

Juridik är att vilja – om gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme

av Ola Wiklund

Jag hade kallats till radioprogrammet Studio 1 för att kommentera en dom av EFTA-domstolen, där det slagits fast att det norska vinmonopolet inte stod i strid med EES-avtalets bestämmelser om varors fria rörlighet. Eftersom EES-avtalets bestämmelser är blåkopior av EG-fördragets bestämmelser, frågade journalisten vilken betydelse EFTA-domstolens dom skulle få för EG-domstolens prövning av det svenska försäljningsmonopolet i det omtalade Franzén-målet. Jag svarade att det inte alls var säkert att EG-domstolen skulle komma till samma resultat som EFTA-domstolen. Journalisten uttryckte en viss förvåning över mitt svar. Domstolarna skulle ju tolka exakt samma bestämmelser. Varför kommer de inte till samma resultat? Eftersom sändningstiden gick mot sitt slut valde jag att inte ge ett långt, juridiskt komplicerat svar. Mitt något svävande svar löd istället ungefär: "Juridiken är inte alltid vad folk tror att den är." Något förbryllad avrundade journalisten inslaget.

Nu i efterhand anser jag att det svar jag gav trots allt var det mest ärliga. Jag skall försöka förklara varför, men det kräver att jag tar rejäl sats. Jag inleder med en diskussion om domstolarnas roll i den liberala demokratin, deras förhållande till den politiska makten och vilka allmänna krav som kan ställas på rättstillämpningen. Jag ger därefter några exempel på hur EG-domstolen skapar nya rättsprinciper genom att utnyttja ett vitt tolkningsutrymme. I detta sammanhang återknyter jag till diskussionen om förhållandet mellan politik och juridik och understryker vikten av att de domarskapade principerna har politisk sanktion. I samband härmed formuleras frågan: Från vilka utgångspunkter kan vi kritisera EG-domstolen och andra domstolars avgöranden? Jag undersöker därefter om juridiken och rättsteorin kan tjäna som utgångspunkt för kritik av domstolsavgöranden. Den avslutande diskussionen leder fram till en uppmaning att öppna ett nytt rättsvetenskapligt forskningsfält.

Politik och juridik

I europeisk samhällsdebatt framskymtar ofta något som kan betecknas som ett liberalt rättsstatsargument. Det går ut på att samhället fungerar bäst om medborgare och företag tillförsäkras juridiska rättigheter inom ramen för ett fungerande rättssystem. Om rättigheterna äventyras, skall den kränkte kunna gå till en opartisk domstol och få sin rätt prövad.

Rättsstatsargumentet utgår från att lagarna skall styra samhällsutvecklingen, inte människornas godtycke. Detta godtycke skall begränsas av juridiska lagar och principer. På detta vis skapas rättstrygghet för medborgare och företag. Värnandet om den enskildes rättsskydd faller tillbaka på liberalismens (och marknadsekonomins) axiom om den fria individens okränkbara rättigheter – ibland uttryckt i naturrättsliga termer, andra gånger sett som ett medel för ekonomisk effektivitet.

Även i ett TV-program som handlade om Sovjetunionens nederlag i det kalla kriget, ett nederlag som sedermera ledde till unionens splittring, luftades rättsstatsargumentet. I programmet intervjuades en tidigare chefsideolog och medlem av politbyrån. Med facit i hand försökte han förklara vad som gått snett. Jag fäste mig särskilt vid *en* förklaring. Chefsideologen ansåg att det stora misstaget var det sovjetiska systemets tilltro till människans förmåga att genom politiska beslut skapa ett fungerande kommunistiskt system. I stället skulle systemet utvecklats och förändrats med lagarnas och domstolarnas hjälp, "Rule of law" i stället för "Rule by man".

Från det stora till det lilla. I en polemisk debattartikel i DN framhåller nationalekonomen Bo Södersten rättssäkerheten som en av två faktorer som krävs för en fungerande marknadsekonomi: "En är att till grund för marknadsekonomi måste ligga ett system av rättssäkerhet, av förutsebarhet, av ordhällighet och respekt för avtal och av frånvaro av korruption från de styrandes sida." Artikeln går till angrepp mot socialdemokratins tro på att genom politiska beslut idka fördelningsspolitik och begränsa marknadens spelrum. "Det går inte att rösta om hur inkomsterna skall fördelas", anser Södersten.

Söderstens argument utgår från en stor tilltro till att domstolar genom tillämpning av lagar kan försäkra om förutsebarhet och "ordhällighet". För politiker synes han helt sakna förtroende. Södersten glömmer emellertid två saker. För det första att det är just politiker som skapat marknadsekonomins konstitutionella och juridiska förutsättningar. Det är politiker som beslutat om skydd för äganderätt, politiska rättigheter och tillgång till utbildning och sjukvård. Han bortser från att politiken och juridiken står i ett starkt beroendeförhållande till varandra. Juridiken kräver alltid politikens uppbackning, annars svävar den i ett tomrum. För det andra så utförs övergången från politik till juridik av människor, dvs. av domare som försöker tolka och konkretisera den vilja politikerna uttryckt i lagform. Problemet är att denna vilja endast kan uttryckas med språkets hjälp, och språket är vagt och obestämbar.

Lagar beslutas av politiker. Det är genom lagstiftning som de demokratiskt valda politikerna uttrycker sin vilja (eller om man så vill, väljarnas vilja). "Politik är att vilja". Socialdemokratins gamle rättsideolog, Carl Lidbom, klädde en gång i tiden denna tillsynes triviala demokratiska grundsats i följande språkdräkt: "Vi vill använda lagarna till att skapa ett samhälle där demokratins frihetsideal är verklighet för alla och genomsyrar de enskilda människornas tillvaro på alla områden ... De är instrument som används för att nå politiska mål."

Men hur skall lagarna få en konkret betydelse för medborgarna, utöver att existera som ord på papper i en lagbok? Vad händer efter det att lagarna beslutats? Hur blir egentligen lagarna effektiva? Hur påverkar lagarna enskilda medborgare och företag? Hur konkretiseras politikernas vilja? Hur får deras ord mening? Det är här domstolarna kommer in i bilden.

