

Nationella domstolar som politiska aktörer

– *främjare av rättslig integration eller försvarare av nationella intressen?*

Karin Leijon & Christer Karlsson

National courts as political actors - Promoters of legal integration or defenders of the national interest?

It has been widely recognised that national courts play a significant role in the process of European integration. By asking the European Court of Justice for preliminary rulings, national courts have contributed in promoting legal integration. Although previous research has recognised the importance of national courts, we still have only limited empirical knowledge on how they act. This article examines whether national courts act as promoters of legal integration or defenders of the national interest. It does so by providing a systematic investigation of: 1, what type of cases they refer to the ECJ, and 2, what type of opinions they attach with preliminary references. The article utilises data from all 67 cases referred to the ECJ during the period 1995-2009. The results indicate that Swedish courts act strategically to balance the claims of providing the ECJ with preliminary references and the demands for taking national considerations into account.

1. Inledning

Juridiken utsträcker successivt sina domäner och samhällsvetare världen över vittnar om en tilltagande juridifiering av politiken (Vallinder 1994; Tate & Vallinder 1995; Hirschl 2008). Domstolar blir allt mer betydelsefulla som *politiska* aktörer, och i många viktiga frågor är det inte längre regeringens beslut eller parlamentets omröstning som avgör politikens inriktning – det är domstolens utlåtande.

Att domstolar är viktiga politiska aktörer är nu inte någon ny insikt. Tvärtom. Det är till exempel mer än femtio år sedan Robert Dahl publicerade sitt banbrytande arbete om Högsta domstolens starka inflytande över amerikansk lagstiftning (Dahl 1957). Diskussionen om den högsta domstolens ställning i amerikansk demokrati är naturligtvis långt äldre. Redan Tocqueville

Karin Leijon och Christer Karlsson är verksamma vid Statsvetenskapliga institutionen, Uppsala universitet.

E-post: karin.leijon@statsvet.uu.se; christer.karlsson@statsvet.uu.se

konstaterade att de flesta politiska frågor i amerikansk demokrati förr eller senare omvandlas till juridiska spörsmål (jämför Hall 2005: IX). I USA finns fortsatt en omfattande forskning och debatt om vilken roll domstolar har och bör ha i det politiska systemet.

I Sverige tycks insikten om domstolar som viktiga politiska aktörer haft svårare att få fast genomslag i samhällsdebatten. Visst förs ibland en principiell diskussion om juridikens ökade betydelse och den roll domstolar spelar i svenskt politiskt liv (Wiklund 2006), och såväl Demokratiutredningen (dir. 1997:101) 1998-2000 som Grundlagsutredningen (dir. 2004: 96) 2004-08 diskuterade frågan om lagprövning. I ett historiskt perspektiv och i jämförelse med andra författningsfrågor rörande till exempel rösträtten, valsystemets utformning eller det kommunala självstyret, så är det ändå tydligt att frågan om domstolar som politiska aktörer aldrig varit föremål för någon het samhällsdebatt i Sverige. Att så aldrig varit fallet är också fullt naturligt. I frånvaron av en författningsdomstol har gränsdragningen mellan politik och juridik sällan ställts på sin spets i svensk demokrati. Med sitt svaga mandat har lagrådet varit dömt att för evigt föra en anonym tillvaro och inslaget av lagprövning i svensk demokrati har varit mycket begränsat. Folksuveränitet har varit den vägledande principen för organiseringen av vårt styrelseskick och diskussionen om spänningsfältet mellan domstolar och demokrati (jämför Holmström 1998) har därför inte haft något stort utrymme i svensk samhällsdebatt.

Sedan 1 januari 1995 är Sverige medlem av den Europeiska unionen. Som en konsekvens av unionsmedlemskapet har politikens juridifiering blivit fullt märkbar även här. EU-rätten har som bekant företrädare framför nationell rätt och det är EU-domstolen som ytterst har makten att avgöra om det föreligger en rättslig konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätten. Via sina domslut påverkar EU-domstolen därmed gränserna för politikens domäner och den nationella politikens innehåll. Det så kallade Laval-målet visar att denna juridifiering även kommit att röra helt centrala politiska frågor som den svenska arbetsrättsliga modellen (Bergvall 2007).

Som en följd av EU-inträdet har svenska domstolars roll förändrats i grunden. Nationella domstolar har en nyckelroll att spela i den rättsliga integrationen genom möjligheten, och i vissa fall skyldigheten, att till EU-domstolen hänskjuta rättsfall där det råder en osäkerhet om den nationella lagstiftningens förenlighet med EU-rätten. Att de nationella domstolarna såväl begär som följer sådana förhandsavgöranden har varit en helt avgörande förutsättning för den rättsliga integrationens utveckling och EU-domstolens inflytande. De svenska domstolarna har genom förhandsavgörandeinstitutet utan tvekan fått en ökad betydelse som politiska aktörer och juridiken har även i Sverige flyttat fram sina positioner i förhållande till den politiska makten.

