to their questions is necessary to enable them to give judgment.''[4]

I mål där den nödvändiga informationen inte har hållits tillgänglig av nationella domstolar har EG-domstolen uttalat att den inte effektivt kan besvara de ställda frågorna.[5] Denna hållning har ytterligare accentuerats i senare mål. I *Telemarsicabruzzo* utgick EG-domstolen från sin tidigare praxis och uttalade att

> ''... the need to provide an interpretation of Community law which will be of use to the national court makes it necessary that the national court defines the factual and legislative context of the questions it is asking or, at the very least, explains the factual circumstances on which those questions are based.''[6]

EG-domstolen betonade att detta särskilt var fallet i konkurrensmål som karaktäriseras av komplicerade sak- och rättsförhållanden.[7] Eftersom de refererade frågorna saknade nödvändig information vägrade EG-domstolen att svara på frågorna.[8]

EG-domstolen har bekräftat denna hållning i flera senare mål.[9] Den har vidare understrukit att informationskravet inte endast syftar till att möjlig-

[3] Se exempelvis mål 244/78 Union Laitière Normande [1979] ECR 2663 p 5 och målen 36/80 och 71/80 Irish Creamery Milk Suppliers Association [1981] ECR 735 p 6.

[4] Mål 244/80 Foglia v Novello [1981] ECR 3045 p 17.

[5] Mål 52/76 Benidetti [1977] ECR 163 p 22.

[6] Mål C-320/90 och C-322/90 [1993] ECR I-393 p 6. För kommentarer av målet se Arnull, CML Rev 1994 s 377 ff, och Simon, JDI 1994 s 477 ff.

[7] Se mål C-157/92 Banchero [1993] ECR I-1085 p 5-6; mål C-386/92 Monin Automobiles [1993] ECR I-2049 p 7-8. Se även generaladvokat Cosmas förslag till avgörande av den 28 september 1995 i mål C-134/94 Esso Espanola äep p 31.

[8] Ibid p 7-10. EG-domstolen synes ha följt generaladvokat Gulmanns yttrande som rekommenderade en restriktiv hållning (Yttrande av generaladvokat Gulmann [1993] ECR I-409, s 417.

[9] Beslut i mål C-157/92 Banchero [1993] ECR I-1085 p 4, beslut i mål C-386/92 Monin Automobiles [1993] ECR I-2049 p 6, beslut i mål C-378/93 La Pyramide [1994] I-3999 p 14, beslut i mål C-458/93 Saddik [1995] ECR I-511 p 12, beslut i mål C-167/94 Grau Gomis [1995] ECR I-1023 p 8. Se emellertid även mål C-316/93 Vaneetveld [1994] ECR I-763 där principen begränsades till ett specifikt område.

göra för EG-domstolen att ge användbara svar på tolkningsfrågorna utan även möjliggöra för medlemsstaterna och andra parter att avge relevanta yttranden i enlighet med artikel 20 i rättegångsreglerna.[10]

Ytterligare en nyans, om än subtil, kan noteras i EG-domstolens beslut i målet Max Mara Fashion Group. I sitt beslut att inte pröva en begäran om förhandsavgörande från Commissione tributaria di primo grado di Reggio Emilia konstaterade EG-domstolen att den nationella instansens beslut om hänskjutande

> ''... inte innehåller några preciserade frågor till domstolen, inte gör det möjligt att med säkerhet fastställa de frågor beträffande vilka den nationella domstolen vill att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande och inte innehåller tillräckliga uppgifter för att uppfylla de tidigare påpekade kraven. Beslutet om hänskjutande möjliggör således inte för domstolen att ge en användbar tolkning av gemenskapsrätten.''[11]

Nyansen består i att EG-domstolen formulerar ett krav på att tolkningsfrågorna skall preciseras. Med tillämpning av artiklarna 92 och 103 i rättegångsreglerna konstaterade EG-domstolen att den italienska instansens begäran inte kunde prövas.

I målet Italia Testa finner vi en tydlig och relativt utförlig precisering av sakprövningsförutsättningar vad gäller information om den nationella tvisten. EG-domstolen erinrar om vikten att klargöra såväl den faktiska som rättsliga bakgrunden till de frågor som ställs, eller att den nationella domstolen åtminstone förklarar de faktiska omständigheter som ligger till grund för dessa frågor. EG-domstolen ser detta som viktigt

> ''... eftersom det är nödvändigt att komma fram till en tolkning av gemenskapsrätten som är användbar för den nationella domstolen.''[12]

Vad gäller information om sakförhållanden i den nationella tvisten kan EG-domstolen sägas inta en pragmatisk hållning som syftar till att den nationella domaren skall kunna veta hur förhandsavgörandet skall tillämpas på den konkreta tvisten.[13]

[10] EG-domstolens beslut i mål C-307/95 Max Mara Fashion Group äep p 6-8.
[11] Ibid p 9.
[12] EG-domstolens beslut den 25 juni 1996 i mål C-101/96 Testa äep p 4.
[13] Se vidare om detta nedan under avsnitt 7.3.

7.2.2 Frågor utan relevans för den bakomliggande tvisten

I mål där frågan är alltför allmänt formulerad och saknar konkretisering kan domstolen ibland finna det omöjligt att ge ett svar.[14] Framförallt gäller detta när den nationella domstolen vill få klarhet i relationen mellan EG-rätt och nationell rätt.[15] EG-domstolen är emellertid ofta generös när det gäller att besvara dåligt motiverade frågor.[16]

I målet Bertini/Regione Lazio[17] uttalade domstolen:

> ''The Local Health Authority RM (Rome) 11, the Italian and Belgian Governments and the Commission have expressed doubts as to whether the Court has jurisdiction to reply to the question submitted, referring to the judgment of 16 December 1981 in Case 244/80 Foglia/Novello [1981] ECR 3045. They maintain that the conditions of access of students to medical faculties can in no respect be relevant to the disputes in the main proceedings, which concern the contractual relations between doctors and their employers. In their view, purely hypothetical questions, for which the dispute in the main proceedings is merely a pretext, may not be referred to the Court.
>
> As far as that point is concerned, it should first be recalled that in its judgment of 16 December 1981, cited above, the Court stated that in order that it may perform its tasks in accordance with the Treaty it is essential for national courts to explain, when the reasons are not clear from the documents available, why they consider that a reply to their questions is necessary to enable them to give judgment.
>
> It is therefore regrettable that the national court has not supplied any grounds for its orders requesting a preliminary ruling, particularly since it is not possible to determine either from the documents submitted or from the facts of the cases what use the questions have for the purposes of the judgments which it must give. Nevertheless, the Court considers that, in the circumstances of this case, to decline to reply to the questions submitted by the national court solely for that reason would not be in the interests of procedural economy.
>
> Moreover, as the Court has consistently held and was confirmed in its aforesaid judgment of 16 December 1981, it is for the national court to assess, having regard to the facts of the case, the need to obtain a preliminary ruling to enable it to give judgment. Its assessment must be respected even, if, as in this case, it is difficult to see how the answers which the Court is asked to give can influence the decision in the main proceedings. It should be added that there is nothing to suggest that those proceedings constitute in reality a procedural contrivance.''[18]

[14] Se EG-domstolens beslut i mål C-307/95 Max Mara Fashion Group äep p 6-8.
[15] Mål 14/86 Pretore di Salò [1987] ECR 2545 p 16. Se kommentarer av målet av Constantinesco och Simon, JDI 1988 s 494 ff.
[16] Mål 98, 162 och 258/85 Bertini [1986] ECR 1885 p 6 och 7.
[17] Mål 98, 162 and 258/85 [1986] ECR 1885.
[18] Ibid p 5-8.

EG-domstolens resonemang i *Bertini* synes ge vid handen att friheten att avvisa eller anta en begäran vid ''irrelevanta'' tolkningsfrågor är relativt stor. Ur *Bertini* går det inte att utläsa någon fast princip, utan domen konstaterar endast den nationelle domarens autonomi. Enligt EG-domstolen är den nationelle domaren den ende som har direkt kunskap om de faktiska omständigheterna i målet och därmed den som är bäst skickad att bedöma nödvändigheten av ett förhandsavgörande för att döma i saken.[19] Vidare synes EG-domstolen i princip vara skyldig att träffa ett avgörande när frågorna från den nationelle domaren avser tolkningen av en gemenskapsrättslig bestämmelse.[20]

EG-domstolen menar att det ankommer på densamma att granska de omständigheter under vilka saken hänskjutits av den nationelle domaren. Den anda av samarbete som bör råda över hanteringen av en begäran om förhandsavgörande innebär i själva verket att den nationelle domaren för sin del skall ta hänsyn till EG-domstolens funktion, vilken är att bidra till rättsskipningen i medlemsstaterna och inte att avfatta rådgivande yttranden över allmänna eller hypotetiska frågor.[21]

Det är med hänsyn till denna uppgift som domstolen har bedömt att den inte kan träffa ett avgörande över en begäran om förhandsavgörande som uppkommit vid en nationell domstol när tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de faktiska omständigheterna eller saken i målet vid den nationella domstolen.

I målet Leclerc[22] ansåg inte EG-domstolen att det kunde anses ifrågasatt att syftet med målet vid den nationella domstolen för Leclerc-Siplec (vilket har påpekats av den franska regeringen) bestod i att få fastställt att vägran av TF1 och M6 (franska TV-kanaler) att sända ett reklaminslag var oförenlig med gemenskapsrätten. Den omständigheten att parterna i målet vid den nationella domstolen i allt väsentligt var överens om det resultat som skall uppnås gjorde inte tvisten mindre verklig.[23]

I målet Bosman[24] framhöll EG-domstolen att det inom ramen för det samarbete mellan EG-domstolen och nationella domstolar som upprättats genom artikel 177 endast ankommer på den nationella domstol, vid vilken

[19] Se mål 83/78 Pigs Marketing Board [1978] ECR 2347; mål C-186/90 Durighello [1991] ECR I-5773; mål C-83/91 Meilicke [1992] ECR I-4871 p 23.
[20] Mål C-231/89 Gmurzynska [1990] ECR I-4003 p 20.
[21] Mål 149/82 Robards [1993] ECR 171 och det ovan nämnda målet Meilicke p 25.
[22] Mål C-412/93 Leclerc-Siplec [1995] ECR I-179.
[23] Ibid p 14.
[24] Mål C-415/93 Bosman äep.

tvisten är anhängig och som är ansvarig för det rättsliga avgörandet i målet med hänsyn till omständigheterna i målet, att bedöma både behovet av att begära förhandsavgörande för att kunna avkunna dom och relevansen av de frågor som den ställer till EG-domstolen. EG-domstolen är i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkning av EG-rätten.[25]

EG-domstolen uttalade vidare att de ankommer på den nationella domstolen att vid prövningen av sin egen behörighet undersöka de omständigheter under vilka den anhängiggjorde sin begäran om förhandsavgörande. Den samarbetsanda som skall styra hänskjutandet till förhandsavgörande innebär enligt EG-domstolen att den nationella domstolen för sin del tar hänsyn till den uppgift som har anförtrotts EG-domstolen, nämligen att bidra till rättskipningen i medlemsstaterna och inte yttra sig avseende allmänna eller hypotetiska frågor.[26]

EG-domstolen uttalade att det är med beaktande av denna uppgift som den inte kan avgöra en fråga som en nationell domstol har ställt när det på ett uppenbart sätt framgår att den tolkning eller bedömning av en EG-rättslig regels giltighet som den nationella domstolen begärt saknar samband med förfarandets förlopp eller syftet med tvisten i den nationella domstolen[27] eller när frågan är hypotetisk och EG-domstolen inte förfogar över de sakförhållanden eller rättsliga förhållanden som är nödvändiga för att på ett ändamålsenligt sätt besvara de frågor som ställts till EG-domstolen.[28]

EG-domstolen har vidare erinrat om att det enligt fast rättspraxis framgår att det ankommer på den nationella domstolen, vid vilken ett visst mål är anhängigt, att bedöma om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att kunna döma i saken och om de frågor som förs vidare är av betydelse. EG-domstolen menar att den kan avvisa en begäran, som har framställts av en nationell domstol, om det är uppenbart att den tolkning av gemenskapsrätten, eller prövning av viss gemenskapsrättslig bestämmelses giltighet, som denna domstol begär, saknar samband med verkliga förhållanden eller med det egentliga föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.[29]

[25] Ibid p 59. Se även mål C-125/94 Aprile äep p 16 och 17.
[26] Ibid p 60. Se även mål C-83/91 Meilicke [1992] ECR I-4871 p 25.
[27] Ibid p 61. Se även mål C-143/94 Furlanis costruzioni generali äep p 12.
[28] Ibid p 61. Se även mål C-83/91 Meilicke [1992] ECR I-4871 p 32.
[29] Se särskilt mål C-67/91 Española [1992] ECR I-4785 p 25–26, och mål C-332/92, C-333/92 och C-335/92 Eurico Italia [1994] ECR I-711 p 17.

EG-domstolen saknar vidare behörighet att inom ramen för en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 177 uttala sig i frågan om en nationell bestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten.[30]

I *Denkavit Internationaal*[31] erinrade EG-domstolen om att det endast ankommer på de nationella domstolarna med beaktande av den nationella tvistens egenart att bedöma såväl vilket behov de har av ett förhandsavgörande som huruvida de frågor som de ställt till EG-domstolen är relevanta. EG-domstolen uttalade att en avvisning av en begäran om förhandsavgörande endast är möjlig om det på ett uppenbart sätt framgår att den tolkning av EG-rätten som begärs inte har något samband med verkligheten bakom föremålet för tvisten vid den nationella domstolen.[32]

7.2.3 Missbruk av systemet

Tolkningsfrågor kan endast ställas av domstolar som har att avgöra rättstvister. EG-domstolen besvarar endast frågor som härrör ur en reell nationell rättstvist. Det är således inte möjligt att erhålla ett förhandsavgörande om parternas enda mål med processen är att uppnå ett underkännande av nationella regler. Detta slog EG-domstolen fast i målen Foglia v Novello I och II.[33]

Bakgrunden till Foglia I var följande. Parter i målet var den italienske medborgaren Novello och en italienska vinfirma, Foglia. Foglia hade genom en speditör åtagit sig att, för Novellos räkning, leverera ett parti vin till en person bosatt i Frankrike. I avtalet med Foglia försäkrade sig Novello om att slippa betala eventuella italienska och franska avgifter som stod i strid med reglerna om fria varurörelser. Avtalet mellan Foglia och speditören innehöll en liknande klausul. Speditören tillställde emellertid Foglia en räkning avseende erlagda avgifter till franska myndigheter. Novello vägrade att betala avgifterna med hänvisning till avtalet. Foglia stämde därefter Novello inför italiensk domstol och yrkade att utfå erlagda avgifter, trots att denne accepterat klausulen i avtalet och betalat räkningen från speditören.

EG-domstolen fastslog att det var uppenbart att saken var konstruerad eftersom speditören hade underlåtit att stämma franska myndigheter i

[30] Se mål C-188/91 Deutsche Shell [1993] ECR I-363 p 27.
[31] Mål C-283/94, C-291/94 och C-292/94 Denkavit International äep.
[32] Ibid p 44. Se även mål C-129/94 Ruiz-Bernáldez äep p 7.
[33] Mål 104/79 Foglia v Novello I [1980] ECR 745, mål 244/80 Foglia v Novello II [1981] ECR 3045. För kommentarer av målet se Bebr, CML Rev 1980 s 525 ff, och Barav, EL Rev 1980 s 443 ff.

fransk domstol, och då Foglia redan frivilligt betalat beloppet till speditören. Den italienske domaren ställde därefter en ny tolkningsfråga, men EG-domstolen stod fast vid sin hållning och avvisade frågan.

Avgörandet får anses avspegla gällande rätt eftersom domstolen inte senare har ändrat inställning. Men det måste emellertid framhållas att domstolen i senare mål som synes identiska med Foglia har underlåtit att använda möjligheten att avvisa tolkningsfrågor. I dessa mål uttalar EG-domstolen att det inte tillräckligt tydligt framgått att det rör sig om konstruerade hypotetiska mål.[34]

7.2.3.1 EG-rätt och nationell rätt – två skilda kontexter

I målen Leur-Bloem[35] och Giloy[36] aktualiserades gränserna för EG-domstolens jurisdiktion under artikel 177 i anslutning till nationella tvister som formellt faller utanför EG-rättens tillämpningsområde. Problemet är att tvisterna har EG-rättslig relevans genom att nationella regler aktualiserar tillämpning av EG-regler. Målen reser frågan om EG-domstolen kan ge ett förhandsavgörande över EG-regler som inte är tillämpliga i sin egenskap av EG-rätt utan har överförts till en nationellrättslig kontext genom nationella bestämmelser.

Frågan har tidigare aktualiserats i EG-domstolens rättspraxis. I målet Dzodzi uttalade EG-domstolen:

> ''It does not appear either from the wording of Article 177 or from the aim of the procedure introduced by that article that the authors of the Treaty intended to exclude from the jurisdiction of the Court requests for a preliminary ruling on a Community provision in the specific case where the national law of a Member State refers to the content of that provision in order to determine rules applicable to a situation which is purely internal to that State... On the contrary, it is manifestly in the intrest of the Community legal order that, in order to forestall future differences of interpretation, every Community provision should be given a uniform interpretation irrespective of the circumstances in which it is to be applied.''[37]

EG-domstolen påpekade vidare att dess roll var att utröna meningsinnehållet i EG-rättsliga regler och att nationella domstolar hade att tillämpa EG-domstolens tolkning i ljuset av det konkreta fallets faktiska och rätts-

[34] Se exempelvis mål 261/81 Rau [1982] ECR 3961.
[35] Mål C-28/95 äea.
[36] Mål C-130/95 äea.
[37] Mål C-297/88 och C-197/89 Dzodzi [1990] ECR I-3763 p 36-37.

liga kontext. EG-domstolen var således inte förpliktad att ta hänsyn till den kontext av sak- och rättsförhållanden som den nationella domstolen tillämpar EG-rätten i. EG-domstolen uttalade vidare:

> ''Where Community law is made applicable by national provisions, it is for the national court alone to assess the precise scope of that reference to Community law. If it takes the view that the content of a provision of Community law is applicable, by virtue of that reference, to the purely internal situation underlying the dispute brought before it, the national court is entitled to request the Court for a preliminary ruling on the terms laid down by the provisions of Article 177 as a whole, as they have been interpreted in the case-law of the Court of Justice ... Nevertheless, the jurisdiction of the Court is confined to considering provisions of Community law only. In its reply to the national court, the Court of Justice cannot take account of the general scheme of the provisions of domestic law which, while referring to Community law, define the extent of that reference. Consideration of the limits which the national legislature may have placed on the application of Community law to purely internal situations, to which it is applicable only through the operation of the national legislation, is a matter for domestic law and hence falls within the exclusice jurisdiction of the courts of the Member State.''[38]

EG-domstolen synes emellertid ha ändrat ståndpunkt och förespråkar nödvändigheten av att ge en tolkning som tar hänsyn till de konkreta sak- och rättsförhållanden som omgärdar den nationella domstolens tillämpning.[39] Skälet till denna ståndpunkt har angivits som ett intresse av att ge den nationella domstolen en tolkning som är relevant och kan hjälpa den att avgöra den nationella tvisten.

Det tidigare avgörandet i *Dzodzi* kan svårligen förenas med denna utveckling. Om de sakförhållanden som föreligger i den nationella tvisten inte faller under EG-rättens tillämpningsområde aktualiserar en tolkningsfråga ett jurisdiktionellt problem på så vis att tolkningen av EG-rätten sker utanför dess kontext.

Generaladvokaten Jacobs påpekar detta i sitt förslag till avgörande i målen Leur-Bloem[40] och Giloy[41]:

> ''Where the factual situation underlying a reference does not even fall within the contemplation of a Community rule, the Court is *ex hypothesi* being asked to

[38] Ibid p 40-42.
[39] Se särskilt mål C-320/90 och C-322/90 Telemarsicabruzzo [1993] ECR I-393 p 6, mål C-157/92 Banchero [1993] ECR I-1085 p 5-6 och mål C-386/92 Monin Automobiles [1993] ECR I-2049 p 7-8.
[40] Mål C-28/95 äea.
[41] Mål C-130/95 äea.

interpret the rule outside its proper context. In consequence the Court runs the risk not only of failing to consider all relevant issues but also of being misled by extraneous factors."[42]

Jacobs menar att även om man kan anta att EG-domstolen har möjlighet att ge en korrekt tolkning av EG-rätt i en tvist som härrör från en icke EG-rättslig kontext kan man inte med säkerhet utgå från att denna är relevant i förhållande till den nationella tvisten. Han framhåller att EG-domstolen envetet har betonat vikten av den kontextorienterade tolkningen av EG-rätten vilket innebär att två till synes identiska EG-regler kan erhålla olika tolkning eftersom de befinner sig i olika kontext. Med EG-domstolen:

"It is clear... that the extension of the interpretation of a provision in the Treaty to a comparably, similarly or even identically worded provision of an agreement concluded by the Community with a non-member country depends... on the aim pursued by each provision in its particular context and that a comparison between the objectives and context of the agreement and those of the Treaty is of considerably importance in that regard."[43]

I detta sammanhang kan erinras om att EG-domstolen i sitt yttrande över EES-avtalets förenlighet med EG-rätten uttalade att:

"... it is unacceptable that the answers which the Court of Justice gives to the courts and tribunals in the EFTA States are to be purely advisory and without binding effects. Such a situation would change the nature of the function of the Court of Justice as it is conceived by the EEC Treaty, namely that of a court whose judgements are binding. Even in the very specific case of Article 228, the Opinion given by the Court of Justice has the binding effect stipulated in that article."[44]

I sitt förslag till avgörande understryker Jacobs i anslutning härtill att principen om den bindande verkan av EG-domstolens avgöranden är av grundläggande betydelse för försäkrandet om EG-rättens enhetliga tillämpning. Jacobs menar att om EG-domstolen skulle vara kompetent att meddela förhandsavgöranden i en icke EG-rättslig kontext där nationella domstolar har frihet att ignorera dessa, skulle principen om avgörandenas bindande verkan äventyras. Frånvaron av en garanti för att förhandsavgörandet är relevant för den nationella tvisten, tillsammans med det faktum att det inte föreligger något hot mot EG-rättens enhetliga tillämpning, talar enligt Jacobs mot en utvidgad tillämpning av systemet med förhandsavgöran-

[42] Generaladvokatens förslag till avgörande p 52.
[43] Mål C-312/91 Metalsa [1993] ECR I-3751 p 11. Se även mål 270/80 Polydor [1982] ECR 329.
[44] Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079.

den.[45] Jacobs slutsats lyder därmed:

> ''My conclusion... is that the Court should only rule in cases in which it is aware of the factual and legislative context of the dispute and in which that context is one contemplated by the Community rule. It seems to me that that view is the only one which is consistent with legal principle and with the purpose of Article 177; which guarantees the relevance of the Court's ruling to the determination of the dispute; and which avoids the risk of the Court being asked to interpret a Community rule outside its proper context. It also provides a workable and clear criterion which will provide national courts with the requisite degree of certainty concerning the scope of the Court's jurisdiction.''[46]

Vid en första betraktelse förefaller Jacobs *relevanskriterium* medföra en begränsning av EG-domstolens jurisdiktion enligt artikel 177. Denna tolkning bör dock enligt min mening ifrågasättas. För att kunna ge relevanta förhandsavgöranden som verkligen kan hjälpa den nationelle domaren att avgöra den bakomliggande tvisten skall EG-domstolen enligt Jacobs och enligt EG-domstolen själv försöka fastställa de sakförhållanden och rättsliga förhållanden som konstituterar den nationelle domarens *tillämpningskontext*. EG-domstolen har här att utgå från den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande. För att faställa denna *tillämpningskontext* måste EG-domstolen tolka såväl nationella sakomständigheter som nationella rättsliga förhållanden. De rättsliga förhållandena konstituteras i detta fall huvudsakligen av de nationella bestämmelser den nationella domstolen funnit relevanta i den nationella tvisten.

För att EG-domstolen skall kunna ge den nationella domstolen ett *relevant* svar på ställda tolkningsfrågor, och då särskilt frågor som aktualiserar normkonflikter mellan EG-regler och nationell rätt, är EG-domstolen tvungen att tolka EG-rätten i förhållande till nationell rätt. För att ge den nationella domstolen ett användbart besked i förenlighetsfrågan är EG-domstolen även tvungen att utröna de nationella bestämmelsernas syfte och tillämpningsområde, vilket med nödvändighet kräver en tolkning av nationell rätt. Det är enligt min mening knappast realistiskt att föreställa sig att det överhuvudtaget är möjligt att kunna lämna en tolkning som vägleder den nationelle domaren vad gäller bedömningen av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt utan att tolka nationell rätt.[47]

Jag skall nedan diskutera i vilken utsträckning detta förfarande är före-

[45] Generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-28/95 p 61-62.

[46] Ibid p 75. Jacobs presenterar även ett antal praktiska skäl mot att utvidga artikel 177s tillämpning till en icke EG-rättslig kontext (ibid p 64-74).

[47] Se nedan avsnitt 7.3.1.1 och 7.3.3.

ligt med kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177.

7.2.4 Problem hänförliga till skapandet av kriterier för sakprövningsförutsättningar

Det huvudsakliga problemet för EG-domstolen vid skapandet av kriterier vad gäller sakprövningsförutsättningar ligger i dess syn på lagtolkningens och lagtillämpningens natur. EG-domstolen synes företräda en utgångspunkt som ser rättsligt beslutsfattande som en subsumtion av ett fall under en viss rättsregel.[48] Problemet med denna hållning är att ingen rättsregel kan styra sin egen tillämpning.

Om vi betraktar ett fall som ett antal omständigheter, som faller under en regel, kan fallet som konstituteras endast beskrivas utifrån den aktuella regel som skall tillämpas på fallet. Men på samma gång måste normen ges en mer konkret mening för att överhuvudtaget kunna tillämpas på sakomständigheterna i fallet, för att dessa skall kunna omvandlas till ett fall. En norm synes alltid ''ta in'' en komplex situation på ett selektivt sätt. Detta intagande av sakomständigheter styrs i sin tur av det juridiska relevanskriteriet som normen formulerar. Men det fall som konstitueras av normen kan aldrig uttömma normens vaga semantiska innehåll. Fallet kan endast selektivt precisera och konkretisera delar av normens obestämbarhet.[49]

Tolkningen i EG-domstolen i artikel 177-mål inleds alltid med en process av förförståelse som upprättar en inledande relation mellan norm och sakomständigheter. Denna styrs av en mängd svårgripbara faktorer som tidigare praxis och domarnas referensramar. Det beslutsunderlag som domarna har att tillgå vid bedömningen av om en begäran om förhandsavgörande skall avvisas eller upptas till prövning baserar sig på förförståelsen av normen samt de uppgifter den nationella domaren tagit med i sin begäran. Att på grundval av dessa kunskaper om sakomständigheterna i det konkreta fallet upprätta den interaktiva relationen mellan norm och fall som i slutändan leder till en ökad bestämdhet hos den EG-rättsliga norm som skall tolkas är svårt.

För att en referens skall ha möjlighet att leva upp till de sakprövnings-

[48] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9.

[49] Habermas, Between Facts and Norms 1996, s 199.

förutsättningar om tillräckliga fakta och relevans som EG-domstolen kräver måste den interaktiva processen mellan norm och fall tillåtas gå längre än till den fas som präglas av EG-domarnas förförståelse och den nationelle domarens ibland knapphändiga begäran om förhandsavgörande. Detta är särskilt viktigt när det är frågan om tolkning av allmänna och vaga EG-rättsliga normer.

Förstås lagtolkning som en cirkulär process där norm och fall interagerar för att ömsesidigt konkretisera varandra men där fallet aldrig kan uttömma normens obestämbarhet synes EG-domstolens försök att skapa fasta kriterier för sakprövning av en begäran om förhandsavgörande vara dömt att misslyckas.

En annan fråga är om det är lämpligt att ge EG-domstolen en betydande frihet när det gäller att avgöra om en begäran skall upptas till prövning. Fördelen med denna (rådande) ordning är att EG-domstolen dels kan ta processekonomiska hänsyn i beaktande, dels välja att ta upp fall som kan leda till en önskad rättsutveckling.[50]

7.2.5 Vem kan fråga? – institutionella definitioner

Distinktionen mellan dömande och förvaltning hänger nära samman med frågan om vilka krav som skall ställas på den domstol som hänskjuter en begäran om förhandsavgörande. Rätten att ställa frågor enligt artikel 177 tillkommer nationella domstolar och domstolsliknande organ. Den engelska fördragstexten talar om

''...a court or tribunal of a member state...''.[51]

Huruvida en nationell myndighet skall kvalificeras som domstol eller ej är enligt EG-domstolen en EG-rättslig fråga. Det EG-rättsliga domstolsbegreppet är självständigt och har utvecklats oberoende av medlemsstaternas lagstiftning. Det är alltså inte avgörande om nationell statsrätt utpekar ett organ som domstol eller inte för att denna skall omfattas av det gemenskapsrättsliga domstolsbegreppet.[52]

De flesta klassificeringsproblem har gällt adminstrativa myndigheter/nämnder, disciplinära nämnder och skiljedomstolar. Principerna för att

[50] Jmfr Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice 1986, kapitel 14 där möjligheten att införa en typ av prövningstillstånd (docket-control) diskuteras.

[51] Den franska och tyska versionen av EG-fördraget använder endast ett ord; *juridiction* respektive *Gericht*. Den svenska texten använder *domstol*.

[52] Se exempelvis det engelska målet Pickering v Liverpool Daily Post, [1990] 1 All ER 335, CA.

bedöma organens kvalité kan sammanfattas enligt följande: myndigheten i fråga skall vara exklusivt behörig att pröva de aktuella frågorna, möjlighet till rättslig prövning i annan form skall saknas, myndigheten måste stå, samt ha tillkommit, under ett visst mått av offentligt inflytande, myndigheten skall ha tillagts uppgiften att tillämpa, och därmed garantera efterlevnaden och genomförandet av EG-rätten, förfarandet inför myndigheten skall vara kontradiktoriskt till sin karaktär, myndigheten skall vara opartisk och inrättad för varaktiga och obligatoriska rättskipningsuppgifter. Dessa kriterier härrör från ett antal mål som behandlat olika typer av organ.[53]

Det kan konstateras att EG-domstolen intar en pragmatisk hållning som innebär att det skulle strida mot syftet med artikel 177 att lansera en snäv tolkning av domstolsbegreppet eftersom detta kunde medföra att vissa rättsfrågor skulle hamna utanför möjligheten att bli underställda EG-domstolen. EG-domstolen tar därför hänsyn till rättsordningen i den aktuella medlemsstaten och godtar tolkningsfrågor som ställs av domstolsliknande organ. Det är osäkert om EG-domstolen menar att samtliga rekvisit skall vara uppfyllda för att en frågerätt skall föreligga.

Förhandsavgörandena i *Vassen* och *Broekmeulen* vilar i stor utsträckning på en analys av rättsverkningarna av det avgörande som den refererande myndigheten har att fatta. I målet Broekmeulen utvecklar EG-domstolen ett funktionellt betraktelsesätt. Avgörande synes här vara huruvida den refererande myndigheten och de rättsmedel som är knutna till denna utgör en förutsättning för genomförandet av EG-rätt inom det aktuella nationella rättsområdet. I *Broekmeulen* lyfte EG-domstolen även fram det förhållandet att det i praktiken saknades möjligheter att angripa myndighetens avgörande genom att anhängiggöra ett överklagande vid allmänna domstolar. Huvudregeln synes vara att de myndigheter som av statens lagar utpekas som domstolar omfattas av rätten att begära tolkningsbesked. Även andra domstolsliknande myndigheter kan dock komma ifråga om ovan nämnda kriterier anses uppfyllda i tillräcklig utsträckning.[54]

Det torde stå klart att art 177s formulering avser de organ som utpekas som domstolar enligt intern statsrätt. Enligt de kontinentala systemen omfattas således även adminstrativa domstolar.[55]

[53] Mål 61/65 Vassen [1966] ECR 272, mål 138/80 Borker [1980] ECR 1975, mål 246/80 Broekmeulen [1981] ECR 2311, mål 102/81 Nordsee II [1982] ECR 1095.
[54] Mål 246/80 Broekmeulen [1981] ECR 2311.
[55] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.

I målet Almelo[56] uttalade EG-domstolen att en domstol som prövade en överklagad skiljedom faller under artikel 177s domstolsbegrepp även om skiljeavtalet föreskriver att domstolen skall nå ett avgörande på grundval av en allmän skälighetsbedömning. Man kan ifrågasätta om EG-domstolen härmed har gjort en ändamålsenlig intresseavvägning mellan hävdandet av grundläggande EG-rättsliga principer om företräde och enhetlig tolkning och tillämpning å ena sidan, och nödvändigheten av ett snabbt, effektivt och flexibelt skiljeförfarande å andra sidan. För svenskt vidkommande är det praktiskt viktigt att EG-domstolens rättspraxis torde innebära att privata skiljenämnder inte kan begära förhandsavgöranden från EG-domstolen.[57]

7.2.6 Dömande eller förvaltning?

I EG-domstolens senare rättspraxis finns tecken på att sakprövningskriterier uppställs i förhållande till den nationella *tvistens karaktär.*

Målet Job Centre[58] rörde en begäran enligt artikel 177 från en italiensk domstol att få ett förhandsavgörande i ett förfarande för frivillig rättsvård som inletts vid domstolen av Job Centre Coop. arl. EG-domstolen uttalade i sin dom att även om artikel 177 (2) inte innebär att det förfarande under vilket den nationelle domaren begär ett förhandsavgörande måste vara kontradiktoriskt[59] följer det ändå av artikel 177 att den nationella domstolen endast har befogenhet att framföra en begäran om förhandsavgörande till domstolen om en tvist är anhängig vid denna och om domstolen skall fatta ett avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett beslut med karaktär av dom.[60] EG-domstolen ansåg att den italienska domstolen handlade i egenskap av administrativ myndighet snarare än dömande myndighet när den som i fallet fastställer en bolagsordning för registrering av ett bolag. EG-domstolen uttalade:

> ''Det är inte förrän den person som genom den nationella lagen är behörig att begära fastställande väcker talan mot ett beslut om avslag på en begäran om fastställande och påföljande registrering, som den domstol där talan har väckts kan anses utöva dömande verksamhet – i den mening som avses i artikel 177...''[61]

[56] Mål C-393/92 Almelo [1994] ECR I-1477.
[57] Se Hagsgård, EG-rätten i nationell rättstillämpning 1996, s 133 ff.
[58] Mål C-111/94 äep.
[59] Se bl a mål C-18/93 Corsica Ferries [1994] ECR I-1783 p 12.
[60] Mål C-111/94 Job Centre Coop äep p 9.
[61] Mål C-111/94 äep p 11. Se även mål 32/74 Haaga [1974] ECR 1201.

Den senare rättsutvecklingen synes antyda att EG-domstolen inte endast tillämpar ett organiskt kriterium i förhållande till den hänskjutande institutionen. I civilrättsliga tvister synes domstolen även tillämpa ett funktionellt kriterium när den avgör om den har kompetens att svara på tolkningsfrågor från nationella domstolar. EG-domstolen har uttalat att även om ett nationellt organ kan klassifiseras som en domstol i artikel 177s mening kan den endast hänskjuta tolkningsfrågor i samband med utövandet av dömande verksamhet. Det ovan refererade målet Job Center synes medföra att endast ett besvär eller överklagande av ett beslut av administrativ karaktär[62] till överinstans innebär att den tidigare administrativa processen övergår i dömande verksamhet.[63]

För svenskt vidkommande torde EG-domstolens rättspraxis innebära att svenska förvaltningsmyndigheter i sin rättstillämpning inte har möjlighet att begära förhandsavgöranden från EG-domstolen. I ett anhängiggjort svenskt mål har länsrätten i Stockholm begärt ett förhandsavgörande för att kunna avgöra om svenska bestämmelser om skyldighet att förete ett avgasintyg för registrering av fordon är förenliga med ett direktiv och artiklarna 30 och 36 EG.[64] Målet innefattar ett överklagande av ett avslagsbeslut om registrering fattat av länsstyrelsen. Länsstyrelsen hade emellertid knappast kunnat begärt och erhållit ett förhandsavgörande.

EG-domstolen har uttalat att även om artikel 177 (2) innebär att det förfarande enligt vilket den nationelle domaren begär ett förhandsavgörande måste vara kontradiktoriskt[65] följer det ändå av artikel 177 att den nationella domstolen endast har befogenhet att framföra en begäran om förhandsavgörande till domstolen om en tvist är anhängig vid denna och om domstolen skall fatta ett avgörande inom ramen för ett förfarande som är avsett att leda till ett beslut med karaktär av dom.[66]

Det förefaller vidare som om EG-domstolens senaste praxis ger vid handen att nationella myndigheter som sysslar med frågor som tillståndsgivning och registrering inte har möjlighet att begära förhandsbesked enligt artikel 177 EG. Det finns skäl att i sammanhanget att återigen erinra om EG-domstolens uttalande i målet Job Center:

[62] I sammanhanget kan erinras om att registrering av bolag i Sverige är att karaktärisera som en förvaltningsrättslig fråga.
[63] Mål 32/74 Haaga [1974] ECR 1201.
[64] Mål C-329/95 V A G Sverige AB äea.
[65] Se bl a mål C-18/93 Corsica Ferries [1994] ECR I-1783 p 12.
[66] Mål C-111/94 Job Centre Coop äep p 9.

''Det är inte förrän den person som genom den nationella lagen är behörig att begära fastställande väcker talan mot ett beslut om avslag på en begäran om fastställande och påföljande registrering, som den domstol där talan har väckts kan anses utöva dömande verksamhet – i den mening som avses i artikel 177...''[67]

I förhållande till tidigare praxis kan Job Centre anses som en förändring av rättsläget. EG-domstolen har tidigare accepterat tolkningsfrågor från en nationell domstol i ett fall där frågorna syftade till att möjliggöra för domaren att besluta om straffrättsliga åtgärder skulle vidtas mot okända personer.[68]

EG-domstolen har vidare besvarat frågor från en italiensk domstol som ville veta vem man skulle delge i samband med en process mot okända personer eftersom den italienska lagen föreskriver att förundersökningsdomaren i ett straffrättsligt förfarande måste delge samtliga som kan ha ett intresse av att intervenera i processen.[69] Det kan kanske ifrågasättas om denna fråga i större utsträckning än den i Job Center har med dömande verksamhet att göra. Domen i Job Center synes i förhållande till dessa italienska fall innebära en förändring av praxis.

7.2.7 Acte clair

Bengoetxea presenterar EG-domstolens doktrin om *acte clair* som ett bevis för att EG-rätten gör en distinktion mellan klara och oklara mål.[70] Artikel 177 (3) innebär inte en absolut plikt att underställa EG-domstolen en tolkningsfråga. För att begränsa möjligheterna för nationella slutinstanser att avgöra tolkningsfrågor på egen hand skapade EG-domstolen stränga krite-

[67] Mål C-111/94 äep p 11. Se även mål 32/74 Haaga [1974] ECR 1201.
[68] Mål 228/87 Pretura unificata di Torino [1988] ECR 5099.
[69] Mål 110/76 Pretore di Cento [1977] ECR 851.
[70] Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice 1993, s 200 ff.

rier för tillämpningen av *acte clair* av slutinstanserna.[71] Doktrinen kan ses som ett uttryck för ett hörsammande av nationella reaktioner på EG-domstolens praxis rörande direkt effekt av direktiv. Med Bengoetxea:

> ''The paradox is that throughout the 1970s the authority of the ECJ was challenged especially by the *Conseil d'État* and less frequently by the *Bundesfinanzhof* precisely by means of the *acte clair* doctrine. These courts made references to the ECJ only in technically complex matters, but reserved for themselves questions of fundamental importance on the grounds that what the Community treaties provided on those subjects was already clear: matters of principle such as the supremacy of Community law, the delimitation of competences between the Communities and the Member States, the nature and effects of directives etc... This is precisely what CILFIT tried to remedy, seeking to persuade national courts to show more constraint in their decisions about whether they may dispose of an interpretative issue on their own initative.''[72]

Acte clair-doktrinen (AC) innebär att en norm inte behöver tolkas om dess innebörd är klar. AC är vanligt förekommande i fransk rätt.[73] Doktrinen är erkänd inom rättsteorin som *interpretatio cessat in claris* eller *clara non sunt interpretanda*.[74] Principen uppträder till och med i en tredje språkdräkt i Tedeschis ord:

> ''In claris non fit interpretatio': Although this phrase is not classical Roman, it is hallowed because of its long tradition, and it is known to all the lawyers of the

[71] Mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415. Enligt *CILFIT* innebär doktrinen i korthet följande: 1. Frågan måste vara relevant i den meningen att svaret kommer att ha ett avgörande inflytande över målets lösning. 2. Om frågan reser materiellt sett samma fråga som redan har varit föremål för tolkning i ett liknande mål eller om det finns en fast praxis vad gäller tolkningen, behöver en tolkningsfråga inte ställas. 3. När det inte finns något rimligt tvivel om hur frågan skall lösas, vilket innebär att den nationella domstolen skall vara övertygad om att lösningen av tolkningsfrågan skall vara lika uppenbar för alla domstolar i alla medlemsstater, samt för EG-domstolen själv. I denna bedömning skall hänsyn tas till de speciella krav som tolkningen av EG-rätten ställer; lingvistiska särdrag, EG-rättens speciella begreppsbildning, nödvändigheten av att placera varje norm i sitt sammanhang och vid den systematiska och teleologiska tolkningen väga in EG-rättens dynamiska karaktär.

[72] Bengoetxea 1993 s 201 f.

[73] Exempel på mål där doktrinen tillämpas inom fransk rätt är (a) när en rättsakt tillkommit genom en diplomatisk process tillämpas i regel inte sedvanliga tolkningsmetoder som vid tolkning av vanliga lagar (b) när en regel är ett resultat av kompromisser mellan förhandlare och ingen tillförlitlig information finns. I dessa mål måste domstolarna fråga förhandlaren i fråga, d v s franska utrikesdepartementet. I Frankrike har doktrinen om *sens clair* blivit ett medel för stärkandet av domstolarnas ställning gentemot regeringen (exekutiven) vid rättstillämpningen. I tolkningsfrågor som rör folkrätt eller internationella politiska relationer i allmänhet måste domstolarna få vägledning av utrikesdepartementet. Detta gäller emellertid inte om tolkningsfrågan rör privaträtt och anses klar av domstolarna.

[74] Wróblewski, Paradigms of Justifing Legal Decisions 1984.

world. However, scholars of recent generations increasingly recognize the fact that the view embedded within it, that the rule-if only the 'clear'rule-may speak for itself, is too facile.''[75]

När är en norm klar för en domare? Kan det som är klart för mig samtidigt vara klart för någon annan?

Inom EG-rätten kan AC användas för att tillgodose en mängd skilda ändamål: för att detronisera förhalande parter, för undvikande av processuella komplikationer eller tidsförlust, eller för att undvika att en auktoriserad uttolkare underställs tolkningsfrågan.[76] Det synes vidare inte särskilt märkligt om en nationell domare tvekar att underställa EG-domstolen en tolkningsfråga och därmed fördröja den nationella processen i närmare två år. I detta fall är säkerligen frestelsetrycket högt för att tolka normen själv på grundval av klarhet (claritas).[77]

AC fördes in i EG-rätten av generaladvokat Lagrange i målet da Costa.[78] Målet var i det närmaste identiskt med *Van Gend en Loos*, där en holländsk domstol frågade EG-domstolen om artikel 12 EG hade direkt effekt. Frågan hade besvarats jakande några veckor tidigare i *Van Gend en Loos*.[79]

I *da Costa* uttalade EG-domstolen att det inte fanns några skäl att ge en ny tolkning av artikel 12. I grunderna till avgörandet uttalades att auktoriteten av en redan lämnad tolkning avlastar slutinstanserna från plikten som föreskrivs i artikel 177 (3) att ställa en ny tolkningsfråga. Denna plikt syftar till att försäkra om EG-rättens uniforma tolkning och tillämpning, och enligt EG-domstolen skulle detta syfte äventyras om en identisk fråga på nytt underställdes EG-domstolen för tolkning. Det synes således stå klart att det är den enhetliga tolkningen och tillämpningen som prioriteras av EG-domstolen.

Det intressanta med *da Costa* är argumenteringen rörande auktoriteten hos EG-domstolens rättspraxis. Avgörandets grund synes snarare vila på auktoritetsskäl än klarhetsskäl.[80] Lagrange underströk emellertid klarhetsargumentet och menade att det måste finnas utrymme för tvivel vid tolkningen av en problematisk text. Om en texts/norms mening är klar återstår det endast för domaren att tillämpa den i den konkreta situationen. Detta är enligt Lagrange AC. Han tillstår dock följande:

[75] Tedeschi, Legal Essays 1 1978, s 1.
[76] Pescatore, Interpretation of Community Law and the Doctrine of Acte Clair 1972.
[77] Jmfr Regeringsrättens beslut av den 26 juni 1996 i mål nr 2803-1995.
[78] Mål 28-30/62 [1963] ECR 31.
[79] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.
[80] Rasmussen, The EC-Court's Acte Clair Strategy in Cilfit, EL Rev 1984 s 242.

> ''Bien entendu il peut y avoir de cas douteux, de cas limites; dans la doute, évidemment, le juge devrait prononcer le renvoi..une disposition obscure par elle-méme, mais dont le sens a été constamment interpreté de la même manière par la juge compétent à cet égard, est assimilable à une disposition n'ayant pas besoin d'interpretation.''[81]

I *ICC*[82] utvidgades Costaprincipen till frågor rörande giltigheten av EG-rättsakter. EG-domstolen menade att det var en fråga för nationella domstolar att avgöra om en fråga återigen skall ställas angående giltigheten av en redan annulerad rättsakt. EG-domstolen menade att så kanske var fallet när det gällde verkningarna av en annulation.[83]

I *CILFIT*[84] frågade den italienska kassationsdomstolen EG-domstolen hur art 177 (3) skulle tolkas. I sitt förhandsavgörande uttalade EG-domstolen att

> ''... the application of Community law may be so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt as to the manner in which the question is to be resolved...''[85]

Artikel 177 (3) innebär således inte en absolut plikt att underställa EG-domstolen en tolkningsfråga. Men för att minimera användningen av AC skapade EG-domstolen stränga kriterier för dess tillämpning av slutinstanserna:

1. Frågan måste vara relevant i den meningen att svaret kommer att ha ett avgörande inflytande över målets lösning.
2. Om frågan reser materiellt sett samma fråga som redan har varit föremål för tolkning i ett liknande mål eller om det finns en fast praxis vad gäller tolkningsfrågan behöver en tolkningsfråga inte ställas.
3. När det inte finns något rimligt tvivel om hur frågan skall lösas, vilket innebär att den nationella domstolen skall vara övertygad om att lösningen av tolkningsfrågan skall vara lika uppenbar för alla domstolar i alla medlemsstater, samt för EG-domstolen själv.[86] I denna operation skall hänsyn tas till de speciella krav som tolkningen av EG-rätten ställer; lingvistiska särdrag, EG-rättens speciella begreppsbildning, nödvändigheten av att placera varje norm i sitt sammanhang och vid den syste-

[81] Mål 28-30/62 [1963] ECR 31.
[82] Mål 66/80 [1981] ECR 1191.
[83] Ibid.
[84] Mål 283/81 [1982] ECR 3415.
[85] Ibid p 16.
[86] Se Wyatt, Article 177 (3). The Court Cautiously Endorses the *Acte Clair* doctrine, EL Rev 1983 s 181, som anser att detta krav är orealistiskt.

matiska och teleologiska tolkningen väga in EG-rättens dynamiska karaktär.

Den intressantaste kritiken av AC är den som formulerades av generaladvokaten Capotorti. Han menade att det inte är möjligt att skilja på tolkning och tillämpning av en norm eftersom det är uttolkaren, som när han fyller sin roll och funktion, fastställer om en norm är klar eller oklar. Capotorti gör här ingen skillnad på olika tolkningsmodeller och refererade till den tidigare tillämpningen av AC i nationella domstolar och då särskilt i målet Cohn-Bendit där franska Conseil d'État tolkade artikel 189 på ett sätt som innebär att direktiv inte kunde ges direkt effekt

> ''... in clear contrast with the well established case-law of our Court.''[87]

Det bör betonas att en norm och dess tillämpning inte är klar i en abstrakt mening, utan endast i relation till en särskild samling särskilda fakta och ett konkret mål. En förändring av fakta eller en förändring av den bakomliggande konflikten leder till en förändring av tolkningsutrymmet. Endast genom att relatera normen till fakta kan man erhålla ett svar på frågan om något tolkningsutrymme existerar eller inte. En norm och dess tillämpning inbegriper endast utnyttjande av tolkningsutrymme i förhållande till ett givet normativt system. En förändring i det normativa systemet, i form av ny lagstiftning eller nya tolkningsstrategier, skapar en ny situation vad avser tolkningsutrymmets omfattning. Eventuellt uppkommer i en ny situation normkonflikter som rättsligt måste lösas.[88] I detta perspektiv förefaller det inte särskilt meningsfullt att formulera en doktrin om AC som synes förutsätta att det är de abstrakta normerna som kan uppfattas som klara eller oklara.

Tolkningsprocessens egen natur reser enligt Tedeschi en invändning som kan appliceras på den EG-rättsliga doktrinen om AC:

> ''Someone else's idea cannot work within us unless we absorb it, unless we give the cooperation that constitutes the interpretive process; whether the interpretation is difficult and exhausting, or mere child's play. And, even in the latter case, whatever the interpretation, it is precisely the ease and confidence with which it is made, that permits us to conclude that the text or the behaviour at issue is clear. The holding of [In claris non fit interpretatio]... is no more correct...''[89]

Klarheten och bestämbarheten hos ett fall eller en regel kan inte fastställ-

[87] Mål 283/81 [1982] ECR 3415, s 3436 f.
[88] Barak, Judicial Discretion, 1989, s 38 f.
[89] Tedeschi, Legal Essays I 1978, s 1.

las utan att en tolkningsoperation utförts. Andra diskussioner rör de teoretiska möjligheterna för texters och normers klarhet. För vissa författare är klarhet omöjlig att uppnå i teorin eftersom all observation är teoribunden och inbegriper olika stadier av tolkning i sig själv.[90]

EG-domstolens doktrin om direkt effekt innehåller som jag ser det ett rättsligt effektivitetskriterium. Kriteriet rör ett krav om att en rättsregel skall kunna ges en effektiv tolkning. De formulerade kraven är grundläggande krav som en regel måste uppfylla för att överhuvudtaget kunna kvalificeras som rättsregel.

Frågan är emellertid om EG-domstolens doktrin innebär att en regel som tillerkänts direkt effekt inte behöver tolkas ytterligare. Enligt min mening synes domstolen anse att direkt effekt är en minimikvalité hos en regel vilket gör den rättsligt effektuerbar av en nationell, rättstillämpande myndighet. EG-domstolens tolkningar av EG-bestämmelser kan därvidlag ses som en uppmaning eller en signal till den nationella instansen att effektuera i regeln uttolkade EG-rättigheter. Lenaerts är inne på denna linje och menar sålunda att

> ''...a decision that a provision produces direct effect makes the ECJ responisble for fine tuning the application of the provision in concrete cases, which in turn leads to a judge-made gloss on the provision, determining its real content and relevance.''[91]

7.2.8 Omformulering av tolkningsfrågor

De problem som är hänförliga till EG-domstolens omformulering av tolkningsfrågor samt självständiga tolkning och härledning av problem på grundval av den nationella domstolens referens, kan sägas utgöra länken mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas struktur och effekter.

Den nationella domstolens tolkningsfrågor avgör förhållandet mellan norm och fall och hur tolkningen i det konkreta fallet skall utformas. Det är tolkningsfrågorna som styr interaktionen mellan norm och fall. Därmed styr frågorna även möjligheten för EG-domstolen att ge den nationelle domaren ett förhandsbesked som denne kan använda för att lösa tvisten.[92]

Om den begäran om förhandsavgörande som refererats av den nationella

[90] Se nedan under avsnitt 7.4.1.
[91] Lenaerts, Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians 1992, s 105.
[92] Om förhållandet mellan norm och fall se ovan under 7.2.4.

domstolen uppvisar brister i något hänseende men ändå utgör tillräcklig grund för ett förhandsavgörande förekommer det att EG-domstolen omformulerar eller formulerar nya tolkningsfrågor. Om exempelvis de refererade frågorna rör EG-rätten i sin helhet (är dessa nationella bestämmelser förenliga med EG-rätten?) händer det att EG-domstolen begränsar sin undersökning till de EG-regler som domstolen själv anser vara relevanta för fallets lösning.[93]

EG-domstolen kan även begränsa räckvidden av en formulerad fråga. Om en fråga ställs om giltigheten av en EG-regel kan EG-domstolen ge en tolkning av regeln som gör att tvivlet om dess giltighet inte längre är relevant för den nationelle domaren.[94]

De förekommer vidare relativt ofta att EG-domstolen omformulerar refererade tolkningsfrågor från nationella domstolar. EG-domstolen väljer ofta att omformulera frågorna när dessa aktualiserar frågor som ligger utanför EG-domstolens jurisdiktion, exempelvis om frågorna rör förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt eller om de innebär att EG-domstolen måste företa en tolkning av nationell rätt. EG-domstolen anser att den har frihet att utifrån samtliga omständigheter den nationella domstolen har angivit i sin begäran om förhandsavgörande härleda de EG-rättsliga element den behöver för att företa en tolkning eller prövning av giltigheten av en EG-regel.[95]

I vissa fall kan även EG-domstolen avge ett förhandsbesked över rättsfrågor som inte klart kan härledas ur den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande. EG-domstolen är emellertid försiktig i detta avseende, dels beroende på att ett svar kan äventyra kompetensfördelningen, dels för att den inte kan ge ett svar på hypotetiska frågor. Om domstolen anser att ett fall aktualiserar EG-rättsliga problem som inte direkt täcks av referensen nöjer man sig med att beskriva problemet i avgörandet så att den nationella domstolen kan ställa en ny tolkningsfråga i ämnet.[96] Det finns emellertid exempel på fall där EG-domstolen inte är lika försiktig. EG-domstolen synes i dessa fall mena att den måste svara på vissa frågor för att den nationelle domaren skall ges ett svar som denne kan tillämpa i det konkreta fallet.[97]

[93] Se exempelvis mål C-235/90 Morvan [1991] ECR I-5419.
[94] Se exempelvis mål 292/82 Merck [1983] ECR 3781.
[95] Mål 83/78 Pigs Marketing Board [1978] ECR 2347.
[96] Se exempelvis mål C-338/89 Danske Slagterier [1991] ECR I-2315.
[97] Mål C-203/90 Gutshof-Ei [1992] ECR I-1003.

En annan intressant fråga som aktualiserar kompetensfördelningsproblem är när EG-domstolen tolkar EG-regler som inte omfattas av den nationella domstolens begäran. Det är i detta sammanhang relativt vanligt att EG-domstolen aktualiserar en tolkning av regler som ligger utanför den nationella domstolens begäran. Det skäl som EG-domstolen vanligen ger för att justifiera handlandet är att den vill ge ett svar som hjälper den nationelle domaren att lösa tvisten.[98] Om EG-domstolen ser en tveksamhet i begäran rörande frågan om ifall EG-regeln verkligen är tillämplig på rättsfrågorna händer det att den även avger en tolkning av en ytterligare EG-regel och lämnar till den nationelle domaren att avgöra vilken regel som skall tillämpas.[99]

7.2.8.1 Målet Semeraro Casa

I målen om söndagsöppet under artikel 30 aktualiserades frågan om nationella bestämmelser om förbud mot söndagsöppet var förenliga med artikel 30. Problemet var om förbudet, även om det behandlade inhemska och importerade produkter lika, stod i strid med artikel 30.[100]

I målet Semeraro Casa[101] frågade en italiensk domstol bland annat om ett nationellt förbud mot söndagsöppet, vilket medför en märkbar nedgång i försäljningen inom denna handel, bland annat vad gäller produkter med ursprung i andra medlemsstater, med en därav följande nedgång av importvolymerna från dessa stater, utgör en åtgärd vars verkan motsvarar en kvantitativ importrestriktion i artikel 30s mening.

I målet hade EG-domstolen anmodat den nationella domstolen att svara på om domen i *Punto Casa och PPV*[102] utgjorde ett fullständigt svar på de frågor som denna ställt i *Semeraro Casa* (och med detta förenade mål). I sitt svar uppgav den italienska domstolen att den italienska marknaden å ena sidan kännetecknas av ett stort antal små butiker som vänder sig till en mycket begränsad kundkrets, och å andra sidan stora köpcentra som ligger utanför städerna. Domstolen menade vidare att konsumenterna hade begränsad tid till förfogande under vardagarna och därför endast har möjlighet att besöka dessa köpcentra under söndagarna. Domstolen upplyste

[98] Se exempelvis mål 70/77 Tissier [1978] 1453 och mål C-241/89 SARP [1990] ECR I-4695.
[99] Mål C-203/90 Gutshof-Ei [1992] ECR I-1003.
[100] Se exempelvis mål C-145/88 Torfaen [1989] ECR I-3885.
[101] Mål C-418/93 äep.
[102] C-69/93 och C-258/93 [1994] ECR I-2355.

vidare om den omständigheten att dessa centra inte är lätt åtkomliga och inte besöks särskilt ofta. Detta medför enligt domstolen att efterfrågan inriktas mot de små butikerna som ligger närmare konsumenterna, och därmed mot inhemska varor. Detta beror enligt den nationella domstolen på att man i de små butikerna vanligtvis inte hittar samma urval och samma antal utländska importerade varor.

Mot bakgrund av dessa omständigheter framhöll den nationella domstolen att de aktuella bestämmelserna *faktiskt sett inte påverkade avsättningen av inhemska varor på samma sätt som varor från andra medlemsstater.*[103]

Den nationella domstolen underströk således att det faktiskt existerade en skillnad i påverkan på omsättningen mellan inhemska och importerade varor. Enligt EG-domstolens praxis vad gäller sakprövningsförutsättningar synes det vidare stå klart att fastställandet av denna typ av sakomständigheter ligger under nationella domstolars kompetens. Men i detta mål synes EG-domstolen ignorera denna kompetensfördelning.

I sitt avgörande i *Semeraro Casa* går EG-domstolen in och diskuterar syftet med den nationella regleringen. EG-domstolen uttalar att syftet med den nationella regleringen inte synes vara att reglera handeln mellan medlemsstaterna eller medföra att importerade varor diskrimineras i förhållande till inhemska varor när det gäller tillträdet till marknaden. EG-domstolen erinrar vidare om domen i målet Keck[104] och uttalar att den omständigheten att nationell lagstiftning generellt sett kan medföra en begränsning av försäljningsvolymerna och således även av försäljningsvolymerna för varor från andra medlemsstater inte är tillräcklig för att denna lagstiftning skall kunna betraktas som en åtgärd vars verkan motsvarar en kvantitativ importrestriktion.[105]

EG-domstolen fortsätter och påpekar att den i en rad avgöranden slagit fast att det syfte som eftersträvas med den typ av nationella regler som i det aktuella målet är berättigat i förhållande till EG-rätten. EG-domstolen uttalar att regler om öppettider är ett uttryck för ''... vissa val med hänseende [på] nationella eller regionala sociokulturella särdrag'' och att det ankommer på medlemsstaterna att företa dessa val inom ramen för EG-rätten och hänvisar till målet B & Q.[106]

EG-domstolen uttalar vidare att det inte framkommit några nya omstän-

[103] Mål C-418/93 äep p 17-19.
[104] Målen C-267/91 och C-268/91 [1993] ECR I-6097.
[105] Mål C-418/93 äep p 24.
[106] Mål C-169/91 [1992] ECR I-6635 p 11.

digheter som motiverar en annan bedömning än i målen Punto Casa och PPV samt B och Q.[107]

Efter detta resonemang blir inte oväntat slutsatsen följande:

> ''Det svar som skall ges till den nationella domstolen är att artikel 30 i fördraget skall tolkas på så sätt att den inte är tillämplig på nationella föreskrifter om affärernas öppethållandetider som omfattar alla näringsidkare som utövar verksamhet inom landets territorium och som, såväl rättsligt som faktiskt, påverkar avsättningen av inhemska varor från andra medlemsstater på samma sätt.''[108]

Men hur förhåller sig då denna slutsats till det faktum att den nationella domstolen understrukit att de aktuella bestämmelserna *faktiskt sett inte påverkade avsättningen av inhemska varor på samma sätt som varor från andra medlemsstater*?[109] Den nationella domstolen har ju framhållit att regleringen *faktiskt* sett påverkar avsättningen av importerade varor *på ett annat sätt* än inhemska varor.

Målet kan därmed sägas utgöra ett tydligt exempel på en överträdelse av de jurisdiktionella gränserna enligt artikel 177. EG-domstolen har inkräktat på den nationella domstolens kompetens att självständigt fastställa fakta i den nationella tvisten. Det märkliga är att EG-domstolen synes fullt medveten om att man tolkar artikel 30 utifrån dels ett självsvåldigt fastställande av syftet med den nationella regleringen, och dels mot bakgrund av ett fastställande av det faktum att den nationella regleringen faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor på samma sätt som avsättningen av importerade varor.[110]

Kritiken mot EG-domstolens inblandning i den nationella domstolens ansvar att fastställa fakta måste emellertid förses med det förbehållet att den nationella domstolen formellt sett har frihet att ge EG-domstolens svar en tolkning som möjliggör en tillämpning som leder till ett underkännande av det nationella förbudet mot söndagsöppet. Denna tillämpning riskerar dock att leda till bristande enhetlighet i rättsläget. EG-domstolens ''manipulativa'' förhandsavgörande riskerar således att leda till att osäkerheten på ett för EG-rätten centralt område ökar.

Målet kan även tjäna som exempel på hur EG-domstolen genom ''mani-

[107] Mål C-418/93 p 25 och 27.
[108] Ibid p 28.
[109] Mål C-418/93 äep p 17-19.
[110] Se vidare nedan under 7.3.3.2.1 där diskussionen om EG-domstolens kompetens att fastställa syftet med nationella bestämmelser i normprövningssituationer relateras till mål enligt artikel 30.

pulation'' av sakomständigheter kan undvika att behöva ge ett förhandsavgörande som medför en genomgripande förändring av praxis.

7.2.9 Slutsatser

Det synes som om EG-domstolen under 1995 inlett en uppstramning vad gäller de sakprövningsförutsättningar som skall tillämpas vid anhängiggörande av tolkningsfrågor enligt artikel 177. Trots denna strävan kan rättsläget inte sägas ha klarnat helt. Vad gäller EG-domstolens informationskriterium i förhållande till den nationella tvistens sakomständigheter får avgörandet i *Max Mara* anses vara den klaraste indiktationen. I domen menade EG-domstolen att det i avsaknad av preciserade frågor till domstolen inte går att med säkerhet fastställa de frågor beträffande vilka den nationella domstolen vill att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande. EG-domstolen betonade att beslutet om hänskjutande måste möjliggöra för domstolen att ge den nationella domstolen en användbar tolkning av gemenskapsrätten.[111]

En central slutsats vad gäller kompetensfördelningen på det inledande stadiet är att EG-domstolen dels har formulerat ett EG-rättsligt domstolsbegrepp, dels en EG-rättslig distinktion mellan dömande verksamhet och förvaltning. Enligt min mening förefaller det långt svårare att finna operationella kriterier för distinktionen mellan dömande och förvaltande än att utforma institutionella kriterier. En komplikation i sammanhanget är att det anses vara en nationell angelägenhet att välja område (domstol eller förvaltning) när medlemsstaten genomför EG-rätten. Att ha ett system med dubbla distinktioner, en nationell och en EG-rättslig, synes inte gagna det övergripande syftet med artikel 177, dvs. enhetlig tolkning och tillämpning av gemensamma regler. Om EG-domstolens strävan är att begränsa antalet organ som kan begära förhandsavgöranden synes det lämpligare att utveckla rättspraxis vad gäller de institutionella kriterierna. Genom att exempelvis ställa högre krav på den personella kompetensen (krav på domarutbildning eller liknande) i de nationella organen kan antalet organ effektivt begränsas. Vidare bör frågan om tvistens natur knytas till de institutionella kriterierna snarare än att utgöra en självständig begränsning. Detta synes vara en mindre kontroversiell väg att gå än att införa en EG-rättslig gränslinje i en rättskultur som präglas av konstitutionell och

[111] EG-domstolens beslut den 21 december 1995 i mål C-307/95 Max Mara Fashion Group äep p 9.

adminstrativ pluralism.

Det synes vidare som om de problem som är hänförliga till EG-domstolens omformulering av tolkningsfrågor och självständiga tolkning och härledning av problem på grundval av den nationella domstolens referens etablerar en viktig relation mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas struktur och effekter.

Slutligen finns det skäl att ifrågasätta de teoretiska möjligheterna att utforma fasta sakprövningskriterier med den procedur som gäller för bedömning av sakprövningskriterier. Avvisningsbeslutet fattas ofta utan att norm och fall (sakomständigheter) har kunnat interagera. Denna interaktion synes oundgänglig för att normens obestämbarhet skall kunna botas genom att dess innehåll relateras till konkreta sakomständigheter i den bakomliggande tvisten.

7.3 Förhandsavgörandenas struktur och effekter

Syftet med den fortsatta undersökningen är att analysera kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar utifrån följande frågeställningar: När en tolkningsfråga väl har accepterats av EG-domstolen, dvs när sakprövningsförutsättningarna anses uppfyllda, fokuseras intresset på den konkreta tolkningen. Vad avses med begreppet *tolkning* i artikel 177? Var går gränsen mellan EG-domstolens *tolkning* och den nationella domstolens *tillämpning* av regeln i det konkreta fallet? Gränsdragningen är viktig eftersom gränsen mellan tolkning och tillämpning är identisk med gränsen mellan domstolarnas jurisdiktion.

Min hypotes är att EG-domstolen genom en pragmatisk tolkningsstil kommit att manipulera gränserna för kompetensfördelningen. EG-domstolen har därigenom omskapat artikel 177 till att fungera som ett effektivt verktyg för normprövning av nationell lagstiftning. En befogad följdfråga blir om EG-domstolen härvidlag har hållit sig inom ramen för sitt legitima tolkningsutrymme.[112]

7.3.1 Tolkning eller tillämpning?

Som jag tidigare framhållit är EG-domstolen noga med att framhålla att

[112] Denna fråga diskuteras i kapitel 10 nedan.

systemet med förhandsavgöranden bygger på ett ömsesidigt samarbete mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Någon hierarkisk relation föreligger inte utan samarbetet bygger på en jurisdiktionell kompetensfördelning. Enligt EG-domstolen etablerar artikel 177 EG

> ''..a special field of judicial co-operation which requires the national court and the Court of Justice, both keeping within their respective jurisdiction, and with the aim of ensuring that Community law is applied in a unified manner, to make direct and complementary contributions to the working out of a decision.''[113]

Artikel 177 bygger enligt EG-domstolen på ett samarbete mellan EG-domstolen och nationella domstolar och en strikt uppdelning av kompetenser[114], en direkt och ömsesidig samverkan där man respekterar varandras kompetenser för att kunna förverkliga en enhetlig tillämpning av EG-rätten.[115] Som formell begränsning gäller att EG-domstolen endast skall tolka EG-rätten. EG-domstolen har ingen formell kompetens att uttala sig om nationell rätt eller att tillämpa EG-rätten.[116] Detta innebär att det är den hänskjutande nationella domstolen som skall *tillämpa* förhandsavgörandet i det aktuella målet. Teoretiskt sett skall EG-domstolens jurisdiktion upphöra där den nationella domstolens jurisdiktion tar vid.[117]

Den ovan beskrivna kompetensfördelningen är dock besvärlig att upprätthålla i praktiken. Detta beror på att EG-domstolen i sin tolkningsverksamhet inte strikt har kunnat separera begreppen *tolkning* och *tillämpning* och i realiteten tillämpar EG-rätt, tolkar nationell rätt och företar en prövning av nationell rätt. Kompetensfördelningsproblematiken beror vid en ytlig betraktelse sannolikt på att tankeprocessen som leder fram till ett juridiskt avgörande knappast låter sig delas upp i två klart avgränsade

[113] Mål 16/65 Schwarze [1965] ECR 886.

[114] Generaladvokaten Lagrange formulerade samarbetet mellan EG-domstolen och nationella domstolar under EEC-fördragets första år enligt följande (mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45): "Applied judiciously, one is tempted to say loyally, the provisions of Article 177 must lead to a fruitful collaboration between the municipal courts and the Court of Justice of the Communities with mutual regard for their respective jurisdiction." I mål 20/64 Albatros [1965] ECR 29 s 34 slår domstolen fast att art 177 EG bygger på "...a clear separation of functions between national courts or tribunals and the Court of Justice". Se även senare mål 13/68 Salgoil [1968] ECR 453.

[115] Mål 16/65 Schwarze [1965] ECR 887.

[116] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9. Vad gäller äldre doktrin se Schermers, Judical protection in the European Communities 1987, s 358 f. Lecourt, L'europe des juges 1976, s 267. Rasmussen, Domstolen i EF 1975, s 224.

[117] Jmfr diskussionen i avsnitt 7.2.3.1 ovan om de båda rättsordningarnas olika kontext.

delar.[118] En studie av EG-domstolens rättspraxis enligt artikel 177 ger många exempel på denna problematiska distinktion.

Starkt schematiskt indelas rättstillämpningen i olika stadier. Inledningsvis har domaren att utröna fakta i målet. Därefter väljer han ut och tolkar de rättsregler han finner tillämpliga, för att avslutningsvis tillämpa reglerna, dvs. han subsumerar fakta under de tolkade reglerna. Tolkningen och tillämpningen kan sägas utgöra hörnstenarna i den dömande verksamheten och står i beroendeförhållande till varandra.[119]

7.3.1.1 Behovet av konkreta tolkningar av EG-rätten

Eftersom EG-domstolens tolkning av EG-rätten alltid utförs mot bakgrund av konkreta rättstvister i de nationella domstolarna har gränsdragningsproblemen mellan tolkning och tillämpning blivit ett centralt problem för artikel 177s praktiska tillämpning. Det beror på att samarbetet mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna ofta innebär att EG-domstolen undviker att begränsa sig till en abstrakt och teoretisk tolkning av den ifrågavarande EG-regeln. Som skäl härför har angivts en strävan att hjälpa den frågande domstolen att slita tvisten.[120] Det är främst i dessa mål gränslinjen mellan domstolens tolkning och tillämpning av EG-regeln blir problematisk att dra.[121] Problemet synes principellt viktigt. Det kan därför tyckas märkligt att problematiken inte varit föremål för några mer ingående analyser i litteraturen kring artikel 177.[122]

Det finns enligt min mening skäl att fråga sig om distinktionen överhuvudtaget är meningsfull att upprätthålla i praktiken. En totalt abstrakt tolkning av en EG-regel skulle inte ge den nationella domstolen någon ledning

[118] Se särskilt den teoretiska kritiken av distinktionen i avsnitt 7.4.1 nedan.

[119] För en intressant diskussion av förhållandet mellan tolkning och tillämpning i anslutning till ett rättsfall från Sveriges Högsta domstol se Lindblom, Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743), Festskrift till Lars Welamsson 1987 s 437 ff.

[120] Se Barav, Preliminary censorship?-Foglia v Novello, EL Rev 1980 s 454 f, samt mål 77/72 Capolongo [1973] ECR 611, mål 27/74 Demag [1974] ECR 1037 och mål 12-14/71 Henck [1971] ECR 743.

[121] Schermers 1987 s 359.

[122] Se bl a De Richemont, Integration of Community law within the Legal Systems of the Member States. Article 177 of the Treaty of Rome, Paris, Journal des Notaires et des Avocats, 1978, s 284 ff, Rasmussen 1975 s 202-229, Schermers 1987 s 357-363 samt Article 177 EEC: Experiences and problems 1987, Joutsamo, The role of preliminary rulings in the European Communities 1979, Bebr, ICLQ 1977 s 241-282 samt Smit och Herzog, The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty, Vol 5 1991, s 443 ff och Kapteyn 1989 s 311-322.

i hur den konkreta tvisten skall lösas. Därmed skulle grundtanken bakom artikel 177 gå förlorad. Innehållet i den positiva EG-rätten bestäms till stor del av rättspraxis. Därmed skulle avsaknaden av EG-domstolens mer konkretiserande förhandsavgöranden sannolikt leda till att EG-rätten blev vag och abstrakt. EG-domstolen bör därför inte begränsa sin tolkning till strikt abstrakta akademiska övningar, utan engagera sig i rättsligt beslutsfattande som sammanväver sakomständigheter med rättsfrågor. Dessa grundläggande förutsättningar för lagtolkning går enligt min mening inte att bortse ifrån. Att ignorera behovet av konkretisering i tolkningen leder endast till att man tappar kontakten med verkligheten, och framförallt med tanke på de olika behov integrationsprocessen ställer på fördragens rättsmedel. EG-domstolen kan inte heller vara helt indifferent inför utgången av ett mål i en nationell domstol. I egenskap av främste uttolkare av EG-rätten och väktare av dess integritet måste EG-domstolen beakta i vilket sammanhang det konkreta målet kan placeras och mot bakgrund av detta förutse utgången samt dess konsekvenser för integrationsprocessen i stort.

Då jag inom ramen för undersökningen inte anser mig ha utrymme för en uttömmande analys av EG-domstolens rättspraxis under artikel 177 väljer jag att skissera två tendenser. Den ena kan benämnas som *den formalistiska tolkningen* eftersom den iakttar en relativt klar kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Den andra tendensen kan kallas *den pragmatiska tolkningen*, eftersom EG-domstolens förhandsavgöranden i dessa mål karaktäriseras av en strävan att hjälpa den nationella domaren att avgöra tvisten.

7.3.2 Den formalistiska tolkningen

Den formalistiska tolkningen av kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177 kan huvudsakligen sägas karaktäriseras av tre element. För det första får EG-domstolen endast tolka EG-rätten. För det andra saknar EG-domstolen befogenhet att pröva de sakomständigheter som den nationella domstolen bilägger i sin tolkningsfråga. För det tredje saknar EG-domstolen kompetens att avgöra om en nationell rättsakt är förenlig med EG-rätten.

Att EG-domstolen endast har att tolka EG-rätten framgår med all klarhet

av artikel 177 EG.[123] Vidare har en rikhaltig rättspraxis manifesterat EG-domstolens självpåtagna begränsning att inte pröva sakomständigheter härrörande från den nationella tvisten.[124] EG-domstolen har även klargjort att man saknar befogenheter att pröva nationell rätts överensstämmelse med EG-rätt.[125] Det är dock vanligt att nationella domstolar formulerar frågor som rör nationell rätt.[126] I Costa Enel-målet svarade då EG-domstolen att

> ''...a decision should be given by the Court not upon the validty of an Italian law in relation to the Treaty, but only upon the interpretation of the above mentioned [Treaty] Articles in the context of the points of law stated by the Guidice Conciliatore.'' [127]

Om EG-domstolens förhandsavgörande ligger närmare en tolkning av EG-regeln *in abstracto* kan det bero på att den nationella domstolen har ställt frågan på ett visst sätt. I allmänhet ser man hos EG-domstolen en vilja att bistå den nationella domstolen i lösandet av tvisten. Det kan därför hända att EG-domstolen ger förhandsavgörande över frågor som inte uttryckligen har blivit ställda, då EG-domstolen ser ett behov av att klarlägga förbisedda omständigheter.[128] Har den nationella domstolen ställt en otydlig fråga händer det att EG-domstolen formulerar om den.[129] I Vandeweghe-målet ställde den nationella domstolen en fråga som rörde ett bilateralt avtal mellan Belgien och dåvarande Västtyskland. EG-domstolen svarade då att

> ''The Court has no jurisdiction under Article 177 of the EEC Treaty to give a ruling on the interpretation of provisions of international law which bind Member States outside the framework of Community law.''[130]

[123] Enligt artikel 177 ges även EG-domstolen kompetens att pröva giltigheten av EG-regler, dvs lägre reglers förenlighet med regler av högre statsrättslig dignitet. Denna kompetens förbigås dock i denna framställning.

[124] Se bl a mål 13/67 Becher [1968] ECR 187, mål 10/69 Portelange [1969] ECR 309 och mål 28/70 Witt [1970] ECR 1021.

[125] Se härom Rasmussen 1975 s 228 och där angivna mål. Rasmussen ser här denna kompetensavgränsning som en princip utan egentliga undantag. I sin avhandling som han framlade mer än tio år senare upplever han denna princip mindre undantagslös. Se Rasmussen, On law and Policy in the European Court of Justice 1986, s 250 f, se särskilt not 63.

[126] Se exempelvis mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 och mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585.

[127] Mål 6/64 [1964] ECR 585

[128] Se exempelvis mål 70/77 Simmenthal III [1978] ECR 1476, där EG-domstolen gav förhandsavgörande över två direktiv trots att den nationella domstolen inte hade ställt någon fråga.

[129] Se bl a mål 130/73 Vandeweghe [1973] ECR 1333.

[130] Ibid p 2.

EG-domstolen tolkade därefter en EG-förordning som endast hade berörts indirekt i frågan.

Den strikta kompetensfördelningens ''idealmål'' kan sägas föreligga när den nationella domstolen i sin fråga fokuserar på ett EG-rättsligt tolkningsproblem. Det finns exempelvis mål enligt den gemensamma tulltariffen där EG-domstolen har kunnat gå långt i sin abstrahering av tolkningsbeskedet. I mål där en vara av viss beskaffenhet skall hänföras till ett visst tulltaxenummer kan den nationella domstolen genom att beskriva varan allmänt och abstrakt följaktligen även ge EG-domstolen möjlighet att lägga tolkningsbeskedet på ett abstrakt plan.[131]

I *Soupergaz* upprepade EG-domstolen att det går en strikt gräns mellan nationella domstolars och EG-domstolens kompetens vad gäller prövningen av nationell rätts förenlighet med EG-rätten.[132]

7.3.3 Den pragmatiska tolkningen

I EG-domstolens rättspraxis under artikel 177 kan man skönja en tendens som innebär att domstolen i vissa mål avger sin tolkning i nära anslutning till sakförhållandena i det konkreta målet.[133] I sin tidiga rättspraxis finns tecken på att EG-domstolen gav förhandsavgörandena en generell och abstrakt utformning. Detta kan möjligtvis ses som en strävan att försöka lämna ett visst tillämpningsutrymme till den nationelle domaren. Men eftersom distinktionen mellan tolkning och tillämpning undandrar sig en fast bestämning uppstår delikata kompetensfördelningsproblem i mål som aktualiserar ett stort tolkningsutrymme både hos EG-domstolen och hos nationella domstolar. Som exempel på områden där tolkningsutrymmet spelar en stor roll kan nämnas centrala politikområden som konkurrensrätt och fria varurörelser.

