

# EU-medlemskapets influenser på dömandet

Av rättschefen OLLE ABRAHAMSSON

*I artikeln, som återger författarens anförande vid en av Kammarrätten i Göteborg anordnad konferens för kammarrätternas presidenter och lagmän på Thorskogs slott den 10 september 1999, undersöks hur de svenska domstolarna och deras roll i samhället har förändrats till följd av i första hand Sveriges anslutning till EU. Författaren söker påvisa att domstolarnas position har stärkts i förhållande till riksdag och regering men framhåller samtidigt att den ideologiska och legala grunden för en maktfördelning av traditionellt snitt ännu är svag.*

När Göteborgskammarrättens president bad mig att komma hit och i denna krets av framstående domare tala om EG-rättens betydelse och inflytande i Sverige svarade jag med glädje ja, samtidigt som jag insåg att det kunde bli svårt att variera det temat på ett intressant sätt. EG-rättens grundläggande principer och systemet med förhandsavgörande, allt belyst med instruktiva rättsfall från EG-domstolen, är ämnen som domare på denna nivå är någorlunda väl förtrogna med. Redan när jag hade Anitha Bondestam på tråden överenskom vi därför att min utläggning här i dag skulle handla mindre om EG-rätten i snäv bemärkelse och mer om frågan hur EU-medlemskapet har påverkat den svenska domarkåren och förhållandet mellan domstolarna och samhället i övrigt.

Man kan å ena sidan tänka sig att domarna fortfarande betraktar EG-rätten bara som en tillkommande rättskälla, som de i enstaka fall använder sig av som komplement till de traditionella rättskällorna. Å andra sidan kan man tänka sig att snart sex års erfarenhet och tillämpning av EG-rätten, inberäknat året 1994 då en stor del av EG-rätten gällde i Sverige via EES-avtalet, har satt mer djupgående spår och kanske t. o. m. har fått domstolarna att omvärdera sin egen roll i det svenska samhällssystemet. Min avsikt är inte att söka ge något definitivt svar på frågan hur EU-medlemskapet har påverkat de svenska domarna, men jag vill lyfta fram ett antal faktorer som pekar i tänkbara riktningar.

Det finns aspekter på EU-medlemskapet som talar för att domstolarna blivit svagare. Svagare tycks det mig att domstolarna har blivit om domarna mer allmänt upplever en osäkerhet om när och hur EG-rätten skall användas. Det skulle också kunna hävdas att respekten för domstolarna och även deras egen självkänsla har

minskat genom att de i den nya ordningen i vissa fall inte är betrodda att tolka EG-rätten efter eget förstånd utan måste begära för domstolen bindande förhandsavgöranden från EG-domstolen.

När det först gäller osäkerheten om EG-rättens tillämpning så erinrar jag mig en intervju i tidningen *Arbetet* från december 1993 med en domstolschef i västra Sverige. Artikeln inleddes så här: "Sveriges rikes lag eller 12.000 sidor EU-lagar? Förvirringen efter nyår blir total när domstolarna skall börja tillämpa EES-avtalet". Den intervjuade domaren säger uppgivet till reportern att hans domstol hittills bara fått en kortfattad stencil från Domstolsverket som vägledning, och han menar att det står skrivet i stjärnorna hur domstolen skall klara tillämpningen av det nya regelkomplexet.

Jag är övertygad om att det fortfarande finns en betydande osäkerhet i domarkåren om EG-rättens tillämpning och kanske framför allt på många håll en obehaglig känsla av att inte veta om det finns EG-rättsliga implikationer eller inte i ett visst mål. Jag tror också att vi måste räkna med en viss sådan osäkerhet som ett permanent inslag i domstolarnas verksamhet. Erfarenheterna från de länder som har varit medlemmar länge i EU tyder på detta. Bilden av domarna som osäkra och förvirrade nervvrak till följd av EG-rättens inflöde är emellertid starkt överdriven. Efter den första förskräckelsen har domarna naturligtvis upptäckt att grunderna i verksamheten är desamma som förut, att de i civilmålen i stor utsträckning kan förlita sig på vårt ackusatoriska system och räkna med att parterna påvisar EG-rättsliga implikationer när det ligger i parternas intresse att göra så och slutligen, men inte minst, att det trots allt finns ganska gott om tid att fundera över eventuella EG-rättsliga frågor. Men för att ett sådant funderande skall vara meningsfullt fordras det en viss grundläggande förtrogenhet med det EG-rättsliga systemet.

Med en liten avvikelse från ämnet skulle jag vilja dröja något vid frågan om vilka krav man kan och bör ställa på en svensk domare som kanske inte har annan teoretisk underbyggnad än professor Pålssons lärobok i EEC-rätt och som i bästa fall hör till den enligt uppgift nittioprocentiga andel av domarkåren som har deltagit i någon form av centralt anordnad utbildning i EG-rätt. Svaret på frågan är, tror jag, att det krävs förvånansvärt lite.