Domstolarnas funktion och ställning grundas på den auktoritet de traditionellt anses ha. När domstolen har dömt är tärningen kastad och domen måste följas av de inblandade parterna. Varför är det på detta vis? Den förlorande parten måste ju rimligen anse att domstolen dömt fel.

Varför den förlorande parten i regel följer domstolens dom beror på flera faktorer. En förklaring kan vara att parten annars drabbas av rättsliga sanktioner i form av böter eller vite. Men det finns även en stark tradition av frivillig efterlevnad som bygger på att tvister måste få en lösning och att domstolen med sina förnuftiga och neutrala domare erbjuder den bästa tänkbara tvistlösningen. Denna tradition kan emellertid utöva ett tryck på parterna endast om domaren uppfyller kraven på neutralitet och vishet. Domaren kan förlora sin auktoritet om han eller hon avslöjas som styrd av personliga övertygelser och intressen. Av detta skäl är det viktigt att domstolar inte utökar sin maktsfär genom en alltför fri och omfattande lagtolkning – *Rule of law not of man*.

De flesta anhängare av den liberala rättsstaten torde vara ense om att maktindelningen mellan politiker och domare inte skall rubbas genom att domstolar tar sig vidlyftiga friheter och ägnar sig åt ett rättsskapande med politiska förtecken. Det är genom att undvika politiken som domstolarna erhåller sin traditionellt starka auktoritet. En förlust av denna auktoritet skulle innebära att den liberala rättsstaten skakas i sina grundvalar. Jag tror att den forne sovjetiska chefsideologen, professor Södersten och Carl Lidbom skulle hålla med om att denna ideala beskrivning av domstolarnas roll är den rimliga. Vad de kan vara oense om är *hur* stora friheter domstolarna kan ta sig utan att det hotar rättsstaten. Det är denna fråga som är intressant.

Under tiden efter andra världskriget har västvärlden upplevt en förstärkning av domstolarnas politiska roll i statskicken. Denna styrka beror på flera samverkande faktorer. En viktig faktor är den enorma mängd lagstiftning som krävdes för att bygga upp välfärdsstaten, och som behövde tolkas och tillämpas för att bli effektiv. Denna uppgift anförtroddes i viss mån domstolarna men också andra myndigheter. Ytterligare en faktor är en allt mer omfattande

normprövning, dvs. prövningen av lagars förenlighet med överordnade grundlagar och konstitutioner. I USA har Högsta domstolen sedan länge intagit en framskjuten position i det politiska livet. I flera europeiska stater har inrättats författningsdomstolar, där den kanske mest kända är den tyska författningsdomstolen i Karlsruhe.

Även länder utan författningsdomstol har utvecklat nationella system för normprövning. I de nordiska länderna är normprövningen en kompetens som i regel utövas av allmänna domstolar. I Europa har denna prövning kommit att ytterligare vitaliseras genom domstolar på internationell nivå. Europadomstolen i Strasbourg har till uppgift att slå ner på brott mot de mänskliga rättigheterna, och i Luxemburg finner vi EG-domstolen, som är känd för sin dynamiska och integrationsvänliga lagtolkning.

EG-domstolens fria tolkningsstil fick en skribent i Financial Times att utbrista: "Har domarna växt ur sina peruker? Frågan ställs över hela den demokratiska världen då domstolar spelar en allt större roll genom att sätta gramma på regeringar och skapa ny rätt. Amerikaner har länge betraktat sina domare som lagstiftare. Européerna är på väg att göra detsamma."

EG-domstolen som integrationsmotor

EU:s överstatliga rättssystem, EG-rätten, var och är avsedd att medföra en genomgripande omvandling av det ekonomiska, sociala och politiska livet i medlemsstaterna. Den riskerar därmed att hamna i konflikt med rådande konstitutionella och legala ordning. I omvandlingsprocessen har EG-domstolen sett det som sin uppgift att konkretisera och utveckla samarbetets övergripande målsättning: att värna om lag och rätt vid tillämpningen av ett fördrag vars primära mål var att skapa en allt fastare gemenskap mellan Europas folk.

I sin iver att verka för fortsatt integration har EG-domstolen tagit sig stora friheter. Kritikerna anser att EG-domstolen tolkar fördragsbestämmelser i strid med deras naturliga ordalydelse. EG-domstolen blir därmed att likna vid en lagstiftare, en roll som den inte anförtrots av politikerna. EG-domstolens försvarare anser dock att ingen domstol kan undvika att skapa rätt genom en fri lagtolkning, och att detta särskilt är fallet med författningsdomstolar som anförtrots vida rättsskipningsuppgifter. Eftersom EG-domstolen har fått i uppgift att föra utvecklingen framåt mot integrationsmålen har den givits ett stort tolkningsutrymme.

EG-domstolens strävan att åstadkomma politisk och juridisk integration har skett genom en dynamisk lagtolkning som reser frågor om förhållandet mellan politiker och domare. EG-domstolens rättstillämpning har enligt många lett till oskarpare skiljelinjer mellan rätt och moral, juridik och politik.

Vissa kommentatorer anser att EG-domstolen tagit sig större friheter än USA:s Högsta domstol gjorde under sin mest aktiva period.

EG-domstolens rättsskapande verksamhet har även en ideologisk dimension. Den är en del i en utveckling som ger medborgare och företag i medlemsstaterna ökade möjligheter att i domstol angripa nationella politiska beslut och hävda att de strider mot EG-rätten. Utvidgningen av enskildas möjligheter att processa är av grundläggande betydelse för förhållandet mellan politik och juridik och för förhållandet mellan EU och medlemsstaterna. Det beror på att EG-domstolen hävdar, att medlemskapet i EU inte är en begränsad inskränkning av medlemsstaternas suveränitet, utan en inskränkning som med tiden ska omfatta fler och fler områden. De europeiska välfärdsstaternas stora behov av reglering i form av lagar och domstolarnas ökade inflytande har lett till vad man kan kalla en *juridifiering* av Europa.