[131] Se bl a mål 36/71 Emden [1972] ECR 187, mål 183/73 OSRAM [1974] ECR 477 samt mål 54/79 Bahner [1980] ECR 311.

[132] Mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13. Se även mål C-188/91 Deutsche Shell [1993] ECR I-363 p 27.

[133] Lenaerts, Le juge et la constitution aux États-unis d'amérique et dans l'ordre juridique européen (Bruylant-Bruxelles 1988) s 443 ff, Lecourt 1976 s 267 f. Se även Joutsamo 1979 och Bebr 1974 s 358.

7.3.3.1 Sammanvävning av sakomständigheter och rättsfråga

Målet Matisa[134] gällde huruvida en viss maskin skulle omfattas av en viss bestämmelse i EGs gemensamma tulltariff. Den första frågan gällde huruvida ''... [the] Matisa machine for tampering, levelling and adjusting railway tracks...''[135] skulle bli klassificerad under den ena eller den andra av två bestämmelser. EG-domstolen poängterade i domskälen att

> ''Although the Court in ruling under Article 177 does not have jurisdiction to apply the Community rule to a specific case, it may however supply the national courts with the principles of interpretation relating to Community law which may be useful in the application of this rule..''[136]

EG-domstolen svarade därefter på den ovan formulerade frågan och uttalade att:

> ''It is therefore proper to reply to the first question that the phrase 'mechanically propelled' in heading 87.04 of the Common Customs Tariff must be interpreted as covering selfpropelled veichles for track maintenance, equipped with one or more engines enabling the vehicle to move about from place to place rapidly on the track and quite independently.''[137]

EG-domstolen försåg den frågande domstolen med tolkningselement som var avsedda att användas vid tillämpningen av den ifrågavarande regeln på det konkreta målet.[138] Målet reser frågan om möjligheten att dra en distinkt gräns mellan tolkningen och tillämpningen av EG-rätten. I målet kom EG-domstolens förhandsavgörande att i praktiken avgöra målet.[139] När EG-domstolen ger den nationelle domaren ett svar där rättsfrågor och sakfrågor är sammanvävda blir kompetensfördelningen diffus. I förhandsavgörande där sakfrågorna och rättsfrågorna är tillräckligt sammanvävda (eller sammanblandade) återstår knappast något självständigt moment för den nationelle domaren, annat än en tillämpning präglad av automatik.[140]

[134] Mål 35/75 [1975] ECR 1205.
[135] Ibid s 1208.
[136] Ibid s 1211. När domstolen uttalar sig om den egna jurisdiktionen använder den sig av denna standardformulering.
[137] Ibid s 1212.
[138] Jmfr mål C-286/88 Falciola [1990] ECR I-191 p 7.
[139] Jmfr även exempelvis mål 60/75 [1976] ECR 56 och mål 32/75 Cristini [1975] ECR 1085. Hartley, The Foundations of European Community Law 1994, s 300, konstaterar att EG-domstolens tolkningsbesked i det sistnämnda målet, "..clearly left nothing more to be decided by the national court."
[140] Se Rasmussen, Why is Article 173 Interpreted Against Private Plaintiffs?, EL Rev 1980 s 125.

I målet Hauptzollamt Hamburg[141] frågade tyska Bundesfinanzhof

> ''... whether turkey rumps constitute backs (parts of backs) or other poultry cuts within the meaning of article 2 of regulation no 77/62 as amended by article 1 of regulation no 136/62, or edible offals within the meaning of article 3 of that regulation.''[142]

Även i detta mål var det frågan om klassificering under den gemensamma tulltariffen. Hur ''turkey rumps'' skulle klassificeras var beroende av varans kommersiella värde. I sitt domslut återknöt domstolen bokstavligen till sakomständigheterna i den tyska domstolens fråga:

> ''According to article 3 of regulation no 77... the expression 'edible offals' must be interpreted so as to include products having a similar commercial value as 'turkey rumps'.''[143]

Ett ytterligare fall där sammanvävning av sakomständigheter och rättsfrågor leder till att sakomständigheterna i det konkreta fallet återfinns i själva domslutet är målet *Salonia*.[144]

> ''An exclusive distribution agreement for newspapers and periodicals *such as that referred to by the national court* comes within the prohibition laid down by Article 86 (1) of the Treaty...''[145]

Weiler sammanfattar rättsläget på ett utmärkt sätt då han framhåller att

> ''... when making preliminary rulings the Court has often transgressed the theoretical borderline between mere interpretation and fact evaluation. The Court does so when it provides the national judge with an answer in which questions of law and fact are sufficiently interwoven as to leave the national judge with only little discretion and flexibility in making his final decision.''[146]

Konsekvensen av denna typ av tolkningsteknik blir att EG-domstolens tolkningsutrymme utökas samtidigt som de nationella domstolarnas tillämpningsutrymme krymper. Mål av ovan refererade typ synes i det närmaste kunna betraktas som en form av tillämpning av EG-reglerna, eller i vart fall som konkreta tillämpningsdirektiv.

[141] Mål 40/69 [1970] ECR 69.
[142] Ibid p 11.
[143] Ibid p 3. Jmfr även mål 200/84 Daiber [1985] ECR 3363.
[144] Mål 126/80 [1981] ECR 1563.
[145] Ibid p 1 i domslutet (min kurs).
[146] Weiler 1992 s 121 cit. från Rasmussen 1995 s 489.

7.3.3.2 Normprövning av nationell rätt

En besläktad typ av fall aktualiserar EG-domstolens möjligheter att utöva normkontroll av nationell rätt, dvs att uttala sig om nationell rätts förenlighet med EG-rätten. Denna måltyp är av särskild betydelse på centrala politikområden som den fria rörligheten för varor. Systemet med förhandsavgöranden fyller här en viktig normkontrollfunktion, dvs en kontroll av nationella åtgärders förenlighet med EG-rätten. Det synes helt enkelt som att artikel 30 i det närmaste kräver ett system för normkontroll för att kunna leva upp till sina integrationsmål.

Rasmussen[147] hävdar att det inte är någon hemlighet att EG-domstolen verkligen utövar en kontroll av nationell rätts förenlighet med EG-rätten:

> ''Judicial review of State legislation is not avoided but actively initiated and performed.''[148]

Bland denna typ av mål återfinns målet van Vlaamse. Avgörandet kan enligt Lenaerts ses som en indikation på att EG-domstolen gradvis har utökat sin kompetens under artikel 177 och visar att skiljelinjen mellan tolkning och tillämpning är svår att fastställa.[149] Denna ståndpunkt har bland annat resulterat i att EG-domstolens förhandsavgörande innehåller de nödvändiga tolkningelement som den nationelle domaren behöver för en korrekt tillämpning av EG-rätten i ett konkret mål.[150] Målet kan emellertid framförallt sägas indikera en strävan att under artikel 177 få till stånd en legalitetsprövning av nationell rätt.[151]

I Vlaamse-målet frågade en belgisk domstol huruvida vissa interna regler rörande prissättning i resebyråverksamhet (Belgian Royal Decree of 30 June 1966) stod i konflikt med artikel 5 och 85 (1) EG. I domskälen menade EG-domstolen att

[147] Rasmussen 1986 s 482.

[148] Rasmussen (1986 s 244 ff) menar att EG-domstolen förskjutit legalitetskontrollen av nationell rätt från art 169 och 170 till artikel 177. Han menar (s 245) att art 177 "..lends itself to be transformed into a vehicle for an effective EC-judicial review of state-acts." Rasmussen hävdar vidare att denna användning av artikel 177 inte föresvävat EEC-fördragets författare. Jmfr Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective 1989, s 396 f. Cappelletti menar å sin sida att det vore märkligt om inte denna användning förespeglat författarna då man använt sig av bl a de tyska och italienska konstitutionernas procedurregler för konstitutionell kontroll som modeller.

[149] Lenaerts 1988 s 364 och 445.

[150] Ibid s 443 ff.

[151] Om denna "federalistiska" strävan se främst Rasmussen 1986 s 465 ff. Jmfr även Hallström, Cirkelns kvadratur-ett mål för EG-domstolen, i Festskrift till Lars Hjerner 1990, s 200 f.

''In order to reply in a useful manner to the national court it is necessary first of all to determine whether the documents before the court disclose the existence of agreements... and then to determine whether provisions such as the Belgian provisions at issue are intended to reinforce the effects of such agreements...''[152]

I EG-domstolens analys refererades till en början till information som kommissionen tillfört akten:

''... the standard-form contract attached to the observations of the Belgian Government...''[153] och ''... the very wording of Article 22 of the Royal Decree..''[154]

EG-domstolen förkastade den belgiska regeringens försvarsargument och konkluderade:

''It follows from the considerations that agreements such as those at issue in the main proceedings are incompatible with Article 85 (1) of the Treaty.''[155]

I den följande analysen slöt sig EG-domstolen till att de belgiska bestämmelserna var av den beskaffenhet att de förstärkte effekterna av överenskommelserna.[156] EG-domstolen fällde därefter följande uttalande om nationell rätt (belgisk rätt) i sitt domslut:

''..legislative provisions or regulations of a Member State requiring travel agents to observe the prices and tariffs for travel set out by tour travel agents... .are incompatible with the obligations of the Member States pursuant to article 5, in conjunction with articles 3* (f) and 85, of the EEC-treaty..''[157]

Domslutet, och domens allmänna disposition, måste rimligen betraktas som ett uttalande om belgisk rätt trots att man inte uttryckligen nämner de aktuella reglerna i domslutet.[158] Trots att EG-domstolen formellt sett saknar kompetens att pröva giltigheten av nationell rätt innebär domslutet i praktiken att de belgiska reglerna upphävs och förlorar sin giltighet.[159] Denna konsekvens torde följa av de EG-rättsliga principerna om EG-rättens direkta tillämplighet (artikel 85) och företräde framför nationell rätt. Skulle

[152] Mål 311/85 [1987] ECR 3801 p 11.
[153] Ibid p 13.
[154] Ibid p 15.
[155] Ibid p 21.
[156] Ibid p 23.
[157] Ibid (domslutet).
[158] Jmfr Lenaerts 1988 s 444.
[159] Lenaerts 1994 s 366 menar att "A margin for 'application' was not left to the referring Brussels Commercial Court.."

Belgien vidare underlåta att upphäva de aktuella reglerna har kommissionen möjlighet att inleda en process mot medlemsstaten i enlighet med artikel 169 EG.[160]

Det är vanligt, som i Vlaamse-målet, att den nationella domstolen frågar EG-domstolen om en viss nationell regel är förenlig med en viss EG-regel. EG-domstolen som inte har någon formell kompetens att uttala sig om nationell rätt svarar då i regel (dock ej i Vlaamse-målet där man i stället omformulerade frågan) att man endast kan uttala sig om tolkningen av EG-regeln.[161]

Men efter att på detta sätt upprätthållit en klar kompetensfördelning händer det att man går vidare och utvecklar sitt svar och uttalar sig om huruvida *en viss typ* av nationell lagstiftning är förenlig med EG-regeln eller inte.[162]

Mot anklagelsen om normprövningen av nationell rätt kan man invända att den praktiska effekten av EG-domstolens förhandsavgörande kanske ålägger de nationella domstolarna en EG-rättslig plikt att åsidosätta nationella bestämmelser och lagstiftaren en plikt att upphäva dem, men att EG-domstolen genom att uttala sig i hypotetiska ordalag ändå formellt sett inte tillämpar EG-rätt. Denna invändning förbiser emellertid till viss del det faktum att EG-domstolen måste sammanväva sakomständigheter och rättsfrågor för att kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar. Gör det egentligen någon skillnad om EG-domstolen uttrycker sig hypotetiskt eller uttrycker sig öppet som i *Salonia*[163]? Den rättsliga förpliktelsen för medlemsstaterna blir ju densamma i båda fallen.

Min poäng är inte att EG-domstolen *skall* upprätthålla en klar kompetensfördelning, utan att den inte *kan* det.

7.3.3.3 Ansvarfördelningen enligt artikel 30 EG

Den typiska frågeställningen som nationella domstolar söker svar på i mål enligt artikel 30 är om vissa nationella åtgärder faller under bestämmelsens

[160] Om relationen mellan art 169 och 177 EG se Wiklund, JT 1991-92 s 509 f och Timmermans, Judicial Protection against Member States: Articles 169 and 177 Revisited, i Schermers 1994, s 391 ff.

[161] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9.

[162] Se Rasmussen, EU-ret i kontekst 1995, s 488 f.

[163] Mål 126/80 [1981] ECR 1563 domslutet p 1.

tillämpningsområde, dvs huruvida de är förbjudna eller inte samt om de kan undantas från förbud genom tillämpning av undantagsbestämmelserna i artikel 36.

I Henn & Darby-målet[164] frågade *House of Lords* EG-domstolen om en brittisk lag som förbjöd import av pornografiska artiklar var en åtgärd med *motsvarande verkan* och kunde kvalificeras som en kvantitativ importrestriktion enligt artikel 30 EG. EG-domstolen svarade jakande:

> ''A law of a Member State prohibiting any importation of pornographic articles into that State constitutes a quantitative restriction on imports within the meaning of Article 30 of the Treaty.''[165]

EG-domstolen menade vidare att det står medlemsstaterna fritt att införa importrestriktioner vad gäller pornografiskt material under åberopande av undantagsreglerna i artikel 36.[166] EG-domstolens svar klargjorde förenlighetsfrågan och synes ligga i linje med syftena bakom artikel 30. För att artikel 30 skall kunna fylla sin funktion som verktyg för integration av nationella marknader krävs ett rättsmedel som möjliggör en prövning av förenligheten mellan nationell rätt och EG-rätt. Artikel 30s effektivitet kräver således ett EG-rättsligt normprövningsinstitut.

I *Torfaen*[167] slog EG-domstolen fast att frågan om effekten av specifika nationella regler faller inom ramen för ett visst område av nationell rätt (commercial legislation) är en sakomständighet som ligger inom den nationella domstolens kompetens.

Generaladvokaten van Gerven angriper frågan om EG-domstolens och nationella domstolars ansvar i mål under artikel 30 i *Conforama*.[168] van Gerven sympatiserar här med kommissionens åsikt i Torfaen. Kommissionen menar å sin sida att bedömningen av behovet av, eller proportionaliteten av nationella regler, inte kan lämnas till nationella domstolar. van Gerven tillägger:

> ''Admittedly, it is not for the Court to rule in proceedings under Article 177 of the Treaty on the validity of national legislation; nevertheless the Court has always emphasized that, in the interest of the cooperation with the national judicial authorities which that provision envisages, it is empowered to set out the elements of Community law which will enable the national court to give judg-

[164] Mål 34/79 [1979] ECR 3795.
[165] Ibid domslutet p 1.
[166] Se även mål 244/78 Union Laitière Normande [1979] ECR 2663.
[167] Mål C-145/88 [1989] ECR 3815.
[168] Mål C-312/89 [1991] ECR I-997.

ment on the dispute before it in accordance with the rules of Community law.''[169]

''As a matter of principle it is for the national court, on the basis of the criteria laid down in the case law of the Court of Justice and the reply given to it by the Court following a reference for a preliminary ruling, to determine the proportionality of a national measure under Community law. In that connection it must in particular investigate whether the measure, regard being had to its intrinsic characteristics and actual application, is objectively necessary in order to facilitate the realization of its objective – that is to say, it contributes to the attainment of the objective and the legislature has no equally effective alternative at its disposal which would have less restrictive effects on intra-Community trade as a whole occasioned by the measure are in proportion to the objective pursued, which is justified under Community law.''

''In so far as the information on the relevant legislation and the facts provided to the Court of Justice by the national court in the preliminary reference procedure is sufficient -and thus not in the absence of evidence – the Court may itself apply the proportionality test, in which case it is for the national court, where the measure is held to be disproportionate, to declare it to be incompatible with Community law and determine the consequences under national law of that declaration.''[170]

van Gerven går relativt långt i sin tolkning av artikel 177 när han anser att det är en uppgift för EG-domstolen att företa proportionalitetsprövningen. En intressant jämförelse kan göras med EG-domstolens dom i *Brasserie du pêcheur*.[171] Här lade EG-domstolen fast normativa kriterier för hur klar en normkonflikt mellan EG-rätt och nationell rätt bör vara för att kunna ge upphov till skadeståndskyldighet för staten. EG-domstolen menade att konflikten bland annat skall vara *tillräckligt klar*. I anslutning till van Gervens diskussion om kompetensfördelningen vid avgörandet om vissa åtgärder är proportionella eller inte kan man fråga sig om EG-domstolen i *pêcheur* anser att avgörandet av om en normkonflikt är *tillräckligt klar* är en fråga för EG-domstolen att ta ställning till. För egen del tolkar jag *pêcheur* som att EG-domstolen lämnar till den brittiska och tyska domstolen att själv avgöra om normkonflikterna uppfyller kravet. Men frågan lär först på allvar ställas på sin spets om de nationella domstolarna återigen vänder sig till EG-domstolen och frågar om normkonflikterna är *tillräckligt klara*.[172]

[169] Generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande den 22 november 1990 i mål C-312/89 och C-332/89 Conforama och Merchandise [1991] ECR 1007, 1012. Van Gerven refererar i samband med den citerade passagen till mål 16/83 Prantl [1984] ECR 1299 och mål 812/79 Burgoa [1980] ECR 2787, särskilt p 13.

[170] Generaladvokat Van Gervens yttrande den 8 juli 1992 i mål C-304/90 och C-169/91.

[171] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep.

[172] Se vidare om denna problematik i avsnitt 9.6 nedan.

EG-domstolens rättspraxis om söndagsöppet (Sunday trading) demonstrerar att EG-domstolen tolkningsvis kan, om det är nödvändigt, ge ett klart besked till en nationell domstol om en specifik nationell regel står i strid med EG-rätten.[173]

I *Pigs and Bacon Commission*[174] beskar EG-domstolen en irländsk domstols möjligheter att självständigt tillämpa EG-regeln genom att i domslutet uttala:

> ''..a system such as the practised by the Pigs and Bacon Commission in Ireland in reality conflicts in two separate ways with the rules relating to the free movements of goods and the common organisation of the market in pigmeat.''[175]

Ett franskt mål kan påvisa hur EG-domstolen tagit ytterligare ett steg mot att göra kompetensfördelningen mindre tydlig i konturerna. I *Forest*[176], som rörde förenligheten mellan det franska systemet för spannmålskvoter och artiklarna 30 och 37 samt en förordning, uttalade EG-domstolen :

> ''Under Article 177 EEC the Court has no jurisdiction to rule on the compatibility of national legislation with Community law. It may however provide the national court with an interpretation of Community law which will enable that court to resolve the issue of law with which it is faced. The question referred... may therefore be understood as seeking to know whether national measures imposing milling quotas *such as those* at issue in the main proceedings are contrary to Regulation No. 2727/75 and articles 30 to 37 EEC, on a true construction of those provisions.''[177]

EG-domstolen tolkade därefter såväl förordningen som de nationella reglerna. Denna innefattade en tolkning av det ekonomiska ändamålet med, och effekten av, de nationella reglerna. EG-domstolen fann därvid att de nationella reglerna inte stod i strid med EG-reglerna och uttalade:

> ''A national measure *of that kind* is therefore not in itself contrary to the objectives of the Common Agricultural Policy or to the general objectives of the Treaty.''[178]

[173] Mål C-145/88 Torfaen [1989] ECR I-3851; mål C-312/89 Conforama [1991] ECR I-997; mål C-332/89 Merchandise [1991] I-1027; mål 306/88 Rochdale [1992] ECR I-6493; mål C-169/91 B & Q [1992] ECR I-6635.
[174] Mål 177/78 [1979] ECR 2161.
[175] Mål 177/78 [1979] ECR 2161 domslutet.
[176] Mål 148/85 [1986] ECR 3449.
[177] Ibid p 6-7 (min kurs).
[178] Ibid (min kurs).

7.3.3.4 Slutsatser

Den slutsats man synes kunna dra av domstolens pragmatiska tolkningsstil är att gränsen mellan tolkning och tillämpning är otydlig. Det är svårt att se den verkliga skillnaden mellan en *direkt* och öppen normprövning och domstolens försök till hypotetisk abstraktion.

Man kan tycka att domaren i EG-domstolen Mancini[179] uttrycker sig pricksäkert när han skisserar samarbetet mellan EG-domstolen och den nationella domstolen på följande sätt:

> ''But, having paid this lip service to the language of the Treaty, and having clarified the meaning of the relevant Community measure, the Court usually went on to indicate to what extent a 'certain type' of national legislation can be regarded as compatible with that measure. The national judge is thus led hand in hand as far as the door; crossing the threshold is his job, but now a job no harder than child's play.'' Den pragmatiska tolkningen kan sägas innebära att EG-domstolen egentligen inte endast i praktiken utan även i teorin uttalar sig om nationell rätts förenlighet med EG-rätten.[180] Man torde kunna hävda att EG-domstolen numera, när man vunnit de nationella domstolarnas förtroende, kommit att omforma artikel 177 till ett redskap genom vilket enskilda individer kan få till en prövning av av nationell lagstiftnings förenlighet med EG-rätten.[181] EG-domstolen påminner i detta avseende om en federal författningsdomstol.[182]

7.4 Från formalism till pragmatism

EG-domstolens tidigare praxis antyder att det inte föreligger en hierarkisk relation mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Artikel 177 konstituterar snarare en relation byggd på samarbete. EG-domstolen tolkar och nationell domstol tillämpar tolkningen i det konkreta målet. I *Van Gend en Loos* från 1963 synes EG-domstolen försökt tolka artikel 177 strikt efter

[179] Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 606.

[180] Rasmussen 1986 s 482.

[181] Mancini 1989 s 606. Se även mål 244/80 Foglia v Novello II [1981] ECR 3064 p 26, där domstolen uttalar att: "It must be emphasized that all individuals whose rights are infringed by measures adopted by a Member State which are contrary to Community law must have the opportunity to seek the protection of a court possessed of jurisdiction and that such a court, for its part, must be free to obtain information as to the scope of the relevant provisions of Community law by means of a procedure under Article 177."

[182] Se Rasmussen 1980 s 112 där han bl a anmärker följande: "The suggestion is that the Court arguably has a long term interest in reshaping the judiciary of the Community to allow itself to act more like a high court of appeals of Community law, with the courts and tribunals of the Member States... acting as courts of first instance."

ordalydelsen. EG-domstolen ansåg att för att ha jurisdiktion är det nödvändigt att frågan rör tolkningen av fördraget och att

> ''... the consideration which may have led a national court or tribunal to its choice of questions as well as the relevance which it attributes to such questions in the context of a case before it are excluded from review by the Court of Justice.''[183]

Distinktionen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt sågs som gränslinjen mellan EG-domstolens och nationella domstolars kompetenser. Det tidigare citerade målet Albatros från 1965 illustrerar detta.[184] I målet uttryckte sig EG-domstolen relativt dogmatiskt:

> ''Article 177, being based on a clear separation of functions between national courts or tribunals and the Court of Justice, does not permit the latter to take cognizance of the facts of the case or to find fault with the grounds for making the request for interpretation.''[185]

EG-domstolen försökte i målet göra en abstrakt tolkning av de relevanta fördragsbestämmelserna.

EG-domstolens tidiga axiom kom emellertid att revideras. Genom en serie mål har EG-domstolen mer eller mindre raserat den jurisdiktionella begränsning som fanns i de tidiga målen. Den största revideringen får nog sägas ha skett genom Foglia-målet 1980.[186] Här analyserade EG-domstolen sakomständigheterna i det konkreta fallet och fann att en genuin tvist inte förelåg. EG-domstolen uttalade att

> ''... the questions asked by the national court, having regard to the circumstances of this case, do not fall within the framework of the duties of the Court of Justice under Article 177 of the Treaty.''[187]

Avgörandet i *Foglia* ledde till osäkerhet om gränserna för EG-domstolens jurisdiktion enligt artikel 177. Skulle den frivilliga karaktären i samarbetet, som utgör kärnan i systemet, nu gå förlorad? Gällde inte längre distinktionen mellan tolkning och tillämpning?

Med facit på hand kan man tolka *Foglia* som ett försök att rädda artikel 177-förfarandet från kollaps. Någon kontroll av den uppsjö av referenser som förelåg inför domstolen måste tillämpas för att systemet överhuvudta-

[183] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 s 11.
[184] Mål 20/64 Albatros [1965] ECR 29.
[185] Ibid s 32.
[186] Mål 104/79 Foglia v Novello [1980] ECR 745.
[187] Ibid p 12.

get skulle fortsätta att fungera. Att med lätt hand analysera sakomständigheterna i de konkreta målen får ses som en pris värt att betala för att hushålla med EG-domstolens resurser.[188]

För att över huvud taget kunna ge en tolkning som kan tillämpas på det konkreta målet måste denna i någon mån anknyta till sakomständigheterna i målet. Denna relativt självklara hållning har EG-domstolen intagit parallellt med erkännandet av den dogmatiska idén om en klar kompetensfördelning.[189]

I *Dzodzi*[190] från 1990 tolkade EG-domstolen EG-rättsliga bestämmelser som inte som sådana var tillämpliga i det nationella målet. Den nationella domstolen hade hänvisat tolkningsproblemet till EG-domstolen för att nationell rätt refererade till EG-bestämmelserna.[191] EG-domstolen framhöll att

> ''... it was manifestly in the interest of the Community legal order that, in order to forestall future differences of interpretation, every Community provision should be given a uniform interpretation irrespective of the circumstances in which it is to be applied.''[192]

I *Dzodzi* förefaller domstolen inte se några funktionella krav som skulle innebära begränsningar av jurisdiktionen enligt artikel 177. Vid första anblicken förefaller det som om EG-domstolen revitaliserar den gamla distinktionen mellan tolkning och tillämpning som gränsen mellan domstolarnas kompetenser.[193] EG-domstolen uttalade bl a följande:

> ''... the Court merely deduces from the letter and the spirit [of the relevant provisions of EC law] the meaning of the Community rules at issue... .thereafter it is for the national courts alone to apply the Community provisions thus interpreted in the light of the factual and legal circumstances of the case before them.''[194]

EG-domstolen synes emellertid ha ändrat ståndpunkt och förespråkar nödvändigheten av att ge en tolkning som tar hänsyn till de konkreta sak- och rättsförhållanden som omgärdar den nationella domstolens tillämp-

[188] Lenaerts, Form and Substance of the Preliminary Rulings Procedure, i Schermers 1994, s 357.
[189] Se mål 56/65 Société Technique Minière [1966] ECR 235 s 247 f; målen 12-14/71 Henck [1971] ECR 743 p 3, samt mål 244/78 Union Laitière Normande [1979] ECR 2663 p 5.
[190] Målen C-297/88 och C-197/89 [1990] ECR I-3763.
[191] Jmfr mål C-231/89 Gmurzynska-Bscher [1990] ECR I-4003.
[192] Målen C-297/88 och C-197/89 Dzodzi [1990] ECR I-3763 p 37.
[193] Ibid p 39.
[194] Ibid p 38.

ning.[195] I *Telemarsicabruzzo* uttalade EG-domstolen att

> ''... the need to provide an interpretation of Community law which will be of use to the national court makes it necessary that the national court defines the factual and legislative context of the questions it is asking or, at the very least, explains the factual circumstances on which those questions are based.''[196]

Skälet till denna ståndpunkt har angivits som ett intresse av att ge den nationella domstolen en tolkning som är relevant och kan hjälpa den att avgöra den nationella tvisten. Avgörandet i *Dzodzi* kan svårligen förenas med denna utveckling. Om de sakförhållanden som föreligger i den nationella tvisten inte faller under EG-rättens tillämpningsområde aktualiserar en tolkningsfråga ett jurisdiktionellt problem på så vis att tolkningen av EG-rätten sker utanför dess *kontext*.

I EG-domstolens rättspraxis enligt artikel 30 EG finns många intressanta mål som berör ansvarsfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar.[197] I dessa mål har EG-domstolen använt en teknik där man genom kommunikation med nationella domstolar utrönt vilka fakta som är otvistiga och sammanvävt sin tolkning med dessa.

I målen rörande söndagsöppet (Sunday trading) upplevde nationella domstolar osäkerhet om hur man skulle fastställa proportionaliteten av de nationella reglerna utan att bryta mot EG-rätten. En engelsk domstol refererade en fråga av denna typ till EG-domstolen.[198] I sitt svar på en fråga från House of Lords uttalade EG-domstolen att den

> ''... had all the information necessary for it to rule on the question of the proportionality of such rules and that it had to do so in order to enable national courts to assess their compatibility with Community law in a uniform manner since such an assessment cannot be allowed to vary according to findings of fact made by individual courts in particular cases.''[199]

Denna hållning synes harmoniera med en fast praxis om EG-rättens uniforma tolkning och tillämpning. Lenaerts applåderar detta:

[195] Se särskilt mål C-320/90 och C-322/90 Telemarsicabruzzo [1993] ECR I-393 p 6, mål C-157/92 Banchero [1993] ECR I-1085 p 5-6 och mål C-386/92 Monin Automobiles [1993] ECR I-2049 p 7-8.

[196] Mål C-320/90 och C-322/90 [1993] ECR I-393 p 6. För kommentarer av målet se Arnull, CML Rev 1994 s 377 ff, och Simon, JDI 1994 s 477 ff.

[197] Mål C-145/88 Torfaen [1989] ECR I-3851; mål C-312/89 Conforama [1991] ECR I-997; mål C-332/89 Merchandise [1991] I-1027; mål 306/88 Rochdale [1992] ECR I-6493; mål C-169/91 B & Q [1992] ECR I-6635.

[198] Mål C-304/90 Reading [1992] ECR I-6493.

[199] Ibid p 14.

> ''The Court cannot shelter behind a lack of jurisdiction to assess the facts (in cases where the assessment of the facts is not really a problem) in order to evade intricate issues of interpretation of Community law whose solution has a direct bearing upon the question of the compatibility of national law with Community law.''[200]

Lenaerts synes mena att EG-domstolen inte skall kunna använda argument som faller tillbaka på jurisdiktionella begränsningar för att undvika exempelvis konstitutionella konflikter (EG-rätt v nationell konstitutionell rätt). EG-domstolens syn på tolkningsproblemen skall enligt Lenaerts präglas av en hög ambition vad gäller tolkning och lösandet av normkonflikter, allt i uniformitetens namn. Lenaerts bestämmning av EG-domstolens kompetens är vid:

> ''The jurisdiction of the Court extends to the enhancement of the uniform application of Community law throughout the Member States, so that – in case of doubt – that concern should be a sufficient legal basis for the Court to make a full assessment of the case, involving all the facts and national law aspects which are not in dispute.''[201]

EG-domstolens pragmatiska hållning kan även märkas i fall där tolkningsfrågorna är irrelevanta eller oklara. EG-domstolen undersöker ofta om tolkningsfrågorna har EG-rättslig relevans och underlåter att ge tolkningar som inte kan tillämpas på det konkreta fallet.[202]

7.4.1 Pragmatismen och distinktionen mellan tolkning och tillämpning

Vi har tidigare kunnat konstatera att EG-domstolens försök att skapa fasta kriterier för sakprövningsförutsättningar och åtskillnaden mellan tolkning och tillämpning möter praktiska problem. Distinktionen möter nu även teoretiska problem. Skälen till problemen kan vara många. Jag har pekat på några.[203] I det följande skall jag diskutera frågan om det överhuvudtaget teoretiskt (och därmed praktiskt) är möjligt med hänsynstagande till rättstillämpningens natur att upprätthålla en kompetensfördelning och ett samarbetsförhållande byggt på distinktionen mellan tolkning och tillämpning.

[200] Lenaerts 1994 s 369.
[201] Ibid s 369.
[202] Mål 126/80 Salonia [1981] ECR 1563 p 6; mål 132/81 Vlaeminck [1982] ECR 2953 p 13 och 14; mål C-297/88 och C-197/89 Dzodzi [1990] ECR I-3763 p 40; mål C-231/89 Gmurzynska [1990] ECR I-4003 p 23.
[203] Se ovan avsnitt 7.2.4.

Skälet till att EG-domstolen inte lyckats med att upprätthålla symmetri mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas struktur och effekter beror kanske på ett allmänt plan på att EG-domstolen intar en *pragmatisk* hållning och verkligen strävar efter att hjälpa den nationelle domaren att lösa den bakomliggande tvisten. Men på ett djupare plan beror sammanblandningen av kompetenser på att det teoretiskt synes vara omöjligt att upprätthålla en distinktion mellan tolkning och tillämpning av rättsregler.

Vissa menar att det inte är möjligt att göra en distinktion mellan tolkning och tillämpning. De opererar med ett tolkningsbegrepp som är ekvivalent med förståelse eller tillskrivande av mening till en text i varje situation.[204] Utifrån denna hållning blir juridisk tolkning den process genom vilken en rättsregel (textualiserad) förvandlas till en norm genom att den tillskrivs en mening. Från detta resonemang följer att det inte existerar några normer före tolkningen, utan endast texter eller regler som eventuellt förvandlas till normer när en given mening konkretiseras. Denna syn på begreppet juridisk tolkning förefaller dåligt anpassad till EG-rättsliga förhållanden.[205]

När en EG-rättslig norm aktualiseras i EG-domstolen i samband med en tolkningsfråga existerar redan tolkningsnormer som internaliserats av domarna. De kan härröra från institutionell och juridisk tradition, tidigare rättspraxis eller allmän moralisk normbildning. Denna process av förförståelse är särskilt viktig i systemet med förhandsavgöranden eftersom kompetensfördelningen lägger hinder för den process som innebär att normens vaghet uttöms genom interaktion med sakomständigheterna i det konkreta fallet. EG-domstolen kan ju endast beakta de sakomständigheter som finns i den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande.[206]

En möjlighet synes vara att begränsa begreppet juridisk tolkning till de situationer där det föreligger tvivel om en juridisk texts innebörd.[207] All tolkning kan sägas förutsätta tillämpning och all tillämpning förståelse, dvs tolkning.[208] Denna position antyder en relativt bred syn på begreppet tolkning.

Av vissa har det framhållits att tillskrivandet av mening till en text och dess tillämpning i en specifik situation inte kan betraktas som två skilda

[204] Gadamer, Truth and Method 1989, s 307.
[205] Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice 1993, s 95.
[206] Se ovan under avsnitt 7.2.4.
[207] Bengoetxea 1993 s 95. För en utförlig diskussion se Gadamer 1989 och Ricoeur, Interpretation Theory: Discourse and the Surplus of meaning 1976.
[208] Gadamer 1989 s 304 f.

handlingar, utan som en enhetlig process. En regels normativa innehåll kan endast bestämmas genom dess tillämpning på ett konkret fall där reella sakförhållanden styr tolkningsutfallet. I det ögonblick då tillskrivandet av mening sker föreställs, eller utförs hypotetiskt, tillämpning. Den faktiska situationen rekonstrueras och översätter sig själv mot bakgrund av den regel som reglerar dess fakta. Allt sker som i en hermeneutisk cirkel. Tolkning utgör alltid ett mellansteg mellan sakfrågor (sakomständigheter, bevisfrågor etc) och tillämpningen av den tolkade normen på denna. Hermeneutikens uppgift är att anpassa en texts mening till en situation som den är tillämplig på. Denna process synes förutsätta en sammansmältning av olika perspektiv. Texten i sig själv söker konstitutera ett visst tillstånd, medan tolkaren/tillämparen närmar sig texten med helt andra före- och frågeställningar. Resultatet härrör således från en dialog mellan dessa positioner.[209]

Bengoetxea talar om tolkning som en social handling och refererar till tolkning som en aktivitet och inte som ett resultat av en aktivitet. De meddelanden som tolkas återfinns i texter. Tolkning av en text är en aktivitet som resulterar i ett visst resultat. Denna aktivitet kan i sig själv bli föremål för rationell rekonstruktion. Man kan således å ena sidan tala om den operativa tolkning av en text som utförs av EG-domstolen, och å andra sidan de tolkningar eller rekonstruktioner av denna verksamhet som utförs av forskare. EG-domstolens tolkning kan ses som ett intern normativ utsaga, medan den rationella rekonstruktionen av tolkningspraxis utgör fristående rättsliga utsagor. Tolkning har huvudsakligen texter som utgångspunkt och grundmaterial, och inte muntlig diskurs. Två relevanta särdrag vid tolkning saknas i en muntlig dialog: distansen mellan sändare och budskap och distansen mellan sändare och mottagare. Det är den rumsliga, temporära och kulturella distansen mellan meddelande och sändare och/eller mellan sändare och mottagare som gör tolkning nödvändig. Idén om distans är enligt Bengoetxea nära relaterad till sammansmältningen av EG-fördragens budskap/mening vid författandet eller slutandet, och EG-domstolens tolkning/tillämpning av dem.[210]

Jag har tidigare definierat tolkningsutrymmet som ett rättsligt begrepp eller ett område av juridiska möjligheter att lösa en tvist. Det legitima tolkningsutrymmet är den auktoritet domaren har att välja mellan minst två rättsliga alternativ.

Domarens val aktualiseras normalt i olika stadier av den dömande verk-

[209] Bengoetxea 1993 s 96. Jmfr även Habermas 1996 s 197 f.
[210] Bengoetxea 1993 s 97 f.

samheten. I första hand kan valet relateras till fakta. Inom tolkningsutrymmet förekommer en mängd fakta som är nödvändiga för lösningen av den konkreta konflikten. Denna aspekt av tolkningsutrymmet rör således fastställande av fakta. I andra hand kan valet aktualiseras i anslutning till tillämpningen av en given norm. Här avses det handlings- eller tolkningsutrymme som rör tillämpningen av normen mot bakgrund av en mängd givna fakta. I tredje hand aktualiseras tolkningsutrymmet vid fastställandet av rättsnormen själv.[211]

Tolkningsutrymmets aspekter och rättstillämpningens karaktär gör det enligt min mening i princip omöjligt att ens laborera med en fungerande teoretisk distinktion mellan tolkning och tillämpning i artikel 177. Som tidigare visats aktualiserar systemet med förhandsavgöranden en serie av komplicerade relationer mellan tolkning och tillämpning. Svårigheten att teoretiskt kunna laborera med distinktionen faller tillbaka på förhållandet mellan *fakta* och *tolkning*. Från den nationella tvistens förberedande behandling till EG-domstolens förhandsavgörande och den nationella domstolens lösande av den konkreta tvisten inträffar en mängd tolkningstillfällen, eller annorlunda uttryckt; *förståelsemoment*

Eftersom i princip all förståelse/tolkning är teoribunden synes det omöjligt att i den intellektuella processen utmönstra tolkning och tillämpning som distinkta kategorier. Det går helt enkelt inte att frilägga verksamma distinktioner mellan tolkning som en förståelseprocess och tillämpning som en subsumtions- och deduktionsprocess av fastställda fakta under den tolkade normen.

I en konflikt mellan en EG-norm och en nationell norm är EG-domstolen tvungen att tolka/förstå båda normerna. Lösningen av konflikten kräver en teoribunden observation av båda normerna, dvs en självständig tolkning av nationell rätt vilket ligger utanför EG-domstolens formella kompetens.[212]

7.5 Sammanfattning och slutsatser

I *kapitel 7* fördjupas diskussionen om kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Här visas hur EG-domstolen när den formulerar *sakprövningsförutsättningar* för tolkningsfrågornas prövning försöker upprätthålla en klar kompetensfördelning mellan EG-rätt och

[211] Barak 1989 s 12 f.
[212] Se mer om detta under avsnitt 8.4 nedan.

nationell rätt, mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Domstolen har i en serie av mål försökt ge nationella domare en vägledning om hur en begäran om förhandsavgörande skall vara utformad för att uppfylla de formella sakprövningsförutsättningarna.

Kapitlet påvisar att EG-domstolen i stort sett misslyckats med att formulera fasta kriterier för de nationella domarna när de utformar sin begäran om förhandsavgörande och formulerar sina tolkningsfrågor. Skälet till oklarheterna kan enligt min mening vara att EG-domstolen i sin strävan att så långt det är möjligt försöka åstadkomma enhetlig tolkning och tillämpning antar en begäran om förhandsavgörande som formellt uppvisar brister i sakprövningshänseende men av andra skäl anses relevant för EG-rättens utveckling.

En av de bakomliggande förklaringarna till den oklara kompetensfördelningen kan enligt min mening sökas i förhållandet mellan sakprövningsförutsättningarna och förhandsavgörandenas *struktur* och *effekter*. Om EG-domstolen antar tolkningsfrågor i fall där den inte är klar över den nationella tvistens rättsliga och sakliga sammanhang och tolkningsfrågornas EG-rättsliga relevans, riskerar EG-domstolens förhandsavgörande att antingen bli irrelevant för den nationella domstolen vid avgörandet av tvisten, eller inkräkta på den nationella domstolens tillämpningsutrymme. Sakprövningsförutsättningarna står således i direkt relation till förhandsavgörandets utformning och dess rättsliga verkan vid lösandet av den nationella tvisten.

Kapitel 7 visar att EG-domstolen misslyckats med att upprätthålla kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Ett av huvudskälen till detta är EG-domstolens *pragmatiska* hållning till de nationella domstolarnas tolkningsfrågor. Det pragmatiska kan sägas bestå i att EG-domstolen vill hjälpa den nationelle domaren att lösa den nationella tvisten och ger en tolkning som sammanväver sakförhållandena i den nationella tvisten med de rättsfrågor som uppkommer vid tolkningen av den EG-rättsliga normen. Tolkningens konkreta utformning leder då till att den nationelle domaren inte har något eget tillämpningsutrymme. Distinktionen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt suddas därmed ut.

EG-domstolens pragmatiska hållning tillsammans med det faktum att en majoritet av tolkningsfrågorna aktualiserar normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt får till konsekvens att EG-domstolens tolkningar av EG-rätten ofta ger klart besked om *förenligheten mellan EG-rätt och nationell rätt*. I praktiken utövar EG-domstolen i dessa fall en legalitetsprövning av nationell rätt. Om EG-domstolens ''tolkning'' av EG-rätten ger vid handen

att nationella regler strider mot EG-rätten är de nationella domstolarna förpliktade att åsidosätta de nationella reglerna. Vidare är de nationella politiska institutionerna förpliktade att upphäva den EG-stridiga lagstiftningen.

För att avgöra normkonflikter i normprövningsfall är EG-domstolen tvungen att tolka nationell rätt. EG-domstolens tolkning av den EG-rättsliga normen styrs alltid av de konkreta sakomständigheterna i den nationella tvisten. Om EG-domstolen inte formellt erkänner normprövningen under artikel 177 och menar att denna skall karaktäriseras som ''pragmatisk tolkning'' blir konsekvensen att de nationella reglerna i princip måste kvalificeras som sakomständigheter och inte som rättsfakta. Ytterligare en viktig poäng som är hänförlig till begränsingarna av EG-domstolens tolkningsutrymme är svårigheten att skilja mellan tolkning och tillämpning. Artikel 177 kan härmed sägas inrymma en inneboende vaghet och obestämbarhet. Denna kvalité skapar ett tolkningsutrymme som är en avgörande betingelse för EG-domstolens möjligheter att utveckla doktriner om EG-rättens effektivitet och ett effektivt rättsskydd för enskilda.

Syftet har inte varit att hävda att EG-domstolen *skall* upprätthålla en klar kompetensfördelning. Min poäng är att EG-domstolen mot bakgrund av EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning inte *kan* upprätthålla en klar kompetensfördelning, vare sig mellan EG-rätt och nationell rätt eller mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

De följande kapitlen 8 och 9 ifrågasätter om idén om två separata rättssystem och en klar judiciell kompetensfördelning är förenlig med EG-domstolens roll som författningsdomstol och strävan att säkra EG-rättens effektivitet.

Kapitel 8
EG-domstolens doktrin om spärrverkan och förhållandet mellan legislativ och judiciell kompetensfördelning

8.1 Inledning

I de föregående två kapitlen har jag analyserat gränserna mellan EG-domstolens och de nationella domstolarnas jurisdiktion enligt systemet med förhandsavgöranden. Min slutsats var att EG-domstolen inte lyckats upprätthålla en klar kompetensfördelning. Jag angav i huvudsak två skäl till detta. För det första har EG-domstolens pragmatiska tolkning av artikel 177 lett till att symmetri mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas effekter och struktur inte kunnat upprätthållas. Därmed blir det också omöjligt att juridiskt formulera klara kompetensgränser. För det andra föreligger teoretiska problem med att överhuvudtaget lansera en distinktion mellan tolkning och tillämpning som en gräns för domstolars jurisdiktion.

EG-domstolens utveckling av företrädesdoktrinen till en doktrin om *spärrverkan* är nära kopplad till artikel 177 och de institutionellt jurisdiktionella gränserna mellan EG-domstolen och nationella domstolar. EG-domstolens tolkningsutrymme vid fördelning av legislativa kompetenser begränsas i hög grad av att den formellt sett endast kan tolka EG-rätt och inte har kompetens att kontrollera den nationella lagstiftningens förenlighet med EG-rätten. I detta kapitel relateras den oklara kompetensfördelning som ligger till grund för EG-domstolens konstitutionsanspråk[1] till den judiciella kompetensfördelningen enligt artikel 177.

[1] Se avsnitt 5.4 ovan.

8.2 Spärrverkan som kompetensfördelningsdoktrin

Låt oss närmare analysera vilka uttryck EG-domstolens kompetensfördelningsstrategi har tagit sig. Hur har EG-domstolen mer konkret kommit att tillämpa företrädesdoktrinen? Doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell rätt har kommit att vidareutvecklas av EG-domstolen till att inte endast avse förhållandet mellan rättsordningarna i stort eller till rena normkonflikter mellan nationell rätt och EG-rätt. Domstolen har sett det som sin uppgift att formulera och utveckla en doktrin som definierar under vilka förhållanden nationell rätt skall åsidosättas vid konflikter med EG-rätt. Denna mer väldefinierade doktrin har i den rättsvetenskapliga doktrinen utformats i nära anslutning till det amerikanska *pre-emptionbegreppet.*[2]

Trots att *pre-emption*, som begrepp, säkert skulle kunna fungera för att beskriva hur regler och kompetenser interagerar, väljer jag att använda begreppet *spärrverkan*[3]. Begreppen spärrverkan och pre-emption är enligt mitt synsätt utbytbara. Terminologin i undersökningen präglas genomgående av denna användning.

Jag använder spärrverkan för att förklara hur en EG-regel, eller ett system av EG-regler, förhindrar *tillämpning*, eller *beslutande* av regler på medlemsstatlig nivå.[4] En betydande del av EG-domstolens praxis behandlar frågan under vilka förutsättningar kompetensen att lagstifta på nationell nivå är utesluten till följd av att gemenskapen har kompetens på området eller redan har lagstiftat. Detta är en fråga som skiljer sig från företrädesproblematiken, eftersom denna förutsätter existensen av två regler, en EG-regel och en nationell regel med anspråk på samma tillämpningsområde. Spärrverkansproblemet skiljer sig härifrån genom att resa frågan om nationell reglering är utesluten på grund av latent kompetens eller faktiskt utnyttjad kompetens i form av regler.[5]

Min avsikt är att huvudsakligen fokusera på förhållandet mellan EG-

[2] Om det amerikanska pre-emptionbegreppet, se Note, A Framework for Pre-emption Analysis, Yale L J 1978 s 363 ff och samme Note, Pre-emption and Regulatory Efficiency in Federal Energy Statutes, Harv L Rev 1990 s 1306 ff.

[3] Begreppet används även i svensk doktrin av Cramér, EU och Europatanken 1994, s 94.

[4] Att tillmäta nationell rätt och EG-rätt, i reglernas relation till varandra, olika statsrättslig dignitet är inte helt problemfritt. Enligt EG-domstolen har EG-rätten företräde (högre statsrättslig dignitet) än samtliga nationella regler. Detta beror på att EG-rätten är av en "egen natur", som är härledd inifrån systemet. Det nationella konstitutionella perspektivet antyder emellertid att EG-rätten inte kan ha företräde framför alla nationella konstitutionella regler (se bl a De Witte, Community Law and National Constitutional Values, LIEI 1991, s 4 f).

[5] Rasmussen, EU-ret og EU-institutioner i kontekst 1994, s 234.

rätten och nationell rätt, dvs EG-rättens spärrverkanseffekt i förhållande till nationella regler. Den EG-rättsliga spärrverkansdoktrinen är ägnad att fungera som ett verktyg dels för lösningen av rena normkonflikter, dels för att balansera och fördela lagstiftningskompetens mellan gemenskapen och medlemsstaterna. Doktrinen bör därför utformas med höga krav på flexibilitet för att kunna tillämpas med rimlig förutsägbarhet i så många mål som möjligt.[6]

Analysen utgår ifrån att EG-domstolen inte lyckats skapa klara kriterier för kompetensfördelning.[7] Med Lenaerts:

> ''The residual powers of the Member States have no reserved status. The Community may indeed exercise its specific, implied or non-specific powers in the fullest way possible, without running into any inherent limitation set to these powers as a result of the sovereignty which the Member States retain as subjects of international law. There simply is no nucleus of sovereignty that the Member States can invoke, as such, against the Community.''[8]

En analys av spärrverkansdoktrinen bör därför inte begränsas till de områden som traditionellt anses tillhöra gemenskapens exklusiva kompetensområden utan omfatta samtliga områden där kompetensfördelningsproblem kan förekomma.

Ett syfte med kapitlet är att, mot bakgrund av EG-domstolens praxis och anslutande rättsvetenskapliga doktrin, dels beskriva EG-domstolens tekniker för lösandet av norm- och kompetenskonflikter, dels presentera en analysmodell för lösandet av konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt. Den presenterade modellen föreslår ett flexibelt spärrverkansbegrepp som framförallt passar för det politiska sammanhang som i framtiden i större utsträckning kan komma att handla om delad kompetens snarare än exklusiv kompetens.

Det huvudsakliga syftet är att visa hur EG-domstolens tolkningsutrymme i kompetensfördelningsfrågor förhåller sig till den judiciella kompetensfördelningen enligt artikel 177.

8.2.1 EG-domstolens spärrverkansdoktrin

I ERTA-målet kan vi finna den först formulerade doktrinen om spärrver-

[6] Cross, Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis, CML Rev 1992 s 471 f.
[7] Se avsnitt 5.2 ovan.
[8] Lenaerts, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, AJCL 1990 s 220.

kan. Doktrinen var vid denna tid relativt dogmatisk och saknade flexibilitet:

> ''... once a Community common policy has been initiated, Community competence pre-empts Member State competence.''[9]

I ett senare mål finner vi ett alternativt kriterium som ser till möjligheten för medlemsstaterna att göra diskretionära överväganden:

> ''... in the absence of any Community provision on the method of calculating the fixing of groups of products and the establishment of average rates, this remains at the discretion of Member States exercised under the supervision of the Commission.''[10]

Ytterligare ett kriterium kan härledas ur målet Gravier som handlade om utbildningspolitik:

> ''... even when a certain subject-matter does not fall under Community competence, there might still be aspects related to that subject-matter which are not foreign to Community law.''[11]

Denna syn kom att understrykas av EG-domstolens syn på gemenskapens externa kompetenser. I yttrandet över ett fördrag rörande Inland Waterway Vessels[12] finner vi kanske det klaraste uttrycket för gemenskapens vilande kompetenser vad gäller slutande av fördrag:

> ''The power of the Community to conclude such an agreement is not expressly laid down in the Treaty. However... authority to enter into international commitments may not only arise from an express attribution by the Treaty, but equally may flow implicitly from its provisions... [T]he power to bind the Community vis-a-vis third countries nevertheless flows by implication from the provisions of the Treaty creating the internal power and in so far as the participation of the Community in the international agreement is, as here, necessary for the attainment of one of the objectives of the Community.''[13]

I ett av de ledande företrädesmålen, Simmenthal-målet[14], kunde de första konturerna av en klarare definition av spärrverkansbegrepp skönjas.[15] EG-domstolen uttalade:

> ''[I]n accordance with the principle of precedence of Community law, the rela-

[9] Mål 22/70 [1971] ECR 263.
[10] Mål 28/67 Molkerei-Zentrale [1968] ECR 143.
[11] Mål 293/83 [1985] ECR 593.
[12] Opinion 1/76 Inland Waterways [1977] ECR 741.
[13] Ibid s 755.
[14] Mål 106/77 [1978] ECR 629.
[15] Se även avsnitt 4.6 ovan.

tionship between provisions of the Treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such as those provisions and measures not only render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but – in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States – also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which it would be incompatible with Community provisions.''[16]

EG-domstolen utsträcker i Simmenthal-målet den tidigare hävdvunna företrädesdoktrinen till att även omfatta ett förbud för den nationella lagstiftaren att agera inom det område som täcks av direkt tillämpliga EG-normer. EG-domstolen fortsätter och formulerar följande institutionella förpliktelse:

''...a national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provisions by legislative or other constitutional means.''[17]

I *CERAFEL*[18] tar en mer väldefinierad spärrverkansdoktrin form. Här uttalar domstolen att utvidgningen av tillämpningsområdet av franska regler på jordbruksområdet kunde prekluderas av en förordning.[19] Domstolen angav tre grunder: för att reglerna rör ett område som den gemensamma organisationen av marknaden uttömmande har reglerat, för att utvidgningen av reglernas tillämpningsområde leder till att de hamnar i konflikt med EG-normer, för att reglerna stör funktionen av den gemensamma organisationen av marknaden.[20] Dessa tre grunder för spärrverkan har härletts ur domstolens doktrin om EG-rättens företräde. Grunderna berör såväl direkta konflikter som antydda eller potentiella konflikter mellan sekundära EG-normer och nationella regler.

Enligt målet CERAFEL kan nationella regler åsidosättas och uteslutas från tillämpning i tre fall.

1. Om EG ockuperar ett lagstiftningsområde.

[16] Mål 106/77 [1978] ECR 629 p 17.
[17] Ibid p 24.
[18] Mål 218/85 [1986] ECR 3513.
[19] Se Quitzow, Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen 1995, s 84 som menar att avgörandet i CERAFEL "... torde kunna tillmätas betydelse också beträffande andra marknadsordningar."
[20] Mål 218/85 CERAFEL [1986] ECR 3513 p 13-16.

2. Om nationella regler står i direkt konflikt med EG-regler.
3. Om nationella regler stör den gemensamma marknadens funktion.

I målet hade EG-domstolen att tolka en förordning på jordbruksområdet. I den nationella processen aktualiserades regler, beslutade av en fransk producentorganisation, som innebar att även producenter som inte var medlemmar hade att efterleva producentorganisationens normgivning. EG-förordningen besvarade inte frågan huruvida organisationen hade kompetens att utsträcka reglernas tillämpning till andra än medlemmarna av organisationen.

EG-domstolen uppställde tre grunder (se ovan) enligt vilka de nationella reglerna måste åsidosättas och uteslutas från tillämpning med hänvisning till EG-förordningen. EG-domstolen valde den första av dessa:

> ''It may be concluded... that Regulation No. 1035/72 establishes an exhaustive body of rules governing the matter... Consequently, a Member State has no power to extend to all producers the intervention rules laid down by producers' organizations.''[21]

I ett senare mål (artikel 169-förfarande), Commission v Belgium (Bulk Fruit)[22], aktualiserades samma förordning (No. 1035/72) som i *CERAFEL*. Här hade den belgiska staten föreskrivit att belgiska producenter måste ange minsta nettovikt och antalet enheter på alla bulkemballage innehållande jordbruksprodukter. Detta trots att EG-förordningen endast krävde detta för vissa angivna produkter (lök, selleri m m). Den belgiska staten menade att de nationella reglerna var användbara såväl tekniskt som administrativt.[23] I sitt avgörande refererade EG-domstolen till CERAFEL och uttalade att frukt- och grönsaksmarknaden var uttömmande reglerad av EG-regler, därför saknar Belgien kompetens att utfärda ytterligare förpackningsföreskrifter på området.[24]

EG-domstolens avgörande i Bulk Fruit kan kritiseras ur en mängd avseenden. Cross anser att

> ''... the decision can be criticized for its empty and formalistic reasoning, and its harsh treatment of Belgian requirements. The Court did not recognize any presumption in favour of the validity of the national measures.''[25]

EG-domstolen gjorde heller inget försök att balansera EG och nationella

[21] Ibid p 19.
[22] Mål 255/86 [1988] ECR 693.
[23] Ibid p 4.
[24] Ibid p 11.
[25] Cross 1992 s 461.

intressen mot varandra. EG-domstolen synes ha menat att de belgiska reglerna var presumptivt ogiltiga eftersom EG-regler existerar på området. Cross uttrycker mot bakgrund av detta resonemang följande farhåga:

> ''It would be unfortunate for the development of the Community system if this type of preemption analysis was used in *all* implied pre-emption cases.''[26]

Cross anser att ett ''implied pre-emption case'' karaktäriseras av att en domstol saknar uttryckliga normdirektiv från EG-institutionerna vad gäller spärrverkan-effekten av en viss regel. I dessa mål har domstolen att själv sluta sig till den eventuella effekten.[27]

I *Bulk Fruit* synes EG-domstolen tillämpat en presumtion till förmån för EG-reglerna. Denna hållning kan kontrasteras mot den amerikanska högsta domstolens presumtion för den delstatliga rättens giltighet. Enligt denna presumtion krävs en klar och manifesterad avsiktsförklaring från kongressen för att domstolen skall sluta sig till att den federala lagstiftningen ockuperat ett lagstiftningsområde.[28]

8.2.2 Spärrverkan i doktrinen

Efter EG-domstolens avgörande i *Simmenthal* följde en hel del kommentarer från akademin.[29] Weiler karaktäriserade utvecklingen av spärrverkansbegreppet som en färd från purism och dogmatism till pragmatism och flexibilitet:

> ''First, by its maturing from a crude, even dogmatic statement of pure principle, to a relatively sophisticated doctrine sensitive to Community needs. Secondly, pre-emption, is seen to be spreading from one substantive field of Community law to another. It now affects sectors such as fisheries, competition policy and agriculture.''[30]

De inledande kommentarerna präglades av försök att skilja spärrverkan från principen om EG-rättens företräde. Walbroeck gjorde följande distinktion mellan spärrverkan och företrädesdoktrinen:

> ''The problem of pre-emption consists in determining whether there exists a

[26] Ibid s 461.
[27] Ibid s 461 under not 40.
[28] Se Note, The Burger Court and Pre-emption Doctrine: Federalism in Balance, Notre Dame L Rev 1985 s 1248 ff.
[29] Se framförallt M Waelbroecks pionjärarbete; The emergent doctrine of Community pre-emption – consent and re-delegation 1982 s 548-580.
[30] Weiler, The Community System. The Dual Character of Supranationalism, YEL 1981 s 278 f.

> conflict between a national measure and a rule of Community law. The problem of primacy concerns the manner in which such a conflict, if it is found to exist, will be resolved."[31]

Walbroeck synes ha strävat efter att ringa in spärrverkan begreppet och begränsa dess tillämpning. Han presenterar en definition som skiljer sig från företrädesdoktrinen och komplicerar därmed utformandet av en mer användbar definition. Problemet för domaren blir att skilja på mål av normkonflikter, orena eller rena, och kompetensfördelningsmål. Gränserna mellan dessa kategorier av mål torde vara besvärliga att klart urskilja. Vidare gör Walbroeck skillnad på existensen av en normkonflikt och dess lösning. Denna momentuppdelning blir onaturlig eftersom det normhierarkiska problemet ligger inne med en latent lösning medan själva konstaterandet av konflikten inte gör det. Existensen och lösningen av konflikten torde även vara så intimt sammanvävda att en separation av momenten inte tillför något till begreppsdefinitionen. En flexibel och sofistikerad modell för konstaterandet av existensen av konflikter torde vara bättre ägnad för rättstillämparen.[32]

Jacobs och Karst[33] är inne på samma spår som Walbroeck:

> "For purposes of this chapter, the (principle of pre-emption) will be treated as going beyond the principle of primacy... it will be taken to refer to cases where the Member States are precluded from legislating, not because the legislation would conflict with Community law but because the competence in question is exclusively a Community competence."[34]

Denna definition måste karaktäriseras som väl restriktiv då den endast omfattar de områden där gemenskapen har exklusiv kompetens. Vidare synes definitionen utelämna relationen mellan sekundär EG-lagstiftning och nationella regler.

Även Walbroeck synes ha resonerat i liknande banor när han menar att spärrverkansproblem inträffar på de gemensamma politikområden där gemenskapens lagstiftningskompetens är omfattande, dvs på jordbruksområdet, konkurrensområdet, transportområdet och på utrikeshandelsområdet. Han noterade att spärrverkansproblem, och då i synnerhet normkonflikter, inte i någon nämnvärd utsträckning inträffar på området för fria varurörel-

[31] Walbroeck 1982 s 551.
[32] Cross 1992 s 451 f.
[33] Jacobs och Karst, The 'Federal' Legal Order, The U S A and Europe compared: A juridical perspective, i Integration through law 1986, Vol I book 2, s 318 f.
[34] Ibid s 237.

ser. Detta beror enligt Walbroeck på att dessa mål löses genom tolkning av uttryckliga fördragsartiklar. Detta konstaterande av Walbroeck är centralt då det leder till slutsatsen att spärrverkan förutsätter ''... central policy making power.''[35]

Ytterligare en definition av spärrverkan har presenterats av Weiler, Krislov och Ehlermann.[36] De använder en annan väg för att skilja mellan spärrverkan och företrädesdoktrinen:

> ''[Spärrverkan] and supremacy represent, in a sense, two sides of the same coin. Both doctrines are designed to ensure the primacy of the Community over the member states. They differ however as regards their operation, both in time and in legal space. Supremacy, as we know, provides that once a positive Community measure already exists any conflicting national norm becomes inapplicable. [Spärrverkan] precedes this situation in the temporal and (legal) spatial sense. We are concerned here with a situation where there may not exist a specific Community measure, but where the entire policy area – the legal space – has become 'occupied' or even potentially occupied, by the Community in the sense that it is the duty of the Community to fill and regulate that area. When [spärrverkan] operates, Member States will be prevented from introducing measures – and hence the temporal dimension – even in the absence of, or before the adoption of, a specific Community rule.''[37]

Dessa jurister gör även de en distinktion mellan spärrverkan och företrädesdoktrinen. De använder emellertid ett annat tillvägagångssätt än de tidigare refererade (Walbroeck m fl). De gör detta genom att knyta spärrverkan till gemenskapens *ockupation* av ett lagstiftningsområde, och företrädet till konflikter mellan vissa specifika regler. De definierar spärrverkan som en princip som utesluter nationella regler endast när gemenskapen verkligen eller potentiellt har ockuperat ett lagstiftningsområde. Definitionen kan tyckas onödigt restriktiv eftersom den utesluter de lagstiftningsområden där kompetensen inte är exklusiv.[38]

Även Cramér är inne på en restriktiv definition:

> ''[Doktrinen om EG-rättens spärrverkan] kan ses som en naturlig konsekvens av doktrinen om EG-rättens företräde: då all nationell lagstiftning som står i strid med tillämpliga bestämmelser i EG-rätten skall åsidosättas i rättstillämpningen är det naturligt att nationella lagstiftande organ inte heller har kompetens att lagstifta inom områden där det existerar tillämpliga EG-rättsliga normer. Spärr-

[35] Walbroeck 1982 s 550 f.
[36] Krislov, Ehlermann och Weiler, Political Organs and Decision-Making Process, i Cappelletti, Seccombe och Weiler red Integration through courts 1986, vol 1 book 1, s 90 f.
[37] Ibid s 90.
[38] Cross 1992 452 f.

verkan innebär således att en exklusiv lagstiftningskompetens på gemenskapsnivån etableras genom att den potentiella kompetens som de gemensamma institutionerna givits... aktualiseras i form av en reglering på gemenskapsnivån. Fram till dess kvarstår en nationell lagstiftningskompetens, som dock enbart får utövas under iakttagande av den grundläggande förpliktelsen om lojalitet med fördragsmålens förverkligande."[39]

Den modell för spärrverkan som jag presenterar nedan inbegriper även de mål där lojalitetsbestämmelserna i artikel 5 EG ensamma eller i kombination med andra bestämmelser har spärrverkanseffekt. Därmed hamnar områden där kompetensgränserna är oklara i fokus. Ett exempel är konkurrensrätten, där EG-domstolen i ett ledande mål[40] rörande kompetensfördelningen hänför sig till allmänna mål i fördragsartiklar (artikel 2) och underförstått artikel 5 EG i förening med fördragets bestämmelser om konkurrens (artikel 87 (2)).[41]

Begränsas en analysmodell för spärrverkan till endast områden för exklusiv kompetens tappar den flexibilitet och anpassningsmöjligheter till unionens löpande utveckling. Modellen synes därmed även bättre anpassad till EG-domstolens pragmatiska inställning till lösningen av normkonflikter.[42]

8.3 Spärrverkan som analysmodell för normkonflikter

8.3.1 Inledning

Analysmodellen för lösningen av konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt som presenteras i detta kapitel tar sin utgångspunkt i EG-domstolens praxis och den rättsvetenskapliga doktrin som kommenterat denna.[43] Det första avsnittet ägnas åt att definiera spärrverkan som EG-rättsligt begrepp.

Modellen är inspirerad av U S Supreme Courts systematik och terminologi.[44] I denna domstols spärrverkansanalyser kan man skönja en systema-

[39] Cramér 1994 s 94.
[40] Mål 14/68 Walt Wilhelm [1969] ECR 1.
[41] Problematiken behandlas utförligt av Wahl, Konkurrensförhållanden 1994, s 241 ff.
[42] Se ovan avsnitt 7.3.3.2.
[43] Walbroeck 1982 s 548 ff och Weiler 1981 s 267 ff.
[44] Tribe, American Constitutional Law 1988, s 481 ff.

tisering som utgår från en indelning av fall i tre grupper.[45] Genom *express preemption* förklarar kongressen i uttryckliga ordalag sin avsikt att spärra ut delstatlig lagstiftning inom ett visst område, *implied preemption* innebär att kongressen genom federala reglers struktur eller mål underförstått spärrar ut delstatlig lag, i mål av *conflict preemption* finns ingen uttrycklig avsikt att ta över delstatlig reglering men här står en delstatlig norm i direkt konflikt med federala normer eller innebär ett hinder för förverkligandet av federala mål.[46]

8.3.2 Förslag till typologi

Den föreslagna typologin består av fem huvudgrupper. De tre första grupperna behandlar kompetenskonkurrens, dvs fördelning och balansering av lagstiftningskompetens, medan den fjärde gruppen behandlar mål rörande normkonflikter. Den femte gruppen behandlar *rena konflikter* mellan fördragsartiklar och nationell rätt.

Till den första gruppen av mål hör de fall där EG-normer uttryckligen ger medlemsstaterna kompetens att, inom ett visst område, lagstifta i konkurrens med EG-institutioner eller lagstifta exklusivt. Jag benämner därav reglerna *undantagsregler* och rättsfallen *undantagsfall.*

Den andra gruppen består av mål där EG-normer uttryckligen förbjuder medlemsstaterna att lagstifta eller uttryckligen föreskriver att gemenskapens institutioner har exklusiv kompetens att lagstifta inom ett visst område. Jag kallar dessa regler *klara företrädesregler* och målen *klara företrädesmål.*

I den tredje gruppen finner vi mål där EG-domstolen uttalar att EG-normer reglerar ett lagstiftningsområde på ett så uttömmande sätt att någon kompetens hos medlemsstaterna inte finns kvar. Gemenskapen har så att säga uttömt kompetensen och ockuperat ett visst område. Dessa mål benämns *ockupationsfall.* Denna terminologi är hämtad från Note som utifrån amerikanska förhållanden talar om *occupation* av ett lagstiftnings-

[45] Svårigheten att avgränsa varje grupp av mål framhålls av Tribe 1988 s 481 not 14: "These three categories of preemption are anything but analytically air tight. For example, even when Congress declares its preemptive intent in express language, deciding exactly what it meant to preempt often resembles an exercise in implied preemption analysis. So too, implied preemption analysis is inescapably tied to the presumption that Congress did not intend to allow state obstructions of federal policy, a central inquiry in conflict preemption analysis."

[46] Se exempelvis Pacific Gas & Electric Co v State Energy resources Conservation & Development Comm'n, 461 U.S. 190, 203 f, (1983).

område.[47] Den fjärde gruppen är uppdelad i två undergrupper och rör mål av normkonflikter. I den första undergruppen finner vi mål i vilka nationella normer står i direkt konflikt med EG-normer. Detta kan dels bero på att nationella normer tolkats extensivt av nationella myndigheter och därmed hamnat i konflikt med EG-normer, dels på att den nationella lagstiftaren avsiktligt har beslutat fördragsstridiga regler. Målen benämns *rena konfliktmål.*

Den andra undergruppen består av mål där nationella normer inte står i direkt konflikt med EG-normer, men väl *stör funktionen av den gemensamma organisationen av marknaden.*[48] Jag benämner dessa mål *orena konfliktmål.*

Den andra undergruppen av *orena konfliktmål* aktualiserar den problematik som behandlats ovan i kapitel 6 och 7. EG-domstolen måste i de orena konfliktmålen fastställa ändamålet med de aktuella EG-normerna, för att därefter ta ställning till om de nationella reglerna förhindrar förverkligandet av detta ändamål. Konfliktanalysen i dessa mål problematiseras emellertid av domstolens begränsade jurisdiktion enligt artikel 177 EG. EG-domstolen har här ingen formell kompetens att avgöra frågor som rör förenligheten mellan EG-rätt och nationell rätt eller tolka nationell rätt.[49]

I den femte gruppen återfinns mål av konstitutionell natur, dvs mål där EG-domstolen tar ställning till rena konflikter mellan fördragsartiklar och nationell rätt.

8.3.3 Avgränsningsproblem

Det bör framhållas att EG-domstolens mer utvecklade definition av spärrverkan, som den formulerades i *Simmenthal*[50], är relativt ung. De rättsliga kommentarerna är därför inte särskilt omfattande. Det huvudsakliga problemet har varit att formulera ett begrepp som dels uppfyller krav på enhetlighet och dels är ägnat att kunna tillämpas på så många mål som möjligt. Cross har uppmärksammat detta och föreslår att det EG-rättsliga spärrver-

[47] Note, Pre-emption as a Preferential Ground: A New Canon of Construction, Stan L Rev 1959 s 208.

[48] Formuleringen återfinns i en mängd mål. Se exempelvis mål 36/80 och 71/80 Irish Creamery Milk Suppliers [1981] ECR 735 p 19. EG-domstolen skulle här avgöra om irländsk lag "... had effects which obstruct the working of the machinery established by the common organization of the market."

[49] Se ovan avsnitt 7.3.3.

[50] Mål 106/77 [1978] ECR 629, s 643 f.

kansbegreppet bör utformas i nära anslutning till det amerikanska. Han menar att:

> ''Instead of narrowing the definition by associating it with exclusive Community competences, pre-emption problems should be viewed more broadly to include all instances of actual and potential conflict between Member State law an Community legislation. Pre-emption analysis should be understood as analysis of competing legislation; not as an analysis of conflicts that are strictly and exclusively between Member State law and Treaty provisions.''[51]

Trots att Cross propagerar för att skapa en så sofistikerad analysmodell som möjligt väljer han att utelämna konflikter som strikt och exklusivt kan karaktäriseras som konflikter mellan nationella regler och fördragsartiklar.

Cross menar vidare att EG-domstolen i första steget av analysen av spärrverkansmål söker undvika att relatera nationella regler till fördragsartiklar. I stället skulle domstolen vara mer benägen att analysera förhållandet mellan sekundär EG-rätt och nationella regler.[52] Förklaringen till denna preferens är enligt Cross att:

> ''...a judicial decision based upon an interpretation of Community legislation is safer than basing it upon an interpretation of a Treaty rule because mistakes in the latter case are more encompassing and more difficult to repair.''[53]

Härmed skull det enligt Cross vara enklare att undvika avgöranden av konstitutionell natur. Domstolens analyser inom ett visst lagstiftningsområde skulle därmed lättare kunna accepteras.[54]

För egen del ser jag i detta hänseende emellertid inte de fördelar med begränsningen av analysramen som Cross ser. Trots att Cross begränsning finner stöd i det amerikanska spärrverkansbegreppet bör nog det EG-rättsliga begreppet utformas utifrån de förutsättningar som gäller inom gemenskapen.[55]

Här bör man först och främst ha i åtanke att större delen av spärrverkansmålen härrör från en tillämpning av artikel 177 EG. Många av målen initieras av att den nationella domstolen ställer frågor som rör förenligheten

[51] Cross 1992 s 453.

[52] Denna slutsats har svårt att finna generellt stöd. Avgörande för EG-domstolens roll som författningsdomstol är systemet med förhandsavgöranden. Utgångspunkt för EG-domstolens avgöranden blir därmed de tolkningsfrågor som underställs domstolen.

[53] Ibid s 454.

[54] Ibid s 454.

[55] Se exempelvis Stuart, Problems of the EC: Transatlantic Parallels, ICLQ 1987 s 197 och Marenco, Government action and Antitrust Law in the United States: What Lessons for Community Law?, LIEI 1987 s 78.

mellan fördragsartiklar och nationell rätt.[56] Detta är relativt vanligt när det gäller den fria rörligheten för varor (artikel 30 EG) och konkurrensrätten (artikel 85 och 86 EG), två för EG-rätten helt centrala rättsområden.

Enligt min mening finns det vidare inga tungt vägande skäl för att EG-domstolen till varje pris skall undvika avgöranden av konstitutionell natur genom att i ett redan anhängiggjort mål avstå från en tolkning av aktualiserade fördragsartiklar till förmån för sekundär lagstiftning. Vill EG-domstolen undvika känsliga konstitutionella ställningstaganden får man lagstiftningsvägen sörja för detta. En möjlighet är att använda sk *docket-control* som föreslagits av Rasmussen[57], dvs närmast ett system med prövningstillstånd för möjligheten att erhålla förhandsavgöranden.

8.4 Typologin

8.4.1 Undantagsmålen

Undantagsmålen utmärks av att EG-regler uttryckligen förbehåller medlemsstaten lagstiftningsmakt eller förbjuder EG-lagstiftning inom ett visst område. Undantagsreglerna kan vara utformade på olika sätt. Ofta innehåller de en klausul som fördelar eller förbjuder lagstiftning. Som exempel kan anges ett direktiv som syftar till en harmonisering av regler rörande tobaksreklam.[58]

> ''The provisions of this Directive shall not affect the right of the Member States to introduce measures concerning tobacco advertising, in accordance with the Treaty, which deem necessary to guarantee the health protection of their citizens provided that such measures do not imply modifications of the content or of the form of advertisements as provided by this Directive.''

Ett annat exempel på en undantagsklausul står att finna i ett produktansvarsdirektiv[59]. Direktivet tillåter medlemsstaterna att avvika från EG-

[56] Se exempelvis de ledande målen 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1 och 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 592. Det bör emellertid framhållas att EG-domstolen under senare år haft större möjligheter att undvika renodlade konflikter mellan fördragsartiklar och nationell rätt då de politiska instansernas lagstiftningsaktivitet (sekundär rätt) ökat markant.

[57] Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice 1986, kap 14.

[58] The Draft Council Directive Relating to the Approximation of Requirements For Tobacco Advertising, [1989] 3 CMLR s 165.

[59] The Council Directive of July 25, 1985, on the Approximation of the Laws, Regulations, and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Products, O J 1985 L 210/29, Artikel 15 (2).

reglernas standard så länge avvikelsen görs inom vissa fastställda ramar. Denna typ av klausul skiljer sig från mer allmänna undantagsklausuler eftersom den lämnar ett relativt begränsat utrymme för avvikelser.[60]

Ovan refererade klausuler synes vara tillräckligt klara och tydliga för att EG-domstolen inte skall ha några svårigheter att lösa normkonflikter i mål där klausulerna aktualiseras. Klausulerna förefaller motsvara högt ställda krav på såväl tydlighet som förutsägbarhet. Genom att ge uttrycklig ledning på varje lagstiftningsområde är det möjligt för gemenskapens lagstiftande institutioner att klargöra rollfördelningen för medlemsstaternas myndigheter och undvika onödiga tvister.[61]

Det finns emellertid exempel på otydliga undantagsklausuler som berett EG-domstolen vissa tolkningsproblem. I Romkes-målet[62] hade EG-domstolen att avgöra om en specifik nationell åtgärd omfattades av en undantagsklausul. EG-domstolen hade här att tolka en undantagsklausul som tillät medlemsstaten att tillämpa ett högre minimimått för en viss fiskart. En fråga att ta ställning till var om undantagsklausulen skulle tolkas restriktivt eller mer extensivt. Vid en restriktiv tolkning blev endast de vid tidpunkten gällande nationella reglerna tillåtna, medan en extensiv tolkning även skulle tillåta senare beslutade striktare regler. EG-domstolen gick på den senare linjen och ansåg att såväl gällande som efterkommande nationella regler var förenliga med klausulen.[63] Av målet torde man kunna dra slutsatsen att med en klarare och mer genomarbetad undantagsklausul hade tvisten kunnat undvikas.

8.4.2 Företrädesmålen

I *företrädesmålen* inträffar en spärrverkanssituation när EG-regler uttryckligen förbjuder medlemsstaterna att besluta lagstiftning inom ett visst område eller när EG-regler uttryckligen föreskriver att EG-reglering av ett område är exklusiv eller uttömmande. Trots att EG-lagstiftning generellt inte uttrycker spärrverkanseffekten särskilt klart innehåller de flesta förordningar och direktiv regler som gäller effekten och verkningarna i förhållande till nationell rätt.[64]

[60] Cross 1992 s 457.
[61] Ibid s 457.
[62] Mål 53/86 [1988] ECR 2691.
[63] Ibid s 2701 f.
[64] Cross 1992 s 458.