När Lord Slynn of Hadley, som har varit både generaladvokat och domare i EG-domstolen, för några år sedan besökte Sverige förbluffade han sina åhörare med att säga att det krävs egentligen bara två saker: Att den nationelle domaren känner till systemet med förhandsavgörande och att han vet på vilka områden som EG-rättsliga frågor särskilt ofta uppkommer. Dessa områden är enligt Lord Slynn fyra till antalet.

1) Förhållanden som rör arbetslivet. Det finns väldigt många situationer då artikel 141 (tidigare artikel 119) i EG-fördraget och det s. k. likabehandlingsdirektivet kan åberopas. Helt nyligen meddelade för övrigt kammarrätten i Stockholm en uppmärksammas dom som rörde tillämpningen av EG-förordningen om social trygghet för anställda som flyttar inom gemenskapen.

2) Förbudet mot handelshinder. Det är mycket viktigt att de nationella domarna känner till artikel 28 (tidigare artikel 30) i EG-fördraget och vet att denna fråga aktualiseras relativt ofta i de nationella målen. Så var fallet i t. ex. systembolagsmålet<sup>1</sup> och i målet om de s. k. monstertjurarna.<sup>2</sup>

3) Domaren bör veta att det på senare år har tillkommit en mycket omfattande EG-rättslig reglering av förhållanden som har betydelse för den gemensamma marknaden. Det är fråga om direktiv om miljö, avskaffande av hinder inte bara för de fria varuutbytet utan också för tjänster, direktiv om telekommunikationer, bestämmelser om läkemedel osv. Uppkomsten av denna typ av reglering gynnades dramatiskt genom enhetsakten 1986, som innebar att medlemsstaterna gick ifrån kravet på enhällighet för beslutsfattande på dessa områden.

4) Varje domare bör känna till att EU har en egen konkurrensrättslig reglering som direkt påverkar de nationella förhållandena.

Jag tror att det ligger en stor men inte så uppmärksammas sanning i det som Lord Slynn sade och som ju kan sägas ha den trösterika innebörden att det fordras en relativt liten kunskapsansträngning för att en domare i stora drag kunna överblicka de områden där EG-rätten kan vara involverad. Trots detta träffar man hos svenska domare ofta på en till ängslan gränsande respekt för EG-rätten. I olyckliga fall kan denna respekt slå över i ett förnekande av att det överhuvud förekommer några EG-rättsliga mål vid vederbörandes domstol.

Hur gör man då för att förvärva den nödvändiga kunskapen som alltså inte behöver vara särskilt omfattande? En dålig metod är att ge sig på att sträckläsa de grundläggande fördragen. Det är ungefär lika begåvat som att avverka psalmboken från pärm till pärm om man vill få en bild av det religiösa tillståndet i dagens Sverige. En bra metod är däremot att ta del av de översikter av EG-domstolens praxis som fortlöpande publiceras i olika tidskrifter, bland annat SvJT. Det är inte utgången i det enskilda rättsfallet som är det viktiga utan det förhållandet att man genom läsningen övar upp sin blick för i vilka situationer som det kan vara EG-rättsliga frågor inblandade som en domare bör ta hänsyn till, om

<sup>1</sup> REG 1997, s. I-5909. Se även SvJT 1998, s. 350 f.

<sup>2</sup> REG 1998, s. I-7477. Se även SvJT 1999, s. 356 f.

inte annat så för att kunna tillbakavisa felaktiga partspåståenden om att så är fallet.

Kommer man som domare väl så långt att man med en viss automatik begriper när EG-rätten kan vara berörd är mycket vunnit. Då kan man gå vidare och konsultera litteratur och praxis och inte minst kollegerna vid domstolen. Just EG-rättens inflöde är ett av de argument som både denna regering och den föregående har åberopat som skäl för att domstolarna inte bör vara alltför små. Samtidigt bör man betänka att hur stor domstolen än är och hur många hjälpsamma kolleger det än finns så hjälper det inte stort om den eller de domare som har handläggningsansvaret över huvud taget inte upptäcker att det finns en EG-rättslig vinkling i målet.

En faktor som, vid sidan om domarnas osäkerhet om tillämpningen av EG-rätten, kan ha försvagat de svenska domstolarnas status och ställning i samhällslivet är att de på ett sätt inte är lika självständiga som tidigare. De är nämligen förhindrade att tolka gällande rätt på riktigt samma sätt som de varit vana vid, och de måste finna sig i att det numera finns en rättsinstans som kan tala med högre myndighet än vad de själva är i stånd till. Den instansen heter EG-domstolen. Inte så att EG-domstolen skulle vara överordnad de svenska domstolarna; de är fortfarande suveräna i själva dömandet. Men domstolarna får inte bortse från den materiella EG-rätten, de får inte underlåta att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen när det finns mer än ett svar på en tolkningsfråga — detta gäller i första hand när en nationell domstol handlägger mål i egenskap av slutinstans — och de måste rätta sig efter de svar som EG-domstolen ger på hur EG-rätten skall uppfattas i ett visst fall.

