

Allan Rosas

Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet
mellan nordisk och internationell juridisk metod

Tolknings- och tillämpningsproblem i mötet mellan nordisk och internationell juridisk metod

Av jur.dr. *Allan Rosas*, Finland

Allan Rosas (f. 1948) är juris kandidat (1969), juris licentiat (1971) och juris doktor (1977) från Åbo universitet (Turun yliopisto). Han verkade som biträdande professor i offentlig rätt vid Åbo universitet 1978–81, innehavare av den Armfelt ska professuren i statsrätt och folkrätt vid Åbo Akademi 1981–96, föreståndare för Institutet för mänskliga rättigheter vid Åbo Akademi 1985–95 och första prorektor för Åbo Akademi 1994–95. Han har varit medlem av ett antal finländska statliga rådgivande delegationer och kommittéer för lagberedning särskilt inom justitieministeriets, utrikesministeriets och undervisningsministeriets områden samt fungerat som sakkunnig vid dessa ministerier, inför riksdagens utskott och vid internationella organisationer, bl.a. FN, Unesco och Europarådet. Under perioden 1995–2001 var han juridisk chefsrådgivare vid europeiska kommissionens rättstjänst och verkade som sagda rättstjänsts biträdande generaldirektör 2001–2002. Från och med januari 2002 har han varit domare vid europeiska gemenskapernas domstol. Hans vetenskapliga publikationer faller närmast inom ramen för folkrätten, EU-rätten, statsförfattningsrätten och förvaltningsrätten.

1. En tillbakablick

Låt oss inledningsvis gå 20 år tillbaka i tiden, dvs. till år 1985.

Danmark var medlem av de europeiska gemenskaperna (faelleskaben) men detta var före enhetsakten och Maastrichtsfördraget om Europeiska unionen. De andra nordiska länderna stod utanför.

Fyra nordiska länder var medlemmar av Europarådet och anslutna till dess människorättskonvention med kontrollsystem (härefter Europakonventionen) men konventionen var inte införlivad med nationell rätt. Kommissionens och domstolens för de mänskliga rättigheterna rättspraxis spelade ännu en rätt undanskymd roll i nordiskt rättsliv. Finland varken hörde till Europarådet eller var ansluten till Europakonventionen.

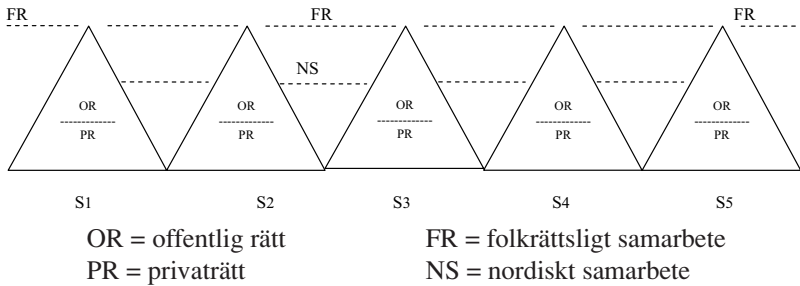
De nordiska länderna deltog naturligtvis i det internationella folkrättsliga samarbetet, särskilt inom FN:s ram, men detta samarbete var och är av utpräglat mellanstatlig karaktär. I den mån FN och världssamfundet i allmänhet kommit att inta en mera framträdande roll som normgivare eller rättstillämpare (inklusive de framsteg som uppnåtts beträffande bilägning av tvister i internationella

domstolar och domstolsliknande organ¹), har detta skett först från och med 1990-talet.

Det nordiska samarbetet har varit rätt livligt, dels inom ramen för Nordiska rådet, Nordiska ministerrådet, andra nordiska institutioner och nordiska folkrättsliga konventioner, dels i form av lagstiftnings- och annat juridiskt och tjänstemannasamarbete av mera pragmatisk natur.² På 1980-talet uppfattades de nordiska länderna dock fortfarande som utpräglade nationalstater, bestående sig med var sitt nationella politiska system, inklusive ett enhetligt nationellt rättssystem. Visst påverkade de nordiska länderna varandra, mera inom privaträtts än inom den offentliga rättens område, men man kan inte tala om en gemensam allmänordning.³

I den mån de enskilda ländernas rättsordningar utvecklades i nära samverkan med utvecklingen i andra nordiska eller utomnordiska länder eller inom internationella organisationer och konferenser (t.ex. fenomenet konventionsstyrd lagstiftning) begränsade sig utvecklingen till vissa rättsområden (t.ex. familjerätten och vissa delar av civilrätten på nordisk nivå eller sjö- och transporträtten och immaterialrätten även i ett vidare internationellt sammanhang).

Situationen kan i starkt förenklad form beskrivas med följande skiss,⁴ i vilken S1 ... S5 betecknar de nordiska nationalstaterna:



¹ Se t.ex. Philippe Sands, Ruth Mackenzie and Yuval Shany, *Manual on International Courts and Tribunals*. London 1999: Butterworths; Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford 2003: Oxford University Press.

² En översikt över det nordiska institutionella och juridiska samarbetet har jag presenterat i Allan Rosas, 'PGOs and Nordic Co-operation', ingår i Christopher Hood and Gunnar Folke Schuppert (eds), *Delivering Public Services in Western Europe: Sharing Western European Experience of Para-Government Organization*. London 1988: SAGE Publications, ss. 224–234.

³ Däremot kan man givetvis tala om en nordisk rättsgemenskap, se t.ex. Thomas Wilhelmsson, 'Den nordiska rättsgemenskapen och rättskälleläran', 98 *Tidskrift för Rettsvetenskap* (1985), ss. 181–197; Pia Letto-Vanamo (red.), *Nordisk identitet. Nordisk rätt i europeisk gemenskap*. Helsingfors 1998: KATTI 30, Institutet för internationell ekonomisk rätt vid Helsingfors universitet; Johan Boucht, 'De nordiska juristmötena och rättsgemenskapen i Norden', 80 *Defensor Legis* (1999), ss. 748–775.

⁴ Allan Rosas, 'The Decline of Sovereignty: Legal Perspectives', ingår i Jyrki Iivonen (ed.), *The Future of the Nation State in Europe*. Aldershot 1993: Edward Elgar, ss. 130–158, s. 131.

Bilden av de nordiska nationalstaterna som i formellt och systematiskt hänseende "slutna" rättssystem underströks av den dualism som de upprätthållit i fråga om förhållandet mellan folkrätt och nationell rätt, dvs. de folkrättsliga normerna blir gällande inomstatlig rätt endast om de införlivats med sistnämnda genom en nationell rättsakt. Visserligen kan Finland sägas ha tillämpat ett system med "de facto monism",⁵ men i praktiken hörde det till undantagen att en finsk domstol tillämpade en (med inhemsk rätt införlivad) internationell traktat; konventioner gällande skyddet av de mänskliga rättigheterna började figurera i finsk rättspraxis först mot slutet av 1980-talet.⁶

Internt har de nordiska länderna följt även en annan typ av dualism, nämligen den grundläggande distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt. Indelningen har varit mera framträdande i Finland och Sverige, till följd av uppdelningen i två skilda domstolssystem.

2. Vidgade vyer

Redan tio år senare, dvs. kring år 1995, befann sig de nordiska länderna i en väsentligt förändrad juridisk omgivning. Inte endast hade Finland äntligen tillträtt Europakonventionen (1990) och, som det finska systemet med "de facto monism" påbjöd, införlivat konventionen (såväl som 1961 års europeiska sociala stadga) med finsk rätt, men även Danmark (1992), Island (1994) och Sverige (1995) hade införlivat konventionen med sina nationella rättsordningar och Norge skulle komma att följa detta exempel några år senare (1999).⁷

Samma tidsperiod såg grundandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen (EES) och, kort därefter, den finska och svenska anslutningen till Europeiska unionen (EU). Särskilt EU-rätten innebär märkbara avsteg från traditionell nordisk dualism. Inte endast EU:s grundfördrag utan även sekundärrätten, dvs. förordningarna, de internationella fördragen ingångna av gemenskaperna och, i fall

⁵ Uttrycket faller tillbaka på att samtliga folkrättsliga traktater, inklusive konventionerna för skydd av de mänskliga rättigheterna, införlivats med finsk rätt genom lag och/eller förordning, se t.ex. Heikki Karapuu and Allan Rosas, 'Economic, Social and Cultural Rights in Finland', ingår i Allan Rosas (ed.), *International Human Rights Norms in Domestic Law: Finnish and Polish Perspectives*. Helsinki 1990: Finnish Lawyers' Publishing Company, ss. 195–223, s. 201. Se även Kari Joutsamo, 'The Direct Effect of Treaty Provisions in Finnish Law', *52 Nordic Journal of International Law* (1983), ss. 34–44.

⁶ Martin Scheinin, 'The Status of Human Rights Conventions in Finnish Law', ingår i Rosas, a.a., not 5 ovan, ss. 25–43, ss. 35–40.

⁷ Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz (eds), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and Its Member States, 1950–2000*. Oxford 2001: Oxford University Press; artiklar om Danmark (Peter Germer, ss. 259–276, s. 263), Finland (Allan Rosas, ss. 289–312, s. 293), Island (Gudrun Gauksdóttir, ss. 399–422, s. 400), Norge (Erik Møse, ss. 625–655, s. 628) och Sverige (Ian Cameron, ss. 833–853, s. 838).

av bristande eller felaktig implementering, direktiven, är direkt tillämpliga och kan på vissa villkor ha direkt effekt i de nationella rättsordningarna och detta med företräde framom nationell rätt av inhemskt ursprung.⁸ Visserligen har genomförandet av dessa principer sin nationella grund i stadganden på grundlags- och lagnivå,⁹ men ett återtagande av dessa stadganden, om effekten vore att EU:s sekundärrätt underkastades den dualistiska principen, skulle innebära en konstitutionell kris mellan EU och medlemslandet i fråga.

EES-avtalet uppfattas ju ofta som mera mellanstatligt. Skillnaden mellan EU och EES är dock ytterst relativ. Förekomsten av EFTA:s övervakningsmyndighet och EFTA-domstolen, samt kravet på homogen rättstillämpning och –tolkning, gör att EES-avtalet kommer EU:s rättsordning nära. När EFTA-domstolen erkände den EG-rättsliga principen om statens skadeståndsansvar (Francovich-principen) uttalade domstolen, att EES-avtalet är ett *sui generis*-avtal som etablerar en särskild rättsordning och som går längre än ett normalt folkrättsligt avtal.¹⁰ Principerna om företräde och direkt effekt har dock inte helt samma överstatliga genomslagskraft som inom EG-rätten,¹¹ och de substans-

⁸ Ovansagda gäller fullt ut gemenskapsrätten (EU:s “första pelare”). Rambeslut och beslut fattade på basen av artikel 34 unionsfördraget (som ingår i unionsfördragets VI avdelning gällande polis-samarbete och straffrättsligt samarbete, den “tredje pelaren”) skall enligt sagda bestämmelse “inte ha direkt effekt”.