Spärrverkansklausuler (företrädesklausuler) är ofta utformade så att de uttrycker positiva skyldigheter för medlemsstaterna. Dessa skyldigheter uttrycks emellertid mer eller mindre tydligt från fall till fall. Tolkningsproblem är vanligt förekommande. Som exempel kan anges ett direktiv (70/524) som rör tillsatser i djurfoder. Direktivet föreskriver att:

> ''The Member States shall ensure that feedingstuffs which conform to the provisions of this Directive shall be subject... to no marketing restrictions other than those provided for in this Directive.''

Hur skall direktivet tolkas i spärrverkanshänseende? Det är knappast en klar och tydlig företrädesklausul som förbjuder medlemsstaterna att besluta viss lagstiftning. Direktivet blev föremål för EG-domstolens tolkning i målet Denkavit[65].

Domstolen uttalade att direktivet var avsett att avhålla medlemsstaterna från att ensidigt besluta regler på det aktuella området. Denna tolkning kan förefalla märklig. Om ändamålet med regeln hade varit att utesluta ytterligare nationell lagstiftning, varför har då inte klausulen utformats som ett uttryckligt förbud? En förklaring kan vara att klausulen reglerar ett politiskt känsligt område. Under lagstiftningsprocessen kan åtskilliga kompromisser ha gjorts med avseende på utformningen av företrädesklausulen. I detta mål har kompetensfördelningen gjorts oklar, kanske i syfte att undvika att inkräkta på vissa staters självbestämmande på området.

Ur rättsäkerhetssynpunkt är det emellertid mindre lämpligt att besluta otydliga kompetensfördelningsregler för att sedan överlåta till den kanske mest integrationsfrämjande institutionen av alla, EG-domstolen, att tolka oklarheterna. I det ovan refererade Denkavit-målet stannade domstolen, kanske inte särskilt oväntat, vid den mest integrationsvänliga tolkningen. Skeendet kan karaktäriseras som om man smyger på medlemsstaterna en kompetensinskränkning som inte är politiskt sanktionerad.

Slutsatsen blir densamma som för undantagsklausulerna: vill de politiska instanserna åstadkomma en klar kompetensfördelning på ett visst lagstiftningsområde bör detta klart och tydligt avspeglas i lagstiftningsprodukten.

8.4.3 Ockupationsmålen

Ockupationsmålen inträffar när EG-domstolen uttalar att EG- regler uttömmande reglerar ett lagstiftningsområde. Regleringen är av den omfatt-

[65] Mål 195/84 [1985] ECR 3181.

ningen att något utrymme för nationella regler inte finns. Denna typ av spärrverkansmål är de mest ingripande vad gäller medlemsstaternas lagstiftningskompetens. Samtliga nationella regler inom ett visst område blir åsidosatta och kan inte längre tillämpas. Detta gäller även sådana bestämmelser som inte i sig står i direkt konflikt med EG-regler eller regler som inte förhindrar förverkligandet av EG-reglernas målsättningar.

EG-domstolen menar att nationella regler är *precluded* om de har effekter på ett område som '' [the] common organization of the market has dealt [with] exhaustively.''[66] Om EG-domstolen finner att EG-reglerna uttömmer lagstiftningsområdet eller konstituerar ett komplett system av regler förlorar de nationella reglerna sin verkan och skall inte tillämpas vare sig på gemenskapsplanet eller av nationella domstolar.[67]

I målet Prantl[68] uttalade EG-domstolen som allmän regel att när EG-regler kan anses bilda ett komplett system

> ''... the Member States no longer have competence in that field unless Community law expressly provides otherwise.''[69]

Ockupationsmålen är vanligt förekommande på jordbruksområdet. EG-domstolen har uttalat att

> ''... the very existence of a common organization of the market in the sense of Article 40(2)(c) has the effect of precluding Member States from adopting in the sector in question unilateral measures capable of impeding intra-Community trade.''[70]

Det gemenskapsrättsliga momssystemet har även lett till aktualiserande av spärrverkansproblematiken. I en dom den 31 mars 1992 besvarade EG-domstolen tolkningsfrågor från en dansk domstol rörande det danska

[66] Jmfr mål 255/86 Commission v Belgium [1988] ECR 693.
[67] Detta torde följa av den lojalitetsplikt som föreskrivs av artikel 5 EG.
[68] Mål 16/83 [1984] ECR 1299.
[69] Ibid p 6.
[70] Mål 31/74 [1975] ECR 47, s 63 f.

arbetsmarknadsbidraget (AMBI).[71]

Den danska domstolen frågade EG-domstolen om en arbetsmarknadsavgift med ''momsegenskaper'' stod i strid med artikel 9 eller 95 EG, eller med artikel 33 i ministerrådets sjätte momsdirektiv 77/388 och om denna bestämmelse hade direkt effekt, dvs om den skänker enskilda rättigheter som kan åberopas i domstol.[72]

Artikel 9 innehåller ett förbud mot att medlemsstaterna inför tulliknande avgifter. Med tull förstås enligt detta förbud en avgift som har protektionistiska syften i den mening att den leder till en prisskillnad mellan importerade och inhemska produkter, dvs en avgift som skyddar den inhemska produktionen. EG-domstolen har emellertid fastslagit att artikel 9 har en vidare räckvidd och omfattar varje tulliknande avgift som kan hindra den fria rörligheten för varor genom att den uttas vid gränspassagen och endast belastar importerade produkter.[73]

[71] Mål C-200/90 Denkavit [1992] ECR 2217. AMBI infördes genom lag den 18 december 1985. Syftet var att stärka danska företags konkurrenskraft på export- och hemmamarknad. Detta skulle åstadkommas genom att arbetsgivarnas bidragsplikt till en mängd sociala arbetsmarknadsorgan upphävdes. Finansieringen skulle i framtiden skötas med offentliga medel. Man beräknade att avskaffandet av bidragsplikten skulle leda till kostnadsreduktion som gav företagen möjlighet att sänka sina priser med 5%. På hemmamarknaden beräknades prisänkningen kunna bli 2,5% För att finansiera de kostnader reformen förde med sig infördes samtidigt en ny skatt AMBI. Skatten var på 2,5% och skulle relateras till momsunderlaget. Det var således endast mervärdet som skulle beskattas. Stärkandet av exporten uppnåddes genom att AMBI återbetalades till det exporterande företaget, medan omvänt den fulla avgiften med hänsyn till hemmamarknaden uttogs vid import. AMBI blev emellertid inte som moms uttagen vid själva gränspassagen utan i det första omsättningsledet i Danmark. Idén var att AMBI skulle övervältras på konsumenterna, men att detta skulle ske i den omfattning som svarade mot avskaffandet av arbetsgivaravgifterna. Skatteomläggningen skulle därmed bli prisneutral för danska produkter. Detta utgjorde även en delorsak till att inte införa en momshöjning som man fruktade skulle direkt slå igenom i höjda priser. AMBI skulle heller inte faktureras särskilt som skedde med momsen. En annan orsak till att inte besluta om en momshöjning var att man ville att även andra företag än de momspliktiga skulle bidra till finansieringen av omläggningen. För företag där det inte var möjligt att använda samma skatteunderlag som för momsen, använde man istället 190% av företagens samlade löneutgifter (lønsumsmetoden).

[72] Om den närmare innebörden av begreppet *direkt effekt* se exempelvis mål 41/74 Van Duyn, [1974] ECR 1337. För ett försök till definition se Winter, Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law, CML Rev 1972 s 425 ff. För kritik av Winter se Eleftheriadis, The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues, (kommande) YEL 1996. Se ovan avsnitt 4.2-3.

[73] Mål 24/68 Commission v Italy [1969] ECR 193. Från förbudet undantas sådana avgifter som uttas för tjänsteutövning som utförs i samband med gränspassagen och endast täcker faktiska omkostnader. Tjänsteutövningen skall utföras i den enskilde importörens intresse och inte med hänsyn till det allmännas intresse, se mål 39/82 Donner [1983] ECR 19.

Enligt artikel 95 EG kan emellertid interna avgifter[74] som inte är tulliknande uttas om dessa varken direkt eller indirekt diskriminerar importerade produkter. En avgiftsmässig differentiering mellan produkter är dock tillåten om den grundas på objektiva kriterier som inte verkar diskriminerande.[75]

Genom det sjätte momsdirektivet harmoniserades momsens beräkningsunderlag. Direktivets artikel 33 förbjuder vidare medlemsstaterna att införa nya, eller behålla gamla, omsättningsavgifter som står i strid med EGs gemensamma momssystem.

EG-domstolen har emellertid tidigare uttalat att förbudet mot kumulativa omsättningsavgifter följer av förpliktelsen att införa ett gemensamt momssystem som medlemsstaterna åtagit sig enligt det första momsdirektivet. Idén bakom detta är att andra typer av omsättningsavgifter som utkrävs parallellt med momsen skulle förhindra genomslagskraften av det gemensamma momssystemet.[76] Härmed kan artikel 33 uppfattas som en precisering av att förbudet även gäller för omsättningsavgifter som har samma karaktär som momsen. Det avgörande synes således inte vara om en avgift verkligen innebär en konkret fara för genomförandet av det gemensamma momssystemet, utan om avgiften har en momsliknande karaktär.[77]

Huvudfrågan i det aktuella målet blev därmed om AMBI var en omsättningsavgift enligt artikel 35. Bestämmelsen innehåller emellertid ingen definition av detta begrepp. Ur EG-domstolens praxis kan man dock utläsa följande kriterier: avgiften skall omfatta all omsättning, den skall beräknas proportionellt i förhållande till priset i varje omsättningsled, avgiften skall endast avse mervärdet i omsättningsledet (avgifter betalda i tidigare omsättningsled skall kunna dras av).[78] EG-domstolen prövade inte hur AMBI förhöll sig till artikel 9 och 95 EG. Anledningen härtill var sannolikt att domstolen inte ansåg att ett förhandsavgörande över dessa regler var nödvändig för att avgöra tvisten i den nationella processen. Det bör framhållas att utformningen av AMBI uppvisar betydande likheter med en traditionell moms. Skatten skulle relateras till momsunderlaget, den skulle återbetalas till det exporterande företaget, den fulla skatten med hänsyn till hemmamarknaden skulle uttas vid import och den skulle övervältras på konsumenterna.

[74] En avgift kan betraktas som intern även om det inte föreligger någon inhemsk produktion av varan som avgiften belastar, se mål 31/67 Stier [1968] ECR 351.
[75] Mål 46/80 Vinal [1981] ECR 77.
[76] Se målen 93-94/88 Wisselink [1989] ECR 2671.
[77] Se mål 252/86 Bergandi [1988] ECR 1343.
[78] Se mål C-109/90 Grant [1991] ECR I-1385.

I sitt avgörande tog EG-domstolen endast ställning till om den omständighet att AMBI på vissa punkter skiljer sig från momsen betyder att den som helhet inte kan betraktas som en omsättningsavgift. Dessa punkter rör tillämpningen av lønsumsmetoden på vissa företag, den särskilda importproceduren samt det förhållande att avgiften inte skulle faktureras särskilt.

EG-domstolen fann att dessa skillnader inte ändrade det förhållande att AMBI är en avgift som uttömmande reglerats genom EGs gemensamma momssystem. Avgiften står därmed i strid med artikel 33 i det sjätte momsdirektivet.[79]

En intressant fråga i sammanhanget är hur långt EG-reglernas verkan sträcker sig. Domstolens tolkning av artikel 33 synes medföra att EGs momssystem uttömmande reglerar detta lagstiftningsområde. Man torde därmed kunna säga att EG-domstolen menar att gemenskapen *ockuperat* lagstiftningsområdet. Tekniken är känd och har använts av EG-domstolen på en mängd lagstiftningsområden.[80] Det intressanta med AMBI-målet är att spärrverkan uppkommer genom en begreppslig bestämning. Det EG-rättsliga förbudet gäller för omsättningsavgifter som har samma karaktär som momsen. Det avgörande är inte om en avgift verkligen innebär en konkret fara för genomförandet av det gemensamma momssystemet, utan om avgiften har en momsliknande karaktär.[81]

I ockupationsmålen menar EG-domstolen att den EG-rättsliga regleringen är av den omfattningen att något utrymme för nationella regler inte finns. Denna typ av spärrverkan griper långt in i medlemsstaternas lagstiftningskompetens. Effekten blir att de nationella reglerna på området skall åsidosättas av de nationella domstolarna om de befinns strida mot EG-reglerna. Detta gäller även bestämmelser som inte i sig står i direkt konflikt med EG-regler, utan endast anses hindra förverkligandet av EG-reglernas målsättningar.

EG-domstolen menar att nationella regler är *precluded* om de har effekter på ett område som ''[the] common organization of the market has dealt

[79] Frågan om "lønsumsmetoden" stod i strid med EG-reglerna tog Domstolen inte ställning till. Domstolen har emellertid tangerat frågan i mål 295/84 Wilmot [1985] ECR 3759, där man uttalar att artikel 33 inte utesluter möjligheten att införa en generell avgift på företagens omsättning. Avgiften får dock inte begränsas till en viss produkt.

[80] Ockupationsmålen är vanligast förekommande på jordbruksområdet. EG-domstolen har uttalat att (mål 31/74 [1975] ECR 47, s 63 f) "... the very existence of a common organization of the market... has the effect of precluding Member States from adopting in the sector in question unilateral measures capable of impeding intra-Community trade."

[81] Se mål 252/86 Bergandi [1988] ECR 1343.

[with] exhaustively.''[82]

Om EG-domstolen finner att EG-reglerna uttömmer lagstiftningssfären eller konstituterar ett komplett system av regler förlorar de nationella reglerna sin verkan och skall undantas från tillämpning.[83] Det åligger vidare den nationelle lagstiftaren att konstitutionellt upphäva dessa regler. Detta följer av den lojalitetsplikt som föreskrivs i artikel 5 EG.[84] I det aktuella målet aktualiseras frågan om en avgift som på vissa områden står i strid med EG-regler kan upprätthållas på andra områden, eller om den skall upphävas i sin helhet. Enligt EG-domstolen skall denna fråga avgöras av nationell rätt.[85]

Cross[86] lyfter fram tre faktorer som EG-domstolen bör basera spärrverkansanalysen på i ockupationsmålen:

1. Omfattningen av gemenskapsregleringen på det aktuella området.
2. I vilken grad fördragen reserverar lagstiftningsområdet åt EG.
3. I vilken utsträckning målsättningen med EG-regleringen bättre kan uppnås på gemenskapsplanet än på nationell nivå.

Dessa tre faktorer kan tillsammans med en analys av EG-rättens allmänna principer bilda en sofistikerad modell för utformandet av en tydligare spärrverkansregel i ockupationsmålen. I det avslutande avsnittet kommer jag att försöka väga principer som lojalitetsplikten mot gemenskapen (artikel 5 EG) mot subsidiaritetsprincipen i hopp om att kunna föreslå en spärrverkansregel som motsvarar såväl rättsliga som politiska krav. I detta avsnitt ställer jag frågan varför man i det amerikanska rättsystemet, som både rättsligt och politiskt är mer integrerat än gemenskapssystemet, finner en presumtionsregel till förmån för den delstatliga lagstiftningen.

8.4.4 Konfliktmålen

Förutom den redan behandlade grunden för spärrverkan (ockupationsgrunden) har EG-domstolen angivit två ytterligare grunder för spärrverkan.

[82] Se mål 255/86 Commission v Belgium [1988] ECR 693.

[83] I mål 16/83 Prantl [1984] ECR 1299 p 6, uttalade domstolen att när EG-regler kan anses bilda ett komplett system "... the Member States no longer have the competence in that field unless Community law expressly provides otherwise."

[84] Se Temple Lang, Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty, CML Rev 1990 s 645 ff.

[85] Mål 74/76 Meroni [1977] ECR 557. Jmfr även målen 424 och 425/85 Frico [1987] ECR 2768, där EG-domstolen synes mena att frågan kan bli föremål för avgörande på den EG-rättsliga nivån.

[86] Cross 1992 s 462 f.

Spärrverkan aktualiseras:
- när nationella regler står i direkt konflikt med EG-regler, och,
- när nationella regler stör funktionen av den gemensamma organisationen av marknaden.

Den första gruppen rör således regler som står i direkt konflikt med varandra, medan den andra gruppen kan sägas omfatta mål av indirekta konflikter. I båda målen aktualiseras en kvalificering av konflikten. Hur stor avvikelse krävs för att spärrverkanseffekten skall utlösas?

Direkta konflikter mellan nationella regler och EG-regler är kanske inte alltför vanligt förekommande. De förekommer emellertid och måste lösas. Man kan tänka sig en mängd fall av konflikter. En medlemsstat kan uttryckligen, genom lag, utträda ur EG. Är denna lag förenlig med EG-domstolens doktrin om EG-rättens företräde?

En medlemsstat kan välja att återta sin kompetens på ett visst område genom att utfärda en lag. Det nationella parlamentet kan besluta en lag som står i uppenbar konflikt med en eller flera EG-regler. Vidare kan man nationellt besluta lagar som mer eller mindre strider mot EG-regler. Enligt EG-domstolens doktrin om EG-rättens företräde framför nationell lagstiftning får nationella regler ge vika i samtliga mål av konflikt.[87]

De vanligast förekommande konflikterna uppstår när medlemsstaterna försöker implementera harmoniseringsdirektiv. Konflikter aktualiseras genom att medlemsstaten beslutar regler som villkorar eller begränsar direktivets räckvidd.[88]

En viktig fråga för EG-domstolen att ta ställning till i mål av direkt konflikt är hur uttalad konflikten måste vara för att utlösa spärrverkanseffekten.

Fall av oren konflikt mellan nationella regler aktualiseras när nationella regler på något sätt stör eller inverkar menligt på EG-reglernas effektivitet. EG-domstolen karaktäriserar problematiken enligt följande och menar att man har att ta ställning till om nationella regler

> ''... had effects which obstruct the working of the machinery established by the common organization of the market.''[89]

En spärrverkansanalys i de orena målen förutsätter att EG-domstolen fastställer målen för EG-reglerna och relaterar dessa till de nationella reg-

[87] Se avsnitt 4.6 ovan.
[88] Se exempelvis mål 158/88 [1990] ECR 2367 och mål 60/86 [1988] ECR 3921.
[89] Mål 36/80 och 71/80 Irish Creamery Milk Suppliers [1981] ECR 735 p 19.

lernas tillämpningsområde. EG-domstolen blir i denna analys tvungen att företa en relativt ingående analys av de nationella reglerna för att fastställa deras verkningsområde. Detta förhållande aktualiserar en viktig och grundläggande begränsning i EG-domstolens kompetens. Enligt artikel 177 EG saknar EG-domstolen kompetens att uttala sig om förenligheten mellan nationella regler och EG-regler.

8.4.5 Konstitutionella konflikter

Med konstitutionella konflikter avses här norm- och kompetenskonflikter mellan artiklar i fördraget och nationell lagstiftning. Ytterligare en konstitutionell dimension kan kanske sägas tillföras mitt val av fall på områdena för fri rörlighet och konkurrensrätt. Här ser vi den gemensamma marknadens grundläggande motsättning, den mellan marknadsintegration och nationalstatlig reglering.

8.4.5.1 Artikel 30

Ett typiskt fall i denna grupp är när EG-domstolen har att tolka förbudet mot importrestriktioner med *motsvarande verkan* i artikel 30 EG. I ett mål uttryckte sig domstolen enligt följande.

> ''Article 30 of the EC Treaty must be interpreted as meaning that it precludes national legislation which reserves the sale of optical appliances and corrective lenses solely to holders of an optician's certificate.''[90]

På artikel 30-området har spärrverkansdoktrinen en central konstitutionell roll. Tiilämpning av primärrätt i form av artikel 30-36 EG är inte tillräckligt för att försäkra om fria varurörelser eftersom artikel 36 EG under vissa förutsättningar rättfärdigar handelshinder. I mål där EG-domstolen bedömer en nationell handelshindrande åtgärd som tillåten ger sig domstolen in på en besvärlig intresseavvägning mellan integrationshänsyn och exempelvis nationella intiativ för att skydda miljön[91] eller konsumenter[92].

Dessa mål har oftast relativt låg förutsägbarhet. EG-fördragets lösning är

[90] Mål C-271/92 Prothèse Oculaires [1993] ECR I-2899. För en kommentar av målet se Berr, JDI 1994 s 490 f.

[91] Mål 302/86 Commission v Denmark [1988] ECR 4607.

[92] Jmfr mål 286/81 Oosthoek [1982] ECR 4575 (tillåten åtgärd) med mål C-362/88 GB-INNO v CCL [1990] ECR I-667 (åtgärd otillåten).

introducerandet av direktiv med artikel 100 eller 100a som rättsgrund. När ett rättsområde är fullt harmoniserat av gemensamma regler har medlemsstaterna uttömt sina möjligheter att åberopa artikel 36 EG. Kompetensöverlåtelsen blir fullständig genom ockupation av lagstiftningsområdet.[93]

Målet Pigs Marketing Board[94] gällde lagstiftning i Nordirland som föreskrev att grisproducenter måste sälja särskilda kategorier av grisar genom Pigs Marketing Board (PMB) som hade befogenhet att reglera priser och andra försäljningsvillkor. Enligt reglerna var transport av grisar utan auktorisation från PMB straffrättsligt sanktionerat. Redmond åtalades för att fraktat grisar utan auktorisation.

Målet är endast ett i raden av mål som markerar att medlemsstaterna inte får upprätthålla nationella system som begränsar affärsverksamhet inom ett område som regleras av en EG-rättslig gemensam organisation av marknaden. EG-domstolen uttalade att:

> ''[A] marketing system [such as presented here is] to be considered as incompatible with the requirements of Articles 30 and 34 of the EEC Treaty and [the regulation] on the common organization of the market in pigmeat.''[95]

Om EG har upprättat och organiserat en marknad som den gemensamma jordbruksmarknaden vilar över medlemsstaterna

> ''... an obligation to refrain from taking any measure which might undermine or create exceptions to it''.[96]

I sammanhanget kan även avgörandet i målet Hedley Lomas[97] nämnas. I målet ville den nationella domstolen veta om EG-rätten utgör ett hinder mot att en medlemsstat åberopar artikel 36 för att rättfärdiga en begränsning av exporten av varor till en annan medlemsstat av det enda skälet att den senare staten inte efterlever ett direktiv om harmonisering. Direktivet är ämnat att uppfylla samma syfte (djurskydd) som en tillämpning av artikel 36 avser att skydda. Men direktivet lägger inte fast några förfaranden för kontroll av direktivets efterlevnad eller stadgar om sanktioner vid brott mot direktivet.

EG-domstolen konstaterar inledningsvis att en tillämpning av artikel 36

[93] Se exempelvis mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1555 och mål 251/78 Denkavit [1979] ECR 3369.
[94] Mål 83/78 [1978] ECR 2347.
[95] Ibid p 65
[96] Ibid p 56.
[97] Mål C-5/94 Hedley Lomas äep.

inte längre är möjlig eftersom det i ett direktiv föreskrivs harmonisering av sådana åtgärder som är nödvändiga för att fullfölja det särskilda syfte som eftersträvas genom tillämpningen av artikel 36. EG-domstolen menar att förbudet mot att tillämpa artikel 36 inte påverkas av den omständigheten att direktivet saknar föreskrifter om kontrollförfarande eller sanktioner för brott mot direktivet.[98] EG-domstolen fortsätter:

> ''Den omständigheten att det i direktivet inte föreskrivs något förfarande för kontroll eller sanktion medför nämligen endast att medlemsstaterna, i enlighet med artikel 5 första stycket och artikel 189 tredje stycket i fördraget, är skyldiga att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa gemenskapsrättens räckvidd och verkan... ''[99]

EG-domstolens avgörande kan i spärrverkanshänseende tolkas som att trots att direktivet i sig inte kan anses reglera en del av kompetensområdet fyller den allmänna lojalitetsförpliktelsen i artikel 5 ut kompetensområdet. Resultatet blir att en medlemsstat inte kan tillåta sig att ensidigt vidta åtgärder som syftar till att undanröja en annan stats eventuella överträdelse av direktivet.[100]

8.4.5.2 Artiklarna 85 och 86

Andra mål kan hämtas från konkurrensrättens område och EG-domstolens praxis under artiklarna 85 och 86 EG. De intressantaste målen på konkurrensrättens område vad gäller kompetensfördelning och normrelationer har avgjorts i anslutning till målsättningsbestämmelserna artiklarna 2 och 3g

[98] Ibid p 18.
[99] Ibid p 19.
[100] Ibid p 21.

EG och den allmänna lojalitetsplikten i artikel 5 EG.[101]

Det ledande målet är Walt Wilhelm.[102] Under 1967 inledde kommissionen förfaranden under förordning 17 mot flera färgämnestillverkare som misstänktes för prissamverkan i strid med artikel 85 EG. Senare samma år bötfällde den tyska konkurrensmyndigheten (Bundeskartellamt) tyska företag genom tillämpning av den tyska konkurrenslagen från 1955. De tyska företagen ifrågasatte bötesbeslutets laglighet inför tysk domstol som begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen. En av frågorna till EG-domstolen rörde om den tyska konkurrensmyndigheten kunde ingripa mot beteenden som samtidigt undersöktes av Kommissionen enligt artikel 85 EG. I EG-domstolens avgörande bekräftades att EGs konkurrensrätt har företräde framför nationell konkurrensrätt.

I domen menar EG-domstolen att föreskriftsmakt och jurisdiktion i konkurrensärenden delas av EG och medlemsstaterna.

> "... it follows that in principle the national cartel authorities may take proceedings also with regard to situations likely to be the subject of a decision by the Commission. However, if the ultimate general aim of the Treaty is to be respected, this parallel application of the national system can only be allowed in so far as it does not prejudice the uniform application througout the Common Market

[101] På svensk mark har Wahl undersökt kompetensfördelningen mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt (Konkurrensförhållanden 1994). Avhandlingen behandlar mer specifikt följande problem: - vilken rättsordning skall ges företräde enligt EG-rätten? Nationell eller EGs konkurrensrätt? - kompetensfördelningen mellan Europeiska kommissionen och nationella organ vad gäller tillämpningen av EGs konkurrensrätt, - medlemsstaternas ansvar för att säkerställa effektiviteten av EGs konkurrensregler vid utfärdande av olika typer av nationella marknadsreglerande normer. - i vilken utsträckning är en decentralisering möjlig inom nuvarande regelsystem – om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt är effektivt utifrån målsättningarna med EG/EU – lämnar EGs konkurrensrätt något utrymme för en tillämpning av nationella regler (på nationell nivå) eller av EGs konkurrensrätt på nationell nivå? Wahls normativa kriterium skisseras enligt följande (s 3 min kurs): "Vid analysen av huruvida kompetensfördelningen mellan de båda rättsordningarna är *adekvat*, tas till utgångspunkt att konkurrensövervakningen skall vara *effektiv* utifrån syftet att uppnå en ordning som säkerställer att *konkurrensen inte snedvrids*... samt att kompetensfördelningen även i övrigt bidrar till att *uppfylla målsättningarna med EG-fördraget*." En bärande tes i avhandlingen är att nationella regler och övervakning i vissa fall kan vara *effektivare* än EG-rättslig reglering och övervakning för att uppnå effektiv konkurrens (s 55). Vid bestämmandet av sitt effektivitetskriterium bortser Wahl i princip från empiri i form av national- och företagsekonomiska studier utan tar sin utgångspunkt i den "... juridiska materian i ett forskningsområde som i övrigt rymmer såväl national- som företagsekonomi" (s 55). Effektivitetskriteriet har enligt Wahl två dimensioner: dels måste tas i beaktande om ett system kan upptäcka och förbjuda alla negativa konkurrensbegränsningar, dels att särskilja de totalt sett positiva konkurrensbegränsningarna och undanta dessa från förbudet. Wahls slutsats är att EGs konkurrensrätt är i behov av stöd från nationella myndigheter och domstolar för att uppnå full effektivitet (s 66 f).

[102] Mål 14/68 [1969] ECR 1.

of the Community rules on cartels and of the full effect of the measures adopted in implementation of those rules."[103]

EG-domstolen ansåg vidare att så länge inte rådet beslutat förordningar enligt artikel 87 (2e) som utesluter nationell kompetens så kan nationella myndigheter ingripa i enlighet med nationella regler samtidigt som samma ärende är anhängiggjort i kommissionen.

I domen formulerades kärnan i kompetensfördelningsnormen som att nationell rätt inte fick

"... prejudice the full and uniform application of Community law or the measures or the effects of measures taken or to be taken to implement it."[104]

Målet ligger fortfarande till grund för kompetensfördelningen och förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt vad gäller tillämpningen av artiklarna 85 och 86 EG.[105]

Kompetensfördelningen mellan nationell rätt och EG-rätt på konkurrensområdet skall ske utifrån förutsättningen att tillämpningen av nationell rätt inte får störa tillämpningen av gemenskapens konkurrensrätt. Denna definition ger dålig vägledning i de konkreta fallen. För att en definition skall bli användbar krävs att den ger underlag för en bedömning av när tillämpningen av nationell rätt kan störa EG-rätten. Någon vägledning därvidlag ges inte i domen.[106]

8.4.5.3 Indirekta skatter

Även på området för indirekta skatter har konstitutionella konflikter aktualiserats. I målet Bachmann[107] frågade den belgiska kassationsdomstolen (Cour de Cassation) om artiklarna 48, 59, 67 och 106 EG skulle tolkas så att de stod i strid med nationella regler som medgav avdragsrätt för försäkringspremier under förutsättning att dessa betalats till försäkringsföretag i Belgien. De nationella reglerna gjorde avdragsrätten för ålderdoms- och

[103] Mål 14/68 [1969] ECR 1.

[104] Ibid (domslutet).

[105] Wahl s 511: "Efter avgörandet i Walt Wilhelm har de i detta fall uttalade principerna endast i mindre omfattning varit föremål för EG-domstolens förnyade prövning. Konfirmeringen av principerna skedde på det tidiga 1980-talet. I allt väsentligt har praxis därför legat fast i 15 år, en avsevärd tidsperiod i det EG-rättsliga systemet."

[106] Wahl 1994 s 249.

[107] Mål C-204/90 Bachmann [1992] ECR I-249. EG-domstolen avdömde samma dag mål C-300/90 Commission v Belgium [1992] ECR I-305 där samma tolkningsfråga aktualiserades.

livförsäkringar betingad av att premierna inbetalas till ett försäkringsföretag verksamt i Belgien. Samma regler återfinns i ett flertal andra EG-länder. I domen fann EG-domstolen att det inte stred mot reglerna i EG-fördraget att göra avdragsrätten för försäkringspremier beroende av att betalningen skedde till ett inhemskt försäkringsföretag. Domstolens resonemang gick i korthet ut på följande. Enligt en regel i den belgiska inkomstskattelagen får avdrag för premier för ålderdoms- och livförsäkringar (i form av kapital- och livränteförsäkringar) som en skattskyldig betalt i Belgien dras av från den sammanlagda förvärvsinkomsten. För avdragsrätten spelar det ingen roll om inbetalningen görs till ett belgiskt eller utländskt försäkringsföretag. Huvudsaken är att de är verksamma i Belgien.

EG-domstolens analys av konflikten mellan de belgiska reglerna och artikel 48 (fri rörlighet för personer) är uppdelad i flera led. Först tar man upp belgiska statens invändning om att de aktuella bestämmelserna tillämpas utan hänsyn till den skattskyldiges nationalitet. I första hand menar domstolen att det finns en fara för att den belgiska bestämmelsens utformning leder till skada för sådana personer som har arbetat i ett land och sedan tar anställning i ett annat. Domstolen menar att personen sannolikt tecknar livförsäkring i det land han eller hon är medborgare i. Det brukar erfarenhetsmässigt vara det första landet.

Vidare avvisade EG-domstolen den belgiska invändningen om att de livräntor m m som utbetalats till dem som arbetar i Belgien och inte får avdragsrätt för sina premieinbetalningar på utländska försäkringar inte heller beskattas där. EG-domstolen menar att dessa personer vanligen flyttar tillbaka till sitt hemland efter avslutat arbete i Belgien. De har då inte möjlighet att utjämna den bristande avdragsrätten med att utfallande belopp inte är skattepliktiga. Effekten blir dubbelbeskattning på grund av att avdragsrätt inte medges för de premier som betalats från Belgien och då de utfallande beloppen från försäkringen beskattas i hemlandet.

EG-domstolen godtog inte heller invändningen om att det skulle vara svårt, eller nästintill omöjligt att kontrollera premieinbetalningarna till utländska försäkringsföretag. EG-domstolen menar att man kan kräva bevisning av den skattskyldige vad gäller rätten till avdrag. Uppfyller denne inte beviskravet beviljas inte heller avdrag.

EG-domstolen godtog däremot belgiska statens invändningar som byggde på en mer allmän argumentation om hänsyn till det allmänna. Belgiska staten hävdade att de belgiska reglerna är berättigade på grund av det inre sammanhang som finns i skattesystemet mellan å ena sidan regler som medger avdragsrätt och å andra sidan beskattningen av utfallande belopp

som kan hänföras till det med avdragsrätt investerade kapitalet.

EG-domstolen uttalar att det skattebortfall som avdragsrätten resulterar i balanseras av beskattningen av de pensioner, räntor eller annan kapitalavkastning som utbetalas från försäkringsföretagen på grund av försäkringen. EG-domstolen anser vidare att sammanhanget i skattesystemet förutsätter att staten i fråga skall kunna beskatta försäkringsföretagens utbetalningar om den skall vara tvungen att acceptera avdragsrätt för premiebetalningar till annan medlemsstat. EG-domstolen uttalar därefter att det inte utgör en tillräcklig garanti att försäkringsföretaget är förpliktat att betala skatten och att problem skulle uppkomma vad gäller fullgörelse av betalning, fastställande av existensen av utbetalningar samt storleken på utbetalningarna. Att säkerhet ställs för förpliktelsen är enligt EG-domstolen ingen bra lösning eftersom det skulle leda till extrakostnader som övervältras på försäkringstagarna.

EG-domstolen menar således att sammanhanget i det belgiska skattesystemet inte kan säkras genom mindre restriktiva regler än de i målet aktuella.[108]

EG-domstolen synes således anse att artiklarna 48 och 59 EG i och för sig utesluter såväl existensen av och införande av nationella regler som föreskriver att avdragsrätten är beroende av att premiebetalningen görs till ett inhemskt företag (diskriminerande), men att denna typ av nationella regler ändå kan godtas med hänvisning till nödvändigheten att säkra sammanhanget i skattesystemet.

Avgörandet bör ses i skenet av medlemsstaternas intresse av att värna om sina skattebaser. Om de belgiska reglerna hade ansetts stå i strid med artiklarna i EG-fördraget skulle konsekvenserna för medlemsstaterna blivit långtgående. Trots att EG-domstolen inte uttryckligen hänvisar till pragmatiska skäl finns det anledning att anta att sådana spelade in.

Vad som är intressant med målet är hur EG-domstolen lät allmänintresset gå före utövandet av de fyra friheterna. Domstolens erkännande av relevansen av den nationelle lagstiftarens mål är emellertid inte nytt. Det finns i och för sig i tidigare mål rörande indirekta skatter.[109]

EG-domstolen har i målet fört fram begreppet *sammanhang* som en sorts exceptionell ursäkt för ett klart fall av diskriminering.

[108] Samma resonemang förs i anslutning till artikel 59 EG. EG-domstolen menar att kravet på försäkringsföretags etablering i Belgien är förenlig med artikel 59 om etableringen är en oundgänglig förutsättning för att uppnå det eftersträvade målet, vilket domstolen fann.

[109] Mål 148/77 Hansen [1978] ECR 1787 och mål 21/79 Commission v Italy [1980] ECR 1.

PMB-målet är vidare ett av många exempel på mål där EG-domstolen uttalar att medlemsstaterna inte får upprätta nationella system som begränsar affärsverksamhet inom områden som omfattas av en gemensam organisation av marknaden fastlagd av gemenskapen. När gemenskapen väl utövat sin lagstiftningskompetens för att åstadkomma en gemensam organisation av marknaden är möjligheten för den nationella normgivaren att reglera produktion och distribution inom denna sektor utesluten.

Vad gäller gränsdragningen mellan gemenskapens och medlemsstaternas kompetens på artikel 30-området kan man sammanfattningsvis säga att nationella åtgärder i princip är tillåtna om de inte försvårar marknadstillträdet för producenter.[110]

8.4.5.4 Generella konstitutionella och processuella krav på nationell rätt

Den ovan presenterade typologin skulle kunna kompletteras med en undergrupp med benämningen *EG-rättens generella, konstitutionella och processuella krav på nationell rätt.* En viktig linje i EG-domstolens praxis vad gäller kompetensfördelningen mellan systemen rör främst enskildas tillgång på rättsmedel vid tillvaratagandet av EG-rättigheter. EG-domstolen har konsekvent kommit att understryka kraven på nationella domstolar att lojalt effektuera EG-rätten. Detta indikeras av en linje av mål om EG-rättens *effet utile.*[111] I *Brasserie du pêcheur* fick inte ett nationellt villkor tillämpas då det

> ''... reser hinder för de nationella domstolarnas skyldighet att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter.''[112]

Följande exempel kan ges på rättsprinciper som inverkar på nationella domstolars processuella självständighet när EG-rätten aktualiseras i konkreta rättstvister:

- rätt till effektivt rättsskydd,[113]

[110] Se mål C-267/91 och C-268/91 Keck [1993] ECR I-6097, mål C-292/92 Hünermund [1993] ECR I-6787, mål C-315/92 Clinique [1994] ECR I-137 och mål C-412/93 Leclerc [1995] ECR I-179.

[111] Mål C-213/89 Factortame [1991] ECR I-2433, och målen C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.

[112] Målen C-46/93 och C-48/93 p 72.

[113] Mål 224/84 Johnston [1986] ECR 1451.

- rätt till rättegång i opartisk domstol,[114]
- rättsmedlet måste vara proportionellt och adekvat,[115]
- förbud mot processuella bestämmelser som gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att erhålla ersättning för skada vållad av medlemsstaternas brott.[116]

Denna konstitutionellt och processuellt orienterade undergrupp utvecklas i det följande kapitlet.

8.5 Förhållandet mellan EG-domstolens doktrin om spärrverkan och kompetensfördelningen enligt artikel 177

8.5.1 Behovet av tolkning av nationell rätt

I målen Nolte[117] och Megner[118] aktualiserades en viktigt kompetensfördelningsfråga inom socialrätten tillsammans med de allmänna begränsningarna av EG-domstolens jurisdiktion under artikel 177.

Målet Nolte initierades genom att Sozialgericht Hannover beslutade att begära förhandsavgörande angående två frågor om tolkningen av artikel 4.1 i rådets direktiv 79/7/EEG av den 19 december 1978 om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet.[119] Frågorna uppkom i en tvist mellan Nolte och Landesversicherungsanstalt Hannover (LVA) om ogiltigförklaring av det beslut

[114] Mål C-49/88 Al-Jubail Fertilizer [1991] ECR I-3187.
[115] Mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR I-4367.
[116] Mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595 och målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep.
[117] Mål C-317/93 äep.
[118] Mål C-444/93 äep.
[119] EGT nr L 6 1979 s 24.

genom vilket LVA avslog Noltes ansökan om en invaliditetspension.[120]

Innan EG-domstolen besvarade de ställda tolkningsfrågorna konstaterades att Nolte omfattades av direktivets tillämpningsområde. EG-domstolen framhöll att det förhållandet att en arbetstagares inkomst inte ger honom möjlighet att försörja sig själv inte kan anses innebära att han berövas egenskapen av att vara förvärvsarbetande.

EG-domstolen relaterar sin rättspraxis av vilken det framgår att en verksamhet som avlönas med belopp understigande vad som åtgår för existensminimum[121] eller som innebär en ordinarie arbetstid som inte överstiger 18 timmar i veckan[122] eller 12 timmar i veckan[123] eller till och med 10 timmar i veckan[124] inte utgör hinder för att personen som utövar den betraktas som arbetstagare i den mening som avses i artikel 48 eller artikel 119 eller enligt direktiv 79/8.

EG-domstolen underströk att en person som innehar en anställning av ringa omfattning av det slag som avses i målet utgör en del av den förvärvsarbetande befolkningen som avses i artikel 2 i direktivet och därför ingår i den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

EG-domstolen uppfattade den första tolkningsfrågan som att den natio-

[120] Av fakta i målet framgår att en försäkrad som är oförmögen att arbeta enligt tysk rätt har rätt till invaliditetspension när det är styrkt att det under åtminstone tre av de fem år som föregått invaliditeten skett inbetalningar av avgifter i anledning av en anställning eller en verksamhet som omfattas av den obligatoriska försäkringen. Enligt de tyska bestämmelserna omfattas inte anställningar av ringa omfattning av det lagstadgade systemet för ålderspensionsförsäkring. Det framgår vidare att en anställning betraktas såsom varande av ringa omfattning då arbete normalt utförs mindre än 15 timmar per vecka och då månadslönen normalt uppgår till högst en sjundedel av ett månatligt referensbelopp. Nolte är född den 14 maj 1930 och arbetade och betalade avgifter till den obligatoriska försäkringen fram till år 1965. På grund av barnens utbildning och följande anställningar av ringa omfattning har hon inte gjort några fler obligatoriska avgiftsbetalningar. Mellan år 1977 och mars 1988 hade hon en anställning av ringa omfattning (som lokalvårdare). Sedan juni månad 1988 lider hon av en allvarlig sjukdom och kan därför inte arbeta. Den 28 november 1988 ansökte hon hos LVA om invaliditetspension. LVA avslog ansökningen med motiveringen att hon inte visat att hon under 36 av de 60 kalendermånader som närmast föregick hennes invaliditet betalat avgifter i anledning av en anställning som omfattades av den obligatoriska försäkringen. När hennes begäran om omprövning inte ledde till någon ändring väckte Nolte talan om ogiltigförklaring av beslutet vid Sozialgericht Hannover. Sozialgericht Hannover ansåg att undantagandet för anställningar av ringa omfattning från den obligatoriska ålderspensionsförsäkringen utgör en indirekt diskriminering som strider mot artikel 4.1 i direktivet och att sökanden i målet vid den nationella domstolen därför skall behandlas som om hon före sin invaliditet hade betalat avgifter till ålderspensionsförsäkringssystemet.

[121] Mål 53/81 Levin [1982] ECR 1035 p 15 och 16.

[122] Mål C-102/88 Ruzius-Wilbrink [1989] ECR 4311 p 7 och 17.

[123] Mål 139/85 Kempf [1986] ECR 1741 p 2 och 16.

[124] Mål 171/88 Rinner-Kühn [1989] ECR 2743 p 16.

nella domstolen i huvudsak ville veta om artikel 4.1 i direktivet skall tolkas på så sätt att en nationell ordning, som innebär att undantag från det lagstadgade systemet för ålderspensionsförsäkring görs för anställningar som normalt medför mindre än 15 timmars arbete per vecka och lön uppgående till högst en sjundedel av det månatliga referensbeloppet, utgör en diskriminering på grund av kön då den berör många fler kvinnor än män.

EG-domstolen inledde med att konstatera att det står klart att den nationella reglering som har ifrågasatts i målet vid den nationella domstolen inte innebär någon direkt diskriminering eftersom personer som innehar en anställning av ringa omfattning inte utesluts från systemet på grund av kön. Därefter gick EG-domstolen in på frågan om regleringen kan utgöra en indirekt diskriminering.

EG-domstolen uttalade att det framgår av en fast rättspraxis att artikel 4.1 i direktivet innebär ett hinder för tillämpningen av en nationell bestämmelse vilken, trots att den är neutralt formulerad, faktiskt missgynnar en mycket högre procentandel kvinnor än män, om inte denna rättfärdigas av objektiva faktorer som helt saknar samband med diskriminering på grund av kön. Det är enligt EG-domstolen fallet om de valda medlen svarar mot ett berättigat mål för socialpolitiken i den medlemsstat vars lagstiftning är i fråga. Vidare skall medlen vara ägnade att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås och nödvändiga för att uppnå målet.[125]

Efter att ha relaterat medlemsstaternas motiveringar fastslår EG-domstolen att socialpolitiken enligt gällande gemenskapsrätt tillhör medlemsstaternas kompetensområde.[126] Det ankommer enligt domstolen på medlemsstaterna att välja de medel som är ägnade att säkerställa att målet för social- och sysselsättningspolitiken uppnås. Vid utövande av denna kompetens förfogar medlemsstaterna över ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar.

EG-domstolen preciserar i detta sammanhang att det social- och sysselsättningspolitiska mål som åberopas av den tyska regeringen objektivt sett saknar samband med diskriminering på grund av kön och att den nationella lagstiftaren vid utövande av sin kompetens skäligen kunnat anse att den aktuella lagstiftningen var nödvändig för att uppnå ett sådant mål. EG-domstolen sluter sig till att den aktuella lagstiftningen under dessa omständigheter inte är att anse som indirekt diskriminering enligt artikel 4.1 i direktivet.

Enligt EG-domstolen skall artikel 4.1 i direktivet tolkas på så sätt att den

[125] Mål C-343/92 Roks [1994] ECR I-571 p 33 och 34.
[126] Mål C-229/89 Commission v Belgium [1991] ECR I-2205 p 22.

inte utgör hinder för en nationell ordning som innebär att undantag från det lagstadgade systemet för ålderpensionsförsäkring görs för anställningar som normalt medför mindre än 15 timmars arbete per vecka och lön uppgående till högst en sjundedel av det månatliga referensbeloppet även om den berör många fler kvinnor än män, då den nationella lagstiftaren skäligen har kunnat anse att ifrågavarande lagstiftning var nödvändig för att uppnå ett socialpolitiskt mål som helt saknade samband med diskriminering på grund av kön.[127]

I detta mål går EG-domstolen relativt långt i analysen av ändamålen bakom de nationella regelsystemen. För att kunna uttala sig om vad den nationella lagstiftaren (tyska regeringen) ''skäligen kunnat anse'' krävs en ganska ingående tolkning och utvärdering av det nationella systemet.

För att EG-domstolen skall kunna ge den nationella domstolen ett *relevant* svar på ställda tolkningsfrågor är EG-domstolen tvungen att tolka EG-rätten i förhållande till den nationella regleringen. För att ge den nationella domstolen ett användbart besked i förenlighetsfrågan är EG-domstolen tvungen att utröna de nationella bestämmelsernas syfte och tillämpningsområde, vilket med nödvändighet kräver en tolkning av nationell rätt.

Slutsatsen blir att trots att avgörandet förefaller uttrycka återhållssamhet vad gäller gemenskapens kompetens på socialrättens område ger sig EG-domstolen in i en tolkning av nationell rätt som formellt sett ligger utanför dess kompetens enligt artikel 177. En annan sak är att det knappast är realistiskt att föreställa sig att det överhuvudtaget är möjligt att kunna lämna en tolkning som vägleder den nationelle domaren vad gäller bedömningen av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt utan att tolka nationell rätt.[128]

8.5.2 Rättstillämpningens karaktär och förhållandet mellan EG-rätt och nationella rättsnormer

Det huvudsakliga problemet för EG-domstolen att i samarbetet med nationella domstolar skapa fasta kriterier vad gäller sakprövningsförutsättningar ligger i synen på lagtolkningens och lagtillämpningens natur. Problemet ligger i att EG-domstolen ser rättsligt beslutsfattande som en subsumtion av ett fall under en viss rättsregel.[129]

[127] Mål C-317/93 Nolte äep p 36.

[128] Se ovan avsnitt 7.3.1.1 och 7.3.3.

[129] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9. Se ovan avsnitt 7.2.4.

Problemet med denna hållning är att ingen rättsregel kan styra sin egen tillämpning. Om vi betraktar ett fall som ett antal omständigheter som faller under en regel, kan fallet som konstituteras endast beskrivas utifrån den aktuella regel som skall tillämpas på fallet. Men på samma gång måste normen ges en mer konkret mening för att överhuvudtaget kunna tillämpas på sakomständigheterna i fallet och för att dessa skall kunna omvandlas till ett fall. En norm synes alltid ''ta in'' en komplex situation på ett selektivt sätt. Detta intagande av sakomständigheter styrs i sin tur av det juridiska relevanskriteriet som normen formulerar. Men det fall som konstitueras av normen kan aldrig uttömma normens vaga semantiska innehåll. Fallet kan endast selektivt precisera och konkretisera delar av normens obestämbarhet.[130]

Tolkningen i EG-domstolen i artikel 177-mål inleds alltid med en process av förförståelse som upprättar en inledande relation mellan norm och sakomständigheter. Denna styrs av en mängd svårgripbara faktorer som tidigare praxis och domarnas referensramar. Det beslutsunderlag som domarna har att tillgå vid bedömningen av om en begäran om förhandsavgörande skall avvisas eller upptas till prövning baserar sig på förförståelsen av normen samt de uppgifter den nationella domaren tagit med i sin begäran. Att på grundval av dessa kunskaper om sakomständigheterna i det konkreta fallet upprätta den interaktiva relationen mellan norm och fall som i slutändan leder till en ökad klarhet och precisering hos den EG-rättsliga norm som skall tolkas är svårt.

Skälet till att EG-domstolen inte lyckats med att upprätthålla symmetri mellan sakprövningsförutsättningar och förhandsavgörandenas struktur och effekter och göra åtskillnad mellan tolkning och tillämpning beror på att EG-domstolen intar en *pragmatisk* hållning och verkligen strävar efter att hjälpa den nationelle domaren att lösa den underliggande tvisten. Men på ett djupare plan beror sammanblandningen av kompetenser på att det teoretiskt synes vara omöjligt att upprätthålla en distinktion mellan tolkning och tillämpning av rättsregler. Detta blir särskilt tydligt i spärrverkansmål där EG-domstolen är tvungen att utröna meningsinnehållet i nationella bestämmelser för att kunna ge den nationella domstolen ett relevant förhandsavgörande.[131]

I en konflikt mellan en EG-norm och en nationell norm är EG-domstolen tvungen att tolka/förstå båda normerna. Lösningen av konflikten kräver en

[130] Habermas, Between Facts and Norms 1996, s 199.
[131] Jmfr avsnitt 7.2.4 ovan.

teoribunden observation av båda normerna, dvs en självständig tolkning av nationell rätt vilket ligger utanför EG-domstolens formella kompetens.

8.6 Subsidiaritetsprincipens betydelse för förhållandet mellan den legislativa och judiciella kompetensfördelningen

I EU-fördragets ingress och den inledande artikel A anges att beslut skall fattas "... så nära medborgarna som möjligt". Denna princip brukar benämnas *subsidiaritetsprincipen* och gäller för samarbetet inom hela unionen.[132] Viktiga adressater för principen är gemenskapens institutioner. Artikel 3b (2) EG föreskriver vidare:

> "På de områden där gemenskapen inte är ensam behörig skall den i överensstämmelse med subsidiaritetsprincipen vidta en åtgärd endast om och i den mån som målen för den planerade åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och därför, på grund av den planerade åtgärdens omfattning eller verkningar, bättre kan uppnås på gemenskapsnivå."

I samma artikel anges vidare att gemenskapen inte skall vidta någon åtgärd som går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målen i fördraget. Denna bestämmelse får anses vara uttryck för en allmän proportionalitetsprincip. I EG-domstolens praxis har denna princip länge ansetts tillämplig i förhållande till skyddet för enskildas rättigheter.[133]

Av subsidiaritetsprincipens textuella formulering står klart att den är relevant och skall beaktas vid de gemensamma institutionernas politiska beslutsfattande och i samarbetet mellan institutionerna.[134] Denna aspekt av subsidiaritetsprincipen lämnas emellertid därhän. Av särskilt intresse för denna undersökning är i vilken mån den inverkar på EG-domstolens juridiska beslutsfattande i mål som rör förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

På ett allmänt plan synes en utbredd uppfattning vara att principen är *justiciable*, dvs kan ligga till grund för rättslig argumentation och judiciellt

[132] Begreppet *subsidiaritet* saknar en enhetlig bestämning. Se Emiliou, Subsidiarity: An Effective Barrier Against 'the Enterprises of Ambition'? EL Rev 1992 s 383 och Hallström, Några tankar om subsidiaritetsprincipens tillämpning i EG-rätten, SvJT 1992 s 180.

[133] Se exempelvis mål 15/83 Denkavit [1984] ECR 2171 och mål 181/84 Man Sugar [1985] ECR 2889.

[134] Conclusions of the Presidency, European Council in Edinburgh 11-12 December 1992, Annex 1 to Part A, p I.4.

beslutsfattande i EG-domstolen.[135] Med anledning av principens vaga utformning har det emellertid ifrågasatts om den kan ha *direkt effekt*.[136] I brist på klara exempel på principens normativa betydelse i EG-domstolens rättspraxis kan en rimlig utgångspunkt vara att den kan fungera styrande som tolkningsprincip vid tolkningen av EG-rätten generellt sett.[137] Det finns dock skäl att framhålla att rättsläget är oklart. Synpunkterna bör förses med en reservation för framtida rättsutveckling.

För denna undersöknings syften kan följande frågeställning formuleras: vilken betydelse kan subsidiaritetsprincipen ha för EG-domstolens tolkning av EG-rätten i mål där normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt aktualiseras? Principen om EG-rättens företräde aktualiseras varje gång EG-domstolen står inför en begäran om förhandsavgörande där lösningen av den nationella tvisten är beroende av en klargörande tolkning av EG-rätten i förhållande till nationella bestämmelser. Vad gäller spärrverkansdoktrinen har jag framhållit att fall av normkonflikt föreligger när dels nationella regler står i direkt konflikt med EG-regler, dels när nationella regler stör funktionen av den gemensamma organisationen av marknaden.

I förhållande till den första gruppen av fall synes enligt min mening subsidiaritetsprincipen knappast kunna ges någon avgörande inverkan på lösningen av normkonflikten. Det kan inte vara avsikten att ge principen en verkan som urholkar de rättsprinciper som utgör gemenskapsrättens fundament.

8.6.1 Subsidiaritetsprincipen som presumtionsregel vid lösande av normkonflikter

Det kan möjligtvis förhålla sig annorlunda när det gäller fall av *oren konflikt*. Dessa konflikter kan exempelvis uppstå när medlemsstaterna försöker genomföra harmoniseringsdirektiv. Konflikter aktualiseras genom att medlemsstaten beslutar regler som villkorar eller begränsar direktivets räckvidd.[138] I dessa fall har EG-domstolen att ta ställning till hur uttalad konflikten måste vara för att utlösa spärrverkanseffekten. Andra fall av *oren konflikt* aktualiseras när nationella regler på något sätt stör eller inverkar

[135] Se Toth, Is Subsidiarity Justiciable? EL Rev 1994 s 272 och Wahl 1994 s 110.
[136] Conclusions of the Presidency 1992 p I 15.
[137] Jmfr Santer, Some Reflections on the Principle of Subsidiarity, i Subsidiarity: The Challenge of Change, Proceedings of the Jaques Delors Colloqium EIPA 1991, s 27.
[138] Se exempelvis mål 158/88 Commission v Ireland [1990] ECR 2367 och mål 60/86 Commission v United Kingdom [1988] ECR 3921.

menligt på EG-reglernas effektivitet. EG-domstolen har här att ta ställning till om nationella regler

> "... had effects which obstruct the working of the machinery established by the common organization of the market."[139]

I dessa fall synes EG-domstolens tolkningsutrymme vara större. Man skulle i dessa fall kunna tala om ett normkonfliktens *hard case*. Subsidiaritetsprincipen skulle i denna typ av mål kunna fungera som justifieringsgrund för tolkningar av EG-rätten som inte leder till nationella reglers oförenlighet med EG-rätten. Vidare skulle subsidiaritetsprincipen kunna ha betydelse för EG-domstolens tolkning av artikel 177 och kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. För det första förutsätter en spärrverkansanalys i de orena målen att EG-domstolen fastställer målen för EG-reglerna och relaterar dessa till de nationella reglernas tillämpningsområde. EG-domstolen blir i denna analys tvungen att företa en relativt ingående analys av de nationella reglerna för att fastställa deras verkningsområde.

Trots att EG-domstolen i dessa fall principiellt sett överträder sin kompetens är det enligt min mening tveksamt om subsidiaritetsprincipen skall lägga några begränsningar på EG-domstolens pragmatiska tolkning i dessa fall. Om EG-domstolen beskars möjligheten att analysera ändmålet med nationella regleringar läggs hinder i vägen för att ge tolkningar som hjälper den nationelle domaren att avgöra den nationella tvisten.

Subsidiaritetsprincipen kan även relateras till ansvarsfördelningen enligt artikel 177 vad gäller sakprövningsförutsättningar. Här kan återigen EG-domstolens uttalande i *Semeraro casa* om tolkningen av artikel 30 citeras:[140]

> "Det svar som skall ges till den nationella domstolen är att artikel 30 i fördraget skall tolkas på så sätt att den inte är tillämplig på nationella föreskrifter om affärernas öppethållandetider som omfattar alla näringsidkare som utövar verksamhet inom landets territorium och som, såväl rättsligt som faktiskt, påverkar avsättningen av inhemska varor från andra medlemsstater på samma sätt."[141]

I målet hade den nationella domstolen understrukit att de aktuella bestämmelserna *faktiskt sett inte påverkade avsättningen av inhemska*

[139] Mål 36/80 och 71/80 Irish Creamery Milk Suppliers [1981] ECR 735 p 19.
[140] Se ovan avsnitt 7.2.8.1.
[141] Ibid p 28.

varor på samma sätt som varor från andra medlemsstater?[142] Den nationella domstolen hade framhållit att regleringen *faktiskt* sett påverkar avsättningen av importerade varor *på ett annat sätt* än inhemska varor.

Målet är ett tydligt exempel på en överträdelse av EG-domstolens kompetens enligt artikel 177. EG-domstolen har inkräktat på den nationella domstolens kompetens att självständigt fastställa fakta i den nationella tvisten. I förhållandet mellan EG-domstolens och nationella domstolars kompetens i detta avseende skulle subsidiaritetsprincipen kunna tjäna som justifieringsgrund för en något försiktigare hållning till nationella domstolarnas ansvar att fastställa fakta i den konkreta tvisten. Detta synes även kunna vara fallet i fall där EG-domstolen överväger att omformulera de frågor som den nationella domstolen formulerat i sin begäran om förhandsavgörande.[143]

8.7 Sammanfattning och slutsatser

Kapitlet lyfter fram den legislativa kompetensfördelningens ökade betydelse för gemenskapens utveckling. Jag beskriver i detta sammanhang EG-domstolens roll som fördelare av kompetenser, dvs som författningsdomstol. EG-domstolens utveckling av företrädesdoktrinen till en doktrin om *spärrverkan* ligger till grund för kapitlets huvudtes: att EG-domstolens spärrverkansdoktrin är nära kopplad till kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

EG-domstolens tolkningsutrymme vid fördelning av legislativa kompetenser begränsas i hög grad av att den formellt sett endast kan tolka EG-rätt och inte har kompetens att kontrollera den nationella lagstiftningens förenlighet med EG-rätten.

Problemet med en utvärdering av EG-domstolens roll som författningsdomstol och karaktäriseringen av EG-fördraget som en gemensam konstitution för medlemsstaterna är att konstitutionens kärna och grundbetydelse är begränsning av suveränitet. Konstitutionens syfte är att begränsa all utövning av makt med hjälp av konstitutionella bindningar. Kompetensbegränsning är konstitutionens huvdprincip.

Om EG-rätten skall behandlas som konstitutionell rätt måste detta ske i en rättslig ram inom vilken kompetensen definieras.

[142] Mål C-418/93 äep p 17-19.
[143] Se avsnitt 7.2.8 ovan.

Problemet med de kompetensfördelningsnormer som formulerats av EG-domstolen är emellertid att de inte ger någon tydlig ledning för bedömningen av framtida fall. Normernas definitioner är allmänt hållna och lämnar stor frihet vid framtida bedömningar. EG-domstolens tolkningsutrymme förefaller således vara stort vid bedömningen av kompetenskonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt.

EG-domstolens spärrverkansdoktrin förutsätter vidare att EG-domstolen fastställer målen för EG-reglerna och relaterar dessa till de nationella reglernas tillämpningsområde. EG-domstolen blir i denna analys tvungen att företa en relativt ingående granskning av de nationella reglerna för att fastställa deras verkningsområde. Detta förhållande aktualiserar en viktig och grundläggande begränsning i EG-domstolens kompetens. Enligt artikel 177 EG saknar EG-domstolen kompetens att uttala sig om förenligheten mellan nationella regler och EG-regler. Trots detta är det vanligt att EG-domstolen överskrider denna gräns. Problemet understryker det nära sambandet mellan judiciell och legislativ kompetensfördelning inom EG-rätten.

Sambandet aktualiserar vidare den hittills judiciellt oprövade subsidiaritetsprincipen. I en framtid skulle emellertid subsidiaritetsprincipen kunna ha betydelse för EG-domstolens tolkning av artikel 177 och för kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar i spärrverkansmål. Betydelsen skulle kunna ligga i att den används som tolkningsfaktor vid utformandet av klarare kriterier för ansvarsfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

Kapitel 9
EG-rättens effektivitetskrav och den nationella konstitutionella och processuella autonomin

''... any provision of any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.'' (EG-domstolen i mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629 p 22).

9.1 Inledning

I de föregående kapitlen har jag visat att EG-domstolens tolkning av artikel 177 lett till en oklar kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Genom sammanvävning av sak- och rättsfrågor, omformulering av tolkningsfrågor och tolkning av nationell rätt utövar EG-domstolen kompetenser som formellt sett åvilar nationella domstolar.

Jag har vidare pekat på att EG-domstolen i sin roll som författningsdomstol, dvs vid kompetensfördelning, har svårt att hålla sig inom artikel 177s jurisdiktionella begränsningar. Skälet är att rollen som författningsdomstol kräver en prövning av förenligheten mellan EG-rätt och nationell rätt och tolkning av nationella regler.

Detta kapitel har två syften som har nära samband med varandra.

I och med att EG-domstolens förhandsavgöranden får konstitutionella och processuella konsekvenser aktualiseras begränsningar av EG-domstolens tolkningsutrymme som kan hänföras till den nationella regimens konstitutionella och processuella autonomi. Syftet blir därför att inledningsvis undersöka i vilken utsträckning EG-domstolens tolkningsutrymme begränsas av nationella konstitutionella hänsyn.

Det andra syftet är att påvisa vilka konstitutionella konsekvenser EG-

domstolens pragmatiska tolkning av artikel 177 får för medlemsstaterna. Hur påverkas maktfördelningen mellan domstolar och lagstiftare i de nationella statsskicken av tolkningen av artikel 177 och utvecklandet av principer om medlemsstaternas skadeståndsansvar och effektivt rättsskydd?

EG-domstolens tolkningsutrymme analyseras i anslutning till utvecklandet av principer om effektivt rättsskydd för enskilda. Principerna spänner mellan målen *Van Gend en Loos* (direkt effekt) och *Brasserie du pêcheur* (närmare förutsättningar för medlemsstaternas skadeståndsansvar) och kan konkretiseras genom EG-domstolens uttalande i *Heylens*:

> ''... the existence of a remedy of a judicial nature against any decision of a national authority refusing the benefit of that right is essential in order to secure for the individual effective protection of his right.''[1]

Analysen av EG-domstolens avgöranden rörande enskildas rättsskydd har vidare till syfte att konkretisera EG-domstolens dynamiska lagtolkning. Det EG-rättsliga skyddet för enskildas EG-rättigheter vilar huvudsakligen på domarskapad rätt i form av oskrivna rättsprinciper. Området utgör därmed ett exempel på ett extensivt utnyttjande av EG-domstolens tolkningsutrymme.

9.2 EG-rättens effektivitet och den nationella processuella autonomin

9.2.1 Inledning

EG-rättens införlivande i nationell rätt har inneburit förändringar i medlemsstaternas statsskick genom att nationella domstolar och andra myndigheter har blivit tillämpare och verkställare av gemenskapsrätten. Denna utveckling har inneburit en konstitutionell maktförskjutning. Med Barav:

> ''To accomodate and comply with the requirements of Community law, national courts' jurisdiction is extended, remedies are created, matters which were beyond the scope of judicial intervention have become subject to the courts' scrutiny. National courts are endowed with both prominence and omnipotence.''[2]

En central fråga är i vilken utsträckning den nationelle domaren överskri-

[1] Mål 222/86 Heylens [1987] ECR 4097 p 14.
[2] Barav, Omnipotent Courts, i Schermers 1994, s 266.

der sina konstitutionella befogenheter i sin strävan att leva upp till de krav EG-rätten ställer på honom. Denna typ av frågor har länge undvikits av EG-domstolen och lämnats till nationella domstolar. Genom att betona att tillämpningen av EG-rätten har anförtrotts nationella domstolar har EG-domstolen formulerat en princip om medlemsstaternas processuella och institutionella autonomi.[3] EG-domstolen har klart uttalat att

> ''... in the absence of Community rules on this subject, it is for the legal system of each Member State to designate their courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law intended to ensure the protection of the rights which citizens have from the direct effect of Community law.''[4]

De nationella domstolarna utövar sina uppgifter i ett nationellt processuellt och konstitutionellt sammanhang. Nationella procedurregler och rättsmedel tillämpas på EG-rättsliga bestämmelser i samma utsträckning som de tillämpas på nationella rättsregler.

Den nationella *processuella autonomin* gällde länge i förhållande till EG-rätten. Den var emellertid inte utan inskränkningar. Medlemsstaterna stod under förpliktelsen att tillse att EG-rättsliga rättsfrågor kunde slitas av kompetenta domstolar och att enskildas EG-rättigheter effektivt skyddades.

9.2.2 Kravet på EG-rättens effektivitet

En viktig linje i EG-domstolens praxis rör enskildas tillgång till rättsmedel vid tillvaratagandet av EG-rättigheter. EG-domstolen har konsekvent kommit att understryka kraven på nationella domstolar att lojalt effektuera EG-rätten. Detta indikeras av en linje av mål som behandlar EG-rättens *effet utile*.[5]

I målet Brasserie du pêcheur fick inte ett nationellt villkor tillämpas om det

> ''... reser hinder för de nationella domstolarnas skyldighet att säkerställa gemenskapsrättens fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter.''[6]

[3] Rideau, Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux 1974, Chronique XIX s 147.
[4] Mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989 p 5.
[5] Se exempelvis mål C-213/89 Factortame ECR I-2433, och målen C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.
[6] Målen C-46/93 och C-48/93 p 72.

Följande exempel kan ges på rättsprinciper som inverkar på nationella domstolars processuella självständighet när EG-rätten aktualiseras i konkreta rättstvister:

- rätt till effektivt rättsskydd,[7]
- rätt till rättegång i opartisk domstol,[8]
- rättsmedlet måste vara proportionellt och adekvat,[9]
- förbud mot processuella bestämmelser som gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att erhålla ersättning för skada vållad av medlemsstaternas brott.[10]

De nationella processuella systemen måste i enlighet med avgörandena i *Rewe*[11] och *Comet*[12] leva upp till två minimikrav: principen om icke-diskriminering och effektivitetsprincipen.

EG-domstolen har konsekvent erinrat om att det enligt fast rättspraxis åligger medlemsstaternas domstolar att, med tillämpning av den samarbetsprincip som anges i artikel 5, säkerställa det rättsliga skydd för enskilda som följer av EG-rättens direkta effekt. I avsaknad av EG-rättslig reglering på området skall det i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat anges vilka domstolar som är behöriga och regleras vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer för dem av gemenskapsrättens direkta effekt. Dessa förfaranden får emellertid varken vara mindre förmånliga än de som avser liknande talan enligt nationell rätt eller göra utövandet av de rättigheter som följer av gemenskapsrätten praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt.[13]

EG-domstolen har uttalat att det finns vissa inskränkningarna i medlemsstaternas konstitutionella och processuella självständighet vad gäller de

[7] Mål 224/84 Johnston [1986] ECR 1451.
[8] Mål C-49/88 Al-Jubail Fertilizer [1991] ECR I-3187.
[9] Mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR I-4367.
[10] Mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595; målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep.
[11] Mål 45/76 [1968] ECR 453.
[12] Mål 33/76 [1976] ECR 1889.
[13] Se mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989 p 5, mål 45/76 Comet [1976] ECR 2043 p 12–16, mål 68/79 Just [1980] ECR 501 p 25, mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595 p 14, mål 331/85, 376/85 och 378/85 Bianco och Girard [1988] ECR 1099 p 12, mål 104/86 Commission v Italy [1988] ECR 1799 p 7, mål 123/87 och 330/87 Jeunehomme och EGI [1988] ECR 4517 p 17, mål C-96/91 Commission v Spain [1992] ECR I-3789 p 12, och mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 43.

rättsliga medlen för kompensensation för rättighetsinskränkningar.[14] Detta gäller i synnerhet då detta visar sig vara nödvändigt för att säkerställa ett korrekt fullgörande av EG-rätten och ett fullständigt och effektivt skydd av de rättigheter som de enskilda har enligt denna rätt.

Men trots att EG-domstolen betonar de nationella domstolarnas skyldighet att för enskilda säkerställa ett direkt och omedelbart skydd av deras intressen underströk EG-domstolen i målet Salgoil att det ankommer på rättsordningen i varje medlemsstat att utse behörig domstol och att i detta syfte rättsligt kvalificera dessa rättigheter enligt kriterier i den nationella rätten.[15]

I målet Bozzetti fastställde EG-domstolen återigen skyldigheten för nationella domstolar att i varje enskilt fall säkerställa ett effektivt skydd av enskildas rättigheter och att det endast inom ramen för dessa gränser inte ankommer på EG-domstolen att ingripa i lösningen av kompetensfrågor vad gäller den nationella processordningen som kan uppkomma med anledning av tillkomsten av vissa rättsliga förhållanden som grundar sig på EG-rätten.[16]

Centralt för diskussionen om förhållandet mellan de EG-rättsliga doktrinerna om enskildas rättsskydd och medlemsstaternas konstitutionella och processuella självständighet är det förbehåll som återfinns i målen Salgoil och Bozetti. Det är därför ingen tillfällighet att det återkommer i målet Francovich:

> ''Subject to that reservation, it is on the basis of the rules of national law on liability that the State must make reparation for the consequences of the loss and damage caused.''[17]

Uttalandena i dessa mål utgör enligt min mening den rättsliga bakgrund som EG-domstolens vidareutveckling av sin rättspraxis måste betraktas mot.

[14] Se mål 158/80 Rewe [1981] ECR 1805 p 44. I målet förklarade EG-domstolen att det genom fördraget varken avsågs att skapa nya rättsmedel i förhållande till dem som redan fanns i de nationella rättsordningarna eller att begränsa domstolarnas val i detta avseende.

[15] Mål 13/68 Salgoil [1968] ECR 661 s 675.

[16] Mål 179/84 Bozetti [1985] ECR 2301 p 17.

[17] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 42.

9.3 Från direkt effekt till medlemsstaternas skadeståndsansvar

9.3.1 Inledning

Två av EG-domstolens ledmotiv: skyddet av enskildas rättigheter och EG-rättens *effet utile*, aktualiseras i förhållande till samtliga typer av EG-rättsliga normer. Det ansågs länge att nationella domstolars förpliktelse att skydda enskildas rättigheter kunde härledas ur principerna om EG-rättens företräde och direkt effekt.[18] Uppfattningen synes ha stöd i EG-domstolens rättspraxis:

> ''... in application of the principle of cooperation laid down in Article 5 of the Treaty, the national courts are entrusted with ensuring the legal protection conferred on individuals by the direct effect of the provisions of Community law.''[19]

Under många år restes frågan om direkt effekt endast i mål under artikel 177 där nationella domstolar agerade samarbetspartners vid genomförandet av EG-rätten. EG-domstolen kom emellertid att sedermera se direkt effekt som en otillräcklig bas för enskildas rättsskydd. I *Francovich* utvecklade domstolen den rättsliga grunden:

> ''... the national courts whose task it is to apply the provisions of Community law in cases within their jurisdiction must ensure that those rules have full effect and protect the rights which they confer on individuals.''[20]

Genom att undvika referensen till direkt effekt-doktrinen öppnas nya möjligheter att utveckla enskildas rättsskydd. Det synes enligt min mening rimligare att rättfärdiga skyddet för enskildas EG-rättigheter med konstaterandet att EG-rätten utgör en integrerad del av nationell rätt och skall effektueras med samma effektivitet som nationella regler.

Med tiden har direkt effekt-doktrinen kommit att visa sig otillräcklig som ensam justifieringsgrund för skyddet av enskildas EG-rättigheter. EG-domstolen synes ha uppmärksammat detta och skapat kompletterande principer för nationella domstolar: direktivkonform tolkning och medlemsstaternas skadeståndsansvar. Eftersom jag redan behandlat direktivkonform tolkning

[18] Se Barav, La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, i L'Europe et le droit 1991 och Kovar, L'intégrité de l'effet directe du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice 1981, s 151.
[19] Se exempelvis mål 45/76 Comet [1976] ECR 2043 p 12.
[20] Målen C-6/90 och C-9/90 [1991] ECR I-5357 p 32.

i kapitel 4[21] koncentrerar jag den fortsatta framställningen på skadeståndsansvaret och dess aktualiserande av jurisdiktionella gränser mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

Det finns i detta sammanhang skäl att erinra om EG-domstolens formulering i *Brasserie du pêcheur*[22]:

> ''Det är nämligen fast rättspraxis att den möjlighet som medborgare ges, att inför de nationella domstolarna åberopa de bestämmelser i fördraget vilka är direkt tillämpliga, endast utgör ett minimiskydd och inte är tillräcklig för att ensam säkerställa en riktig och fullständig tillämpning av fördraget... Denna möjlighet, som är avsedd att i stället för nationella bestämmelser ge företräde åt en tillämpning av bestämmelser i gemenskapsrätten, kan inte i alla fall säkerställa att den enskilde kan komma i åtnjutande av de rättigheter som denne har enligt gemenskapsrätten eller – i synnerhet – förhindra att den enskilde lider skada då en medlemsstat kränker en sådan rättighet... [G]emenskapsrättens fulla verkan äventyras om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av gemenskapsrätten.
>
> Det förhåller sig på detta sätt då en enskild – som är offer för en underlåtenhet att införliva ett direktiv och för vilken det är omöjligt att direkt vid en nationell domstol åberopa vissa av direktivets bestämmelser på grund av att de inte är tillräckligt klara och ovillkorliga – väcker skadeståndstalan mot den försumliga staten för att ha brutit mot artikel 189 tredje stycket i fördraget. Under sådana omständigheter, vilka motsvarar de som förelåg i det ovan nämnda målet Francovich m.fl., syftar skadeståndet till att för dem som åtnjuter rättigheter enligt direktivet undanröja de skadliga följder som uppkommer på grund av att en medlemsstat har underlåtit att införliva direktivet.
>
> Så är det även vid kränkning av en rättighet som ges direkt i en gemenskapsrättslig norm som enskilda faktiskt har rätt att åberopa vid de nationella domstolarna. Rätten till skadestånd utgör i detta fall en nödvändig följd av den direkta effekten av de gemenskapsbestämmelser, vars överträdelse är orsak till den vållade skadan.''[23]

9.3.2 Skadeståndsdoktrinens framväxt

I *Francovich*[24] underströk EG-domstolen betydelsen av EG-rättens effektivitet vid skyddet av de rättsliga förhållanden som skapats av EG-rätten. EG-domstolen framhöll även vikten av att förstärka incitamenten för medlemsstaterna att fullgöra sina skyldigheter. Det är mot bakgrund av dessa ändamål som domstolen har använt sig av och betonat den enskildes ställ-

[21] Se ovan avsnitt 4.3.3.
[22] Mål C-46/93 och C-48/93 äep.
[23] Ibid p 20-22.
[24] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.

ning. Statens ekonomiska ansvar i förhållande till enskilda för skador som har vållats genom underlåtenhet i lagstiftningsarbetet har således skapats av EG-domstolen som ett verktyg för att säkerställa enskildas skydd och därigenom också ett effektivt och korrekt genomförande av EG-rätten. Denna idé är gammal både vad beträffar vissa avgöranden om medlemsstaters ansvar och skyldighet att utge skadestånd och till den allmänna ramen för enskildas rättighetsskydd.[25]

I EG-domstolens rättspraxis återfinns sedan tidigt 1960-tal uttalanden om skyldigheten att utge skadestånd för överträdelser av EG-rätten. I första hand kan hänvisas till målet Humblet där EG-domstolen förklarade att om den fastställer att lagstiftning eller förvaltningsrättsliga bestämmelser som en medlemsstats organ har antagit strider mot EG-rätten, är medlemsstaten i enlighet med artikel 86 i EKSG-fördraget skyldig att undanröja bestämmelserna och utge skadestånd för de otillåtna effekter som kan ha uppkommit till följd av dessa.[26]

9.3.2.1 Relevansen av talan om fördragsbrott

Enligt EG-domstolen är det just på grund av medlemsstatens underlåtenhet att uppfylla skyldigheter som en rätt till skadestånd för enskilda kan uppkomma. EG-domstolen har vid flera tillfällen i samband med talan om fördragsbrott (artikel 169 EG) ogillat invändningar mot talans upptagande till prövning, trots att den medlemsstat mot vilken en talan om överträdelse har anhängiggjorts har fullgjort den aktuella skyldigheten inom perioden mellan det motiverade yttrandet och domstolens dom.[27]

Enligt EG-domstolen kan en dom efter ett fördragsbrottsförfarande ha direkt praktisk betydelse genom att utgöra grunden för det ansvar som en

[25] Se Pescatore, Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires 1972, s 10 ff; Kovar, Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire, i Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen 1978, s 245 ff, särskilt s 272 och Barav, Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community law by National Public Authorities, i Non-Contractual Liability of the European Communities 1988, s 149 ff.

[26] Mål 6/60 [1960] ECR 1063. Målet gällde mer specifikt att den belgiska regeringen skulle upphäva vissa bestämmelser och betala tillbaka felaktigt uttagna belopp. Den allmänna formulering som domstolen använde sig av – utge ersättning för de otillåtna effekterna – kan emellertid tillräckligt klart omfatta även fall av ersättning för eventuella vållade skador.