Denna eventuella försvagning av domstolarnas självständighet är emellertid i huvudsak endast skenbar. Inte heller i rent nationella mål får domstolarna helt efter eget huvud bedöma lagens innebörd, utan de är i praktiken hårt bundna av motivskrivningar, rättspraxis och etablerade tolkningsmetoder. Om dessa former av styrning i ett begränsat antal mål kompletteras med en anvisning från EG-domstolen så innebär det knappast att den nationella domstolens egen auktoritet minskar särskilt mycket. För domstolarna är det vardagsmat att inhämta yttranden av olika slag, och möjligheten härtill är något som domstolarna gärna utnyttjar. I principiellt hänseende bör det emellertid noteras att denna typ av yttranden som regel inte är formellt bindande för domstolen. EG-domstolens yttranden avges däremot med absolut auktoritet, det är inte tillåtet för en nationell domstol att ens undantagsvis göra en annan bedömning än EG-domstolen.

Osäkerheten om EG-rättens tillämpning och en viss begränsning av självständigheten till följd av EG-domstolens roll skulle kunna

tänkas innebära att de svenska domstolarna blivit osäkra och räddhågsna och att deras ställning i samhällslivet allmänt sett blivit svagare. Till detta skulle också kunna bidra risken att domarna låter sig bländas av advokater med goda kunskaper i EG-rätt.

För min del tror jag inte att det ligger till på det sättet annat än i mycket liten utsträckning. Snarare är motsatsen fallet, dvs. EG-rättens influens har stärkt domstolarnas ställning och gjort dem mer självständiga och också mer respekterade än förut. När jag säger att domstolarna har blivit mer självständiga menar jag i första hand att de har blivit mer självständiga i förhållande till riksdag och regering. Domstolarna svarar nu mer upp till den roll av motkraft till den lagstiftande och den styrande eller förvaltande makten som tillkommer domstolarna i de flesta andra västländer. Den traditionella maktfördelningsläran har ju aldrig fått riktigt fäste i vårt land, mycket beroende på att domstolsväsendet i sekler präglats av vad som har kallats en laglighetsideologi.<sup>3</sup> Trohet mot lagen har varit domarens förnämsta plikt, och det har rått en attitydmässig skarp funktionsfördelning mellan å ena sidan domstolarna och å andra sidan de lagstiftande organen.

För domstolarna har lagen varit det i princip enda rättesnöret, och lojaliteten mot lagstiftaren och även mot lagstiftarens i förarbetena manifesterade vilja har utgjort grunden för rättstillämpningen. Man har uppfattat det som självklart att lagstiftarens vilja skall få genomslag också i rättstillämpningen. I denna ideologiska syn på domstolarnas funktion och ställning har det i stort sett rått samsyn mellan domstolarna och statsmakterna.

Det är dock nödvändigt att här något skilja mellan ideologi och praktik. I praktiken har domstolarna även i Sverige haft ett utrymme för en rättsskapande och rättighetsskyddande verksamhet, men denna verksamhet har till följd av den rådande domarideologin ofta motiverats med att domstolen bara tolkat lagen och lagstiftarens avsikt.

Denna traditionella svenska uppfattning om domarens roll, som alltså baseras på principen att domarens första plikt är att vara lojal mot lagstiftaren, är också en viktig förklaring till att lagprövningsrätten tills nyligen spelat en obetydlig roll i det svenska rättslivet. Ännu i dag innehåller regeringsformen ett uppenbarhetsrekvisit som syftar till att skydda inte bara de lagar som riksdagen beslutar utan som även innebär att domstolarna inte får underkänna författningar som regeringen beslutat, inte ens om domstolen skulle finna att en sådan regeringsförfattning strider mot lag. Det är bara i uppenbara fall som domstolarna får göra det. Så är det formellt. I praktiken är det nog så att man kan skönja en uppluckring i fråga

<sup>3</sup> Se Jääskinen, EG-rättens inverkan på lagstiftningsmetodik och rättstillämpning i Norden (i handlingarna till det 33:e nordiska juristmötet i Köpenhamn 1993, s. 581–583)

om vad domstolarna lägger in i uppenbarhetsrekvisitet. Det är svårt att på annat sätt förklara den kraftiga uppgång under det senaste decenniet av antalet fall där rekvisitet varit föremål för prövning och bedömts vara uppfyllt.