Låt oss titta närmare på EG-domstolens rättstillämpning och ställa den i relation till några grundläggande krav. En av EG-fördragets viktigaste rättsregler är artikel 30, som är tänkt att sörja för varors fria rörlighet mellan medlemsstaterna. Den lyder: "Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna, om inte annat föreskrivs nedan."

Vad är en "kvantitativ importrestriktion"? Vad är en "åtgärd med motsvarande verkan"? EG-domstolen har vid flera tillfällen givit bestämmelsen en vid tolkning och ansett att den förbjuder alla nationella regler, som inte endast direkt eller indirekt, utan även potentiellt kan hindra handeln mellan medlemsstaterna. Härmed kom exempelvis en statligt understödd annonskampanj som basunerade "köp irländskt" att förbjudas.

Att EG-domstolens tolkningar av regeln nästan fyller en hyllmeter är kanske helt i sin ordning. Regels vighet ger oss en antydning om att politikerna tänkt sig att den skall konkretiseras och fyllas ut genom tolkning och kompletterande lagstiftning. Men hur långt kan EG-domstolen gå i sin utfyllnad? Får domarna låta sina egna politiska och moraliska värderingar inverka på tolkningen? Är även domstolens tolkning en viljeakt? *Är även juridik att vilja?*

EG-domstolen måste grunda sitt avgörande på en rättsnorm och ge en rättslig motivering av sina avgöranden, dvs. ange skäl och argument som stöd för sin slutsats. Domarens argumentation måste kläs i en språkdräkt som gör att beslutet framstår som en logisk följd av ett sammanhängande och värderingsfritt resonemang. Härigenom framstår domarens avgörande som objektivt.

Kravet på att domarens motivering skall baseras på juridiska skäl och slutsatsen framstå som logisk och värderingsfri aktualiserar flera centrala rättssteoretiska problem. Är rätten/juridiken objektiv? Kan domaren genom att använda juridiskt vedertagna tolkningsmetoder och logiska resonemang nå en objektiv slutsats trots att rättsregeln är vag?

Vagheten kan karaktäriseras som en av språkets, och därmed rättens, inboende egenskaper. Den är ett problem som domstolar alltid har ställts inför.

En domares tillämpning av juridiska tolkningsteorier kan inte eliminera språkets vagheter eftersom teorierna själva baseras på allmänna regler för språkanvändning och består av allmänna termer som i sin tur kräver tolkning.

När domaren utnyttjar sitt tolkningsutrymme måste han hålla sig inom rättsens gränser. Men hur bestäms och avgränsas det rättsliga från det moraliska och politiska? Hur skiljer man juridiska argument från icke-juridiska? Frageställningarna hör till rättsteorins och rättsfilosofins mest omdiskuterade problem. Om rättsregler är vaga och ständigt är föremål för tolkning, uppkommer problemet att skilja den tolkning som vilar på moralisk eller politisk grund från den som är strikt juridisk.

Samtidigt som domaren brottas med tolkningsproblem infinner sig ett krav på att slutsatsen skall passa in i det juridiska systemet. Den skall ta hänsyn till tidigare praxis för att leva upp till kravet på *förutsebarhet*. Den får inte heller ligga alltför långt från rättsregelns ordalydelse. För medborgarna finns en "naturlig" innebörd som måste beaktas. Tolkningen av normen får inte heller stå i strid med andra normer. En lagregel kan inte stå i strid med en överordnad grundlagsregel. Dessa uppräknade krav skulle kunna sammanfattas som att tolkningen måste anpassas till det juridiska *sammanhanget*.

Domaren måste nu leva upp till ytterligare ett krav. Tolkningen måste upplevas som rättfärdig och godtagbar av medborgarna, dvs. vara *legitim*. Den måste accepteras, eller i vart fall tolereras, av omgivningen. Kravet på legitimitet innefattar inte endast att beslut harmonierar med tidigare beslut utan inbegriper även ett krav på att besluten skall vara förankrade så att alla inblandade parter kan acceptera beslutet som riktigt. De teoretiska problemen kan sammanfattas i följande frågeställning: hur skall kraven på förutsebarhet och legitimitet kunna förenas vid tolkning och tillämpning av vaga rättsnormer?

Låt oss konkretisera frågeställningen genom att relatera den till några rättsfall. I målet *Brasserie du Pêcheur* utvecklade EG-domstolen en princip om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten. EG-domstolen ansåg att frågan rörde tolkningen av fördraget. Men rör verkligen förekomsten och omfattningen av skadeståndsansvaret en tolkning av fördraget? Några skrivna regler om skadestånd existerar inte. EG-domstolen erkände att fördraget saknar bestämmelser som uttryckligen reglerar medlemsstaternas ansvar. Domstolens räddningsplanka blir den lakoniska formuleringen i artikel 164: "EG-domstolen skall värna om lag och rätt vid tolkning och tillämpning av detta fördrag".

Principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar är kontroversiell av flera skäl. Stats- och regeringscheferna hade tidigare förkastat ett förslag om att principen skulle skrivas in i fördraget. Principen har alltså inget uttryckligt stöd i fördraget, vilket den tyska regeringen framhöll i målet. EG-domstolen uttalade 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."

Den tyska regeringen motiverade sitt motstånd mot en domarskapad princip om skadeståndsansvar utifrån både förutsebarhetskravet (principen bör formuleras i skriven lag) och legitimitetskravet. Den tyska regeringen ansåg att EG-domstolen saknade rättslig grund i fördraget för en skadeståndsprincip. En domarskapad princip skulle därmed rubba kompetensfördelningen och leda till att EG-domstolen och EU på ett otillåtet sätt tillskansar sig makt. EG-domstolen och EU riskerar därmed att förlora legitimitet.

