

Ola Zetterquist

1. Kort inledning och syftet med artikeln¹

DENNA ARTIKEL ÄR inriktad på frågan om vilken roll rättsregler och internationella domstolar har i den nya internationella rättsordning som har uppstått efter andra världskriget, särskilt i Europa. Världen har under denna tidsperiod sett en betydande utveckling både vad avser den internationella rättsbildningen, som ofta antagit karaktären av internationell lagstiftning, och internationella institutioner. Den internationella rättsliga regleringen har påfallande ofta avsett de enskilda individernas moraliska rättigheter och saknar i denna bemärkelse några egentliga historiska förebilder. Samtidigt är det tydligt att flera av de nya internationella organisationerna, åtminstone skenbart, inte liknar traditionella organisationer för mellanstatligt samarbete mellan suveräna stater. Tvärtom har några av dessa organisationer försetts med lagstiftande, verkställande och dömande befogenheter som på många sätt liknar en stats.

Framväxten av en ny internationell rättsordning och internationella institutioner som direkt påverkar individer i flera olika stater har väckt frågan om denna utveckling är förenlig med ett demokratiskt styre och i vilken omfattning demokrati kan och bör utövas inom dessa nya organisationer. Enkelt uttryckt är frågan om en önskan att i rättsliga former reglera olika samhällsliga angelägenheter på den internationella nivån är förenlig med önskan att behålla den slutliga bestämmanderätten över vad som är lagen i det enskilda landet. Frågan kan omformuleras till att gälla om det kan existera en demokrati utan en stat eller om staten tvärtom är en nödvändig och oundgänglig institutionell mekanism för demokratin. Liknande frågor har även ställts om den internationella rättens karaktär och rollen för de internationella domstolarna. Några av dessa domstolar, särskilt de europeiska gemenskapernas domstol (EG-domstolen) och Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna, utövar en ansenlig makt som kan komma i direkt konflikt med lagstiftning

som antagits i demokratisk ordning av parlamentariska organ i de deltagande staterna. Är denna utveckling ett hot mot demokratin, en utveckling mot ett oansvarigt domarväld (*gouvernement des juges*) som nu till och med är bortom räckhåll för annars suveräna lagstiftare, eller skall utvecklingen tvärtom välkomnas som en förstärkning av rättssäkerheten (*rule of law*)² och de enskilda individernas autonomi? Dessa frågor illustreras kanske bäst av den pågående diskussionen om globalisering (i ordets vida bemärkelse), som ibland påstås hota statens nationella identitet, och om det demokratiska underskottet i den Europeiska Unionen (EU).

Artikeln kommer att behandla dessa frågor från ett normativt perspektiv och fokus kommer att ligga på utvecklingen i EU. Syftet är att klarlägga vilken innebörd av demokratibegreppet som är förenlig med den nya internationella rättsordningen och med de nya internationella institutionerna, samt att närmare granska rollen för internationella domstolar, som EG-domstolen och Europadomstolen för mänskliga rättigheter. Frågan är om dessa domstolar utgör en del av lösningen eller en del av problemet med den överstatliga demokratin. Svaret på denna fråga beror till stor del på vilken demokratiuppfattning som förespråkas och, särskilt viktigt, vilken roll staten spelar i en sådan uppfattning. Å ena sidan kan staten huvudsakligen ses som en mekanism för politisk viljeformulering. Å andra sidan kan den framförallt ses som en mekanism för att säkerställa enskilda individers moraliska rättigheter och autonomi. Uppmärksamhet kommer att ägnas åt båda dessa modeller, särskilt vad avser deras konsekvenser för synen på överstatlig demokrati och rätt.

På grund av det begränsade utrymmet kommer frågorna behandlas kortfattat och övergripande vilket naturligtvis kan framstå som något förenklat. Jag är medveten om denna risk men en mer ingående analys av de mångtaliga och viktiga frågorna om överstatlig demokrati och rätt får anstå till ett annat tillfälle.

2. En historisk ögonblicksbild av världen efter andra världskriget – en värld ödelagd av suveränitet

VID SLUTET AV andra världskriget befann sig stora delar av värl-

den i formlig ödeläggelse. På få andra platser var detta lika påtagligt som i Europa där de döda räknades i miljoner och där en god del av kontinenten bokstavligen låg i ruiner. Världen hade inom mindre än 30 år vid två tillfällen utkämpat det krig som för alltid skulle göra slut på kriget. Frågan som ställdes var naturligen hur nya konflikter av denna storlek skulle kunna undvikas i framtiden.