[27] Mål 240/86 Commission v Greece [1988] ECR 1835 p 14, mål C-361/88 Commission v Germany [1991] ECR I-2567 p 31, och mål C-249/88 Commission v Belgium [1991] ECR I-1275 p 41.

medlemsstat kan ådra sig till följd av dess försummelse gentemot andra medlemsstater, gemenskapen eller enskilda.[28] EG-domstolen har vidare uttalat att intresset av att fortsätta med rättegången även efter det att överträdelsen har åtgärdats kan bestå i att fastställa grunden för det ansvar som en medlemsstat kan ådra sig i förhållande till enskilda.[29]

EG-domstolen har även förklarat att intresset att fullfölja talan kan bestå i att fastställa grunden för det ansvar som en medlemsstat kan ådra sig på grund av underlåtenheten att fullfölja sina skyldigheter i förhållande till enskilda som åberopar rättigheter till följd av underlåtenheten.[30] Av dessa uttalanden kan man inte sluta sig till att enskilda har en rätt till ersättning för skada på grund av en överträdelse av fördraget, utan endast möjligheten att, inom de gränser som fastställs i nationell rätt, göra gällande sin rätt till skadestånd.[31]

9.3.2.2 Nationella domstolars ansvar

En uttrycklig bekräftelse av medlemsstaternas skyldighet att utge skadestånd till enskilda återfinns i målet Russo i vilket domstolen förklarade att om en skada har vållats genom en överträdelse av EG-rätten, svarar staten gentemot den skadelidande för effekterna i enlighet med nationella bestämmelser om statens ansvar.[32]

Det synes stå klart att det av en medlemsstat kan begäras att den utger ersättning för den skada som enskilda har lidit och som består i, eller följer av, en överträdelse av gemenskapsbestämmelser. Av denna praxis framgår emellertid att ansvaret måste fastställas av den nationella domstolen inom ramen för nationella bestämmelser om statens ansvar.[33]

EG-domstolen hänvisar på detta stadium i rättsutvecklingen principiellt till lagstiftningen i medlemsstaterna för att bestämma om staten är skyldig att utge ersättning för skada som har vållats genom underlåtenhet av staten att iaktta en gemenskapsbestämmelse.[34]

[28] Mål 39/72 Commission v Italy [1973] ECR 101 p 11.
[29] Mål 309/84 Commission v Italy [1986] ECR 599 p 18. Se även mål 103/84 Commission v Italy [1986] ECR 1759 p 9 och mål 154/85 Commission v Italy [1987] ECR 2717 p 6.
[30] Se mål 240/86 Commission v Greece [1988] ECR 1835 p 14; mål C-361/88 Comission v Germany [1991] ECR I-2567 p 31 och mål C-249/88 Comission v Belgium [1991] ECR I-1275 p 41.
[31] Jmfr ovan avsnitt 4.4.4.
[32] Mål 60/75 [1976] ECR 45 p 9.
[33] Ibid p 9.
[34] Se även mål 101/78 Granaria [1979] ECR 623 p 14.

Denna rättspraxis övergavs i målet Francovich[35] där EG-domstolen slog fast att en medlemsstats skadeståndsskyldighet vid överträdelser av sina skyldigheter har sin grund i EG-rätten, även vad gäller förutsättningarna för skadeståndsskyldigheten. EG-domstolen begränsade sig i målet Francovich inte till att överlämna åt den nationella domstolen att avgöra *samtliga* rättsliga följder av överträdelser av de EG-rättsliga bestämmelserna. Domstolen förklarade att staten enligt själva EG-rätten var förpliktad att utge skadestånd till enskilda och fastställde, vad gällde det ansvar som var aktuellt i målet, de EG-rättsliga förutsättningarna för att ansvar skall uppkomma.[36]

Är då den EG-rättsliga principen om ansvar endast ett medel för att fylla en lucka i skyddet av rättigheter eller en princip med större räckvidd? Kan skadeståndsskyldighet uppkomma i andra fall än vid underlåtenhet att genomföra direktiv? Krävs ett säkerställande av rättigheter genom en skadeståndsmöjlighet även vid överträdelse av bestämmelser som har direkt effekt? Eller är denna möjlighet utesluten på grund av att den enskilde i sådant fall direkt kan göra åberopa den ifrågavarande bestämmelsen och därigenom se till att den begärda rättigheten på detta sätt säkerställs? Dessa frågor kom att aktualiseras i målet Brasserie du pêcheur[37].

9.3.3 Målet Brasserie du pêcheur

Tyska Bundesgerichtshof (i mål C-46/93) och brittiska High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (i mål C-48/93), begärde förhandsavgörande enligt artikel 177 om förutsättningarna för medlemsstaternas skadeståndsansvar för skada som har vållats enskilda genom brott mot EG-rätten. Frågorna uppkom inom ramen för två tvister mellan dels bolaget Brasserie du pêcheur SA och Tyskland, dels bolaget Factortame Ltd m.fl. och Storbritannien och Nordirland.

Brasserie du pêcheur (ett franskt bolag) tvingades i slutet av år 1981 att upphöra med att exportera öl till Tyskland eftersom de tyska myndigheterna ansåg att det öl som bolaget framställde inte uppfyllde de renhetskrav som stadgas i de tyska öllagarna.[38]

[35] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.
[36] Ibid p 40.
[37] Mål C-46/93 och C-48/93 äep.
[38] §§ 9 och 10 i Biersteuergesetz av den 14 mars 1952 (lag om skatt på öl, BGBl I, s 149) i dess lydelse av den 14 december 1976 (BGBl I, s 3341, s 3357).

Kommissionen ansåg att dessa bestämmelser stred mot artikel 30 i fördraget och väckte talan mot Tyskland om fördragsbrott. Talan avsåg dels förbudet att under beteckningen Bier (öl) saluföra öl som lagligen hade framställts i andra medlemsstater och enligt andra metoder, dels förbudet att importera öl som innehöll tillsatser. EG-domstolen fann 1987[39] att *förbudet* att saluföra öl som inte uppfyllde kraven i de tyska bestämmelserna i den tyska lagstiftningen och som hade importerats från andra medlemsstater var oförenligt med artikel 30 i fördraget.

Brasserie du pêcheur väckte därför talan mot Tyskland och yrkade ersättning för den skada man lidit mellan åren 1981 och 1987 av denna importrestriktion. Det yrkade skadeståndsbeloppet uppgick till 1 800 000 DM och avsåg en del av den faktiska skadan. Bundesgerichtshof ställde följande frågor i sin begäran om förhandsavgörande[40]:

1. Skall den EG-rättsliga principen, enligt vilken medlemsstater är skyldiga att utge ersättning för skada som har vållats enskilda till följd av sådana överträdelser av EG-rätten som kan tillskrivas dessa medlemsstater, tillämpas även när en sådan överträdelse består av underlåtenhet att ändra en nationell, av parlamentet utfärdad formell lag så att denna blir förenlig med överordnad gemenskapsrätt (i detta fall: underlåtenhet att ändra §§ 9 och 10 i den tyska Biersteuergesetz så att de blir förenliga med artikel 30 i fördraget)?
2. Får det i den nationella rättsordningen föreskrivas att rätten till skadestånd skall vara föremål för samma begränsningar som de som gäller när en nationell lag strider mot överordnad nationell rätt, till exempel när en vanlig tysk förbundslag strider mot Grundgesetz i Förbundsrepubliken Tyskland?
3. Får det i den nationella rättsordningen föreskrivas att rätten till skade-

[39] Mål 178/84 Commission v Germany [1987] ECR 1227.

[40] I samband med hänskjutandet till EG-domstolen åberopade Bundesgerichtshof § 839 i Bürgerliches Gesetzbuch (tyska civillagen, nedan kallad BGB) och artikel 34 i Grundgesetz (grundlagen, nedan kallad GG). I § 839.1 första meningen i BGB föreskrivs följande: Varje tjänsteman som med uppsåt eller av vårdslöshet åsidosätter en tjänsteplikt som åligger honom gentemot tredje man, skall ersätta tredje mannen för den skada som uppkommer därav. I artikel 34 i GG föreskrivs däremot att [o]m någon vid utövandet av en åt honom anförtrodd offentlig befattning brister i en tjänsteplikt som åligger honom gentemot tredje man, skall staten eller den myndighet vid vilken han arbetar i princip svara härför. Av dessa bestämmelser i förening följer att statens ansvar är beroende av kravet att tredje man skall kunna anses berörd av den åsidosatta skyldigheten, vilket innebär att staten endast svarar för åsidosättande av skyldigheter som den har gentemot tredje man. Som Bundesgerichtshof har understrukit, ålade lagstiftaren emellertid förpliktelser för ett kollektiv, utan att avse någon person eller kategori av personer som kan anses utgöra en tredje man i den mening som avses i ovan nämnda bestämmelser.

stånd skall vara beroende av att det föreligger culpa (uppsåt eller vårdslöshet) som kan tillskrivas de statliga myndigheter vilka är ansvariga för underlåtenheten att vidta ändring?

4. Om första frågan skall besvaras med ett ja och andra frågan skall besvaras med ett nej:
   a. Får skadeståndsskyldigheten genom den nationella rättsordningen begränsas till ersättning för skada som har vållats särskilda, rättsligt erkända intressen för enskilda, till exempel egendom, eller krävs att full ersättning utges för all ekonomisk skada, inklusive utebliven vinst?
   b. Innebär skadeståndsskyldigheten att det måste utges ersättning även för sådan skada som redan hade uppkommit innan det i domen från Europeiska gemenskapernas domstol av den 12 mars 1987 (mål 178/84) förklarades att § 10 i den tyska Biersteuergesetz stred mot överordnad gemenskapsrätt?

De frågor som Divisional Court formulerade i målet Factortame aktualiserade även de grunden för skadeståndsansvaret och de närmare förutsättningarna för att skadestånd skall utgå.[41]

För mina syften är domstolens svar på den tyska domstolens frågor 1 och 2 viktigast. Jag ägnar därför dessa frågor störst intresse. Särskilt intressant för detta kapitel är EG-domstolens diskussion om kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar vid skadeståndsansvarets tillämpning och verkställande (fråga 2).

EG-domstolens svar på fråga 1 analyseras ingående i det följande kapitlet 10. Där används EG-domstolens justifieringar för att inleda den mer

[41] Den 16 december 1988 väckte Factortame m fl talan vid High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court och gjorde gällande att avdelning II i Merchant Shipping Act 1988 var oförenlig med EG-rätten, och då i synnerhet med artikel 52 i fördraget. Lagen hade trätt i kraft den 1 december 1988 och föreskrev att ett nytt register skulle upprättas för de brittiska fiskefartygen varvid registreringen av fartygen – inklusive de fartyg som redan fanns upptagna i ett tidigare register – gjordes beroende av vissa villkor om nationalitet, bosättning och hemvist för ägarna. De fiskefartyg som inte kunde tas upp i det nya registret förlorade rätten att bedriva fiske. EG-domstolen förklarade i dom av den 25 juli 1991 (mål C-221/89 Factortame II [1991] ECR I-3905) att EG-rätten utgör hinder mot att det uppställs sådana krav om nationalitet, bosättning och hemvist för ägare och nyttjare av fartyg som föreskrevs i det registreringssystem som hade inrättats. Domstolen uttalade emellertid att EG-rätten inte utgör hinder mot att det som villkor för registrering krävs att fartygen skall nyttjas och att deras användning skall styras och kontrolleras från brittiskt territorium. Den 4 augusti 1989 väckte kommissionen en talan om fördragsbrott mot Storbritannien. Kommissionen ansökte samtidigt om interimistiska åtgärder för att få villkoren om nationalitet suspenderade på den grunden att de stred mot artiklarna 7, 52 och 221 i fördraget. EG-domstolens ordförande biföll genom beslut av den 10 oktober 1989

teoretiskt orienterade analysen om gränserna för EG-domstolens legitima tolkningsutrymme.

9.3.3.1 Skadeståndsansvarets grund

EG-domstolen konstaterar att möjligheten för enskilda att åberopa direkt tillämpliga EG-regler endast utgör ett minimiskydd och inte är tillräcklig för att ensam säkerställa en riktig och fullständig tillämpning av fördra-

(mål 246/89 R [1989] ECR 3125) denna ansökan om suspension. Storbritannien antog till följd härav bestämmelser om ändring av det nya registreringssystemet, vilka trädde i kraft den 2 november 1989. EG-domstolen fastställde i dom av den 4 oktober 1991(mål C-246/89 [1991] ECR I-4585) att de villkor för registrering som hade ifrågasatts i talan om fördragsbrott stred mot EG-rätten. Divisional Court hade under tiden meddelat ett beslut som syftade till att ge verkan åt domstolens ovannämnda dom av den 25 juli 1991 och samtidigt anmodat kärandena att närmare ange sina skadeståndsyrkanden. Kärandena inkom därför med en detaljerad redogörelse för de olika skadeståndsposter som åberopades, vilka innefattade de kostnader och förluster som hade uppkommit från det att den ifrågavarande lagstiftningen trädde i kraft, den 1 april 1989, till dess att den upphävdes, den 2 november 1989. Divisional Court begärde därefter förhandsbesked vad gällde följande frågor:

1. Är, med beaktande av samtliga omständigheter i målet, i vilket

a. det i en medlemsstats lagstiftning föreskrivs villkor om nationalitet, bosättning och hemvist för ägare och nyttjare av fiskefartyg samt för aktieägare och styrelseledamöter i bolag som äger och nyttjar sådana fartyg, och där

b. EG-domstolen i målen C-221/89 och C-246/89 har förklarat att dessa villkor strider mot artiklarna 5, 7, 52 och 221 i fördraget, de ovan nämnda personerna, som var ägare eller nyttjare av sådana fartyg, eller styrelseledamöter och/eller aktieägare i bolag som ägde eller nyttjade sådana fartyg, enligt EG-rätten berättigade till ersättning av medlemsstaten för skada som de har vållats till följd av samtliga eller någon av ovannämnda överträdelser av fördraget?

2. Om första frågan besvaras med ett ja, vilka överväganden, om några alls, krävs det då enligt EG-rätten att den nationella domstolen skall göra när den prövar skadeståndsanspråk som avser

a. kostnader och/eller uteblivna vinster och/eller uteblivna inkomster under den period som följde på ikraftträdandet av de ovan nämnda villkoren, under vilken det krävdes att fartygen inte användes för fiske eller att alternativa fiskearrangemang vidtogs och/eller att registrering söktes någon annanstans,

b. förluster till följd av försäljning till underpris av fartygen eller andelarna i dessa, eller av andelar i bolag som ägde sådana fartyg,

c. förluster till följd av nödvändigheten att ordna med säkerheter, böter och ombudsarvoden för påstådda förseelser i samband med att fartyg uteslöts ur det nationella registret,

d. förluster till följd av att nämnda personer inte kunde äga eller driva verksamhet med ytterligare fartyg,

e. uteblivna driftsintäkter,

f. kostnader som har uppkommit vid försök att minska förlusterna ovan, och

g. skadestånd av påföljdskaraktär (exemplary damages) i enlighet med vad som har yrkats?

get.[42] Domstolen anser att denna möjlighet inte kan säkerställa att den enskilde i alla fall kan komma i åtnjutande av de rättigheter som denne har enligt EG-rätten. Domstolen anser att EG-rättens fulla verkan skulle kunna äventyras om enskilda inte hade möjlighet att få skadestånd då deras rättigheter har kränkts genom en överträdelse av EG-rätten.[43]

EG-domstolen anser att det står klart att de aktuella gemenskapsbestämmelserna (artiklarna 30 och 52) har direkt effekt i den betydelsen att enskilda i bestämmelserna ges rättigheter som de kan göra gällande direkt vid de nationella domstolarna. Överträdelser av sådana bestämmelser kan ge upphov till skadestånd.[44]

EG-domstolen noterar därefter att den tyska regeringen har hävdat att en allmän rätt till skadestånd för enskilda endast kan fastställas genom lagstiftning och att tillskapande av en sådan rätt i rättspraxis är oförenligt med kompetensfördelningen mellan de gemensamma institutionerna och medlemsstaterna och med den jämvikt mellan institutionerna som har inrättats genom fördraget.[45]

EG-domstolen bemöter denna invändning genom att understryka att frågan om förekomsten och omfattningen av en medlemsstats ansvar för skada till följd av överträdelse av dess skyldigheter *enligt EG-rätten rör tolkningen av fördraget*, vilken som sådan faller under domstolens behörighet. Domstolen konstaterar vidare att tolkningsfrågan har hänskjutits till domstolen av nationella domstolar med stöd av artikel 177 i fördraget.[46]

EG-domstolen uttalar att det i avsaknad av fördragsbestämmelser som på ett uttryckligt och klart sätt reglerar följderna av att medlemsstater överträder EG-rätten tillkommer domstolen att enligt artikel 164 i fördraget avgöra en sådan fråga enligt allmänt erkända tolkningsmetoder, särskilt genom att

[42] Ibid p 20. Se även mål 168/85 Commission v Italy [1986] ECR 2945 p 11, mål C-120/88 Commission v Italy [1991] ECR I-621 p 10 och mål C-119/89 Commission v Spain [1991] ECR I-641 p 9.

[43] EG-domstolen relaterar i sammanhanget situationen då en enskild, vid en medlemsstats bristande genomförande, endast kan förlita sig på bestämmelser i direktiv utan direkt effekt och väcker skadeståndstalan mot den försumliga staten för att ha brutit mot artikel 189 tredje stycket i fördraget. I detta fall syftar skadeståndet till att undanröja de skadliga följder som uppkommer på grund av att en medlemsstat har underlåtit att införliva direktivet. På samma sätt förhåller sig det enligt domstolen vid kränkning av en rättighet som ges direkt i en EG-rättslig norm som enskilda faktiskt har rätt att åberopa vid de nationella domstolarna. Rätten till skadestånd utgör i detta fall en *nödvändig följd av den direkta effekten* av de gemenskapsbestämmelser, vars överträdelse är orsak till den vållade skadan.

[44] Ibid p 23.

[45] Ibid p 24.

[46] Ibid p 25.

tillämpa de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning och de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.[47]

EG-domstolen refererar därefter till artikel 215 (2) i fördraget och de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar vad gäller gemenskapens utomobligatoriska ansvar för skada som har vållats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning. EG-domstolen anser att principen om gemenskapens utomobligatoriska ansvar endast är ett uttryck för den allmänna princip som är känd i medlemsstaternas rättsordningar, enligt vilken en rättsstridig handling eller underlåtenhet medför en skyldighet att ersätta den skada som har vållats. Domstolen påpekar att det i denna bestämmelse även går att utläsa en skyldighet för myndigheterna att ersätta skada som har vållats under tjänsteutövning.[48] Vidare konstateras att de rättsliga reglerna angående statens ansvar i ett stort antal nationella rättsordningar på ett avgörande sätt har utvecklats i rättspraxis.[49]

EG-domstolen påpekar att principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av EG-rätten som kan tillskrivas medlemsstaterna utgör en väsentlig del av fördragets system. Av detta följer enligt domstolen att principen gäller för varje fall då en medlemsstat överträder EG-rätten och oavsett vilket organ i medlemsstaten det är vars handling eller underlåtenhet är orsak till fördragsbrottet. Dessutom kan skyldigheten att ersätta skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EG-rätten inte vara beroende av nationella regler om kompetensfördelning mellan den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten, med hänsyn till det grundläggande kravet i EG-rätten på att denna måste tillämpas enhetligt.[50] Domstolen finner i detta sammanhang det viktigt att påpeka att en stat vars ansvar görs gällande vid överträdelse av en internationell förpliktelse, enligt internationell rätt betraktas som en enhet, vare sig den överträdelse som är orsak till skadan kan tillskrivas den lagstiftande, den dömande eller den verkställande makten. Enligt domstolen måste det i än högre grad förhålla sig på detta sätt i gemenskapens rättsordning, eftersom det åligger alla statens organ, inklusive den lagstiftande makten, att vid fullgörandet av sina uppgifter följa de normer som föreskrivs i EG-rätten

[47] Ibid p 27.
[48] Ibid p 28 och 29.
[49] Ibid p 30.
[50] Ibid p 31-33. Se även mål C-143/88 och C-92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415 p 26.

och i vilka enskildas förhållanden direkt kan regleras.[51]

EG-domstolen sluter sig till att de nationella domstolarna måste ges det svaret, att principen enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga att ersätta skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av EG-rätten som kan tillskrivas medlemsstaterna, är tillämplig då det ifrågasatta fördragsbrottet hänför sig till den nationelle lagstiftaren.[52]

9.3.3.2 Närmare förutsättningar för ersättning

När det gäller de närmare villkoren för skadestånd påminner EG-domstolen inledningsvis om att även om statens ansvar framgår av EG-rätten beror förutsättningarna för att en rätt till skadestånd skall uppkomma på överträdelsens karaktär.[53] Domstolen hänvisar i denna del till avgörandet i *Francovich*[54]. I detta sammanhang måste hänsyn tas till principen om de EG-rättsliga normernas fulla verkan och ett effektivt skydd av de rättigheter som erkänns i dessa bestämmelser, dels medlemsstaternas skyldighet att samarbeta enligt artikel 5 i fördraget.[55]

EG-domstolen anser även det relevant att referera till sin egen rättspraxis avseende gemenskapens utomobligatoriska ansvar. Domstolen konstaterar för det första att artikel 215 andra stycket hänvisar till de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar vilka EG-domstolen tar intryck av när det gäller andra områden i EG-rätten. För det andra får förutsättningarna för statens ansvar för skada som har vållats enskilda på grund av överträdelse av EG-rätten inte skilja sig från dem *som under jämförbara förhållanden* gäller för gemenskapens ansvar, om det inte finns särskilda skäl till detta. EG-domstolen understryker att skyddet för de rättigheter som enskilda åtnjuter enligt EG- rätten inte kan variera beroende på om den myndighet som har orsakat skadan är nationell eller EG-rättslig.[56]

Efter att ha relaterat delar av sin egen praxis under artikel 215 (2), som går ut på att ersättningsansvaret begränsas med hänsyn till omfattningen av det handlingsutrymme lagstiftaren utövar, konstaterar domstolen att den nationelle lagstiftaren inte alltid förfogar över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning då det rör sig om ett område som regleras i EG-rätten.

[51] Ibid p 34.
[52] Ibid p 36.
[53] Ibid p 38.
[54] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 38.
[55] Ibid p 31-36.
[56] Mål C-46/93 och C-48/93 äep p 41 och 42.

EG-rätten kan ålägga lagstiftaren skyldigheter vilka väsentligt minskar dennes handlingsutrymme. Detta är särskilt fallet då medlemsstaten är skyldig att i enlighet med artikel 189 i fördraget inom en viss tid vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att uppnå det resultat som föreskrivs i ett direktiv. I detta fall saknar det enligt domstolen betydelse för medlemsstatens ansvar för underlåtenheten att införliva direktivet att de åtgärder som skall vidtas ankommer på den nationelle lagstiftaren. Däremot skall förutsättningarna för medlemsstatens ansvar i princip vara desamma som de som är avgörande för gemenskapens ansvar i en jämförbar situation.[57]

Vad gäller lagstiftarens handlingsutrymme i de aktuella fallen uttalar domstolen att lagstiftaren i det tyska fallet förfogade över ett stort skönsmässigt utrymme och i det brittiska fallet ett något mindre.[58] Enligt EG-domstolen befann sig lagstiftarna i båda fallen i situationer som inbegrep val som var jämförbara med dem vilka gemenskapsinstitutionerna gör då det antas lagstiftning inom ramen för en gemenskapspolitik.[59]

EG-domstolen slår därefter fast att det under dessa förhållanden enligt EG-rätten föreligger en rätt till skadestånd då tre förutsättningar är uppfyllda: den rättsregel som har överträtts skall ha till syfte att ge enskilda rättigheter, överträdelsen skall vara tillräckligt klar och det skall finnas ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit.[60] EG-domstolen konstaterar att dessa förutsättningar dels uppfyller kraven med avseende på de EG-rättsliga normernas fulla verkan och ett effektivt skydd av de rättigheter som följer av dessa, dels motsvarar de förutsättningar som domstolen har utvecklat enligt artikel 215 i sin rättspraxis avseende gemenskapens ansvar för skada som har vållats enskilda genom dess institutioners rättsstridiga,

[57] Ibid p 45-47.

[58] Ibid p 48-49: "I det mål vid den nationella domstolen som har givit upphov till mål C-46/93 hade den tyska lagstiftaren lagstiftat på livsmedelsområdet, särskilt i fråga om öl. Den nationelle lagstiftaren förfogade, i avsaknad av EG-rättslig harmonisering, inom detta område över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att utfärda en reglering om kvaliteten på salufört öl. Vad beträffar de faktiska omständigheterna i mål C-48/93, förfogade även lagstiftaren i Förenade konungariket över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Den omtvistade lagstiftningen berörde nämligen dels registrering av fartyg, ett område som med hänsyn till EG-rättens nuvarande utvecklingsnivå omfattas av medlemsstaternas behörighet, dels reglering av fiskerinäring, inom vilket område genomförandet av den gemensamma politiken lämnar ett visst handlingsutrymme åt medlemsstaterna."

[59] Ibid p 50.

[60] Ibid p 51.

normativa rättsakter.[61]

EG-domstolen relaterar därefter förutsättningarna till de konkreta fallen och slår fast att den första förutsättningen är uppfylld både vad beträffar artikel 30 och 52.[62]

För att anse att en överträdelse av EG-rätten är tillräckligt klar krävs enligt domstolen att en medlemsstat eller en gemenskapsinstitution uppenbart och allvarligt missbedömt gränserna för det egna utrymmet för skönsmässig bedömning.[63]

EG-domstolen anser dessutom i detta sammanhang att det finns anledning att, bland de omständigheter som den behöriga domstolen kan behöva ta hänsyn till, framhålla den överträdda regelns

> ''... grad av klarhet och precision, omfattningen av det handlingsutrymme som i den överträdda regeln lämnas åt de nationella eller de EG-rättsliga myndigheterna, det begångna fördragsbrottets eller den vållade skadans avsiktliga eller oavsiktliga karaktär, den ursäktliga eller oursäktliga karaktären av en eventuell rättsvillfarelse, den omständigheten att en av en gemenskapsinstitution intagen ståndpunkt har kunnat bidra till underlåtenheten, antagandet eller upprätthållandet av bestämmelser eller av nationell praxis som strider mot EG-rätten.''[64]

EG-domstolen understryker att en överträdelse av EG-rätten är uppenbart klar då den har fortsatt trots att det har avkunnats en dom där fördragsbrottet fastställs eller det finns ett förhandsavgörande eller en fast rättspraxis vid domstolen i frågan av vilka det framgår att agerandet utgör en överträdelse.[65]

EG-domstolen framhåller sedan de nationella domstolarnas ansvar vid fastställandet av överträdelsen:

> ''I förevarande fall kan domstolen inte ersätta de nationella domstolarnas bedömningar med sin bedömning, eftersom endast de senare är behöriga att fastställa de faktiska omständigheterna i de mål som är anhängiga vid dessa och att kvalificera de ifrågavarande överträdelserna av EG-rätten. Domstolen anser det likväl vara lämpligt att påminna om vissa omständigheter som de nationella

[61] Ibid p 52 och 53.

[62] Ibid p 54: "Den första förutsättningen är uppenbarligen uppfylld vad beträffar artikel 30 i fördraget, vilken avses i mål C-46/93, och artikel 52 i fördraget vilken avses i mål C-48/93. Även om det i artikel 30 föreskrivs ett förbud för medlemsstaterna, skapas inte desto mindre rättigheter för enskilda vilka de nationella domstolarna måste skydda... Likaså är artikel 52 i fördraget till sin natur sådan att enskilda ges rättigheter... "

[63] Ibid p 55.

[64] Ibid p 56.

[65] Ibid p 57.

domstolarna skulle kunna ta hänsyn till.''[66]

EG-domstolen anser att det i *Brasserie du pêcheur* är viktigt att skilja mellan å ena sidan frågan om den tyske lagstiftarens upprätthållande av bestämmelser i Biersteuergesetz angående öls renhet avseende förbud att under beteckningen Bier saluföra öl som hade importerats från andra medlemsstater och lagligen framställts enligt andra regler, och å andra sidan frågan om upprätthållande av bestämmelser i samma lag avseende förbud att importera öl som innehåller tillsatser.

EG-domstolen gör därefter en konkret prövning av förhållandet mellan EG-rätten och den tyska lagstiftningen:

> ''Överträdelsen – genom den tyska lagstiftningen – av artikel 30 i fördraget kan nämligen, då det rör sig om bestämmelser om beteckning av den saluförda produkten, svårligen anses som ett ursäktligt fel, eftersom en sådan reglerings oförenlighet med artikel 30 i fördraget framstår som uppenbar mot bakgrund av domstolens tidigare rättspraxis... Det bedömningsunderlag som den nationella lagstiftaren med hänsyn till rättspraxis i frågan förfogade över för att avgöra om förbudet att använda tillsatser stred mot EG-rätten framstod däremot som väsentligt mindre övertygande fram till den ovan nämnda domen av den 12 mars 1987, kommissionen mot Tyskland, i vilken domstolen fann detta förbud vara oförenligt med artikel 30.''[67]

EG-domstolen påpekar att det ankommer på de nationella domstolarna att pröva om det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av

[66] Ibid p 58.

[67] Ibid p 59. Vad gäller den nationella regleringen i Factortame uttalar domstolen (p 61-63):

"Beslutet av lagstiftaren i Förenade konungariket att i Merchant Shipping Act 1988 införa bestämmelser om villkor för registrering av fiskefartyg måste bedömas olika beroende på om det rör sig om bestämmelser som gör registreringen beroende av ett villkor avseende nationalitet, vilka utgör en direkt diskriminering i strid med EG-rätten, eller om det rör sig om bestämmelser som fastställer villkor avseende bosättning och hemvist för ägare och nyttjare av fartyg.

Att uppställa de senare villkoren framstår omedelbart som oförenligt särskilt med artikel 52 i fördraget, men Förenade konungariket ansåg dem vara berättigade med stöd av målen för den gemensamma fiskeripolitiken. I domen Factortame II avvisade domstolen denna invändning.

För att kunna bedoma om den överträdelse av artikel 52 som Förenade konungariket således har gjort sig skyldigt till, var tillräckligt klar, skulle den nationella domstolen bland annat kunna ta hänsyn till de juridiska kontroverser som är förenade med den gemensamma fiskeripolitikens särskilda beskaffenhet, kommissionens ståndpunkt, vilken den i god tid tillkännagav för Förenade konungariket, och de bedömningar av den grad av säkerhet i fråga om EG-rätten vilken de nationella domstolarna har gjort inom ramen för de interimistiska förfaranden som hade begärts av enskilda som berördes av tillämpningen av Merchant Shipping Act."

statens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit.[68]

EG-domstolen uttalar att de tre förutsättningar som relaterats ovan är nödvändiga och tillräckliga för att ge upphov till en rätt till skadestånd för enskilda och sluter sig sammanfattnigsvis till

> ''... att då en medlemsstat har överträtt EG-rätten och detta kan tillskrivas den nationella lagstiftaren som handlar inom ett område där denna för att göra normativa val förfogar över ett stort handlingsutrymme, har enskilda som har lidit skada rätt till skadestånd om den EG-rättsliga regel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter och överträdelsen är tillräckligt klar samt det finns ett direkt orsakssamband mellan denna överträdelse och den skada som de enskilda har lidit. Det är med detta förbehåll som det ankommer på staten att inom ramen för den nationella skadeståndsrätten gottgöra följderna av den skada som har vållats genom en överträdelse av EG-rätten som kan tillskrivas staten, på villkor att de förutsättningar som fastställs i den nationella lagstiftning som är tillämplig inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande nationella ersättningsanspråk eller utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.''[69]

9.3.3.3 Övriga frågor

Vad gäller möjligheten att göra skadeståndsansvaret beroende av *culpa* slår EG-domstolen fast att nationella domstolar inte får göra skadeståndet beroende av att det statliga organ som fördragsbrottet kan tillskrivas har gjort

[68] Ibid p 65. Vad gäller den nationella rättens utformning vad gäller möjligheterna att erhålla skadestånd uppställer EG-domstolen följande minimikrav (p 67):

"Som framgår av den ovan nämnda domen Francovich m.fl., punkt 41-43, är det – med förbehåll för en direkt på EG-rätten grundad rätt till skadestånd då de förutsättningar som anges i föregående punkt är uppfyllda – inom ramen för bestämmelser i den nationella rätten om skadeståndsansvar som det ankommer på staten att gottgöra följderna av den vållade skadan, på villkor att de förutsättningar som fastställs i nationell lagstiftning i fråga om skadestånd inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande nationella ersättningsanspråk eller utformas på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd (se även dom av den 9 november 1983, San Giorgio, 199/82, Rec. s. 3595)."

EG-domstolen frågar sig därefter om det i de aktuella fallen för enskilda i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att hävda rätten till ersättning, dvs. om det i den nationella rättsordningen får föreskrivas att rätten till skadestånd skall vara föremål för samma begränsningar som de som gäller när en nationell lag strider mot överordnad nationell rätt, till exempel när en vanlig tysk förbundslag strider mot den tyska grundlagen. Enligt EG-domstolen måste det undersökas om de nationella begränsningarna är sådana att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd. Domstolen sluter sig till att en nationell förutsättning vad gäller begränsningar i rätten att hävda sina EG-rättigheter i princip inte får tillämpas eftersom den reser hinder för de nationella domstolarnas skyldighet att säkerställa EG-rättens fulla verkan genom att garantera ett effektivt skydd av enskildas rättigheter.

[69] Ibid p 74.

sig skyldigt till en avsiktlig eller vårdslös culpa som går utöver en tillräckligt klar överträdelse av EG-rätten.[70]

Vad gäller skadeståndets materiella omfattning uttalar EG-domstolen att det skadestånd som det åligger medlemsstaterna att utge för skada som de har vållat enskilda genom överträdelser av EG-rätten skall vara adekvat i förhållande till den lidna skadan. Då det inte finns EG-rättsliga bestämmelser på detta område tillkommer det varje medlemsstat att i sin nationella rättsordning fastställa de kriterier som gör det möjligt att bestämma skadeståndets omfattning, på villkor att de inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande anspråk som har framställts i ett rättsligt förfarande och som grundas på den nationella rätten och att de inte i något fall får vara utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd. En nationell reglering, som på ett generellt sätt begränsar ersättningsgill skada till att enbart avse skada som har vållats särskilda, rättsligt erkända intressen för enskilda, och i vilken utebliven vinst som enskilda har lidit är utesluten, är inte förenlig med EG-rätten. Speciella skadeståndstyper, sådana som skadestånd av påföljdskaraktär vilka föreskrivs i engelsk rätt, skall kunna tillerkännas inom ramen för anspråk som har framställts i ett rättsligt förfarande och som grundas på EG-rätten, om de kan tillerkännas inom ramen för liknande anspråk som har framställts i ett rättsligt förfarande och som grundas på den nationella rätten.[71]

Vad gäller längden av den period som omfattas av skadeståndet uttalar domstolen att medlemsstaternas skyldighet att ersätta skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av EG-rätten som kan tillskrivas medlemsstaterna inte kan begränsas till att enbart avse skada som har uppkommit efter att det har avkunnats en dom av domstolen i vilken det ifrågasatta fördragsbrottet har fastställts.[72]

Det finns i målet vidare enligt EG-domstolen inte skäl att begränsa domens verkan i tiden.[73]

[70] Ibid p 79.
[71] Ibid p 90.
[72] Ibid p 96.
[73] Ibid p 100.

9.4 Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar och kriterierna för medlemsstaternas skadeståndsansvar

EG-domstolens formulering av kriterier för de närmare förutsättningarna för ansvar aktualiserar kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177. Formellt går kompetenslinjen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt. EG-domstolen tolkar och nationella domstolar tillämpar EG-rätt.[74] Det är viktigt att framhålla att EG-domstolen saknar formell kompetens att uttala sig om förenligheten mellan EG-rätt och nationell rätt.[75] Domstolen kan heller inte fastställa ändamålet med den nationella lagstiftningen eller analysera i vilken utsträckning nationella regler förhindrar genomförandet av gemenskapens målsättningar. Den enda möjlighet EG-domstolen har är att hävda gemenskapsintresset i kompetenskonflikter genom tolkning av gemenskapsrätten.

Problemet med att upprätthålla kompetensgränserna visar sig när EG-domstolen vill uttala sig om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt för att därigenom ge den nationelle domaren vägledning för lösning av det konkreta fallet. EG-domstolen prövar gränserna i två steg.

För det första vid bedömningen av omfattningen av det fria skönet som den tyska och brittiske lagstiftaren utövade i de två fallen. Här inbegriper sig EG-domstolen öppet i en tolkning av dels omfattningen av gemenskapskompetensen, dels de nationella kompetenserna på respektive lagstiftningsområde:

> ”I det mål vid den nationella domstolen som har givit upphov till mål C-46/93 hade den tyske lagstiftaren lagstiftat på livsmedelsområdet, särskilt i fråga om öl. Den nationelle lagstiftaren förfogade, i avsaknad av EG-rättslig harmonisering inom detta område, över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning för att utfärda en reglering om kvaliteten på salufört öl.
>
> Vad beträffar de faktiska omständigheterna i mål C-48/93, förfogade även lagstiftaren i Förenade konungariket över ett stort utrymme för skönsmässig bedömning. Den omtvistade lagstiftningen berörde nämligen dels registrering av fartyg, ett område som med hänsyn till EG-rättens nuvarande utvecklingsnivå omfattas av medlemsstaternas behörighet, dels reglering av fiskerinäring, inom vilket område genomförandet av den gemensamma politiken lämnar ett visst handlingsutrymme åt medlemsstaterna.

[74] Se ovan avsnitt 7.3.1.

[75] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9.

Det är således tydligt att lagstiftaren i Tyskland respektive i Förenade konungariket i de båda förevarande fallen befann sig i situationer som innebar val som var jämförbara med dem vilka gemenskapsinstitutionerna gör då det antas normativa rättsakter inom ramen för en gemenskapspolitik.''[76]

I ett andra led företar EG-domstolen en öppen värdering av förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt:

''I mål C-46/93 är det således av vikt att skilja mellan frågan om den tyske lagstiftarens upprätthållande av bestämmelser i Biersteuergesetz angående öls renhet avseende förbud att under beteckningen *Bier* saluföra öl som hade importerats från andra medlemsstater och lagligen framställts enligt andra regler, och frågan om upprätthållande av bestämmelser i samma lag avseende förbud att importera öl som innehåller tillsatser. Överträdelsen – genom den tyska lagstiftningen – av artikel 30 i fördraget kan nämligen, då det rör sig om bestämmelser om beteckning av den saluförda produkten, svårligen anses som ett ursäktligt fel, eftersom en sådan reglerings oförenlighet med artikel 30 i fördraget framstår som uppenbar mot bakgrund av domstolens tidigare rättspraxis... Det bedömningsunderlag som den nationella lagstiftaren med hänsyn till rättspraxis i frågan förfogade över för att avgöra om förbudet att använda tillsatser stred mot gemenskapsrätten framstod däremot som väsentligt mindre övertygande fram till den ovan nämnda domen av den 12 mars 1987, kommissionen mot Tyskland, i vilken domstolen fann detta förbud vara oförenligt med artikel 30.

Likaså kan flera synpunkter framställas vad beträffar den nationella reglering som avses i mål C-48/93.

Beslutet av lagstiftaren i Förenade konungariket att i Merchant Shipping Act 1988 införa bestämmelser om villkor för registrering av fiskefartyg måste bedömas olika beroende på om det rör sig om bestämmelser som gör registreringen beroende av ett villkor avseende nationalitet, vilka utgör en direkt diskriminering i strid med gemenskapsrätten, eller om det rör sig om bestämmelser som fastställer villkor avseende bosättning och hemvist för ägare och nyttjare av fartyg.

Att uppställa de senare villkoren framstår omedelbart som oförenligt särskilt med artikel 52 i fördraget, men Förenade konungariket ansåg dem vara berättigade med stöd av målen för den gemensamma fiskeripolitiken. I domen Factortame II avvisade domstolen denna invändning.

För att kunna bedöma om den överträdelse av artikel 52 som Förenade konungariket således har gjort sig skyldigt till, var tillräckligt klar, skulle den nationella domstolen bland annat kunna ta hänsyn till de juridiska kontroverser som är förenade med den gemensamma fiskeripolitikens särskilda beskaffenhet, kommissionens ståndpunkt, vilken den i god tid tillkännagav för Förenade konungariket, och de bedömningar av den grad av säkerhet i fråga om gemenskapsrätten vilka de nationella domstolarna har gjort inom ramen för de interimistiska förfaranden som hade begärts av enskilda som berördes av tillämpningen av Mer-

[76] Mål C-46/93 och C-48/93 Brasserie du Pêcheur äep p 48-50.

chant Shipping Act."[77]

EG-domstolen måste således för att kunna ge de frågande domstolarna vägledning om hur de skall tillämpa förhandsavgörandet ge relativt ingående anvisningar. I dessa anvisningar ingår dels uttalanden om EG-rätts och nationell rätts förenlighet, dels en tolkning av ändamålet med de nationella bestämmelserna.

Att EG-domstolen måste gå tillväga på detta vis beror på att ingen rättsregel kan styra sin egen tillämpning. Om vi betraktar ett fall som ett antal omständigheter som faller under en regel, kan fallet som konstitueras endast beskrivas utifrån den aktuella regel som skall tillämpas på fallet. Men på samma gång måste normen ges en mer konkret mening för att överhuvudtaget kunna tillämpas på sakomständigheterna i fallet.

Relevansen av sakomständigheterna styrs i sin tur av det juridiska relevanskriteriet som normen formulerar. Men det fall som konstitueras av normen kan aldrig uttömma normens vaga semantiska innehåll. Fallet kan endast selektivt precisera och konkretisera delar av normens obestämbarhet. De EG-rättsliga normerna i artiklarna 30 och 52 måste således relateras till konkreta sakomständigheter, i detta fall nationella bestämmelser, för att EG-domstolen skall kunna ge någon som helst vägledning i förenlighetsfrågan. För att den nationella domstolen skall kunna tillämpa ett förhandsavgörande måste EG-domstolen i domskälen kompensera de relativt allmänt hållna domsluten med ingående information och anvisningar till de nationella domstolarna.[78]

9.4.1 Kriterier för överträdelsens kvalité

Hur skall då nationella domstolar hantera de kriterier EG-domstolen uppställer vad gäller överträdelsens natur eller kvalité. EG-domstolen räknar upp en mängd svårbedömda kriterier: den överträdda regelns grad av klarhet och precision, omfattningen av det handlingsutrymme som i den överträdda regeln lämnas åt de nationella eller de gemenskapsrättsliga myndigheterna, det begångna fördragsbrottets eller den vållade skadans avsiktliga eller oavsiktliga karaktär, den ursäktliga eller oursäktliga karaktären av en eventuell rättsvillfarelse, den omständigheten att en av en gemenskapsinstitution intagen ståndpunkt har kunnat bidra till underlåtenheten, antagandet

[77] Ibid p 59-63.
[78] Jmfr avsnitt 7.2.4 ovan.

eller upprätthållandet av bestämmelser eller av nationell praxis som strider mot gemenskapsrätten.[79]

EG-domstolen relaterar därefter överträdelsen till en dom i ett fördragsbrottsförfarande och uttalar att en överträdelse av gemenskapsrätten är i vilket fall som helst uppenbart klar då den har fortsatt, trots att det har avkunnats en dom i vilken det ifrågasatta fördragsbrottet fastställs eller det finns ett förhandsavgörande eller en fast rättspraxis vid domstolen i frågan, av vilka det framgår att agerandet i fråga utgör en överträdelse.[80]

EG-domstolen understryker att den inte kan ersätta de nationella domstolarnas bedömningar med sin bedömning av överträdelsens kvalitet och förhållandet mellan reglerna, eftersom det endast är nationella domstolar som är behöriga att fastställa de faktiska omständigheterna i de mål som är anhängiga vid dessa och att kvalificera överträdelserna av gemenskapsrätten. EG-domstolen anser emellertid att det är lämpligt att påminna om vissa omständigheter som de nationella domstolarna skulle kunna ta hänsyn till.

EG-domstolen synes balansera på slak lina när man gör skillnad mellan kvalificeringar av överträdelserna, vilka kräver fastställande av sakomständigheter, och de påminnelser om de omständigheter som de nationella domstolarna skall ta hänsyn till. Gränsen mellan tolkning och tillämpning blir här särskilt otydlig eftersom EG-domstolens påminnelser sammanvävs med sakomständigheterna i det konkreta målen. Problemet kan jämföras med ansvarsfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar i målen om söndagsöppet.[81] Här kan erinras om generaladvokat van Gervens hållning till EG-domstolens jurisdiktion när det gäller att avgöra om vissa nationella åtgärder var proportionella eller inte. Med van Gerven:

> ''In so far as the information on the relevant legislation and the facts provided to the Court of Justice by the national court in the preliminary reference procedure is sufficient -and thus not in the absence of evidence – the Court may itself apply the proportionality test, in which case it is for the national court, where the measure is held to be disproportionate, to declare it to be incompatible with Community law and determine the consequences under national law of that declaration.''[82]

Van Gerven går relativt långt när han anser att det är en uppgift för EG-domstolen att företa proportionalitetsprövningen. I *Brasserie du*

[79] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du Pêcheur äep p 56.
[80] Ibid p 57.
[81] Se ovan avsnitt 7.3.3.3.
[82] Generaladvokat van Gervens förslag till avgörande den 8 juli 1992 i mål C-304/90 och C-169/91 B & Q[1992] ECR I-6493.

pêcheur lägger EG-domstolen fast normativa kriterier för hur klar en normkonflikt EG-rätt och nationell rätt bör vara för att kunna ge upphov till skadeståndskyldighet för staten. EG-domstolen menade att konflikten bland annat skall vara *tillräckligt klar*. I anslutning till van Gervens diskussion om kompetensfördelningen vid avgörandet om vissa åtgärder är proportionella eller inte kan man fråga sig om EG-domstolen i *pêcheur* anser att avgörandet av om en normkonflikt är *tillräckligt klar* är en fråga för EG-domstolen att ta ställning till.

För egen del tolkar jag *pêcheur* som att EG-domstolen fastlägger kriterier för när en överträdelse är tillräckligt klar och överlåter till nationella domstolar att avgöra om den konkreta överträdelsen uppfyller detta krav. Frågan om ansvarsfördelningen lär på allvar ställas på sin spets om de nationella domstolarna återigen vänder sig till EG-domstolen och fråga om normkonflikterna är *tillräckligt klara*.

I målet Hedley Lomas[83] aktualiserades frågan om den judiciella ansvarsfördelningen återigen. EG-domstolen konstaterade i målet att Storbritanniens vägran att till Hedley Lomas utfärda en exportlicens utgjorde en mot artikel 34 stridande kvantitativ exportrestriktion. Vidare ger artikel 34 upphov till rättigheter för enskilda som de nationella domstolarna skall skydda.[84] Vad beträffade den andra förutsättningen uttalade EG-domstolen att en enkel överträdelse av EG-rätten kan vara tillräcklig för att det skall vara frågan om en tillräckligt klar överträdelse under förutsättning att medlemsstaten vid tidpunkten för överträdelsen inte

> ''... stod inför något normativt val och förfogade över ett i hög grad begränsat, eller till och med obefintligt, utrymme för skönsmässig bedömning. Det förhåller sig på detta sätt när medlemsstaten var skyldig att rätta sig efter en gemenskapsrättslig regel som innehåller ett förbud.''[85]

EG-domstolen uttalade sig därefter om den konkreta överträdelsen i anslutning till kravet på tillräckligt klar överträdelse:

> ''Det finns i detta sammanhang anledning att konstatera att Förenade konungariket i detta fall inte ens har kunnat framlägga bevisning om att det slakteri till vilket de djur var ämnade som var föremål för ansökan om exportlicens, inte följde direktivet.''[86]

[83] Mål C-5/94 äep.
[84] Ibid p 27.
[85] Ibid p 28.
[86] Ibid p 29.

I målet British Telecom menade EG-domstolen att det i princip ankommer på de nationella domstolarna att avgöra om förutsättningarna för skadestånd är uppfyllda, dvs om en överträdelse är tillräckligt klar. EG-domstolen gick emellertid vidare och ansåg att den hade tillräckligt med information för att på egen hand kvalificera överträdelsens karaktär och uttalade att överträdelsen

''... cannot be regarded as a sufficiently serious breach of Community law...[87]

I *Denkavit Internationaal*[88] önskade en nationell domstol få veta om ett felaktigt införlivande av ett direktiv ger upphov till en rätt till skadestånd för moderbolag för ränteförluster som de drabbats av på grund av att vinstutdelning skjutits upp. Vad gäller ansvarsfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar vid bedömningen huruvida felet var tillräckligt klart uttalade EG-domstolen att även om det ankommer på de nationella myndigheterna att kontrollera om förutsättningarna för ansvar är uppfyllda hade den i målet tillgång till samtliga uppgifter som var nödvändiga för att bedöma om de faktiska omständigheterna i målet måste anses som en tillräckligt klar överträdelse av EG-rätten.[89]

Vid bedömningen av felet framhöll EG-domstolen i huvudsak två för medlemsstaten (Tyskland) förmildrande omständigheter. För det första hade flera medlemsstater i rådsöverläggningar anslutit sig till medlemsstatens tolkning av direktivet. För det andra var målet det första rörande tolkningen av direktivet.[90]

Dessa omständigheter fick EG-domstolen att sluta sig till att felet inte skulle anses som en tillräckligt klar överträdelse av EG-rätten. Något skadeståndsansvar för medlemsstaten uppkom därmed inte.[91]

Avgörandet i *Denkavit Internationaal* synes innebära att EG-domstolen anser det motiverat att ta hänsyn till en mängd omständigheter som kan inskränka medlemsstaternas ansvar. I denna mening kan målet ses som en avgränsning av den mer allmänna princip som formulerades i *Brasserie du pêcheur*. Vidare synes det relativt klart att de fel som var att hänföra till bristande genomförande av direktiv i *Denkavit* och *British Telecom* var av annan art än de fel som aktualiserades i *Dillenkofer* (total underlåtenhet att vidta genomförandeåtgärder) och i *Brasserie du pêcheur* (brott

[87] Mål C-392/93 äep p 45.
[88] Mål C-283/94, C-291/94 och C-292/94 Denkavit Internationaal äep.
[89] Ibid p 49.
[90] Ibid p 51-52.
[91] Ibid p 53-54.

mot artikel 30).

Den slutsats man synes kunna dra av målen Brasserie du pêcheur, Hedley Lomas, British Telecom och Denkavit Internationaal är att EG-domstolen i första hand ger den nationella domstolen en tolkning som inbegriper en relativt ingående bedömning av den konkreta normkonfliktens karaktär och kvalité. Det nationella tillämpningsutrymmet synes vara ytterst begränsat i detta avseende. EG-domstolen synes emellertid inte se sig förhindrad att gå så långt som till att öppet uttala sig om ifall en överträdelse är tillräckligt klar eller inte.[92]

Vad beträffar den tredje förutsättningen för skadestånd förefaller EG-domstolen dra en tydligare kompetensgräns. Här uttalar EG-domstolen klart att det ankommer på den nationella domstolen att pröva om det finns ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av den skyldighet som åvilar staten och den skada den enskilde lidit.[93]

9.5 Processuella minimikrav och gemensamma konstitutionella principer

EG-domstolens praxis vad gäller medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten aktualiserar dels frågor om maktbalansen mellan de gemensamma institutionerna och nationella organ, dels relationen mellan dömande och politiska organ på medlemsstatlig nivå. Detta kan sägas vara skadeståndsdoktrinens konstitutionella dimension. Men som framgår av analysen av *Brasserie du pêcheur* aktualiserar även frågor om medlemsstaternas skadestånd processrättsliga aspekter. Detta visar sig framförallt när det gäller ansvarsfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar vid tolkningen av kriterier för fördragsbrottets kvalité.

En anslutande linje rättsfall som kan klassificeras under rubriken *enskildas rättsskydd* är den som på ett sätt kan sägas ha kulminerat med målet Simmenthal.[94] Denna rättsutveckling kretsade kring doktrinerna om EG-rättens företräde och direkt effekt.[95]

Målet Simmenthal aktualiserar såväl processuella som konstitutionella spörsmål. EG-domstolen inledde med att behandla företrädesfrågan och

[92] Ibid.
[93] Mål C-5/94 Hedley Lomas äep p 30.
[94] Mål 106/77 [1978] ECR 629.
[95] Om denna utveckling se ovan i kapitel 4.

justifiera företrädet med hänvisning till den uniforma tolkningen och tillämpningen av EG-rätten. EG-domstolen uttalade därefter att den nationella domstolen har att

> ''... in a case within its jurisdiction, apply Community law in its entirety and protect rights which the latter confers on individuals and must accordingly set aside any provision of national law which may conflict with it.''[96]

EG-domstolen vände sig därefter till den domarskapade nationella norm som reserverar lagprövning av relationen nationell rätt – EG-rätt för den nationella författningsdomstolen. EG-domstolen fann att vilken bestämmelse det än må vara

> ''... which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which may prevent Community rules from having full force and effect is incompatible with these requirements, which are the essence of Community law.''[97]

I målet Johnston[98] uttalade EG-domstolen:

> ''The requirement of judicial control... reflects a general principle of law which underlies the constitutional traditions common to the Member States... [A]ll persons have the right to obtain an effective remedy in a competent court against measures which they consider to be contrary to the principle of equal treatment for men and women... It is for the Member States to ensure effective judicial control as regards compliance with the applicable provisions of Community law and of national legislation intended to give effect to the rights for which the directive provides.''[99]

Målet Johnston innebar början på en mer aktiv inblandning av EG-domstolen i mål som aktualiserade enskildas rättsskydd. Den princip om effektivt rättsskydd som formulerades i målet utgjorde med Prechal

> ''...a ground for considerably curtailing the Member States' autonomy with respect to procedures and remedies to be made available for breaches of Community law or of national law which originates in Community law provisions. It has been suggested that the minimum requirement of effectiveness already present in earlier case law has been transformed in this way into a powerful device

[96] Mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629 p 21.
[97] Ibid p 22.
[98] Mål 222/84 [1986] ECR 1651.
[99] Ibid p 18-19.

to improve the protection of rights which individuals derive from Community law.''[100]

9.5.1 Nationell processuell autonomi och principerna om enskildas rättsskydd

I målet van Schijndel[101] begärde en holländsk domstol ett förhandsavgörande angående dels tolkningen av gemenskapsrätten vad beträffar den nationella domstolens behörighet att ex officio bedöma huruvida en bestämmelse i nationell rätt är förenlig med artiklarna 3 f, 5, 85, 86 och/eller 90 i EEG-fördraget, dels tolkningen av dessa bestämmelser. Den holländska domstolen ställde bland annat följande frågor i sin begäran om förhandsavgörande:

> ''1) Ankommer det på den nationella domstolen att i ett mål som rör civilrättsliga rättigheter och skyldigheter över vilka parterna fritt förfogar att tillämpa bestämmelserna i artiklarna 3 f, 5, 85, 86 och/eller 90 i fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen även om den part som har intresse av att de tillämpas inte har åberopat dem?
>
> 2) Om den första frågan i princip besvaras jakande, gäller detta svar även om domstolen i fråga därigenom blir tvungen att åsidosätta principen om passivitet som åligger domstolen eftersom den måste a) gå utöver tvistens ramar så som dessa har avgränsats av parterna och/eller b) basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka den part i tvisten som har intresse av att bestämmelserna i fördraget tillämpas, har grundat sitt yrkande?''

I sitt svar på den första frågan påpekade EG-domstolen att konkurrensbestämmelserna är tvingande bestämmelser som är direkt tillämpliga inom den nationella rättsordningen. Eftersom domstolarna enligt nationell rätt *ex officio* skall komplettera rättsliga grunder som stöds av en intern bestämmelse av tvingande beskaffenhet som inte har framförts av parterna, föreligger enligt EG-domstolen en sådan skyldighet även då det är fråga om tvingande gemenskapsbestämmelser.[102]

Detsamma gäller enligt EG-domstolen när nationell rätt ger den nationella domstolen möjlighet att *ex officio* tillämpa den tvingande rättsregeln. EG-domstolen understryker vidare att det åligger de nationella domstolarna i enlighet med den samarbetsprincip som fastställs i artikel 5 att säkerställa de enskildas rättsskydd som följer av den direkta effekten som bestämmel-

[100] Prechal, Directives in European Community Law 1995, s 191.
[101] Mål C-430/93 och C-431/93 äep.
[102] Se mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989 p 5.

serna i gemenskapsrätten har.[103]

Vad gäller den första frågan sluter sig EG-domstolen till att i ett mål som rör civilrättsliga rättigheter och skyldigheter över vilka parterna förfogar fritt, ankommer det på den nationella domstolen att tillämpa bestämmelserna i artiklarna 3 f, 85, 86 och 90, även om den part som har intresse av att de tillämpas inte har åberopat dem. Detta förutsatt att den nationella domstolen ges möjlighet till en sådan tillämpning enligt den nationella rätten.

Den andra frågan aktualiserar om en sådan skyldighet föreligger även då den nationella domstolen, för att *ex officio* tillämpa de aktuella EG-rättsliga reglerna, måste åsidosätta den princip om passivitet som åligger domstolen att inte gå utöver tvistens ramar genom att basera sig på andra fakta och omständigheter än dem på vilka den part i tvisten har grundat sitt yrkande.

EG-domstolen erinrar om att det i avsaknad av EG-rätt på området, ankommer på varje medlemsstat att i sin interna rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa de processuella regler som gäller för de förfaranden som är avsedda att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har till följd av den direkta effekten av EG-rätten. De processuella reglerna får emellertid enligt EG-domstolen varken vara mindre förmånliga än de som rör liknande förfaranden av intern art eller göra det praktiskt taget omöjligt eller orimligt svårt att utöva de rättigheter som ges genom EG-rätten. EG-domstolen erinrar vidare om att den redan har fastställt att en bestämmelse i nationell rätt som är till hinder för att det i artikel 177 i fördraget föreskrivna förfarandet används, skall åsidosättas.[104]

EG-domstolen anser att vid tillämpningen av de EG-rättsliga principerna om enskildas rättsskydd skall frågan om en nationell processuell regel leder till att tillämpningen av gemenskapsrätten blir omöjlig eller orimligt svår uppkommer, analyseras

> ”... med beaktande av bestämmelsens ställning i förhållande till hela förfarandet, dess förlopp och särdrag, inför de olika nationella instanserna. I detta perspektiv skall i förekommande fall de principer beaktas som ligger till grund för det nationella rättssystemet, såsom skyddet av rätten till försvar, principen om rättssäkerhet och principen om förfarandets riktiga förlopp.”[105]

EG-domstolen påpekar vidare

> ”... att den princip inom nationell rätt enligt vilken domstolen i ett civilrättsligt

[103] Se mål C-213/89 Factortame [1991] ECR I-2433 p 19.

[104] Se mål 166/73 Rheinmühlen [1974] ECR 33 p 2 och 3.

[105] Ibid p 19.

förfarande skall eller kan ex officio komplettera grunderna, begränsas av domstolens skyldighet att hålla sig till föremålet för tvisten och att basera sitt beslut på de faktiska omständigheter som har lagts fram inför domstolen. Denna begränsning är motiverad med hänsyn till den princip enligt vilken initiativet till en process tillkommer parterna och enligt vilken domstolen endast kan handla ex officio i undantagsfall då det på grund av allmänintresset krävs att domstolen ingriper. Denna princip är ett uttryck för en uppfattning som delas av flertalet av medlemsstaterna vad gäller förhållandet mellan stat och enskild och genom denna skyddas rätten till försvar och säkerställs förfarandets riktiga förlopp i synnerhet genom att undvika att förfarandet försenas till följd av bedömningen av de nya grunderna.''[106]

EG-domstolen sluter sig således till att de nationella domstolarna enligt EG-rätten inte åläggs att *ex officio* komplettera med en grund som är hänförlig till det förhållandet att EG-rättsliga bestämmelser har överträtts

''... när prövningen av denna grund tvingar domstolarna att åsidosätta den princip om passivitet som det åligger dem att beakta, genom att gå utöver tvistens ramar så som dessa har angivits av parterna och genom att basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka den part som har intresse av att nämnda bestämmelser tillämpas har grundat sitt yrkande.''[107]

Hur skall avgörandet i van Schijndel tolkas? Kan nationella processrättsliga principer förhindra nationella domstolar att ex officio ta hänsyn till EG-rätten?

Domen i van Schijndel kan ses som ett försök att understryka det dualistiska förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Avgörandet synes vila på ett erkännande av att de nationella domstolarnas uppgifter utförs i en processuell och konstitutionell omgivning som ställer distinkta krav på ett rättssäkert och processekonomiskt förfarande. De nationella domstolarna har vidare att ta hänsyn till det nationella statsskickets maktfördelning. EG-domstolen tolkning av EG-rätten styrs å sin sida av omtanken om EG-rättens effektivitet och skyddet för enskildas EG-rättigheter. Avgörandet måste emellertid anses stå i mindre väl överensstämmelse med EG-domstolens tidigare praxis och då framförallt domarna i *Simmenthal*[108] och *Factortame.*[109] I dessa mål slogs klart fast att nationella regler inte kan begränsa EG-rättens effektiva tillämpning i nationella domstolar. Med EG-domstolen i *Simmenthal*:

[106] Ibid p 20 och 21.
[107] Ibid p 22.
[108] Mål 106/77 [1978] ECR 629.
[109] Mål C-213/89 [1990] ECR I-2433.

> ''... any provision of any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law.''[110]

Å andra sidan synes avgöranden som *Rewe*[111] och *Comet*[112] innebära att nationella processuella regler kan tillämpas om de inte äventyrar principerna om icke-diskriminering och effektivitet.

I praxis finns exempel på fall där EG-domstolen synes ha gjort försök att förena synsätten i *Simmenthal/Factortame* och *Rewe/Comet.*[113] Å ena sidan betonas att EG-rätten måste tillämpas enhetligt i samtliga medlemsstater. Å andra sidan formulerades inte en enhetlig regel att tillämpas av medlemsstaternas domstolar i fall som aktualiserar de formella och materiella processuella villkoren för vindikationstalan med anledning av erlagda avgifter i strid med EG-rätten.

Resultatet av denna hållning synes vara ett accepterande av nationella särdrag med avseende på processrättsliga regleringar som styr återbetalning av rättsstridigt erlagda avgifter.[114] Accepterandet av nationella processuella särdrag kan möjligtvis förklaras med att EG-domstolen vill undvika att formulera regler som sannolikt inbegriper ett överskridande av de jurisdiktionella gränserna som artikel 177 drar upp. Tillämpningen av EG-rätten i det konkreta fallet är ju förbehållen nationella domstolar under iakttagande av nationell processrätt. Vidare synes ett formulerande av direkta processrättsliga krav ligga utanför den institutionella kompetens som kan härledas ur kompetensfördelningen mellan gemenskapens institutioner, eller med EG-domstolens egna ord i målet Express Dairy Foods:

> ''It is not for the Court to issue general rules of substance or procedural provisions which only the competent institutions may adopt.''[115]

En anslutande förklaring till EG-domstolens varierande hållning till mål som rör processuella minimikrav och mål som klart aktualiserar företrädes-

[110] Mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629 p 22.
[111] Mål 45/76 [1968] ECR 453.
[112] Mål 33/76 [1976] ECR 1889.
[113] Se exempelvis mål 61/79 Denkavit [1980] ECR 1205 och mål 826/79 Mireco [1980] ECR 2545.
[114] Mål 826/79 Mireco [1980] ECR 2545 p 15.
[115] Mål 130/79 [1980] ECR 1887 p 12.

problematiken kan vara att EG-domstolen reserverar *processuella frågor* att lösas inom ramen för nationell rätt.[116] Medan nationella bestämmelser som äventyrar principer som EG-domstolen anser vara en del av den *konstitutionella EG-rätten* måste anpassas eller upphävas.

I *van Schijndel* synes de EG-rättsliga principerna om enskildas rättsskydd få vika för de processrättsliga grundprinciper som styr civilrättsliga processer i medlemsstaterna. I detta sammanhang finns skäl att erinra om EG-domstolens uttalande i *Brasserie du pêcheur*. I målet påpekade EG-domstolen att principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EG-rätten utgör en väsentlig del av fördragets system. Av detta följer enligt domstolen att principen gäller för varje fall då en medlemsstat överträder EG-rätten och oavsett vilket organ i medlemsstaten som är orsak till fördragsbrottet. EG-domstolen framhåller vidare att skyldigheten att ersätta skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EG-rätten inte kan vara beroende av nationella regler om kompetensfördelning mellan den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten, med hänsyn till det grundläggande kravet i gemenskapsrätten på att denna måste tillämpas enhetligt.[117]

Målet *Peterbroek*[118] hade sin grund i ett belgiskt skatteförfarande och var till skillnad från den underliggande dispositiva tvisten i *van Schijndel* ett indispositivt mål. I målet aktualiserades en bestämmelse i nationell rätt enligt vilken ena parterna förvägrades att åberopa en ny grund som baserade sig på EG-rätten vid nationell domstol när en talefrist på sextio dagar gått ut. EG-domstolen uttalade att även om den frist på sextio dagar som föreskrevs inte i sig förtjänar kritik fanns det skäl att betona de särdrag som

[116] I sammanhanget kan erinras om Högsta domstolens dom den 13 november 1996 i mål Ö 1195/94. HD hade i målet begärt ett förhandsavgörande av EG-domstolen och velat få svar på om nationella bestämmelser om skyldighet att ställa säkerhet för rättegångskostnader var förenliga med diskrimineringsförbudet i artikel 6 EG. EG-domstolen ansåg i sitt förhandsavgörande att artikel 6 stod i strid med de nationella bestämmelserna. HD konstaterade emellertid att målet vid tingsrätten gällde betalning för varor som levererats i tiden före Sveriges anslutning till EU. Därmed hade föremålet för den nationella tvisten inte något samband med utövandet av en grundläggande frihet som garanteras av EG-rätten. Förhandsavgörandet var därför enligt HD inte tillämpligt på frågan om käranden kunde åläggas att ställa säkerhet för rättegångskostnader. Det kan tyckas märkligt att HD först efter att ha begärt och erhållit ett förhandsavgörande blir klar över att EG-rätten inte är relevant för avgörandet av tvisten. Det ligger emellertid inom ramen för den nationella domstolens processuella autonomi att avgöra om föremålet med tvisten har samband med EG-rätten.

[117] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 31-33 samt målen C-143/88 och C-92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415 p 26.

[118] Mål C-312/93 äep.

präglade det nationella förfarandet. EG-domstolen framhöll att den del av skatteförvaltningen som först hade att pröva frågan inte kunde betraktas som domstol i den mening som avses i artikel 177.[119]

För det andra betonade EG-domstolen det förhållandet att den frist, vars utgång hindrade den nationella domstolen att på eget initiativ bedöma förenligheten av en nationell rättsakt med gemenskapsrätten, började löpa från och med det att skattedirektören lämnade in en bestyrkt avskrift av det tvistiga beslutet. Det framgick enligt EG-domstolen emellertid av akten att den period, inom vilken nya grunder kunde åberopas av sökanden, därför hade löpt ut vid den tidpunkt då cour d'appel, som var den första domstol i artikel 177s mening som hade att pröva frågan, höll muntlig förhandling, vilket innebar att den nationella domstolen fråntogs möjligheten att göra denna bedömning på eget initiativ.[120]

För det tredje framhöll EG-domstolen den omständigheten att en nationell domstol under ett senare förfarande, dvs efter ett överklagande, på eget initiativ kan bedöma förenligheten av en nationell rättsakts överenstämmelse med gemenskapsrätten.[121]

På dessa grunder slöt sig EG-domstolen till att gemenskapsrätten under dessa omständigheter hindrar tillämpningen av en nationell förfaranderegel som förbjuder den nationella domstol vid vilken talan har väckts att på eget initiativ och inom ramen för sin behörighet bedöma om en nationell rättsakt är förenlig med en gemenskapsrättslig bestämmelse som inte inom en viss tidsfrist åberopats av den enskilde.[122]

Utgången i detta mål synes ha avgjorts av en avvägning mellan artikel 177s funktion och syften och det nationella systemets särdrag och krav på rättssäkerhet. EG-domstolen synes ha grundat avgörandet på hänsynen till artikel 177s rättsskyddsfunktion. Om en nationell regel förhindrar en enskild att tillvarata sitt rättsskydd enligt EG-rätten genom att nationella domstolar avskärs från möjligheten att begära ett förhandsavgörande skall den inte tillämpas enligt EG-domstolen. En berättigad fråga är om målet hade fått samma utgång om den nationella tvisten varit av dispositiv karaktär och EG-rätten ifrågasatt tillämpningen av principen om passivitet som hindrar domstolarna

''... att gå utöver tvistens ramar så som dessa har angivits av parterna och genom

[119] Se mål C-24/92 Corbiau [1993] ECR I-1277.
[120] Mål C-312/93 äep p 18.
[121] Ibid p 19.
[122] Ibid p 21.

att basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka den part som har intresse av att nämnda bestämmelser tillämpas har grundat sitt yrkande.''[123]

9.5.1.1 Sammanvägd analys

Avgörandena i målen van Schijndel och Peterbroek synes vid en sammanvägd analys innebära att nationella domare inte har en generell förpliktelse att tillämpa EG-rätten *ex officio*. EG-domstolen synes mena att EG-rättens effektivitet ändå kan försäkras inom ramen för nationell processrätt.

I sammanhanget kan erinras om generaladvokat Jacobs yttrande:

''... the proper application of the law does not necessarily mean that there cannot be any limits on its application. The interest in full application may need to be balanced against other considerations such as legal certainty, sound administration and the orderly and proper conduct of proceedings by the courts. Legal systems commonly impose various restrictions which, in the abscence of a reasonable degree of diligence on the part of the plaintiff, will lead to a full or partial denial of his claim.''[124]

Trots att man ur avgörandena synes kunna härleda en princip om tillåtligheten av *ändamålsenliga inskränkningar i principen om EG-rättens företräde*[125] synes budskapet vara kasuistiskt. Med Heukels:

''The casuistic and pragmatic approach chosen by the Court, in awareness of the political delicacy and legal complexity of the juridical problems under consideration, marks not the end, but just the beginning of another important tendency in Community law.''[126]

9.6 EG-domstolens stärkande av nationella domstolars roll

När nationella domstolar konfronteras med EG-rätt måste de ibland erbjudas processuella medel som inte kan härledas ur nationell rätt. Senare avgöranden av EG-domstolen demonstrerar att den nationella processuella och institutionella autonomin till viss del har vittrat ned. Nya rättsmedel har skapats av EG-domstolen att användas av nationella domstolar. Det nya rättsläget har enligt Barav nåtts

[123] Mål C-430/93 och C-431/93 van Schijndel äep p 22.
[124] Förslag till avgörande den 15 juni 1995 p 31.
[125] Jmfr Hoskins, Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules, EL Rev 1996 s 375 f.
[126] Heukels, rättsfallskommentar, CML Rev 1996 s 353.

''... because under a continous, albeit discreet pressure exerted by the national courts, mainly through questions for preliminary rulings, the Court has unavoidably become less reluctant over the years to deal with questions having a close bearing on the exercise of the judicial function in the Member States and has shown less reticence in defining the specific remedies to which, as a matter of Community law, litigants are entitled.''[127]

Utvecklingen förde med sig en rätt för enskilda att kunna ifrågasätta nationella EG-stridiga åtgärder[128] och att erhålla restitution av pengar som erlagts i strid med EG-rätten.[129] Senare mål har gått ännu längre vad gäller enskildas tillgång till rättsmedel. Denna utvidgning av enskildas möjligheter att processa, eller om man så vill juridifiering av större delar av samhällslivet, är av grundläggande betydelse för kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna. EG-domstolen hävdar att medlemskapet i EU inte längre endast inbegriper en begränsad inskränkning av medlemsstaternas suveräna rättigheter utan en inskränkning omfattande fler och fler områden.[130]

EG-domstolens utveckling av principerna om EG-rättens effektivitet och enskildas rättsskydd resulterar i en förstärkning av de nationella domstolarnas makt i förhållande till den politiska makten. En berättigad fråga att ställa är om det inte vore lämpligare att låta den nationelle lagstiftaren agera och ge domstolarna nödvändiga medel för att effektivt kunna tillförsäkra medborgarna de rättigheter de kan härleda ur EG-rätten. Denna väg synes ha förkastats av EG-domstolen som efter *Simmenthal* synes mena att de nationella domstolarna har förlänats ytterligare kompetens av EG-rätten att skapa de rättsmedel som krävs för att försäkra om EG-rättens effektivitet och enskildas rättsskydd. Jag ansluter mig till den kritik som Prechal riktar mot detta domarskapade *carte blanche*:

''... where the basis is an unwritten principle or the mere necessity of full effectiveness of Community law, the juristic construction seems at odds with the principle of legality.''[131]

[127] Barav 1994 s 269.
[128] Mål 222/86 Heylens [1987] ECR 4097.
[129] Mål 240/87 Deville [1988] ECR 3513.
[130] Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079 p 21.
[131] Prechal 1995 s 193.

9.6.1 Den oklara judiciella kompetensfördelningens konstitutionella konsekvenser för medlemsstaterna

Artikel 177s ömsesidighets- och samarbetskaraktär framhålls ständigt av EG-domstolen och större delen av doktrinen.[132] Systemets funktion och legitimitet bygger på att de nationella domstolarna lojalt ''tillämpar'' EG-domstolens ''tolkningar''. Vid en lojal tillämpning av förhandsavgörandena skulle man kunna påstå att de nationella domstolarna stärker sin konstitutionella ställning i de nationella statsskicken. Eftersom EG-rätten innebär en juridifiering av större delar av samhällslivet blir konsekvensen en stärkt ställning för domstolarna på de politiska instansernas bekostnad.[133]

I kapitel 6 och 7 har jag visat att kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar är oklar och att detta framförallt beror på att EG-domstolens distinktion mellan tolkning och tillämpning bygger på en alltför förenklad syn på rättstillämpningens karaktär. I stället för att ge utrymme för självständig rättstillämpning för de nationella domstolarna innebär EG-domstolens förhandsavgöranden i praktiken betydande begränsningar i de nationella domstolarnas självständighet. Framförallt visar sig detta å ena sidan i mål där EG-domstolen nära sammanväver sin tolkning med sakomständigheterna i den nationella tvisten och å andra sidan utövar normprövning vad gäller förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.[134] Enligt min mening är den strikta kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar till viss del en chimär. I stället för att betraktas som självständiga tillämpare av EG-rätten kan de nationella domstolarna i viss utsträckning betraktas som den förlängda arm med vilken EG-domstolen genomför sin juridiska ideologi.

EG-domstolens avgöranden om de nationella rättsordningarnas ansvar för skyddet av enskildas EG-rättigheter är principiellt viktiga dels för förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt generellt, dels för kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Denna rättspraxis utgör därför ett viktigt komplement till analysen av den institutionella kompetensfördelningen enligt artikel 177. EG-domstolens praxis vad gäller enskildas rättsskydd kan vidare ses som en konsekvens och en precisering av de inledningsvis behandlade doktrinerna om EG-rättens företräde och direkta effekt.

[132] Skälen till denna konsensus mellan akademi och EG-domstol behandlas ovan i kapitlen 6 och 7.
[133] Se Barav 1994 s 265 ff.
[134] Se Wiklund, Svenska domstolars självständighet i ett EG-rättsligt perspektiv, SvJT 1992 s 188 ff.

EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt och framför allt principen om EG-rättens effektiva verkan, principen om effektivt rättsskydd och principen om medlemsstaternas skadestånd för brott mot EG-rätten innebär sammantaget med den pragmatiska tolkningen av artikel 177 att de nationella konstitutionella strukturerna omvandlas. Man skulle kunna tala om en konstitutionell revolution. Med revolution anser jag att EG-rätten ingriper i en mängd olika nationella rättsområden, inte bara avseende de aspekter som rör den materiella rätten, utan även genom att vid avsaknad av ett faktiskt skydd eller vid ett otillräckligt sådant upprätta ett system med skadestånd som följd av rättsstridiga handlingar.

Generaladvokat Tesauro framhåller i sitt förslag till avgörande i *Brasserie du pêcheur* att EG-rätten medfört märkbara förändringar i åtskilliga medlemsstaters system. I det italienska systemet (för upphandling), vilket enligt honom var ett av de mest skyddande, utgör fastställandet av skadestånd en *kulturell revolution*.[135]

9.7 Sammanfattning och slutsatser

I kapitlet påvisas de konstitutionella konsekvenserna för medlemsstaterna av EG-domstolens pragmatiska tolkning av artikel 177. Analysen kretsar kring frågan hur maktfördelningen mellan domstolar och lagstiftare i de nationella statsskicken påverkas av tolkningen av artikel 177 och utvecklingen av principer om medlemsstaternas skadeståndsansvar och effektivt rättsskydd.

EG-domstolens förhandsavgöranden får konstitutionella och processuella konsekvenser för medlemsstaterna. Härmed aktualiseras begränsningar av EG-domstolens tolkningsutrymme som kan hänföras till den nationella regimens konstitutionella och processuella autonomi. Kapitlet påvisar i vilken utsträckning EG-domstolens tolkningsutrymme begränsas av nationella och konstitutionella hänsyn.

Analysen av EG-domstolens avgöranden rörande enskildas rättsskydd har till syfte att konkretisera EG-domstolens dynamiska lagtolkning. Det EG-rättsliga skyddet för enskildas EG-rättigheter vilar huvudsakligen på domarskapad rätt i form av oskrivna rättsprinciper och utgör därmed exempel på ett extensivt utnyttjande av EG-domstolens tolkningsutrymme.

[135] Mål C-46/93 och C-48/93 föredragna den 28 november 1995 s 31.

EG-domstolen har genom en fast praxis visat att det åligger medlemsstaternas domstolar att med tillämpning av den lojalitetsprincip som föreskrivs i artikel 5 EG säkerställa det rättsskydd för enskilda som följer av EG-rättens direkta effekt. Principen innebär enligt EG-domstolen att i avsaknad av EG-rättslig reglering på området det i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat skall anges dels vilka domstolar som är behöriga och dels vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer av EG-rättens direkta effekt. Dessa förfaranden får inte vara mindre förmånliga än de som avser en liknande talan enligt nationell rätt. Det får heller inte vara praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att utöva de rättigheter som följer av EG-rätten.

EG-domstolens utveckling av principerna om EG-rättens effektivitet, enskildas rättskydd och medlemsstaternas skadeståndsansvar resulterar i en förstärkning av de nationella domstolarnas makt i förhållande till den politiska makten. Principerna har givits effekt i medlemsstaterna genom tillämpning av systemet med förhandsavgöranden i artikel 177. Genomförandet är därmed beroende av att EG-domstolens avgöranden accepteras av nationella domstolar.