Trots att de nationella domstolarna innehar en nyckelroll i den rättsliga integration som utgör själva grunden för EU-samarbetet så vet vi påfallande lite

om deras agerande. Som bland andra Alec Stone Sweet påpekat så saknas systematiska studier av nationella domstolars preferenser och agerande i förhållande till EU-rätten (Stone Sweet 1998: 326). Den roll som tilldelats nationella domstolar ger dessa ett handlingsutrymme som öppnar för olika slags strategiska överväganden då man ställs inför rättsfall där det föreligger en potentiell konflikt mellan EU-rätt och nationell lagstiftning.

Det första ställningstagande en nationell domstol ställs inför är om man överhuvudtaget skall begära att EU-domstolen meddelar ett förhandsavgörande. Den nationella domstolen har här i praktiken ett avsevärt handlingsutrymme, vilket visar sig i det faktum att det finns en stor variation mellan medlemsländer i antalet begärda förhandsbesked (Stone Sweet & Brunell 1998; Tridimas & Tridimas 2004; Alter 2009; Wind et al. 2009). Generellt så har de överstatliga institutionerna ett intresse av att så många rättsfall som möjligt hänskjuts till EU-domstolen då detta stärker den rättsliga integrationen och ökar harmoniseringen av rättsläget över hela unionen. Sverige har också fått kritik av kommissionen för att man hänskjuter för få rättsfall till domstolen (Bernitz 2010). Medlemsstaterna kan å andra sidan ha ett intresse av att undvika att allt för många, och framförallt politiska känsliga, fall hänskjuts till EU-domstolen då detta begränsar politikens handlingsutrymme på nationell nivå. Lite förenklat kan vi säga att nationella domstolar har att välja mellan att gå den överstatliga rättsordningen till mötes genom att begära så många förhandsbesked som möjligt, eller snarare vara restriktiv i detta hänseende och motverka att politikens handlingsutrymme inskränks på nationell nivå.

Det andra ställningstagandet gäller hur en begäran om förhandsbesked skall utformas. Devisen ”som man frågar får man svar” är i högsta grad relevant även vad gäller EU-domstolens förhandsavgöranden. De tolkningsfrågor som domstolen ställs inför har sällan några givna svar, och hur en nationell domstol formulerar sin begäran kan därför ha stor betydelse; det blir ett sätt att skicka viktiga politiska signaler. EU-domstolen verkar i en politisk kontext och kommer att ta intryck av en lång rad faktorer då man levererar sina utlåtanden och fäller sina domar – däribland vilket uttalat stöd som finns för den nationella lagstiftningen (Kilroy 1999; Conant 2007). Om vi återigen tillåter oss att förenkla en smula så kan vi säga att den nationella domstolen i sin begäran antingen kan ge uttryck för en ståndpunkt som stödjer den överstatliga rättsordningen, eller snarare ställer frågor och bifogar åsikter som värnar inhemsk lagstiftning och det nationella handlingsutrymmet.

Denna studie syftar ytterst till att öka vår kunskap om nationella domstolar som politiska aktörer. Hur använder våra svenska domstolar det handlingsutrymme man har då man ställs inför ett rättsfall som aktualiserar behovet av ett förhandsavgörande? Agerar man till stöd för den överstatliga rättsordningen eller söker man snarare bidra till att slå vakt om det nationella handlingsutrymmet?

Vi menar att denna studie lämnar ett viktigt bidrag till vår förståelse av nationella domstolar som politiska aktörer då den är den första studien i sitt slag som systematiskt studerar båda de typer av strategiskt agerande som nationella domstolar har möjlighet att ägna sig åt. Genom att undersöka, dels vilka slags rättsfall svenska domstolar hänskjuter till EU-domstolen, dels vilken typ av åsikter man bifogar, så får vi möjlighet att ge en mer teoretiskt nyanserad bild av nationella domstolar som strategiska aktörer. Inte minst får vi möjlighet att undersöka om det finns något samband mellan dessa båda typer av strategiskt agerande.

Även om det empiriska materialet är begränsat till en studie av svenska domstolar så menar vi likväl att resultaten har betydelse för den teoretiska diskussionen om nationella domstolar och europeisk integration. Vi finner här två teoretiska ansatser för att förklara de nationella domstolarnas agerande i förhållande till EU-rätten. Den första förklaringsansatsen, "judicial empowerment", utpekar EU-domstolen och de nationella domstolarna som aktörer som, åtminstone delvis, agerar utifrån ett egenintresse. De nationella domstolarna lierar sig med EU-domstolen för att öka sitt inflytande över den inhemska politiken och stärka sin ställning gentemot parlament och regering (Weiler 1994; Hix & Høyland 2010: 98-99). Enligt det andra synsättet styrs domstolarnas agerande av medlemsstaternas intressen. De nationella domstolarna är strategiska aktörer som känner av var gränserna går för vad parlament och regering accepterar. De kommer därför inte utmana den inhemska politiska makten, utan förväntas i huvudsak agera i linje med medlemsstaternas långsiktiga ekonomiska och politiska intressen (Golub 1996; Hix & Høyland 2010: 98-99).