På många sätt var slutsatserna efter det andra världskriget diametralt motsatta till dem som hade dragits efter det första världskriget. Efter det första kriget hade den statliga suveräniteten i högsta grad framstått som en del av lösningen på problemet. Detta var särskilt tydligt ifråga om uppdelningen av de stora europeiska imperierna i ett större antal mindre suveräna stater. Stater försökte även, på ett helt nytt sätt än tidigare, skydda sin suveränitet genom att resa barriärer (såväl ekonomiska som mer handgripliga) gentemot sina grannar.

Efter andra världskriget slut stod det emellertid klart att den statliga suveräniteten faktiskt hade utgjort en väsentlig del av problemet och därmed efterfrågades en ny institutionell och rättslig internationell ordning som inte skulle ta sin utgångspunkt i den strikta statliga suveräniteten. En rad organisationer gav uttryck för denna nya approach. Som några exempel kan nämnas Förenta Nationerna, NATO, GATT, OECD, Europarådet och den Europeiska Kol- och Stålgemenskapen som skulle bli föregångaren till dagens EU. Många av dessa organisationer reflekterade även en annan viktig slutsats efter det andra världskriget. Efter 1945 var demokrati i princip det enda moraliskt acceptabla styrelseskicket. De stater som styrdes totalitärt, till exempel Sovjetunionen och hennes satelliter, lade ofta ner stor energi på att hävda att deras styrelsesätt utgjorde en »sannare» form av demokrati än den västliga och de underlät sällan att anta långa och omfattande officiella rättighetskataloger (om än av tveksamt praktiskt värde) för sina medborgare.

Samtidigt såg världen en dramatisk ökning av skyddet av grundläggande mänskliga rättigheter såväl på det internationella planet (t. ex. FN:s generalförsamlings deklARATION om de mänskliga rättigheterna) som i den inomstatliga rätten där flertalet stater efter an-

dra världskriget införde eller förstärkte det konstitutionella skyddet av individens grundläggande rättigheter. En slående illustration av de mänskliga rättigheternas renässans, och den därtill kopplade föreställningen om en minskad statssuveränitet, gavs direkt efter andra världskrigets slut då det nazityska ledarskapet åtalades vid Nürnberggrättegången för »brott mot mänskligheten», ett begrepp som varit praktiskt taget okänt före andra världskriget. Ett annat framsteg, utan historiska motstycken, på området för skyddet av mänskliga rättigheter var tillkomsten av Europarådets konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) som för första gången i historien gav en individ möjligheten att föra talan mot en suverän stat om påstådda kränkningar av de mänskliga rättigheterna. Europakonventionen är visserligen en internationell traktat och artikeln som tillåter individuell klagorätt inför domstolen är frivillig men föreställningen att de mänskliga rättigheterna inte står till den suveräna statens, inte ens den demokratiska statens, förfogande kan rimligen sägas vara en tydlig konsekvens av det andra världskrigets erfarenheter.

Med denna kortfattade och skissartade ögonblicksbild (som är allt annat än fullständig) vill jag framhålla en grundläggande omständighet som annars kan gå förlorad i detaljerna: föreställningen om den statliga suveräniteten genomgick, åtminstone i västvärlden, en dramatisk förändring efter kriget och en av de viktigaste orsakerna till denna förändring var en förändrad syn på det individuella rättighetsskyddet. Demokrati, som hade en lång och problematisk historia som styrelseform, framstod som det moraliskt överlägsna styrelsesättet efter det senaste världskriget slut och än mer efter det kalla krigets slut (jfr Bobbit) och utgör idag paradig för såväl politisk som rättslig argumentation. På motsvarande sätt har suveränitetsbegreppet kommit att bli något av den sista och sämsta ursäkten i både juridik och politik. De internationella institutionerna och rättsinstrumenten utgör till stor del en återspeglning av de grundläggande demokratiska värderingarna men återspeglar också gamla och välkända spänningsförhållanden i demokratisk teori.

3. Stat, rätt och demokrati – EU:s utmaning

STATEN HAR I princip sedan den Westfaliska freden 1648 varit den givna referenspunkten i såväl politik som juridik. Rätten har varit statlig rätt eller rätt mellan stater (den internationella rätten) och politiken har likaledes, med få undantag, definierats av statsgränser. Något förenklat kan det sägas att den viktiga poängen är att staten i högsta grad står i centrum för såväl rättslig som politisk teori – staten utgör vår mer eller mindre medvetna referenspunkt i dessa frågor. En av de mer betydelsefulla förändringarna efter andra världskrigets slut var emellertid just en förändrad syn på rätten, internationella institutioner och individens rättigheter. Dessa förändringar innebar med nödvändighet en ny position för staten i internationell rätt och politik, en position där internationella domstolar gavs kompetens att pröva lagligheten av suveräna staters handlande.