Låt mig ge ytterligare exempel på EG-domstolens rättsskapande, dvs. när domstolen utan uttryckligt stöd i EG-fördraget uppfinner en ny rättsprincip, *principen om EG-rättens företräde framför all nationell lagstiftning*. Målet *Costa mot Enel* tog sin början på italiensk mark. Advokaten Costa var aktieägare i kraftbolaget Enel. Bolaget kom sedermera att förstärkas genom en parlamentslag, vilket Costa inte gillade. I egenskap av elabonnent underlät han att betala en elavgift på ca 11 svenska kronor. Efter att ha blivit krävd på betalning stämde han bolaget och yrkade att en italiensk domstol skulle fastställa att han skulle slippa att betala avgiften för att den stred mot EG-rätten. För att få hjälp med att avgöra hur den italienska lagstiftningen förhöll sig till de EG-regler som Costa åberopat begärde domstolen ett förhandsavgörande av EG-domstolen. EG-domstolen hade nu att avgöra om italiensk lag stred mot EG-rätten.

Trots att EG-domstolen i sin dom inte ansåg att det förelåg någon konflikt mellan reglerna tog den tillfället i akt att fälla några principiellt viktiga uttalanden om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt. I domen slogs fast att EG-rätten vilar på medlemsstaternas överlåtelse av makt till de gemensamma europeiska institutionerna. Utifrån denna överlåtelse formulerade domstolen den princip som utgör grunden för gemenskapens existens. Medlemsstaterna har skapat en gemenskap med obegränsad varaktighet i tiden, som har egna institutioner med egen rättskapacitet och reella maktbefogenheter härstammande från en överlåtelse av suveränitet. Därigenom har medlemsstaterna begränsat sina suveräna rättigheter inom begränsade områden och skapat en rättsgemenskap som både är bindande för medborgarna och dem själva.

EG-domstolen uttalade vidare att kravet på EG-rättens enhetliga tolkning och tillämpning innebar att EG-rätten måste ha företräde framför all nationell lagstiftning, inte bara framför lagar utan även grundlagar. EG-domstolens doktrin om EG-rättens *absoluta* företräde är helt central för integrationstanken. Den kan emellertid uppfattas som kontroversiell, eftersom den dels talar om en oåterkallelig överlåtelse av kompetenser från medlemsstaterna till gemenskapens institutioner, dels EG-rättsligt företräde framför medlemsstaternas institutioner.

EG-domstolens avancerade företrädesanspråk aktualiserar frågor om makt och auktoritet, som brukar diskuteras med hjälp av begreppet *suveränitet*. Enligt EG-domstolen har medlemsstaterna en gång för alla avhånt sig konsti-

tutionell makt. Domstolen anser därutöver att det inte är medlemsstaterna utan gemenskapen som ytterst avgör hur mycket makt som egentligen överläts. EG-domstolens dom i målet *Costa mot Enel* utgör grundstenen i en rättsutveckling som syftar till att skapa en gemensam europeisk konstitution för de 15 stater som nu bildar EU. I juridisk mening refererar begreppet konstitution till den rättsliga grunden för det politiska systemets förenlighet med rättsstatens krav. En konstitution har till syfte att avgränsa den politiska och juridiska makten. Konstitutionen innehåller en mängd regler som binder den politiska och juridiska auktoriteten. Konstitutionens kärna och grundbetydelse är begränsning av den politiska suveräniteten. Dess huvudsakliga avsikt är att begränsa all utövning av makt med hjälp av juridiska bindningar.

Under perioden 1970–1985 blev kompetensfördelningen mellan gemenskapen och medlemsstaterna mer och mer oklar. Perioden var en viktig fas i integrationsprocessen. Begränsningarna för gemenskapens kompetens vittrade sönder och försvann i praktiken. EG-domstolens syn i *Costa*-målet, där det talades om suveränitetsbegränsningar "... inom begränsade områden", blev senare i domstolens första yttrande över EES-avtalet "... inom allt större områden". EG-domstolen hade under 1980-talets sista år och 1990-talets första år höga ambitioner vad gällde EG-rättens effektivitet och tillämpningsområde.

Vidare har EG-domstolens pragmatiska syn på normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt lett till att kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och nationella domstolar inom ramen för systemet för förhandsavgöranden blivit oklar. I min doktorsavhandling, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, visar jag att kompetensfördelningen är en chimär. De nationella domstolarna kan inte betraktas som självständiga utan är den förlängda arm med vilken EG-domstolen genomför sin juridiska ideologi.

EG-rättens karaktäristika skulle därmed inte vara förenlig med EG-domstolens konstitutionsanspråk. Fördragets allmänna och målrelaterade karaktär, målens vaghet och den oklara kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt gör att EG-domstolens konstitutionsanspråk vilar på bräcklig grund. Anspråken definierar inte omfattningen och karaktären av det överförda kompetensområdet eller de materiella suveräna rättigheter som överförs till de gemensamma institutionerna. Dessa brister gör att idén om delad suveränitet inte kan tjäna som grund för en konstitution med kapacitet att begränsa och binda maktutövning och utgöra ett instrument för suveränitetsinskränkning. EG-rättens karaktäristika och den oklara kompetensfördelningen 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?

Jag har också svårt att frigöra mig från känslan att EG-domstolens juridiska konstitutionsanspråk nedvärderar politikens betydelse för en gemensam europeisk konstitution. Diskussionen om EG-domstolens anspråk på EG-rättens suveränitet aktualiserar reella skillnader mellan juridisk integrationsnivå

(EG-domstolens konstitutionalisering av fördragen) och politisk integrationsnivå, dvs. politisk konsensus vad avser politiska del- och slutmål och suveränitetsavståndets karaktär och omfattning.

Politikerna avstod exempelvis från att kodifiera EG-domstolens Francovich-doktrin om medlemsstaternas skadeståndsansvar för brott mot EG-rätten. Samtidigt framstår det inte som särskilt vågat att påstå att stats- och regeringscheferna, om de ställdes inför valet, skulle avstå från att skriva in doktrinen om EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner i EG-fördraget.

Domstolens antagande om att fördragen på något sätt förvandlats till en europeisk konstitution i juridiskt avseende bortser delvis från att konstitutionsanspråket måste utvärderas från ett materiellt kriterium. Anspråket kan inte reduceras till en fråga om formell juridisk argumentation. Konstitutionsanspråket undervärderar politiken och ideologin som integrationsfaktor. EG-domstolens konstitutionella retorik lär eka i ett tomrum utan ett bredare politiskt samförstånd om integrationens del- och slutmål.