⁹ Se t.ex. Joël Rideau, *Droit institutionnel de l’Union et des Communautés européennes*. 4ème édition. Paris 2002: L.G.D.J., ss. 954 (Danmark), 972–973 (Finland), 1070–1073 (Sverige); Henrik Zahle, *EU og den danske grundlov*. København 1998: Christian Ejlers’ Forlag; Ulf Bernitz, *Sverige och europarätten*. Stockholm 2002: Norstedts juridik, ss. 104–122; Allan Rosas, ‘Finland’s Accession to the European Union: Constitutional Aspects’, 1 *European Public Law* (1995), ss. 166–170.

¹⁰ Case E-9/97 Sveinbjörnsdóttir, 1998 EFTA Court Report, 95. Se även mål T-115/94, Opel Austria, REG 1997, s. II-39, där förstainstansrätten uttalade, att EES-avtalet “innebär en förstärkt integration med mera långtgående syften än ett enkelt frihandelsavtal” (p. 107). Se även den svenska högsta domstolens domar av den 26 november 2004 (mål nr T-2593-01 och T-2595-01 där majoriteten (3) anslöt sig till EFTA-domstolens uppfattning, enligt vilken EES-avtalet utgör självständig grund för statens ersättningskyldighet vid fall av överträdelse av avtalet medan minoriteten (2) tog avstånd från EFTA-domstolens uppfattning.

¹¹ Se protokoll 35 till EES-avtalet, som innehåller en skyldighet att “om det är nödvändigt” stifta en nationell författningsbestämmelse om EES-reglernas företräde i händelse av konflikter mellan “genomförda” EES-regler och andra författningsbestämmelser. För icke-genomförda EES-reglers del har EFTA-domstolen ansett, att direkt effekt av EG-rättslig karaktär inte föreligger, Case E-4/01 Karlsson, 2002 EFTA Court Report 240. Se även EG-domstolens yttrande 1/91 om upprättandet av EES, REG 1991, s. I-6079 (p. 27). Se Carl Baudenbacher, ‘The EFTA Court: An Example of Judicialisation of International Economic Law’, 28 *European Law Review* (2003), ss. 880–899, s. 893; idem, ‘Facets of an EEA Constitutional Order’, ingår i Ninon Colmeric et al. (Hrsg.), *Une communauté de droit*. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias. Berlin 2003: Berliner Wissenschafts-Verlag, ss. 343–359, 345–351.

mässiga skillnader som trots allt föreligger mellan vissa EU- och EES-regler kan föranleda skillnader även i rättspraxis.¹²

När frågan om EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden diskuterades vid det 33. nordiska juristmötet i Köpenhamn (1993) anförde referenten, att EG-rätten inte kommer att dramatiskt förändra den nordiska rättskulturen, och att EG-rätten främst är¹³

“ett system för gemensam reglering av vissa rättsfrågor som anknyter sig till den ekonomiska verksamheten och som juridiskt sett huvudsakligen inte är så betydelsefulla samt ett system för praktiskt gränsöverskridande samarbete mellan myndigheterna”

EG betecknades av referenten som endast en målgemenskap “med vissa begränsade, främst ekonomiska målsättningar” till skillnad från Norden, som angavs utgöra en “värdegemenskap”.¹⁴

Åtminstone är 2005 känns denna karakterisering av EG-rätten främmande.¹⁵ Man kan tillägga, att redan Maastrichtavtalet (1992) innehöll en uppsjö av ingredienser för en annan syn på EG/EU.

Härmed är alls inte sagt, att bilden av EU, och dess “systerregim” EES, skulle ha blivit entydig och ostridig. EU kan betecknas som en pluralistisk rättsordning. Debatten om statsförbund, förbundsstat, *sui generis* eller vad? är långtifrån avslutad.¹⁶ Svårigheterna att gestalta EU underlättas sannerligen inte av, att unionen allt sedan 1986 års enhetsakt varit föremål för en kontinuerlig kons-

¹² Jfr t.ex. EFTA-domstolens dom i Case E-2/97 Maglite, 1997 EFTA Court Report, 127, med EG-domstolens dom i mål C-355/96, Silhouette, REG 1998, s. I-4799 (gällandes s.k. konsumtion av varumärkesrätt) och se Baudenbacher, a.a., not 11 ovan (European Law Review), ss. 889–890.

¹³ Niilo Jääskinen, ‘EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden’, Forhandlingerne ved Det 33. nordiske Juristmøde i København, 18.–20. august 1993, Bind II, ss. 565–583, s. 567. Se även Forhandlingerna på Det 27. nordiske juristmøde i Reykjavík (1975), s. 175 ff.

¹⁴ Jääskinen, a.a., not 13 ovan, ss. 568, 577.

¹⁵ Se även Ulf Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 196–197, som anför att Jääskinen “förefaller ha kraftigt underskattat EG – rättens betydelse, genomslagskraft och utvecklingspotential även inom s.k. centrala rättsområden”.

¹⁶ Se t.ex. Pär Hallström, ‘Är EU ett statsförbund?’, 1 Europarättslig tidskrift (1998), ss. 88–101; Johan Nergelius, ‘EU – statsförbund, förbundsstat eller das Ding an sich?’, 2 Europarättslig tidskrift (1999), ss. 344–353; Pär Hallström, ‘EU-varken förbundsstat eller das Ding an sich’, *ibid.*, ss. 705–708. Själv har jag i ett sammanhang karakteriserat EU som en “federativ sammanslutning” (eller “förening”), Allan Rosas, The European Union as a Federative Association, European Law Lecture 2003, Durham European Law Institute, University of Durham 2004. Om EU som en pluralistisk ordning se t.ex. Ruth Nielsen, ‘Nordic Sources of Law in a European Environment’, ingår i Ian Cameron and Alessandro Simoni (eds), Dealing with Integration: Perspectives from Seminars on European Law 1995–1996. Uppsala 1996: Iustus förlag, ss. 15–37, s. 34.

titutionell förändringsprocess, med Maastrichtfördraget (1992), Amsterdamfördraget (1997), Nicefördraget (2001) och nu senast det den 29 oktober 2004 i Rom undertecknade fördraget om upprättandet av en konstitution för Europa (konstitutionsfördraget).¹⁷

Personligen anser jag det berättigat att beteckna den i och för sig komplexa helhet som bildas av EU:s grundfördrag som en konstitutionell ordning, ja rentav en konstitution i ordets vida bemärkelse, även oberoende av det nya konstitutionsfördragets slutgiltiga öde.¹⁸

Denna konstitutionella ordning kan sägas bestå av vissa grundläggande 1) principer för rättskälleläran, såsom lagstiftnings- och fördragskompetensen, EU-rättens hierarkiska ordning,¹⁹ företräde framför medlemsstaternas rätt, direkta tillämplighet och direkta effekt samt EG-rättens allmänna rättsgrundsatser; 2) värden, såsom frihet, demokrati, respekt för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, samt rättsstatsprincipen; 3) principer rörande förhållandet mellan EU och medborgarna, såsom grundläggande rättigheter, unionsmedborgarskapet, målet att bevara och utveckla ett område med frihet, säkerhet och rättvisa samt grundreglerna om den inre marknaden och de grundläggande ekonomiska friheterna; 4) principer rörande förhållandet mellan EU och dess medlemsstater, såsom respekten för deras nationella identitet, principen om lojalt samarbete samt proportionalitets- och subsidiaritetsprinciperna samt 5) regler om kontroll och sanktioner, inklusive gemenskapernas och medlemsstaternas skadeståndsansvar, domstolskontroll (både gemenskapsdomstolarna och de nationella domstolarna) och ekonomiska sanktioner vid underlåtelse att följa EG-domstolens domar.

EG-rättens företräde framför nationell rätt är visserligen kantad med diverse förbehåll och villkor anmälda av några nationella domstolar eller politiska

¹⁷ Den slutgiltiga undertecknade texten i Europeiska unionens officiella tidning, C 310, 16.12.2004, s. 1.

¹⁸ EG-domstolen har betecknat grundfördragen som den "konstitutionella urkunden" för en rättslig gemenskap, mål 294/83, *Les Verts*, REG 1986, s. 1339 (p. 23); yttrande 1/91 om upprättandet av EES, REG 1991, s. I-6079 (p. 21). Se även Anne Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*. Berlin 2001: Duncker & Humblot; Christiaan Timmermans, 'The Constitutionalization of the European Union', 21 *Yearbook of European Law* (2001–2002), ss. 1–11; Ingolf Pernice, 'Multilevel Constitutionalism in the European Union', 27 *European Law Review* (2002), ss. 511–529; Liisa Nieminen, *Eurooppalaistuva valtiosääntöoikeus – valtiosääntöistyyvä Eurooppa. With an English Abstract* ['The Europeanisation of Constitutional Law – The Constitutionalization of Europe']. Helsinki 2004: Suomalainen Lakimiesyhdistys; Koen Lenaerts and Piet van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Second edition. London 2005: Sweet & Maxwell.

¹⁹ Grundfördragen, internationella avtal ingångna av EG, sekundärrätt antagen av parlamentet och/eller rådet, sekundärrätt antagen av kommissionen, beslut fattade inom ramen för den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken (avdelning V unionsfördraget) eller polis- och det straffrättsliga samarbetet (avdelning VI) osv.

instanser.²⁰ För Danmarks del har højesteret uttalat, att danska domstolar “må ... anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den ekstraordinaere situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetssafgivelsen ifølge tiltraedelseoven”.²¹ I Sverige uppställer grundlagen som villkor för överlåtelse av beslutanderätt till EU att den “inte rör principerna för statsskicket” och att “fri- och rättighetsskyddet inom det samarbetsområde till vilken överlåtelsen sker motsvarar det som ges i denna regeringsform och i [Europakonventionen].²² De danska och svenska förbehållen torde ha ringa praktisk betydelse i daglig rättstillämpning.²³ I Finland har såvitt jag vet inga motsvarande reservationer gjorts; däremot kan man säga, att den nya finska grundlagen genom sina knapphändiga hänvisningar till EU-medlemskapet ger en missvisande bild av den finska konstitutionens innehåll.²⁴

Betydelsen av EU:s konstitutionella ordning understryks givetvis av den expansion som skett och sker i fråga om EU:s kompetensområde. Den ekonomiska och monetära politiken med egen valuta, säkerhets- och försvarspolitiken

²⁰ Antonio Estella de Noriega, ‘A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Court Case Law on European Integration’, 5 *European Public Law* (1999), ss. 269–299; Uta Elbers och Nikolaus Urban, ‘The Order of the German Constitutional Court of 7 June 2000 and the Kompetenz-Kompetenz in the European Judicial System’, 7 *European Public Law* (2001), ss. 21–33; Takis Tridimas, ‘Knocking on Heaven’s Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure’, 40 *Common Market Law Review* (2003), ss. 9–50, ss. 45–46; Allan Rosas, ‘The Legal Sources of EU Fundamental Rights: A Systemic Overview’, ingår i Colneric et al., a.a., not 11 ovan, ss. 87–102, ss. 88, 92. Enligt artikel I-6 i fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (not 17 ovan) skall konstitutionen och den rätt som antas av unionens institutioner genom utövande av de befogenheter den har tilldelats “ha företräde framför medlemsstaternas rätt”. Se därom diskussionen i 7 *Europarättslig tidskrift* (2004), ss. 27–42 (inlägg av Mats Melin, Ulf Bernitz, Nils Wahl och Ulf Öberg).