Ett grundläggande skäl till acceptansen är att artikel 177 bygger på en strikt kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar samt att nationella domstolar i sin tur *upplever* sig som självständiga i förhållande till EG-domstolen i tillämpningen av EG-rätten. Som jag visat i kapitel 6-8 är emellertid kompetensfördelningen till viss del en chimär. I stället för att betraktas som självständiga tillämpare av EG-rätten kan de nationella domstolarna i viss utsträckning betraktas som den förlängda arm med vilken EG-domstolen genomför sin juridiska ideologi.

EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt och framförallt principen om EG-rättens effektiva verkan och principen om effektivt rättsskydd innebär sammantaget med den pragmatiska tolkningen av artikel 177 att de nationella konstitutionella strukturerna omvandlas. Man skulle kunna tala om en fortlöpande *konstitutionell revolution*.

Kapitel 10
EG-domstolens tolkningsutrymme ur ett metodologiskt och teoretiskt perspektiv[1]

"The importance of the judiciary in Western Europe is based on the great authority that it traditionally has. When the Court has spoken, the decision is taken and it is generally accepted that the court's ruling must be followed. Why is this? Usually one of the two parties will be of the opinion that the Court was wrong. Why will he nonetheless execute the Court's decision? Possible legal sanctions are part of the explanation. There is also a strong tradition and generally felt need that disputes must be somehow terminated, and that the decision of a neutral and wise judge offers the best method of termination. However, this only works as long as the judge is accepted as being neutral and wise. He may lose that authority if he seems to be guided by personal interests or personal convictions. Much less than previous generations, our present generation takes authority for granted. There is a real risk that judgments will be seen as just opinions of individuals, that they will lose the somewhat magic aurole of undisputable authority. For that reason all Courts must be careful not to try to expand their powers beyond reasonable limits in order not to put their authority at risk. Any policy-making role of judges should be limited to the necessary minimum." (Henry G Schermers, i förordet till Rasmussens *On Law and Policy in the European Court of Justice* 1986, s XIV).

10.1 Inledning

EG-domstolen har i ett flertal mål[2] kallat EEG-fördraget för gemenskapens grundläggande konstitutionella dokument. Accepterar man domstolens

[1] Avsnitten 10.4.1.1, 10.5.2, 10.5.5 och 10.6 utgår från idéer ursprungligen formulerade i ett tentativt projekt tillsammans med Adam Green. Han är upphovsman till flera av de grundläggande idéerna och slutsatserna i dessa avsnitt. För idéer och uppslag till analysen i avsnitt 10.5.3 har jag Jes Bjarup och Adam Green att tacka. Idéerna har emellertid ytterligare utvecklats av mig vilket innebär att eventuella brister i resonemangen ytterst vilar på mitt ansvar.

[2] Se exempelvis mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1339, s 1365 och Opinion 1/91 [1991] ECR 1-6079. Konstitutionsanspråket har behandlats ovan under avsnitt 5.4.

karaktäristik har fördragen blivit konstitutionaliserade. Gemenskapen har lämnat formen av internationell organisation och styrs inte längre av allmänna folkrättsliga principer utan av en speciell form av mellanstatlig struktur som defineras av ett konstitutionellt dokument och konstitutionella principer.[3]

Konstitutionaliseringsprocessen inleddes i början av 1960-talet och inbegriper en serie centrala rättsfall genom vilka EG-domstolen lagt fast konstitutionella doktriner som fixerar relationen mellan EU och dess medlemsstater: EG-rättens karaktär som ny och självständig rättsordning,[4] EG-rättens företräde framför nationell rätt,[5] EG-rättens företräde framför nationella konstitutionella bestämmelser,[6] direkt effekt av fördragsartiklar[7] och direktiv[8] samt medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten.[9]

I detta kapitel diskuteras några centrala avgöranden av EG-domstolen utifrån antagandet om det begränsade tolkningsutrymmet och interna och externa justifieringskriterier som utgångspunkt för kritik av EG-domstolens rättspraxis. De valda avgörandena (Les Verts, Chernobyl och Brasserie du pêcheur) aktualiserar såväl den legislativa som den judiciellt institutionella kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna och utgör exempel på EG-domstolens lagtolkningsstil. De fungerar därmed som inledning till den teoretiska diskussionen om gränserna för EG-domstolens legitima tolkningsutrymme.

Kapitlets huvudsyfte är att påvisa i vilken utsträckning de rättsteoretiska utgångspunkterna styr utförande och resultat i undersökningar om EG-domstolens tolkningsutrymme. Analysen utförs mot bakgrund av några centrala rättsvetenskapliga inlägg i diskussionen om möjligheten att finna en måttstock för kritik av EG-domstolens rättspraxis.

[3] Denna karaktäristik förekommer ofta i den juridiska litteraturen. De bästa bidragen är Lenaerts, Constitutionalism and the Many Faces of Federalism, AJCL 1990 s 205 ff, Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 595 och Weiler, Transformation of Europe, Yale L J 1991 s 2405.

[4] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1.

[5] Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585 och mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629.

[6] Mål 11/70 Internationale Handelsgesellsschaft [1970] ECR 1125.

[7] Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1, mål 2/74 Reyners [1974] ECR 631 och mål 43/75 Defrenne [1976] ECR 455.

[8] Mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337 och mål 148/78 Ratti [1974] ECR 1629.

[9] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357, samt målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep.

10.2 Målet Brasserie du pêcheur[10]

Brasserie du pêcheur (franskt bolag) tvingades i slutet av år 1981 att upphöra med att exportera öl till Tyskland eftersom de tyska myndigheterna ansåg att det öl som bolaget framställde inte uppfyllde de renhetskrav som stadgas i de tyska öllagarna.[11] Bolaget väckte talan i tyska Bundesgerichtshof mot den tyska regeringen och yrkade ersättning för de förluster man lidit av importförbudet. I och med att målet kom att aktualisera omfattningen av medlemsstaternas skadeståndsansvar, som EG-domstolen tidigare formulerat i *Francovich*[12] ställde den tyska domstolen tolkningsfrågor till EG-domstolen i enlighet med systemet för förhandsavgöranden i artikel 177 EG. Domstolen frågade om den EG-rättsliga principen skall tillämpas även när en överträdelse består i underlåtenhet att ändra en nationell lag så att denna blir förenlig med överordnad EG-rätt (i detta fall: underlåtenhet att ändra §§ 9 och 10 i den tyska Biersteuergesetz så att de blir förenliga med artikel 30 i fördraget)?

Min kritik av domen begränsar sig till EG-domstolens svar på denna fråga. Övriga frågor har behandlats i det föregående kapitel 9.[13]

10.2.1 Tolkningsutrymmet

De två centrala frågeställningar EG-domstolen hade att ta ställning till var om den nationelle lagstiftaren omfattades av det skadeståndsansvar som tidigare slagits fast i målet Francovich och vilka kriterier som skulle tillämpas för att bestämma ersättningsansvarets omfattning.

I målet hävdade den tyska regeringen att en allmän rätt till skadestånd för enskilda endast kan fastställas genom lagstiftning och att tillskapande av en sådan rätt i rättspraxis är oförenlig med kompetensfördelningen mellan de gemensamma institutionerna och medlemsstaterna och med den jämvikt mellan institutionerna som har inrättats genom fördraget.

EG-domstolen bemötte denna invändning genom att understryka att frågan om förekomsten och omfattningen av en medlemsstats ansvar för skada till följd av överträdelse av dess skyldigheter *enligt EG-rätten rör*

[10] Avsnittet utgår från Wiklund, Objektivitet och kritik i EG-rätten, JT 1995-96 s 1075 ff.
[11] §§ 9 och 10 i Biersteuergesetz av den 14 mars 1952 (lag om skatt på öl, BGBl. I, s. 149) i dess lydelse av den 14 december 1976 (BGBl. I, s. 3341, s. 3357).
[12] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357.
[13] Se särskilt avsnitt 9.3.2 ovan.

tolkningen av fördraget, vilken som sådan faller under domstolens behörighet.[14] EG-domstolen hävdar således EG-rättens *autonoma karaktär* och sin auktoritet som främste uttolkare av fördraget.

Men rör verkligen förekomsten och omfattningen av skadeståndsansvaret en tolkning av fördraget? Några skrivna regler om skadestånd existerar inte. EG-domstolen erkänner att fördraget saknar bestämmelser som uttryckligen reglerar följderna av att medlemsstater överträder EG-rätten. Domstolen räddningsplanka blir den lakoniska formuleringen i artikel 164:

> ''EG-domstolen skall värna om lag och rätt vid tolkning och tillämpning av detta fördrag''.

Referensen till ''rätt'' synes domstolen uppfatta som en referens till rättsnormer som ligger utanför den skrivna rätten och uttalar att det tillkommer domstolen att avgöra förekomsten och omfattningen av medlemsstaternas skadeståndsansvar enligt allmänt erkända tolkningsmetoder, särskilt genom att tillämpa de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning och de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.[15]

Enligt min mening kan det inte vara särskilt kontroversiellt att hävda att artikel 164 som rättsnorm knappast kan uppfattas som en stabil och tydlig textuell grund för skadeståndsansvaret. Det är emellertid i sammanhanget intressant att notera att EG-domstolen framhärdar i en lagtolkningsstil som ger sken av att det inte är frågan om en ny norm utan en konkretisering av en latent norm som skapas genom referens till oskrivna rättsnormer. Denna metod avspeglar en lagtolkning som är formalistisk och kreativ på samma gång. Först antyder EG-domstolen att det är frågan om att ''finna'' rätten, dvs principen om skadestånd har ända sedan fördragen slöts varit en del av EG-rätten men inte ''återfunnits'' av EG-domstolen förrän på 1990-talet.

Vid tolkningen av artikel 164 visar EG-domstolen därefter prov på stor kreativitet genom härledningen av erkända tolkningsmetoder och rättsprinciper från både EG-rätt och nationell rätt. EG-domstolen synes vilja betona att det inte är frågan om att skapa en *ny* norm, utan att återfinna en *gammal* trots att normens innehåll görs beroende av normer i nu femton nationella rättsordningar. EG-domstolens justifiering kan ses som ett exempel på en *formalistisk* hållning, som utgår från att det nödvändigtvis finns ett rättsfaktum för varje rättsfråga och ser rätten som ett komplett och motsägelsefritt

[14] Mål C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 25.
[15] Ibid p 27.

system av klara regler som har egenskapen att kunna ge ett riktigt svar på varje rättsproblem genom tillämpning av logisk deduktion.

Men låt oss gå vidare och undersöka om EG-domstolens justifiering av skadeståndsansvarets grund är konsistent. Det finns skäl att närmare granska de rättskällor EG-domstolen härleder ur den ovan citerade fördragsartikeln (164 EG).

10.2.1.1 Allmänt erkända tolkningsprinciper?

Inledningsvis kan konstateras att några allmänt erkända tolkningsprinciper knappast existerar inom EG-rätten.[16] EG-domstolens tolkningsstil karaktäriseras snarare av en pragmatisk hållning till uppkommande rättsfrågor.[17]

En domares främsta uppgift, framförallt i prejudikatsinstanser, är att fastställa innebörden av ord i juridiska texter, att engagera sig i lagtolkning. I en EG-rättslig kontext är det inte alltför vågat att påstå att domarna och domstolarna inom systemet, EG-domstolen och nationella domstolar, intar olika hållningar vid lagtolkning. Tolkningsprinciper varierar från en medlemsstats rättsordning till en annan och varierar beroende på i vilket rättsområde man befinner sig.

Det EG-rättsliga systemet karaktäriseras således av pluralism med avseende på lagtolkningsprinciper. Följande exempel på faktorer som traditionellt anses relevanta vid lagtolkning kan ges: språkliga, lexikaliska, grammatiska och semantiska faktorer; logiska, systematiska och kontextuella faktorer; historiska faktorer; funktionella och teleologiska faktorer.[18] Kategoriseringen är artificiell och det är tveksamt om den är operationell vid analysen av EG-domstolens dömande verksamhet.[19]

EG-domstolen hänvisar sällan till erkända tolkningsprinciper i sina avgöranden.[20] Det är i första hand akademiker som försöker använda lagtolkningsprinciper för att förklara och analysera domar.[21] EG-domstolen

[16] Se ovan avsnitt 3.5.

[17] Jmfr avsnitt 7.3.3 ovan.

[18] Se ovan avsnitt 3.5. Jmfr även Hellner, Rättsteori 1994, s 78 ff.

[19] En skeptisk hållning till lagtolkningsprincipernas värde i ett EG-rättsligt sammanhang återfinns hos Mackenzie Stuart, The European Communities and the Rule of Law 1977, s 72. Om en mer principiell skepticism se Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung 1972, s 7.

[20] Kutscher, Report presented to a Judicial and Academic Conference 1976, s 5 f.

[21] Se exempelvis Wahl, "Relevanta" avgöranden av EG-domstolen, i EES-avtalet i svensk rätt 1993 s 185: "I fallet Francovich tar... EG-domstolen hjälp av en förhållandevis extensiv teleologisk metod för att nå det resultat som den anser att fördraget fordrar."

har sedan början på sextiotalet utvecklat en egen stil och metod för konstitutionell rättstillämpning[22] som innebär att domstolen ofta anser sig relativt obunden av traditionella rättskällor och formar avgörandena efter de behov och intressen domstolen finner nödvändiga att tillgodose från en tid till en annan.[23] Det bör även framhållas att EG-domstolen inte sällan styrs av karaktären av den bakomliggande nationella rättstvisten som har gett upphov till begäran om förhandsavgörande.[24]

Den pragmatiska tolkningsstilen utgör en problemfaktor vid utformandet av teoretiska modeller för analys och förklaring av EG-domstolens domar.[25] Stilen har kommit att bli legio för det omgivande samhället av domare, forskare och praktiker. EG-domstolens praxis som stiltypisk rättskälla byggd på pragmatiska överväganden är central i det europeiska rättslivet.[26]

Den pragmatiska stilen har vidare gjort det svårt för domstolens kritiker att finna fotfäste. Argumentet brukar formuleras som att EG-domstolen inte har för avsikt att lansera en egen ideologi om den europeiska integrationen. I stället styrs domstolen av omständigheter hänförliga till det konkreta fallet.[27] Med denna karaktäristik skulle EG-domstolen snarare inta en traditionell judiciell roll som tvistlösare än som ideologisk integrationsfrämjare.[28]

10.2.1.2 Principer gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar?

Vid tolkningen av artikel 164 hänvisar EG-domstolen även till allmänna

[22] För en analys av USAs högsta domstols rättstillämpning från ett stilperspektiv se Nagel, The Formulaic Constitution, Mich L Rev 1985 s 165 ff.

[23] Ett exempel på den pragmatiska inställningen är det ledande målet (på vilket den större delen av domstolens praxis vilar) Van Gend en Loos (mål 26/62 [1963] ECR 1). En av domarna avslöjade att "the judges had 'une certaine idée de l'Europe' of their own, and that is the idea which has been decisive and not arguments based on legal technicalities of the matter"; Pescatore, The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law, EL Rev 1983 s 157.

[24] Jämför man målen C-430/93 och C-431/93 Van Schijndel å ena sidan och mål C-312/93 Peterbroek å andra sidan äep förefaller tvisternas dispositiva och indispositiva karaktär inverkat på slutet. Se ovan avsnitt 9.4.1.

[25] Se framförallt Weiler, The Court of Justice on Trial, CML Rev 1987 s 555 ff. Han riktar här hård kritik mot de teoretiska modeller Rasmussen (On law and policy in the European Court of Justice, 1986) använt för analysen av gränserna för EG-domstolens rättsskapande.

[26] För en formalistik se Edward, The Nature of the Community Judicial Process, i Festskrift till Ole Due, s 31 ff och Brown och Kennedy, The Court of Justice of the European Communities, 1993, s 52 ff.

[27] Jmfr avsnitt 7.3 ovan.

[28] Jmfr dock Koopmans, The Rule of Law in the next stage of European Integration, ICLQ 1986 s 925 ff och Rasmussen 1986 som förespråkar en mer återhållsam roll för EG-domstolen.

principer i gemenskapens rättsordning och principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar. Vilka är då de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning?

Domstolen går inte närmare in på detta utan övergår till ett resonemang som syftar till att finna rättsligt stöd för skadeståndsansvaret i nationella rättsprinciper. EG-domstolen refererar till artikel 215 (2) i fördraget och de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar vad gäller gemenskapens utomobligatoriska ansvar för skada som har vållats av dess institutioner eller av dess anställda under tjänsteutövning.

EG-domstolen menar att principen om gemenskapens utomobligatoriska ansvar endast är ett uttryck för den allmänna princip som är känd i medlemsstaternas rättsordningar, enligt vilken en rättsstridig handling eller underlåtenhet medför en skyldighet att ersätta den skada som har vållats.[29]

Det kan tyckas märkligt att domstolen för att rättfärdiga skadeståndsansvaret först hävdar EG-rättens autonomi i förhållande till nationell rätt för att omgående komplettera med ett resonemang som går ut på att systemen interagerar och existerar i något som kan karaktäriseras som ett ömsesidigt beroendeförhållande.

Därefter synes domstolen rättfärdiga ett EG-rättsligt *domarskapat* skadeståndsinstitut med att de rättsliga reglerna angående statens ansvar i ett stort antal nationella rättsordningar på ett avgörande sätt har utvecklats i rättspraxis. Detta kan ses som en omständighet som pekar i ''rätt riktning'' snarare än som en rättsgrund för skadeståndsansvaret.

Det finns för övrigt skäl att ifrågasätta i vilken utsträckning det är riktigt att påstå att *statens* skadeståndsansvar ''i ett stort antal rättsordningar på ett avgörande sätt har utvecklats i rättspraxis''. Vad avses med ett stort antal? Vad avses med staten? Lagstiftare, förvaltning eller enskilda tjänstemän? Den gemensamma rättstraditionen i betydelsen minsta gemensamma nämnare sträcker sig endast till ett skadeståndsansvar för förvaltningen, vars omfattning skiftar från en medlemsstat till en annan.[30]

Vad gäller rättsläget i de nya medlemsstaterna Sverige, Finland och Österrike är det offentlighetsrättsliga skadeståndsansvaret begränsat till fel begångna av förvaltningen. Vidare varierar rättspraxis inflytande över rättsutvecklingen. I Sverige är ansvaret lagreglerat och stadgar om ett taleför-

[29] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 28-29.

[30] Se Schockweiler, Wivenes och Godart, Le régime de la résponsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne, RTDE 1990 s 27 ff.

bud vad gäller skada som uppkommit med anledning av beslut av regering och riksdag.[31]

10.2.1.3 Flera rättsgrunder?

Utan att presentera något ytterligare rättsligt stöd påpekar domstolen att principen om statens ansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av EG-rätten som kan tillskrivas medlemsstaterna utgör en väsentlig del av fördragets system.[32]

Enligt min mening är det märkligt att domstolen i denna del inte anför ''universalargumentet'' om EG-rättens effektivitet som rättsligt stöd för skadeståndsansvaret. Argumentet återkommer emellertid i svaret på den andra frågan angående de närmare förutsättningarna för skadeståndsansvaret. För att bestämma de närmare förutsättningarna för ansvar skall enligt domstolen hänsyn tas till

> ''... de principer som är utmärkande för gemenskapens rättsordning och vilka utgör grunden för statens ansvar, nämligen dels de gemenskapsrättsliga normernas fulla verkan och ett effektivt skydd för de rättigheter som erkänns i dessa, dels medlemsstaternas skyldighet att samarbeta enligt artikel 5 i fördraget...''[33]

Vilken är den fördragsmässiga grunden för skadeståndsansvaret: artikel 164, principen om EG-rättens fulla verkan eller artikel 5? I svaret på fråga 1 uttalar domstolen:

> ''Det tillkommer domstolen – då det i fördraget inte finns bestämmelser som på ett uttryckligt och klart sätt reglerar följderna av att medlemsstater överträder gemenskapsrätten – att, vid fullgörandet av sin uppgift enligt artikel 164 i fördraget att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av fördraget, avgöra en sådan fråga enligt allmänt erkända tolkningsmetoder, särskilt genom att tillämpa de grundläggande principerna i gemenskapens rättsordning och, i förekommande fall, de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.''[34]

Vid en läsning av domen måste man rimligen stanna för artikel 164, vilket innebär en förändring i förhållande till domen i Francovich.[35] På

[31] Se 3:2 och 3:7 skadeståndslagen. Vad gäller Finland se OK 10:26 (rättegångsbalken) och Vahingonkosvauslaki 7:4 (skadeståndslagen) och Österrike Amtshaftungsgesetz § 1, och Sverige 3:2 och 3:7 skadeståndslagen.

[32] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 31.

[33] Ibid p 39.

[34] Ibid p 27.

[35] Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 31-36.

denna centrala punkt synes domen motsägelsefull.

10.2.1.4 Uniformiteten och enskildas rättsskydd

EG-domstolen går vidare och framhåller att principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar gäller för varje fall då en medlemsstat överträder EG-rätten och oavsett vilket organ i medlemsstaten som orsakat fördragsbrottet. Dessutom kan skyldigheten att ersätta skada som har vållats enskilda genom överträdelser av EG-rätten inte vara beroende av nationella regler om kompetensfördelning mellan den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten, med hänsyn till det grundläggande kravet i EG-rätten på att denna måste tillämpas enhetligt.[36]

EG-domstolen hävdar således skadeståndsansvarets företräde med hänvisning till det klassiska uniformitetsargumentet som återfinns redan i målet Costa v Enel från 1964.[37] Intressant är att samma argument inte biter på nationella processrättsliga principer.

I målet Van Schijndel[38] uttalar EG-domstolen att av hänsyn till nationell processrätt åläggs inte de nationella domstolarna enligt EG-rätten att *ex officio* komplettera med en grund då prövningen av denna grund tvingar dem att åsidosätta den princip om passivitet som innebär ett förbud att gå utöver tvistens ramar och att basera sig på andra fakta och omständigheter än de på vilka parterna grundat sitt yrkande.

De EG-rättsliga principerna om enskildas rättsskydd synes således få vika för de processrättsliga grundprinciper som styr civilrättsliga processer i medlemsstaterna.[39] En ledstjärna i EG-domstolens praxis har från *Van Gend en Loos* i början på sextiotalet till *Brasserie du pêcheur* varit enskildas möjligheter att hävda sina EG-rättigheter i nationell domstol. I detta sammanhang måste *Van Schijndel* i viss utsträckning betraktas som en främmande fågel.[40]

[36] Mål C-143/88 och C-92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415 p 26.
[37] Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585.
[38] Målen C-430/93 och C-431/93 Van Schijndel äep.
[39] Se exempelvis mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989 p 5; mål 45/76 Comet [1976] ECR 2043 p 12-16; mål 68/79 Hans Just [1980] ECR 501 p 25; mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595 p 14; målen 331/85, 376/85 och 378/85 Bianco och Girard [1988] ECR 1099 p 12; målen C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357 p 43 och mål C-312/93 Peterbroeck äep p 12.
[40] Se diskussionen i avsnitt 9.5.1 ovan.

10.2.1.5 Vem skall svara?

Trots att argumenteringen vad gäller *grunden* för den nationelle lagstiftarens skadeståndsansvar börjar lida mot sitt slut saknar EG-domstolen fortfarande ett fast stöd för att utpeka *lagstiftaren* som skadeståndsskyldig. EG-domstolen synes inse detta när man nu vänder sig till folkrätten för att söka den rättsliga grunden för den nationelle lagstiftarens skadeståndsansvar *enligt EG-rätten.*

Vad gäller folkrättens relevans menar domstolen att en stat vars ansvar görs gällande vid överträdelse av en internationell förpliktelse, enligt internationell rätt betraktas som en enhet, vare sig den överträdelse som är orsak till skadan kan tillskrivas den lagstiftande, den dömande eller den verkställande makten. Enligt domstolen måste det i än högre grad förhålla sig på detta sätt i gemenskapens rättsordning, eftersom det åligger alla statens organ, inklusive den lagstiftande makten, att vid fullgörandet av sina uppgifter följa de normer som föreskrivs i EG-rätten och i vilka enskildas förhållanden direkt kan regleras.

I detta sammanhang är det emellertid väsentligt att understryka att statens skyldighet att ersätta skador enligt folkrätten gäller i förhållande till en eller flera stater och inte i förhållande till enskilda.

EG-domstolen bekymrar sig inte om detta utan sluter sig till att de nationella domstolarna måste ges det svaret, att principen enligt vilken medlemsstaterna är skyldiga att ersätta skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av EG-rätten som kan tillskrivas medlemsstaterna, är tillämplig då det ifrågasatta fördragsbrottet hänför sig till den nationelle lagstiftaren.

10.2.2 Tolkningsutrymmet och EG-domstolens autonomiargument

Idén om EG-rätten som autonomt normsystem har varit central i hela konstitutionaliseringsprocessen. EG-domstolens anspråk på att vara exklusiv uttolkare av ett autonomt normsystem utgör även själva grundstenen i svaret på Bundesgerichthofs första fråga. Enligt min mening bör denna länkas samman med EG-domstolens hävdande av EG-rätten som konstitutionellt system. Att använda den konstitutionella rättens terminologi för beskrivning och analys av EG-rätten aktualiserar metodologiska aspekter. Hur undviker vi begreppsförvirring och suddig begreppsbildning? Vad avser vi när vi talar om ett ''konstitutionellt system'' eller en EG-rättens egen konstitutionella rätt? Vad vill vi uttrycka när vi framhåller att EG-

domstolen har kvalificerat de grundläggande fördragen som ett ''charte constitutionelle de base''[41] eller refererar till fördragen som gemenskapens interna konstitution?[42]

Jag har tidigare fört fram argumentet att europeisk integration och skapandet av en konstitutionell struktur med EG-domstolens absoluta företrädesdoktrin som grund bygger på ett alltför snävt konstitutionsbegrepp. En konstitutionell strävan har att ta hänsyn till materiella, konstitutionella, politiska och moraliska värderingar snarare än att ensidigt hävda juridiken som medel. Vidare måste en konstitutionell ordning vila på en klar kompetensfördelning mellan EU och medlemsstaterna. Fördragens allmänna och målrelaterade karaktär, målens vaghet och den oklara kompetensfördelningen bidrar till att EG-domstolens idé om delad suveränitet bildar en bräcklig teoretisk grund för en konstitutionell rätt för gemenskapen.[43]

Om EG-rätten skall analyseras utifrån EG-domstolens teori om delbar suveränitet och behandlas som konstitutionell rätt måste detta ske i en rättslig ram inom vilken suveräniteten definieras. EG-domstolens doktrin om delad suveränitet fungerar helt enkelt inte som grund för utvecklandet av en konstitutionell EG-rätt.[44]

Idén om EG-rättens autonomi kan därmed inte karaktäriseras som annat än en fiktion. Även *pêcheur* är ett exempel på EG-rättens beroendeförhållande till nationell och internationell rätt. Detta visar sig inte endast i EG-domstolens referenser till såväl nationell som internationell rätt vid justifieringen av skadeståndsansvaret. Skälet till problemen är att autonomianspråket bygger på ett upprätthållande av klara legislativa och institutionella kompetensgränser, samtidigt som förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt karaktäriseras av suddiga kompetensgränser.[45] EG-domstolens svar på den tyska domstolens andra fråga rörande de närmare förutsättningarna för ansvar aktualiserar kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177. Formellt går kompetenslinjen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt. EG-domstolen tolkar och nationella domstolar tillämpar EG-rätt. Det är viktigt att framhålla att EG-domstolen saknar formell kompetens att uttala sig om förenligheten mellan

[41] Se exempelvis mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1339 och Opinion 1/91 (EES-avtalet) [1991] ECR I-6079.
[42] Opinion 1/76 [1977] ECR 741.
[43] Se ovan avsnitt 5.2-4.
[44] Ibid.
[45] Se kapitel 6 och 7 vad gäller den judiciella kompetensfördelningen och kapitel 8 vad gäller den legislativa kompetensfördelningen.

EG-rätt och nationell rätt.[46]

Domstolen har vidare inte kompetens att faställa ändamålet med den nationella lagstiftningen eller analysera i vilken utsträckning nationella regler förhindrar genomförandet av gemenskapens målsättningar. Den enda möjlighet EG-domstolen har är att hävda gemenskapsintresset i kompetenskonflikter genom tolkning av gemenskapsrätten. Problemet att upprätthålla kompetensgränserna visar sig när EG-domstolen vill uttala sig om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt för att därigenom ge den nationelle domaren vägledning för lösning av det konkreta fallet.[47]

10.3 Målen Les Verts och Chernobyl

Mål som rör ogiltigförklaring av gemenskapens rättsakter regleras i huvudsak av artikel 173. Regeln löd vid tiden för avgörandet av målen Les Verts[48] och Chernobyl[49] enligt följande:

> ''The Court of Justice shall review the legality of acts of the Council and the Commission other than recommendations or opinions. It shall for this purpose have jurisdiction in actions brought by a Member State, the Council or Commission on grounds of...''

Från regelns ordalydelse förefaller det klart att angivna saklegitimerade endast kunde angripa bestämmelser från rådet och kommissionen och att talerätten (locus standi) endast tillkom medlemsstat, rådet eller kommissionen.

Trots detta uttalade EG-domstolen i *Les Verts* att man godtog en talan riktad mot rättsakter beslutade av Europaparlamentet som syftade till att generera rättsliga effekter mot tredje man (passiv talerätt). I *Les Verts* justifierar EG-domstolen principen om att parlamentets akter skall kunna legalitetsprövas med *the rule of law*:

> ''The European Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the ques-

[46] Se mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773 p 2; mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574 p 17-20; mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595 p 11; mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883 p 13 och mål C-177/94 Perfili äep p 9.

[47] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur p 59. EG-domstolen vill här påminna om vissa omständigheter som de nationella domstolarna skall ta hänsyn till när de skall avgöra de nationella tvisterna. Se ovan avsnitt 9.3.3 ovan.

[48] Mål 294/83 Les Verts [1986] 1339.

[49] Mål C-70/88 Parliament v Council [1990] ECR I-2041.

> tion whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter... .An interpretation of Article 173 of the Treaty which excluded measures adopted by the European Parliament from those which could be contested would lead to a result contrary both to the spirit of the Treaty as expressed in Article 164 and to its system."[50]

Frågan om parlamentets aktiva talerätt, att angripa rättsakter under artikel 173, aktualiserades i *Comitology*.[51] I sitt avgörande frånkände domstolen parlamentet talerätt genom en lingvistiskt orienterad tolkning av artikel 173, vilket kan tyckas märkligt då domstolen förskjutit denna tolkningsmetod i *Les Verts*. EG-domstolen framhöll vidare att Enhetsakten inte reviderat artikel 173 trots att frågan om parlamentets talerätt aktualiserats under regeringskonferensen. EG-domstolen antydde emellertid att, om frågan uppkom igen under förhållanden där parlamentet klart kunde stryka ett interventionsintresse, saken kunde bedömas annorlunda.

Det var precis vad som inträffade i det senare målet *Chernobyl*[52]. Här gick domstolen vidare och uttalade att talan mot rättsakter även aktivt kunde föras av parlamentet (aktiv talerätt). I detta mål åberopade EG-domstolen en med artikel 173 identiskt lydande bestämmelse i Euratomfördraget (146 Euratom). Avgörandet är intressant eftersom domstolen i ett tidigare fall uttryckligen frånkänt parlamentet möjligheten att aktivt angripa rättsakter.[53] Domstolen accepterade detta i *Chernobyl* men ansåg ändå att parlamentet kunde angripa rättsakten. Denna till synes motsägelsefulla hållning försökte EG-domstolen justifiera genom följande resonemang:

> "The absence in the Treaties of any provision giving the Parliament the right to bring an action for annulment may constitute a procedural gap, but it cannot prevail over the fundamental interest in the maintenance and observance of the institutional balance laid down in the Treaties establishing the European Communities.
>
> Consequently, an action for annulment brought by the Parliament against an act of the Council or the Commission is admissible provided that the action seeks only to safeguard its prerogatives and that it is founded only on submissions alleging their infringement."[54]

[50] Mål 294/83 Les Verts [1986] 1339 p 23-25.
[51] Mål 302/87 Comitology [1988] ECR 5615.
[52] Mål C-70/88 Parliament v Council [1990] ECR I-2041.
[53] Mål 302/87 Parliament v Council [1988] ECR 5615.
[54] Mål C-70/88 Parliament v Council [1990] ECR I-2041 p 26 och 27.

10.3.1 Kritik av målen

Les Verts och Chernobyl har ingående kommenterats i doktrinen.[55] Jag väljer att referera den mest ingående kritiken.

Hartley är kritisk till domstolens avgöranden i parlamentsfallen. EG-domstolens uttalande i *Chernobyl* vittnar enligt Hartley om att domstolen

> ''... does not consider itself bound by the Treaties if they conflict with what it regards as desirable in the interests of the constitutional development of the Community.''[56]

Hartley menar att detta avgörande går stick i stäv med artikel 173s ordalydelse. Det kan inte justifieras enligt vedertagna metoder (the doctrine of necessity och naturrättsliga argument) utan:

> ''If they can be justified, it must be on the basis of considerations specific to the European Court.''[57]

Hartleys mer rättsteoretiska kritik finns även skäl att referera. Han menar att logiken i *Les Verts* är klar:

> ''... what the Court did was to say that the acts of the Parliament *ought* to be reviewable; therefore, they *were* reviewable. This logic... ignores the distinction between what the law ought to be and what the law is, a distinction which is fundamental to the Western concept of law.''[58]

Hartleys kritik kan verka övertygande. Men enligt min mening bygger den på en endimensionell syn på EG-domstolens rättskapande. Han bortser helt enkelt från flera justifieringsmöjligheter. Låt mig kort diskutera några.

Hartley synes omedevetet ha hamnat i en formalistisk kritikposition. Det är kanske därför han får problem med parlamentsfallen. Trots att fördragen inte uttryckligen säger att domstolen *kan* normpröva parlamentsakter så säger de heller inte att domstolen *inte* kan normpröva rättsakterna. Detta antyder att EG-rätten inte är det kompletta motsägelsefria normsystem som formalisten föredrar och logiskt kan deducera lösningar ur.

Å andra sidan så antyder Hartleys formalistiska argument att uppräkningen i artikel 173 skulle vara uttömmande och exklusiv. Den säger ju inte att domstolen skall pröva akter från rådet, kommissionen och från den

[55] Se framförallt Pescatore, Le Parlement face à la Cour, i Le Parlement européen dans l'évolution institutionelle 1988, s 207 ff och Slynn, Europe – The Parliament in Court, CLI 1993 s 237 ff.
[56] Hartley, The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union, LQR 1996 s 101.
[57] Ibid s 103.
[58] Hartley, The Foundations of European Community Law 1994, s 87.

institution som domstolen finner det lämpligt att pröva.

Har då domstolen överskridit sitt legitima tolkningsutrymme? För att närma sig ett svar på frågan finns det skäl att ytterligare problematisera parlamentsfallen något. Ett argument som skulle kunna justifiera domstolens avgöranden kan baseras på en ändamålsorienterad tolkningsteori. Låt oss försöka fingera ett syfte. Det skulle kunna hävdas att artikel 173s syfte är att försäkra om att de politiska institutionernas rättsakter skall kunna prövas av domstolen. Om det skulle vara så att detta syfte skulle kunna härledas ur fördragen skall det då ges företräde framför bestämmelsens ordalydelse?

Ett annat argument för EG-domstolens lösning skulle kunna utgå från en fingering av *lagstiftarens avsikt*. Om fördragsfäderna vetat att Europaparlamentets rättsakter skulle komma att generera rättsliga effekter i förhållande till tredje man (vilket de inte visste när fördragen slöts) då skulle de ha möjliggjort en normprövning av dessa akter.

10.4 Metodologiska utgångspunkter för domstolskritik

Min egen och Hartleys kritik av EG-domstolens avgöranden förefaller hård och ingripande. För att bedöma om kritiken är rättfärdig finns det skäl att undersöka vilka kriterier vi utgått ifrån. Enligt min mening är det viktigt att syna de kriterier rättsvetenskapsmän och andra använder i sin kritik. Först efter att ha förstått utgångspunkten för kritiken blir den begriplig.

10.4.1 Interna och externa perspektiv

Detta för oss till en diskussion om rättsteorins behandling av frågor om hur *lagen* och domstolsavgörandet skall uppfattas. Dessa frågor kan konceptualiseras som perspektivproblem. Det interna perspektivet utgår från redogörelser för domarens (eller medborgarens) *skäl* för en viss tolkning/handling. Ett externt perspektiv utgår däremot från undersökningar av *orsakerna* till en viss tolkning.

Av diskussionen i kapitel 2 om rättsteorins behandling av tolkningsutrymmet framgår att Ross anlägger ett externt perspektiv och utesluter det interna, medan Hart (och Kelsen) anlägger ett internt perspektiv. De sistnämnda utesluter emellertid inte det externa perspektivet. Det externa perspektivet är *sociologiskt* och kan distingeras från det interna perspektivet som är det *rättsliga*.

Det interna rättsliga perspektivet kan i sin tur delas upp i två perspektiv. Det ena är rättstillämparens eller lagstiftarens perspektiv, det andra rättsvetenskapsmannens. Rättsvetenskapsmannens perspektiv innefattar analyser och beskrivningar av den juridiska argumentationen i domstolsavgöranden. Skillnaden mellan lagstiftaren och domaren å ena sidan och rättsvetenskapsmannen å andra sidan kan beskrivas i auktoritetstermer. Lagstiftarens och domarens auktoritet kan härledas ur rättssystemet, vilket i olika omfattning förlänar dem auktoritet att fatta juridiskt bindande beslut. Vad betyder då detta för de olika aktörernas roll och uppgifter?

Det synes betyda att lagstiftare och domare är bundna av den auktoritet som avspeglas i det konstitutionella systemet eller i den enskilda lagen. Rättsvetenskapsmannen kan emellertid inte anses fjättrad av auktoriteten i samma utsträckning. Rättsvetenskapens uppgift bygger på en rationalitet som inte endast har att referera till *rätten*. Med Raz:

> ''... one must ultimately refer not to a law but to a jurisprudential criterion. Ultimately one must refer to a general statement that does not describe a law but a general truth about law.''[59]

Raz synes mena att rättsvetenskapen både har till uppgift att beskriva juridisk argumentation och att bedöma dess hållbarhet. Men hållbarhetskriteriet skall inte endast tillämpas i förhållande till den logiska relationen mellan premisser och slutsats utan även i relation till frågan om premissernas giltighet.

För att konkretisera: som kriterium för kritiken av *pêcheur* har jag bland annat använt domstolens egen justifieringspraxis som utgångspunkt, så även vid kritiken av ambivalensen vid valet av rättsgrund för skadeståndsansvaret. Under rubriken ''flera rättsgrunder'' kritiserar jag domstolen för att inte vara konsekvent vid valet av rättsgrund. Ett liknande kriterium kan sägas ha använts när jag hävdar bristande koherens mellan *pêcheur* och målet Van Schijndel.

Min kritik av domstolens anspråk på EG-rättens autonomi går ut på att ifrågasätta domstolens teoretiska grundsyn. Jag anser att domstolen utgår från ett formalistiskt synsätt som bortser från den delikata kopplingen mellan den juridiska och politiska integrationen. Eller enklare uttryckt: konstitutionsanspråket bygger på den felaktiga premissen om att det föreligger konsensus om grundläggande ekonomisk-politiska värderingar.

Till detta kan läggas den kritik jag riktar mot EG-domstolens tolkning av

[59] Raz, Concept of a Legal System 1970, s 200.

kompetensfördelningen enligt artikel 177 och skapandet av principer för enskildas rättsskydd. När det gäller kritiken av EG-domstolens tolkning av artikel 177 betraktar jag rättsnormerna som empiriska fakta som kan erfaras av en domare. Genom observation kan jag därmed göra en meningsfull distinktion mellan vad en domare säger att lagen föreskriver och vad den verkligen föreskriver. Domaren kan ju i sin undersökande empiriska verksamhet ha misstagit sig.

I ett system som det EG-rättsliga möter denna typ av kritik en del svårigheter, och då kanske särskilt i mål som *Brasserie du pêcheur* där domstolen i huvudsak hänför sig till oskrivna rättsprinciper och fast praxis på området saknas. En ytterligare problematiserande faktor är att EG-domstolen i princip inte är bunden av sina tidigare avgöranden.

10.4.1.1 Olika utgångspunkter för kritik

Om undersökningsobjekten för rättspositivismen är fakta kan rättsnormernas innehåll fastställas utan referens till värderingar. Härmed kan övergången från tolkningen av normen till tillämpningen utföras enligt en objektiv metodologi som inte behöver förvanskas av den enskilda domarens subjektivitet. Rättspositivismen kan sålunda definierad tjäna som utgångspunkt för tre olika kritiker.

Den första kritiken går ut på att domaren begått ett juridiskt misstag. Domare må inta en konstitutionellt privilegierad ställning i förhållande till rättsvetenskapsmän, men detta betyder inte att de upprätthåller en kunskapsteoretiskt privilegierad position när det gäller att fastställa innehållet i fakta. Därmed kan rättsvetenskapsmännen ha ett rationellt anspråk på att hävda att domaren gjort fel utifrån empiriska grunder utan att behöva ta till moraliska argument.[60]

Den andra grunden för kritik är anklagelsen att domstolen gjort sig skyldig till illegitim judiciell aktivism, dvs överskridit det legitima tolkningsutrymmet.[61]

Från ett rättspositivistiskt perspektiv har judiciell aktivism både en empirisk och en normativ komponent. Den empiriska komponenten i kritiken går ut på att domaren misstagit sig på rättens innehåll. Den normativa komponenten är att en aktivistisk domare med berått mod bortser från rätten

[60] Ett exempel på denna position kan återfinnas hos Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994-95 s 621 ff.

[61] Se Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice 1986.

och rubbar maktfördelningen mellan den dömande och lagstiftande makten, och därmed bryter länken mellan makt och legitimitet.[62]

I exempelvis Rasmussens avhandling *On Law and Policy in the European Court of Justice* anklagas EG-domstolen för att ha gått för långt i utnyttjandet av sitt tolkningsutrymme och ägnat sig åt illegitim aktivism. Därmed har EG-domstolen rubbat det rättspositivistiska kravet på lagtolkningens *vertikala koherens*.[63]

Slutligen kan positivistiska rättsvetenskapsmän kritisera domstolen (och varandra också för den delen) på rent begreppsliga grunder för att sammanblanda rätt och moral, *de lege lata* med *de lege ferenda*. Med Hartley:

> ''... what the Court did was to say that the acts of the Parliament *ought* to be reviewable; therefore, they *were* reviewable. This logic... ignores the distinction between what the law ought to be and what the law is, a distinction which is fundamental to the Western concept of law.''[64]

Sammanfattningsvis kan sägas att rättspositivistens strävan att koppla rättens giltighet till frågan om dess uppkomst endast erbjuder en asymmetrisk lösning på det tidigare relaterade problemet om förenandet av förutsägbarhet och rationalitet i rättstillämpningen (rationalitetsproblemet). Positivistens syn på rättsligt beslutsfattande privilegierar förutsägbarhet framför moralisk riktighet även i behandlingen av de oklara fallen.[65]

10.4.2 Legalitet och legitimitet

EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt och framförallt principen om EG-rättens effektiva verkan, principen om effektivt rättsskydd och principen om medlemsstaternas skadestånd för brott mot EG-rätten innebär sammantaget med den pragmatiska tolkningen av artikel 177 att de nationella konstitutionella strukturerna omvandlas. Jag har karaktäriserat denna utveckling som en fortlöpande *konstitutionell revolution*.[66] Eftersom rättsutvecklingen aktualiserar centrala kompetensfördelningsfrågor med relevans för medlemsstaternas processuella och konstitutionella integritet uppkommer oundvikligen frågan om dess legiti-

[62] Jmfr Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation 1994, s 239 f.

[63] Eskridge (1994 s 239) menar att traditionell liberal teori betonar lagtolkningens vertikala koherens: "That is, the interpreter demonstrates that her interpretation is coherent with authoritative sources situated in the past..."

[64] Hartley, The Foundations of European Community Law 1994, s 87.

[65] Habermas, Between Facts and Norms 1996, s 202.

[66] Se ovan kapitel 9.

mitet.

Den tyska regeringen aktualiserade skadeståndsansvarets legitimitet i *Brasserie du pêcheur* och menade att en allmän rätt till skadestånd för enskilda endast kan fastställas genom lagstiftning och att tillskapande av en sådan rätt i rättspraxis är oförenlig med kompetensfördelningen mellan de gemensamma institutionerna och medlemsstaterna och med den jämvikt mellan institutionerna som har inrättats genom fördraget.[67]

10.4.2.1 Intern och extern justifiering av EG-domstolens avgöranden

Principen om *förutsägbarhet* i rättstillämpningen kräver att beslut är konsistenta och koherenta i förhållande till den existerande rättsordning inom vilken de fattas (intern justifiering).[68] Kravet på *legitimitet och rationalitet* innefattar å andra sidan inte endast beslut som är konsistenta ställda i relation till tidigare liknande beslut utan inbegriper ett krav på att de skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt. Med Habermas:

> ''Judges decide actual cases within the horizon of a present future, and their opinions claim validity in the light of rules and principles that are here and now accepted as legitimate.''[69]

En domares justifiering av sitt beslut måste således frigöras från sitt historiska ursprung. I oklara fall (hard cases) är detta skifte från historik till systematik uttryckligen utfört i övergången från intern justifiering av ett beslut som vilar på vissa givna premisser till den externa justifieringen av premisserna själva.[70] Med Habermas blir det centrala rationalitetsproblemet:

> ''[H]ow can the application of a contingently emergent law be carried out with both internal consistency and rational external justification, so as to guarantee simultaneously *the certainty of law* and its *rightness*?[71]

I undersökningens inledande kapitel har jag relaterat EG-domstolens tolkningsutrymme till EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning. Undersökningen har i denna del betraktat EG-rättens rättskällor som nor-

[67] Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 24.
[68] Habermas 1996 s 198 f.
[69] Ibid.
[70] Ibid s 198.
[71] Ibid.

mativa faktorer och fokuserat på deras inverkan på rättstillämpningen. Undersökningen har här utförts på vad jag benämner den *interna justifieringsnivån*.

I normativt avseende utgår undersökningen från att det är omöjligt att från en juridisk utgångspunkt objektivt fastställa om EG-domstolen i samtliga fall har överskridit sitt legala tolkningsutrymme. För egen del utgår jag från att rättsnormer i varierande grad är vaga och obestämbara beroende på den faktiska relationen och interaktionen mellan norm och sakomständigheter i det specifika fallet. Vidare menar jag att det är möjligt att påvisa gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme med utgångspunkt från rättssystemet. Jag har i undersökningen visat att analyser av förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten utgör en möjlig väg för att kritisera EG-domstolens lagtolkning.

Som alla metodologiska och teoretiska utgångspunkter kan säkert även denna beskyllas för att vara alltför snäv. En brett upplagd undersökning om gränserna för EG-domstolens rättsliga beslutsfattande av Mann[72] beskylldes av Rasmussen lida av metodologiska brister då den i alltför hög grad fokuserade på rättssystemet och de institutionella gränserna för judiciellt beslutsfattande:

> ''How can it be explained that *Mann's* generally high level of analytic sophistication failed to lead him to a more sophisticated assessment of the potential defiance problems facing the outcome of the Court's judicial process? I think the main reason is derivable from a methodological imperfection. This is his confinement of the activism investigation in relation to two variables only: 1) the concept of law and 2) the institutional setting of judicial decision.''[73]

För att undersöka bärigheten i denna typ av kritik orienteras diskussionen i detta kapitel mot frågan om ifall EG-domstolens avgöranden och justifieringar är *riktiga* eller *rättfärdiga* från ett bredare perspektiv. Kapitlet strävar mot en diskussion om legitimitetsfrågor och fokuserar på externt bestämda gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Undersökning i denna del skulle därmed röra sig på den *externa justifieringsnivån*.

Båda ovanstående justifieringsnivåer rör därmed normativa frågor. Den interna nivån relaterar domstolens avgöranden till den existerande ramen av rättsnormer, medan den externa nivån relaterar avgörandena till övergripande ideal och till externa faktorer som reaktioner från den omgivande miljön av institutioner och intressegrupper. Den normativa kompetens som

[72] Mann, The Function of Judicial Decision in European Economic Integration 1972.
[73] Rasmussen 1986 s 162.

krävs för en utvärdering av EG-domstolens avgöranden på den externa justifieringsnivån blir således *legitimitetsteori* för EG-rätten. De två justifieringsnivåerna kan konkretiseras med hjälp av ett exempel från målet Brasserie du pêcheur.

> ''Den tyska regeringen har dessutom hävdat att en allmän rätt till skadestånd för enskilda endast kan fastställas genom lagstiftning och att tillskapande av en sådan rätt i rättspraxis är oförenligt med kompetensfördelningen mellan gemenskapsinstitutionerna och medlemsstaterna och med den jämvikt mellan institutionerna som har inrättats genom fördraget.''[74]

Den tyska regeringen motiverar sitt motstånd mot en domarskapad princip om skadeståndsansvar utifrån både legalitets- och legitimitetshänsyn. EG-domstolen saknar enligt den tyska regeringen rättslig grund i fördraget för en skadeståndsprincip. Tillskapandet av en sådan princip skulle därmed rubba kompetensfördelningen och leda till att gemenskapen förlorar legitimitet.

I kravet på legalitet i rättsskyddssystemet ligger ett krav på förutsägbarhet i rättstillämpningen. Legaliteten kräver beslut som konsistent kan fattas inom en existerande rättsordning. Men den interna legaliteten och koherensen aktualiserar samtidigt den typ av legitimitetskrav som återfinns i den tyska regeringens invändning mot skadeståndsdoktrinen. Kravet på legitimitet innefattar således inte endast att beslut är konsistenta ställda i relation till tidigare beslut utan inbegriper ett krav på att besluten skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt.[75]

Spänningen mellan det judiciella beslutsfattandets interna och externa justifiering härrör från övergången från intern justifiering av ett beslut som vilar på vissa givna premisser till den externa justifieringen av premisserna själva.[76] Denna övergång kommer nu även att avspeglas i denna undersökning. Från att ha diskuterat den interna justifieringen av normstruktur och kompetensfördelning och dess inverkan på EG-domstolens tolkningsutrymme övergår jag nu till att även diskutera undersökningar som fokuserar på tolkningsutrymmets externa sida.

[74] Mål C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur äep p 24.
[75] Jmfr Habermas 1996 s 198 f.
[76] Ibid s 198.

10.5 EG-domstolen och rättsvetenskapen – objektivitet eller kritik?

10.5.1 Generell kritik

EG-domstolens bidrag till integrationen har haft, och har alltjämt, stor politisk betydelse. En sak är att domstolens avgöranden har politiska effekter, vilket närmast kan ses som en självklarhet, en annan sak är att domstolen använder politiska argument i sin rättstillämpning. Med Hartley

> ''... the Court prefers to interpret texts on the basis of what it thinks they should be trying to achieve; it moulds the law according to what it regards as the needs of the Community. This is sometimes called the 'teleological method of interpretation', but it really goes beyond interpretation properly so-called: it is decision-making on the basis of judicial policy.''[77]

Hartley nämner *Defrenne* som ett extremt exempel på policy-making och ifrågasätter om det är riktigt att policy skall spela en så stor roll i rättstillämpningen. Han ser det som önskvärt att göra en distinktion mellan de mål i vilka EG-domstolen gör ett val på grundval av policy mellan två lösningar som ligger inom juridikens ram, och de mål där policy tillåts diktera en lösning som hamnar i konflikt med allmänt accepterade rättsprinciper.[78] Hartley fortsätter:

> ''The former is perfectly proper, but the latter could be criticized as going beyond the proper function of a court.''[79]

Barav synes misstänka att EG-domstolen har överskridit sitt legitima tolkningsutrymme i fall rörande enskildas rättsskydd vid medlemsstaternas brott mot EG-rätten:

> ''Some might feel that in Factortame, Zuckerfabrik and Francovich, the European Court has, in some respects, gone beyond the threshold of that which may properly be assumed within the traditional exercise of the judicial function.''[80]

Varken Hartley eller Barav försöker närmare utforska var gränserna går för EG-domstolens tolkningsutrymme. De uttrycker snarare en personlig känsla av att den yttre gränsen kanske är nådd.

De flesta kommentatorer av EG-domstolens verksamhet är eniga om att

[77] Hartley 1994 s 85.
[78] Ibid s 89 f.
[79] Ibid s 90.
[80] Barav, Omnipotent Courts, i Schermers 1994, s 302.

denna är omgärdad av gränser. Dessa gränser har anknytning till EG-rättens speciella karaktär och domstolsfunktionen som sådan.[81] Vissa författare beskriver EG-domstolens policy-making med hjälp av tolkningsteorier. Även dessa är normativa i den meningen att de begränsar domstolens frihet:

> ''... the Court has sometimes been obliged with the aid of the systematic teleological method of interpretation to deduce solutions from Community law for concrete problems which should have been dealt with by the Community legislator. This has led to the Court being accused of indulging in judicial policy-making. Geelhoed has rightly observed, though, that the systematic teleological method of interpretation binds the judges to the system and aims of Community law and thus limits their freedom of policy choice.''[82]

Weatherhill och Beaumont menar att EG-domstolen relativt sällan fäller avgöranden som står direkt i strid med fördragstexten, och föredrar att den undviker detta. De diskuterar balansen mellan lagstiftare och domstol[83] och lanserar det klassiska demokratiargumentet:

> ''It is increasingly evident that intergovernmental conferences to amend the Treaty will become a fairly regular feature of the life of the Community. Such conferences are the appropriate forums for rewriting the Treaty, not the unaccountable (majority) decisions emerging from the secrecy of the deliberations room of the European Court. Decisions that are based on the Treaty and have political consequenses are acceptable, but political decisions with no textual foundations are not.''[84]

Den typ av kritik som relaterats i detta avsnitt har bristfällig teoretisk underbyggnad som minsta gemensamma nämnare.

I en ansedd tidskrift synes professor Hartley mena att man utan någon som helst hjälp av en tolkningsteori eller annan måttstock kan grunda en vetenskaplig analys av EG-domstolens domar på följande trikotomi:

''(1) Rulings within the text; (2) Rulings outside the text; (3) Rulings contrary to the text.''[85]

Hartley menar att man genom ''reasonable interpretation'' kan placera

[81] Se Kapteyn och VerLoren van Themaat, Introduction to the Law of the European Communities 1990, s 170: "There are... certain limits to the Court's activities; these are linked to the special nature of community law and the judicial function as such."

[82] Ibid s 172.

[83] Ibid s 172: "Van Gerven even goes so far as to speak of legislative activity of the Court, adducing support for this view from the case-law on competetition in particular. He considers this justified as long as the content of the given rule corresponds to a balance of interests about which there is a consensus in broad societal circles."

[84] Weatherhill och Beaumont, EC Law 1993, s 157.

[85] Hartley 1996 s 96.

ett fall i den ena eller andra kategorin och hävda att ett avgörande är kontroversiellt eller bristfälligt justifierat.[86] Det subjektiva (ovetenskapliga?) inslaget i Hartleys metod (I-Know-It-When-I-See-It) gör att det blir omöjligt att få svar på i vilken grupp ett mål som exempelvis *Brasserie du pêcheur* skall placeras.

10.5.2 Ett rättspositivistiskt orienterat kritikförsök

Ett exempel på ett försök att finna en positivistisk plattform för intern kritik av EG-domstolens avgöranden är Joxerramon Bengoetxeas bok ''The Legal Reasoning of the European Court of Justice''. Bengoetxeas bok är en avhandling som författats under överinseende av den kände rättsteoretikern professor Neil MacCormick. Det är därmed inte överraskande att boken utgår från MacCormicks (och Weinbergers) variant av rättspositivistisk teori (Institutional legal positivism).[87] Mer överraskande är kanske konsekvenserna av teorin.[88]

Bengoetxea försöker rekonstruera EG-domstolens lagtolkning för att utarbeta en normativ teori för justifiering. Han utgår från de justifieringar i form av rättsliga skäl som EG-domstolen anger i sina avgöranden och försöker utifrån dessa presentera några riktlinjer utifrån vilka EG-domstolens praxis kan utvärderas.[89] Av metodologiskt intresse är att han samtidigt

[86] Ibid s 96.

[87] MacCormick och Weinberger, An Institutional Theory of Law 1986.

[88] Intressant i sammanhanget är att MacCormick vid ett seminarium i Lund hösten 1993 synes distansera sig från rättspositivismen och ansluta sig till de tankar som vid seminariet presenterades av tysken Robert Alexy vars idéer finns nedtecknade i *Begriff und Geltung des Rechts*. Alexys närmande till rättslig argumentation förenar brittisk/amerikansk analytisk moralfilosofi med Jürgen Habermas moralfilosofi som laborerar med senare europeiskt tänkande inom retorik och praktisk argumentation. Grundläggande för Alexys utgångspunkt är hans idé om att när vem som helst presenterar rättfärdigande skäl för något gör denne detta med ett anspråk på riktighet. Man kan inte med anspråk på att bli förstådd hävda följande: Jag har tänkt att göra A, och mitt skäl för att göra det är R, men R är inte ett gott eller riktigt skäl för att göra A. Jag kan i vart fall inte säga det och mena att jag rättfärdigat att göra A. Att presentera ett rättfärdigande skäl innebär således underförstått ett anspråk på dess riktighet. Detta grundläggande karaktäristika för all praktisk argumentation finner en speciell tillämpning i rättslig argumentation: att presentera rättfärdigande juridiska skäl för sina rättsliga beslut är att ge vad som nödvändigtvis avses med skäl som är juridiskt korrekta som underbyggnad till beslutet. Rättslig argumentation skall därför ses som ett specialfall av praktisk argumentation. Denna styrs av de övergripande villkoren för acceptabel argumentation som tillämpas i rationell praktisk diskurs; men även av speciella villkor tillämpliga på rätten som exempelvis respekten för olika rättskällor (lag, prejudikat etc.) och för traditionella rättsliga tolkningsmetoder (teleologisk, kontextuell etc.).

[89] Bengoetxea 1993 s 104.

framhåller det externa perspektivet:

> ''This approach can be complemented with more politico-logical approaches... [I] believe it is very interesting to study the reaction of the political environment to the Court's policy-making...''[90]

Jag har ovan framhållit att det externa perspektivet är *sociologiskt* och kan skiljas från det interna perspektivet som är det *rättsliga*. Vilket perspektiv väljer då Bengoetxea?

Bengoetxea beskriver två analysnivåer för judiciellt beslutsfattande, dels vad han kallar förklaringsnivån (the level of explanation) och dels justifieringsnivån (the level of justification).[91] Analysnivåerna kan vidare ge näring åt varandra:

> ''In order to explain judicial decision-making the requirements of justification of judicial decisions have to be taken into account, and the process of justification can be better understood when certain factors of the context of explanation are taken into account.''[92]

Han tillstår att de metodologiska problemen på förklaringsnivån kan hänföras till faktorer som personliga värderingars betydelse i det judiciella beslutsfattandet.

Analysnivåerna opererar enligt Bengoetxea huvudsakligen i olika kontext.[93] Förklaringskontexten inbegriper de faktorer som

> ''... actually led to the decision as it was reached at a given point in space and time and to the real process whereby the decision was reached.''[94]

Motiveringen av domstolens avgöranden kan enligt Bengoetxea relateras till

> ''... the psychological process and includes the set of factors that motivates a judge or a court to take a particular decision.''[95]

En analysnivå som på detta vis orienteras mot att fastställa *orsakerna* till varför domaren har företagit ett val kan skiljas från en undersökning (som den förevarande) som utgår från den rättsliga *grunden* till domarens avgörande. Relationen mellan orsak och avgörande (verkan) är en empirisk

[90] Ibid.
[91] Ibid s 112.
[92] Ibid s 112 f.
[93] Ibid s 112 f.
[94] Ibid s 114.
[95] Ibid s 115.

fråga, medan relationen mellan skäl och avgörande är en normativ fråga. Bengoetxeas förklaringskontext synes vara empiriskt orienterad och kan därmed inte tjäna som utgångspunkt för kritik av EG-domstolens rättsliga argumentation.

EG-domstolens avgöranden kan istället enligt Bengoetxea *förklaras* utifrån empiriska faktorer, som exempelvis domarnas motivation, humör, personlighet, karaktär sociala och kulturella bakgrund, ideologi, kön etc, men även av vad Bengoetxea kallar sociala faktorer som han definierar som

> ''... the roles the decision-making organs are expected to play as social institutions [and the] normative expectations of the audience.''[96]

I motsats till förklaringskontexten finner vi justifieringskontexten som refererar

> ''... to the logical process whereby a decision can be tested or justified according to certain criteria as to what constitutes a proper justification.''[97]

Bengoetxea antyder här en normativ teori för kritik eftersom han anser att en domare inte kan justifiera ett avgörande på ett sätt som

> ''... ignores valid law or openly contradicts it because in such cases that decision would not be formally adjusted to law and could be repealed. The judge or the court might think the decision to be substantively just according to some axiological system they may adhere to, but if the decision does not adjust to the valid existing positive law in a general way at least (in the sense that certain epistemic rules of justificatory reasoning have been followed), then the decision will not be legally valid, correct (richtig), or acceptable.''[98]

Trots denna antydning är boken i stort sett fri från kritik av EG-domstolens praxis. Ett talande exempel är hans slutsatser rörande de ovan av Hartley hårt kritiserade parlamentsfallen:

> ''The Court is reshaping the law of the Treaties and reinterpreting its own case-law in the best possible light. The Court is constitutionalizing the Treaty by having recourse to and developing the principle of institutional balance of the EC and of the necessary legal protection which is an essential aspect of the rule of law.''[99]

Närmare kritik än så kommer inte Bengoetxea. I nästa mening följer i stället ett berömmande av EG-domstolen från ett externt perspektiv:

[96] Ibid.
[97] Ibid s 116.
[98] Ibid s 117.
[99] Ibid s 111.

> ''But the Court is also sensitive to a public opinion concerned about the democratic deficit of the EC and is taking Parliament's role seriously. It is also taking into account the reactions of some of its audiences... and masterfully striking a difficult balance between a political decision which it is not competent to take and a previous ruling which is too bold and unimaginative to work as a precedent.''[100]

Bengoetxeas utgångspunkter berövar honom helt enkelt möjlighet att rikta kritik. Hans normativa justifieringsteori vilar på en beskrivande premiss.

Bengoetxea utgår från de justifieringar och argument som domstolen faktiskt presenterar. I det avseendet finns likheter med förevarande undersöknings utgångspunkter. I detta sammanhang kan man ställa frågan i vilken utsträckning kritik kan framföras mot EG-domstolens praxis utan referens till ett kriterium som är externt i förhållande till denna praxis. Det är en sak att hävda att en viss typ av justifiering är erkänd och använd av domstolen. Det är en helt annan sak att hävda att den justifiering som presenterats är tillräcklig och att resultatet verkligen är justifierat.

Bengoetxea sammanfattar sin bok genom att förskjuta två kriterier som skulle kunna utgöra grunden för normativ justifiering vid sidan av EG-domstolens egen praxis.

Det första kriteriet är det som framhåller att ''goda'' skäl är

> ''... those which achieve acceptability, i.e. those reasons that persuade a given audience or, at least, do not provoke a negative response from the relevant legal and political environment.''[101]

Trots att Bengoetxea tidigare berömt EG-domstolens för att ha använt politisk fingertoppskänsla i parlamentsfallen, avfärdas detta kriterium eftersom det

> ''... makes the practice of decision-making dependent on persuasive success.''[102]

Det andra kriteriet relateras till vad som kan anses som moraliskt godtagbart.[103] Bengoetxea avfärdar detta kriterium på filosofisk grund:

> ''But the problem remains: what are 'just' reasons? Unless one holds a cognitivist standpoint one cannot give a definite answer. I hold a non-cognitivist stand-

[100] Ibid.
[101] Ibid s 271.
[102] Ibid s 271.
[103] Ibid s 272.

> point on axiological matters: it is not possible to know with certainty and in absolute terms what are 'good' or 'just' reasons. One could, at the most, try to explain which reasons are considered 'good' in a given culture and in a given society. But even then one has to be extremely careful because modern societies are pluralistic: different philosophical traditions coexist in open societies. One could, perhaps, argue that this or that legal order embodies this or that politico-philosophical tradition, but, in my submission, even that would be problematic.''[104]

Bengoetxea intar således en non-kognitivistisk hållning i värdefrågor (utsagorna är meningsfulla men deras mening är av sådan art att de inte kan användas för att framställa påståenden om sanning eller falskhet) och menar att det helt enkelt inte går att veta med säkerhet vad som är goda eller riktiga skäl. Problemet med denna hållning är att den med Bengoetxeas metodologi för med sig att han endast *beskriver* eller, för att använda hans egen terminologi, *rekonstruerar* EG-domstolens juridiska argumentation. Denna övning skulle i och för sig kunna inbegripa en prövning av hållbarheten av EG-domstolens argumentation utifrån logiska kriterier, dvs det föreligger en logisk relation mellan premisser och slutsatser. Men Bengoetxea undviker att uttala sig om argumentationens giltighet. Den kunskapsteoretiska hållningen för vidare, och kanske mindre förvånande, med sig att Bengoetxea inte ifrågasätter premissernas giltighet.

Bengoetxeas slutsats blir att man i princip inte kan ställa några normativa anspråk på EG-domstolens justifieringspraxis. Det finns ingen möjlighet till normativ kritik. Allt som återstår för rättsvetenskapen blir att rekonstruera rationella förklaringar av EG-domstolens egen justifieringspraxis.

10.5.3 Rättsrealistiskt orienterad kritik – Rasmussens *On Law and Policy in the European Court of Justice*

En av EG-domstolens skarpaste kritiker, professor Hjalte Rasmussen, skulle säkerligen avfärda Bengoetxeas undersökning enligt följande:

> ''... needless to say, it is not possible to turn to the European Court [itself] for an authorative answer to our question about a normative theory [of interpretation]. This follows because it is precisely the European Court's interpretative handling of its business that has led to our present activism-investigations. To turn to the European Court would, indeed, amount to little more than to entrust the guardianship of cabbage to goats.''[105]

[104] Ibid.
[105] Rasmussen 1988 s 35.

År 1986 publicerade Rasmussen avhandlingen *On Law and Policy in the European Court of Justice*. Verket kan betraktas som det hittills skarpaste angreppet på EG-domstolen och dess rättsskapande verksamhet. Rasmussen anklagade domstolen för att

> ''... defiant of much European tradition...'' [engagerat sig i] ''... deep involvements in making choices between competing public policies for which the available sources of law did not offer... judicially applicable guidelines. In the absence thereof, the Court turned to the essentially political guidelines contained in the Preamble... [and in doing so] transgressed the borderline to... [proper] judicial function.''[106]

Rasmussens kritik är rättsrealistiskt orienterad i så motto att den tar avstånd från idén om rättstillämpningen som mekanisk och att rättens innehåll alltid är villkorat av uttolkarens subjektivitet.[107] Rasmussen framhöll senare att en *rättslig* normativ tolkningsteori är omöjlig att utveckla inom EG-rätten eftersom någon konsensus om grundläggande ideologi inte existerar. Istället cirkulerar en mängd ideologier och tolkningsteorier och

> ''... no single one of this multitude of activism-tests... may at the present stage of development of Community law, be fused or elevated to normative prominence.''[108]

Eftersom ''activism'' inte endast kan mätas genom referens till trogenhet till de juridiska texternas meningsinnehåll, vänder sig Rasmussen till en sociologisk måttstock som mäter aktivism genom det positiva eller negativa mottagandet av domstolens avgöranden hos den politiska omgivningen.[109]

10.5.3.1 Kritik av Rasmussen

I en recension år 1987 utsatte Joseph Weiler Rasmussens avhandling för hård kritik.[110] Hårdast utsatta blev Rasmussens metodologiska och teoretiska utgångspunkter.

Enligt Weiler[111] är Rasmussens utgångspunkt att EG-domstolen underblåser en illvillig myt som får parterna att tro att domarna i EG-domstolen är

[106] Rasmussen 1986 s 508.
[107] Ibid s 25.
[108] Ibid s 35.
[109] Ibid s 7.
[110] Weiler, The Court of Justice on Trial, CML Rev 1987 s 555 ff.
[111] Ibid s 559 f.

> ''... essentially passive, as if they [in excersising their judicial function] were merely detecting the existing laws of the Treaties... [and to belive] that the juridical universe consists solely of occasionally complex, difficult, and obscure legal rules which, however, the ablest lawyers following a concentrated and initiated effort, are capable of predicting with a reasonable degree of certainty.''[112]

Myten är inte bara illvillig eller skadlig för att den hindrar sakförare att argumentera effektivt. Det finns djupare skäl. Den tillåter domstolen att övertyga parterna om sin egen teleologi som varande

> ''...a legal inevitability and not the outcome of a continuous policy process''.[113]

Är då EG-domstolens policy-making förkastlig i sig? Rasmussen fördömer inte domstolens aktivism i sig, utan menar att det finns tillåten och otillåten aktivism. Huvudproblemet blir således att skilja det tillåtna från det otillåtna. För att bestämma gränserna för EG-domstolens tillåtna dynamiska lagtolkning skapar Rasmussen ett dubbelt test. Testet är tänkt att utvärdera den dynamiska lagtolkningens legitimitet. Han bygger det på tre olika situationer av lagtolkning.

Den första situationen präglas av att bestämmelsen ger domaren ett betydande tolkningsutrymme. Två exempel på denna situation är EG-domstolens tolkning av ''... charges having equivalent effect'' i artikel 12 EG och ''... measures having equivalent effect'' i artikel 30 EG. Här har domstolen att tolka allmänt hållna bestämmelser mot bakgrund av i målet presenterade fakta. Rasmussen menar att detta är fullt legitimt eftersom EG-domstolens

> ''... interpretation remains within the textual limitations established by the language of Article 30... Facing two incongruent definitions of the scope of Article 30's prohibition, the Court chose the one which the Treaty's spirit of integration inspired it to. And that seems to me, juridically, perfectly justifiable.''[114]

I den första situationen är den dynamiska lagtolkningen legitim medan den andra situationen är mer suspekt. Den präglas av att fördraget är tyst vad gäller viktiga rättsfrågor. Ett exempel är utvecklandet av doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell lagstiftning.[115] I dessa situationer är viss aktivism (gap-filling) legitim annan inte. Den tredje lagtolkningssitua-

[112] Rasmussen 1986 s 36.
[113] Ibid s 36.
[114] Ibid s 26 f.
[115] Se ovan avsnitt 4.6.

tionen präglas av att EG-domstolen väljer en tolkning som står i strid med texten i fördraget. Rasmussen själv väljer som exempel bland annat målen Reyners och Defrenne II. I *Defrenne*[116] uttalade EG-domstolen att artikel 119 om lika lön för män och kvinnor hade horisontell direkt effekt trots att artikel 119 inte indikerade uttryckligt stöd för detta. Andra exempel som kan hänföras till denna grupp, men som av tidsskäl inte finns i Rasmussens avhandling, är målet *Les Verts* från 1986 där EG-domstolen gav Parlamentet sk. passiv talerätt och målet *Chernobyl* från 1988 som skapade en möjlighet att initiera normprövning av rättsakter.[117] Trots att Parlamentet inte omnämns i artikel 173 EG menade EG-domstolen att rättsstaten krävde att Parlamentets rättsakter kunde angripas genom normprövning. Allt förutsatt att rättsakterna låg inom parlamentets prerogativ. EG-domstolen gick här uttryckligen mot politiskt konsensus hos medlemsstaterna som hade avstått från fördragsrevision trots att frågan varit aktuell. Detsamma gällde för Parlamentets möjligheter att angripa rättsakter.[118] Weiler kritiserar Ramussens trikotomi för att ge en orealistisk och förenklad bild av lagtolkningen. Han menar att all lagtolkning är utfyllnad av normer. För det andra så saknas en måttstock för vad som är tillåten och otillåten normutfyllnad i situation två. I situation tre saknas en tolkningsteori som kan användas för att utröna betydelsen av texten i den artikel som lagtolkningen i situation tre ignorerar.[119] Weiler sammanfattar:

> ''The big dilemma in all these cases will be to determine, according to some theory of interpretation, what if anything the text truly requires and then to assess whether the Court followed this.''[120]

Weilers kritik är berättigad. Rasmussen borde tagit större hänsyn till det

[116] Mål 43/75 [1976] ECR 455 p 39.
[117] Mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1339 och mål C-70/88 Parliament v Council [1990] ECR 2067.
[118] Rasmussen diskuterar målen senare i, Towards a Normative Theory of Interpretation 1993.
[119] Weiler 1987 s 561 ff.
[120] Ibid s 562.

centrala i att arbeta fram en mer nyanserad typologi.[121]

Jag bortser vidare från att kommentera den subjektiva måttstock som Rasmussen benämner ''jag-känner-igen-aktivism-när-jag-ser-den''. I likhet med Weiler finner jag att denna kan avfärdas som ointressant i sammanhanget. Vad som är acceptabel aktivism för Rasmussen och Weiler kan ju vara oacceptabel i mina ögon. Måttstockens subjektivitet diskvalificerar den från att användas för annat än som ett kompletterande test.[122]

Allt hänger därmed på Rasmussens andra analysnivå. Rasmussens centrala analysnivå som

> ''... is achieved by focusing on institutionalized responses to individual activist judgments, or groups of judgments. This approach elevates the [analysis] to a more or less objective level of analysis... In terms of methodology, the student of European judicial activism has, indeed, no choice but *to monitor carefully the responses to activism offered by the Court's political as well as legal, social and economic environments.*''[123]

Weiler riktar sin hårdaste kritik mot att Rasmussen klamrar sig fast vid denna typ av test av den dynamiska lagtolkningens legitimitet. Han menar att Rasmussens metodologiska val får fatala teoretiska konsekvenser. Weiler anser att analyser av juridiskt beslutsfattande antingen kan ske med utgångspunkt från sociologisk respons eller utifrån ett rättsligt kriterium. Och eftersom Rasmussen enligt Weiler

> ''... rejects [the legal criteria] as personal, subjective and lacking in objective

[121] Följande utgångspunkter är enligt min mening lämpliga. Vi kan distingera rättsliga normer i två dimensioner: dimensionen av relativ bestämbarhet/obestämbarhet (B/O), samt av relativ specialitet/generalitet (S/G). S/G av en norm är naturligtvis en gradfråga beroende på i hur många sammanhang normen är relevant. B/O är också en gradfråga då det här är frågan om preciseringen av den ledning normen ger i den kontext den är relevant. G och O får emellertid inte sammanblandas. En relativt generell norm kan vara bestämbar (du skall inte ljuga), medan en relativt speciell befallning kan vara relativt obestämbar (du skall inte ljuga för din fru om du inte har goda skäl för det). Generalitet och obestämbarhet går i och för sig ofta hand i hand. Detta beror på att ju större antal av sammanhang till vilka normen är adresserad, desto större är sannolikheten för att normens normativa ledning (specialitet) i dessa sammanhang är låg. På samma sätt följer specialitet och bestämbarhet varandra. Ju färre sammanhang som normen är adresserad till, desto större är sannolikheten för att den ledning normen ger har en hög grad av specialitet. Därmed kan vi överväga en indelning av normer i fyra grupper:

1. Bestämda normer med en hög grad av specialitet.
2. Bestämda generella normer.
3. Obestämda normer med en viss grad av specialitet.
4. Obestämda normer med en viss grad av generalitet.

[122] Jmfr här den kritik som relaterats i avsnitt 10.5.1.

[123] Rasmussen 1986 s 7 (förf kurs).

normative validity''[124]

hamnar han i en teoretisk position bortom amerikanska Critical Legal Studies[125] som postulerar juridikens motsägelsefullhet och obestämbarhet (no outcome of judicial process is legally required).[126] Weiler menar att det inte är nödvändigt

> ''... to jump from a rejection of legal formalism (mechanical jurisprudence) to total indeterminacy.''[127]

I avsaknad av ett rättsligt kriterium för värdering av EG-domstolens praxis har Rasmussens kritik begränsat värde. Detta är enligt Weiler beklagligt

> ''... since my own view is that decisions of the Court of Justice are susceptible to objective legal evaluation...''[128]

Weiler presenterar nu själv inget alternativt kriterium i sin recension utan hänvisar till andra arbeten.[129] I dessa återfinns emellertid ingen genomarbetad *normativ tolkningsteori* för EG-rätten.

I sammanhanget bör det framhållas att deskriptiva lagtolkningsprinciper knappast ger domarna i EG-domstolen någon vägledning hur de skall döma. De fungerar vidare mer eller mindre väl som förklaringar av hur domarna avgjorde målet. Domarna i EG-domstolen åberopar sällan tolkningsprinciper i sina avgöranden.[130] Det är i första hand rättsvetenskapsmän och andra akademiker som försöker använda lagtolkningsprinciper för att analysera domar. Enligt min mening kan tolkningsprinciper endast tjäna som en vagt preciserad hållpunkt vid beskrivningen av hur EG-domstolen handlar i olika mål. Denna typ av tolkningsprinciper kan säkerligen fylla

[124] Weiler 1987 s 567.

[125] CLS bygger på insikter hämtade från social och kritisk filosofi, litteraturteori. En förenklad ideologisk positionering säger att den amerikanska realismen sympatiserar med liberalismen medan CLS är mer en mer radikal inriktning. CLS försöker undvika "the crippling choice" mellan liberalism och marxism. Den amerikanska realismen gör en distinktion mellan juridik och politik. CLS anser att detta är omöjligt. Det existerar ingen distinkt modell för rättslig argumentering: "Law is politics." Rätten kan inte existera oberoende av ideologiska motsättningar inom samhället.

[126] För en elegant och avslöjande analys av rättstillämpningen se CLS lärofader Duncan Kennedys, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, JLE 1986 s 518.

[127] Weiler 1987 s 568.

[128] Weiler 1987 s 568.

[129] Se Weiler, Eurocracy and Distrust, Wash L Rev 1986 s 1103.