Så länge som landvinningarna i form av juridisk integration inte har politisk legitimitet och inte sekonderas av en samsyn vad gäller integrationsprocessens mål saknas förutsättningar att tala om en gemensam europeisk konstitution. Av detta skäl kan EG-domstolens konstitutionsanspråk och doktrinen om EG-rättens absoluta företräde aldrig utgöra en lösning på en konflikt mellan EG-rätt och nationella konstitutioner. När juridiken inte har politisk sanktion kan den varken praktiskt eller teoretiskt användas för att lösa centrala politiska och konstitutionella problem.

Kravet på EG-rättens företräde framför medlemsstaternas konstitutioner och EG-domstolens konstitutionsanspråk lever knappast upp till kravet på förutsebarhet och legitimitet. Principen om EG-rättens företräde innebar ett "språng" i rättsutvecklingen. Ett folkrättsligt fördrag skulle ges konstitutionella kvalitéer det egentligen saknar. Det må vara så att principen om EG-rättens företräde accepteras av medlemsstaterna när det gäller konflikter med lagar och bestämmelser av lägre konstitutionell valör. Medlemsstaterna har emellertid inte accepterat principen fullt ut. Uppkommer frågan om nationella konstitutioners giltighet får EG-rätten fortfarande ge vika. Medlemsstaterna anser vidare inte att de lämnat ifrån sig makten att själva avgöra hur mycket suveränitet som egentligen överläts till de gemensamma institutionerna i Bryssel, Luxemburg och Strasbourg.

En annan sak är om vi gillar principen om EG-rättens företräde och idén om en gemensam europeisk konstitution. Personligen gör jag det. Bör jag då inte avhålla mig från kritik? Det viktigaste är väl ändå att EG-domstolens fria lagtolkning genererar ett bättre Europa, där fred, frihet, säkerhet och ekonomiskt välstånd råder?

Rättsvetenskapen och tolkningsutrymmets gränser

Mål som *Costa mot Enel* och *Brasserie du Pêcheur* har lett många samhällsdebattörer till att anklaga EG-domstolen för att ta sig för stora friheter. På ett stort Europarättsligt seminarium för några år sedan uttryckte en av paneldeltagarna missnöje över att EG-domstolen gått för långt i sin lagtolkning och tillskansat sig makt på politikernas bekostnad. Samme debattör hade tidigare på kultur- och ledarsidor propagerat för att svenska domstolar borde bli mer självständiga och vara mindre beroende av den politiska makten. EG-domstolen var alltså *för* självständig och svenska domstolar för *lite* självständiga.

Debattören uttryckte på samma seminarium missnöje över att EG-rätten inte innehöll regler om offentlighet, dvs. medborgarnas möjlighet till insyn i den politiska och administrativa beslutsprocessen. Nu förhöll det sig så att EG-domstolen var i färd med att avgöra ett mål som just rörde existensen av en generell offentlighetsprincip inom EU. Till saken hör att det saknades klara regler om en sådan princip i EG-rätten. För att "finna" en offentlighetsprincip måste EG-domstolen ta sig ganska stora friheter.

Jag kunde därför inte stå emot frestelsen att fråga om han skulle kritisera EG-domstolen som alltför makthungrig om den i målet tog sig friheten att formulera en offentlighetsprincip för EG-rätten. Paneldeltagaren gav mig inget klart svar på frågan utan framhöll att vi nu stod inför ett svårt principiellt problem. Ämnet dog därefter. Skälet till debattörens tvekan och huvudbry var att ett svar på frågan om hur självständiga domstolar vi vill ha måste inbegripa ett svar på frågan vad det egentligen är som begränsar EG-domstolens och andra domstolars tolkningsutrymme.

De flesta skulle nog säga ungefär så här: "Domstolarna skall hålla sig till den skrivna lagen och den står i lagboken." Att rättsreglerna begränsar domstolens tolkningsutrymme är nog de flesta medborgare ense om. Synsättet överensstämmer i stort med den traditionella rättspositivistiska synen på rättstillämpningen som en mekanisk process.

Enligt rättspositivismen bör studiet av rätten och analysen av rättsbegrepp utföras åtskild från historiska och sociologiska frågeställningar om rättens mål och sociala grunder. En av rättspositivismens axiom är separationen mellan vad rätten är (gällande rätt), "varat", och hur rätten borde vara, "börat". Denna separation utgår från antagandet om att domaren kan *identifiera* rätten och *tillämpa* den utan referens till värderingar. Åtskillnaden mellan varat och börat medför också att *tillämpning* av gällande rätt kan skiljas från *skapande* av ny rätt. Domarens tolkningsutrymme blir därmed ytterst begränsat, om det alls existerar. För rättspositivisten är rättstillämpningen mer eller mindre regelbaserad.

Den moderna rättsvetenskapen är emellertid inte alls lika övertygad om att rättstillämpningen skall uppfattas som strikt regelbaserad. Den utgår istället från att all lagtolkning är kreativ till sin natur. Tolkning inbegriper att faststäl-

la meningen hos något som är vagt och obestämbart och ger rättsregeln en ny mening som tidigare varit okänd. Senare rättsvetenskap konfronterar rättspositivisterna med frågan hur man skall kunna förstå rätten om den hålls åtskild från politik, moral och sociala värderingar, samtidigt som den i så stor utsträckning domineras av tolkning av mer eller mindre vaga rättsregler.

Rättsvetenskapen kom med tiden att distansera sig från uppfattningen om rättstillämpningen som mekanisk och regelbaserad. Den blev allt mer regelskeptisk. Ifrågasättandet av rättstillämpningen som regelbaserad lanserades av en teoretisk skola som haft stort inflytande på juridisk undervisning och juridiskt tänkande i västvärlden. Den brukar något förenklat kallas *rättsrealismen*, men trots namnet är det snarare frågan om ett slags rättssubjektivism.