²¹ Dom af 6. april 1998 i sag I 361/1997, Hanne Norup Carlsen m.fl. mod statsminister Poul Nyrup Rasmussen, UFR 1998, 800. Se även Peter Biering, ‘The Application of EU Law in Denmark’, 37 *Common Market Law Review* (2000), ss. 925–969, ss. 928–932. Enligt den danska grundlagens § 20 kan överföring av beslutanderätt till EU ske endast “i nærmere bestemt omfang”; se t.ex. Zahle, a.a., not 9 ovan, s. 17 ff.

²² Regeringsformens 10 kap. 5 §.

²³ För Danmarks del se Biering, a.a., not 21 ovan, s. 931 (“the situation implied by the Supreme Court is so unlikely to occur in practice that the obligation of Danish courts to strike down Community law can hardly be expected ever to become of relevance”) och gällande Sverige Göran Schäder, ‘Unionen och medlemsstaternas kompetens inom EU’, Förhandlingarna vid det 34 nordiska juristmötet i Stockholm, 21–23 augusti 1996, Del i, ss. 137–165, ss. 159–165; Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 109–117. Bl.a. i mål 219-1997 (Regeringsrättens årsbok 1997 ref. 65, “Lassagård”) tillerkände regeringsrätten EG-rätten företräde, Bernitz, ss. 125–127.

²⁴ Allan Rosas, ‘Millainen perustuslaki Euroopan unionille?’, ingår i Heidi Hautala m.fl., *Minun Eurooppani. Neljä visiota Euroopan unionin tulevaisuudesta*. Helsinki 2003: Tammi, ss. 109–139, s. 116.

“som skulle kunna leda till ett gemensamt försvar” (dvs. en veritabel militär försvarsallians)²⁵ och det tilltagande straff- och processrättsliga samarbetet²⁶ må här tjäna som exempel.

EU:s komplexitet understryks av att den konstitutionella ordningens geografiska gränser är diffusa. Danmark, Sverige och Storbritannien står utanför den gemensamma valutan. Irland, Storbritannien och särskilt Danmark har en specialställning i vissa frågor (närmast gällande upprättandet av ett område med frihet, säkerhet och rättvisa, inklusive invandringspolitiken och civilprocessrättsligt samarbete).²⁷ Landskapet Åland intar en särställning, medan vissa s.k. utomeuropeiska länder och territorier (inklusive Grönland) är associerade med EU utan att formellt tillhöra densamma.²⁸ Utöver EES-avtalet har EU slutit ett antal associerings- och andra samarbetsavtal med tredje land, av vilka de viktigaste är de som ingåtts med geografiskt närbelägna länder (en del av sistnämnda avtal utgör ett led i en kontinuerlig utvidgningsprocess).²⁹ I konstitutionsfördraget sammanfattas sistnämnda samarbete med begreppet “unionen och dess närmaste omvärld”.³⁰

Unionen består med andra ord av ett antal geografiska cirklar av varierande integrationsgrad. Härtill kommer Europakonventionen och mera allmänt det

²⁵ Artiklarna 2 och 17 unionsfördraget och Allan Rosas, ‘Puolustuspolitiikka integraatiojunassa’, *Ulkopolitiikka* 3–4/2003, ss. 39–45. Enligt artikel I-41 konstitutionsfördraget “kommer” den gemensamma säkerhets- och försvarspolitikerna “att leda till ett gemensamt försvar, när Europeiska rådet med enhällighet har beslutat detta”. Det bör tilläggas, att vissa frågor i anknytning till det militära försvaret kan behandlas även inom ramen för gemenskapsrätten (“första pelaren”), se artiklarna 296–298 EG och Martin Trybus, ‘The Limits of European Community Competence for Defence’, 9 *European Foreign Affairs Review* (2004), ss. 189–217 (med referenser till relevant rättspraxis).

²⁶ Se t.ex. Tuomas Pyösti, ‘Det framtida europeiska rättsområdet och Norden’, ingår i Letto-Vanamo, a.a., not 3 ovan, ss. 139–156, s. 143–148; Raimo Lahti, ‘Straffrättsligt samarbete i EU:s tredje pelare – något att sträva efter?’, *Förhandlingarna vid det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors, 15–17 augusti 2002*, Del I, s. 431–444; idem, ‘Harmonization of Criminal Law and Its Relation to National Law, Problems of Substance and in the Administration of Justice’, Report Presented at the Conference of Presidents of Supreme Courts and Attorneys General or Prosecutors General of the Member States of the European Union, Helsinki, 26–28 May 2004. Se även inlägg i 7 *Europarättslig tidskrift* (2004), ss. 45–64 (Clemens Ladenburger, Linda Gröning och Asbjørn Strandbakken).

²⁷ Artikel 69 EG och protokollet om Förenade kungarikets och Irlands ställning och protokollet om Danmarks ställning. Danmark står i dessa frågor utanför EU-regleringen, medan Irland och Storbritannien har en möjlighet att i enskilda fall meddela att de önskar delta i beslutet (“opt in”).

²⁸ Anslutningsfördragets protokoll nr 2 gäller Åland. För Grönlands del, se Femte delen (artiklarna 182–188) i EG-fördraget och fördragets bilaga II.

²⁹ Artiklarna 177, 181a, 300 och 310 EG. Se t.ex. Piet Eeckhout, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*. Oxford 2004: Oxford University Press, ss. 101–119.

³⁰ Del I, avdelning VIII (artikel I-57) i konstitutionsfördraget.

konventionsverk som antagits inom Europarådets ram. Europakonventionen med sin domstol kan sägas spela en kvasi-konstitutionell roll.³¹ Konventionen fungerar som central inspirationskälla för EG-domstolarna (och EFTA-domstolen) när det gäller att bestämma innehållet i de grundläggande rättigheter som utgör gemenskapsrättens (eller EES-rättens) allmänna rättsprinciper.³² Även Europeiska sociala stadgan (1961) omnämns i unionsfördraget, EG-fördraget och 2000 års grundrättsstadga.³³ Vissa andra konventioner antagna inom Europarådet har influerat EG-rättens utveckling och några konventioner har, vid sidan av medlemsstaterna, även EG formellt tillträtt³⁴ (dock är EG som allmänt känt inte ännu part till Europakonventionen³⁵).

Ur de nordiska ländernas synvinkel stannar dock inte rättens internationalisering vid EU:s och Europarådets regelverk. Många universella eller regionala konventioner eller beslut antagna inom ramen för FN och dess fackorgan, världshandelsorganisationen (WTO), OECD osv. innehåller normer som påverkar lagstiftning och rättstillämpning inom områden som arbetsförhållanden (ILO), sjöfart (IMO), immaterialrättigheter (WIPO och WTO), kapitalrörelser och investeringar (OECD) och miljöfrågor (ECE och OECD). Detta är inget nytt fenomen, men den internationella normeringen har tilltagit med åren och man kan ställa sig frågan, om inte rättens europeisering och internationalisering i allmänhet bidrar till att även dessa normer blir mera uppmärksammade i rätts-tillämpningen.

I detta sammanhang är det skäl att märka, att EG-rättens utveckling har medfört, att ämnesområdet för många universella och regionala folkrättsliga konventioner blivit eller håller på att bli föremål för reglering på EU-nivå. Detta kan i sin tur medföra spänningar och problem för skiljelinjen mellan EU:s och

³¹ Lucius Wildhaber, 'Foreword' i Blackburn och Polakiewicz, a.a., note 7 ovan, s. xiv.

³² Allan Rosas, 'Fundamental Rights in the Luxembourg and Strasbourg Courts', ingår i Carl Bau-denbacher, Per Tresselt och Thorgeir Örlýgsson (eds), *The EFTA Court: Ten Years On*. Oxford 2005: Hart Publishing (i tryck).

³³ Fjärde punkten i ingressen till unionsfördraget, artikel 136 EG, grundrättsstadgans ingress. Grundrättsstadgan är publicerad i Europeiska unionens officiella tidning C 364, 18.12.2000, s. 1.

³⁴ Den 25 februari 2005 var EG part till nio av de närmare 200 konventioner och ändringar till konventioner som ingåtts inom ramen för Europarådet (konventionerna nr 26, 33, 39, 50, 84, 87, 104, 123 och 180), <http://conventions.coe.int>.

³⁵ Enligt artikel I-9, punkt 2, i konstitutionsfördraget "skall" unionen ansluta sig till Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. En motsvarande bestämmelse har också intagits i Europakonventionens protokoll nr 14, som infört följande bestämmelse i konventionens 59 artikel: "The European Union may accede to this Convention".

medlemsstaternas nationella kompetens.³⁶ I den mån det folkrättsliga samarbetet kanaliseras till EU blir de traktater som ingås automatiskt del av både EG-rätten och medlemsstaternas rätt, med eventuell direkt effekt för enskilda traktatbestämmelser.³⁷

En diskussion om betydelsen av rättens europeisering och internationalisering för nordisk rätt bör i mitt tycke beakta distinktionen mellan å ena sidan rättstillämpning och frågan om gällande rätt och å andra sidan rättsnormernas tolkning och frågan om tolkningslära. I det följande skall jag strukturera framställningen enligt denna distinktion, väl medveten om att någon skarp skiljelinje inte låter sig dras i detta avseende.

3. Frågan om gällande rätt

I en grundläggande undersökning om de internationella människorättsnormernas ställning i finsk rätt relateras i förordet en episod med en underrättsdomare, som ännu år 1989 förhöll sig skeptiskt till tillämpningen av en internationell konvention som införlivats med finsk rätt och som insisterade på att konventionen, för att äga någon relevans, borde ingå i "lagboken", d.v.s. den informella samling på viktigare författningar som utges av Finlands juristförbund.³⁸

Tiderna har förändrats. Idag är det ingen ovanlighet att särskilt Europakonventionen tillämpas i de nationella domstolarna.³⁹ Även människorättskonven-

³⁶ I skrivande stund är vid EG-domstolen anhängigt t.ex. rådets begäran om yttrande 1/03, som gäller frågan om huruvida, till följd av förordningen om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av domar på privaträtts område (nr 44/2001 av den 22.12.2000), den förnyade Luganokonventionen av motsvarande innehåll bör ingås enbart av EG (exklusiv kompetens) eller om den kan parallellt tillträdas även av medlemsstaterna (s.k. blandkonvention). Nämnade förordning kan få konsekvenser även för EG:s respektive medlemsstaternas kompetens att ingå andra folkrättsliga konventioner, Henrik Ringbom, 'EU Regulation 44/2001 and Its Implications for the International Maritime Liability Conventions', 35 *Journal of Maritime Law & Commerce* (2004), ss. 1–33.