Den centrala frågan gäller vilka roller som rätten (och följaktligen domstolar) och demokrati skall ha i en överstatlig organisation – inte i en ny europeisk (eller kanske till och med en global) stat. Förespråkandet av en omorganisation av de befintliga staterna är i grund och botten enbart frågan om att överföra demokrati och suveränitet till en ny territoriell organisation. I ett sådant fall skulle det inte heller vara någon skillnad på en internationell och en nationell domstol. Frågan är istället om vi kan skilja på föreställningarna om stat, demokrati och *rule of law* eller om de är oskiljaktigt förbundna med varandra.

Ingenstans är denna fråga tydligare än i EU där en genomgripande transformation från ett Europa av stater till en legal och politisk gemenskap upprättad genom rättsliga regler och styrd av överstatliga institutioner ägde rum under årtiondena efter andra världskriget.³ Samtidigt står det dock klart att EU inte är någon stat. Det har därför sannolikt aldrig funnits ett bättre exempel än EU för att studera möjligheterna och baksidorna med överstatlig demokrati och rätt.

Detta är inte platsen för att ge en detaljerad redogörelse för EU:s ursprung och institutionella struktur. Den viktiga poängen att fo-

kusera på är att EU är försedd med lagstiftande, verkställande och dömande befogenheter och att den, åtminstone *prima facie*, utövar sina befogenheter inte bara över stater utan även över enskilda individer i en omfattning som är jämförbar med en stat. Skyddet av de europeiska individernas rättigheter har varit ett framträdande drag genom hela EG:s historia och det främsta argumentet som EG-domstolen använde för att förklara EG:s konstitutionella karaktär. Till exempel motiverades EG-rättens direkta effekt, som lades fast i det klassiska fallet *van Gend en Loos* (26/62), just med hänvisning till att EG-rätten gav upphov till rättigheter för enskilda. Verksamheten i EU:s institutioner har resulterat i ett mycket omfattande politiskt och rättsligt ramverk som tveklöst, åtminstone i legal bemärkelse, begränsar medlemsstaternas suveränitet (i bemärkelsen förmåga att handla helt och hållet efter eget gottfinnande). Det är därför ingen slump att just EU har anklagats för att hota demokratin i medlemsstaterna.

EU har setts både som en källa för individernas rättigheter och för politiskt beslutsfattande utan att samtidigt vara en stat. Frågan är därmed om EU innebär att vi har förflyttat oss, med professor Neil MacCormicks terminologi, »bortom den suveräna staten» och att vi nu befinner oss i ett nytt politiskt landskap som baseras på *the rule of law* även i den annars lätt kaotiska internationella sfären (MacCormick, s. 123–136) eller om den suveräna staten fortfarande är vid god vigör och blott avvaktar det rätta tillfället att förklara att ryktena om dess bortgång är starkt överdrivna och att EU (som inte är en stat) i sig självt inte är något annat än vad Hobbes i det klassiska verket *Leviathan* kallade »a Kingdom of fairies». ⁴

4. Vilket slags demokrati, vilket slags stat?

DEN FÖRSTA FRÅGAN som måste besvaras är vilket förhållande som råder mellan de olika demokratiuppfattningarna å ena sidan och staten å den andra. Demokratibegreppet är mångfacetterat och frågan kan knappast besvaras entydigt. Det kan visserligen sägas råda enighet om en formell definition av demokrati som folkstyre i bemärkelsen att medborgarna väljer representanter som utövar den

styrande makten (eller i sällsynta fall att medborgarna själva utövar den styrande makten direkt genom omröstning) och att dessa representanter med jämna mellanrum måste underkasta sig nya val.

Vad gäller *syftet* med demokratin är bilden mer oklar. För att summera en komplex fråga kan det sägas att det finns två huvudsakliga alternativ som står mot varandra. För det första kan demokrati ses som politisk viljeformulering och verkställighet av det suveräna folkets vilja. Denna uppfattning av demokratin kan benämnas »folksuveränitet». För det andra kan demokrati förstås som det mest effektiva sättet att säkerställa individernas moraliska rättigheter gentemot förtryck från en despot eller en minoritet eftersom de styrandes makt i demokratin är beroende av majoritetens samtycke till styret. Denna demokratiuppfattning kan benämnas »konstitutionalism». Demokrati är i och för sig inget idiotsäkert skydd mot förtryck eftersom även en majoritet kan stå för sådant men det är tveklöst det enklaste och mest effektiva. Om detta skydd genom valprocessen förenas med jämlikhetsprincipen och upprätthålls av självständiga domstolar kan man uppnå ett så gott rättighetsskydd som rimligen kan begäras (jfr Ely). Genom att kräva att lagstiftaren »universaliserar» sina beslut säkerställs att ingen minoritet kan urskiljas för gynnande eller missgynnande utom när dessa beslut kan grundas (rationellt) på principen om det gemensamma goda (Allan, s. 121ff).