Ett annat uttryck för den hävdvunna svenska principen om domstolarnas lojalitetsplikt mot lagstiftaren är att förarbetena har fått en ställning som är mer betydelsefull än vad som är fallet i andra länder. Många gånger har motivuttalandena fått en helt avgörande betydelse när det gällt att utröna den rätta tolkningen av ett lagbud, särskilt naturligtvis om det är riksdagen som själv uttalat sig eller ställt sig bakom en regeringsskrivning. Även i förhållande till prejudikat av landets högsta rättsinstanser har motiven en stark ställning, betydligt starkare än vad som är fallet i de flesta västländer. Denna ordning har kritiserats, men man bör samtidigt inse att den också har förtjänster och att det går att motivera förarbetenas starka ställning förutsatt att spelreglerna är kända för aktörerna på den rättsliga arenan och att alla är införstådda med att domstolarna tillmäter motiven en så central position i rättslivet.<sup>4</sup>

Ett tredje utflöde av den i Sverige rådande domarideologin baserad på principen om lojalitet mot lagstiftaren är de tolkningsprinciper som har utvecklats, också vid sidan av motivens betydelse. Jag nöjer mig här med att konstatera att den teleologiska tolkningsmetoden bara undantagsvis kommit till användning i rättstillämpningen. I stället har domstolarna begagnat tolkningsmetoder som på olika sätt syftar till att utröna lagstiftarens vilja, ibland t. o. m. ”den hypotetiske lagstiftarens” vilja, vad skulle lagstiftaren ha bestämt om han hade funderat på saken?

Inför det svenska medlemskapet var det många som trodde att de svenska domarna skulle få svårt att anpassa sig till den nya situationen eftersom de var präglade av en i generationer nedärvd lojalitet mot lagstiftaren och lagstiftarens vilja som den kommer till uttryck genom motiven. Vad jag har kunnat finna stämmer detta inte. De svenska domstolarna har överlag inte dragit sig för att tillämpa EG-reglerna framför rent svenska regler.<sup>5</sup> Det tycks inte heller vara så att domstolarna har maskerat sina EG-rättsvänliga domar i termer av lojalitet mot lagstiftaren, t. ex. så att de skriver att lagstiftaren egentligen avsett att lagstifta i enlighet med en EG-regel, utan domstolarna har i förekommande fall öppet redovisat de missgrepp eller försummelser som de ansett att den svenska lagstiftaren gjort sig skyldig till.

Huvuddragen i den nya kravbild för domstolarna som EU-medlemskapet avtecknar är väl kända. Det nya består i första hand av företrädesprincipen, som innebär en skyldighet för domstolarna

<sup>4</sup> Se t. ex. Peczenik, Svenska lagmotiv i Europeisk Union, JT 1994–95, s. 306 ff.

<sup>5</sup> Se Eliasson, Abrahamsson och Mattsson, Community Directives: Effects, Efficiency and Justiciability in Sweden, SvJT 1998, s. 212 ff.

att vid konflikt mellan EU:s normer och den nationella lagstiftningen och nationella motivuttalanden alltid ge EG-rätten företräde, och det även om det skulle innebära att domstolen nödgas åsidosätta svensk grundlag. Detta sagt med den reservationen att en svensk domstol teoretiskt sett kan komma fram till att en av gemenskapens institutioner skapad rättsregel ligger utanför det område som riksdagen har överlåtit kompetens på till EG.<sup>6</sup> Men härutöver finns det en mängd andra principer som domstolarna måste iakttä för att EG-rätten skall få genomslag, och många av dessa känns inte heller hemvana för svenska jurister. Utöver principen om direkt effekt av direktiv i vissa fall finns det andra rättsprinciper som bland annat kan innebära skadeståndsansvar för staten, den teleologiska tolkningsmetoden som innebär en friare hållning till lagtexten kan nämnas liksom subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Många av dessa metoder är sådana som de nationella domstolarna måste använda sig av för att det rättsskydd som individerna åtnjuter enligt både EG-rätten och Europakonventionen skall kunna tillvaratas på ett fullgott sätt. Allt detta skall domstolarna tillämpa med iakttagande av den i EG-fördraget inskrivna lojalitetsprincipen, som konkret innebär att domstolarnas lojalitet mot den nationella lagstiftaren skall vara underordnad skyldigheten av att korrekt genomföra och tillämpa EG-rätten.

När i början av 90-talet den frågan ställdes, om de svenska domstolarna mentalt skulle klara ett så djupgående lojalitetsskifte, så var frågan i princip resultatet av ett grundläggande tankefel. Just därför att de svenska domstolarna är inlärda med att lojalt efterkomma lagstiftarens intentioner — hur tokiga dessa intentioner i enskilda fall kan framstå för enskilda domare — kunde omställningen för domstolarnas del beräknas gå smidigare och bli effektivare här i landet än i många andra länder, där domstolarna är mer vana vid en stor tolkningsfrihet och inte drar sig för att kritiskt granska och ibland underkänna de lagstiftande organens bud och intentioner. När domstolarna tillämpar EG-rätten och i förekommande fall gör det på bekostnad av nationella normer, utför domstolarna i själva verket precis det som riksdagen genom anslutningsslagen har ålagt domstolarna att göra. Man kan alltså säga att en svensk domstol visar lojalitet mot lagstiftaren om den vägrar att tillämpa en svensk lag som den finner vara i strid mot EG-rätten.