Att studera det svenska fallet kan bidra till att belysa vilken av dessa båda hypoteser som bäst förklarar nationella domstolarnas agerande. I det svenska politiska systemet – liksom i övriga nordiska länder (Wind et al. 2010: 1045-47) – är, historiskt sett, den typ av lagprövning som EU-domstolen ägnar sig åt ett främmande inslag. Vi menar att den starka betoningen av folksuveränitetsprincipen, frånvaron av en författningsdomstol och den svaga traditionen av lagprövning, gör Sverige till ett kritiskt fall där den politiska kontexten är ogynnsam för de teoretiska föreställningarna om "judicial empowerment". Vi förväntar kort sagt att de svenska domstolarna i första hand agerar som förvarare av det nationella intresset. I den utsträckning våra empiriska resultat visar på *det motsatta*, talar detta för att teorin om nationella domstolar som främjare av rättslig integration har en generell giltighet.

Denna studie innefattar samtliga de 67 fall där EU-domstolen sedan Sveriges inträde i EU fram till och med 2009, meddelat förhandsavgöranden på begäran av svenska domstolar. Materialet är hämtat från de faktiska domar som avkunnats av EU-domstolen samt generaladvokaternas förslag till avgörande,

båda hämtade från EU-domstolens rättsdatabas.¹ Dessa dokument består av en uppräkningslista av målets parter, de aktörer som inkommit med skriftliga yttranden till domstolen samt hänvisning till den aktuella lagstiftningen. Det som varit mest relevant för denna studie återfinns i avsnittet "Tvisten vid den nationella domstolen", där EU-domstolen och generaladvokaten redogör för målets bakgrund, de aktuella tolkningsfrågorna samt överväganden vid de nationella rättsinstanserna. Detta betyder att man får information om såväl rättstvistsens natur som *vilka åsikter* som den nationella domstolen bifogat. Därefter följer EU-domstolens rättsliga analys och avslutningsvis avkunnas domen.

Artikeln är disponerad enligt följande: I avsnitt två placeras den här aktuella undersökningen in i den pågående forskningen kring europeisk integration och domstolar som politiska aktörer. I avsnitt tre utvecklar vi vårt analysverktyg och operationaliserar de centrala begreppen. I avsnitt fyra analyserar vi de svenska domstolarnas strategiska agerande. I avsnitt fem, slutligen, presenterar vi våra empiriska och teoretiska slutsatser.

2. Europeisk integration och domstolar som politiska aktörer

I följande avsnitt ger vi läsaren en kortfattad genomgång av forskningen kring domstolarnas roll och betydelse som politiska aktörer i den europeiska integrationsprocessen. Syfte är att tydliggöra vårt bidrag genom att placera in denna undersökning i den växande forskningen om domstolar och europeisk integration (se Conant 2007 för en mer utförlig forskningsöversikt).

EU-DOMSTOLENS JURIDISKA AKTIVISM

Forskningen kring europeisk integration och domstolar har föga förvånande dominerats av studier som fokuserat EU-domstolens roll och agerande. EU-domstolen har utan tvekan varit mycket betydelsefull för den europeiska integrationens utveckling. Genom att lägga fast principerna om EU-rättens direkta effekt och principiella företräde framför nationell rätt, har man bidragit till en rättslig integration som varit en grundförutsättning för integrationsprojektets utveckling.

Det råder inte några delade meningar om EU-domstolens betydelse, men däremot har det sedan tidigt 1990-tal funnits motstridiga uppfattningar om hur man ska förstå domstolens agerande och vad som ofta benämns dess "juridiska aktivism" (Rasmussen 1988: 26-27; Stone Sweet & Brunell 1998a: 67-68; Alter 2009: 94-95). Genom att tala om domstolens juridiska aktivism riktar man

¹ EU-domstolens hemsida http://curia.europa.eu/en/content/juris/cz_juris.htm. Dock är inte originaldossieren tillgänglig för allmänheten, därför har vi även jämfört EU-domstolens material med de svenska domstolarnas beslut om att begära förhandsavgörande, dvs. det skriftliga underlag som EU-domstolen får sig tillsänt. Detta material finns att tillgå via svenska rättsdatabaser.

uppmärksamhet mot det faktum att domstolen tolkat fördragen på ett integrationsvänligt sätt som i praktiken bidragit till att utöka EU-institutionernas makt och begränsa medlemsstaternas handlingsutrymme.