Det kan i och för sig hävdas att både kollektivt beslutsfattande och rättighetsskydd är viktiga i det moderna västerländska samhället men det är tydligt att det finns en grundläggande spänning mellan, å ena sidan, föreställningen att det finns ett suveränt folk som styr utan att vara begränsad av någon utomstående makt och, å andra sidan, föreställningen att det finns saker som inte ens ett i övrigt suveränt folk får göra med en minoritet.⁵

Dessa två skilda demokratiuppfattningar korresponderar även mot två olika uppfattningar om makt. I enlighet med folksuveränitetens tanke är makt någonting i grunden gott eftersom det ger folket möjlighet att uppnå de i politiken uppställda målen. Enligt konstitutionalismen är makt något potentiellt farligt eftersom den

kan missbrukas. Den viktiga poängen på denna punkt är att de två grundläggande demokratiuppfattningarna har tydliga institutionella implikationer. Den institutionella utformningen (av staten eller av något annat politiskt samhälle) kommer att variera beroende på vilken uppfattning som väljs. Enligt den förstnämnda uppfattningen är staten den institutionella mekanismen för formulerande och verkställande av det suveräna folkets vilja. Staten utgör den artificiella personifieringen av folket som förenar dem alla (majoritet och minoritet tillsammans) till en koherent enhet. Eftersom endast staten kan ge (odiskutabel) effekt åt det suveräna folkets vilja är staten, i sista hand, oundgänglig för demokratin. Enligt den sistnämnda uppfattningen skall staten förstås som en skyddsmekanism för individernas rättigheter och är i denna bemärkelse sekundär i förhållande till dessa. Staten har inget syfte i sig själv utan är för sin legitimitet kontinuerligt beroende av att den skyddar individernas moraliska rättigheter. Enligt en sådan uppfattning är det inte otänkbart att det skulle kunna existera andra institutionella normativa ordningar (utöver staten) för skyddet av individens rättigheter (jfr MacCormick).

5. Överstatlig demokrati och rule of law?

SYNEN PÅ INTERNATIONELLA organisationer är nära knutet till frågan om staten bör ses som en mekanism för politisk viljeformulering eller ytterst som en skyddsmekanism för individernas moraliska rättigheter. Om man skall vara trogen folksuveränitetens grundsatser är det tydligt att en överstatlig demokrati är behäftad med allvarliga problem. Eftersom staten är instrumentet för demokratin och det suveräna folkets vilja kan, ytterst, endast staten legitimeras politisk makt. Varje försök av en överstatlig organisation att utöva politisk makt, i bemärkelsen suveränitet, över det suveräna folket skulle i grund och botten vara att jämställa med usurpation.

En överstatlig organisation (som EU) har fortfarande ett godtagbart syfte enligt folksuveränitetstanken eftersom det suveräna folket kan erhålla fördelar (som till exempel högre tillväxt, högre sysselsättning, effektivare miljöregleringar och så vidare) och, till-

sammans med andra suveräna folk, artikulera politisk vilja på en skala som dessa inte kan göra var för sig. Det sägs ibland att deltagande i sådana överstatliga organisationer innebär att staten ger upp en del av sin suveränitet för att kunna utöva denna tillsammans med andra stater,⁶ vilket till och med skulle kunna leda till en »större suveränitet». Ett sådant argument framstår dock som oklart. Suveränitet innebär per definition den yttersta makten utan begränsningar av någon annan makt och därför är en stat antingen suverän eller inte (Malcolm, s. 342–367). Vad som rätteligen borde benämnas (med den engelska termen) *pooling of sovereignty*, varigenom suveräner samordnar sitt handlande skall därför inte förväxlas med någon inte närmare definierad »större suveränitet» (det vill säga högre och mer obegränsad makt än högsta och obegränsad makt).