Den skandinaviska rättsrealismen ägnade inte lagtolkningen och domstolars tolkningsutrymme något större intresse. Den var mer intresserad av lagbegreppet och att befria rättsvetenskapen från naturrättsliga föreställningar. Metafysiken skulle ut, empirin och logiken in. Men för de amerikanska rättsrealisterna var lagtolkningen och lagtillämpningen av domstolar och myndigheter allt. Rätten var vad domaren gjorde med lagen. Lagen hade inget självständigt meningsinnehåll innan den tolkats av domaren. Realisterna buntade ihop och dömde ut både naturrätt och rättspositivism. Dessa inriktningar ansåg att innehållet i lagen kunde objektiviseras på olika sätt. Antingen genom hänvisning till högre förnuft eller genom logiska värderingsfria resonemang. Rättsrealisterna framhöll i stället rättens subjektivitet.

Rättsrealisternas idé om "rätten-som-rättstillämpning" vilar på en grundläggande regelskepticism. Generella rättsregler kan inte förutsäga hur ett specifikt fall skall lösas. Rätten är obestämbart och motsägelsefull. En känd företrädare för rättsrealismen uttryckte att "... rättsregler ... har betydelse i den utsträckning de hjälper dig att förutsäga vad domare kommer att göra ... De har ingen annan betydelse, utom som roliga leksaker."

Idén om att rätten är vag, obestämbart och motsägelsefull har lanserats utifrån många utgångspunkter. En utgångspunkt är att språket i rättsreglerna är vagt och aldrig kan leda domaren till en förutbestämd slutsats. En annan är att rätten ofta innehåller kolliderande, konkurrerande normer och erbjuder ingen norm för att välja någon av dem.

Ur rättsrealismen utvecklades en kritisk rättsteoretisk inriktning. Den kritiska teorin ansåg att *varje* rättsligt avgörande inbegriper någon form av utnyttjande av ett tolkningsutrymme. Det finns inga *klara fall*, alla fall är mer eller mindre oklara. Denna uppfattning har framförallt förfäktats av den amerikanska Critical Legal Studies-rörelsen (CLS). Medlemmarna av denna filosofiska skola ansåg att rättsregler och tolkningsprinciper inte leder domaren till en bestämd rättsligt korrekt lösning. I stället använder domstolen sitt tolkningsutrymme, vilket styrs av domarnas allmänna värderingar och politiska grundsyn.

CLS-juristerna förenades i förkastandet av rättens objektivitet och den motsägelsefria rationaliteten i den rättsliga argumentationen. Rätten är förklädd

politik, *law is politics*, och kan inte generera motsägelsefria resultat i konkreta fall. CLS-jurister når denna ståndpunkt genom avancerade teoretiska dekonstruktioner av rätten, som avslöjar att den vilar på motstridiga och oförenliga liberala intressen. CLS-anhängare förkastar möjligheten av *the rule of law* och hävdar att rätten överhuvudtaget inte kan ge någon ledning till domaren när denna skall avgöra ett fall eftersom rätten är obestämbar och motsägelsefull. Domarens avgöranden blir därmed politiska. Rättslig argumentation kan vid lösning av tvister inte särskiljas från moralisk eller politisk argumentation. Rättslig argumentation är en teknik bland andra för lösning av tvister. Den korrekta rättsliga lösningen kan inte skiljas från den korrekta moraliska eller politiska lösningen.

CLS kritiska teori är i grunden ett angrepp på liberalismens idé om existensen av vissa okränkbara värden. Vilket samband har då denna kritik med frågan om domarens tolkningsutrymme? All lagtolkning utförs av människor. Domaren måste tolka lagen så att resultatet harmonierar med medborgarnas rättskänsla, dvs. värderingar om rättvisa och rätt och fel. Men vilka är dessa värderingar? Vad händer om de kolliderar med varandra?

Om vi i grunden accepterar att liberalismens värden om individens frihet och okränkbarhet kan kollidera med andra värden uppstår frågan om vilka värden som är viktigast. Göran Rosenberg tar upp detta problem i en artikel i Moderna Tider, som handlar om Isaiah Berlins författarskap. Han konstaterar, att när liberaler konfronteras med frågan om värdepluralism och värdekonkurrens, försöker de hävda att liberalismen bara knäsatte vissa allmänna rättsprinciper, inte några specifika värden. De anser att liberalismen är den enda värdeneutrala rättsordning som är förenlig med verklig värdepluralism.

Rosenbergs resonemang bygger på en idé om att liberalismens rättsprinciper trots sin påstådda neutralitet ändå inte kan lösa värdekonflikter. Tanken att vissa rättsprinciper kan avskärmats från underliggande värderingar skulle alltså vara orimlig. Om detta är sant, hamnar vi då inte i den totala värderativismen? Eller med Rosenbergs egna ord: "Om inget värde är 'sannare' än något annat, vad är det då som säger att vi bör föredra vissa värden framför andra? Vad är det då som hindrar individer eller rörelser eller stater att driva just sina värden, vilka de än må vara, till sin spets?"

En annan kritik utgår från det rättsliga språkets struktur. Samtidigt som liberalismen predikar individers och staters lika värde och autonomi så kräver den liberala rättsstaten att såväl individer som stater efterlever rätten. Denna inneboende motsättning mellan frihet och tvång ligger latent i den rättsliga argumentationen. Rätten vilar på motstridiga förutsättningar.

Mot detta invänder den traditionelle juristen 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 logiskt sammanhållet och normernas obestämbarhet kan i princip lösas genom återopande av rättsprinciper. Men detta kan enligt den kritiska

rättsteorin inte rädda juridiken. Poängen är att även om semantisk oklarhet och vaghet kan botas lider rättssystemet fortfarande av motsägelser och obestämbarhet och kan därför inte generera sammanhängande motsägelsefria rättsliga avgöranden. Vagheten och obestämbarheten är helt enkelt en strukturell och därmed ofrånkomlig egenskap hos det rättsliga språket.