[130] Kutscher 1976 s 5 f. Jmfr emellertid uttalandet i *Brasserie du pêcheur* p 27 som diskuteras ovan i avsnitt 10.2.1.1.

deskriptiva och förklarande syften vid rekonstruktion av EG-domstolens justifieringspraxis.[131] De saknar emellertid normativitet och kan inte ligga till grund för kritik av rättspraxis. De saknar ett normativt kriterium som utgångspunkt för kritik.

Jag har tidigare hävdat[132] att rättsvetenskapliga bidrag som envetet hävdar den teleologiska tolkningsmetoden som universell justifieringsgrund för EG-domstolens rättspraxis om allt från medlemsstaternas skadeståndsansvar till EG-fördragets konstitutionella status ofta är teoretiskt bristfälliga, och därmed också vetenskapligt bristfälliga. Jag kan heller inte frigöra mig från misstanken att de styrs av en ideologisk uppfattning som idealiserar rätten och nedvärderar politikens betydelse vid förklaringen av auktoritet och normgivning inom EU.[133]

Rasmussen själv har senare pekat på problem som infinner sig vid utarbetandet av normativa tolkningsteorier.[134] En försvårande omständighet är rättsprincipernas styrfunktion i den dömande verksamheten. Ur rättsvetenskapsmannens synvinkel leder EG-rättens särdrag till att projekt som syftar till att utforma tolkningsteorier för EG-rätten är dömda att misslyckas.

Ytterligare försvårande karaktäristika kan vara: att EG-domstolens tolkning är ofta ändamålsbaserad och pragmatisk och lämpar sig illa för teoretisering; att EG från början skapades av ett antal suveräna stater med skilda statsrättsliga och demokratiska traditioner; att medlemsstaterna aldrig har haft en gemensam uppfattning om hur långt integrationen skall fortskrida[135]; att förarbeten i stort sett saknas som hjälpmedel vid lagtolkningen. Vidare är fördragen inte konsistenta utan uttrycker motstridiga målsättningar. Exempelvis finner man enligt Rasmussen motsägelser mellan preambeln och de operationella artiklarna av EG-fördraget.[136]

Rasmussen sluter sig till att tolkningsteorier som begränsar domarens tolkningsutrymme inte är empiriskt verifierbara och

> ''... are part and parcel of the realm of metaphysics..''[137]

Och eftersom vi inte har tillförlitliga data om hur domarens tankar intera-

[131] Se ovan avsnitt 10.5.2.
[132] Se avsnitt 3.5 ovan.
[133] Jmfr Raz, Ethics in the Public Domain 1995, s 319 f.
[134] Rasmussen, Between Self-restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court, EL Rev 1988 s 34 f och Towards a Normative Theory of Interpretation 1993.
[135] Rasmussen 1988 s 34.
[136] Ibid s 34.
[137] Ibid s 31.

gerar med de direktiv som kan härledas ur tolkningsmetoderna bör vi skifta fokus mot verifierbara element.[138] Han benämner sitt test av aktivismens legitimitet

> ''... legal-sociological in nature. It operates by way of careful and comprehensive collection of the known reactions to the European Court's jurisprudence given by society's countervailing powers.''[139]

10.5.3.2 Empiri och normativitet

Rasmussens empiriskt orienterade utgångspunkt kan förefalla neutral och möjliggöra konstruktionen av ett godtagbart ''vetenskapligt'' test för att påvisa illegitim aktivism. Men genom att endast studera omgivningens reaktioner är det svårt att uttala sig om i vilken utsträckning judiciella avgöranden är legitima eller illegitima. Genom att utgå från ett empiriskt material som kan kvalificeras i termer av antingen positiva eller negativa reaktioner på EG-domstolens avgöranden kommer man bara en bit på väg. Denna typ av empiriskt material kan endast utgöra en delförklaring i en förklaringskedja som syftar till att påvisa legitim och illegitim aktivism. Normativiteten i testet måste härledas från annat håll.

För Rasmussen införlivas den normativa komponenten genom att fokusera på frågan om EG-domstolens legitimitet. Denna legitimitet kan emellertid äventyras om domstolen ägnar sig åt illegitim aktivism. Rasmussens intresse för EG-domstolens legitimitet avslöjar ett viktigt grundläggande ideal. Han vill att EG-domstolen skall vara effektiv och spela en betydelsefull roll för utvecklingen av gemenskapen. Denna roll skulle gå förlorad om domstolen överträdde det tolkningsutrymme som omgivningen finner acceptabelt. Men vad kan domstolen företa inom ramen för sitt tolkningsutrymme? Skall den främja allmän politisk integration eller inrikta sig på skyddet av individens rättigheter?

Det märkliga är att Rasmussen inte presenterar en teori om vad domstolen bör och inte bör göra inom ramen för det tolkningsutrymme som bestäms av omgivningens reaktioner. För Rasmussen synes den normativa måttstocken sammanfalla med omgivningens reaktioner. Man får därför intrycket av att det enligt Rasmussen inte finns något annat kriterium för domstolens legitimitet än den sociopolitiska omgivningens toleransnivå. Cappelletti kritiserar denna brist:

[138] Ibid s 31 f.
[139] Ibid s 35 f.

> ''It should be noted that if we adopt Rasmussen's theory that 'acceptance by the countervailing powers' is the criterion for deciding whether judicial activism is 'legitimate'... then the paradoxical conclusion is that judicial review reaches its apex of illegitimacy in oppressive regimes, in which the political power regularly finds any systems of judicial review that are purely nominal and fully subservient to be so unacceptable as to require their abolition...''[140]

Undersökningar som går ut på att empiriskt fastställa reaktioner på domstolars avgöranden och sedan försöka etablera ett samband mellan reaktion och avgörande inrymmer en metodologisk spänning. En undersökning som Rasmussens som orienteras mot att fastställa *orsakerna* till varför domaren har företagit ett val distanserar sig medvetet från den rättsliga *grunden* till valet.

I Rasmussens undersökning (andra analysnivån) synes rättskällorna ha betydelse som faktorer som faktiskt föreligger som *orsaker* till domarens val i oklara fall. Detta synes enligt min mening vara att betrakta som en *deskriptiv* fråga i det att svaret kan sökas genom socialpsykologiska undersökningar av domarens bevekelsegrunder. Denna fråga får inte sammanblandas med frågan om rättskällornas normativa funktion som begränsning av tolkningsutrymmet. En väg ut kan här vara att företa normativa undersökningar av de överväganden som formuleras av EG-domstolen. Rasmussen synes i detta sammanhang sammanblanda det deskriptiva (orsak-verkan relationen) med den normativa frågan om rättsreglernas verkan som begränsningsfaktorer för tolkningsutrymmet.

Att domstolar inte har obegränsad makt att fullfölja sina politiska målsättningar är närmast en självklarhet. Och även om det är fruktbart för förståelsen av judiciellt beteende och den judiciella institutionens karaktär att försöka fastställa tolkningsutrymmets politiska gränser, kvarstår ändå frågan om det existerar några gränser för vad en domstol är juridiskt förpliktad att göra och vad en domstol politiskt sett kan komma undan med. Problemet med Rasmussens undersökning är att samtidigt som han i princip anser det omöjligt att utföra en juridiskt normativt orienterad undersökning som med rättsnormer som grund försöker etablera gränser för det legitima tolkningsutrymmet, avstår han från att föra in ett normativt element i sin sociologiska måttstock.

Men Rasmussens syfte är normativt orienterat. Hans rättsteoretiska programförklaring upplevs därför som något förbryllande:

> ''The legal-theoretical foundation of the present study obviously is legal realism.

[140] Cappelletti, The Judicial Process in Comparative perspective 1989, s 389.

> The author is, in this respect, particulary indebted to the famous Scandinavian realist *Alf Ross*, cf. especially his book, On Law and Justice... An impact study like the present operates, however, in a methodological framework somewhat broader than that of legal realism..."[141]

Det finns enligt min mening skäl att diskutera i vilken utsträckning Rasmussen utgått från Ross.[142]

En rättsvetenskaplig utsaga har enligt Ross ett deskriptivt meningsinnehåll. Utsagan kan inte karaktäriseras som analytisk eftersom den inte säger någonting om verkligheten. Ross skiljelinje mellan rättspraxis och rättsvetenskap grundar sig på tanken om domens pragmatiska karaktär. En dom innehåller ett irrationellt "språng" från argumentation till slutsats. Domar vilar inte på rättsvetenskaplig grund utan är uttryck för en prioritering av premisser eller rationella grunder som kan leda till olika resultat. Den juridiska argumentationen är endast ett mer eller mindre godtyckligt medel för att rättfärdiga slutsatsen i det konkreta fallet.[143]

Ross definition av *gällande rätt* vilar på hypoteser om domarens själsliv. Gällande rätt kan därmed inte konstateras utifrån en yttre iakttagelse av regelmässigheten i domarens reaktioner.

Om Ross rättsteori skulle läggas till grund för ett rättsvetenskapligt arbete som Rasmussens innebär detta att han endast kan behandla EG-rättens rättsnormer vetenskapligt genom påståenden om EG-domarnas faktiska föreställningar om vad som är giltiga rättsnormer. Undersökningen skulle därmed bli deskriptivt orienterad.

Rasmussens undersökning skulle med Ross teori inte beskriva normernas meningsinnehåll utan de faktorer som kausalt påverkar domarna. Det skulle därmed bli en undersökning som bygger på en lära om normer förstådda som påståenden om en faktisk regelmässighet i domaren handlande, och inte en lära om normer som skall förstås som påståenden om reglernas meningsinnehåll. Domarens rättstillämpning kan därmed ses som en respons på stimuli. Stimulit uppträder i detta sammanhang i form av direktiv till domaren.[144]

Det som i Ross teori är ett empiriskt orsak-verkan förhållande blir i Rasmussens teori en empiriskt konstruerad sociologisk normativ måttstock för mätning av judiciell aktivism. Vad som för Ross är deskriptivt blir för

[141] Rasmussen 1986 s 47 fotnot 3.
[142] Ross rättsteori har behandlats ovan i avsnitt 2.5.5.1.
[143] Peczenik 1983 s 49 f.
[144] Bjarup, Retsanvendelse, kundskab og vurdering, Festskrift till Eckhoff 1986, s 146 f.

Rasmussen normativt.

10.5.3.3 Rasmussen och frågan om rättens objektivitetsanspråk

Rasmussens undersökning utgår från en metodologisk och teoretisk position som i princip underkänner det vetenskapliga värdet av undersökningar som strävar efter att finna rättsliga kriterier för att bestämma gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Den logiska konsekvensen av denna hållning blir att frånkänna rätten någon form av objektiv normativ giltighet. Det finns enligt min mening skäl att närmare analysera denna fundamentala premiss eftersom den har viss betydelse för förståelsen av Weilers kritik av Rasmussen.

Som Weiler antydde i sin recension kan Rasmussens ståndpunkt relateras till vissa företrädare av den amerikanska rättsrealismen och dess kritiska utlöpare, Critical Legal Studies-rörelsen (CLS). CLS grundades delvis som en reaktion mot en alltför empiriskt-behavioristisk dataorienterad forskningsinriktning. CLS var mer intresserade av teori och filosofi än av vetenskap.[145]

I likhet med traditionella jurister var CLS-juristerna besatta av rättslig argumentation och rättstillämpning i judiciella organ.[146] De förenades i förkastandet av den motsägelsefria och bestämbara rationaliteten i den rättsliga argumentationen. Rätten är förklädd politik och kan inte generera motsägelsefria resultat i konkreta fall. Med Hutchinson och Monahan:

> ''Law is not so much a rational enterprise as a vast exercise in rationalization. Legal doctrine can be manipulated to justify an almost infinite spectrum of possible outcomes... [L]egal doctrine is nothing more than a sophisticated vocabulary and repertoire of manipulative techniques for categorizing, describing, organizing and comparing; it is *not* a methodology for reaching substantive outcomes.''[147]

CLS-jurister når denna ståndpunkt genom avancerade teoretiska dekonstruktioner av rätten som avslöjar att rätten vilar på motstridiga och ofören-

[145] Hutchinson och Monahan, Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, Stanford L Rev 1984 s 200.

[146] Trots att orienteringen mot rättstillämpningen kan ses som en gemensam nämnare hos många CLS-jurister förekommer en mängd olika förhållningssätt och inriktningar inom CLS-rörelsen.

[147] Hutchinson och Monahan 1984 s 206 (förf kurs).

liga liberala intressen.[148]

Rasmussen når emellertid sin ståndpunkt utan djupare teoretiska övningar, vilket Weiler noterar:

> ''In the case of Rasmussen there is no rigorous analysis by which this conclusion is reached. He does not seriously scrutinise or examine possible interpretative theories which must then be rejected. The indeterminate premise is implicit as a *postulate*, perhaps even an unintended one.''[149]

Jag tror att Weiler har en poäng när han misstänker att Rasmussens ståndpunkt är oavsiktlig. Rasmussens *postulat* om rättens bristande objektivitet är sannolikt snarare en konsekvens av hans metodologiska utgångspunkter än en medveten teoretisk ståndpunkt. Rasmussen erkänner trots allt distinktionen mellan juridik och politik, rätt och moral. Hans syn på frågan om domstolens legitimitet vilar på att det existerar en rättslig sfär inom vilken domstolens aktivism utgör ''proper judicial behaviour''. Dikotomin juridik-politik är helt enkelt nödvändig för Rasmussens justifiering av domstolens roll inom den liberala rättsstaten, till vilken han betygar sin lojalitet.[150]

10.5.4 Joseph Weiler

10.5.4.1 Från legalism till kontextualism

Weilers metodologi och teori kan i allmänna drag karaktäriseras som ett svar på rättsrealismens och CLS-juristernas angrepp på rättens objektivitetsanspråk. I recensionen av Rasmussens avhandling efterlyser Weiler en rättslig måttstock för utvärdering av EG-domstolens rättspraxis och distanserar sig från den rättsrealistiska idén om rättens obestämbarhet och bristande objektivitet:

> ''I believe that in its extreme form [the indeterminate premise] is simply wrong... [t]he most interesting and delicate aspects of interpretative theories are those which address the issue of defining determinacy and indeterminacy, of separating easy cases from hard cases, and trying to indicate principled judicial

[148] Se exempelvis Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, Buffalo L Rev 1979 s 205 ff.

[149] Weiler 1987 s 567 (förf kurs).

[150] Se exempelvis Rasmussen 1986 s 28 ff och 35, och särskilt hans val att citera Ross (On Law and Justice 1958 s 281): "Objective regularity, as opposed to subjective arbitrariness, is experienced as a value in itself. This idea is expressed in the old English maxim that the Community shall be based upon the rule of law, not of man."

behaviour in the latter situations... [m]y own view is that decisions of the Court of Justice are susceptible to objective legal evaluation..."[151]

Weiler antar emellertid själv inte omedelbart den utmaning som ligger i att utforma en normativ tolkningsteori för EG-rätten. Hans arbeten orienteras istället mot analyser av EG-rätten i dess politiska och kulturella kontext. I artikeln *The Transformation of Europe* från 1991 hävdar Weiler att han vill erbjuda

"..synthesis and analysis... in the tradition of the 'pure theory of law' with the riders that 'law' encompasses a discourse that is much wider than doctrine and norms and that the very dichtonomy of law and politics is questionable [and]... analyze the Community constitutional order with particular regard to its living political matrix; the interactions between norms and norm-making, constitution and institutions, principles and practice.."[152]

Weiler menar vidare att hans bidrag till rättsvetenskapen inte kan ha anspråk på att vara, eller säga någonting om, annat än en mindre del av ett mer omfattande skeende, något om rättens roll i dess politiska kontext.[153]

Trots att Weiler kritiserat Rasmussens statsvetenskapliga metod och teoriram tillstår han att:

"There is more than one way towards an appreciation of the role of the Court of Justice and of judicial process in the evolution of the Community and European integration."[154]

Weiler föreslår därefter en metodologisk och teoretisk ram som påminner om den Rasmussen presenterade i sin avhandling.

"What...I do want to write about is the *reception* of the doctrine, and especially the reception of the self-positioning of the Court implicit in the doctrine, by the actors in the Community system. I am adopting a perspective in which courts are but one actor – more or less priviliged – in a broad interpretative community... and in which the Court's role is understood not simply by what it says but by how (and why) it is received by others... The position of the Court... is not...a-matter of legal determination and then logical deduction from the doctrine but a matter of empirical observation and social and political explanation. Here one must go beyond the self-referential legal universe..."[155]

[151] Weiler 1987 s 567 f.
[152] Weiler 1991 s 2409.
[153] Ibid.
[154] Weiler, Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, JCMS 1993 s 418.
[155] Ibid s 419.

Den kontextuella ansatsen aktualiserar en hel del vetenskapliga problem. Problemen beror till stor del på att förbindelsen mellan det politiska beslutsfattandet i de politiska instanserna och det rättsliga beslutsfattandet (rättstillämpning) i framförallt EG-domstolen är komplicerad. Varken statsvetenskap eller rättsvetenskap erbjuder ändamålsenliga metodologiska och teoretiska verktyg för utvinnande av säker kunskap om kopplingen mellan politiken och rätten. Forskaren kan inför dessa problem knappast ha några andra ambitioner än att förklara en liten del av en större närmast ofantlig verklighet.[156]

Kan överhuvudtaget historien om EG-domstolens konstitutionalisering av fördragen beskrivas objektivt? Kan vi förstå domstolens beteende endast som en reaktion på dess politiska omgivning?

Den metodologiska ansats Weiler förespråkar präglas av att sätta *rätten* i ett vidare sammanhang. Osäkerheten om vad ett kontextuellt perspektiv genererar för resultat är emellertid stor. Burley och Mattli utfärdar följande erinran med adress Weiler:

> ''A few legal scholars recently have extended their analytic focus and proposed to substitute a law-politics duality for the 'rule of law'. They endeavor to analyse the reciprocal relationship between the legal and political spheres in European integration. These approaches suffer generally from two problems: first, the nature of the relationship is often fuzzy and claims of cause and effect are qualified so as to be rendered almost empty. Second, the incentives for action are not spelled out.''[157]

Problemet med att etablera orsakssamband mellan förändringar i rättsliga och sociala samhällsformer är enligt Burley och Mattli stora. Enligt Gordon är sambanden

> ''... radically underdetermined: Comparable social conditions (both within the same and across different societies) have generated contrary legal responses, and comparable legal forms have produced contrary social effects... If a society's law can't be understood as an objective response to objective historical processes, neither can it be understood as a neutral technology adapted to the needs of that particular society. Legal forms and practices are political products that arise from the struggles of conflicting social groups that possess very disparate resources of wealth, power, status, knowledge, access to armed force, and organizational capacity.''[158]

[156] Weiler 1991.
[157] Burley och Mattli, Europe Before the Court, International Organization 1993, s 46.
[158] Gordon, Critical Legal Histories, Stan L Rev 1984 s 101.

10.5.4.2 Empiri och normativitet

I två centrala artiklar[159] försöker Weiler förklara gemenskapens utveckling genom att etablera en förbindelse mellan politiska och juridiska beslutsprocesser. Weiler påvisar att samtidigt som EG-rätten genomgick en dynamisk utveckling och skapade konstitutionella strukturer, så genomgick gemenskapen politiska kriser. Denna strukturella egenhet (eller paradox) aktualiserar den politiska utvecklingens betydelse för EG-domstolens tolkningsutrymme vid kompetensfördelning mellan gemenskapen och medlemsstaterna.

Weiler framhåller vikten av att inte karaktärisera den rådande kompetensfördelningen som en soloprestation utförd av EG-domstolen. Den rättsliga och konstitutionella strukturella förändringen av gemenskapen måste enligt Weiler förklaras utifrån samspelet mellan gemenskapens politiska och judiciella processer. Weilers undersökningar domineras därmed inte överraskande av empiriska etableringar av orsak-verkan relationer mellan juridiska och politiska processer.[160] Resultatet blir realpolitiska *beskrivningar* av gemenskapens utveckling.[161]

Weilers metod och teori öppnar sig därmed för samma typ av kritik som jag riktade mot Rasmussens försök att etablera en orsak-verkan relation mellan EG-domstolens avgöranden och omgivningens reaktioner. I Weilers beskrivningar uppträder rättsnormerna som *orsaker* till politiskt handlande. För att Weiler skall kunna utföra en kritisk utvärdering av EG-domstolens rättspraxis krävs ett normativt kriterium.

[159] The Community System. The Dual Character of Supranationalism, YEL 1981 s 267, och The Transformation of Europe, Yale L J 1991 s 2403.

[160] Weiler 1991.

[161] Allot (Yale L J 1991 s 2485 ff) diskuterar Weilers purism eller *objektivitetsanspråk* och relaterar det till ett *internt* och *externt* perspektiv. Allot menar att politisk filosofi är en fenomenologi, inte en vetenskap. Ett fenomen i den fysiska världen är en händelse som kräver en förklaring. Man föreställer sig vidare att händelsen är någonting annat än förklaringen. Men när uppgiften består i att förklara politiskt beteende ökar problematiken trefalt. För det första innehåller det som skall förklaras en mängd idéer som en integrerad del av sin funktion. Förklaringen blir därmed en mängd idéer om en mängd idéer. För det andra, det politiska fenomen vi studerar studeras även av dem som deltar i det genom politiskt handlande. I deras handlande ingår att föra fram sin egen idé om sitt eget handlande. Detta leder oss till den politiska filosofens gyllene regel: vi måste förkasta varje förklaring av politiskt handlande som de politiska aktörerna själva accepterar, eftersom deras idéer ingår som en integrerad del i det vi försöker förklara. För det tredje, att filosofera är att agera socialt. Själva filosoferandet blir därmed i sig självt politiskt handlande. Vi kan alltså inte undvika att själva spela en roll i den process vi studerar. Allot menar att när vi filosofiskt försöker förklara en mängd politiska fenomen som gemenskapens konstitutionella utveckling eller förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt i ett visst avse-

10.5.4.3 Mot en normativ tolkningsteori för EG-rätten

Weiler synes i likhet med rättsrealisterna framhålla lagtolkningens politiska karaktär och menar att tolkningsutrymmet begränsas av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Han har särskilt intresserat sig för det sociokulturella förhållandet mellan EG-domstolen och nationella dom-

ende finner vi oss snart fångade i ett hermeneutiskt nät; vi förklarar fenomen genom att förklara förklaringar av fenomen, vi skapar fenomen genom att förklara dem. Vi skapar en konstitution genom att förklara en "konstitutionell" utveckling. En central utgångspunkt är att ingen förklaring av politiska fenomen kan betraktas som särskilt privilegierad, övertygande eller definitiv. Allt är i princip tillåtet. Allt kan ersättas med någonting annat. Om jag föreslår att vi förklarar EGs konstitutionella utveckling genom en härledning inifrån fenomenet själv (EG), så kan andra därefter förklara denna förklaring på sitt eget sätt och därigenom föreslå andra förklaringar som i sin tur kan granskas och ersättas. Allot framhåller att en förklaring som tar sin utgångspunkt i fenomenet själv söker att rationalisera fenomenets interna utveckling, att finna sammanhang över tiden, en utvecklingslinje, ett inneboende mönster som kan extrapoleras in i framtiden. Den försöker finna sådana ting genom att välja ut och arrangera händelser och tillstånd i mönster som bestäms av det totaliserade fenomentets inre logik. Totaliserandet av fenomenet EG innebär ett avskiljande av detta fenomen från ting som är externa i förhållande till det. Det betyder att en strävan att totalisera eller kontextualisera EG abstraherar fenomenet, inte bara från resten av Europas historia och världshistorien, utan även från vad som uppfattas som icke relevanta fenomen. Denna typ av förklaringsmodell är enligt Allot särskilt lämpad för kommenterandet av sport. Det är nämligen fullt möjligt att kommentera en fotbollsmatch utan att i egentlig mening referera till externa faktorer. En fotbollsmatch är en egen värld totalt sammanhängande vad gäller regler, språk och ideologi. Matchen har en klar plats i tid och rum. Externa faktorer som spelarlöner, mutor, skador och väder kan i och för sig inlemmas i beskrivningen. Vidare är externa faktorer som fysiska lagar och sociala system som gör matchen fysiskt och socialt möjlig, viktiga för att matchen skall kunna äga rum. Men berättelsen om, och kommentaren av, en viss match förefaller ändå komplett utan referenser till externa faktorer. Historien om EGs utveckling från gemenskap till union kan enligt Allot berättas på ett liknande sätt. Den första kvarten dominerades av kommissionen, resten av halvleken ägde EG-domstolen bollen. Andra halvlek inleddes med total dominans från ministerrådet. Men hur skall matchen sluta? Låt oss härleda spelets regler från EGs konstitutionella texter. Därmed blir det möjligt att säga att reglerna har töjts ut en aning, att det till och med förekommit några mål av fusk (Luxemburg-kompromissen och det frekventa åberopandet av artikel 235 EG), att EG-domstolen utnyttjat hemmaplan och tolkat fördragen enligt eget gottfinnande. Det är möjligt att införa semi-externa faktorer som tränarens taktiksnack innan matchen (fördragsfädernas avsikter). Det är till och med möjligt att hävda att reglerna har förändrats under spelets gång. Domarna (EG-domstolen, nationella parlament) samtyckte eller vände bort blicken när EG utvidgade spelplanen och satte in extraspelare som tog bollen med händerna (utvidgning av kompetenser, uppfinnandet av mänskliga rättigheter, parlamentets aktiva/passiva talerätt m m). Kanske har hela spelet ändrat karaktär. Vad som började som en fotbollsmatch har kommit att sluta som en rugbymatch.

stolar.[162] Weiler anser att rättstillämpningen skall uppfylla legitimitetskriterier och då särskilt respekten för grundläggande fri- och rättigheter:

> ''There is... the classical vision which regards a commitment to fundamental human rights as a unifying ideal, one of the core values around which the people and peoples of Europe may coalesce. When the Court... held itself out as the guarantor of fundamental human rights in the field of Community law, it was... merely giving judicial expression (and teeth!) to that core value... What menu and flavour of human rights are chosen in the Community context matters... The choice of human rights is about the choice of fundamental values so the stakes are rather high.''[163]

Den normativa sidan av Weiler kan även förnimmas i hans senare arbeten där han öppnar en diskussion om behovet nya ideal som ledstjärnor för EUs framtida utveckling. En artikel lanseras som

> ''... an attempt to (re)introduce a discourse on ideals into the current debate on European Integration. This attempt, it is hoped, will be of some value regardless of its utility or otherwise in explaining the behavior of the various actors in the European polity.''[164]

Weilers erkännande av lagtolkningens och tolkningsutrymmets politiska karaktär får till konsekvens att den normativa tolkningsteori som han efterlyser i sin recension av Rasmussen kräver ett ytterligare kriterium. En normativ tolkningsteori för bestämning av tolkningsutrymmet kräver en övergripande legitimitetsteori för hela det rättsliga och institutionella systemet, en legitimitetsteori som inbegriper maktbalansering och politiska ideal. Weilers senare arbeten antyder en ansats att konstruera en legitimitetsteori för EG-rätten:

> ''We are forced to face squarely the Ends of European Integration, often neglected in what seems to be the more urgent debate of Means – the instruments and mechanisms, political and economic, for achieving the specific objectives of the Treaties. This essay is an attempt to (re)introduce a discourse on ideals into the current debate on European Integration. This attempt, it is hoped, will be of some value regardless of its utility or otherwise in explaining the behavior of the various actors in the European polity.''[165]

I kontrast till rättsrealismen och CLS kan Weilers rättstillämpningsteori

[162] Weiler, A Quiet Revolution: The European Court and its Interlocutors, CPS 1993 och Weiler 1991.
[163] Weiler, The Constitution of Europe 1995, s 81.
[164] Weiler, Europe After Maastricht – Supranationalism, Nationalism and the State, JT 1994-95 s 320.
[165] Ibid s 320.

ses som ett erkännande av att rätten inte kan existera oberoende av politik och moral. Weiler söker en teori som kan skapa ökad klarhet vad gäller förbindelsen mellan judiciell strategi och politisk moralitet. En tolkning av Weiler är att trots att han erkänner gemenskapens dynamiska och pluralistiska karaktär menar han att interaktionen av olika värderingar sammansmälter till ett mer eller mindre sammanhängande system av normer. Vidare synes han i den europeiska kulturen även anse sig kunna utmönstra grundläggande rättigheter som existerar oberoende av konventionell moralitet. Dessa rättigheter synes spela en framträdande roll i Weilers idé om en civil europeisk konstitution.[166]

> ''A third and final approach would be one which would explore the communitarian, as opposed to liberal, strand in the European Community ethos. This, of course, is not the place to expound the communitarian, republican, political theory and ethos, which emphasizes at all levels of social organization, not only rights and liberties, but civic responsibility and solidarity. This would not be an artificial graft: It is not difficult to find communitarian strands in much of Community discourse. One place to look would be in the very turn to a European Citizenship. It could, after all, be re-conceived as a bold challenge to the ethnonational state, as a reconceptualization of the Union as a polity belonging to its citizens rather than nationals and from there to an exploration of civic virtues at the core of Community ideals. By espousing this ethos as the guiding principle for its ever expanding socio-economic legislative agenda, the European Community could become a vehicle for this type of politics of meaning. But, even if communitarianism is there it is in strong opposition to the deeply rooted liberal ethic. It is not difficult to find – but would be hugely difficult to realize.''[167]

10.5.5 Burley och Mattli

Burley och Mattlis erinran om komplexiteten i kopplingen mellan EG-domstolen och dess sociopolitiska omgivning aktualiserar dels förklaringsproblem vad gäller orsak och verkan och dels problem vad gäller identifieringen av de underliggande incitamenten för handling.[168]

Burley och Mattli[169] strävar efter att förklara EG-rättens inverkan på

[166] Se Weiler och Lockhart, "Taking rights seriously" seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part II, CML Rev 1995 s 625, Weiler, The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? and Other Essays on the Ends and Means of European Integration 1995 samt Weiler, The State "über alles", Festskrift Everling 1995, s 1651 ff.

[167] Weiler 1994-95 s 330.

[168] Se citatet ovan under avsnitt 10.5.4.1.

[169] Burley och Mattli 1993 s 41 ff.

nationell rätt som beroende av

> ''... supranational and subnational actors pursuing their own self-interests within a politically insulated sphere.''[170]

Rätten blir för Burley och Mattli en neutral zon (neofunktionalistisk domän) inom vilken det är möjligt att nå resultat som inte skulle vara möjliga att uppnå inom den politiska domänen.[171]

Burley och Mattli erbjuder en intresseorienterad analys av aktörernas agerande som förklaring av integrationsprocessen.[172] De anser att den juridiska integrationen har samband med den politiska integrationen. De ser integrationsprocessen som ett resultat av ett ökande beroende mellan medlemsstaterna.[173]

Burley och Mattlis neofunktionalistiska teori fokuserar på aktörer som motiverar sina val genom referens till egenintresset. Därigenom skapas enligt Burley och Mattli tre processer utifrån vilka integrationsprocessen kan beskrivas.[174]

1. *Functional spillover* (the logic of law) förutsätter existensen av en överenskommen målsättning och postulerar att

   > ''... the jurisdiction of the authorities [courts] charged with implementing that [agreed] objective [creating a coherent and autoritative body of community law] will expand as necessary to adress whatever obstacles stand in the way.''[175]

Denna expansion kommer att fortgå så länge som domstolarna inte kolliderar med omgivningens politiska preferenser.[176] Denna expansion var särskilt intensiv under den inledande perioden då EG-domstolen formulerade de grundläggande principerna om EG-rättens företräde och direkt effekt.[177]

2. *Political spillover* beskriver den process genom vilken rätten inverkar på val i den politiska sfären. EG-domstolens integrationistiska rättspraxis formar nya gränser för det politiska beslutsfattandet och genererar härigenom ökad integration:

   ''Beyond the Court's specific machinations, however, law operates as law by

[170] Ibid s 43.
[171] Ibid s 72.
[172] Ibid s 43.
[173] Jmfr Haas, Beyond the Nation State 1963.
[174] Burley och Mattli 1993 s 50.
[175] Ibid.
[176] Ibid s 65.
[177] Se ovan avsnitt 4.3.

shifting expectations. The minute a rule is established as 'law' individuals are entitled to rely upon the assumption that social, economic, or political behaviour will be conducted in accordance with that rule. The creation and application of law is inherently a process of shifting expectations. A major function of a legal rule is to provide a clear and certain standard around which expectations can crystallize.''[178]

3. *Upgrading common interests.* Genom att referera till den teleologiskt orienterade fördragstolkningen som fokuserar på de av medlemsstaternas gemensamma intressen som kan härledas ur fördragen växlar EG-domstolen analysnivå till en generell nivå

''... on which it is possible to assert common interests – the same common interests that led member states into the community process in the first place.''[179]

Effekten blir att konflikter löses genom hänvisning till ett långsiktigt gemensamt intresse:

''French sheepfarmers might fight to the death with British sheepfarmers, but the majority of the population in both nations have a common interest in 'the free movement of goods'.[180]

Neofunktionalismen hjälper oss säkerligen att förklara den process genom vilken *rätten*, som av politiska aktörer upplevs som objektiv och neutral, opolitisk och teknisk, kan åstadkomma fördjupad integration. Men neofunktionalismen bidrar därmed inte till att finna svaret på den *normativa* frågan om vad som styr och bestämmer EG-domstolens legitimitet.

Burley och Mattli synes acceptera den grundläggande premissen om att *rätten* i allt väsentligt är politisk/ideologisk i grunden. Det är enligt dem endast *förnimmelsen* av rätten som en neutral sfär som tillåter rättsliga aktörer att nå politiska mål. Eftersom *rätten* upplevs som teknisk och objektiv av de politiska beslutsfattarna ges juristerna frihet

''... to speak for the EC Commission, the EC Council of Ministers and the national governments. The result is that important political outcomes are debated and decided in the language and logic of law.''[181]

Domare som strävar efter att lansera sin politiska integrationsideologi har störst förutsättningar att lyckas om de håller sig inom vad som kan

[178] Burley och Mattli 1993 s 67.
[179] Ibid s 68 f.
[180] Ibid s 69.
[181] Ibid s 44.

uppfattas som den rättsliga ramen.[182] Genom att hävda separationen mellan juridik och politik och upprätthålla fiktionen om rättens logik och objektivitet kan domstolen omvandla politik till juridik genom att använda juridiken som en mask och sköld för att dölja

> ''... the promotion of one particular set of political objectives in the purely political sphere.''[183]

Men *rätten* och juristerna har naturligtvis inte obegränsat politiskt handlingsutrymme. Här kommer Burley och Mattli till en slutsats som i hög grad påminner om Rasmussens legitimitetsresonemang grundat på begränsningar hänförliga till den sociopolitiska omgivningen:

> ''The strength of the functional domain [of law] as an incubator of integration depends on the relative resistance of that domain to politicalization. Herein... lies a paradox that sheds a different light on the supposed naiveté of 'legalists' [de som förnekar existensen av ideologisk och sociopolitisk påverkan på domstolens jurisdiktion]. At a minimum, the margin of insulation necessary to promote integration requires that judges themselves appear to be practicing law rather than politics.''[184]

Om detta tillstånd är godtagbart diskuteras inte av författarna. Från ett CLS-perspektiv kan man påvisa en spänning mellan neofunktionalisternas förslag att dölja politiken bakom rättens mask och CLS motstånd mot att just dölja ideologiska överväganden bakom en synbart neutral formalistisk fasad och därmed rubba den institutionella maktbalansen mellan dömande och politiska organ.[185] Risken att utsträcka den juridiska rationaliseringen för långt kan enligt Unger forma ett hot:

> ''Rationalising legal analysis works by putting a good face ... on as much of law as it can, and therefore also on the institutional arrangements that take in law their detailed and distinctive form. It must restrict anomaly, for what cannot be reconciled with the schemes of policy and principle must eventually be rejected as mistaken. For the jurist to reject too much of the received understanding of law as mistaken, expanding the revisionary power of legal analysis, would be to upset the delicate balance between the claim to discover principles and policies already there and the willingness to impose them upon imperfect legal materials. It would be to conspire in the runway usurpation of democratic power. Thus,

[182] Ibid s 57.
[183] Ibid s 72.
[184] Ibid s 44.
[185] Se exempelvis Unger, The Critical Legal Studies Movement 1986. Unger angriper vad han kallar "formalismen" och "objektiviteten" i traditionell juridisk argumentation och teori för att dölja en i grunden ideologisk process.

deviations and contradictions become intellectual and political threats rather than intellectual and political opportunities, materials for alternative construction."[186]

I detta sammanhang kan erinras om juridikens förmåga att som mask för politiken generera positiva resultat. Med Shapiro:

"In spite of the revival of national loyalities, Euro-Communism, Gaullism, and German industrialism, the Community has been working. Under the circumstance, it may be best to preserve the myth of the founding years, to deal with juristic developments as if they were autonomous, and to speak as little as possible about economic and political threats. After all, legal realities are realities to. Because the law of the European Community has been growing succesfully, the Community itself has a better chance of growing succesfully. To treat the law as autonomous is to accentuate the positive; that sort of accentuation is important to institution building."[187]

Shapiro uttrycker här en positiv värdering av rättens betydelse för gemenskapens utveckling. Vad anser då Burley och Mattli om EG-domstolens juridifiering av politiken? Burley och Mattlis argument synes vara deskriptivt. Det kan inte erbjuda ett normativt kriterium för att utvärdera EG-domstolens handlande. Det må vara så att i den utsträckning domstolen vill generera ökad integration så skall den respektera den neofunktionalistiska dynamiken och hålla sig inom "the apparent realm of the law". Detta konstaterande är dock av begränsad relevans för en forskare som vill etablera politiska eller juridiska gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme.

Burley och Mattlis undersökning om sambandet mellan den politiska och juridiska sfären domineras av empiriskt orienterade förklaringar och etableringar av orsak-verkan relationer. Resultatet blir en typ av realpolitiska *beskrivningar* av gemenskapens utveckling. I Burley och Mattlis analyser uppträder rättsnormerna som *orsaker* till politiskt handlande. För en kritisk analys av EG-domstolen krävs således ett kompletterande normativt kriterium.

10.6 Objektivitet och kritik i EG-rätten

Gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme kom på allvar att bli före-

[186] Unger, Legal Analysis as Institutional Imagination, Modern L Rev 1996 s 11.
[187] Shapiro, Comparative Law and Comparative Politics, S Cal L Rev 1980, s 542.

mål för rättsvetenskaplig debatt efter Hjalte Rasmussens avhandling *On Law and Policy in the European Court of Justice*.[188] Avhandlingen följdes av ett antal kritiska recensioner som i stort underkände den bevisning Rasmussen presenterade för att EG-domstolen överträtt gränserna för sitt legitima tolkningsutrymme.[189] Recensenterna ställde sig skeptiska till den externa måttstock som Rasmussen konstruerat och använt. Denna utgick från att det var reaktionerna från den ''sociopolitiska omgivningen'' som begränsade tolkningsutrymmet. Kriteriet var enligt kritikerna ett alltför trubbigt statsvetenskapligt verktyg och kunde inte fungera som rättsvetenskapligt kriterium. Frånvaron av ett försök att skapa ett juridiskt verktyg (normativ tolkningsteori) kritiserades särskilt av Harvardprofessorn Joseph Weiler.[190] Märkligt nog blev angreppen på Rasmussens avhandling både början och slutet på den europeiska diskussionen om gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme.

Avsaknaden av en rik normativ litteratur om gränserna för EG-domstolens legitima tolkningsutrymme står i kontrast till den rika litteratur som utvecklats kring USAs högsta domstol.[191] Weiler frågar sig varför en kritisk tradition inte utvecklats i Europa kring EG-domstolens rättsskapande verksamhet och presenterar några förklaringar.

1. Den okritiska positivismens starka ställning i kontinental rättsteori som i sin tur leder till en rättsdogmatisk hållning till EG-rätten och EG-domstolen. Många juridikprofessorer kom till EG-rätten från rättsområden som hade ''... no powerful critical tradition either on the Continent or in the UK and Ireland.''[192]
2. Glädjen av att äntligen finna en institutionaliserad folkrätt som bidrog till skapandet av en överstatlig juridisk struktur som uppfyllde rimliga krav på effektivitet.[193] Rättsvetenskapen kom att karaktärisera EG-domstolen som en neutral buffert mot de demokratisk svagt förankrade ministerrådet och kommissionen.[194]

[188] Nijhoff 1986.
[189] Weiler 1987 s 555 ff och Cappelletti, Is the European Court of Justice Running Wild?, EL Rev 1987 s 3.
[190] Weiler 1987.
[191] I den rika floran kan följande monografier nämnas: Bickel, The Least Dangerous Branch 1962, Ely, Democracy and Distrust, 1980, Perry, The Constitution in the Courts 1993, och Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation 1994 och Bork, The Tempting of America: The Political Seduction of the Law 1990.
[192] Weiler 1993 s 433.
[193] Ibid s 433.
[194] Ibid s 433. Se även Rasmussen 1986.

3. En viss akademisk etikett som genererar en muntlig kritik i cocktailpartyts form (just between you and me). Med Shapiro:

   ''European lawyers frequently have noteworthy, critical and highly politically sophisticated things to say about the operation of European courts, but all of this magically turns into quasi-official, doctrinal pronouncement when it comes to be written down.''[195]

4. Ett intresse hos rättsvetenskapen att se domstolen lyckas med att skapa en överstatlig struktur som syftar till ökad integration medlemsstaterna emellan. Rättsvetenskapen spelar en viktig roll för upprätthållandet av EG-domstolens legitimitet.[196] Legitimeringen av EG-domstolens rättsskapande ''... simultaneously empowers all those who make their living by analyzing and critiquing its decisions... och gör rättsvetenskapsmännen till en ''... neofunctionalist interest group par excellence.''[197]

Det går säkert att finna flera orsaker än dessa. En förklaring kan härledas från samspelet mellan avståndstagandet från formalismen i den juridiska argumentationen tillsammans med en bred rättsvetenskaplig skepticism i värdefrågor. Med Weiler:

> ''... much of the social science of European integration has been dominated by the realist and neo-realist schools of international relations. Notions of ideals, ethics and the like have a very limited place in their explanatory and normative apparatus of State behaviour and transnational behaviour. In non-international relations theories of integration, such as critical social theory, ideals are often there to be exposed as sham, as a mask to be lifted and debunked. All in all, ideals, like religion and spirituality are almost embarrassing topics, to be reconceptualized as ideology and treated with the reductive methodologies of psychology, sociology and the like.''[198]

I en värld där separationen mellan rätt och politik ifrågasätts och *värden* i bästa fall ses som kringskurna och villkorade sociala konstruktioner befinner sig rättsvetenskapsmännen på defensiven och tvekar att göra anspråk på *riktiga* uttolkningar av auktoritativa texter eller framhålla *objektiva* värden (principer, policy, moral etc.) som ledstjärnor för domstolarna.[199]

I ett populärt citat som kritiserar en ''traditionell'' analys av EG-rätten fördömdes författarens ansats som

[195] Shapiro 1987 s 1010.
[196] Burley och Mattli 1993 s 59.
[197] Ibid s 65.
[198] Weiler, The Constitution... 1995 s 25.
[199] Jag tackar Adam Green för denna filosofiska karaktäristik.

> ''[C]onstitutional law without politics... present[ing] the European Community as a juristic idea; the written constitution as a sacred text; the professional commentary as a legal truth; the case law as the inevitable working out of the correct implications of the constitutional text; and the constitutional court as the disembodied voice of right and reason and constitutional theology.''[200]

Idén om det ömsesidiga överlappande beroendeförhållandet mellan politik och juridik vilar på antagandet om *rätten* som obestämbar och grundad på motstridiga ideologier. Denna hållning har framförallt förfäktats av Critical Legal Studies-rörelsen. Med Hutchinson och Monahan:

> ''All the Critical scholars unite in denying the rational determinacy of legal reasoning. Their basic credo is that no distinctive mode of legal reasoning exists to be contrasted with political dialogue. Law is simply politics dressed in different garb; it neither operates in a historical vacuum nor does it exist independently of ideological struggles in society.''[201]

I den utsträckning denna ståndpunkt godtas berövas rättsvetenskapsmännen de traditionella normativa verktygen för att kritiskt utvärdera domstolars rättsskapande. Ambitionen skulle med CLS bli att dekonstruera EG-domstolens rättspraxis för att hävda politiska mål.[202]

Enligt min mening synes det som den ''europeiska'' rättsvetenskapen i sin strävan att finna en position mellan den rättspositivistiska formalismen och skepticismen i stor utsträckning kommit att ägna sig åt att leverera mer eller mindre *deskriptiva* utvärderingar av EG-domstolens praxis. Dessa spänner från historiska beskrivningar av domstolens förhållande till sina politiska grannar (rådet, kommissionen, medlemsstaterna etc.)[203] till kausal-politiska beskrivningar av den juridiska integrationens funktionella dynamik[204], till utförliga rekonstruktioner av EG-domstolen egna justifieringsprocesser.[205] Genom att betona det beskrivande elementet syftar deras metod och teori till att försöka återvinna rättsvetenskapens ifrågasatta objektivitetsanspråk.[206]

[200] Shapiro 1980 s 538.
[201] Hutchinson och Monahan 1984 s 206.
[202] Jmfr Wrange, En diskussion utan innehåll? Critical Legal Studies och folkrätten, JT 1990-91 s 259.
[203] Lenaerts, Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians 1992, University of Chicago Legal Forum, s 93 ff.
[204] Se bl a Weiler 1991 s 2405 ff.
[205] Bengoetxea 1993.
[206] Adam Green har föreslagit *den nya objektiviteten* som beteckning på denna tendens inom europeisk rättsvetenskap.

10.7 Sammanfattning och slutsatser

I kapitlet diskuteras *Brasserie du pêcheur* och några andra konstitutionella avgöranden utifrån antagandet om det begränsade tolkningsutrymmet. Valet av avgörandena grundar sig på de rör såväl den legislativa som den institutionella kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna och utgör karaktäristiska exempel på EG-domstolens lagtolkningsstil. De fungerar därmed som en god grund till den teoretiska diskussionen om gränserna för EG-domstolens legitima tolkningsutrymme.

I anslutning till målen analyseras några rättsvetenskapliga utvärderingar av EG-domstolens rättspraxis. Jag anknyter här till den inledande diskussionen i kapitel 2 om kraven på rättstillämpningens legalitet och legitimitet och denna undersöknings interna och externa justifieringsnivå. Kapitlet är således metodologiskt och teoretiskt orienterat och sammanfattande till sin karaktär.

För att bedöma om den kritik som riktas mot EG-domstolens utnyttjande av tolkningsutrymmet är justifierad finns det skäl att undersöka vilka metodologiska och teoretiska utgångspunkter kritiken vilar på. Först efter att ha förstått utgångspunkten för kritiken blir den begriplig.

I denna undersökning har jag för egen del försökt att kritisera EG-domstolens tolkning av artikel 177 utifrån en teori som anser att förhållandet mellan EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning sätter gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme.

Kapitlet behandlar inledningsvis EG-domstolens egen justifieringspraxis som utgångspunkt för kritik. I detta sammanhang analyseras en undersökning (Bengoetxeas) vars metodologi och teori implicerar att det inte går att resa några normativa anspråk på EG-domstolens justifieringspraxis. Det finns därmed ingen möjlighet till normativ kritik, utan allt som återstår blir att rekonstruera rationella förklaringar av EG-domstolens egen justifieringspraxis. Denna slutsats bildar enligt min mening ofta den förutsättning utifrån vilken de flesta utövare av rättsvetenskap närmar sig EG-domstolen.

Därefter påvisar jag att undersökningar som går ut på att empiriskt fastställa reaktioner på domstolars avgöranden för att sedan försöka etablera ett samband mellan reaktion och avgörande inrymmer en metodologisk spänning. En undersökning som Rasmussens (On Law and Policy in the European Court of Justice 1986) som orienteras mot att fastställa *orsakerna* till varför domaren har företagit ett val distanserar sig medvetet från den rättsliga *grunden* till valet. I Rasmussens undersökning (andra analysnivån) synes rättskällorna ha betydelse som faktorer som faktiskt föreligger som

orsaker till domarens val i oklara fall. Detta är en *deskriptiv* utgångspunkt i den mening att svaret kan sökas genom socialpsykologiska undersökningar av domarens bevekelsegrunder. Denna utgångspunkt får inte sammanblandas med frågan om rättskällornas normativa funktion som begränsning av tolkningsutrymmet.

Att domstolar inte har obegränsad makt att fullfölja sina politiska målsättningar är närmast en självklarhet. Även om det är fruktbart för förståelsen av judiciellt beslutsfattande att försöka fastställa tolkningsutrymmets politiska gränser, kvarstår ändå frågan om det existerar några gränser för vad en domstol är juridiskt förpliktad att göra och vad en domstol politiskt sett kan (komma undan med) göra. Problemet med Rasmussens undersökning är att samtidigt som han i princip anser det omöjligt att utföra en juridiskt normativt orienterad undersökning, som med rättsnormer som grund försöker etablera gränser för det legitima tolkningsutrymmet, avstår han från att föra in ett normativt element i sin sociologiska måttstock.

Kapitlet framhåller att såväl den interna som den externa justifieringsnivån rör normativa frågor. Den interna nivån relaterar domstolens avgöranden till den existerande ramen av rättsnormer, medan den externa nivån relaterar avgörandena till övergripande ideal och i förhållande till rättssystemet externa faktorer, som reaktioner från den omgivande miljön av institutioner och intressegrupper. Den normativa komponent som krävs för en utvärdering av EG-domstolens avgöranden på den externa justifieringsnivån blir således *legitimitetsteori* för EG-rätten.

Även om deskriptivt orienterade undersökningar fördjupar vår förståelse av EG-rätten i politiskt avseende, så förskjuter de fokus från normativ utvärdering till empirisk observation, från analyser på justifieringsnivån till analyser på förklaringsnivån. Resultatet blir att man i strävan efter att ge en så realistisk bild av EG-domstolen som möjligt medvetet eller omedvetet avstår från att utforma normativa teorier om EG-domstolens rättsskapande.

Det intressantaste försöket att ta sig ur det deskriptiva och närma sig det normativa är Weilers försök att förklara förbindelsen mellan den politiska och juridiska integrationen. Han framhåller lagtolkningens politiska karaktär och anser att tolkningsutrymmet begränsas av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Han har särskilt intresserat sig för det socio-kulturella förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Den normativa sidan av Weilers forskning återfinns i hans senare arbeten där han öppnar en diskussion om behovet av nya ideal som ledstjärnor för EUs framtida utveckling.

Weilers erkännande av lagtolkningens och tolkningsutrymmets politiska karaktär får till konsekvens att den normativa tolkningsteori som han efterlyser i sin recension av Rasmussen kräver ett ytterligare kriterium för att kunna tillämpas på EG-domstolens rättspraxis. En normativ tolkningsteori för bestämning av tolkningsutrymmet kräver en övergripande legitimitetsteori för hela det rättsliga och institutionella systemet, en legitimitetsteori som inbegriper maktbalansering och politiska ideal.

Kapitel 11
Sammanfattande slutsatser

Denna undersökning behandlar *EG-domstolens tolkningsutrymme*. Begreppet *tolkningsutrymme* är centralt i undersökningen. Med tolkningsutrymme avses den auktoritet som är given en person (rättstillämpare) att företa ett val mellan två eller flera tänkbara alternativ. Det rättsliga elementet i begreppet uppträder i form av ett krav på att valet måste ligga inom den rättsliga sfären, dvs grundas på en giltig rättsnorm. Det legitima tolkningsutrymmet utgörs således av den kompetens som rätten ger domaren att välja mellan alternativ som befinner sig inom rättens ram. Kravet på att valet måste ligga inom rättens ram reser metodologiska och teoretiska problem med relevans för hela rättsordningen.

Huvuddelen av undersökningen ägnas tolkningsutrymmets rättsliga begränsningar. Min tes är att gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme i första hand kan härledas ur förhållandet mellan normstruktur och kompetensfördelning inom EG-rätten. Utgångspunkten är att begränsningarna av tolkningsutrymmet primärt härstammar från det generella normativa systemet (EG-rätten) och förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

Undersökningen syftar till att frilägga de *vertikala* gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme, dvs gränser som i första hand är att hänföra till relationen mellan EG-domstolen och medlemsstaterna. Tolkningsutrymmet analyseras därför mot bakgrund av dels förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt dels förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG.

Jag avser att undersöka domarens tolkningsutrymme som bestämt av rättsliga faktorer. Undersökningen är därmed normativt orienterad i så motto att den behandlar de rättsliga *skälen* och inte *orsakerna* till domarens val.

Kapitel 2 analyserar följande frågeställningar: Hur skall kraven på förutsägbarhet och legitimitet kunna förenas i rättstillämpningen? Vad innebär

lagtolkningens politiska kontext för rättens objektivitetsanspråk? Hur skall rättsnormernas vaghet och obestämbarhet förenas med lagtolkningens och rättsordningens rationalitets- och koherenskrav?

Frågeställningarna härrör från det faktum att rättsnormerna ofta är obestämbara och vaga samtidigt som rättstillämpningen har krav på sig att å ena sidan uppfylla krav på förutsägbarhet å andra sidan leva upp till grundläggande legitimitetskriterier. Principen om *förutsägbarhet* i rättstillämpningen kräver att beslut är konsistenta och koherenta i förhållande till den existerande rättsordning inom vilken de fattas. Kravet på *legitimitet och rationalitet* innefattar å andra sidan inte endast beslut som är konsistenta ställda i relation till tidigare liknande beslut utan inbegriper även ett krav på att de skall vara rationellt förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som rationellt och legitimt.

En domares justifiering av sitt beslut måste således frigöras från sitt historiska ursprung. I oklara fall (hard cases) sker detta skifte i övergången från *intern justifiering* av ett beslut som vilar på vissa givna premisser till den *externa justifieringen* av premisserna själva. Problemet blir att förena kraven på en internt konsistent och externt legitim rättstillämpning så att de samtidigt garanterar såväl förutsägbarhet och moralisk-politisk legitimitet.

Denna fråga har nära samband med lagtolkningens politiska kontext. Tolkningsutrymmet begränsas bland annat av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Detta får till konsekvens att en normativ tolkningsteori för ett objektivt bestämmande av gränserna för domarens tolkningsutrymme kräver ett ytterligare kriterium. En normativ tolkningsteori för bestämning av tolkningsutrymmet kräver en övergripande legitimitetsteori för hela det rättsliga och institutionella systemet, en legitimitetsteori som inbegriper maktbalansering och politiska ideal och som är framtidsorienterad. Framtidsorienteringen krävs för att teorin skall kunna ta hänsyn till EUs dynamiska och målrelaterade karaktär och EG-domstolens roll i utvecklingen av EU.

En övergripande legitimitetsteori måste således inbegripa begränsningar av tolkningsutrymmet som är hänförliga till det konstitutionella systemet. En teori om tolkningsutrymmets begränsningar aktualiserar därmed det svårdefinierade förhållandet mellan politik och juridik och den med detta förhållande nära sammanhängande problematiska frågan om rättens objektivitetsanspråk. Frågan om begränsningarna av domarens tolkningsutrymme aktualiserar således rättsteoretiska problem med relevans för hela rättssystemet.

Kan då den moderna rättsteorin erbjuda någon lösning på de presenterade problemen?

Rättspositivismen förefaller ha svårigheter att finna användbara modeller för analyser av tolkningsutrymmet och dess begränsningar. Framförallt synes rättspositivismen ha underskattat rättstillämpningens rationalitetsproblem. Problemet består i att med hjälp av vaga rättsnormer tillfredsställa krav på såväl förutsägbarhet som legitimitet.

Rättspositivistens strävan att koppla rättens giltighet till dess härstamning erbjuder endast en asymmetrisk lösning på problemet. Positivistens syn på rättsligt beslutsfattande privilegierar förutsägbarhet framför moralisk riktighet. Förutsägbarhetens primat råder även i positivistens behandling av de oklara fallen. Enligt Habermas framträder här det hermeneutiska problemet tydligt:

> ''[H]ow can the appropriateness of unavoidably selective decisions be justified?''[1]

Rättsrealistiska teorier framhåller å sin sida lagtolkningens politiska karaktär och anser att tolkningsutrymmet begränsas av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Rättsrealisterna anser att rättstillämpningen skall uppfylla vissa legitimitetskriterier. Ett riktigt avgörande är det som bäst genererar välfärd utifrån en bestämd politisk ideologi inom vilken judiciell *policymaking* medvetet syftar till att tillfredsställa sociala behov.

Trots att rättsrealisterna synes ambivalenta och tvetydiga inför frågan om moraliska värderingar synes deras hållning inbegripa en moralisk standard för utvärdering av domstolars beslutsfattande. Ett riktigt val är för rättsrealisten beroende av i vilken utsträckning det främjar moraliskt önskvärda sociala målsättningar. En övergripande legitimitetsteori för EG-rätten måste inbegripa begränsningar av tolkningsutrymmet som är hänförliga till både rättssystemet och det institutionella systemet. En teori om tolkningsutrymmets begränsningar aktualiserar därmed det svårdefinierade förhållandet mellan politik och juridik och den med detta förhållande nära sammanhängande frågan om rättens objektivitetsanspråk.

För egen del anser jag att idén om förkastandet av rätten som subjektiv, motsägelsefull och obestämbar i sin mest extrema form helt enkelt är felaktig. Hävdandet av denna ståndpunkt inbegriper ju uppfattningen att ord och

[1] Habermas, Between Facts and Norms 1996, s 202.

texter i princip saknar meningsinnehåll. De rättsteoretiska problem som analyserats, rättens objektivitetsanspråk och rättsnormernas obestämbarhet och vaghet, kraven på rättstillämpningens förutsägbarhet och legitimitet och förhållandet mellan politik och juridik, är starkt relaterade till denna undersöknings tes och avgränsning.

Jag anser att det är möjligt att påvisa gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme med utgångspunkt från rättssystemet och dess struktur. Undersökningen strävar efter att visa att analyser av förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten är en möjlig väg för att utvärdera EG-domstolens lagtolkning. Men de teoretiska och metodologiska problem, som är förknippade med rättstillämpningen, relativiserar de linjer som avgränsar det område av bestämbarhet som kan utmönstras med den valda analysmodellen. Modellen kan inte ha pretentioner på att fastställa tolkningsutrymmets absoluta gränser utan endast påvisa vissa avgränsningar.

I undersökningen utgår jag från att rättsliga texter i skilda faktiska situationer kan vara mer eller mindre obestämbara och vaga. Vidare anser jag att den intressantaste aspekten av rättsliga tolkningsteorier är den som angriper frågan om att utmönstra bestämbarhet och obestämbarhet eller urskilja klara och oklara fall för att påvisa princip- eller regelorienterat handlande vid lösningen av de oklara fallen. I detta avseende är jag av den bestämda uppfattningen att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl de presenterar för sina avgöranden.

Kapitlen 3–9, som utgör huvudelen av undersökningen, behandlar den rättsliga grunden för domarens möjlighet att välja mellan olika rättsliga alternativ. Jag utgår i denna del från att man inte i förväg kan bestämma domarens tolkningsutrymme. Tolkningsutrymmet är i stället beroende av det aktuella rättssystemet. Min tes är att begränsningarna av EG-domstolens tolkningsutrymme i första hand kan härledas ur förhållandet mellan normstruktur och kompetensfördelning inom EG-rätten.

Kapitel 3 behandlar EG-rättens normstruktur dvs rättskällelära och normhierarki. Ett för EG-rätten centralt karaktärsdrag är fördragens målrelaterade karaktär. Fördragen formulerar de mål som skall uppnås genom lagstiftning, administration och rättstillämpning. Preamblarna och de grundläggande fördragen slår fast allmänna politiska, ekonomiska och sociala mål. Att dessa målrelaterade bestämmelser utgör en integrerad del av EG-rätten understryks av att EG-domstolen ofta åberopar dem vid den *teleologiskt* orienterade tolkningen av fördragen.

Kapitlet fokuserar vidare på rättsprincipernas roll inom EG-rätten. Jag

påvisar rättsprincipernas centrala roll i EG-domstolens rättstillämpning.

Som rättsprinciper karaktäriseras de principer som återfinns uttryckta i antagna författningstexter och uttryckligen formulerade i andra rättsnormer som fördrag, sekundär lagstiftning och rättspraxis. Rättsprinciper förs in i ett rättssystem och konkretiseras genom rättsligt beslutsfattande i domstolar och andra myndigheter. Det enda kriteriet på en princips rättsliga relevans vid analys av det rättsliga stoffet är dess normativa effekt på konkreta rättsförhållanden. Rättsprinciperna ställer centrala teoretiska och praktiska frågor med relevans för synen på EG-rätten och dess förhållande till nationell rätt.

Kapitlet framhåller det nära sambandet mellan EG-domstolens tolkningsutrymme och EG-rättens normstruktur. Detta samband avspeglas i de domarskapade allmänna rättsprinciper som styr förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

För att EG-rätten skall kunna leva upp till grundläggande effektivitetskrav är EG-domstolens auktoritet beroende av att dess avgöranden accepteras av de nationella domstolarna. De konstitutionella och processuella förutsättningarna tillsammans med EG-rättens normstruktur som omgärdar EG-domstolens verksamhet skiljer sig i betydande avseenden från den miljö i vilken en nationell domstol verkar. Denna typ av omständigheter måste beaktas vid varje jämförelse mellan EG-domstolen och andra dömande organ.

Jag anser vidare att den ändamålsorienterade lagtolkningsmetoden inte kan anses vara annat än en bakomliggande utom-rättslig faktor som är underordnad fördragets rättsnormer. Den har emellertid i denna skepnad en viktig styrfunktion i EG-domstolens rättstillämpning. Åberopandet av den teleologiska lagtolkningsmetoden kan emellertid enligt min mening inte förenas med EG-fördragets teleologi som å ena sidan karaktäriseras av vaghet och obestämbarhet och å andra av motstridighet. Fördragets inkonsistenta syften och syftespluralism tvingar EG-domstolen och rättsteorin att i de oklara fallen ytterst söka en konfliktlösningsnorm utanför rätten.

Kapitel 4 behandlar förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt och EG-domstolens principer om direkt effekt, EG-rättens företräde etc. Här framhålls att dessa har givit EG-rätten genomslagskraft i de nationella rättssystemen, vilket lett till att rättstillämpare och praktiker har blivit tvungna att använda rättsnormer som inte har sitt ursprung i den nationella politiska församlingen.

EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt bygger på att EG-rätten dels betraktas som en integrerad del av natio-

nell rätt och dels organiskt ses som ett självständigt rättssystem. Vidare är doktrinerna beroende av nationella domstolars samarbete. Systemet med förhandsavgöranden är därmed centralt för EG-rättens effektivitet i medlemsstaterna. Kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna och mellan EG-domstolen och nationella domstolar får till följd att principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt inte bör uttryckas som en absolut regel som föreskriver att EG-rätt alltid går före nationell rätt. Principen bör i stället formuleras som att varje rättsnorm har företräde inom sin tillämpningssfär eller sitt kompetensområde. Denna karaktärisering av företrädesprincipen fokuserar intresset på hur, och av vem, kompetensområdet definieras. Den centrala frågan är vilken institution som har att slutligt avgöra kompetensfrågan och därmed vilken regel som skall ges företräde i den konkreta situationen.

EG-domstolens företrädesdoktrin synes ha erhållit nationell acceptans i så motto att nationella domstolar åsidosätter nationella bestämmelser på lagnivå vid konflikter med EG-rätt. Ett fullt genomslag för den *absoluta* företrädesdoktrinen synes emellertid inte föreligga. Skälet till detta kan sannolikt hänföras till EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen, dvs idén om en överlåtelse av suveränitet för obegränsad framtid innebärande en medlemsstatlig förlust av suveränitet. Den yttersta konsekvensen av denna idé har EG-domstolen inte undandragit sig att formulera: kravet på EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner.

Kapitel 5 sammanför den teoretiska diskussionen i kapitel 2 om lagtolkningens karaktär och kontext med redogörelsen för EG-rättens normstruktur och kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet analyserar de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens strukturering av det EG-rättsliga normsystemet och kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt. Kapitlet är disponerat kring en analys av suveränitetsbegreppet och en diskussion om konkurrerande normkällor (auktoriteter). *Huvudfrågeställningen är hur suveränitetsbegreppet och konkurrerande normkällor skall kunna förenas med kravet på rättsordningens koherens.*

En av utgångspunkterna för kapitlet utgörs av den paradox som bland annat formulerats av Weiler: Samtidigt som EG-rätten genomgick en dynamisk utveckling och skapade konstitutionella strukturer så genomgick gemenskapen politiska kriser. Denna paradox har viss relevans för denna undersöknings syften genom att den fokuserar på den politiska utvecklingens betydelse för EG-domstolens tolkningsutrymme. Det är viktigt att inte karaktärisera den rådande kompetensfördelningen som en soloprestation

utförd av EG-domstolen. Den rättsliga och konstitutionella strukturella förändringen av gemenskapen måste förklaras utifrån samspelet mellan gemenskapens politiska och judiciella processer. I kapitlet ifrågasätts om EG-domstolens doktrin om EG-rättens absoluta företräde har förutsättningar för att utgöra grunden för en gemensam *europeisk konstitution* för EUs medlemsstater. Här framhålls att frågan om i vilken omfattning medlemsstaterna har avstått kompetens till EU teoretiskt och praktiskt lika mycket är en fråga för medlemsstaternas konstitutionella rätt som för EG-rätten.

Genom att hävda sin exklusiva kompetens att uttala sig om EG-rättens legalitet har domstolen samtidigt fastställt sin exklusiva kompetens att bestämma EU-institutionernas kompetens. Det funktionellt präglade argumentet för denna hållning är EG-rättens uniforma tolkning och tillämpning inom hela unionen. Detta intresse får ställas mot medlemsstaternas intresse av att hävda sin konstitutionella integritet. I denna intressekonflikt finns det rättsligt sett ingen given segrare.

Skälet till denna juridiska imperfektion ligger sannolikt i att domstolens federala strävanden och landvinningar i form av judiciell integration knappast har sin motsvarighet i politisk integration, dvs integration realiserad genom processer dominerade av den politiska grenen av EU representerad av Europeiska rådet, Europakommissionen, Europaparlamentet och ministerrådet. Det gemensamma statsskicket kan sägas lida av en strukturell brist då kopplingen mellan de rättsliga och politiska processerna är alltför löslig.

Kapitel 5 strävar vidare efter att konceptualisera förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt som dels ett *polycentriskt* och dels ett *institutionellt* problem. För det första aktualiserar normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt nödvändigheten av, framförallt för de nationella domarna, att företa ett val mellan konkurrerande auktoriteter. Normer härrörande från skilda normgivare är tillämpliga på ett och samma problem. För det andra är företrädesdoktrinens praktiska relevans ett institutionellt problem i så motto att det är de nationella domstolarnas acceptans av EG-domstolens avgöranden som slutligt avgör frågan om EG-rättens effektivitet.

Vidare vill jag lansera argumentet att europeisk integration och skapandet av en konstitutionell struktur, med EG-domstolens absoluta företrädesdoktrin som grund, bygger på ett alltför snävt konstitutionsbegrepp. En konstitutionell strävan har att ta hänsyn till materiella, konstitutionella, politiska och moraliska värderingar snarare än att ensidigt hävda juridiken som medel. Vidare måste en konstitutionell ordning vila på en klar kompetensfördelning mellan EU och medlemsstaterna. Fördragens allmänna och

målrelaterade karaktär, målens vaghet och den oklara kompetensfördelningen bidrar till att EG-domstolens idé om delad suveränitet bildar en bräcklig teoretisk grund för en konstitutionell rätt för gemenskapen.

Om EG-rätten skall analyseras utifrån EG-domstolens teori om delbar suveränitet och behandlas som konstitutionell rätt måste detta ske i en rättslig ram inom vilken suveräniteten definieras. EG-domstolens doktrin om delad suveränitet fungerar helt enkelt inte som grund för utvecklandet av en konstitutionell EG-rätt. Detta beror främst på att det inte går att utröna vilken suveränitet som begränsas av EG-rätten och vilka suveräna auktoriteter som är bundna av rättsordningen. I kapitlet diskuteras vidare i vilken utsträckning rättsteorin kan bistå domaren att träffa ett val mellan EG-rätt och nationell rätt. I kapitlet vill jag bland annat visa att Kelsens idé om grundnormen och valet av grundnorm varken teoretiskt eller praktiskt kan användas som utgångspunkt för analyser av förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt. Jag anser att grundnormsidén tillsammans med det juridiskt-formalistiskt orienterade och bräckliga konstitutionsanspråket får konsekvenser för den normativa judiciella kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Detta beror framförallt på att kompetensfördelningen bygger på en klar separation mellan EG-rätt och nationell rätt. Denna dualistiska hållning får konsekvenser för rättspositivistiska teoriers förklaringsvärde vad gäller EG-rättens giltighetsgrund.

Jag anser att de teoretiska konsekvenserna av EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen blir långtgående. För om det är så att EG-domstolens företrädesdoktrin syftar till att förändra giltighetsgrunden för det EG-rättsliga systemet kan den inte i sig själv utsättas för ett giltighetstest och kan därmed inte vara rättsligt giltig. Eftersom EG-domstolens företrädesdoktrin befinner sig utom räckhåll och bortom de nationella konstitutionerna kan doktrinen inte utvärderas i laglighets- och giltighetstermer. EG-domstolens doktrin om en ''ny rättsordning'' är i detta avseende självutplånande. Eftersom den utgör en förändring av en rättsordnings grundnorm kan den inte vara rättsligt bindande för domstolarna i medlemsstaterna. Min poäng är således att man inte kan finna en rättslig justifiering för att den absoluta företrädesdoktrinen skall vara direkt tillämplig och bindande för de nationella domstolarna.

I stället för att göra ett ''allt-eller-intet'' val anser jag att förhållandet mellan rättsordningarna bäst kan beskrivas från en utgångspunkt där flera parallellt gällande grundnormer existerar, där flera rättsordningar samexisterar och överlappar varandra. Utgångspunkten är att flera auktoriteter, institutioner och normkällor utövar inflytande på ett och samma rättsliga

problem. Problemet kan röra valet mellan nationell rätt och EG-rätt i konkreta situationer där det är uppenbart att juridiska kompetensfördelningsnormer spelar en mindre roll och nationella ekonomiskt-politiska överväganden tar över. Problemet kan också aktualiseras genom konflikter mellan nationella grundlagsregler och EG-rätt, där strikt juridiska kompetensfördelningsnormer måste underordnas aspekter som ämbetsmannatradition, kunskapsnivå och den allmänna acceptansen av EU som konstruktion och idébas.

Kapitlets huvudpoäng är att rättsteorin (rättspositivismen) inte kan tjäna som utgångspunkt för förslag till lösningar av normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt. Det enda rättsteorin förmår är att hänskjuta frågan till den politiska praktiken, vilket i sin tur aktualiserar distinktionen mellan politiken och juridiken som begränsning av domarens tolkningsutrymme.

Lagtolkningens koherenskrav och normkonkurrensen gör företrädesdoktrinens praktiska relevans till ett institutionellt problem i så motto att det är de nationella domstolarnas acceptans av EG-domstolens avgöranden som slutligt avgör frågan om EG-rättens effektivitet.

I *kapitlen 6 och 7* relateras företrädesdoktrinen till den judiciella kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt systemet med förhandsavgöranden i artikel 177. Kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar är enligt min mening central för förståelsen av EG-rättens utveckling. Enligt artikel 177 EG saknar EG-domstolen kompetens att uttala sig om förenligheten mellan nationella regler och EG-regler. Trots detta är det vanligt att EG-domstolen överskrider denna gräns.

I kapitel 5 anser jag mig ha visat att EG-domstolens företrädesdoktrin inte skapat en fast grund för en ny europeisk konstitutionell ordning. Skälet är att domstolens juridiskt doktrinära konstitutionsanspråk bortser från att en bekräftelse av existensen av en ny konstitution endast kan utvecklas utifrån materiella kriterier, dvs. gemensamma ideologiska och moraliska värderingar, som kan relateras till konstitutionalism och rättsstatsideal. Samtidigt saknas klara kompetensfördelningsnormer i fördragen. Den kompetens som medlemsstaterna överfört till gemenskapen saknar distinkt avgränsning.

Från en mer praktisk utgångspunkt skulle man kunna invända att den *erkännanderegel* (Hart) eller *grundnorm* (Kelsen) för EG-rättens giltighet som formulerats av EG-domstolen ändå till viss del *de facto* accepterats av medlemsstaterna och då i synnerhet av nationella domstolar. EG-rätten är en levande realitet i medlemsstaternas domstolar trots att man teoretiskt kan

problematisera frågan om omfattningen av, och den teoretiska grunden till, erkännandet av EG-rättens effekt och företräde. Min poäng är dock att EG-domstolens justifiering av företrädesdoktrinen har en grundläggande betydelse för utnyttjandet av tolkningsutrymmet i frågor som rör dels jurisdiktionell kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar och dels legislativ kompetensfördelning mellan gemenskapens och medlemsstaternas politiska normgivningsorgan.

EG-domstolens företrädesdoktrin och kravet på EG-rättens enhetliga tolkning och tillämpning anses tillförsäkras genom systemet med förhandsavgöranden i artikel 177 EG. Rättsmedlets betydelse för EG-domstolens konstitutionella anspråk har närmast varit ett mantra i europeisk rättsvetenskap. De flesta av EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt är formulerade i form av förhandsavgöranden, däribland doktrinen om det absoluta företrädet.

I kapitlen 6 och 7 problematiseras denna bild. Det är möjligt att artikel 177 haft en stor betydelse för EG-rättens effektivitet i medlemsstaterna, dvs för det vardagliga effektuerandet av fördragsförpliktelserna. Enskilda har i ett stort antal fall kunnat få sina EG-rättigheter tillvaratagna genom ett samarbete mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Vilken grad av effektivitet EG-rätten har i medlemsstaterna är emellertid svårt att ha en säker uppfattning om. Det finns vidare inga tillförlitliga studier av bristande normefterlevnad (''non-compliance'') i medlemsstaterna. Istället finns tecken på en ganska skiftande följsamhet vad gäller EG-domstolens senaste doktriner om effektivt rättsskydd. Enligt min mening kan artikel 177 på rådande normstrukturella utvecklingsnivå och kompetensfördelningsnivå utgöra ett hinder mot en fördjupad juridisk och politisk integration. Hindret mot ökad juridisk integration består i att såväl företrädesdoktrinen som artikel 177 bygger på EG-domstolens dualistiska syn på förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt, vilken innebär att EG-domstolen endast har kompetens att tolka EG-rätten och saknar formell kompetens att tolka nationell rätt eller pröva dess förenlighet med EG-rätten.

EG-domstolen kan alltså inte använda artikel 177 som ett normprövningsinstrument. Det gör nu domstolen ändå. EG-domstolen ignorerar de jurisdiktionella gränser man själv skapat genom doktrinen om EG-rättens absoluta företräde och dess naturliga konsekvens: den strikta kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt artikel 177. Vidare bygger kompetensfördelningen på den teoretiskt problematiska distinktionen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt.

Jag menar att EG-rättens normstrukturella nivå och den kompetensför-

delning mellan EG-rätt och nationell rätt som följer av EG-domstolens senaste doktriner om effektivt rättsskydd, inbegripande medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten, tvingar EG-domstolen att öppet överträda de formella jurisdiktionella gränser den själv dragit upp, gränser som utgör grunden för EG-domstolens företrädesdoktrin. Detta visar sig särskilt i mål om medlemsstaternas skadeståndsansvar där EG-domstolen formulerar kriterier för normkonflikters kvalité. Trots att EG-domstolen erkänner att det vilar på de nationella domstolarna att bedöma om kriterierna är uppfyllda, uttalar sig EG-domstolen ändå om normkonfliktens kvalité, dvs om den är *tillräckligt klar* för att skadeståndsansvar skall åläggas medlemsstaten.

För att påvisa de begränsningar artikel 177 innebär för EG-domstolens tolkningsutrymme placerar kapitlen 6 och 7 EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan rättsordningarna i en institutionell jurisdiktionell kontext. I detta sammanhang framhålls att samtidigt som EG-domstolen formellt sett hämtar sin rättsliga auktoritet från fördragets bestämmelser har den sin grund i spänningsfältet mellan EG-rätten och medlemsstaternas rättsordningar.

Inom ramen för systemet med förhandsavgöranden kan vi se och analysera den praktiska tillämpningen av EG-domstolens företrädesdoktrin. En förutsättning för att företrädesdoktrinen skall kunna realiseras och omsättas till konkreta rättsavgöranden är att EG-domstolen upprättat en relation till nationella domstolar som bygger på ömsesidighet och förtroende. Detta är väsentligt eftersom enskilda saknar möjlighet att fullfölja nationella avgöranden till EG-domstolen och eftersom EG-domstolen saknar tvångsmedel att genomdriva sina domslut. Artikel 177 bygger således på ett samarbete eller en samverkan mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Det föreligger enligt EG-domstolen formellt sett inte någon hierarkisk relation mellan samarbetsparterna. De befinner sig i var sitt system och handlar där inom ramen för sina kompetenser. Vid utövandet av tolkningsutrymmet under artikel 177 formulerar EG-domstolen rättsliga normer som måste accepteras av det kringliggande normativa systemet. Normen måste passa in i det institutionella system inom vilket den skapats. Normen måste vidare passa in i det mellan-institutionella konstitutionella system som styrs av principer om makt- och kompetensfördelning. I denna normbildande roll blir EG-domstolen ofta tvungen att företa en relativt ingående analys av de nationella reglerna för att fastställa deras verkningsområde och avgöra deras förenlighet med EG-rätten. Detta förhållande aktualiserar en viktig och grundläggande begränsning i EG-domstolens kompetens.

EG-domstolens strävan att stärka rättsskyddet för enskilda måste ses mot bakgrund av EG-domstolens tolkning av kompetensfördelningen enligt artikel 177. Det är ur interaktionen och sambandet mellan EG-domstolens doktriner om enskildas rättsskydd och kompetensfördelningen enligt artikel 177 som EG- rättens inverkan på den nationella, konstitutionella och processuella autonomin kan härledas.

I *kapitel 7* fördjupas diskussionen om kompetensfördelningsproblematiken. Här visas hur EG-domstolen när den formulerar *sakprövningsförutsättningar* för tolkningsfrågornas prövning försöker upprätthålla en klar kompetensfördelning mellan EG-rätt och nationell rätt, mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Domstolen har i en serie av mål försökt ge nationella domare en vägledning om hur en begäran om förhandsavgörande skall vara utformad för att uppfylla de formella sakprövningsförutsättningarna.