³⁷ Även sk. blandade avtal, som ingåtts av både EG och medlemsstaterna, kan i sin helhet eller till övervägande delar utgöra EG-rätt (till denna del kan medlemsstatens tillträde bli närapå juridiskt verkningslöst), se t.ex. mål C-239/03, kommissionen mot Frankrike, dom 7 oktober 2004 (punkterna 25–31). Domstolen uttalade här, att om ett blandat avtal gäller ett "område som i stor utsträckning omfattas av gemenskapslagstiftningen" finns det ett gemenskapsintresse av att såväl gemenskapen som medlemsstaterna iakttar de åtaganden som ingåtts och att detta konstaterande inte ändras av att den konkreta fråga som avsågs i kommissionens talan mot Frankrike "ännu inte gjorts till föremål för gemenskapslagstiftning".

³⁸ I själva verket ingick konventionen redan då i "lagboken", Martin Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. (Summary: Human Rights in Finnish Law). Helsinki 1991: Suomalainen Lakimiesyhdistys, s. VI.

³⁹ Se Blackburn och Polakiewitz, a.a., note 7 ovan, ss. 263–270 (Danmark), 300–303 (Finland), 407–417 (Island), 642–649 (Norge) och 843–845 (Sverige).

tioner som inte införlivats med inhemsk rätt kan stundtals dyka upp i domslut.⁴⁰ Tillämpningen av EU-rätten har blivit rutin, särskilt hos vissa typer av myndigheter och domstolar. Enligt en uppskattning har av de ca 3000 mål som avgörs årligen av den finska högsta förvaltningsdomstolen åtminstone flera hundra någon EU-rättslig anknytning.⁴¹ Det bör å andra sidan noteras, att det överväldigande flertalet av mål som behandlas t.ex. i de allmänna underrätterna inte har någon specifik EU-rättslig anknytning utan gäller rutinärenden såsom brottmål och familjerättsliga mål, där EU-rätten normalt kan komma in i bilden på sin höjd om målet har en gränsöverskridande dimension.

EU-rätten är ju en brokig regelsamling, som på vissa, ofta tekniska områden, kan besitta en oerhörd detaljrikedom men som även består av vissa mycket allmänt formulerade principer av betydande räckvidd och som dessutom innehåller luckor eller bestämmelser (särskilt inom de sk. andra och tredje pelarna) av oklar eller svag juridisk status.

En finsk iakttagare har talat om EU-rättens effekt av "gubben i lådan", varmed avses att en rättsstillämpare som öppnar sin nationella rättslåda kan möta en EU-gubbe som till allas förvåning studsar upp och jäckar invanda rättsföreställningar med ett EU-rättsligt perspektiv som ingen kunnat förutsäga.⁴²

Jag finner liknelsen mindre väl vald, då den lätt kan uppfattas som ett försvar av en sluten nationell rättsordning med givna "lådor", som EU-rätten försöker göra narr av med försåtliga punktmässiga angrepp. Den innehåller dock ett Korn av sanning i så måtto, att EU-rätten som ovan antytts är av varierande innehåll och kvalitet. T.ex. inom civilrätten innebär bristen på en allmän EU-rättslig kodifiering av avtalsrätten, skadeståndsrätten osv. att de strödda regler i detta avseende som kan återfinnas i EU:s sekundärrätt kan föranleda oförutsedda ingrepp i nationella regleringar.⁴³ Och de allmänt formulerade grundprinciperna rörande EU-medborgarskapet och de fyra ekonomiska friheterna i EG-fördraget har föranlett en rättspraxis rörande sociala förmåner, direkt beskatt-

⁴⁰ Utöver de fall där domstolarna hänvisade till Europakonventionen redan innan den införlivats med nationell rätt (se Cameron, a.a., not 7 ovan, s. 843), kan som exempel nämnas den svenska regeringsrättens dom i mål 4642-1989, Regeringsrättens årsbok 1991 ref. 41, i vilken den Europeiska sociala stadgan nämndes som stöd för principen om likabehandling av asylsökare i fråga om socialhjälp.

⁴¹ HFD:s president, Pekka Hallberg, har angett att upptill 1/3 av de mål domstolen behandlar årligen kan ha någon (ibland dock en marginell) EG-rättslig anknytning, se t.ex. HFD:s årsberättelse 1999 (Högsta förvaltningsdomstolens publikationer 1/2000).

⁴² Thomas Wilhelmsson, 'Vieteriukkoteoria EY-oikeudessa', Oikeustiede – Jurisprudentia 1997, ss. 357–374; idem, 'Europeiseringen av privaträtten: för ett fragmenterat utbyte av erfarenheter', 114 Tidsskrift för Rättsvitenskap (2001), ss. 1–32, ss. 9–10.

⁴³ Wilhelmsson, a.a., anför just detta som exempel på "gubben i lådan"-fenomenet.

ning av personer och företag m.m. som tagit många iakttagare på säng⁴⁴. Unionsmedborgarskapet har t.o.m. varit aktuellt i mål rörande bl.a. rättegångspråk,⁴⁵ släktnamn⁴⁶ och utmätning⁴⁷

Det är i detta sammanhang att märka, att EG-rätten, även då den inte anses besitta direkt effekt (t.ex. ett stadgande i ett direktiv som innebär för skyldighet för en individ), innehåller en skyldighet att tolka och tillämpa nationell rätt i överensstämmelse med EG-rätten (s.k. EG-konform tolkning).⁴⁸

Det är givet att dylika utvecklingsdrag i EU-rätten ställer vissa krav på rättstillämparen såväl som på rättsvetenskapen och den juridiska undervisningen. På motsvarande sätt kan Europakonventionen och andra människorättskonventioner "dyka upp" i olika och delvis oväntade sammanhang. Det rör sig dock enligt min mening i första hand om ett kunskaps- och medvetenhetsproblem. Europeiseringen har lett till en breddning av rättskällematerien, och denna materie avviker delvis till sin natur från invanda föreställningar. För EU-rättens del kan förekomsten av ett flertal (idag 20–22) språkliga versioner och en EU-specifik lagstiftningsteknik nämnas som exempel på foreteelser som kan rubba invanda cirklar och vålla tolkningsproblem.⁴⁹

En annan skillnad av mera grundläggande systematisk karaktär är det faktum, att distinktionen mellan offentlig rätt och privaträtt spelar en mindre roll i EG-rätten än i traditionell nordisk, särskilt finsk och svensk rätt.⁵⁰ Det är också givet, att EU, som idag omfattar 25 medlemsstater, inte har en gemensam enhetlig rättskultur på samma sätt som t.ex. de nordiska länderna.⁵¹

⁴⁴ Se t.ex. Jesper Lett, 'EU- og EØS-rettens indvirkning på skatteområdet', Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo, 18.–20. august 1999, Del I, ss. 239–246; Stig von Bahr, 'Le législateur, la Cour de justice et l'harmonisation des impôts directs', ingår i Colneric et al., a.a., not 11 ovan, ss. 433–442; Kristine Kruma, EU Citizenship: Unresolved Issue. RGSL Working Papers No. 22. Riga 2004: Riga Graduate School of Law; Joakim Swedenborg, 'A Brief Note on Union Citizenship: From Homo Economicus to Citizen', 7 Europarättslig tidskrift (2004), ss. 609–617.

⁴⁵ Mål C-274/96, Bickel och Franz, REG 1998, s. I-7637.

⁴⁶ Mål C-148/02, Garcia Avello, dom 2 oktober 2003.

⁴⁷ Mål C-224/02, Pusa, dom 29 april 2004.

⁴⁸ Se t.ex. Leif Sevón, 'Nordisk lagstiftning i integrationsperspektiv', 6 Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet (1994–95), ss. 668–681, ss. 673; målen C-397/01 – C-403/01, Pfeiffer, dom 5 oktober 2004.

⁴⁹ Se t.ex. Sevón, a.a., not 48 ovan, ss. 674–676.

⁵⁰ Emellertid opererar EG-rätten ofta med en distinktion mellan offentliga myndigheter och privata subjekt i nationell rätt när det gäller att bestämma t.ex. omfattningen av medlemsstatens ansvar, skyldigheten att implementera direktiv, att tillämpa reglerna om offentlig upphandling eller statligt stöd och möjligheten för medlemsstat att avvika från de fyra ekonomiska friheterna.

⁵¹ Se t.ex. Wilhelmsson, a.a., not 42 ovan (2001), ss. 11–14; Sacha Prechal, 'Administration of Justice in the EU: Who Should Do What?', ingår i La Cour de justice des Communautés européennes 1952–2002: Bilan et perspectives. Bruxelles 2004: Bruylant, ss. 63–85, s. 71 ("there is still a relatively unfinished legal system and no mature legal culture").

Beträffande de allmänt hållna grundprinciperna och reglerna, t.ex. unionsmedborgarskapet, de fyra ekonomiska friheterna och de grundläggande rättigheterna såväl som Europakonventionens bestämmelser, har utvecklingen avvikit från en traditionell nordisk hållning till rättighetskatalogerna i de nordiska grundlagarna, vars normativa egenvikt har varit begränsad.⁵² Särskilt i Finland har det konstitutionella skyddet av grundläggande rättigheter förstärkts i takt med anslutningen till först Europakonventionen och sedan EU, och har kommit att omfatta även ekonomiska och sociala rättigheter som individuella anspråk, något som åtminstone delvis måste skrivas på internationaliseringens och europeiseringens konto.⁵³

EU-rätten har inneburit en starkare fokusering även på allmänna rättsprinciper, inklusive sådana som inte uttryckts explicit i skriven rätt utan som baserar sig på allmänna rättvis- och/eller komparativa överväganden.⁵⁴ Som exempel kan nämnas EU-rättens rättssäkerhetsprincip och skydd för berättigade förväntningar⁵⁵ och rätten till ett effektivt rättsmedel⁵⁶.

Allmänna rättsprinciper är inte bundna till rummet, än mindre inlåsta i nationalstatens "rättslåda". De är, för att citera stadgan för den internationella domstolen, "allmänna, av de civiliserade folken erkända rättsgrundsatser".⁵⁷ De kan naturligtvis ha en speciell relevans, eller en specifik innebörd, i ett mera begränsat område, vare sig i geografiska termer (såsom EU med sin "närmaste omvärld") eller i sakligt hänseende (t.ex. en *lex mercatoria*⁵⁸) termer. Även då står de i en ständig växelverkan med sin omvärld, dvs. de utgör inte slutna system.

⁵² För en översikt av de nordiska grundlagarnas rättighetskataloger se Allan Rosas, 'Grundlagskyddet av de mänskliga rättigheterna i Norden', *Menneskerettighetene i velferdssamfunnet*, Foredrag fra XXII Nordiske Studentjuriststevne 1981, Jussens Venner 1982, ss. 339–357.

⁵³ Som Martin Scheinin påpekar, finns det säkert även mera inhemska förklaringsgrunder till utvecklingen i Finland, såsom det faktum att den skandinaviska realismen och den svenska socialdemokratiska rättsideologin vunnit mindre fotfäste därstädes, 'Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland: A Rights-Based Variant of the Welfare State?', ingår i Martin Scheinin (ed.), *Welfare State and Constitutionalism: Nordic Perspectives*. Nord 2001: 5. Copenhagen 2001: Nordic Council of Ministers, ss. 245–285.

⁵⁴ Se t.ex. Finn Arnesen, *Introduksjon til rettskildelaeren i EF*. 3. utgåve. Oslo 1995: Universitetsforlaget, ss. 104–107; Ola Wiklund, *EG-domstolens tolkningsutrymme*. Stockholm 1997: Juristförlaget, ss. 104–114; Bernitz, a.a., not 9 ovan., s. 181; Hannu Tolonen, *Oikeuslähdeoppi*. Helsinki 2003: WSOY, ss. 135–144.