Den danske rättsrealisten Hjalte Rasmussen tog avstamp i regelskepticismen och värderativismen och anklagade EG-domstolen för att ignorera EG-fördragets skrivna rättsregler och meddela domar som byggde på domarnas egna politiska och moraliska uppfattningar. EG-domstolen missbrukar därmed sin ställning som domstol, ansåg Rasmussen.

Rasmussen lämnade rättsvetenskapens metod och teori och plockade fram en statsvetenskaplig verktygsarsenal. Rasmussen ansåg att EG-domstolen inte kan kritiseras med utgångspunkt från rättsreglernas meningsinnehåll, eftersom de inte har något meningsinnehåll. Rasmussens måttstock hämtas istället "utifrån". Avgörande för om EG-domstolens domar kan kritiseras för att "gå för långt" blir om omgivningen accepterar dem. Den objektiva måttstocken skapas utifrån reaktioner från medlemsstaternas parlament, regeringar, myndigheter och andra institutioner. Med denna utgångspunkt är EG-domstolens domar OK om omgivningen gillar dem.

Är då EG-domstolens aktiva rättsskapande förkastligt i sig? Nej, 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 vad som är tillåtet utför Rasmussen ett test som bygger på tre olika situationer av lagtolkning.

Den första situationen präglas av att bestämmelsen ger domaren ett betydande tolkningsutrymme. Ett exempel på denna situation är EG-domstolens tolkning av den i inledningen citerade regeln om fria varurörelser. Här har domstolen att tolka allmänt hållna bestämmelser. Rasmussen anser att aktivt rättsskapande här är fullt legitimt eftersom EG-domstolen håller sig inom den vaga textens gränser. En annan situation präglas av att fördraget är tyst. Ett exempel är doktrinen om EG-rättens företräde framför nationell lagstiftning. I dessa situationer är viss aktivism legitim annan inte. En tredje situationen präglas av att EG-domstolen väljer en tolkning som står i strid med texten i fördraget.

Vad kan vi då invända mot denna modell? För det första förefaller den baseras på en alltför förenklad syn på lagtolkning. All lagtolkning är utfullnad av normer. Att denna brist återfinns hos rättsrealisten och regelskeptikern Rasmussen är lite märkligt. För det andra saknas en måttstock för vad som är tillåten och otillåten normutfullnad. Vidare saknas en tolkningsteori som kan användas för att utröna betydelsen av texten i de bestämmelser vars ordalydelse EG-domstolen skulle ignorera. Rasmussens stora dilemma är att han inte kan bestämma vad lagtexten betyder i juridisk mening och sen avgöra om EG-domstolen dömt därefter eller inte.

Nu kommer allt att hänga på Rasmussens andra analysmodell, den som utgår från att EG-domstolens tolkningsutrymme styrs av omgivningens reaktioner på olika avgöranden. 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 annat än de avgöranden domstolen "kan komma undan med".

Med Rasmussens kriterium blir den paradoxala slutsatsen att rättsskapande blir särskilt illegitimt i diktatoriska förtryckarregimer, där den politiska makten regelmässigt ser all dömande verksamhet som inte servilt anpassar sig till rådande politiska diktat som oacceptabel. Allt domstolsskydd av exempelvis mänskliga rättigheter blir med Rasmussens kriterium illegitimt. Om svenska domstolar försökt skydda svenska kvinnor mot steriliseringslagarna på 1950-talet, hade de i Rasmussens ögon löpt amok och ägnat sig åt otillåten aktivism.

Det intressanta med Rasmussens undersökning är att han utgår från att rättsreglerna inte har något normerande budskap. Rättsreglerna kan inte ligga till grund för en juridisk motivering av en dom. De kan inte utgöra *skäl* för en slutsats. Rättsreglerna har endast betydelse som *orsaker* till domarens val. Detta är en *deskriptiv* fråga. Om en rättsregel eller domarens tillfälliga sinnesförvirring har avgjort målet kan endast avgöras genom empiriska socialpsykologiska undersökningar av domarens själsliv. Härmed har rättsvetenskapen blivit en empirisk vetenskap som sysslar med att försöka fastställa orsakerna till varför domaren har dömt på ett visst sätt. För rättsvetenskapsmannen återstår att försöka bygga upp oantastliga logiska orsakssamband. För juridiken blir logik och empiri viktigast, inte frågor om moral, skuld, plikt och ansvar.

Men om rättsreglerna inte begränsar domarens tolkningsutrymme måste grundfrågan omformuleras: Vilka är de politiska eller moraliska gränserna för domarens tolkningsutrymme? Om vi inte nöjer oss med den tillfälliga och nyckfulla politiska maktens eventuella acceptans som måttstock för tillåtet och otillåtet rättsskapande, måste vi hitta en ny måttstock. Nu när vi inte har rättsreglerna att falla tillbaka på, måste måttstocken bestå i en fullfjädrad legitimitetsteori för hela EU. Denna teori måste inbegripa konkreta ideal och värden och ta ställning till grundläggande intresseavvägningar. Skall den allmänna politiska integrationen ha företräde framför den enskildes intresse av rättighetsskydd? Skall individens rättigheter skyddas genom ett system där EG-domstolen och nationella domstolar med stort tolkningsutrymme tillskansar sig makt på politikernas bekostnad? Teorin måste även ta ställning till vilka integrationens del- och slutmål bör vara.

Dags för en ny forskningsansats?

Låt oss till slut framhålla juridikens och rättsvetenskapens förtjänster. En rättsvetenskaplig framställning kan inte ha anspråk på att säga något om rättens roll i dess politiska sammanhang, annat än som en mindre del av ett mer omfattande skeende. Som rättsvetenskapsman blir man också tvungen att erkänna att det finns mer än *ett* sätt att utvärdera EG-domstolens roll i den europeiska integrationsprocessen. För att förstå domstolens roll kan man anlägga ett perspektiv som försöker finna sambanden mellan juridiken och politiken, som försöker sätta juridiken i ett politiskt sammanhang. Denna forskningsansats är *à la mode* i dagens integrationsforskning. Det talas om rätten i kontext, *law in context*. Kontextforskaren skall inte isolera sig i sin ämnesdisciplin utan försöka gifta den med andra. Juridik, sociologi, statsvetenskap, antropologi och psykoanalys skall bilda familj.