För att ta ett konkret exempel: Om en svensk domstol, efter att ha hört EG-domstolen, finner att den svenska lagstiftningen om beskattning av livförsäkringspremier strider mot EG-fördragets principer om friheten att tillhandhålla tjänster och efter detta konstaterande väljer att åsidosätta den svenska lagstiftningen, så är

<sup>6</sup> Se Abrahamsson, Anmälan av Ulf Bernitz, Europarättens grunder, SvJT 1995, s. 360.

detta inte ett utslag av upproriskhet utan av lojalitet mot riksdagen från den svenska domstolen sida. Det är ju riksdagen som har bestämt att Sverige skall vara med i EU och att de svenska domstolarna skall följa de villkor som gäller där.

Går man igenom de svenska fall som finns publicerade i rättsfallssamlingar så bekräftas antagandet att de svenska domstolarna inte alls har varit obenägna att ifrågasätta de svenska reglerna, oavsett om de reglerna har varit beslutade av riksdagen, av regeringen eller på myndighetsnivå. Domstolarna har inte tvekat att ifrågasätta ens sådan lagstiftning som Lagrådet har godkänt utan anmärkning med hänsyn till EG-rätten.<sup>7</sup> I en del fall tycks våra domstolar i sista instans — framför allt Regeringsrätten och Arbetsdomstolen — t. o. m. ha varit så angelägna om att underkänna de svenska reglerna att de låtit bli att inhämta yttrande från EG-domstolen, något som de är skyldiga att göra om inte tolkningen av EG-rätten är absolut entydig. I ett regeringsrättsfall handlade det om en bestämmelse i lagen om offentlig upphandling. Regeringsrätten ansåg där, till mångas förvåning, att det var så klart att bestämmelsen stred mot ett EG-direktiv på området att den svenska bestämmelsen kunde underkännas utan att domstolen behövde höra EG-domstolen.<sup>8</sup>

För underrätterna är det ju som regel frivilligt om man vill konsultera EG-domstolen. Det var vad Kammarrätten i Sundsvall gjorde i Kuusijärvimålet, där kammarrätten ifrågasatte om det var förenligt med EG-rätten att som villkor för utbetalning av föräldrapenning enligt svensk lagstiftning uppställa krav på bosättning i Sverige.<sup>9</sup> Och det är vad tingsrätter och länsrätter har gjort i ett stort antal fall, varav de bland allmänheten mest uppmärksammade säkert är de tidigare nämnda målen beträffande systembolaget respektive de s. k. monstertjurarna.

Just Regeringsrätten tycks ha varit särskilt mån om att låta EG-rätten få effekt på bekostnad av svenska regler. Det kanske mest tydliga exemplet är det s. k. Lassagårdsmålet.<sup>10</sup> Där var det så att det i jordbruksförordningen fanns ett fullföljdsförbud som var tillämpligt i den aktuella situationen. Sökanden hade alltså enligt svenska regler inte rätt att överklaga målet till Regeringsrätten. Men Regeringsrätten hänvisade till de allmänna rättsprinciper som finns i EG-rätten och kom fram till att klaganden *borde* ha talerätt. Vad gjorde Regeringsrätten då? Det fanns ingen skriven EG-regel som kunde ges direkt effekt. Och den svenska regleringen var så klar och tydlig att det inte fanns någon möjlighet att ändra dess innebörd genom fördragsvänlig tolkning. Regeringsrätten hänvi-

<sup>7</sup> Jfr Nergelius, Grundlagsmodeller och maktdelning, SOU 1999:76, s. 124.

<sup>8</sup> RÅ 1996, ref. 50.

<sup>9</sup> Se SvJT 1998, s. 683 f.

<sup>10</sup> RÅ 1997, ref. 65.



sade inte heller till möjligheten att begära skadestånd av svenska staten för att staten inte på ett korrekt sätt hade genomfört EG-rätten. I stället förklarade Regeringsrätten att vad som gällde om fullföljd i jordbruksförordningen i en viss annan situation skulle ha tillämpning också på den aktuella situationen.

Regeringsrätten ägnade sig alltså här åt en i egentlig mening rättsskapande verksamhet, den agerade som lagstiftare och ersatte en svensk bestämmelse av otvetydigt innehåll med en fiktiv regel av motsatt innehåll, och detta — men här finns utrymme för olika uppfattningar<sup>11</sup> — utan att EG-rätten ställde några krav på Regeringsrätten att göra på det här sättet. I sak var det ingen tvekan om att den svenska regeln om fullföljdsförbud var oförenlig med EG-rätten, och felet har numera rättats till, men det intressanta är hur oförhindrad Regeringsrätten ansåg sig vara att kunna bortse från den gällande regleringen och ersätta den med en annan som man själv skapade för ändamålet.