För att uppnå dessa mål kan staten delegera makt till vissa internationella institutioner med befogenheter som kan likna de som en suverän stat har. Den viktiga poängen är emellertid att dessa institutioner bara kan »låna» sina befogenheter från de suveräna staterna. Normerna som härrör från dessa institutioner betraktas som giltiga eftersom statens institutioner antingen har antagit dem eller förklarat att de kommer att anta dem som om de vore statens egna. Detta innebär också att staten kvarhåller en underförstådd vetorätt gentemot de internationella institutionerna – den politiska och den rättsliga ordningens *terminus ultimus* kvarblir hos det suveräna folk som kontrollerar staten (jfr Hobbes, s. 187, § 18). I sista hand har folket en ensidig rätt att åsidosätta de rättsregler som kommer i konflikt med de fundamentala värden som det suveräna folket har identifierat i den egna rättsordningen. Det enda som egentligen skulle kunna ändra detta *terminus ultimus* i Europa vore skapandet av en ny europeisk stat som kontrolleras av ett europeiskt folk. Intill dess att en sådan förändring sker skall de internationella institutionernas roll förstås som supplementära (rådgivande) och verkställande snarare än som konstitutionella (på sätt som till exempel har hävdats av den tyska författningsdomstolen i *Brunner* fallet, se 2 BvR 2134/92 & 2159/92, *Brunner v. European Union Treaty*, åter-

givet och översatt i Common Market Law Reports [1994] 1, s. 86, § 40).

Demokrati förstått som folksuveränitet medför att det är av yttersta vikt att verksamheten i de internationella institutionerna håller sig inom de gränser som dragits upp av de suveräna staterna och att de enbart genomför vad staterna faktiskt har avsett med organisationen ifråga. I den mån en internationell domstol (eller annat internationellt organ för den delen) frångår dessa avsikter är den i högsta grad en del av problemet eftersom den då faktiskt påtvingar det suveräna folket sin vilja och därmed ifrågasätter maktens *terminus ultimus*. Det är främst i denna bemärkelse som problemet med globalisering som ett hot mot den »nationella identiteten» skall förstås, det vill säga som ett hot mot folkets suveränitet uttryckt genom deras stat.

Om staten däremot primärt legitimeras som en skyddsmekanism för individens rättigheter, även gentemot andra individer som råkar kalla sig för »majoriteten», är det mindre självklart att staten har en särställning som organisationsform. Det kan tvärtom sägas att staten representerar den potentiellt farligaste maktkoncentrationen och att det är önskvärt med institutionella mekanismer som kan förhindra missbruk av denna makt. Som tidigare har nämnts återspeglade framväxten av de nya internationella institutionerna efter andra världskrigets slut just en mistro mot okontrollerad statsmakt. Sett mot denna bakgrund är det i högsta grad ändamålsenligt att införliva stater i en post-suverän konstitutionell struktur där rättsordningen transcenderar den gamla staten och inbegriper de enskilda individerna som direkta subjekt (i enlighet med vad MacCormick benämner *institutional normative order*, MacCormick, s. 1–16). Fördelarna med en sådan ordning gör sig gällande både på det politiska och på det rättsliga området. Genom politiskt beslutsfattande i organ som transcenderar staterna kan en mer universalistisk nivå nås, det vill säga att i en internationell organisation kan beslut inte lika lätt baseras på historiska traditioner eller etablerade sedvänjor som i en stat. På det rättsliga området innebär inrättandet av en internationell domstol med uppdraget att säkerställa de

överstatliga rättsreglernas upprätthållande en mer effektiv kontroll av politiskt handlande. För att knyta an till Madisons klassiska argument för den federala principen kan det sägas att överstatliga rättsregler och domstolar innebär en »dubbel säkerhet» (*double security*) för folkets rättigheter (Madison, s. 267). På detta sätt kan EU sägas utgöra en renässans av vissa av upplysningens (eller rent av antikens) viktiga politiska ideal om en politisk gemenskap som baseras på universella individuella rättigheter snarare än historisk gemenskap (Weiler, 1999, s. 252–256).