⁵⁵ Se t.ex. Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 162–181.

⁵⁶ Allan Rosas, 'Oikeus kansalliseen oikeudenkäyntiin EU-oikeuden mukaan', ingår i *Juhlajulkaisu Pekka Hallberg 1944 – 12/6 – 2004*. Helsinki 2004: Suomalainen Lakimiesyhdistys, ss. 361–373.

⁵⁷ Stadgans artikel 38. Dyliga rättsgrundsatser på universell nivå kan återfinnas i 1948 års allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, Allan Rosas, 'State Sovereignty and Human Rights: Towards a Global Constitutional Project', *43 Political Studies* (1995), ss. 61–78, s. 76–77.

⁵⁸ Se t.ex. Hannu Honka, 'Harmonization of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective', *11 Tulane European & Civil Law Forum* (1996), ss. 111–184, ss. 154–171

Inom EU-rätten kan EG-domstolen sägas hämta inspiration ur tre huvudsakliga källor för att "finna" en allmän rättsgrundsats: den EG-rättsliga primär- och sekundärrätten själv,⁵⁹ internationella instrument, särskilt Europakonventionen, och medlemsstaternas nationella rättsordningar. I sistnämnda hänseende talar unionsfördraget om "medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner" som inspirationskälla för de grundläggande rättigheterna (artikel 6, punkt 2 EU) och EG-fördraget om "de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar" i fråga om gemenskapens utomobligatoriska ansvar (artikel 288 EG).⁶⁰ Inom ramen för EG-rätten blir de allmänna rättsprinciperna även del av nationell rätt i de tre nordiska medlemsländerna och – åtminstone i tillämpliga delar – i EFTA-länderna.⁶¹

Ovansagda är förknippat med frågan om domstolars och domares benägenhet att låta sig inspireras av "främmande" rättspraxis, dvs. beslut av domstolar som inte formellt hör till samma rättssystem ("judicial dialogue"). Jag tänker här inte så mycket på den "dialog" som pågår mellan EG-domstolen och medlemsländernas domstolar, då den ju sker inom ramen för samma konstitutionella ordning (se närmare nedan).⁶² Förhållandet mellan EFTA-domstolen och EES-ländernas domstolar avviker något men uppvisar i allt väsentligt likartade drag.⁶³ Även Europakonventionens domstol intar en särställning, då den ju finns till just för att tolka bestämmelser som nuförtiden är gällande nationell rätt även i de nordiska länderna.⁶⁴

Beträffande formellt "främmande" domstolar – närmast nationella domstolar i andra länder -och deras rättspraxis är jag inte medveten om någon systematisk kartläggning av nordiska domstolars benägenhet att åberopa dylik (inklusive andra nordiska länders) rättspraxis. Mitt allmänna intryck är, att detta före-

⁵⁹ T.ex. proportionalitetsprincipen ingår (i fråga om gemenskapens egna åtgärder) i artikel 5 EG.

⁶⁰ Se närmare Kostas Tidimas, *The General Principles of EC Law*. Oxford 1999: Oxford University Press; Koen Lenaerts, 'Le droit comparé dans le travail du juge communautaire', 37 *Revue trimestrielle de droit européen* (2001), ss. 487–528; Lenaerts och Van Nuffel, a.a., not 18 ovan, s. 711 ff.

⁶¹ Beträffande de allmänna rättsprincipernas ställning i EES-rätten se t.ex. Henrik Bull, 'The EEA Agreement and Norwegian Authorities', ingår i Fredrik Sejersted (red.), *Nordisk forvaltningsrett i møte med EF-retten*. Oslo 1996: Universitetsforlaget, ss. 53–60.

⁶² Se artikel 234 EG och t.ex. Tridimas, a.a., not 20 ovan, ss. 9–50.

⁶³ EFTA-domstolen avger rådgivande yttranden, inte formellt bindande förhandsbesked.

⁶⁴ Frågan om Strasbourgdomstolens domars ställning i nationell rätt är dock inte entydig, se t.ex. Germer, a.a., not 7 ovan, s. 265, och den tyska författningsdomstolens dom av 14.10.2004, 2 BvR 1481/04.

kommer (och då särskilt på ett nordiskt plan) men att det ingalunda hör till dagsrutinen.⁶⁵

Däremot kan man fastslå, att EG-domstolen i stigande utsträckning hänvisar till internationella och regionala domstolars domar. Åberopandet av förstainstansrättens och EFTA-domstolens rättspraxis ter sig mindre uppseendeväckande, då det ju rör sig om samma domstolssystem⁶⁶ respektive samma familj.⁶⁷ I och med att Europakonventionen av EG-domstolen getts särskild betydelse som vägledning när det gäller att bestämma innehållet i de grundläggande rättigheter som utgör EG-rättens allmänna rättsprinciper är det väl heller inte så märkligt att domstolen sedan medlet av 90-talet börjat åberopa domstolens för de mänskliga rättigheterna rättspraxis.⁶⁸ EG-domstolen har dock även hänvisat till Internationella domstolens i Haag domar,⁶⁹ WTO:s överprövningsorgans beslut⁷⁰ samt kommitténs för de mänskliga rättigheterna synpunkter.⁷¹

Dessa domstolar eller domstolsliknande organ utgör ett slags expertdomstolar för sina respektive områden. EG-domstolen har helt enkelt tillerkänt dem en viss auktoritativ ställning när det gäller att tolka de konventioner eller den sedvanerätt EG-domstolen själv förväntas tillämpa. På motsvarande sätt har Strasbourgdomstolen i ett flertal fall hänvisat till EG-domstolens rättspraxis när den ställts inför olika EG-rättsliga exempel eller problem.⁷² Det är alltså inte så mycket fråga om ett sökande efter nya principer eller innovativa lösningar som återfinns i främmande rättssystem utan om en tillit till de domstolar som satts

⁶⁵ Hänvisningar till främmande rättspraxis kan ibland förekomma utan att precisera källan, se det finska avgörandet HD 1993:120, som hänvisar till rättspraxis i länder som påminner om Finland i rättskulturellt hänseende. Se även Allan Rosas och Catarina Krause (red.), *Kansainvälinen normisto Suomen oikeuselämässä*, Helsinki 1993: Lakimiesliiton Kustannus, ss. 41, 127–133. Som ett färskt exempel kan nämnas, att den svenska högsta domstolen i två domar av den 26 november 2004 (se not 10 ovan) hänvisade till norsk och isländsk rättspraxis som stöd för uppfattningen, att EFTA-domstolens avgöranden bör tillmätas en betydande vikt (även om de formellt är av rådgivande karaktär).

⁶⁶ Ett aktuellt exempel på hänvisning till en dom av förstainstansrätten utgörs av mål C-160/03, Spanien mot Eurojust, dom 15 mars 2004 (p. 35).

⁶⁷ Se t.ex. mål C-286/02, Bellio, dom 1 april 2004 (punkterna 43, 57). EFTA-domstolen hänvisar rutinmässigt till EG-domstolarnas rättspraxis.

⁶⁸ Den första domen torde ha varit mål C-13/94, P mot S, REG 1996, s. I-2143 (p. 16). Idag kan man redan tala om en väletablerad praxis, se Rosas, a.a., not 32 ovan.

⁶⁹ Mål C-162/96, Racke, REG 1998, s. I-3655 (p. 50); mål C-37/00, Weber, REG 2002, s. I-2013 (p. 34).

⁷⁰ En hänvisning till WTO:s rättspraxis skedde för första gången i mål C-245/02, Anheuser-Busch, dom den 16 november 2004 (punkterna 49 och 67).

⁷¹ Kommittén grundar sig på 1966 års konvention om medborgerliga och politiska rättigheter. I mål C-249/96, Grant, REG 1998, s. I-621 hänvisade domstolen till kommitténs uttalande utan att dock ansluta sig till kommitténs uppfattning (punkterna 46–47).

⁷² Rosas, a.a., not 32 ovan.

att förvalta regimer som EU själv förbundit sig till (allmän folkrätt, WTO-regelverket osv.) eller som EG-domstolen använder som vägledning (Europakonventionen). Fenomenet understryker betydelsen av rättspraxis vid normtolkningen, något som ju ofta förknippas just med europarätten (se nedan), och i synnerhet då komparativ rättspraxis.

Det kan i detta sammanhang noteras, att EU och dess medlemsstater enligt EG-domstolens rättspraxis är skyldiga att inte endast tillämpa de (omkring 1000) internationella traktater EG ingått (och som, med företräde framför annan sekundärrätt,⁷³ kan ha direkt effekt i medlemsstaterna) utan även att iaktta allmän folkrätt (sedvanerätt). Domstolen har anser sig kompetent att kontrollera efterlevnaden av allmän folkrätt.⁷⁴

Slutligen kan ett ord om betydelsen av ”soft law” som rättskälla vara på sin plats. I fråga om EG-domstolens rättspraxis kan man särskilja åtminstone två olika typer av ”soft law”.

Å ena sidan är det fråga om rättsakter som i sig är juridiskt bindande men som inte formellt binder EG. Till denna kategori hör Europakonventionen och de andra människorättskonventioner som domstolen hänvisat till som vägledning för att bestämma innehållet i de grundläggande rättigheter som utgör EG-rättens allmänna rättsgrundsatser,⁷⁵ samt vissa allmänna folkrättsliga konventioner såsom 1969 års Wienkonvention (om traktaträtten) som långt anses uttrycka allmän sedvanerätt.⁷⁶

Å andra sidan är det fråga om dokument av proklamationskaraktär som från första början inte avsetts ha juridiskt bindande verkan.⁷⁷ Den år 1989 av 11 medlemsstater antagna gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter kan nämnas som exempel.⁷⁸ Ett annat exempel utgörs av stadgan om de grundläggande rättigheterna som proklamerades av parlamentet, rå-

⁷³ Mål C-61/94, kommissionen mot Tyskland, REG 1996, s. I-3989 (p. 52); mål C-286/02, Bellio, dom 1 april 2004 (p. 33).

⁷⁴ Se t.ex. Allan Rosas, 'International Dispute Settlement: EU Practices and Procedures', 46 German Yearbook of International Law (2003). Berlin 2004: Duncker & Humblot, ss. 284–322, s. 286 (med hänvisningar till EG-domstolens rättspraxis).

⁷⁵ T.ex. 1961 års europeiska sociala stadga och 1966 års konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, Allan Rosas, 'The European Union and International Human Rights Instruments', ingår i Vincent Kronenberger (ed), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?* The Hague 2001: T.M.C. Asser Press, ss. 53–67, ss. 57–58 (med genomgång av EG-domstolens rättspraxis).

⁷⁶ Pieter Jan Kuijper, 'The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969', 25 *Legal Issues of European Integration* (1998), ss. 1–23.

⁷⁷ Sevón, aa., not 48 ovan, s. 674; Lenaerts and Van Nuffel, aa., not 18 ovan, s. 785 ff.