En förklaring till Regeringsrättens och de administrativa domstolarnas oförskräckthet när det gäller att åsidosätta nationella regler till förmån för EG-rätten skulle kunna vara att ordningen med rättsprövning av förvaltningsbeslut nu har funnits i mer än tio år. Det är ju alldeles klart att rättsprövningslagen, trots att den inte har till syfte att tillskapa en judiciell kontroll i konstitutionell bemärkelse, har försett kammarrätterna och Regeringsrätten med mer muskler och givit dem en maktfunktion i samhället som var okänd bara för några decennier sedan. Även om det naturligtvis är fråga om en tilldelad makt, som riksdagen i princip kan återta när som helst (dock svårigen utan att samtidigt omvärdera anslutningen till Europakonventionen), så är maktfunktionen verklig, och den har utövats och manifesterats för allt folket, tydligast i Norra Länkenmålet<sup>12</sup> och genom det interimistiska beslut<sup>13</sup> och den sedermera uppskjutna verkställighetstiden<sup>14</sup> som gör att kärnkraftverken i Barsebäck fortfarande körs för fullt trots

<sup>11</sup> I målet gjordes gällande bland annat att EG-domstolens avgörande i *Factortame*, REG 1990, s. I-2433, medför att ett nationellt fullföljdsförbud inte får tillämpas om en sökande i så fall blir beskuren sina rättigheter enligt EG-rätten. I *Factortame* förklarade EG-domstolen att en nationell domstol är skyldig att tillgripa interimistiska åtgärder om det behövs för att tillvarata en enskilds rätt, även om den nationella rättsordningen inte tillåter sådana åtgärder. Överfört till *Lassagårdsmålet* innebär *Factortame* att Regeringsrätten var tvungen att bortse från det i jordbruksförordningen intagna fullföljdsförbudet. Regeringsrätten kunde ha stannat här och konstaterat att det till följd av EG-domstolens praxis visserligen inte fanns något fullföljdsförbud som får beaktas men att det å andra sidan inte heller fanns någon av den nationella lagstiftaren given anvisning om när, var och hur rätten till överklagande skall utövas. När Regeringsrätten på egen hand bestämde rörande modaliteterna kring överklagandet gick den därför enligt min mening ett steg längre än vad den varit nödgad till enligt domen i *Factortame*.

<sup>12</sup> RÅ 1997, ref. 18.

<sup>13</sup> RÅ 1998, not. 93.

<sup>14</sup> Mål nr 1424-1998 m. fl., dom den 16 juni 1999.

att regeringen för länge sedan har beslutat att driften skall upphöra.

Efterhand som medvetenheten ökar både i domstolarna och i deras omgivning om att domstolarna inom rättsprövningslagens ram kan åstadkomma så stora saker, så framstår det också som allt mindre anmärkningsvärt att domstolarna kan och skall åsidosätta svenska regler som är i strid mot EG-rätten och Europakonventionen. När det gäller Europakonventionen är det rimligt att anta att de fällningar som Sverige råkat ut för i Europadomstolen i någon mån kan ha bidragit till att minska respekten för den svenska lagstiftningen när det gäller medborgarnas rättigheter.

På de centrala och ändå vidsträckta områden som omfattas av EG-rätten, Europakonventionen och rättsprövningslagen kan man gott säga att en skifte i synsätt har ägt rum under 90-talet. Beslut av riksdag, regering och myndigheterna på dessa områden inte bara kan utan skall ifrågasättas av domstolarna. Det är inte domstolarna själva utan beslut av riksdagen som har lagt grunden för detta nya synsätt, men när skiftet nu är ett faktum och också på allvar har sjunkit in i medvetandet tror jag det är oundvikligt att domstolarna på lite längre sikt kommer att inta en mer ifrågasättande attityd också i förhållande till den allt mer krympande andel av lagstiftningen där riksdag och regering i princip kan utfärda regler utan hänsyn till EG-rätten och Europakonventionen. Man jag tror inte att det går att påvisa att en sådan influens redan har kommit till stånd.