6. Demokrati i EU?

OM DEMOKRATI SKALL uppnås på EU-nivå kan den, med nödvändighet, inte fungera identiskt med demokratin inom en stat (så länge EU inte är en stat) men den kan inte heller vara helt utan samband med konceptet som det är känt i traditionell (statlig) konstitutionell rätt. Spänningen mellan beslutsfattande och dömande verksamhet i EU och medlemsstaterna har vid det här laget en ganska lång historia och farhågan har gjorts gällande att utövandet av makt inom EU:s institutioner, som i bästa fall är imperfekt demokratiska från ett ortodoxt perspektiv, kan erodera de nationella parlamentens makt och samhälleliga betydelse. Det är detta förhållande som utgör den generella bakgrunden till den omfattande diskussionen om det demokratiska underskottet i EU. I enlighet med ett sådant synsätt måste de nationella parlamenten behålla väsentliga befogenheter för att kunna tillgodose kravet på ett demokratiskt styre (som den tyska författningsdomstolen har hävdad, 2 BvR 2134/92 & 2159/92, Brunner v. European Union Treaty, Common Market Law Reports [1994] 1, s. 88, § 44–45). Det är därför ingen slump att EU-fördraget innehåller en bestämmelse (artikel 6) med innebörden att EU skall respektera medlemsstaternas »nationella identitet». Fördraget om upprättande av en konstitution för Europa (artikel 5.1) gick ännu längre och föreskrev att denna nationella identitet kommer till uttryck i medlemsstaternas politiska och rättsliga djupstruktur. Denna bestämmelse skall förstås, mot bakgrund av diskussionen om det demokratiska underskottet, som pri-

märt avsedd att bibehålla medlemsstaterna som suveräna enheter och innebär därmed en tydlig gräns för EU:s möjliga kompetensområde.

Kravet på mer (institutionell) demokrati i EU kan i princip besvaras på tre olika sätt. För det första skulle det kunna innebära en stärkt ställning för Europaparlamentet. För det andra skulle det kunna förstås som en stärkt ställning för de nationella parlamenten. För det tredje skulle det kunna innebära en mer central ställning för fördragen och för de institutioner som är ansvariga för deras efterlevnad (det vill säga Kommissionen och EG-domstolen). Dessa kommer att behandlas i det följande.

De två första lösningarna är klart inriktade på att stärka rollen för de parlamentariska organen i det europeiska beslutsfattandet och återspeglar föreställningen om demokrati som primärt liktydlig med politisk viljeformulering och verkställighet. Detta skulle placera de två parlamentariska lösningarna huvudsakligen inom ramen för folksuveränitetens idé. Som tidigare har berörts fungerar staten enligt denna föreställning som den institutionella mekanismen för att förverkliga den politiska viljan som den demokratiska processen har artikulerat. På grund av detta kommer stärkandet av parlamenten att föra oss antingen mot en europeisk stat (om vi väljer att stärka Europaparlamentet) eller mot en starkare ställning för medlemsstaterna (om vi väljer att stärka de nationella parlamenten). Ett stärkande av de nationella parlamenten kommer med nödvändighet att innebära ett ifrågasättande av EU:s konstitutionella karaktär eftersom detta implicerar att demokrati, som är den enda moraliskt acceptabla styrelseformen, bättre och mer fullständigt kan uppnås i medlemsstaterna. Det statliga spöket kommer därför alltid att hemsöka dem som menar att viljeformulering och verkställighet är de viktigaste egenskaperna hos demokratin. En aktivistisk domstol som tolkar rätten mer i enlighet med sin egen föreställning om vad rätten borde vara, snarare än vad de fördragsslutande parterna avsåg, skulle i högsta grad vara en del av problemet eftersom en sådan tolkning skulle medföra en otillbörlig inskränkning av de lagstiftande församlingarna i medlemsstaterna från vilka EU:s legitimitet härrör.

En slutsats av det demokratiska underskottet skulle kunna vara att EU (och därmed också EG-domstolen) befinner sig i ett hopplost underläge mot medlemsstaterna ifråga om demokratisk legitimitet. Icke desto mindre skulle det kunna hävdas att EU är en demokratisk enhet med egen demokratisk legitimitet (som inte är indirekt förmedlad genom medlemsstaterna). Fördragen är, när allt kommer omkring, den enda delen av EU-rätten som i sin helhet har antagits av demokratiskt valda församlingar. I flera fall har de också antagits efter folkomröstningar i medlemsstaterna och i samtliga fall efter en genomgripande (och otvingad) debatt. Detta är ett så demokratiskt ursprung som rimligen kan begäras i konstitutionell rätt. Få, om ens någon, av de nuvarande medlemsstaterna kan göra gällande att de har grundats på oklanderliga samtyckesprocedurer som, ens då, inbegrep en majoritet av befolkningen. På denna historiska punkt kan det faktiskt hävdas att EU står på en betydligt stabilare konstitutionell grund än medlemsstaterna.