⁷⁸ En hänvisning till gemenskapsstadgan har sedermera intagits i artikel 136 EG.

det och kommissionen i december 2000 och som börjat förekomma i förstainstansrättens domar och generaladvokaternas förslag till avgörande.⁷⁹

4. Normtolkning

Föregående framställning har betydelse inte endast för fastställandet av gällande rätt utan även för frågan om dess tolkning, då ju de "sekundära" rättskällor som berörts ovan (särskilt rättspraxis och "soft law") kan ses som centrala element i en rättskälle- och tolkningslära.

Det är vanligt att betona, att EU-rättens tolkningslära avviker från nordisk tolkningslära, särskilt när det gäller utnyttjandet av förarbeten (*travaux préparatoires*) som del av en historisk tolkning.⁸⁰ EG-rätten och EG-domstolen som dess uttolkare sägs då fästa ingen eller ringa uppmärksamhet vid förarbeten men däremot stor uppmärksamhet vid normens syfte (teleologisk tolkning), tidigare rättspraxis och en viss uppmärksamhet vid instrument av "soft law"-karaktär och kanske även den juridiska doktrinen (sistnämnda närmast via generaladvokaternas förslag till avgörande).

Det är riktigt att lagens förarbeten spelar en sekundär roll (och i fråga om primärrätten, nästan ingen roll alls) i EU-rätten. Skillnaderna mellan EU-rätt och traditionell nordisk rätt skall dock inte överdrivas. För det första visar färskas undersökningar, att förarbetena börjat få en något viktigare roll i EG-domstolens rättspraxis.⁸¹ Sekundärrättens utveckling och dess förarbetens större tillgänglighet och bättre kvalitet har härvid säkert spelat en roll. För det andra är det skäl att minnas, att de nordiska ländernas inställning till förarbeten ingalunda har varit identisk. Den mest markanta skillnaden har rått mellan Finland och

⁷⁹ Rosas, a.a., not 32 ovan, med hänvisningar till förstainstansrättens och generaladvokaternas praxis. Däremot har EG-domstolen åtminstone hittills avstått från att hänvisa till stadgan. Den har sedermera intagits som Del II i konstitutionsfördraget av den 29 oktober 2004.

⁸⁰ Se t.ex. Ole Due, 'Understanding the Reasoning of the Court of Justice', och Leif Sevón, 'Experiencing the Court of Justice of the European Communities', ingår i Gil Carlos Rodríguez Iglesias et al. (éd), *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*. Baden-Baden 1999: Nomos, ss. 73–85, s. 76, ss. 577–591, s. 580. För svensk rätts vidkommande Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 18, 29–37.

⁸¹ Sfren Schönberg och Karin Frick, 'Finishing, Refining, Polishing: On the Use of Travaux Préparatoires as an Aid to the Interpretation of Community Legislation', 28 *European Law Review* (2003), ss. 149–171. Se även Ulf Öberg, 'Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten', 12 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* (2000–2001), ss. 492–507. Jfr Richard Plender, 'The Interpretation of Community Acts by Reference to the Intention of the Authors', 2 *Yearbook of European Law* (1982), ss. 57–105.

Sverige. I Finland har förarbetena traditionellt intagit en betydligt mera undanskymd plats⁸² än i Sverige.⁸³

Ytterligare är att märka, att EU:s sekundärrätt regelmässigt består av en rätt lång ingress, som uttrycker lagstiftningens bakgrund, syften, motiveringen för den rättsliga grunden osv. Ingressen spelar av naturliga skäl en större roll vid normtolkningen än lagens förarbeten.⁸⁴

Det kan vara, att skillnaden är ännu större mellan Europakonventionen och nordisk, särskilt svensk, rätt när det gäller bruket av förarbeten som rättskälla. Vid tolkningen av Europakonventionen intar förarbetena en begränsad betydelse, vilket är naturligt redan på grund av det faktum att huvuddelen av konventionen förhandlades fram i slutet av 40-talet.⁸⁵

Vad själva lagtexten beträffar, opererar EG-domstolen vanligen med följande treindelning 1) ordalydelsen; 2) sammanhanget och 3) ändamålen. Som ett typiskt exempel kan tjäna följande passus ur en rätt färsk dom, där även frågan om förhållandet mellan olika språkversioner behandlas:⁸⁶

“För att kunna besvara den första frågan finns det anledning att först granska ordalydelsen i artikel 3.2 första strecksatsen i förordning nr 1251/70 och särskilt uttrycket under minst två år, som återfinns där. Domstolen noterar att parterna i målet vid den nationella domstolen vad gäller den bokstavliga tolkningen av denna bestämmelse drar slutsatser som står i motsatsförhållande till varandra.”

⁸² Aulis Aarnio, ‘Statutory Interpretation in Finland’, ingår i D. Neil MacCormick och Robert S. Summers (eds), *Interpreting Statutes: A Comparative Study*. Aldershot 1991: Dartmouth, ss. 123–170, ss. 135–136. Jfr Aleksander Peczenik och Gunnar Bergholm’ inlägg i samma verk (ss. 311–358): “The role of [legislative preparatory materials] in Sweden is greater than in other legal systems” (s. 324).

⁸³ Skillnaderna mellan EU-rätten och den traditionella svenska fokuseringen på förarbeten och särskilt då regeringsproposition har betonats särskilt av Ulf Bernitz, ‘Gemenskapsrätten och lagförarbetena’, 12 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* (2001–2001), ss. 698–703 (delvis i polemik mot Öberg, se not 81 ovan). För Danmarks del se t.ex. W.E. von Eyben, *Juridisk grundbog*. Bind 1: Retskilderne. 5. udgave. København 1991: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 28 ff., och för Norges del Thorstein Eckhoff, *Rettskildelaere*. 5 utgave ved Jan E. Helgesen. Oslo 2001: Universitetsforlaget, s. 70 ff.

⁸⁴ Sevón, a.a., not 80 ovan, s. 580.

⁸⁵ Enligt Elisabeth Palm finns det “inte ... mycket tolkningshjälp att hämta från förarbetena till konventionen”, ‘Rättspraxis och tolkningsmetoder i Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna’, 15 *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet* (2003–2004), ss. 739–749, s. 739. Se även F. Matscher, ‘Methods of Interpretation of the Convention’, ingår i R. St. J. Macdonald, F. Matscher and H. Petzold (eds), *The European system for the Protection of Human Rights*. Dordrecht 1993: Martinus Nijhoff, ss. 63–81, s. 66; Matti Pellonpää, *Euroopan ihmisoikeussopimus*. Kolmas, uudistettu pianos. Helsinki 2000: Lakimiesliiton Kustannus, ss. 188–189.

⁸⁶ Mål C-257/00, Givane, REG 2003, s. I-00345, (punkterna 34, 36–37, 38)

Efter en jämförelse mellan de olika språkversionerna, som skiljde sig från varandra, fortsatte domstolen:

“Såsom domstolen har fastställt ... skall alla språkversioner av principiella skäl tillmätas samma värde, som inte kan variera på grund av bland annat den andel av gemenskapsbefolkningen som talar språket i fråga.

Enligt fast rättspraxis skall de olika språkversionerna av en gemenskapsrättslig text tolkas enhetligt. För det fall de skiljer sig åt skall bestämmelsen i fråga tolkas i enlighet med den allmänna systematiken i och syftet med den lagstiftning som bestämmelser är en del av ...

Därefter konstaterade domstolen:

“Eftersom en bokstavig tolkning av uttrycket under minst två år i artikel 3.2 första strecksatsen i förordning nr 1251/70 inte kan ge ett entydigt svar på frågan, skall begreppet därefter ses i sitt sammanhang och tolkas utifrån den ifrågavarande bestämmelsens anda och ändamål.”

Lagtexten utgör alltså utgångspunkten. Följande uttalande av en av generaladvokaterna återspeglar i mitt tycke rätt väl domstolens inställning: “Gemenskapsrättsliga bestämmelser som inte på något sätt är oklara, är tillräckliga i sig själva. ... En hänvisning till den gemenskapsrättsliga textens syfte görs ofta för att bekräfta den ifrågavarande bestämmelsens ordalydelse. Den är avsedd att styrka en bestämmelsens innebörd som inte är helt klar och entydig utan som lämnar allmänt ett litet utrymme för tvivel.”⁸⁷

Ju oklarare text, desto större skäl finns för att granska sammanhanget (systematisk tolkning) och lagens ändamål och syften (teleologisk tolkning). Som nämndes ovan, kan även förarbetena och “soft law” ibland tjäna som vägledning.

Dessa tolkningsmetoder är inte särskilt radikala. Inte heller är det överraskande, att både EG-domstolen och den europeiska människorättsdomstolen normalt ger de normer de är till för att tolka en autonom (europarättslig) innebörd.⁸⁸

⁸⁷ Mål C-64/00, Schilling, generaladvokat Légers förslag till avgörande av den 27.9.2001. Se även generaladvokat Jacobs yttrande i mål C-292/00, Davidoff, av den 21 mars 2002 (p. 34) och i mål C-11/00, kommissionen mot europeiska centralbanken, av den 3 oktober 2002 (p. 52). Se även Leif Sevón, ‘Oikeuslähde, laintulkinta ja ratkaisun perusteleminen EY-tuomioistuimessa’, föredrag vid Åbo universitet den 10 april 2003.

⁸⁸ Om principen om autonom tolkning av Europakonventionen se t.ex. Matscher, a.a., not 85 ovan, s.70; P. van Dijk and G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Third edition. The Hague 1998: Kluwer, s. 77; Jukka Viljanen, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law*. Tampere 2003: Tampere University Press, s. 89 ff.

Men vad säga om EG-domstolens påstådda “aktivism”, rättsskapande verksamhet och benägenhet att alltid inta integrationsvänliga tolkningar? Är inte de konstitutionella principer som domstolen uttalat (direkt effekt, företrädesprincipen, EG-domstolens monopol att granska sekundärrättens laglighet, grundläggande rättigheter, medlemsstaternas skadeståndsansvar enligt Francovich-principen osv.)⁸⁹ eller den färska rättspraxis som tillämpar unionsmedborgarskapet och de fyra ekonomiska friheterna på skatte- och socialrättens områden⁹⁰ just ett uttryck för en sådan “aktivism”?

Här bör man i mitt tycke skilja mellan de konstitutionella principer som lancerats närmast under perioden 1960–1990 och nyare rättspraxis. I förstnämnda hänseende såg sig domstolen antagligen närpå tvungen att fylla i de luckor som gemenskapsfördragen otvivelaktigt innehöll. På grund av integrationsprojektets klart uttalade målsättningar, i förening med EG-fördragets långtgående bestämmelser om domstolens ställning och kompetens, var det naturligt att domstolen såg sig delvis som en författningsdomstol.⁹¹ Och om domstolen *inte* tillerkänt EG-rätten företräde och direkt effekt, skulle EU överhuvudtaget existera idag?