Till den ifrågasättande attityden bidrar också en påverkan genom EG-domstolens tolkningsmetoder. EG-domstolen bryr sig inte stort om förarbeten, främst av den enkla anledningen att det normalt sett inte finns mycket till förarbeten till EG:s lagstiftning. De deklARATIONER som ibland i stor mängd fogas till direktiven fäster sig EG-domstolen inte vid annat än i mycket speciella fall. EG-reglernas ordalydelse och lagstiftarens specifika avsikt spelar naturligtvis en viss roll, men domstolen känner sig aldrig helt bunden av detta. Det specifika med EG-domstolens tolkningsmetod är i stället att domstolen alltid sätter in den aktuella regeln i ett större sammanhang, så att tolkningen blir förenlig med fördragets och alla de övriga reglernas syften. Man märker också att domstolen gärna vill tolka ett stadgande så att det blir så meningsfullt och nyttigt som möjligt i förhållande till sitt ändamål. Domstolen drar sig ingalunda för att komplettera och fylla ut luckor i den skrivna rätten och skapar på det sättet ny rätt. Vad som ytterst gör att EG-domstolen har möjlighet att spela en så aktivt rättsskapande roll är naturligtvis att medlemsstaterna nästan alltid i efterhand accepterar de domar som blir resultatet av denna rättsskapande verksamhet.

Det var just en sådan helhetsbaserad och ändamålssökande tolkningsmetod som Regeringsrätten använde sig av i fallet Lassa-

gård. Ju mer denna tolkningsmetod vinner insteg i det svenska rättsväsendet desto mindre betydelse får förarbetena, domarnas tolkningsfrihet ökar om än begränsad av prejudikaten, som i gengäld får större betydelse. När processen gått tillräckligt långt, men där är vi inte ännu, kan man anta att förarbetena kommer att bli kortare och ibland kanske helt uraktlåtas. Men framförallt — och den effekten har redan inträtt — kommer förarbetena att ändra karaktär. Det blir mer av förklaringar till varför man valt den ena eller den andra genomförandemetoden och mindre av myndiga uttalanden om hur domstolarna skall uppfatta lagen. Men det finns egentligen ingen anledning för regeringen att i propositioner avstå från att redovisa hur man tror att lagen bör uppfattas.<sup>15</sup> Inom landet är det ändå regeringen, som varit med om förhandlingsarbetet och som har god erfarenhet av EG-domstolens dömande verksamhet, som i princip är bäst skickad att göra prognoser om vad en EG-rättsbaserad lagstiftning egentligen betyder. Men samma auktoritet som vi är vana vid kan motiven inte göra anspråk på. Och en väsentlig skillnad är att man inte längre i motiven kan ge vägledande konkreta exempel på hur sådan lagstiftning skall tillämpas. Personuppgiftslagen är ett fullgott exempel på detta.

När riksdagen genom rättsprövningslagen, EU-medlemskapet och inkorporeringen av Europakonventionen överlät, eller delegerade om man så vill, nya beslutsbefogenheter till domstolarna så var det alltså inte bara fråga om en kvantitativ, områdesmässigt bestämd överlåtelse. Utan genom den inneboende betydelsen av domstolarnas nya funktioner och influenserna från andra tolkningsmetoder där förarbetena har mycket mindre betydelse, så följde på köpet med en annan effekt, nämligen den att domstolarna gavs en friare hållning än de haft förut i förhållande till lagstiftningen. Härigenom har domstolarnas makt ökat på lagstiftarens bekostnad i högre grad än vad statsmakterna förmodligen insåg när de här frågorna först blev aktuella.

Det vore likväl fel att säga att domstolarna har *tagit* sig mera makt på riksdagens och regeringens bekostnad. I princip gick det att förutse att det var just den här utvecklingen som man kunde vänta sig som en konsekvens av EU-medlemskapet och de andra riksdagsbeslut som här diskuteras. Med en viss tillspetsning kan man alltså hävda att riksdagen själv har åstadkommit att domstolarna inte längre bryr sig lika mycket om vad det står i utskottsbetänkandena.

Vad kan då riksdagen och regeringen göra åt detta? Man kan knappast vrida klockan tillbaka. Men man kan naturligtvis skriva lagarna på sådant sätt att de ger mindre utrymme åt domarens egen bedömning. Alltså mer detaljreglering och mindre regler av

<sup>15</sup> Jfr proposition 1994/95:19, Del 1, s. 528 f.

innebörd att besluten skall fattas ”med hänsyn till vad som är skäligt” eller liknande. En sådan utveckling har i och för sig ägt rum beträffande normgivningen på myndighetsnivå.<sup>16</sup> Men metoden fungerar inte som styrningsinstrument på de EG-rättsrelaterade områdena. Och en normgivning som tenderar mot överreglering är inte problemfri på andra områden heller.

Om den nu beskrivna utvecklingen låter dramatisk skall man komma ihåg att den inte sker linjärt och inte går lika fort i alla delar av domstolsväsendet. Inte ens i de länder som har varit med betydligt längre i EU-samarbetet är denna omställning av domstolsväsendet fullbordad. Individuella skillnader i hur domarna uppfattar förändringen och sin roll i systemet spelar naturligtvis också en roll. Men om man skall peka på en tendens så består den i att de administrativa domstolarna ligger i framkanten av utvecklingen, att det finns stora variationer i tingsrätternas och hovrätternas attityder och att Högsta domstolen hittills inte visat sig alltför benägen att låta sin dömande verksamhet kompliceras av EG-rätten.