Kapitlet påvisar att EG-domstolen i stort sett misslyckats med att formulera fasta kriterier för de nationella domarna när de utformar sin begäran om förhandsavgörande och formulerar sina tolkningsfrågor. Skälet till oklarheterna kan enligt min mening vara att EG-domstolen i sin strävan att så långt det är möjligt försöka åstadkomma enhetlig tolkning och tillämpning antar och sakbehandlar begäran om förhandsavgöranden som formellt uppvisar brister i sakprövningshänseende men av andra skäl anses relevant för EG-rättens utveckling.

En av de underliggande förklaringarna till den oklara kompetensfördelningen kan enligt min mening sökas i förhållandet mellan sakprövningsförutsättningarna och förhandsavgörandenas *struktur* och *effekter*. Om EG-domstolen antar tolkningsfrågor i fall där den inte är klar över den nationella tvistens rättsliga och sakliga sammanhang och tolkningsfrågornas EG-rättsliga relevans, riskerar EG-domstolens förhandsavgörande att antingen bli irrelevant för den nationella domstolen vid avgörandet av tvisten, eller inkräkta på den nationella domstolens tillämpningsutrymme. Sakprövningsförutsättningarna står således i direkt relation till förhandsavgörandets utformning och dess rättsliga verkan vid lösandet av den nationella tvisten.

Ett av skälen till den oklara kompetensfördelningen är EG-domstolens *pragmatiska* hållning till de nationella domstolarnas tolkningsfrågor. Det pragmatiska kan sägas bestå i att EG-domstolen vill hjälpa den nationelle domaren att lösa den nationella tvisten och ger en tolkning som sammanväver sakförhållandena i den nationella tvisten med de rättsfrågor som uppkommer vid tolkningen av den EG-rättsliga normen. Tolkningens konkreta

utformning leder då till att den nationelle domaren inte har något eget tillämpningsutrymme. Distinktionen mellan tolkning och tillämpning av EG-rätt suddas därmed ut.

EG-domstolens pragmatiska hållning tillsammans med det faktum att en majoritet av tolkningsfrågorna aktualiserar normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt får till konsekvens att EG-domstolens tolkningar av EG-rätten ofta ger klart besked om *förenligheten mellan EG-rätt och nationell rätt*. I praktiken utövar EG-domstolen i dessa fall en legalitetsprövning av nationell rätt. Om EG-domstolens ''tolkning'' av EG-rätten ger vid handen att nationella regler strider mot EG-rätten är de nationella domstolarna förpliktade att åsidosätta de nationella reglerna. Vidare är de nationella politiska institutionerna förpliktade att upphäva den EG-stridiga lagstiftningen.

För att avgöra normkonflikter i normprövningsfall är EG-domstolen tvungen att tolka nationell rätt. EG-domstolens tolkning av den EG-rättsliga normen styrs alltid av de konkreta sakomständigheterna i den nationella tvisten. Om EG-domstolen inte formellt erkänner normprövningen under artikel 177 och menar att denna skall karaktäriseras som ''pragmatisk tolkning'' blir konsekvensen att de nationella reglerna i princip måste kvalificeras som sakomständigheter och inte som rättsfakta. Ytterligare en viktig poäng som är hänförlig till begränsingarna av EG-domstolens tolkningsutrymme är svårigheten att skilja mellan tolkning och tillämpning. Artikel 177 kan härmed sägas inrymma en inneboende vaghet och obestämbarhet. Denna kvalité skapar ett tolkningsutrymme som är en avgörande betingelse för EG-domstolens möjligheter att utveckla doktriner om EG-rättens effektivitet och ett effektivt rättsskydd för enskilda.

Syftet har inte varit att hävda att EG-domstolen *skall* upprätthålla en klar kompetensfördelning. Min poäng är att EG-domstolen mot bakgrund av EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning inte *kan* upprätthålla en klar kompetensfördelning, vare sig mellan EG-rätt och nationell rätt eller mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

De följande *kapitlen 8 och 9* ifrågasätter om idén om två separata rättssystem och en klar judiciell kompetensfördelning är förenlig med EG-domstolens roll som författningsdomstol och strävan att säkra EG-rättens effektivitet.

Kapitel 8 lyfter fram den legislativa kompetensfördelningens ökade betydelse för gemenskapens utveckling. Jag beskriver i detta sammanhang EG-domstolens roll som fördelare av kompetenser, dvs som författningsdomstol. EG-domstolens utveckling av företrädesdoktrinen till en doktrin

om *spärrverkan* ligger till grund för kapitlets huvudtes: att EG-domstolens spärrverkansdoktrin är nära kopplad till kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

EG-domstolens tolkningsutrymme vid fördelning av legislativa kompetenser begränsas i hög grad av att den formellt sett endast kan tolka EG-rätt och inte har kompetens att kontrollera den nationella lagstiftningens förenlighet med EG-rätten.

Problemet med en utvärdering av EG-domstolens roll som författningsdomstol och karaktäriseringen av EG-fördraget som en gemensam konstitution för medlemsstaterna är att konstitutionens kärna och grundbetydelse är begränsning av suveränitet. Konstitutionens syfte är att begränsa all utövning av makt med hjälp av konstitutionella bindningar. Kompetensbegränsning är konstitutionens huvudprincip.

Om EG-rätten skall behandlas som konstitutionell rätt måste detta ske i en rättslig ram inom vilken kompetensen definieras. Problemet med de kompetensfördelningsnormer som formulerats av EG-domstolen är emellertid att de inte ger någon tydlig ledning för bedömningen av framtida fall. Normernas definitioner är allmänt hållna och lämnar stor frihet vid framtida bedömningar. EG-domstolens tolkningsutrymme förefaller således vara stort vid bedömningen av kompetenskonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt.

EG-domstolens spärrverkansdoktrin förutsätter vidare att EG-domstolen fastställer målen för EG-reglerna och relaterar dessa till de nationella reglernas tillämpningsområde. EG-domstolen blir i denna analys tvungen att företa en relativt ingående granskning av de nationella reglerna för att fastställa deras verkningsområde. Detta förhållande aktualiserar en viktig och grundläggande begränsning i EG-domstolens kompetens. Enligt artikel 177 EG saknar EG-domstolen kompetens att uttala sig om förenligheten mellan nationella regler och EG-regler. Trots detta är det vanligt att EG-domstolen överskrider denna gräns. Problemet understryker det nära sambandet mellan judiciell och legislativ kompetensfördelning inom EG-rätten.

Sambandet aktualiserar vidare den hittills judiciellt oprövade subsidiaritetsprincipen. I en framtid skulle emellertid subsidiaritetsprincipen kunna ha betydelse för EG-domstolens tolkning av artikel 177 och för kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar i spärrverkansmål. Betydelsen skulle kunna ligga i att den används som tolkningsfaktor vid utformandet av klarare kriterier för ansvarsfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar.

I *kapitel 9* påvisas de konstitutionella konsekvenserna för medlemsstaterna av EG-domstolens pragmatiska tolkning av artikel 177. Hur påverkas maktfördelningen mellan domstolar och lagstiftare i de nationella statsskicken av tolkningen av artikel 177 och utvecklingen av principer om medlemsstaternas skadeståndsansvar och effektivt rättsskydd?

EG-domstolens förhandsavgöranden får konstitutionella och processuella konsekvenser för medlemsstaterna. Härmed aktualiseras begränsningar av EG-domstolens tolkningsutrymme som kan hänföras till den nationella regimens konstitutionella och processuella autonomi. Kapitlet påvisar i vilken utsträckning EG-domstolens tolkningsutrymme begränsas av nationella och konstitutionella hänsyn.

Analysen av EG-domstolens avgöranden rörande enskildas rättsskydd har till syfte att konkretisera EG-domstolens dynamiska lagtolkning. Det EG-rättsliga skyddet för enskildas EG-rättigheter vilar huvudsakligen på domarskapad rätt i form av oskrivna rättsprinciper och utgör därmed exempel på ett extensivt utnyttjande av EG-domstolens tolkningsutrymme.

EG-domstolen har genom en fast praxis visat att det åligger medlemsstaternas domstolar att, med tillämpning av den lojalitetsprincip som föreskrivs i artikel 5 EG, säkerställa det rättsskydd för enskilda som följer av EG-rättens direkta effekt. Principen innebär enligt EG-domstolen att, i avsaknad av EG-rättslig reglering på området, det i den nationella rättsordningen i varje medlemsstat skall anges dels vilka domstolar som är behöriga och dels vilka förfaranden som finns tillgängliga för att väcka talan som är avsedd att tillförsäkra enskilda de rättigheter som följer av EG-rättens direkta effekt. Dessa förfaranden får inte vara mindre förmånliga än de som avser en liknande talan enligt nationell rätt. Det får heller inte vara praktiskt taget omöjligt eller alltför svårt att utöva de rättigheter som följer av EG-rätten.

EG-domstolens utveckling av principerna om EG-rättens effektivitet, enskildas rättskydd och medlemsstaternas skadeståndsansvar resulterar i en förstärkning av de nationella domstolarnas makt i förhållande till den politiska makten. Principerna har givits effekt i medlemsstaterna genom tillämpning av systemet med förhandsavgöranden i artikel 177. Genomförandet är därmed beroende av att EG-domstolens avgöranden accepteras av nationella domstolar.

Ett grundläggande skäl till acceptansen är att artikel 177 bygger på en strikt kompetensfördelning mellan EG-domstolen och nationella domstolar samt att nationella domstolar i sin tur *upplever* sig som självständiga i förhållande till EG-domstolen i tillämpningen av EG-rätten. Som jag visat i

kapitlen 6-8 är emellertid kompetensfördelningen till viss del en chimär. I stället för att betraktas som självständiga tillämpare av EG-rätten kan de nationella domstolarna i viss utsträckning betraktas som den förlängda arm med vilken EG-domstolen genomför sin juridiska ideologi.

EG-domstolens doktriner om förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt och framförallt principen om EG-rättens effektiva verkan, principen om effektivt rättsskydd och principen om medlemsstaternas skadestånd för brott mot EG-rätten innebär sammantaget med den pragmatiska tolkningen av artikel 177 att de nationella konstitutionella strukturerna omvandlas. Man skulle kunna tala om en fortlöpande *konstitutionell revolution*.

I *kapitel 10* diskuteras *Brasserie du pêcheur* och några andra konstitutionella avgöranden utifrån antagandet om det begränsade tolkningsutrymmet. Valet av avgörandena grundar sig på att de rör såväl den legislativa som den institutionella kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna och exempel på EG-domstolens lagtolkningsstil. De fungerar därmed som en god grund till den teoretiska diskussionen om gränserna för EG-domstolens legitima tolkningsutrymme.

I anslutning till målen analyseras några rättsvetenskapliga utvärderingar av EG-domstolens rättspraxis. Jag anknyter här till den inledande diskussionen i kapitel 2 om kraven på rättstillämpningens legalitet och legitimitet och denna undersöknings interna och externa justifieringsnivå. Kapitlet är således metodologiskt och teoretiskt orienterat och sammanfattande till sin karaktär.

För att bedöma om den kritik som riktas mot EG-domstolens utnyttjande av tolkningsutrymmet är justifierad finns det skäl att undersöka vilka metodologiska och teoretiska utgångspunkter kritiken vilar på. Först efter att ha förstått utgångspunkten för kritiken blir den begriplig.

I denna undersökning har jag för egen del försökt att kritisera EG-domstolens tolkning av artikel 177 utifrån en teori som anser att förhållandet mellan EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning sätter gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme.

Kapitlet behandlar inledningsvis EG-domstolens egen justifieringspraxis som utgångspunkt för kritik. I detta sammanhang analyseras en undersökning (Bengoetxeas) vars metodologi och teori implicerar att det inte går att resa några normativa anspråk på EG-domstolens justifieringspraxis. Det finns därmed ingen möjlighet till normativ kritik, utan allt som återstår blir att rekonstruera rationella förklaringar av EG-domstolen egen justifieringspraxis. Denna slutsats bildar enligt min mening ofta den förutsättning utifrån vilken de flesta utövare av rättsvetenskap närmar sig EG-domstolen.

Därefter påvisar jag att undersökningar som går ut på att empiriskt fastställa reaktioner på domstolars avgöranden för att sedan försöka etablera ett samband mellan reaktion och avgörande inrymmer en metodologisk spänning. En undersökning som Rasmussens (On Law and Policy in the European Court of Justice 1986) som orienteras mot att fastställa *orsakerna* till varför domaren har företagit ett val distanserar sig medvetet från den rättsliga *grunden* till valet. I Rasmussens undersökning (andra analysnivån) synes rättskällorna ha betydelse som faktorer som faktiskt föreligger som *orsaker* till domarens val i oklara fall. Detta är en *deskriptiv* utgångspunkt i den mening att svaret kan sökas genom socialpsykologiska undersökningar av domarens bevekelsegrunder. Denna utgångspunkt får inte sammanblandas med frågan om rättskällornas normativa funktion som begränsning av tolkningsutrymmet.

Att domstolar inte har obegränsad makt att fullfölja sina politiska målsättningar är närmast en självklarhet. Även om det är fruktbart för förståelsen av judiciellt beslutsfattande att försöka fastställa tolkningsutrymmets politiska gränser, kvarstår ändå frågan om det existerar några gränser för vad en domstol är juridiskt förpliktad att göra och vad en domstol politiskt sett kan komma undan med att göra. Problemet med Rasmussens undersökning är att samtidigt som han i princip anser det omöjligt att utföra en juridiskt normativt orienterad undersökning, som med rättsnormer som grund försöker etablera gränser för det legitima tolkningsutrymmet, avstår han från att föra in ett normativt element i sin sociologiska måttstock.

Kapitlet framhåller att såväl den interna som den externa justifieringsnivån rör normativa frågor. Den interna nivån relaterar domstolens avgöranden till den existerande ramen av rättsnormer, medan den externa nivån relaterar avgörandena till övergripande ideal och i förhållande till rättssystemet externa faktorer, som reaktioner från den omgivande miljön av institutioner och intressegrupper. Den normativa komponent som krävs för en utvärdering av EG-domstolens avgöranden på den externa justifieringsnivån blir således en *legitimitetsteori* för EG-rätten.

Även om deskriptivt orienterade undersökningar fördjupar vår förståelse av EG-rätten i politiskt avseende, så förskjuter de fokus från normativ utvärdering till empirisk observation. Resultatet blir att rättsvetenskapsmän, i strävan efter att ge en så *realpolitiskt* sofistikerad bild av EG-domstolen som möjligt, medvetet eller omedvetet avstår från att utforma normativa teorier om EG-domstolens rättsskapande.

Det intressantaste försöket att ta sig ur det deskriptiva och närma sig det normativa är Weilers försök att förklara förbindelsen mellan den politiska

och juridiska integrationen. Han framhåller lagtolkningens politiska karaktär och anser att tolkningsutrymmet begränsas av reaktioner från den sociopolitiska omgivningen, maktfördelningsteorier och konkreta maktförhållanden inom institutionella strukturer. Han har särskilt intresserat sig för det sociokulturella förhållandet mellan EG-domstolen och nationella domstolar. Den normativa sidan av Weilers forskning återfinns i hans senare arbeten, där han öppnar en diskussion om behovet av nya ideal som ledstjärnor för EUs framtida utveckling. Weilers erkännande av lagtolkningens och tolkningsutrymmets politiska karaktär får till konsekvens att den normativa tolkningsteori som han efterlyser i sin recension av Ramussen kräver ett ytterligare kriterium för att kunna tillämpas på EG-domstolens rättspraxis. En normativ tolkningsteori för bestämmning av tolkningsutrymmet kräver en övergripande legitimitetsteori för hela det rättsliga och institutionella systemet, en legitimitetsteori som inbegriper maktbalansering och politiska ideal.

Slutord

I denna undersökning har jag försökt visa hur EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning är relaterade till EG-domstolens tolkningsutrymme. Jag anser att förhållandet mellan normstrukturen och kompetensfördelningen inte sätter några klara gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Genom ett extensivt utnyttjande av tolkningsutrymmet har EG-domstolens fördragstolkning lett till inskränkningar av medlemsstaternas processuella och konstitutionella autonomi. Denna inskränkning har kommit till stånd genom en samverkan mellan två företeelser: EG-domstolens pragmatiska hållning till den judiciella kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar enligt systemet med förhandsavgöranden och doktrinerna om EG-rättens effektivitet och effektivt rättsskydd för enskilda. Jag har vidare visat att utvecklingen av principerna om EG-rättens effektivitet aktualiserar begränsningar av tolkningsutrymmet som är hänförliga till förhållandet mellan den legislativa och judiciella kompetensfördelningen.

EG-domstolen har genom att utnyttja sitt tolkningsutrymme skapat ett rättsläge där varje förhandsbesked i konstitutionellt viktiga frågor tänjer på gränserna för den judiciella och legislativa kompetensfördelningen.

För att inte detta rättsläge skall äventyra EG-domstolens legitimitet är det viktigt att rättsvetenskapen riktar rättsligt baserad och teoretiskt justifierad

kritik mot EG-domstolens rättsskapande verksamhet.

Rättsvetenskapens uppgift blir att frilägga kompetensöverskridanden och ett alltför excessivt utnyttjande av tolkningsutrymmet. För om det är så att EG-domstolens rättstillämpning är något annat än den utger sig för att vara (logisk, koherent och juridiskt korrekt) riskerar EG-domstolen i slutänden att förlora legitimitet. Rättsvetenskaplig kritik kan i detta sammanhang bidra till att skänka förnyad legitimitet och integritet åt EG-domstolen som institution. Enligt min mening är det just i spänningen mellan kraven på förutsägbarhet och legalitet å ena sidan och legitimitet å andra sidan som rättsvetenskapen måste fullgöra en viktig uppgift.

Kapitel 12
Summary

This study deals with the *judicial discretion of the European Court of Justice (the ECJ). Judicial discretion* means the authority vested in a person who applies law to make a choice between two or more conceivable alternatives. The legal element in the concept appears in the form of the requirement that the choice must be found within the realm of law, that is, based on a valid legal norm. Thus legitimate judicial discretion is constituted by the authority (jurisdiction) which the law vests in the judge to choose between alternatives found within the boundaries of the law. The requirement that the choice must be found within the boundaries of the law raises methodological and theoretical problems relevant to the entire legal system.

The main part of the study is devoted to the legal limitations on judicial discretion. My thesis is that limitations on the judicial discretion of the ECJ can primarily be derived from the relationship between the structure of norms and the division of powers within EC law. The starting-point is that the origins of the limitations on judicial discretion are primarily found in the general normative system (EC law) and the relationship between EC law and national law.

The study aims to uncover the *vertical* limitations on the judicial discretion of the ECJ, that is, limitations which are primarily referable to the relationship between the ECJ and the Member States. Therefore, judicial discretion is analyzed against the background of both the relationship between EC law and national law and the relationship between the ECJ and the national courts according to the system of preliminary rulings under Article 177 EC.

The purpose of the study is to examine the judicial discretion of the judge which is decided by legal factors. The study is consequently normatively orientated insofar as it deals with the legal *reasons* and not the *causes* for the judge's choice.

Chapter 2 analyzes the following issues: How must the requirements for

predictability and legitimacy be reconciled when applying the law? What significance does the political context of legal interpretation have for the requirement for objectivity in law? How is it possible for the indeterminacy of legal norms to be reconciled with the legal system's demands for rationality and coherence in the interpretation of norms?

These problematical issues derive from the fact that legal norms are often incapable of precision and are indeterminate while at the same time the application of the law is required both to satisfy demands for predictability on the one hand and to fulfil fundamental criteria for legitimacy on the other. The principle of *predictability* in the application of the law requires that decisions are consistent and coherent in relation to the existing legal system within which they are made. The demand for *legitimacy and rationality* comprises on the one hand not only that decisions are consistent when compared with previous similar decisions but also involves a requirement that they should be rationally well founded so that all the parties involved can accept the decision as rational and legitimate.

Consequently, a judge's justification of his or her decision must be severed from his historical origins. In unclear cases (hard cases), this change occurs in the transformation from the *internal justification* of a decision resting on certain given premises to the *external justification* of the premises themselves. The problem becomes one of linking the requirements for an internally consistent and externally legitimate application of the law so that they simultaneously guarantee both predictability and moral-political legitimacy.

This problem is closely related to the political context of legal interpretation. Judicial discretion is limited, inter alia, by reactions from socio-political circumstances, theories on the division of powers and the real power relationships within institutional structures. A consequence of this is that a normative interpretive theory for an objective determination of the limitation on the judicial discretion of judges requires a further criterion. A normative theory of interpretation for the determination of judicial discretion requires an overall theory of legitimacy for the whole of the legal and institutional system; a theory of legitimacy which embraces power-balancing and political ideals and which is orientated towards the future. Orientation towards the future is required in order that a theory should be able to have regard to the EU's dynamic and goal- orientated nature and to the role of the European Court of Justice in the development of the EU.

Thus a comprehensive theory of legitimacy must include limitations on judicial discretion which are referable to the constitutional system. A theory

on the limitations on judicial discretion is accompanied by the difficulty of defining the relationship between politics and law and the problematical issue of objectivity in the law which is closely associated with that relationship. Consequently, the issue of the limitations on the judicial discretion of judges raises legal theoretical problems relevant to the whole legal system.

Is it then possible for modern legal theory to provide a solution to the problems presented?

Legal positivism seems to have difficulty in finding functional models for analysing judicial discretion and its limitations. Above all else, legal positivism appears to underestimate the problems of rationality in applying the law. The problem is – with the aid of vague legal norms – to satisfy the requirements for both predictability and legitimacy.

Efforts by legal positivism to connect legal validity with its origins nearly provides an asymmetric solution to the problem. Positivism's view of legal decision-making favours predictability over moral correctness. The primacy of predictability also governs positivism's treatment of the hard cases. According to Habermas, the hermeneutic problem becomes apparent:

> ''[H]ow can the appropriateness of unavoidably selective decisions be justified?''[1]

For their part, theories of legal realism emphasize the political character of legal interpretation and consider that judicial discretion is limited by reactions from the socio-political environment, theories on the division of powers and the real power relationships within institutional structures. The legal realists consider that the application of law should satisfy certain criteria for legitimacy. A correct determination is one which best generates welfare from the perspective of a certain political ideology within which judicial *policy-making* consciously aims at satisfying social needs.

Although the legal realists appear ambivalent and equivocal when faced with the question of moral values, their position appears to involve a moral standard for the evaluation of judicial decision-making. For the legal realist, the correct choice depends upon the extent to which morally desirable social objectives are promoted.

A comprehensive theory of legitimacy for EC law must include limitations on judicial discretion referable both to the legal system and to the institutional system. A theory on the limitations of judicial discretion is

[1] Habermas, Between Facts and Norms 1996, p 202.

accompanied by the difficulty of defining the relationship between politics and law and the issue of objectivity in law which is closely associated with that relationship.

For my part, I consider that the idea of rejecting law as subjective, contradictory and impossible to define is, in its most extreme form, quite simply wrong. Indeed, maintaining this position means that words and texts in principle lack any meaningful content. The legal theoretical problems which are analyzed – the requirement for the objectivity of the law, the impossibility of determining legal norms and their vagueness, the requirements for predictability and legitimacy in the application of the law and the relationship between politics and law are a major consideration of this thesis and the scope of its examination.

In my view it is possible to show limits on the judicial discretion of the ECJ, with the legal system and its structure as the starting-point. The study endeavours to prove that analysis of the relationship between the structure of norms, the division of powers and judicial discretion in EC law is a possible way to evaluate the legal interpretation of the ECJ. However, the theoretical and methodological problems linked to the application of law are related to the lines limiting the area of determinacy which may be extracted with the chosen model for analysis. The model cannot have pretensions to determine the absolute limit of judicial discretion but can only illustrate certain limitations.

In this investigation I assume that legal text in separate actual situations may be more or less indeterminate. Furthermore, I consider that the most interesting aspect of theories of legal interpretation is that which addresses the issue of identifying certainty and uncertainty and distinguishing between easy and hard cases to illustrate action orientated towards principles or rules when solving hard cases. In this respect, I am of the decided opinion that the ECJ's rulings can be evaluated on the basis of the legal reasons it presents for its decisions.

Chapters 3-9, which constitute the main part of the study, deal with the legal basis of the judge's opportunity to choose between different legal alternatives. In this part I assume that one cannot determine the judicial discretion of the judge in advance. Instead, judicial discretion is dependent on the actual legal system. My thesis is that the limits of the judicial discretion of the ECJ primarily derives from the relationship between the structure of norms and the division of powers between EC law and national law.

Chapter 3 deals with the structure of norms in EC law, that is, the theory

of the sources of law and hierarchy of norms. The goal- orientated character of the Treaty is a central characteristic feature of EC law. The Treaty formulates the goals to be achieved by legislation, administration and the application of law. The preambles and the basic treaties lay down general political, economical and social goals. These goal-orientated provisions constitute an integral part of EC law and this is emphasized by the ECJ often referring to them when interpreting the treaties with a *teleological* orientation.

Furthermore, the chapter also focuses on the role of legal principles concerning the ECJ's interpretation of law. I illustrate the central role of legal principles within the ECJ's application of law.

Legal principles are introduced into a legal system and become concrete through legal decision-making by courts and other authorities. The only criterion for a principle's legal relevance when analysing legal material is its normative effect in concrete legal situations. Legal principles present central theoretical and practical questions relevant to the approach of EC law and its relationship to national law.

The chapter points out the close link between the judicial discretion of the ECJ and the normative structure of EC law. This link is reflected in the judge-made general legal principles governing the relationship between EC law and national law.

In order that EC law should satisfy the fundamental demands of effectiveness, the authority of the ECJ is dependent on its rulings being accepted by the national courts. The constitutional and procedural preconditions, together with the normative structure of EC law surrounding the activities of the ECJ, differ in significant respects from the environment in which a national court operates. These kinds of circumstances must be taken into account in any comparison between the ECJ and other judicial bodies.

Furthermore, I consider that the goal-orientated legal interpretation method, often refered to as the teleological method, cannot be considered anything other than a underlying non-legal factor subordinate to the legal norms of the Treaty. However, it has in another form an important steering function in the interpretation of law by the ECJ. Although reference to the teleological method of interpretation cannot, in my view, always be reconciled with the EC Treaty's teleology which is characterized by indeterminacy on the one hand and by incompatibility on the other. Inconsistent purposes and the pluralism of objectives forces the ECJ and legal theory ultimately to seek a conflict-resolving norm outside the boundaries of law in hard cases.

Chapter 4 deals with the relationship between EC law and national law and the principles of direct effect, supremacy of EC law etc. It is pointed out here that these principles have allowed EC law to have an effective impact on national legal systems, which has resulted in those who apply the law and practice being forced to use legal norms which were not originally found in the national political assembly.

The ECJ's doctrines on the relationship between EC law and national law are based on EC law being regarded both as an integrated part of national law and as organically appearing to be an independent legal system. Furthermore, the doctrines depend on the co-operation of the national courts. The system of preliminary rulings is thereby central to the effectiveness of EC law within the Member States.

The division of powers between the Community and the Member States and between the ECJ and the national courts should not consequently mean that the principle of EC law having precedence over national law should be expressed as an absolute rule providing for EC law always to have priority over national law. The principle ought to be formulated instead as each legal norm having precedence within its sphere of application or its area of authority. This characterisation of the principle of supremacy focuses interest on how and, by whom, the area of authority is defined. The central issue is which institution has the final power to determine the issue of authority and thereby which rule should prevail in a concrete situation.

The doctrine of supremacy of the ECJ appears to have obtained national acceptance to the extent that national courts set aside low-level national provisions when they conflict with EC law. However, it does not appear that the absolute supremacy doctrine has penetrated fully. The reason for this may possibly be referable to the ECJ's justification of the supremacy doctrine, that is, the concept of a transfer of sovereignty unlimited in time meaning that a Member State loses its sovereignty. The ECJ has not avoided formulating the ultimate consequence of this concept: the requirement that EC law should prevail over the constitutions of Member States.

Chapter 5 links the theoretical discussion in Chapter 2 on the nature and the context of legal interpretation with the description of the normative structure of EC law and the division of powers between EC law and national law. The chapter analyses the theoretical consequences of the ECJ's structuring of the EC's legal norms system and the division of powers between EC law and national law. The chapter is arranged around an analysis of the concept of sovereignty and a discussion of the competing sources of norms (authorities). *The principal question is how the concept of*

sovereignty and competing sources of norms shall be reconciled with the requirement for the coherence of the legal system.

One of the starting-points for the chapter is the paradox which, inter alia, was formulated by Weiler: at the same time as EC law underwent a dynamic development and created constitutional structures, the community also underwent political crises. This paradox has a certain relevance to the objectives of this study as it focuses on the importance of political developments for the judicial discretion of the ECJ. It is important not to characterize the current division of powers as exclusively generated by the ECJ. The legal and constitutional structural changes of the Community must be explained on the basis of the interaction between the Community's political and judicial processes.

Doubt is expressed in this chapter about the ECJ's doctrine of absolute supremacy of EC law as possessing the prerequisites to constitute the basis of a common *European constitution* for the Member States of the EU. It is pointed out here that the question of to what extent the Member States have devolved powers to the EU, both theoretically and practically, is an issue for the constitutional law of the Member States and for EC law.

By asserting its exclusive powers to review the legality of EC law, the Court has at the same time established its exclusive powers to determine the powers of the EU institutions. The functionally orientated argument for this position is the uniform interpretation and application of EC law within the whole of the Union. This interest must be set against the interest of Member States in asserting their constitutional integrity. It is unsure who the victor in this conflict of interest may be.

The reason for this legal imperfection is probably found in the Court's federal endeavour and territorial gains in the form of judicial integration, hardly having their equivalent in political integration, that is, integration realized through processes dominated by the political branches of the EU represented by the European Council, the European Commission and the Council of Ministers. It may be said that the Community's constitutional system suffers from structural inadequacies as the link between the legal and political processes is far too fluid.

Chapter 5 makes further efforts to conceptualize the relationship between EC law and national law as both a *polycentric* and an *institutional* problem. Firstly, the conflict of norms between EC law and national law raises the question of necessity, primarily for national judges, to make a choice between competitive authorities. Norms deriving from different norm makers are applicable to one and the same problem. Secondly, the

doctrine of supremacy's practical relevance is an institutional problem insofar as it is the national courts' acceptance of the rulings of the ECJ which finally determines the question of the EC law's effectiveness.

Furthermore, I would argue that European integration and the creation of constitutional structure with the doctrine of the absolute supremacy of the ECJ as a basis, is founded on a far too narrow concept of constitution. A constitutional claim has to comprise material constitutional political and moral values rather than unilaterally asserting the law as a means. A constitutional system must be founded on a clear division of powers within the EC and Member States. The general and goal-orientated character of the treaties, the indeterminacy of the objectives and the unclear division of powers contributes to the ECJ's idea of divided sovereignty forming a fragile theoretical basis for a constitutional law for the Community.

If EC law is to be analyzed on the basis of the ECJ's theory about the divisibility of sovereignty and treated as constitutional law, this must occur in a legal framework within which sovereignty is defined. The ECJ's doctrine concerning divisible sovereignty simply does not function as a basis for the development of constitutional EC law. This depends primarily on it not being possible to determine which sovereignty is limited by EC law and which sovereign authorities are bound by the legal system.

The chapter also discusses the extent to which legal theory can assist judges in making a choice between EC law and national law. Among other things, I endeavour in the chapter to show that Kelsen's concept of the grundnorm and the choice of grundnorm neither theoretically nor practically can be used as a starting-point to analyze the relationship between national law and EC law. I consider that the concept of the grundnorm together with the legally formalistic-orientated and fragile constitution claim has consequences for the normative judicial division of powers between the ECJ and national courts. This is primarily the result of the division of powers being based on a clear separation between EC law and national law. This dualistic position has consequences for the explanatory value of theories of legal positivism concerning the basis of the validity of EC law.

The theoretical consequences of the ECJ's justification of the doctrine of supremacy are extensive. If it is the case that the ECJ's doctrine of supremacy aims to change the basis of the validity of the EC legal system, it cannot itself be exposed to a test of validity and cannot thereby be considered to be legally valid. As the ECJ's doctrine of absolute supremacy lies beyond the reach of and outside national constitutions, the doctrine cannot be evaluated in terms of legality and validity. The ECJ's doctrine of a ''new

legal system'' is in this respect self-destructive. As it constitutes an alteration of the legal system's grundnorm, it cannot be legally binding for the courts in the Member States. Thus my point is that one cannot find legal justification for the doctrine of supremacy to be directly applicable and binding on the national courts.

Instead of making an ''all or nothing'' choice, I consider that the relationship between the legal systems interest may best be described from the starting-point where several applicable grundnorms exist in parallel and where several legal systems co-exist and overlap each other. The starting-point is that several authorities, institutions and sources of norms exercise influence on one and the same legal problem. The problem may concern the choice between national law and EC law in concrete situations where it is obvious that legal norms on the division of powers play a minor role and national economic and political considerations take over. The problem may also be raised by conflicts between national fundamental legal rules and EC law, where strict legal norms on the division of powers must be subordinated aspects such as civil service traditions, levels of awareness and knowledge and the general acceptance of the EU as a construction and conceptual base. The main point of the chapter is that legal theory (legal positivism) cannot serve as a starting-point for proposals to solve conflicts of norms between EC law and national law. Legal theory is only capable of referring the issue to political practice which, in its turn, raises the distinction between politics and law as a limitation on judicial discretion.

The requirements for coherence and competition between norms when interpreting law cause the doctrine of supremacy to have practical relevance to an institutional problem insofar as it is the national courts' acceptance of the rulings of the ECJ which finally determines the question of the effectiveness of EC law.

Chapters 6 and 7 relate the doctrine of supremacy to the division of judicial powers between the ECJ and national courts in accordance with the system for preliminary rulings under Article 177 of the EC Treaty. The division of powers between the EC Court and the national courts is, in my view, central to the understanding of the development of EC law. According to Article 177, the ECJ has no power to rule on the compatibility of national law and EC law. Despite this, it is common for the ECJ to exceed this limit.

I consider that Chapter 5 shows that the ECJ's doctrine of supremacy has not established a sound base for a new European constitutional system. The reason is that the Court's legal claim to propound constitutional doctrines

ignores the fact that confirmation of the existence of a new constitution may only be developed on the basis of substantive criteria, that is, ideological and moral values which can be related to constitutionalism and the notion of a state governed by law. At the same time the Treaty has no clear norms on the division of powers. The powers transferred to the Community are not clearly limited. On a more practical basis, one might nevertheless argue that a rule of recognition (Hart) or grundnorm (Kelsen) for the validity of EC law formulated by the ECJ has to some extent been accepted de facto by the Member States and in that connection by the national courts in particular. EC law is a living reality in the courts of the Member States although one may theoretically infer a problem about the issue of the extent of, and the theoretical basis for, the acknowledgement of the effects of EC law and its supremacy. However, what I have been able to conclude is that the ECJ's justification of the rule of supremacy has fundamental importance for the utilisation of judicial discretion in matters affecting, firstly, the division of judicial powers between the ECJ and national courts and, secondly, the division of legislative powers between the Community and the political bodies creating norms in the Member States.

The ECJ's doctrine of supremacy and the demand for uniform interpretation and application is regarded as ensured by the system of preliminary rulings in Article 177 of the EC Treaty. The significance of this legal measure to the ECJ's constitutional claims has almost been a *mantra* in the development of European jurisprudence. Most of the ECJ's doctrines concerning the relationship between EC law and national law are presented in the form of preliminary rulings, among them the doctrine of absolute supremacy of EC law.

Chapters 6 and 7 deal with the problematic issues raised by this view. It is possible that Article 177 has had greater importance for the effectiveness of EC law in the Member States. Private individuals have been able, in a large number of cases, to have their EC rights recognized by co-operation between the ECJ and national courts. However, it is difficult to adopt any solid position on the degree to which EC law is effective in the Member States. Furthermore, there are no reliable studies concerning non-compliance in the Member States. Instead there are indications of a rather elastic compliance as regards the ECJ's latest doctrines on effective legal protection.

In my opinion, Article 177 may, in the current normative structural level of development and the level of division of powers, constitute an obstacle to greater legal and political integration. An impediment to increased legal

integration results from both the doctrine of supremacy and Article 177's being based on the ECJ's dualistic view of the relationship between national law and EC law. This means that the ECJ only has power to interpret EC law and lacks formal power to interpret national law or examine its compatibility with EC law.

Thus the ECJ cannot use Article 177 as an instrument to examine national norms. Nevertheless, the court does so. The ECJ ignores the jurisdictional limits it has itself created by virtue of the doctrine of the absolute supremacy of EC law and its natural consequence: the strict division of powers between the ECJ and national courts under Article 177. Furthermore, the division of powers is based on the theoretically problematic distinction between the interpretation and the application of EC law.

In my view, the normative structural level of EC law and the division of powers between EC law and national law that follow from the ECJ's latest doctrines concerning effective legal protection, embracing the liability of the Member States to pay damages for breaches of EC law, forces the ECJ openly to exceed the formal jurisdictional limits it has itself erected – limits constituting the basis for the ECJ's doctrine of supremacy. This is indicated particularly in cases concerning the Member States'liability for damages where the ECJ formulates criteria for the character of normative conflict. Although the ECJ recognizes that it is the responsibility of the national courts to assess whether the criteria are satisfied, the ECJ expresses itself regarding the character of normative conflict, that is, whether it is *sufficiently clear* in order to impose liability for damages on the Member States.

In order to demonstrate the limitations which Article 177 involves for the judicial discretion of the ECJ, Chapters 6 and 7 put the ECJ's doctrines concerning the relationship between the legal systems in an institutional jurisdictional context. In this connection, it is stressed that, whilst the ECJ, formally speaking, derives its legal powers from the provisions of the Treaty, it has its basis within the field encompassed by EC law and the legal systems of the Member States.

Within the framework of the system for preliminary rulings we can observe and analyze the practical applications of the ECJ's doctrine of supremacy. A precondition to enable the realisation of the doctrine of supremacy and to put it into practice as concrete legal rulings is that the ECJ establishes a relationship with national courts based on mutuality and trust. This is important as private individuals cannot pursue national decisions and judgments to the ECJ and also because the ECJ does not possess any

means to compel compliance with its rulings. Thus Article 177 is based on a co-operation or a collaboration between the ECJ and national courts. Formally speaking, there is, according to the ECJ, no hierarchical relationship between the collaborating partners. They are each contained by their own systems and operate these within the framework of their powers.

When exercising judicial discretion under Article 177, the ECJ formulates legal norms which must be acceptable to the surrounding normative system. The norm must fit into the institutional system within which it is created. Furthermore, the norm must fit into the intra-institutional constitutional system which is governed by principles of the separation of powers and distribution of jurisdiction. In this norm-forming role the ECJ often finds itself forced to undertake a relatively deep analysis of the national rules in order to determine the scope of their effect and to determine their compatibility with EC law. This relationship brings to the fore an important and fundamental limitation on the jurisdiction of the ECJ.

The ECJ's endeavour to strengthen the legal protection for private individuals must be viewed against the background of the ECJ's interpretation of the division of jurisdiction under Article 177. It is through the interaction and link between the ECJ's doctrines on the legal protection of private individuals and the division of jurisdiction under Article 177 that the EC law's influence on national constitutional and procedural autonomy may be deduced.

In *Chapter 7* the complex problems concerning the division of jurisdiction are discussed in greater depth. It is shown here how the ECJ endeavours to maintain a clear division of jurisdiction between EC law and national law, between the ECJ and national courts, when it formulates *conditions for admissibility* of references for interpretation. In a number of cases the Court has endeavoured to provide national judges with guidance on how a request for a preliminary ruling should be structured in order to fulfil the conditions of admissibility.

The Chapter shows that the ECJ has largely failed in formulating fixed criteria to be applied by national judges when they structure their requests for preliminary rulings and formulate their references for interpretation. In my opinion, the reason for the ambiguity may be that the ECJ in its endeavour to achieve, as far as possible, unanimous interpretation and application, accepts and deals with requests for preliminary rulings on the merits although the requests may be inadequate as regards the conditions for admissibility but are considered relevant for the development of EC law for other reasons.

In my view, one of the underlying explanations for the unclear range of jurisdiction may be sought in the relationship between the conditions for admissibility and the *structure* and *effects* of the preliminary rulings. If the ECJ accepts references for interpretation in cases where it is not clear about the national dispute's legal and factual context and the relevance of the reference for interpretation to EC law, the ECJ's preliminary rulings risk either becoming irrelevant for the national court determining the dispute or encroaching into the national court's jurisdiction. The conditions for admissibility are thus placed in direct relation to the structure of the preliminary ruling and its legal effects when resolving the national dispute.

One of the reasons for the unclear range of jurisdiction is the ECJ's *pragmatic* position regarding references for interpretation from the national courts. The pragmatic position may be said to consist of the ECJ's desire to assist the national judge to solve the national dispute and to provide an interpretation which interweaves the factual circumstances of the national dispute and legal questions arising on interpretation of the EC legal norm. The concrete structure of interpretation then results in the national judge being denied any discretion in application himself. The distinction between the interpretation and the application of EC law is thereby blurred.

The adoption of a pragmatic position by the ECJ – coupled with the fact that the majority of references for interpretation raise normative conflicts between EC law and national law – results in the ECJ's interpretation of EC law often providing clear information regarding the *compatibility of EC law and national law*. In practice, the ECJ in these cases performs a review of the legality of national law. If the ECJ's ''interpretation'' of EC law results in an indication that national rules conflict with EC law, the national courts are obliged to ignore the national rules. Furthermore, the national political institutions are obliged to repeal the legislative provisions in question.

In order to resolve conflicts of norms the ECJ is inevitably obliged to interpret national law. The ECJ's interpretation of the EC legal norm is always governed by the facts of the case in issue in the national dispute. If the ECJ does not formally recognize the normative determination under Article 177 and adopts the position that this determination should be characterized as ''pragmatic interpretation'', the consequence is that the national rules must in principle be classified as facts of the case.

A further important aspect referable to the limitations of the ECJ's judicial discretion is the difficulty in differentiating between interpretation and application. Article 177 can in this connection be said to include an inherent indeterminacy. These qualities create judicial discretion which is a decisive

factor for the ECJ's prospects for developing doctrines concerning the EC law's effectiveness and effective legal protection for private individuals.

The objective has not been to claim that the ECJ *must* maintain a clear range of jurisdiction. My point is that the ECJ, against the background the normative structure of EC law and its range of jurisdiction, is *incapable* of maintaining a clear range of jurisdiction, whether it be between EC law and national law or between the ECJ and national courts.

The following *Chapters 8 and 9* question the notion whether two separate legal systems and a clear judicial range of jurisdiction are compatible with the role of the ECJ as a constitutional court and the endeavour to ensure the effectiveness of EC law.

Chapter 8 illustrates the increased importance of the legislative range of jurisdiction for the development of the Community. In this connection, I describe the role of the ECJ as distributor of jurisdiction, i.e. as a constitutional court. The ECJ's development of the doctrine of supremacy to a doctrine of *pre-emption* forms the basis of the main thesis of the Chapter: that the ECJ's doctrine of pre-emption is closely coupled to the division of jurisdiction between the ECJ and the national courts.

The ECJ's judicial discretion in distributing legislative powers is limited to a great extent by the fact that it may, formally speaking, only interpret EC law and does not have any power to control the compatibility of national legislation with EC law.

The problem with an evaluation of the role of the ECJ as a constitutional court and the characterisation of the EC Treaty as a common institution for the Member States is that the constitution's core and fundamental importance is the limitation of sovereignty. The purpose of the constitution is to limit all exercise of power with the aid of constitutional obligations. The limitation of power is the main principle of the constitution.

If EC law is to be treated as constitutional law, this must occur within a legal framework within which powers are defined. However, the problem with the division of jurisdiction norms formulated by the ECJ is that they do not provide any clear guidance for judging future cases. The definitions of the norms are generally framed and afford great scope for future judgments. The judicial discretion of the ECJ consequently appears to be great in the judging conflicts of jurisdiction between EC law and national law.

Furthermore, the ECJ's doctrine of pre-emption presupposes that the ECJ determines the objectives for of rules and relates these to the area of application of the national rules. The ECJ is, according to this analysis, obliged to undertake a relatively comprehensive review of the national

rules to determine the scope of their effect. This fact raises an important and fundamental limitation on the powers of the ECJ. According to Article 177 EC, the ECJ does not possess power to express its views about the compatibility of national rules and EC rules. Nonetheless, it is common for the ECJ to exceed this limit. The problem is underlined by the close relationship between the judicial and the legislative division of powers within EC law.

Furthermore, the relationship also raises the principle of subsidiarity, which has not yet been judicially tested. In the future, however, the principle of subsidiarity might possibly have significance for the interpretation of Article 177 by the ECJ and for the division of jurisdiction between the ECJ and national courts in cases of pre-emption. It may be important as it might be used as an interpretive factor when structuring clearer criteria for the division of responsibilities between the ECJ and the national courts.

In *Chapter 9* the constitutional consequences for the Member States of the pragmatic interpretation of Article 177 by the ECJ is pointed out. How is the division of powers between the courts and the legislator in the national constitutional systems affected by the interpretation of Article 177 and the development of principles concerning the liability of Member States to pay damages and effective legal protection?

The preliminary rulings of the ECJ have constitutional and procedural consequences for the Member States. These raise limitations on the ECJ's judicial discretion in connection with the national regime's constitutional and procedural autonomy. The chapter points out the extent to which the ECJ's judicial discretion is limited with reference to national constitutional and procedural factors.

The analysis of the rulings of the ECJ concerning the legal protection of private individuals is aimed at giving concrete form to the ECJ's dynamic legal interpretation. The legal protection by the ECJ of the EC rights of private individuals is primarily founded on judge-made law in the form of unwritten legal principles and thereby constitutes an example of an extensive utilization of the judicial discretion of the ECJ.

The ECJ has by consistent practice indicated that it requires the courts of the Member States to guarantee the legal protection of private individuals derived from the direct effect of EC law by applying the principle of loyalty prescribed by Article 5 EC.

According to the ECJ, the principle means that in the absence of EC law to regulate an area, the national legal system of every Member State should state both which courts are competent and which procedures are available

for the commencement of proceedings designed to guarantee private individuals the rights derived from the direct effect of EC law. These procedures should not be less advantageous than those applicable to similar actions under national law. Neither should it be practically impossible or excessively difficult to exercise those rights which derive from EC law.

The ECJ's development of principles on the effectiveness of EC law, the legal protection of private individuals and the liability in damages of Member States results in a reinforcement of the power of national courts in relation to political power. The principles have of course been given effect in the Member States by the application of the system of preliminary rulings under Article 177. Implementation is thereby dependent on the rulings of the ECJ being accepted by national courts.

A fundamental reason for acceptance is that Article 177 is based on a strict division of jurisdiction between the EC court and national courts and also because national courts in their turn *feel* themselves to be independent in relation to the ECJ when applying EC law. However, as shown in Chapters 6-8, division of jurisdiction is to some extent an illusion. Instead of being regarded as independently applying EC law, the national courts can to a certain extent be regarded as the extended arm by which the ECJ implements its juridical ideology.

The ECJ's doctrines concerning the relationship between national law and EC law and, above all else, the principle of effectiveness and the principle of the liability in damages of the Member States for breaches of EC law, taken together mean that the national constitutional structures are transformed by the pragmatic interpretation of Article 177. One may speak of a continuing *constitutional revolution.*

In *Chapter 10, Brasserie du pêcheur* and some other constitutional judgments are discussed on the basis of the assumption of limited judicial discretion. The choice of judgments is based on the fact that they concern both the legislative and the institutional division of jurisdiction between the EU and the Member States and are examples of the interpretive style of the ECJ. They thereby function as a good basis for a theoretical discussion about the limits on the legitimate exercise of judicial discretion by the ECJ.

Some jurisprudential evaluations of the legal practice of the ECJ are analyzed in conjunction with the cases. I link this to the introductory discussion in Chapter 2 about the requirements for the legality and legitimacy of the application of law and that examination's internal and external level of justification. Consequently, the Chapter is methodologically and theoretically orientated and of a summary nature.

In order to assess whether the criticism directed at the ECJ's use of judicial discretion is justified, there is good reason to investigate on which methods and theoretical basis the criticism is founded. The criticism can only be comprehended if its basis is understood.

For my own part I have in this investigation endeavoured to criticize the ECJ's interpretation of Article 177 on the basis of a theory which considers that the relationship between the normative structure of EC law and the division of jurisdiction imposes limits on the judicial discretion of the ECJ.

By way of introduction, the chapter deals with the ECJ's own justification practice as a starting-point for criticism. In this connection an investigation (Bengoetxeas) is analyzed the methodology and theory of which implies that it is not possible to place any normative claim on the justification practice of the ECJ. Consequently, there is no possibility for normative criticism and the only thing remaining is to reconstruct rational explanations of the ECJ's own justificatory practice.

I subsequently point out that investigations aimed at empirically determining reactions to the Court's rulings, in order then to endeavour to establish a connection between reaction and determination, involve a methodological tension. An investigation such as Rasmussen's (On Law and Policy in the European Court of Justice, 1986) orientated at determining the *causes* of why judges adopt a choice consciously distances itself from the legal *foundation* of the choice.

In Rasmussen's study (second level of analysis) it appears that the sources of law are significant as factors which actually exist as *causes* of the judge's choice in hard cases. This is a *descriptive* starting-point in the sense that the answer may be sought through socio-psychological investigations of the judge's reasons for deciding the case. This starting-point should not be confused with the issue of the normative function of the sources of law as limiting judicial discretion.

It is virtually obvious that courts do not have unlimited power to pursue their political goals. Even if it is fruitful for the understanding of judicial decision-making to endeavour to determine the political limits of judicial discretion, there nevertheless remains the question of whether there are any actual limits on what a court is legally obliged to do and what a court can – from the political viewpoint – avoid doing. The problem with Rasmussen's investigation is that while he in principle considers it impossible to conduct a legally normative orientated examination – which with legal norms as a basis endeavours to establish the limits on legitimate judicial discretion – he abstains from introducing a normative element in his sociological yardstick.

The Chapter stresses that both the internal and the external justification levels concern normative issues. The internal level relates the Court's rulings to the existing framework of legal norms – while the external level relates rulings to overall ideals and to the legal system's external factors – as reactions from the surrounding environment of institutions and interest groups. The normative element required for an evaluation of the rulings of the ECJ at the external justification level is consequently a *theory of legitimacy* for EC law.

Even if descriptively orientated studies enhance our understanding of EC law in political respects, they tend to distance themselves from normative evaluations. The result is that jurists, in an endeavour to provide themselves with as highly sophisticated view of the ECJ and its institutional environment as possible, consciously or unconsciously refrain from forming normative theories about the ECJ's law-making.

Weiler's effort to explain the connection between the political and the legal integration constitutes the most interesting endeavour to depart from the descriptive and approach the normative [theory]. He emphasizes the political character of legal interpretation and considers that judicial discretion is limited by reactions from the socio-political environment, theories on the division of powers and concrete power relationships within the institutional structures. He has paid particular attention to the socio-cultural relationship between the ECJ and national courts. The normative aspects of Weiler's research are found in his later work, where he introduces a discussion concerning the need of new ideals as guiding-stars for the future development of the EU.

The consequence of Weiler's recognition of the political character of the interpretation of law and judicial discretion is that the normative theory of interpretation which he seeks in his review of Rasmussen requires a further criterion in order to be able to apply to the judicial practice of the ECJ. A normative theory of interpretation for determination of judicial discretion requires a comprehensive theory of legitimacy for the whole of the legal and institutional system; a system of legitimacy embracing the balancing of power and political ideals.

Concluding remarks

This investigation has endeavoured to show how the normative structure and the division of jurisdiction of EC law are related to the judicial discre-

tion of the ECJ. I consider that the relationship between the normative structure and the division of jurisdiction does not place any clear limits on the judicial discretion of the ECJ. By an extensive use of judicial discretion, the ECJ's interpretation of the Treaty has led to restrictions on the procedural and constitutional autonomy of the Member States. This limitation has come about by collaboration between two phenomena: the pragmatic position of the ECJ regarding the judicial division of jurisdiction between the ECJ and national courts in accordance with the system for preliminary rulings and the doctrines concerning the effectiveness of EC law and effective legal protection for private individuals.

I have also shown that the development of the principles concerning EC law's effectiveness raises limitations on judicial discretion which are connected to the relationship between the legislative and the judicial division of jurisdiction.

The ECJ has, by using its judicial discretion, created a legal situation where every advance notification in constitutionally important issues stretches the limits of the judicial and legislative division of jurisdiction.

In order that this legal position should not put the legitimacy of the ECJ at risk, it is important that legal scholars direct legally based and theoretically justified criticism at the law-making activity of the ECJ.

A function of legal scholarship is to uncover whether jurisdiction is exceeded and whether judicial discretion is being used excessively. For if it is the case that the application of law by the ECJ is something other than it appears to be (logical, coherent and legally correct) the ECJ risks ultimately losing its legitimacy. Criticism by legal scholarship may in this connection contribute to the provision of renewed legitimacy and integrity for the ECJ as an institution. In my opinion, it is precisely in the tension between the requirements for predictability and legality on the one hand and legitimacy on the other that legal scholarship must fulfil an important responsibility.

Källförteckning

Rättsfall från EG-domstolen (efter målnummer)

Mål 8/55 Fédéchar [1956] ECR 263. 210
Målen 7/56, 3-7/57 Algera [1957-58] ECR 39. 191, 192
Mål 6/60 Humblet [1960] ECR 559. 116, 254, 368
Mål 9/61 Netherlands v High Authority [1962] ECR 213. 98
Mål 13/61 Bosch [1962] ECR 45. 251, 253
Mål 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR 1. 88, 91, 106, 124, 148, 154, 165, 192, 206, 210, 282, 287, 300, 311, 402
Mål 28-30/62 da Costa [1963] ECR 31. 287, 288
Mål 90 och 91/63 Commission v Luxembourg and Belgium [1964] ECR 625. 169
Mål 6/64 Costa v Enel [1964] ECR 585. 88, 106, 148, 158, 189, 192, 201, 206, 207, 225, 253, 300, 402, 409
Mål 20/64 Albatros [1965] ECR 29. 253, 311
Mål 16/65 Schwarze [1965] ECR 877. 253, 297
Mål 44/65 Hessische Knappschaft [1965] ECR 965. 255, 269
Mål 56/65 Société Technique Minière [1966] ECR 235. 253, 312
Mål 57/65 Lütticke [1966] ECR 205. 97
Mål 61/65 Vassen [1966] ECR 272. 282
Mål 13/67 Becher [1968] ECR 187. 254, 300
Mål 28/67 Molkerei-Zentrale [1968] ECR 143. 97, 256, 324
Mål 31/67 Stier [1968] ECR 351. 339
Mål 13/68 Salgoil [1968] ECR 453. 253, 365
Mål 14/68 Walt Wilhelm [1969] ECR 1. 179, 346, 347, 330
Mål 24/68 Commission v Italy [1969] ECR 193. 338
Mål 10/69 Portelange [1969] ECR 309. 300
Mål 26/69 Stauder [1969] ECR 419. 107
Mål 40/69 Hauptzollamt Hamburg [1970] ECR 69. 303
Mål 9/70 Grad [1970] ECR 825. 129

Mål 11/70 Internationale Handelsgesellschaft [1970] ECR 1125. 106, 158, 164, 206, 252
Mål 22/70 ERTA [1971] ECR 263. 95, 106
Mål 28/70 Witt [1970] ECR 1021. 300
Mål 12-14/71 Henck [1971] ECR 743. 298, 312
Mål 36/71 Emden [1972] ECR 187. 301
Mål 43/71 Politi [1971] ECR 1039. 129
Mål 84/71 Marimex [1972] ECR 89. 129
Mål 93/71 Leonisio [1972] ECR 287. 129
Mål 1/72 Frilli [1972] ECR 457. 107
Mål 6/72 Continental Can [1973] ECR 215. 116
Mål 21-24/72 International Fruit III [1972] ECR 1219. 106
Mål 30/72 Commission v Italy [1973] ECR 161. 158, 180
Mål 39/72 Commission v Italy [1973] ECR 101. 369
Mål 77/72 Capolongo [1973] ECR 611. 298
Mål 4/73 Nold [1974] ECR 491. 107
Mål 34/73 Variola [1973] ECR 981. 128
Mål 130/73 Vandeweghe [1973] ECR 1333. 300
Mål 166/73 Rheinmühlen [1974] ECR 33. 110, 251, 258, 391
Mål 183/73 OSRAM [1974] ECR 477. 301
Mål 192/73 Kaffee Hag I [1974] ECR 731. 100
Mål 2/74 Reyners [1974] ECR 631. 106, 206
Mål 8/74 Dassonville [1974] ECR 837. 100
Mål 9/74 Casagrande [1974] ECR 773. 156, 253, 280, 297, 306, 354, 382, 412
Mål 17/74 Transocean [1974] ECR 1063. 108
Mål 27/74 Demag [1974] ECR 1037. 298
Mål 31/74 Galli [1975] ECR 47. 128, 337, 340
Mål 32/74 Haaga [1974] ECR 1201. 283, 285
Mål 36/74 Walrave [1974] ECR 1405. 128
Mål 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337. 106, 131, 206, 402
Mål 32/75 Cristini [1975] ECR 1096. 253, 302
Mål 35/75 Matisa [1975] ECR 1205. 117, 302
Mål 36/75 Rutili [1975] ECR 1219. 107
Mål 43/75 Defrenne [1976] ECR 455. 106, 128, 206, 431
Mål 59/75 Manghera [1976] ECR 91. 230
Mål 60/75 Russo [1976] ECR 45. 302, 369
Mål 65/75 Tasca [1976] ECR 291. 129
Opinion 1/76 Inland Waterways [1977] ECR 741. 106, 210, 324, 411

Mål 3,4 och 6/76 Kramer [1976] ECR 1279. 178
Mål 33/76 Rewe [1976] ECR 1989. 110, 257, 263, 363, 364, 390, 393, 409
Mål 35/76 Simmenthal I [1976] ECR 1871. 159
Mål 45/76 Comet [1976] ECR 2043. 110, 257, 364, 366, 393, 409
Mål 50/76 Siergewassen [1977] ECR 137. 179
Mål 51/76 Verbond van Nederlandse Ondernemingen [1977] ECR 113. 133
Mål 52/76 Benidetti [1977] ECR 163. 270
Mål 74/76 Meroni [1977] ECR 557. 128
Mål 110/76 Pretore di Cento [1977] ECR 851. 285
Mål 5/77 Tedeschi [1977] ECR 1574. 156, 253, 280, 297, 306, 344, 354, 382, 412
Mål 70/77 Simmenthal III [1978] ECR 1453. 292
Målen 103 och 147/77 Royal Scholten-Honig [1978] ECR 2037. 107
Mål 106/77 Simmenthal [1978] ECR 629. 89, 106, 148, 158, 159, 172, 206, 324, 325, 332, 388, 389, 392, 402
Mål 148/77 Hansen [1978] ECR 1787. 349
Mål 83/78 Pigs Marketing Board [1978] ECR 2347. 128, 273, 291, 344
Mål 101/78 Granaria [1979] ECR 623. 369
Mål 120/78 Cassis de Dijon [1979] ECR 649. 107
Mål 130/78 Cornuda [1979] ERC 867. 180
Mål 141/78 France v UK [1979] ECR 2923. 103
Mål 148/78 Ratti [1979] ECR 1629. 106, 129, 131, 133, 153, 180, 206, 402
Mål 177/78 Pigs and Bacon Commission [1979] ECR 2161. 309
Mål 240/78 Atalanta Amsterdam [1979] ECR 2137. 179
Mål 244/78 Union Laitière Normande [1979] 2663. 133, 270, 307, 312
Mål 251/78 Denkavit [1979] ECR 3369. 344
Mål 21/79 Commission v Italy [1980] ECR 1. 349
Mål 32/79 Commission v UK [1980] ECR 2403. 180
Mål 34/79 Henn & Darby [1979] ECR 3795. 307
Mål 54/79 Bahner [1980] ECR 311. 301
Mål 61/79 Denkavit [1980] ECR 1205. 393
Mål 68/79 Hans Just [1980] ECR 501. 110, 263, 364, 409
Mål 104/79 Foglia v Novello [1980] ECR 745. 97, 102, 252, 275, 311
Mål 130/79 Express Dairy Foods [1980] ECR 1887. 393
Mål 131/79 Santillo [1980] ECR 1585. 128
Mål 138/79 Roquette Frères [1980] ECR 3333. 183, 185

Mål 139/79 Maizena [1980] ECR 3393. 183
Mål 812/79 Burgoa [1980] ECR 2787. 308
Mål 826/79 Mireco [1980] ECR 2545. 393
Målen 36/80 och 71/80 Irish Creamery Milk Suppliers [1981] ECR 735. 270, 332, 342, 358
Mål 46/80 Vinal [1981] ECR 77. 339
Mål 66/80 Spa Int'l Chemical Corp [1981] ECR 1191. 288
Mål 113/80 Commission v Ireland [1981] ECR 1625. 107
Mål 126/80 Salonia [1981] ECR 1563. 303, 306, 314
Mål 138/80 Borker [1980] ECR 1975. 282
Mål 142 och 143/80 Amministrazione Delle Finanze Dellostato [1981] ECR 1413. 210
Målen 158/80 Rewe [1981] ECR 1805. 365
Målen 188-190/80 France et al v Commission [1982] ECR 2545. 183, 185
Mål 244/80 Foglia v Novello II [1981] ECR 3045. 97, 102, 270, 310
Mål 246/80 Broekmeulen [1981] ECR 2311. 282
Mål 270/80 Polydor [1982] ECR 329. 91, 278,
Mål 8/81 Becker [1982] ECR 53. 131, 132, 134, 153, 154
Mål 53/81 Levin [1982] ECR 1035. 352
Mål 54/81 Fromme [1982] ECR 1449. 180
Mål 102/81 Nordsee II [1982] ECR 1095. 282
Mål 104/81 Kupferberg [1982] ECR 3641. 106
Mål 132/81 Vlaeminck [1982] ECR 2953. 314
Mål 261/81 Rauh [1982] ECR 3961. 276
Mål 267 och 269/81 SPI & SAMI [1983] ECR 801. 95
Mål 283/81 CILFIT [1982] ECR 3415. 97, 114, 116, 256, 258, 259, 286, 288, 289
Mål 286/81 Oosthoek [1982] ECR 4575. 343
Målen 314–316/81 och 83/82 Waterkeyn [1982] ECR 4337. 180
Mål 39/82 Donner [1983] ECR 19. 338
Mål 87/82 Rogers v Darthenay [1983] ECR 1579. 128
Mål 149/82 Robards [1993] ECR 171. 273
Mål 199/82 San Giorgio [1983] ECR 3595. 110, 111, 262, 351, 364, 409
Mål 205-215/82 Milchkontor [1983] ECR 2633. 180, 251
Mål 232/82 II Baccini [1983] ECR 595. 156, 253, 280, 297, 306, 354, 354, 383, 412
Mål 292/82 Merck [1983] ECR 3781. 291
Mål 14/83 von Colson [1984] ECR 1891. 39, 96, 138, 180

Mål 15/83 Denkavit [1984] ECR 2171. 356
Mål 16/83 Prantl [1984] ECR 1299. 308, 337, 341
Mål 37/83 Rewe [1984] ECR 1229. 230
Mål 77/83 CILFIT II [1984] ECR 1257. 97
Mål 79/83 Harz [1984] ECR 1291. 138, 179
Mål 293/83 Gravier [1985] ECR 593. 324
Mål 294/83 Les Verts [1986] ECR 1139. 206, 210, 263, 401, 411, 412, 431
Mål 41/84 Pinna [1986] ECR 1. 230
Mål 103/84 Commission v Italy [1986] ECR 1759. 369
Mål 152/84 Marshall [1986] ECR 723. 99, 133, 134, 135, 138, 139, 141
Mål 178/84 Commission v Germany [1987] ECR 1227. 264, 371
Mål 181/84 Man Sugar [1985] ECR 2889. 356
Mål 179/84 Bozetti [1985] ECR 2301. 365
Mål 195/84 Denkavit [1985] ECR 3181. 336
Mål 200/84 Daiber [1985] ECR 3363. 303
Mål 222/84 Johnston [1986] ECR 1651. 133, 137, 389
Mål 224/84 Johnston [1986] ECR 1451. 111, 350, 364
Mål 295/84 Wilmot [1985] ECR 3759. 340
Mål 309/84 Commission v Italy [1986] ECR 599. 369
Mål 69/85 Wünsche [1986] ECR 947. 255
Mål 71/85 Netherlands v Federatie Nederlandse Vakbeveging [1986] ECR 3855. 132, 146
Mål 98, 162 och 258/85 Bertini [1986] ECR 1885. 272
Mål 139/85 Kempf [1986] ECR 1741. 352
Mål 148/85 Forest [1986] ECR 3449. 309
Mål 154/85 Commission v Italy [1987] ECR 2717. 369
Mål 168/85 Commission v Italy [1986] ECR 2945. 374
Mål 201/85 Klensch [1986] ECR 3477. 95
Mål 218/85 CERAFEL [1986] ECR 3513. 191, 325
Målen 281/85, 283-285/85 Germany et al v Commission [1987] ECR 3203. 183
Mål 309/85 Barra [1988] ECR 355. 262
Mål 311/85 Vlaamse [1987] ECR 3801. 305
Mål 314/85 Foto Frost [1987] ECR 4199. 168, 258, 260
Mål 331/85, 376/85 och 378/85 Bianco och Girard [1988] ECR 1099. 110, 364, 409
Mål 424 och 425/85 Frico [1987] ECR 2768. 341
Mål 14/86 Pretore di Saló [1987] ECR 2545. 97, 134, 272

Mål 45/86 Commission v Council [1987] ECR 1493. 182, 185
Mål 53/86 Romkes [1988] ECR 2691. 335
Mål 60/86 Commission v United Kingdom [1988] ECR 3921. 342
Mål 68/86 United Kingdom v Council [1988] ECR 855. 182, 185
Mål 80/86 Kolpinghuis Nijmegen [1987] ECR 3969. 134, 138, 140
Mål 104/86 Commission v Italy [1988] ECR 1799. 364
Mål 222/86 Heylens [1987] ECR 4097. 257, 264, 362, 397
Mål 240/86 Commission v Greece [1988] ECR 1835. 368, 369
Mål 252/86 Bergandi [1988] ECR 1343. 339, 340
Mål 255/86 Commission v Belgium [1988] ECR 693. 326, 341
Mål 302/86 Commission v Denmark [1988] ECR 4607. 343
Mål 22/87 Commission v Italy [1990] ECR 3917. 136, 144
Mål 123/87 och 330/87 Jeunehomme och EGI [1988] ECR 4517. 364
Mål 190/87 Moormann [1988] ECR 4689. 131
Mål 228/87 Pretura unificata di Torino [1988] ECR 5099. 285
Mål 240/87 Deville [1988] ECR 3513. 397
Mål 302/87 Parliament v Council [1988] ECR 5615. 413
Mål 380/87 Enichem Base [1989] ECR 2491. 132, 150
Mål C-49/88 Al-Jubail Fertilizer [1991] ECR I-3187. 111, 351, 364
Mål 68/88 Commission v Creece [1989] ECR 2965. 263
Mål C-70/88 Parliament v Council [1990] ECR I-2041. 412, 413, 431
Målen 93-94/88 Wisselink [1989] ECR 2671. 339
Mål C-102/88 Ruzius-Wilbrink [1989] ECR 4311. 352
Mål C-103/88 Costanzo [1989] ECR 1839. 147
Mål C-120/88 Commission v Italy [1991] ECR I-621. 374
Mål C-143/88 och C-92/89 Zuckerfabrik [1991] ECR I-415. 111, 258, 259, 260, 375, 394, 409
Målen 158/88 Commission v Ireland [1990] ECR 2367. 342, 357
Mål 171/88 Rinner-Kühn [1989] ECR 2743. 352
Mål C-145/88 Torfaen [1989] ECR 3815. 292, 307, 309, 313
Mål C-221/88 Busseni [1990] ECR I-495. 98
Mål C-249/88 Commission v Belgium [1991] ECR I-1275. 368, 369
Mål C-262/88 Barber [1990] ECR I-1889. 97
Mål C-286/88 Falciola [1990] ECR I-191. 302
Mål C-297/88, C-197/89 Dzodzi [1990] ECR I-3763. 276, 312, 314
Mål 306/88 Rochdale [1992] ECR I-6493. 309, 313
Mål C-361/88 Commission v Germany [1991] ECR I-2567. 368, 369
Mål C-362/88 GB-INNO v CCL [1990] ECR I-667. 343
Mål C-59/89 Commission v Germany [1991] ECR I-2607. 130, 133

Mål C-106/89 Marleasing [1990] ECR I-4135. 99, 138, 139, 140
Mål C-119/89 Commission v Spain [1991] ECR I-641. 374
Mål 188/89 Foster [1990] ECR I-3313. 135, 153
Mål C-213/89 Factortame [1990] ECR I-2433. 97, 149, 160, 161, 162, 163, 181, 257, 258, 350, 363, 391
Målen C-221/89 och C-246/89 Factortame II [1991] ECR 3905. 372, 373
Mål C-229/89 Commission v Belgium [1991] ECR I-2205. 353
Mål C-231/89 Gmurzynska-Bscher [1990] ECR I-4003. 273, 312, 314
Mål C-241/89 SARP [1990] ECR I-4695. 292
Mål 246/89 Commission v United Kingdom [1989] ECR 3125. 373
Mål C-246/89 [1991] ECR I-4585. 373
Mål C-260/89 ERT [1991] ECR I-2925. 107, 207
Mål C-312/89 Conforama [1991] ECR I-997. 307, 308, 309, 313
Mål C-314/89 Rauh [1991] ECR I-1647. 117
Mål C-332/89 Merhandise [1991] ECR 1012. 308, 309, 313
Mål C-338/89 Danske Slagterier [1991]ECR I-2315. 291
Mål C-6/90 och C-9/90 Francovich [1991] ECR I-5357. 110, 115, 129, 134, 135, 137, 141, 145, 148, 149, 150, 151, 206, 254, 257, 258, 350, 363 ff, 370, 376, 402, 403, 408, 409
Målen C-19/90 och C-20/90 Karella [1991] ECR I-2691. 132, 146
Målen C-90/90 och C-91/90 Neu [1991] ECR I-3617. 96
Målen C-106/90, C-317/90 och C-129/91 Emerald Meats [1993] ECR I-209. 263
Mål C-109/90 Grant [1991] ECR I-1385. 339
Mål C-159/90 Grogan [1991] ECR I-4685. 221
Mål C-186/90 Durighello [1991] ECR I-4003. 273
Mål C-200/90 Denkavit [1992] ECR 2217. 338
Mål C-203/90 Gutshof-Ei [1992] ECR I-1003. 291
Mål C-204/90 Bachmann [1992] ECR I-249. 347
Mål C-208/90 Emmot [1991] ECR I-4269. 133, 262
Mål C-235/90 Morvan [1991] ECR I-5419. 291
Mål C-300/90 Commission v Belgium [1992] ECR I-305. 347
Mål C-304/90 och C-169/91 B & Q [1992] ECR I-6493. 313
Mål C-320/90 och C-322/90 Telemarsicabruzzo [1993] ECR I-393. 270, 277, 313
Opinion 1/91 [1991] ECR I-6079. 126, 192, 210, 256, 278, 397, 411
Opinion 2/91 [1993] ECR I-1061. 103, 186
Mål C-10/91 Kaffee Hag II [1990] ECR 3711. 100

Mål C-67/91 Espanola [1992] ECR I-4785. 274
Mål C-83/91 Meilieke [1992] ECR I-4871. 273, 274
Mål C-96/91 Commission v Spain [1993] ECR I-3789. 258, 364
Mål C-156/91 Hansa Fleisch [1992] ECR I-5567. 130, 140
Mål C-169/91 B & Q [1992] ECR I-6635. 293, 309, 313
Mål C-181/91 och C-248/91 Parliament v Council [1993] ECR I-3685. 103
Mål C-188/91 Deutsche Shell [1993] ECR I-363. 275, 301
Mål C-267/91 och C-268/91 Keck [1993] ECR I-6097. 100, 293, 350
Mål C-271/91 Marshall II [1993] ECR I-4367. 111, 133, 134, 351, 364
Mål C-312/91 Metalsa [1993] ECR I-3751. 278
Mål C-24/92 Corbiau [1993] ECR I-1277. 395
Mål C-91/92 Faccini Dori [1994] ECR I-3325. 134, 138, 141, 150
Mål C-157/92 Banchero [1993] ECR I-1085. 270, 277, 313
Mål C-292/92 Hünermund [1993] ECR I-6787. 350
Mål C-271/92 Prothèse Oculaires [1993] ECR I-2899. 343
Mål C-315/92 Clinique [1994] ECR I-137. 350
Mål C-332/92, C-333/92 och C-335/92 Eurico Italia [1994] ECR I-711. 274, 275
Mål C-334/92 Miret [1993] ECR I-6911. 138, 144, 146, 147, 150, 151
Mål C-343/92 Roks [1994] ECR I-571. 353
Mål C-386/92 Monin Automobiles [1993] ECR I-2049. 270, 277, 313
Mål C-393/92 Almelo [1994] ECR I-1477. 283
Mål C-410/92 Johnson [1994] ECR I-5483. 262
Mål 18/93 Corsica Ferries [1994] ECR I-1783. 283, 284
Målen C-46/93 och C-48/93 Brasserie du pêcheur (Factortame III) äep. 41, 73, 105, 106, 108, 111, 114, 115, 135, 137, 150, 206, 308, 350, 351, 363, 364, 367, 370, 376, 383, 394, 399, 402, 404, 407, 412, 419, 421
Mål C-62/93 Soupergaz [1995] ECR I-1883. 253, 262, 280, 297, 301, 306, 354, 382, 412
Mål C-69/93 Punto Casa [1994] ECR I-2355. 292
Mål C-258/93 PPV [1994] ECR I-2355. 292
Mål C-312/93 Peterbroeck äep. 110, 394, 395, 409
Mål C-316/93 Vaneetveld [1994] ECR I-763. 270
Mål C-317/93 Nolte äep. 351, 354
Mål C-378/93 La Pyramide [1994] I-3999. 270
Mål C-392/93 British Telecom äep. 387
Mål C-412/93 Leclerc-Siplec [1995] ECR I-179. 273, 350

Mål C-415/93 Bosman äep. 273
Mål C-418/93 Semeraro Casa äep. 292, 293, 294, 359
Mål C-430/93 och C-431/93 Van Schijndel äep. 109, 110, 390, 396, 409
Mål C-444/93 Megner äep. 351
Mål C-465/93 Atlanta äep. 165, 260
Mål C-458/93 Saddik [1995] ECR I-511. 270
Opinion 2/94 av den 28 mars 1996 äep. 186, 205, 207
Mål C-5/94 Hedley Lomas äep. 206, 344, 386, 388
Mål C-58/94 Netherlands v Council äep. 104
Mål C-111/94 Job center äep. 283, 284, 285
Mål C-125/94 Aprile äep. 274
Mål C-129/94 Ruiz-Bernáldez äep. 275
Mål C-134/94 Esso Espanola äep. 270
Mål C-143/94 Furlanis costruzioni generali äep. 274
Mål C-167/94 Grau Gomis [1995] ECR I-1023. 270
Mål C-177/94 Perfili äep. 253, 280, 297, 306, 354, 382, 412
Målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94 Dillenkofer äep. 130, 133, 152, 155, 206
Mål C-192/94 El Corte Inglés äep. 141
Mål C-268/94 Portugal v Council äea. 94
Mål C-283/94, C-291/94 och C-292/94 Denkavit International äep. 275, 387
Mål C-28/95 Leur-Bloem äea. 276, 277
Mål C-130/95 Giloy äea. 276, 277
Mål C-307/95 Max Mara Fashion äep. 102, 103, 271, 295
Mål C-329/95 V A G Sverige AB äea. 284
Mål C-101/96 Testa äea. 271

Rättsfall från EG-domstolen (alfabetiskt)

Albatros, mål 20/64 [1965]ECR 29. 253, 311
Algera, målen 7/56, 3-7/57 [1957-58] ECR 39. 191, 192
Al-Jubail, mål C-49/88[1991] ECR I-3187. 111, 351, 364
Almelo, mål C-393/92 [1994] ECR I-1477. 283
Amministrazione Delle Finanze Dellostate, mål 142 & 143/80 [1981] ECR 1413. 210
Aprile, mål C-125/95, äep. 274
Atalanta Amsterdam, mål 240/78 [1979] ECR 2137. 179
Atlanta, mål C-465/93 äep. 165, 260

B & Q, mål C-304/90 och C-169/91 [1992] ECR I-6493. 293, 309, 313
Banchero, mål C-157/92 [1993] ECR I-1085. 270, 277, 313
Bachmann, mål C-204/90 [1992] ECR I-0249. 347
Bahner, mål 54/79 [1980] ECR 311. 301
Barber, mål C-262/88 [1990] ECR I-1889. 97
Barra, mål 309/85 [1988] ECR 355. 262
Becher, mål 13/67 [1968] ECR 187. 254, 300
Becker, mål 8/81 [1982] ECR 53. 131, 132, 134, 153, 154
Benidetti, mål 52/76 [1977] ECR 163. 270
Bergandi, mål 252/86 [1988] ECR 1343. 339, 340
Bertini, mål 98, 162 och 258/85 [1986] ECR 1885. 272
Bianco och Girard, mål 331/85, 376/85 och 378/85 [1988] ECR 1099. 110, 364, 409
Borker, mål 138/80 [1980] ECR 1975. 282
Bosch, mål 13/61 [1962] ECR 45. 251, 253
Bosman, mål C-415/93 äep. 273
Bozetti, mål 179/84 [1985] ECR 2301. 365
Brasserie du Pêcheur/Factortame III, målen C-46/93 och C-48/93 äep. 41, 73, 105, 106, 108, 111, 114, 115, 135, 137, 150, 206, 308, 350, 351, 363, 364, 367, 370, 376, 383, 394, 399, 402, 404, 407, 412, 419, 421
British Telecom, mål C-392/93 äep. 387
Broekmeulen, mål 246/80 [1981] ECR 2311. 282
Burgoa, mål 812/79 [1980] ECR 2787. 308
Busseni, mål C-221/88 [1990] ECR I-495. 98