De äktenskapliga problemen infinner sig emellertid snart. Problemet är att varje ämne har väl intrampade metodologiska och teoretiska stigar. Låt mig exemplifiera med ämnena rättsvetenskap och statsvetenskap.

Å ena sidan har juristerna ofta svårigheter att kontrastera juridiska argument mot statsvetenskapens insikter om hur den politiska beslutsprocessen fungerar. Å andra sidan tenderar statsvetenskapliga analyser som försöker förstå juridikens betydelse för integrationen betrakta juridiken som ett rent instrument för politiken. De underskattar därmed den juridiska strukturen och logikens inneboende kraft. Vissa ser juridiken som en "svart låda", andra intresserar sig för rättens säregna programmatiska struktur och de begränsningar den sätter för det politiska beslutsfattandet.

Detta "utifrånperspektiv" negligerar "rent juridiska" argument. Statsvetarna befattar sig i regel inte med tolkningen och tillämpningen av rätten utan dess genomförande. De ser med misstänksamhet på dels den rättsliga argumentationens regler och struktur, dels rättens värderande budskap – dess moraliska och politiska dimension. Det värderande – normativa – i statsvetarnas analyser återfinner vi i förutsättningarna för en teori eller forskningsansats, medan de vetenskapliga resonemangen och operationerna framställs som fria från normativ diskussion.

Statsvetenskapligt orienterade undersökningar om sambandet mellan den politiska och juridiska sfären domineras emellertid ofta av empiriska förklaringar och etableringar av orsak-verkanrelationer. Resultatet blir en typ av realpolitiska *beskrivningar* av den europeiska integrationsprocessen. I dessa undersökningar uppträder rättsreglerna som *orsaker* till politiskt handlande. För en kritisk analys av EG-domstolen krävs emellertid en kompletterande normativ måttstock.

I min doktorsavhandling, *EG-domstolens tolkningsutrymme*, ägnade jag mig åt tolkningsutrymmets rättsliga begränsningar. Min tes var att gränserna för EG-domstolens tolkningsutrymme i första hand kan härledas ur EG-rätten

själv. Genom att analysera EG-rättens särdrag och den rådande kompetensfördelningen mellan EG-rätt och nationell rätt skisserade jag vissa gränser för tolkningsutrymmet.

Jag utgick alltså från att rättsreglerna har ett meningsinnehåll. Trots den postmodernistiska teorins landvinningar utgick jag från att rättsreglerna och dess ord har ett meningsinnehåll. Jag blev dock tvungen att harva mig i genom den rättsteoretiska snårskogen. Väl ute var jag klar över att rättsteorin ändå var användbar i undersökningar av EG-domstolens rättsskapande verksamhet.

Jag utgick från att rättsliga texter i skilda faktiska situationer kan vara mer eller mindre obestämbara och vaga. Vidare ansåg jag att den intressantaste aspekten av rättsliga tolkningsteorier är den som angriper frågan genom att försöka skilja de klara fallen från de oklara. Utmaningen blev att försöka påvisa ett princip- eller regelorienterat handlande vid lösningen av de oklara fallen. Jag utförde mina analyser i övertygelsen om att EG-domstolens avgöranden kan utvärderas utifrån de rättsliga skäl de presenterar för sina avgöranden.

Samtidigt förstod jag att rättsteorin inte kan hjälpa mig att sätta några absoluta gränser för EG-domstolens tolkningsutrymme. Jag ansåg ändå att min metod och teori var ett gott alternativ till den statsvetenskapligt och sociologiskt orienterade undersökning rättsrealisten Rasmussen utfört. Allt han ville var att kritisera och allt han saknade var en måttstock att kritisera utifrån. För egen del försökte jag vara "normativ i det lilla". *Juridiken är inte absolut, men kan för den skull inte reduceras till politik.*

Den stora utmaningen har emellertid både jag och Rasmussen framför oss. Den består i att försöka besvara följande frågor:

- är det ur allmän synpunkt lämpligt att EG-domstolen har ett betydande tolkningsutrymme?
- hur skall EG-domstolen utnyttja tolkningsutrymmet?

För att vi skall ha några utsikter att lyckas krävs att vi bekänner färg. Vi måste ta ställning till vilka ideal och värden som bör styra integrationsprocessen. Vi måste även avslöja vår politiska och rättsideologiska grundsyn.

Som tränade jurister är vi skickade att öppna EU-juridikens "svarta låda". Det återstår att se om vi lyckas ställa våra insikter i kontrast till våra moraliska och politiska idéer. Om vi lyckas har vi öppnat ett nytt rättsvetenskapligt forskningsfält.

Källor och litteratur

De intressantaste bidragen i den samhällsfilosofiska diskussionen om domstolars tolkningsutrymme och förhållandet mellan politik är A. Barak, *Judicial Discretion* (New Haven/London 1989), J. Habermas, *Between Facts and Norms* (Cambridge Massachussets 1996) samt J. Raz, *Ethics in the Public Domain* (Oxford 1995). Samma ämne diskuteras i anslutning till EG-domstolen av: H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice* (Dordrecht 1986), J. Weiler, "The Court of Justice on Trial", *Common Market Law Review* 1987 s 555 ff och O. Wiklund, *EG-domstolens tolkningsutrymme* (Stockholm 1997).

Är man intresserad av de mer teoretiska aspekterna av domstolars tolkningsutrymme rekommenderas: B. Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* (Oxford 1993), D. Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *Journal of Legal Education* 1986 s 527 ff.

Centrala teoretiska problem vid rättsvetenskapens möte med aktuella politiska och juridiska problem diskuteras av W. Eskridge och G. Pellar, "The New Public Law Movement: Moderation as a Postmodern Cultural Form", *Michigan Law Review* 1991 s 707 ff, C. Joerges, "Taking the Law Seriously: On Political Science and the Role of Law in the Process of European Integration", *European Law Journal* 1996 s 105 ff och M. Koskenniemi, "The Politics of International Law", *European Journal of International Law* 1990 s 7 ff.