Det kan finnas goda skäl till att Högsta domstolen varit återhållsam med att åberopa EG-rätten. En anledning kan vara att EG-rättsliga frågeställningar sannolikt är mer frekventa i förvaltnings- och specialdomstolarna än i de allmänna domstolarna.<sup>17</sup>

Faktum kvarstår emellertid att Högsta domstolen har begärt förhandsavgörande i ett enda fall och att det från många håll gjorts gällande att Högsta domstolen på ett mindre lyckosamt sätt hanterade det svar den fick. I det målet, det s. k. Data Delectafallet,<sup>18</sup> gällde frågan en svensk processrättslig regel som föreskrev skyldighet för utländska kärande att ställa säkerhet för rättegångskostnader. Medlemsstaternas processrätt är inte generellt föremål för harmonisering, men Högsta domstolen ansåg i varje fall att den borde fråga EG-domstolen om det fanns något hinder med tanke på icke-diskrimineringsprincipen att tillämpa den svenska regeln, mot bakgrund av att en svensk kärande inte hade behövt ställa säkerhet i motsvarande situation. EG-domstolen underkände den svenska regeln och förklarade att icke-diskrimineringsprincipen är tillämplig så snart ett yrkande i ett nationellt mål har beröring med utövandet av någon av de friheter som garanteras i EG-fördraget, i det här fallet friheten att tillhandahålla varor. EG-domstolen gjorde alltså en tydlig markering att den nationella processrätten ingalunda är befriad från inflytande från EG-rätten, och det är för övrigt något som EG-domstolen har återkommit till flera gånger under de senaste åren.

<sup>16</sup> Se Sterzel, *Författning i utveckling*, 1998, s. 88 ff.

<sup>17</sup> Se Abrahamsson, *Domstolsväsendets anpassning till EES och EG*, SvJT 1993, s. 810 f.

<sup>18</sup> REG 1996, s. I-4661. NJA 1996 s. 668.

När så Högsta domstolen fick EG-domstolens förhandsbesked så fann Högsta domstolen att svaret inte var användbart. Anledningen var enligt Högsta domstolen att de varor för vilka betalning yrkades i målet hade levererats i tiden innan Sverige blev medlem i EU. Så kåranden fick trots allt lov att lägga upp 200.000 kr som säkerhet. Nu slumpade det sig så att EG-domstolen strax därefter dömde i ett österrikiskt mål och där gav ett tolkningsbesked som direkt gick emot Högsta domstolens uppfattning.<sup>19</sup> EG-domstolen sade nämligen där att icke-diskrimineringsprincipen är direkt tillämplig och bindande för de nya medlemsstaterna från dagen för anslutningen, ”så att den skall tillämpas på de framtida verkningarna av situationer som uppstått före anslutningen”.

Sammanfattningsvis kan sägas att EU-medlemskapet i kombination med inkorporeringen av Europakonventionen och införandet av rättsprövningslagen har stärkt domstolarnas position och status i samhället och gjort dem till mer synliga motkrafter än tidigare till riksdag och regering. Detta har skett dels på ett formaliserat sätt genom att domstolarna har fått ökade lagliga befogenheter, dels på ett mera subtilt sätt genom att domstolarna som en följd av dessa ökade befogenhet tillägnat sig tolkningsmetoder som bland annat innebär att de fäster mindre avseende vid förarbetena. När domstolarna får mera makt vilar också på dem ett större ansvar än tidigare. Särskilt tydligt är det att domstolarna har tagit över en del av statsmakternas ansvar när det gäller att garantera medborgarna deras rättigheter.

Det kan ligga nära till hands att säga att Sverige nu, 250 år efter Montesquieu, anammat en maktfördelning av traditionellt snitt, där den dömande makten är en fullvärdig motpart till den lagstiftande och den förvaltande makten. Men den ideologiska och även den legala grunden för denna förändring är ännu svag. Förändringen återspeglas inte i grundlagen, uppenbarhetsrekvisitet är kvar och Europakonventionen är visserligen inkorporerad men har inte grundlags status. Riksdagen kan, som den suveräna statsmakt den fortfarande är, i princip när som helst och utan grundlagsändring återställa ordningen om man finner att domstolarnas inflytande blir alltför stort. Det kommer dock att bli allt svårare att göra detta ju mer etablerad den nya ordningen blir. Och det blir definitivt svårt att återgå till det gamla när attityder och tänkesätt både i och utanför domstolarna har hunnit anpassa sig till ett tillstånd där det svenska rättssystemet på ett självklart sätt ingår som en integrerad del av en större europeisk rättsordning. Denna utveckling har gått ganska snabbt och utan nämnvärt motstånd från domstolarnas sida, men den är ännu långtifrån fullbordad.

<sup>19</sup> Saldanha. Se SvJT 1997, s. 349 f.