Det är bortom tvivel att fördragen har givit upphov till ett institutionellt system och även till rättsregler som staterna inte hade kunnat skapa på egen hand. Genom EG-domstolens rättspraxis har denna rättsordning tilldelat de europeiska individerna ett antal viktiga rättigheter som stärker och utökar deras möjligheter till egenmakt. I denna bemärkelse har de EG-rättsliga rättigheterna kommit att utgöra ett slags »högre lag» i förhållande till de regler som beslutats av de nationella parlamenten (Mancini & Keeling, s. 185). Det är ingen överdrift att hävda att dessa rättigheter samtidigt har stärkt *rule of law* genom att kräva att såväl medlemsstaterna som EU:s institutioner motiverar sina handlingar inom EG-rättens tillämpningsområde med hänvisning till objektiva kriterier baserade på det gemensamma goda. Dessa kriterier måste även, om så blir fallet, kunna förklaras och försvaras i en rättsprocess i domstol. I denna bemärkelse är EG-domstolen, i likhet med varje författningsdomstol, de politiskt svaga gruppernas (det vill säga de som inte har direkt tillgång till medlemsstaternas regeringar eller Kommissionen) svärd och sköld. Fördragen kan därför rimligen sägas ha konstitutionell legitimitet jämförbar med varje annan konstitution

som grundas på konstitutionalismens principer och det är kanske till och med önskvärt, från detta perspektiv, att EU faktiskt inte utvecklas till en stat (jfr Weiler, 1998, s. 59–62).

Om man förenar fördragets demokratiska ursprung med en substantiell uppfattning av *rule of law* kan det rimligen sägas att EG-domstolen, i den utsträckning den upprätthåller fördragen, upprätthåller både demokrati och *rule of law*. Endast EG-domstolen är ytterst behörig att bedöma giltigheten och den rätta tolkningen av EG-rätten just därför att den är den enda domstol som specifikt har skapats med uppdraget att vara fördragets väktare. EG-domstolen ensam, bland Europas tusentals domstolar, har en sammansättning och resurser som möjliggör ett koherent resonemang kring vad som verkligen är det »gemensamma goda» i EG. EG-domstolen erbjuder därför den europeiska medborgaren en möjlighet till moralisk dialog som medlemsstaternas domstolar inte kan erbjuda var för sig. Detta är, enligt min mening, det starkaste argumentet för EG-rättens konstitutionella företrädare framför nationell rätt och för EG-domstolen som en riktig författningsdomstol i en överstatlig konstitution. Med andra ord är EG-domstolen i högsta grad en del av lösningen från ett konstitutionalistiskt perspektiv.

7. Konklusion

DENNA ARTIKEL INLEDDES med frågan om internationell reglering och internationella institutioner, domstolar i synnerhet, står i konflikt med ett demokratiskt styrelseskick eller om de, tvärtom, skall betraktas som ett välkommet tillskott. Den pågående debatten om globalisering och det demokratiska underskottet i EU visar att det finns djupt delade åsikter om demokratibegreppet och att denna åsiktsskillnad har tydliga institutionella konsekvenser. Dessa institutionella aspekter är viktiga vid bedömningen av statens roll i demokratin. I enlighet med den ena uppfattningen (folksoveräniteten) är staten den nödvändiga mekanismen för politisk viljeformulering och verkställighet. Enligt den andra uppfattningen (konstitutionalismen) är statens primära roll att skydda individens moraliska rättigheter och autonomi.

Alla demokratiska teorier som stöder sig på folksuveränitetens principer kommer att gravitera mot staten och överstatliga rättsregler och institutioner kan därför ytterst endast legitimeras genom staten även om det åtminstone är tänkbart att en ny europeisk eller till och med global stat skulle kunna uppstå och ersätta de tidigare staterna. Överstatlig demokrati förblir därmed, ytterst, en hägring och en internationell domstol är i högsta grad en del av problemet om den inte håller sig till en strikt tolkning av den internationella rätten i enlighet med principen *pacta sunt servanda* det vill säga att en domstol aldrig kan gå utöver vad staterna själva ansett att de förpliktigt sig till.

En demokratisk teori som utgår från konstitutionalismens principer kommer att vara betydligt mer lättförenligt med överstatligt beslutsfattande så länge som detta bygger på principerna om *rule of law* och det finns effektiva rättsmedel. En överstatlig demokrati måste, med nödvändighet, vara institutionellt olik en statlig. De grundläggande fördragen utgör en viktig del av EU:s demokratiska legitimitet. En överstatlig domstol som EG-domstolen är därför inte enbart önskvärd utan också nödvändig för en europeisk konstitutionell rättsordning som inte är en stat. Från konstitutionalismens synpunkt är det inte önskvärt att EU faktiskt förvandlas till en stat eftersom detta skulle innebära en fara för maktkoncentration på en ny nivå. I detta hänseende kan en överstatlig rättsordning med en stark domstol vara att föredra framför en suverän stat. Denna lösning skulle också vara den som står mest i överensstämmelse med målsättningarna efter det andra världskrigets slut då statlig suveränitet sågs som ett potentiellt problem, inte som den enda lösningen, för demokratins principer.