Capolongo, mål 77/72 [1973] ECR 611. 298

Casagrande, mål 9/74 [1974] ECR 773. 156, 253, 280, 297, 306, 354, 382, 412
Cassis de Dijon, mål 120/78 [1979] ECR 649. 107
CERAFEL, mål 218/85 [1986] ECR 3513. 191, 325
CILFIT, mål 283/81 [1982] ECR 3415. 97, 114, 116, 256, 258, 259, 286, 288, 289
CILFIT II, mål 77/83 [1984] ECR 1257. 97
Clinique, mål C-315/92 [1994] ECR I-137. 350
Comet, mål 45/76 [1976] ECR 2043. 110, 257, 364, 366, 393, 409
Commission v Belgium, mål 255/86 [1988] ECR 693. 326, 341
Commission v Belgium, mål C-249/88 [1991] ECR I-1275. 368, 369
Commission v Belgium, mål C-229/89 [1991] ECR I-2205. 353
Commission v Belgium, mål C-300/90 [1992] ECR I-0305. 347
Commission v Council, mål 45/86 [1987] ECR 1493. 182, 185
Commission v Denmark, mål 302/86 [1988] ECR 4607. 343
Commission v Germany, mål 178/84 [1987] ECR 1227. 264, 371
Commission v Germany, mål C-361/88 [1991] ECR I-2567. 368, 369
Commission v Germany, mål C-59/89 [1991] ECR I-2607. 130, 133
Commission v Greece, mål 240/86 [1988] ECR 1835. 368, 369
Commission v Greece, mål 68/88 [1989] ECR 2965. 263
Commission v Ireland, mål 113/80 [1981] ECR 1625. 107
Commission v Ireland, mål 158/88 [1990] ECR 2367. 342, 357
Commission v Italy, mål 24/68 [1969] ECR 193. 338
Commission v Italy, mål 30/72 [1973] ECR 161. 158, 180
Commission v Italy, mål 39/72 [1973] ECR 101. 369
Commission v Italy, mål 21/79 [1980] ECR 1. 349
Commission v Italy, mål 103/84 [1986] ECR 1759. 369
Commission v Italy, mål 309/84 [1986] ECR 599. 369
Commission v Italy, mål 154/85 [1987] ECR 2717. 369
Commission v Italy, mål 168/85 [1986] ECR 2945. 374
Commission v Italy, mål 104/86 [1988] ECR 1799. 364
Commission v Italy, mål 22/87 [1990] ECR 3917. 136, 144
Commission v Italy, mål C-120/88 [1991] ECR I-621. 374
Commission v Luxembourg and Belgium, mål 90 och 91/63 [1964] ECR 625. 169
Commission v Spain, mål C-119/89 [1991] ECR I-641. 374
Commission v Spain, mål C-96/91 [1993] ECR I-3789. 258, 364
Commission v UK, mål 32/79 [1980] ECR 2403. 180
Commission v United Kingdom, mål 60/86 [1988] ECR 3921. 342

Commission v United Kingdom, mål 246/89 [1989] ECR 3125. 373
Conforama, mål C-312/89 [1991] ECR I-997. 307, 308, 309, 313
Continental Can, mål 6/72 [1973] ECR 215. 116
Corbiau, mål C-24/92 [1993] ECR I-1277. 395
Cornuda, mål 130/78 [1979] ECR 867. 180
Corsica Ferries, mål 18/93 [1994] ECR I-1783. 283, 284
Costa v Enel, mål 6/64 [1964] ECR 585. 88, 106, 148, 158, 189, 192, 201, 206, 207, 225, 253, 300, 402, 409
Costanzo, mål C-103/88 [1989] ECR 1839. 147
Cristini, mål 32/75 [1975] ECR 1096. 253, 302

da Costa, mål 28-30/62 [1963] ECR 31. 287, 288
Daiber, mål 200/84 [1985] ECR 3363. 303
Danske Slagterier, mål C-338/89 [1991] ECR I-2315. 291
Dassonville, mål 8/74 [1974] ECR 837. 100
Defrenne, mål 43/75 [1976] ECR 455. 106, 128, 206, 431
Demag, mål 27/74 [1974] ECR 1037. 298
Deutsche Shell, mål C-188/91 [1993] ECR I-363. 275, 301
Denkavit, mål 251/78 [1979] ECR 3369. 344
Denkavit, mål 61/79 [1980] ECR 1205. 393
Denkavit, mål 15/83 [1984] ECR 2171. 356
Denkavit, mål 195/84 [1985] ECR 3181. 336
Denkavit, mål C-200/90 [1992] ECR 2217. 338
Denkavit International, mål C-283/94, C-291/94 och C-292/94 äep. 275, 387
Deville, mål 240/87 [1988] ECR 3513. 397
Dillenkofer, målen C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94, C-190/94 äep. 130, 133, 152, 155, 206
Donner, mål 39/82 [1983] ECR 19. 338
Durighello, mål C-186/90 [1991] ECR I-4003. 273
Dzodzi, mål C-297/88, C-197/89 [1990] ECR I-3763. 276, 312, 314

El Corte Inglés, mål C-192/94 äep. 141
Emden, mål 36/71 [1972] ECR 187. 301
Emerald Meats, målen C-106/90, C-317/90 och C-129/91 [199] ECR I-209. 263
Emmot, mål C-208/90 [1991] ECR I-4269. 133, 262
Enichem Base, mål 380/87 [1989] ECR 2491. 132, 150
ERT, mål C-260/89 [1991] ECR I-2925. 107, 207

ERTA, mål 22/70 [1971] ECR 263. 95, 106
Espanola, mål C-67/91 [1992] ECR I-4785. 274
Esso Espanola, mål C-134/94 äep. 270
Eurico Italia, mål C-332/92, C-333/92 och C-335/92 [1994] ECR I-711. 274, 275
Express Dairy Foods, mål 130/79 [1980] ECR 1887. 393

Faccini Dori, mål C-91/92 [1994] ECR I-3325. 134, 138, 141, 150
Factortame, mål C-213/89 [1990] ECR I-2433. 97, 149, 160, 161, 162, 163, 181, 257, 258, 350, 363, 391
Factortame II, målen C-221/89 och C-246/89 [1991] ECR 3905. 372, 373
Falciola, mål C-286/88 [1990] ECR I-191. 302
Fédéchar, mål 8/55 [1956] ECR 263. 210
Forest, mål 148/85 [1986] ECR 3449. 309
Foto Frost, mål 314/85 [1987] ECR 4199. 168, 258,260
France v UK, mål 141/78 [1979] ECR 2923. 103
France et al v Commission, målen 188-190/80 [1982] ECR 2545. 183, 185
Francovich, mål C-6/90 och C-9/90 [1991] ECR I-5357. 110, 115, 129, 134, 135, 137, 141, 145, 148, 149, 150, 151, 206, 254, 257, 258, 350, 363 ff, 370, 376, 402, 403, 408, 409
Frico, mål 424 & 425/85 [1987] ECR 2768. 341
Frilli, mål 1/72 [1972] ECR 457. 107
Fromme, mål 54/81 [1982] ECR 1449. 180
Foglia v Novello, mål 104/79 [1980] ECR 745. 97, 102, 252, 275, 311
Foglia v Novello II, mål 244/80 [1981] ECR 3045. 97, 102, 270, 310
Foster, mål 188/89 [1990] ECR I-3313. 135, 153
Furlanis costruzioni generali generali, mål C-143/94 äep. 274

Galli, mål 31/74 [1975] ECR 47. 128, 337, 340
GB-INNO v CCL, mål C-362/88 [1990] ECR I-667. 343
Germany et al v Commission, målen 281/85, 283-285/85 [1987] ECR 3203. 183
Giloy, mål C-130/95 äea. 276, 277
Gmurzynska, mål C-231/89 [1990] ECR I-4003.
Grad, mål 9/70 [1970] ECR 825. 129
Granaria, mål 101/78 [1979] ECR 623. 369
Grant, mål C-109/90 [1991] ECR I-1385. 339

Grau Gomis, mål C-167/94 [1995] ECR I-1023. 270
Gravier, mål 293/83 [1985] ECR 593. 324
Grogan, mål C-159/90 [1991] ECR I-4685. 221
Gutshof-Ei, mål C-203/90 [1992] ECR I-1003. 291

Haaga, mål 32/74 [1974] ECR 1201. 283, 285
Hans Just, mål 68/79 [1980] ECR 501. 110, 263, 364, 409
Hansa Fleisch, mål C-156/91 [1992] ECR I-5567. 130, 140
Hansen, mål 148/77 [1978] ECR 1787. 349
Harz v Deutsche Tradax GmbH, mål 79/83 [1984] ECR 1291. 138, 179
Hauptzollamt Hamburg, mål 40/69 [1970] ECR 69. 303
Hedley Lomas, mål C-5/94 äep. 206, 344, 386, 388
Henck, mål 12-14/71 [1971] ECR 743. 298, 312
Henn & Darby, mål 34/79 [1979] ECR 3795. 307
Hessische Knappschaft, mål 44/65 [1965] ECR 1192. 255, 269
Heylens, mål 222/86 [1987] ECR 4097. 257, 264, 362, 397
Humblet, mål 6/60 [1960] ECR 559. 116, 254, 368
Hünermund, mål C-292/92 [1993] ECR I-6787. 350

II Baccini, mål 232/82 [1983] ECR 595. 156, 253, 280, 297, 306, 354, 382, 412
International Fruit III, mål 21-24/72 [1972] ECR 1219. 106
Internationale Handelsgesellschaft, mål 11/70 [1970] ECR 1125. 106, 158, 164, 206, 252
Irish Creamery Milk Suppliers, målen 36/80 och 71/80 [1981] ECR 735. 270, 332, 342, 358

Jeunehomme och EGI, mål 123/87 och 330/87 [1988] ECR 4517. 364
Job center, mål C-111/94 äep. 283, 284, 285
Johnson, mål C-410/92 [1994] ECR I-5483. 262
Johnston, mål 222/84 [1986] ECR 1651. 133, 137, 389
Johnston, mål 224/84 [1986] ECR 1451. 111, 350, 364

Kaffee Hag I, mål 192/73 [1974] ECR 731. 100
Kaffee Hag II, mål C-10/91 [1990] ECR 3711. 100
Karella, målen C-19/90 och C-20/90 [1991] ECR I-2691. 132, 146
Keck, mål C-267 och 268/91[1993] ECR I-6097. 100, 293, 350
Kempf, mål 139/85 [1986] ECR 1741. 352
Klensch, mål 201/85 [1986] ECR 3477. 95

Kolpinghuis Nijmegen, mål 80/86 [1987] ECR 3969. 134, 138, 140
Kramer, mål 3,4 och 6/76 [1976] ECR 1279. 178
Kupferberg, mål 104/81 [1982] ECR 3641. 106

La Pyramide, mål C-378/93 [1994] I-3999. 270
Leclerc-Siplec, mål C-412/93 [1995] ECR I-179. 270, 350
Leonisio, mål 93/71 [1972] ECR 287. 129
Les Verts, mål 294/83 [1986] ECR 1139. 206, 210, 263, 401, 411, 412, 431
Leur-Bloem, mål C-28/95 äea. 276, 277
Levin, mål 53/81 [1982] ECR 1035. 352
Lütticke, mål 57/65 [1966] ECR 205. 97

Maizena, mål 139/79 [1980] ECR 3393. 183
Man Sugar, mål 181/84 [1985] ECR 2889. 356
Manghera, mål 59/75 [1976] ECR 91. 230
Marimex, mål 84/71 [1972] ECR 89. 129
Marleasing, mål C-106/89 [1990] ECR I-4135.
Marshall, mål 152/84 [1986] ECR 723. 99, 133, 134, 135, 138, 139, 141
Marshall II, mål C-271/91 [1993] ECR I-4367. 111, 133, 134, 351, 364
Matisa, mål 35/75 [1975] ECR 1205. 117, 302
Max Mara Fashion, mål C-307/95 äep. 102, 103, 271, 295
Megner, mål C-444/93 äep. 351
Meilieke, mål C-83/91 [1992] ECR I-4871. 273, 274
Merchandise, mål C-332/89 [1991] ECR 1012. 308, 309, 313
Merck, mål 292/82 [1983] ECR 3781. 291
Meroni, mål 74/76 [1977] ECR 557. 128
Metalsa, mål C-312/91 [1993] ECR I-3751. 278
Milchkontor, mål 205-215/82 [1983] ECR 2633. 180, 251
Mireco, mål 826/79 [1980] ECR 2545. 393
Miret, mål C-334/92 [1993] ECR I-6911. 138, 144, 146, 147, 150, 151
Molkerei-Zentrale, mål 28/67 [1968] ECR 143. 97, 256, 324
Monin Automobiles, mål C-386/92 [1993] ECR I-2049. 270, 277, 313
Moormann, mål 190/87 [1988] ECR 4689. 131
Morvan, mål C-235/90 [1991] ECR I-5419. 291

Netherlands v Council, mål C-58/94 äep. 104
Netherlands v Federatie Nederlandse Vakbeveging, mål 71/85 [1986] ECR 3855. 132, 146

Netherlands v High Authority, mål 9/61 [1962] ECR 213. 98
Neu, målen C-90 och 91/90 [1991] ECR I-3617. 96
Nold, mål 4/73 [1974] ECR 491. 107
Nolte, mål C-317/93 äep. 351, 354
Nordsee II, mål 102/81 [1982] ECR 1095. 282

Oosthoek, mål 286/81 [1982] ECR 4575. 343
OSRAM, mål 183/73 [1974] ECR 477. 301

Parliament v Council, mål 302/87 [1988] ECR 5615. 413
Parliament v Council, mål C-70/88 [1990] ECR I-2041. 412, 413, 431
Parliament v Council, mål C-181/91 och C-248/91 [1993] ECR I-3685. 103
Perfili, mål C-177/94 äep. 253, 280, 297, 306, 354, 382, 412
Peterbroeck, mål C-312/93 äep. 110, 394, 395
Pigs and Bacon Commission, mål 177/78 [1979] ECR 2161. 309
Pigs Marketing Board, mål 83/78 [1978] ECR 2347. 128, 273, 291, 344
Pinna, mål 41/84 [1986] ECR 1. 230
Portugal v Council, mål C-268/94 äea. 94
Prantl, mål 16/83 [1984] ECR 1299. 308, 337, 341
Pretore di Cento, mål 110/76 [1977] ECR 851. 285
Pretore di Saló, mål 14/86 [1987] ECR 2545. 97, 134, 272
Pretura unificata di Torino, mål 228/87 [1988] ECR 5099. 285
Prothèse Oculaires, mål C-271/92 [1993] ECR I-2899. 343
Politi, mål 43/71 [1971] ECR 1039. 129
Polydor, mål 270/80 [1982] ECR 329. 91, 278
Portelange, mål 10/69 [1969] ECR 30. 300
Punto Casa, mål C-69/93 [1994] ECR I-2355. 292
PPV, mål C-258/93 [1994] ECR I-2355. 292

Ratti, mål 148/78 [1979] ECR 1629. 106, 129, 131, 133, 153, 180, 206, 402
Rau, mål 261/81 [1982] ECR 3961. 276
Rauh, mål C-314/89 [1991] ECR I-1647. 117
Rewe, mål 33/76 [1976] ECR 1989. 110, 257, 263, 363, 364, 390, 393, 409
Rewe, mål 158/80 [1981] ECR 1850. 365
Rewe, mål 37/83 [1984] ECR 1229. 230
Reyners, mål 2/74 [1974] ECR 631. 106, 206

Rheinmühlen, mål 166/73 [1974] ECR 33. 110, 251, 258, 391
Rinner-Kühn, mål 171/88 [1989] ECR 2743. 352
Robards, mål 149/82 [1993] ECR 171. 273
Rochdale, mål C-306/88 [1992] ECR I-6493. 309, 313
Rogers v Darthenay, mål 87/82 [1983] ECR 1579. 128
Roks, mål C-343/92 [1994] ECR I-571. 353
Romkes, mål 53/86 [1988] ECR 2691. 335
Roquette Frères, mål 138/79 [1980] ECR 3333. 183, 185
Royal Scholten-Honig, målen 103 och 147/77 [1978] ECR 2037. 107
Ruiz-Bernáldez III, mål C-129/94 äep. 275
Russo, mål 60/75 [1976] ECR 45. 302, 369
Rutili, mål 36/75 [1975] ECR 1219. 107
Ruzius-Wilbrink, mål C-102/88 [1989] ECR 4311. 352

Saddik, mål C-458/93 [1995] ECR I-511. 270
Salgoil, mål 13/68 [1968] ECR 453. 253, 365
Salonia, mål 126/80 [1981] ECR 1563. 303, 306, 314
San Giorgio, mål 199/82 [1983] ECR 3595. 110, 111, 262, 351, 364, 409
Santillo, mål 131/79 [1980] ECR 1585. 128
SARP, mål C-241/89 [1990] ECR I-4695. 292
Schwarze, mål 16/65 [1965] ECR 877. 253, 297
Semeraro Casa, mål C-418/93 äep. 292, 293, 294, 359
Siergewassen, mål 50/76 [1977] ECR 137. 179
Simmenthal I, mål 35/76 [1976] ECR 1871. 159
Simmenthal III, mål 70/77 [1978] 1453. 292
Simmenthal, mål 106/77 [1978] ECR 629. 89, 106, 148, 158, 159, 172, 206, 324, 325, 332, 388, 389, 392, 402
Société Technique Minière, mål 56/65 [1966] ECR 235. 253, 312
Soupergaz, mål C-62/93 [1995] ECR I-1883. 253, 262, 280, 297, 301, 306, 354, 382, 412
Stauder, mål 26/69 [1969] ECR 419. 107
Stier, mål 31/67 [1968] ECR 351. 339
Spa Int'l Chemical Corp, mål 66/80 [1981] ECR 1191. 288
SPI & SAMI, mål 267 och 269/81 [1983] ECR 801. 95

Tasca, mål 65/75 [1976] ECR 291. 129
Tedeschi, mål 5/77 [1977] ECR 1574. 156, 253, 280, 297, 306, 344, 354, 382, 412

Telemarsicabruzzo, mål C-320/90 och 322/90 [1993] ECR I-393. 270, 277, 313
Testa, mål C-101/96 äea. 271
Torfaen, mål C-145/88 [19899 ECR 3815. 292, 307, 309, 313
Transocean, mål 17/74 [1974] ECR 1063. 108

United Kingdom v Council, mål 68/86 [1988] ECR 855. 182, 185
Union Laitière Normande, mål 244/78 [1979] 2663. 133, 270, 307, 312

VAG Sverige AB, mål C-329/95 äea. 284
Van Duyn, mål 41/74 [1974] ECR 1337. 106, 131, 206, 402
Van Gend en Loos, mål 26/62 [1963] ECR 1. 88, 91, 106, 124, 148, 154, 165, 192, 206, 210, 282, 287, 300, 311, 402
Van Schijndel, mål C-430/93 och C-431/93 äep. 109, 110, 390, 396, 409
Vandeweghe, mål 130/73 [1973] ECR 1333. 300
Vaneetveld, mål C-316/93 [1994] ECR I-763. 270
Variola, mål 34/73 [1973] ECR 981. 128
Vassen, mål 61/65 [1966] ECR 272. 282
Verbond van Nederlandse Ondernemingen, mål 51/76 [1977] ECR 113. 133
Vinal, mål 46/80 [1981] ECR 77. 339
Vlaamse, mål 311/85 [1987] ECR 3801. 305
Vlaeminck, mål 132/81 [1982] ECR 2953. 314
von Colson, mål 14/83 [1984] ECR 1891. 39, 96, 138, 180
Walrave, mål 36/74 [1974] ECR 1405. 128
Walt Wilhelm, mål 14/68 [1969] ECR 1. 179, 346, 347, 330
Waterkeyn, målen 314-316/81 och 83/82 [1982] ECR 4337. 180
Wilmot, mål 295/84 [1985] ECR 3759. 340
Wisselink, mål 93-94/88 [1989] ECR 2671. 339
Witt, mål 28/70[1970] ECR 1021. 300
Wünsche, mål 69/85 [1986] ECR 947. 255

Zuckerfabrik, mål C-143/88 och C-92/89 [1991] ECR I-415. 111, 258, 259, 260, 375, 394, 409

Nationella avgöranden

Belgien
Le Ski, beslut av Cour de Cassation den 27 maj 1971, [1972] CMLR 330. 169, 170

Frankrike
Semoules [1970] CMLR 395. 170
Cafés Vabre [1975] CMLR 336. 170
Union Democratique, Rec 1979 p 383.
Boisdet [1991] CMLR 3. 171
Nicolo [1990] CMLR 173. 170, 172
Rothmans RFDA 1992 s 431. 171, 172

Grekland
Banana market, 32 Nomiko Vima (Law Tribune) 1984 s 925. 171

Irland
Crotty [1987] IR 713. 171

Italien
Frontini 1974] 2 CMLR 272. 170

Luxemburg
Pagani Pas Lux 1954 p 150. 171
Bellion Pas Lux 1983-85 p 175. 171

Portugal
Cadima, Boletim do Ministério da Justicia 1986 No 360 s 307. 172

Spanien
Canary Island Aranzadi, Repertorio de Jurisprudencia 1989 No 4524. 172

Storbritannien
Bulmer v Bollinger [1974] 2 All E R 1226. 115
Duke v Reliance Systems [1988] 1 AC 618. 171
Pickering v Liverpool Daily Post [1990] I All ER 335. 281

R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd [1989] 3 CMLR 1. 161
Factortame mål C-213/89 (EG-domstolen) House of Lords [1991] 1 AC 603. 171
M v Home Office and another [1993] All ER 537. 164

Sverige

Högsta domstolens dom av den 28 december 1995 i mål T 284/94. 102
Högsta domstolens dom den 13 november 1996 i mål Ö 1195/94.
NJA 1996 s 370. 394
Regeringsrättens beslut av den 26 juni 1996 i mål nr 2803-1995. 152, 287

Tyskland

Solange I, BVerfGE 37. 167
Solange II domslut av den 22 oktober 1986, passagen finns översatt till engelska i 1987 CMLR [3] 225 s 257 167
Wünsche Handelsgesellschaft [1987] CMLR 225 (mål No 2 BvR 2134/92). 252
Kloppenburg [1988] 3 CMLR 1. 167
Den tyska författningsdomstolens dom över EU-fördraget, [1993] CMLR 57. 167ff
BVerfGE, Urteil des zweiten Senats vom 12 Oktober 1993, EuGRZ s 429. 167

USA

Pacific Gas & Electric Co. v. State Energy resources Conservation & Development Comm'n, 461 US 190 (1983). 331
Lochner v New York 198 US 45 (1905). 79

Litteraturförteckning

Abrahamsson, Anmälan av Ulf Bernitz ''Europarättens grunder'', SvJT 1995 s 360.

Adonis, The rise of the judges, Financial Times onsdagen den 19 juni 1996 s 10.

Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg 1992.

Algotsson, Lagrådet, rättsstaten och demokratin under 1900-talet, Stockholm 1993.

Allot, The European Community Is not the True European Community, Yale L J 1991, s 2485.

Alves Vieira, (rättsfallskommentar) EL Rev 1991 s 346.

Arendt, What Is Authority?, Nomos I New York 1968, s 91.

Arnull, (rättsfallskommentar) Public Law 1987 s 383.

Arnull, Owning up to Fallibility, Precedent and the Court of Justice, CML Rev 1993 s 247.

Arnull, (rättsfallskommentar) CML Rev 1994 s 377.

Atkins, (rättsfallskommentar) Modern L Rev 1986 s 508.

Austin, The Province of Jurisprudence Determined, London 1954.

Ball, Authority and Conceptual Change, Nomos I, 1987 s 39.

Barak, Judicial Discretion, New Haven/London 1989.

Barav, Preliminary censorship?-Foglia v Novello, EL Rev 1980 s 443.

Barav, Damages in the Domestic Courts for Breaches of Community law by National Public Authorities, i Non-Contractual Liability of the European Communities, Europa Instituut University of Leiden, Dordrecht 1988, s 149.

Barav, La plénitude de competence de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire, i L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis, Paris 1991.

Barav, Omnipotent Courts, i Schermers 1994, s 265.

Bartelson, A Genealogy of Sovereignty, Cambridge 1994.

Bartelson, Suveränitet, identitet och internationalisering, JT 1994-95 s 251.

Bates, (rättsfallskommentar) Public Law 1986 s 537.

Batailler, Le juge interne et le droit communautaire, AFDI 1963 s 736.

Bebr, (rättsfallskommentar), EuR 1974 s 358.

Bebr, Article 177 of the EEC Treaty in the Practice of National Courts, ICLQ 1977 s 241.

Bebr, (rättsfallskommentar) CML Rev 1980 s 525.

Bengoetxea, The Legal Reasoning of the European Court of Justice, Oxford 1993.
Benn, The Uses of Sovereignty, Political Studies, Vol 3 1955, No 3.
Bergholz, Ratio et Auctoritas, Lund 1987.
Bernitz mfl, Finna Rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder, Stockholm 1991.
Bernitz, Inför europeiseringen av svensk rätt, JT 1991-92 s 36.
Bernitz, (rättsfallskommentar) Nationell lagstiftning som handelshinder inom europarätten - ett steg tillbaka?, JT 1993-94 s 801.
Berr, (rättsfallskommentar) JDI 1994 s 490.
Bickel, The Least Dangerous Branch, New York 1962.
Bieber och Ress (red), The Dynamics of EC Law, Baden-Baden 1987.
Bix, Law, Language and Legal Determinacy, Oxford 1993.
Bjarup, Retsanvendelse, kundskap og vurdering, Festskrift till Eckhoff 1986, s 144.
Bjarup och Dalberg-Larsen, Retsbegrep, retsanvendelse og retsvidenskab, Århus 1994.
Black's Law Dictionary, 6 uppl 1990.
Bobbio, Democracy and Dictatorship: the nature and limits of state power, Oxford 1989.
Bodin, Six livres de la République 1579, citerat från Staat und Souveränität, Geschichtliche Grundbegriffe, Band VI s 107 (citeras som Staat und Souveränität).
Bork, The Tempting of America: The Political Seduction of the Law, New York/London 1990.
Brearly och Hoskins, Remedies in EC Law, London 1994.
Bredimas, Methods of Interpretation and Community Law, Amsterdam/ New York/Oxford 1978.
Brewer-Carías, Judicial Review in Comparative Law, Cambridge 1992.
Brown och Kennedy, The Court of Justice of the European Communities, London 1993.
Bruun, Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet, i Rättsdogmatikens alternativ (red Tuori) Tammerfors 1988, s 31.
Bull, The Anarchial Society: A Study of Order in World Politics, London 1977.
De Burca, Giving Effect to European Community Law Directives, Modern L Rev 1992 s 219.
Burley och Mattli, Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration, International Organization 1993 s 41.

Cappelletti, Is the European Court of Justice Running Wild?, EL Rev 1987 s 3.
Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford 1989.
Cardozo, The Paradoxes of Legal Science 2, New York 1928.
Carr, The Twenty Years Crisis 1919-1939, s 230 f.
Cass, The Word That Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers Within the European Community, CML Rev 1992 s 1107.
Constantinesco, Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes, Nancy 1970.
Constantinesco, Das Recht der Europäischen Geminschaften I Das institutionelle Recht, Baden-Baden 1977.
Constantinesco och Simon, (rättsfallskommentar) JDI 1988 s 494.
Coppel och O'Neill, The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?, CML Rev 1992 s 669.
Cotterrell, The Sociology of Law, London 1984.
Cotterrell, The Politics of Jurisprudence, London 1989.
Cramér, EU och Europatanken, Stockholm 1994.
Cross, Rupert, Precedent in English Law, London 1977.
Cross, Eugene, Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis, CML Rev 1992 s 447.
Curtin, The Decentralised Enforcement of Community Law Rights, i Curtin och O'Keeffe Constitutional Adjudication in European Community Law and National Law, London 1992, s 40.
Curtin, (rättsfallskommentar) CML Rev 1994 s 631.
Curtin och Mortelmans, Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script, i Schermers 1994, s 423.
Dashwood, The Principle of Direct Effect in European Community Law 1978, JCMS 229, s 231.
Dawson, Oracles of Law, Michigan Ann Arbor 1968.
Dehousse och Weiler, The Legal Dimension, i Wallace 1990, s 242.
Dewey, Logical Method and the Law, Cornell L Q 1924 s 17.
Diplock, The Courts as legislators, in The Lawyer and Justice (ed by B W Harvey), London 1978, s 266.
Dowrick, A Model of the European Communities' Legal System, YEL 1984, s 169.

Drexl, Was Sir Francis Drake a Dutchman? – British Supremacy of Parliament After *Factortame*, AJCL 1993 s 568.
Due, EF-domstolen retspraksis som integrationsfremmende faktor, JT 1991-92 s 407.
Due (red), Festschrift für Ulrich Everling, Band II, Baden-Baden 1995.
Duguits, Etudes de droit public, I. L'Etat: le droit objectif et la loi positive, Paris 1901.
Dumon, The Case-law of the Court of Justice – A critical examination of the methods of interpretation, i Reports presented to a Judicial and Academic Conference, Luxemburg 1976, s 87.
Dutheil de la Rochère, (rättsfallskommentar) CML Rev 1993 s 187.
Dworkin, Taking Rights Seriously, London 1978.
Dworkin, A Reply by Ronald Dworkin, (i Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence 1984) s 261.
Dworkin, A Matter of Principle, Cambridge Massachusetts 1985.
Dworkin, Law's Empire, Cambridge Massachusetts 1986.
Dworkin, Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution, Cambridge Massachussets 1996.
Edvard, The Nature of the Community Judicial Process, i Festskrift till Ole Due, s 31.
Eleftheriadis, Aspects of European Constitutionalism, EL Rev 1996 s 41.
Eleftheriadis, The Direct Effect of Community Law: Conceptual Issues, (kommande) YEL 1996.
Ely, Democracy and Distrust, Cambridge Massachusetts 1980.
Emiliou, Subsidiarity: An Effective Barrier Against 'the Enterprises of Ambition'? EL Rev 1992 s 383.
Emiliou, Opening Pandora's Box: the Legal Basis of Community Measures before the Court of Justice, EL Rev 1994 s 488.
Emiliou, State Liability Under Community Law: Shedding More Light on the *Francovich* principle: EL Rev 1996 s 399.
Eskridge, Dynamic Statutory Interpretation, Cambridge Massachusetts 1994.
Eskridge och Pellar, The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form, Mich L Rev 1991 s 707.
Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt am Main 1972.
Everling, Zur Auslegung des durch EG-Richtlinien angeglichenen nationalen Rechts, ZGR 1992 s 376.

Everling, The *Maastricht* Judgment of the German Constitutional Court and its Significance for the Development of the European Union, YEL 1994 s 1.
Fisher, Horwitz och Reed (red), American Legal Realism, New York/Oxford 1993.
Fiss, Objectivity and Interpretation, Stan L Rev 1982 s 739.
Fletcher, Two Modes of Legal Thought, Yale L J 1981 s 970.
Franck, The Power of Legitimacy Among Nations, New York/Oxford 1990.
Fromont, rapport général från den 17:e FIDE kongressen, Berlin 1996, s 472.
Fuller, American Legal Realism, U Pa L Rev 1934 s 272.
Fuller, The Law in Quest of Itself, Chicago 1940.
Fuller, American Legal Philosophy at Mid-Century, JLE 1954 s 457.
Fuller, Positivism and the Fidelity to Law, Harv L Rev 1958 s 630.
Fuller, Anatomy of the Law, New Haven/London 1968.
Fuller, The Morality of Law, New Haven/London 1969.
Fuller, Human Interaction and the Law, i Winston, The principles of Social order s 211.
Fuller, The Forms and Limits of Adjudication, Harv L Rev 1978 s 395.
Gadamer, Truth and Method, London 1989.
Galligan, Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion, Oxford 1986.
van Gerven, The Genesis of EEA Law, Fordham Int L J 1992-93, s 972.
van Gerven, The Horizontal Effect of Directive Provisions Revisited: The Reality of Catchwords, i Schermers 1994 s 335.
Gordon, Critical Legal Histories, Stan L Rev 1984 s 57.
Gormley, Reasoning Renounced? The Remakable Judgment in Keck & Mithouard, EBL Rev 1994 s 63.
Greenawalt, Law and Objectivity, New York/Oxford 1992.
Griffiths, What Is Legal Pluralism, JLP 1986 s 1.
Grotius, De jure belli ac pacis Libri Tres 1625, Washington 1913.
Gulman, Member State Measures for Enlarging the Scope of the Treaties, i Bieber och Ress red Baden-Baden 1987, s 123.
Habermas, Between Fact and Norms, Cambridge Massachussets 1996
Hacker och Raz (red), Law, Morality and Society, Essays in honour of H L A Hart, Oxford 1977.
Hagsgård, EG-rätten i nationell rättstillämpning, Stockholm 1996.
Hallström, Europeisk gemenskap och politisk union, Stockholm 1987.

Hallström, Cirkelns kvadratur-ett mål för EG-domstolen, i Festskrift till Lars Hjerner, 1990, s 200.
Hallström, Några tankar om subsidiaritetsprincipens tillämpning i EG-rätten, SvJT 1992 s 177.
Hallström, Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten, JT 1992-93 s 59.
Hallström, Den Europeiska Unionen – från reciprocitet till lojalitet, JT 1994-95 s 270.
Harden, The Constitution of the European Union, Public Law 1994 s 610.
Harris, Unger's Critique of Formalism in Legal Reasoning: Hero, Hercules and Humdrum, Modern L Rev 1989 s 42.
Haas, Beyond the Nation State, Stanford 1963.
Hartley, The Foundations of European Community Law 1994.
Hartley, The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union, L Q R 1996 s 95.
Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harv L Rev 1958 s 593.
Hart, The Concept of Law, Oxford 1961.
Hart, Comment i Issues in Contemporary Legal Philosophy (red Gavison) Oxford 1987, s 99.
Hart, The Concept of Law, (med nytt postscriptum) Oxford 1994.
Hawkins (red), The Uses of Discretion, Oxford 1992.
Heckscher och Wiklund, Offentlighetsprincipen vid ett svenskt medlemskap i EU, Stockholm 1994.
Heiskanen, International Legal Topics, Helsingfors 1992.
Hellner, Trends in Legal Science Relating to Contracts and Torts, i Peczenik m fl Theory of Legal Science, Dordrecht 1983 s 455.
Hellner, Kvalitetskriterier i rättsvetenskapen, i Juridisk forskning Inlæg om den juridiske forskers arbejde och metoder, Århus 1988, s 12.
Hellner, Rättsteori, Stockholm 1992.
Henkin, International law: Politics, Values and Functions, 216 Receuil de cours 1989 s 9.
Heukels, (rättsfallskommentar), CML Rev 1996 s 337.
Heuman, Högsta domstolens prejudikatnedbrytande verksamhet, i Festskrift till Per Olof Boldning 1992, s 201.
Hobbes, Leviathan, London/New York 1968.
Holmes, The Path of the Law, Harv L Rev 1897 s 457.
Hoskins, Tilting the Balance: Supremacy and National Procedural Rules, EL Rev 1996 s 365.

Hudson (red), The Is/Ought Question, Oxford 1969.
Hutchinson och Monahan, Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, Stan L Rev 1984 s 199.
Hutchinson (red), Critical Legal Studies, New Jersey 1989.
Hägerström, Är gällande rätt ett uttryck för vilja?, Rätten och viljan, två uppsatser om rätten, utg. av Olivecrona 1961.
Jackson, Status of Treaties in Domestic Legal Systems, AJIL 1992 s 310.
Jacob, introduktion till Courts, Law & Politics in Comparative Perspective, New Haven/London 1996, s 1.
Jacobs, (rättfallskommentar) CML Rev 1981 s 219.
Jacobs och Karst, The 'Federal' Legal Order, The USA and Europe compared: A juridical perspective, i Integration through law, Berlin/New York 1986, Vol I book 2, s 318.
Jacqué, Collected Courses of the Academy of European Law, Dordrecht/Boston/London 1990, Vol I Book 1, s 267.
Joerges, European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty, i Dehousse red Europe After Maastricht – an ever closer union?, München 1994, s 29.
Johansson, Bolagsstämma, Stockholm 1990.
Jones, The Legal Nature of the European Community: a Jurisprudential Analysis Using H L A Hart's Model of Law and Legal System, Cornell ILJ 1984 s 17.
Joutsamo, The Role of Preliminary Rulings in the European Communities, Helsinki 1979.
Kapteyn och Verloren van Themaat, Introduction to the law of the European communities (red Gormley), Deventer/Boston 1989.
Kelman, A Guide to Critical Legal Studies, Cambridge Massachussets 1987.
Kelsen, General Theory of Law and State, (övers Wedberg), New York 1949.
Kelsen, What is Justice?, Berkeley 1957.
Kelsen, The Pure Theory of Law, Berkeley 1967.
Kennedy, David, The International Style in Postwar Law and Policy, Utah L Rev 1994 s 35.
Kennedy, The Structure of Blackstone's Commentaries, Buffalo L Rev 1979 s 205.
Kennedy, Duncan, Legal Education and the Reproduction of Hierarchy, Harvard 1983.

Kennedy, Duncan, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, JLE 1986 s 527.
Kennedy, Duncan, Consequences of Adjuducation, opublicerat artikelutkast 1991-05-01 hos författaren.
Kennedy, Duncan, och Klare, A Bibliography of Critical Legal Studies, Yale L J 1984 s 461.
Kennedy, Duncan, American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist, Nova L Rev 1995 s 920.
Kleineman, Ren förmögenhetsskada, Stockholm 1986.
Kleineman, Skadeståndsansvar vid psykiska depressioner, JT 1992-93 s 814.
Kleineman, Avtalsrättsliga formföreskrifter och skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper, JT 1993-94 s 433.
Kleineman, Förutsättningsläran och jura novit curia, JT 1993-94 s 881.
Kleineman, Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla, JT 1994-95 s 621.
Konstitutionsutskottets betänkande 1994/95:KU17 s 16.
Koopmans, The Rule of Law in the next stage of European Integration, ICLQ 1986 s 925.
Koopmans, Sources of Law: the New Pluralism, Festskrift till Ole Due 1994, s 198.
Koskenniemi, From Apology to Utopia.
The Structure of International Legal Argument, Helsingfors 1989
Koskenniemi, The Politics of International Law, EJIL 1990 s 7.
Koskenniemi, Theory: Implications for the Practitioner, i Theory and International Law: An Introduction, London 1991, s 4.
Kovar, Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire, i Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen, Bryssel 1978, s 245.
Kovar, L'intégrité de l'effet directe du droit communautaire selon la jurisprudence de la Cour de Justice, i Das Europa der zweiten Generation, Gedenkschrift Sasse Baden-Baden 1981, s 151.
Krislov, Ehlermann och Weiler, Political Organs and Decision-Making Process, i Cappelletti, Seccombe och Weiler red, Integration through courts Berlin/New York 1986, vol 1 book 1.
Kutscher, Methods of Interpretation, i Reports presented to a Judicial and Academic Conference, Luxemburg 1976, s 21.
Lacharrière, La politique juridique extérieure, Paris 1983.

de Lange, (recension av Bengoetxea 1993) CML Rev 1994 s 1125.
Lasok, State liability for breach of Community law, ICCLR 1992 s 189.
Lecourt, L'europe des juges, Bruxelles 1976.
Lehrberg, recension av Johansson 1990, SvJT 1991 s 531.
Levi, An Introduction to Legal Reasoning, Chicago 1949.
Lenaerts, Le juge et la constitution aux États-unis d'amérique et dans l'ordre juridique européen, Bruylant-Bruxelles 1988.
Lenaerts, Constitutionalism and the Many Faces of Fedralism, AJCL 1990 s 205.
Lenaerts, Some Thoughts About the Interaction Between Judges and Politicians 1992, University of Chicago Legal Forum, s 93.
Lenaerts, Form and Substance of the Preliminary Rulings Procedure, i Schermers 1994, s 355.
Lewis och Moore, Duties, Directives and Damages in European Community law, Public Law 1993 s 155.
Lindblom, Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743), Festskrift till Lars Welamson 1987 s 437.
Llewellyn, A Realistic Jurisprudence – The Next Step, Col L Rev 1930 s 448.
Llewellyn, The Bramble Bush, New York 1930.
Llewellyn, Remakes on the Rules or Canons About How Statutes are to be Construed, Vanderbildt L Rev 1949 s 395.
Llewellyn, The Common Law Tradition: Deciding Appeals, Boston 1960.
Llewellyn, i Fisher m fl. 1993, s 72.
Lloyd och Freeman, Lloyd's Introduction to Jurisprudence, London 1985.
Louis, The Community Legal Order, Bryssel 1980.
Lundstedt, Superstition or Rationality In Action for Peace, 1925, s 162.
Lutter, Die Auslegung angeglichenen Rechts, JZ 1992 s 593.
Mackenzie Stuart, The European Communities and the Rule of Law, Hamlyn Lecture, London 1977.
MacCormick och Weinberger, An Institutional Theory of Law, Dordrecht 1986.
MacCormick, Formal Justice and the Form of Legal Arguments, i Études de Logique juridique 1976 (red Perelman) vol 6, s 103.
MacCormick, Legal Reasoning and Legal Theory, Oxford 1978.
MacCormick, H L A Hart, London 1981.
MacCormick, Beyond the Sovereign State, Modern L Rev 1993 s 1.
MacCormick, Sovereignty, Democracy, Subsidiarity, JT 1994-95 s 291.

MacCormick, The Concept of Law and ''The Concept of Law'', Oxford JLS 1994, s 1.
MacCormick och Summers, Interpretation and Justification, i Interpreting Statutes (MacCormick och Summers red) Aldershot 1991, s 511.
Mancini och Keeling, Democracy and the Court of Justice, Modern L Rev 1994 s 186.
Mancini, The Making of a Constitution for Europe, CML Rev 1989 s 595.
Mann, The Function of Judicial Decision in European Economic Integration, The Hague 1972, s 4.
McMahon och Murphy, European Community Law in Ireland, Dublin 1989.
Marenco, Government action and Antitrust Law in the United States: What Lessons for Community Law?, LIEI 1987 s 78.
Marmor, Interpretation and Legal Theory, Oxford 1992.
McDougal, International Law, Power and Policy, 82 Recueil des cours 1953 s 132.
Mead, (rättsfallskommentar) The Law Society's Gazette 1991 s 19.
Mead, (rättsfallskommentar) EL Rev 1991 s 490.
Monaco, Le caractère constitutionnel des actes institutifs des organisations internationales, Mélanges Rousseau s 153.
Montesquieu, De l'Espirit des Lois,
Moore, (rättsfallskommentar) EL Rev 1993 s 533.
Murphy och Coleman, The Philosophy of Law: an Introduction to Jurisprudence, Rowan & Allanheld 1984
Nagel, The Formulaic Constitution, Michigan L Rev 1985 s 165.
Napier, (rättsfallskommentar) EL Rev 1993 s 365.
Nergelius, Konstitutionellt rättighetsskydd, Stockholm 1996.
Nolte, General Principles of German and European Administrative Law – A Comparison in Historical Perspective, Modern L Rev 1994 s 191.
Note, Pre-emption as a Preferential Ground: A New Canon of Construction, Stan L Rev 1959 s 208.
Note, A Framework for Pre-emption Analysis, Yale L J 1978 s 363.
Note, The Burger Court and Pre-emption Doctrine: Federalism in Balance, Notre Dame L Rev 1985 s 1233.
Note, Pre-emption and Regulatory Efficiency in Federal Energy Statutes, Harv L Rev 1990 s 1306.
Obradovic, Community Law and the Doctrine of Divisible Sovereignty, LIEI 1993 s 1.
Olivecrona, Law as Fact, Stevens and Sons 1971.

Parent, Interpretation and Justification in Hard Cases, Ga L Rev 99 1980 s 115.
Peczenik, Vad är den juridiska argumentationen?, TfR 1983 s 49.
Peller, The Metaphysics of American Law, Cal L Rev 1984 s 1152.
Perry, The Constitution in the Courts, Oxford/New York 1993.
Pescatore, Introduction à la Science du Droit, Luxemburg 1960.
Pescatore, Interpretation of Community Law and the Doctrine of Acte Clair, i Bathurst m fl Legal problems of an Enlarged European Community, London 1972.
Pescatore, L'Ordre Juridique des Communautés Europeénnes, Liége 1973, s 227.
Pescatore, Les objectives de la Communauté Européenne comme principes de l'interpretation dans la jurisprudence de la Cour de Justice, i Miscellanea W J Ganshof van der Mersch Vol II s 326.
Pescatore, References for Preliminary Ruling Under Article 177, EC Off'l Pub Office, Luxemburg 1986.
Pescatore, Responsabilité des Etats membres en cas de manquement aux règles communautaires, i Foro Padano 1972, s 10.
Pescatore, The Doctrine of Direct Effect: An Infant Disease of Community Law, EL Rev 1983 s 157.
Pescatore, Le Parlement face à la Cour, i Le Parlement européen dans l'évolution institutionelle, Bryssel 1988, s 207.
Petersmann, Proposals for a New Constitution for the European Union: Building-Blocks for a Constitutional Theory and Constitutional law of the EU, CML Rev 1995 s 1123.
Pollock, The Science of Case-Law 1882, i Jurisprudence and Legal Essays, London 1963, s 169.
Prechal, (rättsfallskommentar) CML Rev 1990 s 451.
Prechal, Directives in European Community Law, Oxford 1995.
Prop 1994/95:19 Del 1 Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.
Putnam, Are Moral and Legal Values Made or Discovered?, Legal Theory 1 1995, s 5.
Quitzow, Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen, Stockholm 1995.
Rasmussen, Domstolen i EF, Köpenhamn 1975.
Rasmussen, Why is Article 173 Interpreted Against Private Plaintiffs?, EL Rev 1980 s 122
Rasmussen, The EC-Court's Acte Clair Strategy in Cilfit, EL Rev 1984 s 242.

Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht 1986.
Rasmussen, Between Self-restraint and Activism: A Judicial Policy for the European Court, EL Rev 1988 s 34.
Rasmussen, Towards a Normative Theory of Interpretation, CORE Köpenhamn 1993.
Rasmussen, EU-ret og EU-institutioner i kontekst, Köpenhamn 1994.
Rasmussen, EU-ret i kontekst, Köpenhamn 1995.
Rasmussen, Folkestyre, Grundlov og Højesteret, Köpenhamn 1996.
Raz, The Concept of a Legal System, Oxford 1970.
Raz, Legal Principles and the Limits of Law, 81 Yale L J 1972 s 823.
Raz, The Authority of Law, Oxford 1979.
Raz, Legal Principles and the Limits of Law, i Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence, London 1984, s 85.
Raz, The Purity of the Pure Theory, i Tur och Twining Essays on Kelsen, Oxford 1986, s 97.
Raz, Practical Reason and Norms, London 1990.
Raz, Ethics in the Public Domain, Oxford 1995.
Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, 1949 I C J 174 (rapport).
De Richemont, Integration of Community law within the Legal Systems of the Member States. Article 177 of the Treaty of Rome, Journal des Notaires et des Avocats, Paris 1978 s 284.
Ricoeur, Interpretation Theory: Discourse and the Surplus of meaning, Fort Worth 1976.
Rideau, Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux, Paris 1974 Chronique XIX s 147.
Rodhe, Gränsbestämmning och Äganderättstvist, Stockholm 1944.
Rodhe, Beskrivning – prognos – rekommendation: En trosbekännelse, JT 1996-97 s 1.
Ross, Om ret og retfaerdighed, Köpenhamn 1953.
Ross, On Law and Justice, London 1958.
Sandalow, The Expansion of Federal Legislative Authority, i Courts and Free Markets 1982, s 49.
Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap, JT 1995-96 s 726.
Santer, Some Reflections on the Principle of Subsidiarity, i Subsidiarity: The Challange of Cange, Proceedings of the Jaques Delors Colloqium EIPA 1991.
Schermers, förordet till Rasmussens On Law and Policy 1986.

Schermers, Judicial Protection in the European Communities, Deventer 1983.
Schermers (red), Article 177 EEC: Experiences and problems, Amsterdam 1987.
Schermers, The Role of the Member States in Filling Lacunae in EC Law, i Bieber och Ress 1987.
Schermers och Waelbroek, Judicial Protection in the European Communities, Deventer 1992.
Schermers, (rättsfallskommentar) CML Rev 1992 s 991.
Schermers, Institutional Dynamics of European Integration, Essays in Honour of Henry G Schermers vol II, Nijhoff 1994 (cit Schermers 1994).
Schmidt, Domaren som lagtolkare, i Festskrift till Herlitz 1955, s 263.
Schockweiler, Wivenes och Godart, Le régime de la résponsabilité extra-contractuelle du fait d'actes juridiques dans la Communauté européenne, RTDE 1990 s 27.
Schwarze, European Administrative Law, London 1992.
Shapiro, Comparative Law and Comparative Politics, S Cal L Rev 1980, s 537 ff.
Shapiro, recension av Rasmussen 1986, AJIL 1987 s 1008.
Simon, L'interpretation judiciaire des traités d'organisations internationales, Paris 1981.
Simon, (rättsfallskommentar) JDI 1994 s 477.
Slynn, Europe – The Parliament in Court, CLI 1993 s 237.
Smit och Herzog, The Law of the European Economic Community, A Commentary on the EEC Treaty, Vol 5 1991.
Smith, recension av Peter Wahlgren: Automation of Legal Reasoning, JT 1993-94 s 247.
Smith, Eivind Høyesterett og folkestyret, Oslo 1993.
de Smith, The Constitution and the Common Market: A Tentative Appraisal, Modern Law Rev 1971 s 614.
Snyder, New Directions in European Community Law, London 1990.
Snyder, The Effectiveness of European Community Law, Modern L Rev 1993 s 43.
SOU 1994:12 Suveränitet och demokrati.
Spiermann, Enten & Eller, Köpenhamn 1995.
Spiermann, Om Staters suveränitet, TfR 1996 s 575.
Starke, Introduction to International Law, London 1989.
Stone, Legal System and Lawyers' Reasonings, New York 1964.

Strauss, What is political philosophy? 1959, s 9-55.

Strömberg, Normprövning i svensk rättspraxis, FT 1988 s 121.

Stuart, Problems of the EC: Transatlantic Parallels, ICLQ 1987 s 197.

Sundby, Om normer, Oslo 1974.

Tedeschi, Legal Essays 1, New Haven 1978.

Temple Lang, Community Constitutional Law: Article 5 EEC Treaty, CML Rev 1990 s 645.

Timmermans, Judicial Protection against Member States: Articles 169 and 177 Revisited, i Schermers 1994, s 391.

Toth, Legal Protection of Individuals in the European Communities, Amsterdam 1978.

Toth, (rättsfallskommentar) CML Rev 1990 s 573.

Toth, Is Subsidiarity Justiciable? EL Rev 1994 s 268.

Touri (red), Rättsdogmatikens alternativ, Tammerfors 1988.

Tribe, American Constitutional Law, New York 1988.

Tridimas, The Court of Justice and Judicial Activism, EL Rev 1996 s 199.

Tushnet, Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, Harv L Rev 1983 s 781.

Twining, Karl Llewellyn and the Realist Movement, London 1973.

Unger, The Critical Legal Studies Movement, Cambridge Massachusetts 1986.

Unger, Legal Analysis as Institutional Imagination, Modern L Rev 1996 s 1.

Vázquez, The Four Doctrines of Self-Executing Treaties, AJIL 1995 s 695.

de Visscher, Theory and Reality in Public International law, Paris 1957.

Vogel, Den Tyska författningsdomstolens dom angående Maastrichtfördraget om den Europeiska unionen, JT 1993-94 s 553.

Wade, Amendment of the Constitution of Canada: The Role of Parliament, memorandum till the Foreign Affairs Committee 1981.

Wahl, ''Relevanta'' avgöranden av EG-domstolen, i EES-avtalet i svensk rätt, nr 39 i Juridiska fakulteten vid Stockholms universitets skriftserie 1993, s 185.

Wahl, Konkurrensförhållanden, Stockholm 1994.

Wahl, recension av Quitzow, Fria varurörelser i den Europeiska gemenskapen, Stockholm 1995, JT 1995-96 s 889.

Wahlgren, Automation of Legal Reasoning, Stockholm 1992.

Waelbroeck, The emergent doctrine of Community pre-emption – consent and re-delegation, i Sandalow och Stein red Courts and free markets: Perspectives From the United States and Europe 1982, Vol II s 548.
Wallace (red), The Dynamics of European Integration, London och New York 1990 (Cit som Wallace 1990).
Weatherhill och Beaumont, EC Law, Penguin 1993.
Weatherhill, (recension av Bengoetxea 1993) Modern L Rev 1994 s 483.
Weber, The Theory of Social and Economic Organization, New York 1948.
Weiler, The Community System.
The Dual Character of Supranationalism, YEL 1981 s 267.
Weiler, Eurocracy and Distrust, Wash L Rev 1986 s 1103.
Weiler, The Court of Justice on Trial, CML Rev 1987 s 555.
Weiler, Transformation of Europe, Yale L J 1991 s 2403.
Weiler, A Quiet Revolution: The European Court and its Interlocutors, CPS 1993.
Weiler, Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration, JCMS 1993 s 417.
Weiler, Europe After Maastricht – Supranationalism, Nationalism and the State, JT 1994-95 s 319.
Weiler och Lockhart, 'Taking Rights Seriously': The European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence, CML Rev 1995 s 51.
Weiler och Lockhart, ''Taking rights seriously'' seriously: the European Court and its fundamental rights jurisprudence – part II, CML Rev 1995 s 625.
Weiler, The Constitution of Europe: Do the New Clothes Have an Emperor? and Other Essays on the Ends and Means of European Integration, Paris 1995 (Cit The Constitution...1995).
Weiler, The State ''über alles'', Festschrift für Everling 1995, s 1651.
Wheeler Cook, Scientific Method and the Law, Am Bar Ass Journal 1927 s 305.
White, Social Thought in America: The Revolt against Formalism, New York 1949.
Wiklund, Om svenska domstolars självständighet i ett EG-rättsligt perspektiv, SvJT 1992 s 188.
Wiklund, EG-domstolen ger enskilda rätt till skadestånd för medlemsstaternas fördragsbrott, JT 1991-92 s 502.

Wiklund, Rättspositivismen, EG-rätten och problemet med den kreative domaren, JT 1994-95 s 332.
Wiklund, Lagstiftaren inför rätta, SvJT 1995 s 384.
Wiklund, EG-rättens inflytande över nationell rätt – en konstitutionell revolution, Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet nr 48 1996, s 57.
Wiklund, Objektivitet och kritik i EG-rätten, JT 1995-96 s 1075.
Wilhelmsson, En social civilrätt? – Några kommentarer, JT 1993-94 s 499.
Williams, The Lothian Region, John Napier Memorial Lecture, Edinburgh, November 12 1993,
Winter, Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law, CML Rev 1972 s 425.
de Witte, Community Law and National Constitutional Values, LIEI 1991 s 1.
Wrange, En diskussion utan innehåll? Critical Legal Studies och folkrätten, JT 1990-91 s 256.
Wróblewski, Paradigms of Justifing Legal Decisions, i Peczenik m fl 1984.
Wyatt, New Legal Order – or Old?, EL Rev 1982 s 147.
Wyatt, Article 177 (3). The Court Cautiously Endorses the *Acte Clair* doctrine, EL Rev 1983
s 179.
Zahle, Polycentri i retskildelæren, i Festskrift til Eckhoff s 752.
Zimmer, Arv og skatt, Tanum 1978.

Sak- och personregister

abstrakt mening 289
abstrakt tolkning 311
acte clair 258, 285 ff
activism 429
administrativ myndighet 281, 283
Adonis 21, 45
aktiv talerätt 413
allmänintresse 349
allmänna kompetenser 182 f
allmänna rättsprinciper 96 ff, 104, 207, 232
allmänt erkända tolkningsmetoder 105, 119, 374, 404 ff
alternativ rättsdogmatik 57
AMBI 338 ff
amerikansk rättsrealism 77 ff
analytisk rättspositivism 52
anarki 193
ansvarsfördelningen 385, 387
apodosis 113
application of directives 130
arbetstagare 146
arbetsmarknadsavgift 338
Arendt 197
argumentationens giltighet 428
auktoritet 197
auktoritetstermer 416
Austin 50, 195
autonom rättsordning 106
autonomianspråk (rättens) 213, 224, 411
avdragsrätt 349

basic norm 216
begränsad auktoritet 195
begäran om förhandsavgörande 268
Barak 43, 45
Barav 152, 362, 396, 422
Beaumont 423
begränsning av suveränitet 202
Bengoetxea 316, 424 ff
beslut 94, 129
Biersteuergesetz 379
Bingham L J 162, 163
Bjarup 77
Bodin 192, 195
bortom den suveräna staten 199, 235
bristfällig information (sakprövning) 270
Brysselkonventionen 94
budgetförordningar 103
Bull 44
Bundesfinanzhof 286, 303
Bundesgerichtshof 165, 370
Bundesverfassungsgericht 167, 169
Burley 441 ff

börat 51, 59, 78

Capotorti 289
Cappelletti 435
Cardozo 37
cirkelresonemang 235
cirkulär process 281
civilrättsligt förfarande 391
clara non sunt interpretanda 286
common law 97, 108
conflict preemption 331
Conseil d'État 172, 286, 289
constructive interpretation 120, 237
contra legem 148
Cotterrell 54, 198
Cour de Cassation 169, 347
Court of Appeal 161
Cramér 329
Critical Legal Studies 80 ff, 433, 438, 452
Cross 326, 333, 341
culpa 381
Curtin 263
deduktionsprocess 317
dekonstruktion 80
delbar suveränitet 200 ff
demokrati- och legitimitets-frågor 187
demokratiargumentet 423
demokratiska traditioner 434
deskriptivt meningsinnehåll 437
direkt effekt 62, 124 ff, 145 ff, 209, 257, 357, 366, 388, 446
direktiv 94, 130 ff
direktivkonform tolkning 39, 137 ff, 147 f, 366
disciplinära nämnder 281
diskriminerande 349
diskriminering på grund av kön 353
diskriminering 107
djurskydd 344
docket-control 334
dogmatism 327
domarens själsliv 76
domarskapad rätt 57
domens verkan i tiden 381
domstol 281
domstolsbegreppet 281 f
domstolskritik 415
domstolsliknande organ 281
Dowrick 198
dualism 222
Dworkin 66 ff, 73, 113, 120, 222 f
Dworkins rättighetsteori 68
dynamisk lagtolkning 58, 106
dynamiska lagtolkningens legitimitet 430, 432
dynamiskt perspektiv 235
dömande verksamhet 283

easy cases 24
EES-avtalet 94
effet utile 114, 264, 363, 366
EG-rättens autonomi 205, 211
EG-rättens effektivitet 158, 361, 363
EG-rättens företräde 62, 89, 106, 158 ff, 199, 221, 257, 388, 446
EG-rättens tillämpnings-område 276
EGs konkurrensrätt 346
Ehlermann 329
Eleftheriadis 63, 212, 214
empiri och normativitet 435, 442
empirisk vetenskap 75

EMU 219
enforcement of directives 130
enhetlig tolkning 222, 283
enhetsakten (Europeiska) 94, 186, 189
enhällighet 183
enkel majoritet 182
enskildas rättigheter 165
enskildas rättsskydd 109, 263, 362, 368 f, 388, 390, 398, 409
enumerationsprincipen 181, 201
enumererade kompetenser 187
erkännanderegel 93, 223, 228, 234, 245
ersättningsansvarets omfattning 403
ERTA-doktrinen 95
Eskridge 38, 58, 62
EU-fördraget 94
Europakonventionen 91, 107, 207, 232, 234
Europaparlamentet 183
Europeiska rådet 103
europeiska sociala stadgan 92
europeisk konstitution 158, 211, 230, 268, 445
Everling 169
evighetsgarantin 168
ex officio 110, 390, 396
exklusiv kompetens 190, 328
express preemption 331
extern justifiering 41, 60
externa justifieringsnivån 30, 74, 420
externa perspektivet 415

fakta och tolkning 317
federala mål 331
federalism 187
Fisher 77
flexibelt skiljeförfarande 283
folkrätten 208, 222
formalism 63, 310
formalistisk tolkning 299
fria varurörelser 100, 275, 301, 338, 343
fristående imperativ 51, 196
frågor utan relevans 272
Fuller 36, 53, 54, 61, 66, 176
functional spillover 446
fusionsfördraget 94
fysiska sanktioner 227
förarbeten 117, 434
förbundsstat 168
fördragsbestämmelser 127
fördragsbrott 135, 136, 394
fördragsbrottets karaktär 151
fördragsbrottsförfarande 368, 385
föremålet för tvisten 392
företrädesklausul 336
företrädesmålen 335 f
förfarandets riktiga förlopp 392
författningsdomstol 27
förförståelse (vid tolkning) 280, 281, 315
förhandsavgöranden 96, 233, 245 ff
förklaringskontext 425
förmånsrätt 143
förordning 94, 128
förståelse 315
förståelsemoment 317
försäkringsföretag 348
försäkringspremier 348
förundersökningsdomaren 285
förutsägbarhet 35, 40, 60, 239
förvaltning 295
förvaltningsföreskrifter 103

förvärvsarbetande 352

garantiinstitution 146
GATT-avtalen 95
gemensam rättsideologi 56
gemensamma konstitutionella traditioner 92
gemensamma momssystemet 339
gemensamma rättstraditionen 407
gemensamma tullstadgan 117
gemensamma tulltariffen 303
gemenskapens utomobligatoriska ansvar 375
gemenskapsrättens fulla verkan 135, 374
genomförande 130, 133, 387
giltighetskriterium 213, 228, 231
Gordon 441
grad av klarhet 378
Grotius 192
Grundgesetz 167
grundläggande fri- och rättigheter 443
grundnorm 42, 93, 214, 215, 219, 234, 245
grundrättigheter 167
gällande rätt 57, 74, 75, 76, 125, 437

Habermas 40, 66, 419
handelshindrande åtgärd 343
hard case 24, 66, 223, 358, 419
harmonisering 345
harmoniseringsdirektiv 342, 357
Hart 37, 50, 52, 61, 63 ff, 70, 73, 119, 195, 215, 224, 235, 415
Hartley 22, 414, 422, 426
Hegel 192
Hellner 55, 57
hermeneutisk cirkel (tolkning) 316
Heuman 99 f
hierarki 193
historik 419
Hobbes 192, 193, 195
Holmes 78
horisontell direkt effekt 133, 134
House of Lords 161, 307
Hutchinson 438, 452
hypotetisk abstraktion 310
hypotetiska frågor 273, 274, 291
Högsta domstolen 99, 101, 232

icke-diskriminering 364, 393
implied powers 208
implied preemption 331
in abstracto 300
indeterminate (rättsnormer) 79
indirekt diskriminering 353
indirekta skatter 347
informationskravet 270
informationskriterium 295
inkonsistenta syften 120
inkorporering 208
institutionell maktdelning 197
integrationshänsyn 343
integrationsideologi 447
integrationsmål 304
interaktionen mellan norm och sakomständigheter 420 ff
interim relief 163
interimistiska åtgärder 257, 261
intermistiskt skydd 164
intern giltighet 208
intern justifiering 41, 60, 230, 419
interna justifieringsnivån 31, 74, 420

internationell rätt 125
internt perspektiv 415
interpretatio cessat in claris 286
intresseorienterad analys 446
invaliditetspension 352
irrelevanta tolkningsfrågor 273

Jacobs 277, 328, 396
Jones 233
jordbruksområdet 326
Joutsamo 29, 249
judiciell aktivism 437
judiciell strategi 445
juridifiering 397
juridisk integrationsnivå 212
juridisk ideologi 398
jurisdiktion 253, 296, 297
jurisdiktionell kompetensfördelning 264, 297
jurisdiktionella begränsningar 361
justiciable 356
justifiering 26, 60, 419
justifieringskontext 426
justifieringspraxis 416, 428

Karst 328
Kelsen 48, 52, 196, 214, 215, 223, 234, 415
Kennedy (David) 204, 215
Kennedy (Duncan) 81 f
klara fall 24
klara företrädesmål 331
klara företrädesregler 331
klarhetsargumentet 287
koherens 73
koherensideal 237
kommissionen 182, 371
kompetensavgränsning 207
kompetensfördelningen 26, 181, 205, 269, 372, 374, 398, 411
kompetensfördelningsfrågornas renässans 186
kompetensfördelningsnorm 347
kompetensfördelningsproblem 87, 253, 267, 292, 323
kompetensfördelningsstrategi 322
kompetenskonflikter 382
konfliktlösningsnorm 120
konfliktmål 341
kongressen (USA) 188, 327
konkret prövning 379
konkurrensmål 270
konkurrensrätt 334, 347
konkurrerande auktoriteter 177
konkurrerande normer 27, 35, 79
konkurrerande normkällor 177
konkurrerande rättssystem 254
konkursförvaltaren 142
konkursgäldenären 142
konstitution 204, 205
konstitutionaliseringsprocessen 402
konstitutionalism 204, 245
konstitutionell bomb 189
konstitutionell kärna 202
konstitutionell revolution 399, 418
konstitutionell rätt 202
konstitutionell rättstillämpning 405
konstitutionella doktriner 206
konstitutionella konflikter 343
konstitutionella konsekvenser för medlemsstaterna 398
konstitutionella normer 93
konstitutionella principer 388, 402

konstitutionella ställningstaganden 334
konstitutionella terminologin 204
konstitutionsanspråk 212, 225, 321
konstitutionsbegrepp 411
konstitutionsutskottet 218
konsultation 185
kontextualism 439
kontradiktorisk 283
kontrollfunktion 263
Koopmans 63, 215
Koskenniemi 46, 47, 48
Krislov 329
kulturell revolution 399
kulturell kontext 440
kvalificerad majoritet 182
kvalitetskriterier 152
kvantitativa importrestriktioner 100

lagbegreppet 50
lagen som befallning 51
lagen 50 f, 196
lagprövning 187, 389
Lagrange 210
lagstiftande makten 375
lagstiftaren 410
lagstiftarens avsikt 415
lagstiftarens handlingsutrymme 377
lagstiftningskompetens 328
lagstiftningssamarbete 183
lagtolkning 23, 26, 28, 52, 60, 62
lagtolkningens koherenskrav 238
lagtolkningens natur 37, 59
lagtolkningsprinciper 433
lagtolkningsteknik 105
Lasok 152
legal pluralism 63, 176
legalism 439
legitimitet och rationalitet 40, 239
legitimitet 35, 60, 223, 419
legitimitetskrav 421
legitimitetsteori 30, 421, 443
Lenaerts 184, 203, 290, 304, 313, 323
level of explanation 425
level of justification 425
lex posterior 232
likabehandling av kvinnor och män 351
likabehandling 107
lingvistisk tolkning 114
Llewellyn 77
locus standi 412
logisk deduktion 405
lojalitetsplikt 346
Lomékonventionen 94
Lord Bridge 161
Lord Denning 114
Lord Goff 164
Lord Woolf 164
Luganokonventionen 94
Lundstedt 75
lönegaranti 142
lönegarantidirektiv 142
länsrätten i Stockholm 284
länsstyrelsen 284

MacCormick 49, 69 ff, 72, 193, 234
maktfördelning 45, 186
Mancini 22
Mann 30, 420
marknadsintegration 343
marknadstillträde 350

Mattli 441 ff
'mechanical' jurisprudence 64
medbeslutande 185
medlemsstatens handlingsutrymme 132
medlemsstaternas passivitet 187
medlemsstaternas skadeståndsansvar 105, 115, 366, 382, 403
Merchant Shipping Act 161, 383
mervärdessskatt 262
metaphysics 434
ministerrådet 182
missbruk av systemet 275
momsegenskaper 338
momsliknande karaktär 340
Monahan 438, 452
monism och dualism 125
monistisk koherens 120, 238
Montesquieu 45
moralisk riktighet 418
moralisk standard 86
Mortelmans 263
mutation 181
målkonflikter 118
målrelaterade bestämmelser 91
måttstock för kritik 402
mänskliga rättigheter 91, 103, 207

nationell konkurrensrätt 346
nationell processrätt 111
nationella domstolar 281
nationella domstolars ansvar 369
nationella ersättningsanspråk 380
nationell konstitutionell och processuell autonomi 361
nationella rättsprinciper 109
naturrätt 38, 193
naturrätten 193
naturvetenskap 78
neofunktionalismen 447
new legal order 208
non liquet 102 f
norm-deskriptiv 77
norm 51
normativ tolkningsteori 429, 433, 440, 443
normativitet 434
normativt kriterium 434
normdirektiv 327
normens karaktär 155
normhierarki 187
normkonfliktens karaktär 388
normkonflikter 119, 328, 330
normkontroll 304
normprövning 21, 95, 296, 304, 398, 431
normstruktur 26, 87
normutfyllnad 431
ny rättsordning 214
närstående arbetstagare 144, 151

oaktsamhetskriterier 152
obehörig vinst 263
obestämbarhet (normers) 35, 38, 65, 120, 280, 355, 384
Obiter dicta 97
obligatoriska rättskipningsuppgifter 282
Obradovic 203
ockupation (av lagstiftningsområde) 329, 331, 344
ockupationsfall 331
offentlig upphandling 152
oklar kompetensfördelning 361
oklara fall 24, 418, 419
old legal order 208
Olivecrona 50, 75, 196

omformulering av tolkningsfrågor 290
omsättningsavgifter 339
opartisk domstol 111
open-texture 63, 72
oren konflikt 342, 357
orena konfliktmål 332
organisationsakter 103
organiskt kriterium 284
orsakssamband 377, 380, 388, 441

paradox (Weiters) 442
Parisfördraget 178
parlamentets prerogativ 431
parlamentets överhöghet 166, 235
passiv talerätt 412
Pellar 38
Pescatore 22, 246
pluralism (normsystem) 235
policymaking 86, 430
politik 43
politik och juridik 27, 42, 83
politisk integrationsnivå 212
politisk moralitet 445
politisk kontext 440
politiskt handlingsutrymme 448
politiskt val 217, 223
polycentri 223
pragmatisk hållning 282
pragmatisk tolkning 301
pragmatism 310, 327
pre-emption 322
Prechal 389, 397
prejudikat 99, 114
prejudikatbundenhet 96
prejudikatlära 99
prejudikatsinstanser 405
prejudikatverkan 96
presumtionsregel 341
primära pliktregler 227
primära regler 224
primärrätt 93
princip om passivitet 391
principles 236
processuella minimikrav 388
produktansvarsdirektiv 334
processekonomiska hänsyn 281
processekonomiskt förfarande 392
processuella frågor 394
prognosteori 75
protasis 113
protektionistiska syften 338
prövningstillstånd 334
purism 327

ramfördrag 183
Rasmussen 23, 30, 304, 334, 418, 420, 428, 431, 450
ratio decidendi 97, 114
rationalitet 60, 419
rationalitetskriterier 69
rationalitetsproblemet 418
rationell rekonstruktion 316
Raz 37, 416
reasonable interpretation 423
regel (rule) 51, 197
regeringsformen 164, 218
regeringsrätten 152, 232
rekommendationer 94
relevanskriterium 279
rena konflikter 331
rena konfliktmål 332
resebyråverksamhet 304
resolutioner 103
restitution 397

Rodhe 76
Rosas 199
Ross 52, 75 ff, 415, 437
Rousseau 192, 195
rule of recognition 224
rules 225
rules of adjudication 229
rules of change 229
rätt till effektivt rättsskydd 111, 350, 364
rätt till rättegång i opartisk domstol 351, 364
rätten till försvar 110
rättens autonomi 46
rättens normativitet 46
rättens "produktivitet" 59
rättens effektivitet 54
rättens obestämbarhet 36, 439
rättens objektivitetsanspråk 27, 35, 83, 439
rättigheter 124, 129
rättighetsinskränkningar 365
rättighetsskydd 248
rättighetssubjekt 151
rättsakter 103
rättsdogmatiken 55
rättsgemenskap 205
rättskyddssystemet 258
rättskälla 36, 56, 93, 95, 228
rättslig måttstock 439
rättsnormernas obestämbarhet 83
rättsordningens koherens 27, 36, 177
rättsordningens rationalitets- och koherenskrav 35
rättspositivism 38, 49 ff
rättspraxis 96
rättsrealismen 68, 74
rättsskapandets legitimitet 30
rättskyddsaspekter 257
rättsskyddsfunktion 395
rättskällorna 93
rättsskyddssystemet 421
rättsstaten 431, 439
rättsstatsideal 245
rättsstridighet 377
rättstillämpningens förutsägbarhet 83
rättstillämpningens karaktär 354, 398
rättstillämpningsregler 229
rättsvillfarelse 384
rättssystemets koherens 67

sak- och rättsförhållanden 270
saklegitimerade 412
sakomständigheter 127, 154, 296, 384, 385
sakprövningsförutsättningar 267, 268, 269, 280, 314, 354, 358
samarbetsprincip 257, 364, 390
Schermers 22, 88, 109
sedvanerättsliga regler 114
sedvänja 232
sekundära regler 224, 227
sekundärrätt 94
self-executing treaties 208
semantiskt innehåll 384
Shapiro 23, 449, 451
skadeståndstalan 367
skandinavisk rättsrealism 74 ff
skatteförfarande 394
skattskyldig 262
skepticism (värde-) 451
skilda tillämpningskontexter 276
skiljedomstolar 281
skönsmässig bedömning 378, 386
slutinstanser 285

social kontroll 228
social trygghet 351
socialpolitiska mål 354
socialrätt 351
sociokulturella särdrag 293
sociologisk måttstock för domstolskritik 429
sociopolitiska omgivningen 28, 450
speciella kompetenser 182
språkfilosofiska frågor 28
spärregel 168
spärrverkan 33, 89, 123, 190, 321 ff, 322
spärrverkansanalys 342
spärrverkanseffekt 323
spärrverkansklausuler 336
staten 44
staters självbestämmande 336
statsbegreppet 200
statsteorin 197
straffrättsliga åtgärder 285
strong discretion 236
subsidiaritetsprincipen 341, 356, 357, 358
subsumtion 280, 354
suveränitet 192, 199
suveränitetsbegreppet 27, 35, 177
suveränitetsinskränkning 202
suveränitetsteori 198
syfteskonflikter 238
syftespluralism 120
sysselsättningspolitiska mål 353
systematisk tolkning 114
systemorientering 234
systemtillhörighet 232
söndagsöppet 292, 313, 385

talan om fördragsbrott 368
taleförbud 407
Tedeschi 289
Tesauro 399
teleologisk lagtolkning 40, 114 f, 115, 117 ff
the rule of law 82, 412
tilldelade kompetenser 184
tillgången på rättsmedel 263
tillräckligt klar (övertygelse) 308, 386, 387, 388
tillämpning 269, 296, 314
tillämpningsdirektiv 303
tillämpningskontext 279
tillämpningsutrymmet 388
tolkning och tillämpning 314 ff, 385
tolkning 269, 296, 314
tolkningselement 302
tolkningsfrågor 268
tolkningsmetoder 114
tolkningsstandarder 96
tolkningsteorier 90
tolkningsutrymme 24, 25, 35, 42, 63, 248, 317, 373
transposition of directives 130
tulliknande avgift 338
tvång 197
tvångsmedel 254
tvistens karaktär 283
tvistens ramar 391
tyska öllagarna 370

ultra vires 160
undantagsfall 331
undantagsklausuler 335
undantagsmålen 334
undantagsregler 331
Unger 448
upgrading common interests 447

uppenbarhetskrav 164
U S Supreme Court 330
utbildningspolitik 324
utomjuridiska principer 120
utomobligatoriskt ansvar 407

van Gerven 139, 307
varat 51, 59, 78
verkställande makten 375
vertikal direkt effekt 133
vertikal härstamning 50
vertikal legitimering 230
veto 190
vindikationstalan 393
värdepluralism 238

Wahl 346
Walbroeck 327
Warner 117
weak discretion 236
Weatherhill 423
Weiler 23, 177, 181, 188, 192, 203, 209, 246, 327, 429, 431, 439 ff, 450, 451
Wilhelmsson 57
Wrange 194

yttranden 94

ålderspensionsförsäkring 353
återbetalning 393
åtgärder med motsvarande verkan 100

ändamålsorienterad tolkningstil 116, 117 ff
ändamålsskäl 118
ändringsregler 229

öls renhet 379
överträdelsens karaktär 387
överträdelsens kvalité 384

EG-DOMSTOLENS TOLKNINGSUTRYMME

Genom Sveriges medlemskap i Europeiska unionen har EG-domstolen i Luxemburg kommit att inta en central ställning i det svenska samhällslivet. Denna undersökning är den första svenska vetenskapliga studien av EG-domstolen. Boken utgör samtidigt den första större rättsteoretiska analysen av gränserna för en domstols legitima tolkningsutrymme.

Undersökningen behandlar *EG-domstolens tolkningsutrymme*. EG-domstolens tolkningsutrymme har varit en avgörande förutsättning för skapandet av det rättsprinciper som utgör EG-rättens ryggrad. Tolkningsutrymmet är emellertid av olika karaktär och omfattning inom olika rättssystem. I undersökningen analyseras frågor rörande tolkningsutrymmets karaktär, källor och begränsningar inom EG-rätten. Undersökningen visar att tolkningsutrymmets begränsningar bestäms av förhållandet mellan EG-rättens normstruktur och kompetensfördelning.

Vidare påvisas hur EG-domstolens dynamiska lagtolkning har bidragit till en fortlöpande förändring av förhållandet mellan EU och medlemsstaterna. Undersökningen visar att EG-domstolens rättstillämpning inte endast har effekter på relationen mellan EU och medlemsstaterna utan även påverkar maktbalansen mellan domstolar och politiska institutioner i medlemsstaterna.

Ola Wiklund (född 1962) har tjänstgjort vid EG-domstolen i Luxemburg. Han är förnärvarande universitetslektor i europeisk integrationsrätt vid Stockholms universitet. Ola Wiklund har tidigare givit ut böckerna *Europa - från gemenskap till union* (med Per Ahlin), *En europeisk rättsordning* (med Peter Wessman) och *Offentlighetsprincipen vid ett svenskt medlemskap i Europeiska unionen* (med Sten Heckscher). *EG-domstolens tolkningsutrymme* är hans doktorsavhandling.

ISBN 91-39-20043-4

JF

Beställningar Norstedts Juridik AB, Kundtjänst, Box 6454, 113 82 Stockholm
Telefon 08-690 96 96 **Telefax** 08-690 90 30