Att EG-domstolen – och i många avseenden även den europeiska människorättsdomstolen – fäst stor vikt vid EG-rättens respektive Europakonventionens effektivitetskrav (*effet utile*) samt behovet av rättsskydd och skydd av grundläggande rättigheter/mänskliga rättigheter⁹² ter sig kanske inte särskilt chockerande mot bakgrunden av ifrågavarande grundfördrags målsättningar såväl som senare utvecklingsdrag när det gäller individens rättsskydd och grundläggande rättigheter. Och medlemsstaterna som “*Herren der Verträge*”⁹³ kunde väl ha stämt utvecklingen om de så velat. I stället har de bekräftat och förstärkt

⁸⁹ Se t.ex. Wiklund, a.a., not 54 ovan, passim, som konkluderar att “genom ett extensivt utnyttjande av tolkningsutrymmet har EG-domstolens fördragstolkning lett till inskränkningar av medlemsstaternas processuella och konstitutionella autonomi” (s. 474).

⁹⁰ Se ovan, vid not 44.

⁹¹ Se t.ex. Sevón, a.a., not 80 ovan, s. 579, som anför följande: “In the first place, it is for the Court. ...to interpret the treaties concluded between the Member States, that is to say the instruments which the Court itself refers to as having a constitutional character. In that respect, the Court’s function has aspects akin to that of a constitutional court. It is in the nature of things that constitutional courts are as a rule confronted with questions which are not expressly dealt with in the constitution or easily deducted from it. It is also quite natural that in such cases the Court’s interpretations are bound to contain an element of legal policy considerations. However, that does not mean that the Court of Justice ... can chose its solutions as freely as the Treaty authors.”

⁹² Om effektivitetskravet för EG-rättens del se t.ex. Wiklund, a.a., not 54 ovan, s. 361 ff. och Europakonventionens del t.ex. van Dijk and van Hoof, a.a., not 88 ovan, s. 74 ff., och Viljanen, a.a., not 88 ovan, s. 81 ff.

⁹³ Uttrycket återfinns i den tyska författningsdomstolens berömda Maastrichtdom av den 12.10.1993, 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92, EuGRZ 1993, 429.

utvecklingen – för Europakonventionens del genom tilläggsprotokoll, för EU-rättens del genom en räkka fördragsändringar och nu senast det nya konstitutionsfördraget.

Det bör tilläggas att senast från och med 90-talet har EG-domstolens verksamhet allt mera inriktats på tolkning av den kraftigt expanderande sekundärrätten. Den dagliga verksamheten ter sig till övervägande delar rutinmässig och odramatisk. Vad de mera omdiskuterade domarna kring medborgarskapet och de fyra ekonomiska friheterna beträffar, kan de enskilda lösningarna och tolkningarna naturligtvis diskuteras. Men vad som i mitt tycke är uppenbart är att domstolen svårligen kunde ha godkänt idén om att bestämmelserna t.ex. om medborgarskap i EU- och EG-fördraget⁹⁴ utgör programmatiska uttalanden som inte skall tas på allvar. Om de – som grundfördragen verkar utgå ifrån – utgör grundläggande regler, blir det en fråga om förhållandet mellan regel och undantag,⁹⁵ och mellan dessa regler och andra bestämmelser i EG-fördraget.⁹⁶ Dylika gränsdragningar och avvägningar kan ju alltid vara vanskliga, oberoende av EU-rätten, men de kan inte undvikas.

Europadomstolens för de mänskliga rättigheterna normmaterial är naturligtvis av en ganska annorlunda natur, då det begränsar sig till en enda konvention med relativt allmänt formulerade rättigheter. Ordalydelsen blir nödvändigtvis av mindre betydelse och tidigare rättspraxis, som det ju redan kan finnas en uppsjö av beträffande en och samma bestämmelse, stiger fram som central förklaringsgrund. Dock kan rättspraxis utvecklas med tiden och domstolen har betonat inte endast effektivitetskravet utan även att Europakonventionen är ett levande instrument, vars tolkning kan vara dynamisk.⁹⁷

Denna dynamik kan ha konsekvenser även för EG-domstolen, som explicit uttalat, att den bör ompröva en tidigare tolkning av en i Europakonventionen erkänd rättighet om Strasbourgdomstolen sedermera utvecklat en avvikande rättspraxis.⁹⁸

⁹⁴ Ingressen (nionde stycket) och artikel 2 EU; artiklarna 17 – 22 EG. Se även artiklarna 12 (förbud mot diskriminering på grund av nationalitet) och 14 EG (inre marknaden som ett område "utan inre gränser").

⁹⁵ För medborgarskapets del, se t.ex. artikel 18, punkt 1, som stadgar att varje unionsmedborgare skall ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemstaternas territorier, "om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i detta fördrag och i bestämmelserna om genomförandet av fördraget".

⁹⁶ Bl.a. artiklarna 56 och 58 punkt 1 a) och punkt 3 (kapitalrörelser), 94–95 (direkta skatter) och 137 (socialpolitik) EG.

⁹⁷ Palm, a.a., not 85 ovan, ss. 742–745. Se även van Dijk and van Hoof, a.a., not 88 ovan, ss. ; Viljanen, a.a., not 88 ovan, ss. 92–95.

⁹⁸ Se särskilt mål C-94/00, Roquettes Frères, REG 2002, s. I-9011, och Rosas, a.a., not 32 ovan.

5. EU-rättens system med förhandsavgöranden

EG-domstolens roll av konstitutionell domstol faller långt tillbaka på systemet med förhandsavgöranden, reglerat i artikel 234 EG.⁹⁹ De nordiska ländernas nationella domstolar har naturligtvis brukat detta instrument, men i färre utsträckning än domstolarna i vissa andra medlemsstater. Totalsiffrorna för de tre nordiska ländernas del är för Danmark 104 (tiden 1974–2004), Finland 38 (1995–2004) och Sverige 50 (1995–2004). Antalet inbegärda rådgivande yttranden av EFTA-domstolen är för Islands del nio (1994–2004) och för Norges del 24.¹⁰⁰ Dessa siffror kan jämföras med Österrike, vars domstolar under samma period som det finska och svenska EU-medlemskapet varat inbegärat 261 förhandsbesked.

Kan dessa siffror tas som indikation på en mindre lyhördhet för EU-rättens krav i de nordiska-EU-länderna? Nej, inte i sig. De nordiska domstolarna kanske helt enkelt besitter en beredskap att själva avgöra frågor som gäller tillämpning snarare än tolkning av EU-rätten, eller där existerande rättspraxis härrörande från Luxemburgdomstolarna ger tillräcklig vägkost.¹⁰¹ Det allmänna intrycket är, att de nationella domstolarnas tillämpning av EG-rätten i stor utsträckning baserar sig på inte endast den skrivna primär- och sekundärrätten utan även EG-rättens allmänna principer samt EG-domstolarnas rättspraxis.¹⁰²

Frågan om huruvida de nationella domstolarna varit *för* återhållsamma i att begära förhandsavgöranden har dock väckt diskussion särskilt i Sverige.¹⁰³ Den torde för närvarande vara föremål för diskussioner mellan kommissionen och den svenska regeringen och kan inte närmare kommenteras här. För Danmarks och Finlands del har vissa iakttagare antagit, att behandlingens längd (ca två år i

⁹⁹ Se även artikel 68 EG och artikel 35 EU.

¹⁰⁰ Av de 24 norska målen har 21 lett till dom, då begäran återtagits i tre fall. Uppgifterna har fått på basen av en genomgång av EFTA-domstolens årsrapporter (Report of the EFTA Court).

¹⁰¹ Beträffande skyldigheten för nationella domstolar att inhämta förhandsavgörande se framför allt domen i mål 283/81, Cilfit, REG 1982, s. 3415, svensk specialutgåva, volym 6, s. 513.

¹⁰² Översikter över de nationella domstolarnas rättspraxis med stark EU-rättslig anknytning ingår i t.ex. Biering, a.a., not 21 ovan, ss. 933–951; Niilo Jääskinen, 'The Application of Community Law in Finland 1995–1998', 36 *Common Market Law Review* (1999), ss. 407–441, ss. 416–428; Ulf Bernitz, 'Sweden and the European Union: On Sweden's Implementation and Application of European Law', 38 *Common Market Law Review* (2001), ss. 903–934, ss. 922–928; idem, a.a., not 9 ovan, ss. 122–136 och Suvi Sankari, 'EU Law in Finland and Sweden: A Survey of the Preliminary References, National Jurisprudence and Legal Integration', 6 *Europarättslig tidskrift* (2003), ss. 508–534, ss. 528–532.

¹⁰³ Se Bernitz, a.a., not 9 ovan, ss. 128–136 (med hänvisningar till andra inlägg i diskussionen). B. nämner bl.a. regeringsrätten dom i det sk. Barsebäck-målet (Regeringsrättens årsbok 1999, ref. 76) och anför mera allmänt, att „den benägenhet att söka undvika att hänskjuta en viktig europarättslig fråga till EG-domstolen, som man kan finna i Barsebäcksdomen, är som framgått inte någon isolerad företeelse“ (s. 135).

medeltal) kan ha utgjort en faktor som ibland avhållit nationella domstolar från att använda artikel 234.¹⁰⁴

I detta sammanhang bör nämnas, att frågan om vilken instans som i ett svenskt system med prövningstillstånd (t.ex. från hovrätt till högsta domstolen) utgör den domstol "mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning" (artikel 234 tredje stycket EG) har prövats av EG-domstolen i fallet *Lyckeskog*.¹⁰⁵ Det var anmärkningsvärt, att i detta mål den danska regeringen intog en striktare hållning än de finska och svenska regeringarna. Enligt domslutet anförde Danmark, att "samtliga domstolar, vars avgöranden kan överklagas endast om prövningstillstånd meddelas, skall betraktas som domstolar av sådant slag som avses i artikel 234 tredje stycket EG".¹⁰⁶ EG-domstolen förenade sig med den svenska tolkningen, nämligen att åtminstone i det svenska systemet en nationell domstol inte omfattas av skyldigheten i artikel 234 tredje stycket "när dess avgöranden kan överklagas till den högsta domstolsinstansen på sådana villkor som tillämpas på den hänskjutande domstolens avgöranden" (hänskjutande domstol i målet var en hovrätt).

EG-domstolen uttalade särskilt, att i ett system sådant som det svenska det är den högsta domstolen som, om det uppkommer en fråga om tolkningen eller giltigheten av en gemenskapsrättslig regel, är skyldig att – "antingen när det prövar frågan huruvida prövningstillstånd skall meddelas eller vid ett senare tillfälle" – begära förhandsavgörande av EG-domstolen.¹⁰⁷ Systemet förutsätter då, att den EG-rättsliga problematiken blir tillräckligt prövad av domstolen i sista instans, i det fall rätten att begära förhandsavgörande inte utnyttjats av domstol i lägre instans.¹⁰⁸

Slutligen vill jag framhålla, att på basen av den 3-åriga erfarenhet¹⁰⁹ jag har av EG-domstolen de beslut om införskaffande av förhandsavgörande som inkommer från de tre nordiska länderna är allmänt taget väl avfattade. De är i regel klara, innehåller tillräcklig information om målet och varför förhandsavgö-

¹⁰⁴ Biering, a.a., not 21 ovan, ss. 948–949; Jääskinen, a.a., not 102 ovan, s. 428.