→

Ola Zetterquist är universitetslektor vid juridiska institutionen vid Handelshögskolan, Göteborgs Universitet.

Noter

1 Författaren vill tacka Fahlbeckska stiftelsen för generöst ekonomiskt understöd.

2 Det engelska begreppet *rule of law* saknar en entydig svensk översättning (även om begreppet »rättens herravälde» har använts som en ordagrann översättning). Begreppet är vidare än svenskans »legalitet» och även om begreppen »rättsäkerhet» och »rättsstat» är nära förknippade med *rule of law* är de inte synonymer eftersom det engelska begreppet knyter an till ett konstitutionellt ideal om en lagbunden och materiellt begränsad offentlig makt. (Se närmare not av översättaren Lars Lindahl i Simmonds, s. 125. För en normativ framställning av idealet se Allan). I denna framställning används därför det engelska uttrycket *rule of law* direkt.

3 Den grundläggande redogörelsen för denna utveckling är professor Joseph Weilers klassiska artikel »The Transformation of Europe». Artikeln är återgiven i Weiler (1999), s. 10–101.

4 Hobbes använde denna pejorativa term om den kyrkliga makten för att polemisera mot påvemaktens företrädare. Det fullständiga citatet lyder »...there be also [Doctors] that think there may be more Soules, (that is more Sovereigns) than one, in a Commonwealth; and set up a *Supremacy* against the *Sovereignty*; *Canons* against *Lawes*; and a *Ghostly Authority* against the *Civill*; working on mens minds, with words and distinctions, that of themselves signifie nothing, but bewray (by their obscurity) that there walketh (as some think invisibly) another Kingdome, as it were a Kingdome of Fayries in the dark.» *Leviathan*, kap XXIX.

5 Det bör anmärkas att dessa två konkurrerande demokratiuppfattningar har sina motsvarigheter synen på rättsreglers karaktär. Rättsregler kan förstås som antingen ett uttryck för lagstiftarens vilja (befallning) eller som ett uttryck för förnuftet (*reason*). I det sista hänseendet betraktas de förnuftsbaseade reglerna som i viss mån självständiga från rättsreglerna som sådana, det vill säga att de inte för sin existens är beroende av att ha blivit uttryckta som lagstiftarens vilja.

6 Som till exempel hävdades i den svenska utredning som föregick det svenska EU-medlemskapet. SOU 1993:14, s. 50.

Referenser

- ALLAN, T. R. S., (2001), *Constitutional Justice – A Liberal Theory of the Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- BOBBIT, PHILIP (2002), *The Shield of Achilles – War, Peace and the Course of History*, London: Penguin Books.
- ELY, JOHN HART (1980), *Democracy and Distrust – A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- HOBBS, THOMAS (1991), »The Citizen», i Bernard Gert (red.), *Man and Citizen (De Homine and De Cive)*, Indianapolis: Hackett Publishing.
- HOBBS, THOMAS, (1996), *Leviathan*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MACCORMICK, NEIL, (1999), *Questioning Sovereignty – Law, State and Practical Reason*, Oxford: Oxford University Press.

INTERNATIONELLA DOMSTOLAR OCH ÖVERSTATLIG DEMOKRATI

- MADISON, JAMES, (1992), 'The Federalist', no 51, i *The Federalist*, London: Everyman's Library.
- MALCOLM, NOEL, (1996), 'Sense on Sovereignty', i red. Martin Holmes, *The Eurosceptical Reader*, s. 342–367, New York: St. Martin's.
- MANCINI, FEDERICO & DAVID KEELING, 'Democracy and the European Court of Justice', *The Modern Law Review*, [1994], s. 175–190.
- SARTORI, GIOVANNI (1987), *The Theory of Democracy Revisited – Part Two: The Classical Issues*, London: Chatham House.
- SIMMONDS, NIGEL, (1986), *Juridiska Principfrågor – Rättvisa, gällande rätt och rättigheter*, Stockholm: Norstedts.
- WEILER, JOSEPH, (1998), 'The Case against the Case for Statehood', *European Law Journal* [1998] s. 43–62.
- WEILER, JOSEPH, (1999), *The Constitution of Europe – Do the new clothes have an emperor?*, Cambridge: Cambridge University Press.