¹⁰⁵ Mål C-99/00, REG 2002, s. I-4839. Se även Mattias Derlén, 'Nationella slutinstansers skyldighet att fråga EG-domstolen – CILFIT-doktrinen efter *Lyckeskog*', 7 Europarättslig tidskrift (2004), ss. 85–93.

¹⁰⁶ Punk 11, jfr punkt 12 (svenska och finska regeringen).

¹⁰⁷ Punkt 18.

¹⁰⁸ Enligt artikel 234 andra stycket "får" vilken som helst domstol begära förhandsavgörande "om den anser att beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken". Denna princip gäller dock inte förhandsavgöranden enligt artikel 68 EG (se även artikel 35 EU).

¹⁰⁹ Från och med 17 januari 2002.

rande inbegärts och är av lämplig längd. Alla utom ett mål som de nordiska ländernas domstolar sänt till EG-domstolen har prövats av sistnämnda.¹¹⁰

EG-domstolen är i skrivande stund i färd med att revidera sina rådgivande anvisningar för begäran om förhandsavgörande.¹¹¹ Domstolen har även under år 2004 reviderat sin interna praxis på många punkter i akt och mening att förkorta behandlingstiden. Statistiken för år 2004 utvisar, att domstolen, mot 531 inkomna nya mål (av vilka 249 utgjorde begäran om förhandsavgörande), kunde avsluta 665 mål (av vilka 262 utgjorde förhandsbesked), och att det totala antalet anhängiga mål minskat från 974 (31.12.2003) till 840 (31.12.2004). Om trenden fortsätter, kan en kännbar förkortning av behandlingstiden vara ett realistiskt mål, vars förverkligande dock kan hotas av en eventuell anstormning av mål från de tio nya medlemsstaterna.¹¹²

6. Konklusioner

Ovansagda utvecklingsdrag kan enligt mitt förmenande sammanfattas i följande teser:

1. Internationaliseringen och europeiseringen har förändrat de nordiska ländernas konstitutioner.

Perioden 1985–2005 har sett en omvälvning av nordisk rätt och nordiskt rättsliv, med en kraftig internationalisering och europeisering av normmaterialet och dess tillämpning och tolkning. Den traditionella dualismen har uppluckrats och särskilt inom EU-rätten åtminstone delvis satts ur spel. Förändringen är enligt min uppfattning störst på det *paradigmatiska* planet. Särskilt för de tre EU-medlemmarnas del kan man säga att den *konstitutionella ordningen* ändrats, i och med den konstitutionalisering som skett av EU:s rättsordning. Förändringen har kanske varit mest dramatisk för Finlands del, då landet anslöt sig till Euro-

¹¹⁰ I mål C-134/97, Victoria, REG 1998, s. 7023 ansåg EG-domstolen, att den svenska skatterättsnämnden inte utgjorde en domstol när den meddelade förhandsbesked. Se även debatten mellan Kenneth Bratthall, Leif Mutén och Jan-Mikael Bexhed i 2 Europarättslig tidskrift (1999), ss. 180–186, 189–191 och 339–343. Dessutom bör noteras, att i mål C-115/96 en finsk tullnämnd, vars ställning som domstol var tvivel underkastad, begärde ett förhandsbesked som den senare återtog (domstolens presidents beslut av den 24.9.1996). Samma rättsliga fråga blev kort därefter anhängiggjord av en länsrätt och ledde till dom i mål C-213/96, Outokumpu, REG 1998, s. I-1777.

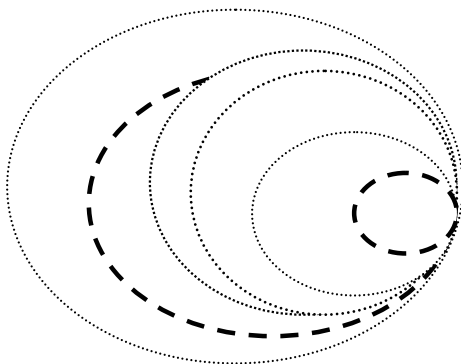
¹¹¹ Gällande "upplysningar angående begäran om förhandsavgörande från de nationella domstolarna" är uppgjorda år 1996.

¹¹² Någon dylik anstormning kan dock inte ännu förmäras i början av år 2005. Hittills har endast två begäran om förhandsavgörande inregistrerats (båda från Ungern), mål C-302/04, Ynos Kft. och C-328/04, Vajnai Attila.

parådet först år 1989 men å andra sidan anammat EU utan reservationer, inklusive den gemensamma valutan och den gemensamma försvarspolitiken. Flertalet nationella tillämpnings- och tolkningsbeslut i nordiska domstolar och myndigheter fattas fortfarande utan någon eller nämnvärd europarättslig eller folkrättslig anknytning, men *dynamiken* i den rättsliga diskursen följer långt av europarättsliga och i viss mån folkrättsliga eller komparativa frågeställningar.

2. Den nya konstitutionella ordningen är pluralistisk och framhäver den lagskipande maktens roll

Den nya konstitutionella ordningen är dock olik grundlagen för en nationalstat. Det är en synnerligen *pluralistisk* och *öppen* ordning, både vertikalt och horisontellt. I vertikalt hänseende frapperas man av den obestämda och dynamiska fördelning av auktoritet som råder särskilt mellan EU och dess medlemsstater. Horisontellt råder pluralism när det gäller både den geografiska utsträckningen och intensiteten i integrationsutvecklingen (EU:s olika gemenskaps- och samarbetsformer, inskränkningarna i dessa, särregler för EU:s närområden, inklusive EES, Europarådets regelverk, osv.). Situationen kan beskrivas på följande sätt (där den innersta ringen är den nordiska statens "inhemska" rättsordning):



Rättsordningen är också *utvecklad* och i viss mån *fragmenterad*, vilket å andra sidan motverkas av förekomsten av en mängd *allmänna rättsprinciper* som finns uttryckta i EU-rätten såväl som i Europarådets regelverk, särskilt Europakonventionen. Åtminstone i juridisk mening finns det ingen sluten "europafästning" utan europarätten är i växelverkan med utvecklingen universellt och i andra regioner. Denna växelverkan kanaliseras i stigande utsträckning till samarbetet mellan EU – på EU-nivå – och tredje land, vilket torde öka de av EG ingångna internationella avtalens betydelse som rättskälla och ställer ökade krav även på EG-domstolarna. De nationella nordiska domstolarna torde ha en ökad beredskap att delta i en internationell "domardialog" (även om konkreta utslag

av detta ännu inte växer på träd). Dessa utvecklingsdrag har bidragit till en mera framträdande roll för *domstolar, domare och rättspraxis*, jämfört med traditionell lagstiftningprocess i nationalstaten. En annan företeelse är att traditionella distinktioner, såsom den mellan internationell rätt och inomstatlig rätt, mellan offentlig rätt och privaträtt, och mellan juridiskt bindande och icke-bindande normer, relativiseras.

3. Utvecklingen har konsekvenser för tolkningsmetod, men förändringen är inte så dramatisk och påverkar inte alla nordiska länder på samma sätt

Förändringarna i den konstitutionella ordningen och det tillämpliga normmaterialet har naturligtvis haft konsekvenser även för *rättskälle- och tolkningsläran*, men förändringens vind har kanske ändå varit mindre kraftig än vad man ibland föreställt sig. Visst skiljer sig tillämpnings- och tolkningsrealiteterna för EU-rätten, och Europakonventionen, i vissa avseenden från traditionell nordisk rätt, men skillnaderna är inte dramatiska. EU- och EES-rätten är förstås mera svåröverskådlig och ibland svårfattlig, något som inte hjälps upp av de olika språkversionerna och den sällsamma blandningen av detaljer och generalia. Jag vågar ändå påstå att den är mindre utvecklad och fragmentarisk än för, säg, tjugo år sedan, och att förarbetena och slutprodukterna sakta men säkert stigit i kvalitet. De tolkningsmetoder som följs av EG-domstolarna, EFTA-domstolen och den europeiska människorättsdomstolen avviker i viss mån från vad som varit brukligt i de flesta nordiska länder, särskilt beträffande förarbetenas roll, men skillnaderna skall inte överdrivas. Det är sant att de europeiska domstolarna känt sig mindre bundna än nordiska nationella domstolar av "lagstiftarens vilja" i subjektiv mening men de har i stället fäst avseende vid lagens ändamål och syfte. Det är inte konstigt att de prioriterat *ratio legis* framom det som antecknats i en regeringsproposition. Kommissionens förslag har inte samma status som en regeringsproposition, och lagstiftningsprocessen i EU är mera mångfasetterad än i de nordiska nationella systemen, med normalt två lagstiftande "kammare" (parlamentet och rådet) som ofta i väsentlig grad ändrar på kommissionens förslag. Förarbetena till huvuddelen av Europakonventionen är av gammalt datum och rätt fragmentariska. Den dynamik och drag av rättsskapande som återfinns i de europeiska domstolarnas rättspraxis har kanske haft en störande inverkan på mången nordisk iakttagare, men i länder med en författningsdomstol eller en högsta domstol à la USA torde denna företeelse te sig mycket mindre chockerande. Å andra sidan har Luxemburgdomstolarnas roll i allt högre grad blivit att tillämpa och tolka lagstiftning snarare än att skapa konstitutionella grundprinciper, medan Strasbourgdomstolen redan skapat en rik rättspraxis som idag lämnar mindre utrymme för nyskapelser.

4. Norden anpassar sig och deltar, men kanske inte tillräckligt

Den snabba förändringen till trots har nordiskt rättsliv allmänt taget anpassat sig rätt väl till EU- och EES-rättens, Europakonventionens och det övriga europeiska och internationella regelverkets krav. På många förvaltnings- och rättsområden tillämpar domare och tjänstemän europarätten och viss mån även de folk-rättsliga konventionerna rutinmässigt och utan oöverstigligen svårigheter. Givetvis är normmaterialet ännu "främmande" för många, men känslan av främlingskap minskar gradvis av nya impulser, vunna erfarenheter och anmarschen av yngre generationer av jurister. Antalet förhandsavgöranden (eller inom EES, rådgivande yttranden) som nordiska domstolar begärt av EG-domstolen eller EFTA-domstolen är rätt begränsat. Detta kan tyda på en överdriven försiktighet eller återhållsamhet, men kan även ge uttryck för en god beredskap och ett gott självförtroende att tillämpa EU-rätten nationellt, utan att i tid och otid ty sig till någon av de tre Luxemburgdomstolarna. De beslut angående begäran om förhandsyttrande som fattats av nordiska domstolar har allmänt taget hållit god kvalitet. Förhoppningsvis kan EG-domstolen förkorta behandlingstiden för förhandsavgöranden, så att mekanismen skulle utgöra ett mindre allvarligt avbrott i den nationella processen. Det är på ett mera allmänt plan önskvärt, att nordiska domstolar, andra rättstillämpare och den juridiska doktrinen i allt stigande utsträckning aktivt deltar i den dialog som pågår mellan internationella, regionala och nationella domstolar och myndigheter och mellan folkrättslig, europarättslig och nationell juridisk doktrin. Nordiskt rättsliv har allt att vinna på ett dylikt deltagande, och allt att förlora på jakten efter en svunnen tid som inte längre finns.