Forskarvärlden är delad i sin syn på hur man ska förstå EU-domstolens juridiska aktivism. Å ena sidan finns ett läger som menar att påståendet om domstolens juridiska aktivism är överdrivet. Medlemsstaterna har i själva verket haft intresse av en stark och aktiv domstol och har därför varit beredda att låta domstolen hållas. I allt väsentligt har domstolen varit ett verktyg för de stora medlemsstaternas intresse och de "kontroversiella" domslut som levererats har egentligen inte varit så omstridda, utan tvärtom skett med, åtminstone de stora, medlemsländernas goda minne (Keohane & Hoffmann 1991; Moravscik 1993; Garrett 1995).

Å andra sidan finns de som menar att domstolen bidragit till att driva integrationsprojektet betydligt längre än vad medlemsländerna avsett eller vad dess mandat medger (Burley & Mattli 1993; Stone Sweet & Sandholtz 1997; Stone Sweet & Brunell 1998a). Dessa forskare ser domstolen som en självständig aktör som åtminstone delvis agerar utifrån en egen agenda och utan tvekan bidragit till en juridifiering av politiken. Som Alec Stone Sweet och Wayne Sandholtz påpekat bör vi inte se EU-domstolen som en "agent" som agerar på medlemsländernas uppdrag i syfte att värna ett effektivt EU-samarbete. Domstolen är istället att betrakta som en "trustee", en aktör med ett avsevärt handlingsutrymme vars maktställning är nästintill omöjlig att begränsa då detta förutsätter en fördragsändring som kräver enhällighet bland medlemsstaterna. Att domstolen inte bör förstås som ett verktyg för att främja medlemstaternas intresse visar sig, menar dessa forskare, genom det faktum att vissa domslut har varit starkt kontroversiella och kritiserats hårt från ett flertal medlemsländer (Stone Sweet & Sandholtz 2010: s 13).

De studier som empiriskt har granskat EU-domstolens agerande har kommit till olika resultat vad gäller om domstolen kan sägas driva en överstatlig agenda eller snarare agerar i linje med medlemsstaternas intresse (Conant 2007: 218-19). Oavsett vilken av dessa uppfattningar om EU-domstolen som har mer fog för sig, så är det ändå uppenbart att EU-domstolen har ett avsevärt inflytande till följd av att det finns ett behov av en auktoritativ tolkning av EU-rätten och dess innebörd för inhemsk lagstiftning. Då det sällan finns någon självklar lösning på tolkningsfrågorna så skapas ett utrymme för EU-domstolen att få ett avsevärt inflytande över politikens utformning. Det är viktigt att förstå att domstolens beslut inte är grundade på en enda möjlig juridisk sanning, utan snarare är resultatet av en medvetet vald tolkning (Slepcevic 2009: s 382). EU-domstolens agerande är därför en illustration av det faktum att inte bara politik utan också juridik är att vilja (Wiklund 1998).

EU-DOMSTOLEN, NATIONELLA DOMSTOLAR OCH FÖRHANDEAVGÖRANDEPROCEDUREN

EU-domstolen är nu inte den enda juridiska aktören av betydelse för den rättsliga integrationen inom EU. Nationella domstolar har i själva verket spelat en central roll för att ge EU-domstolen möjlighet att bli en viktig politisk aktör i den europeiska integrationsprocessen. EU-domstolen kan nämligen inte själv ta sig an rättsfall och utfärda domslut som får konsekvenser för politikens villkor nationellt; den är istället beroende av att bli "aktiverad" av medlemsstaternas domstolar genom *förhandsavgörandeprocéduren* som numera finns reglerad i Funktionsfördragets artikel 267.

Detta institutionaliserade samspel innebär rent konkret att en nationell domstol frågar EU-domstolen om hur EU-rätten ska tolkas och tillämpas i ett specifikt rättsfall. EU-domstolen lämnar sedan ett tolkningsbesked som är bindande vad gäller hur EU-rätten ska tolkas, men som därför inte per automatik avgör den nationella tvisten. Sedan EU-domstolen lämnat sitt tolkningsbesked är det upp till den nationella domstolen att bedöma vilken inverkan dessa besked skall få för det aktuella rättsfallet (Bernitz 2010: s 18-19). Endera parten i ett rättsfall kan åberopa att EU-domstolen hörs, men det är helt och hållet upp till den nationella domstolen att besluta om en begäran om förhandsbesked. De nationella domstolarna har rollen som grindvakter (Tridimas & Tridimas 2004: 132) och därmed stort inflytande över EU-domstolens möjligheter att driva den rättsliga integrationen framåt.

De nationella domstolarnas benägenhet att faktiskt begära förhandsbesked har alltså varit en avgörande förutsättning för EU-domstolens betydelse som politisk aktör. Denna medverkan kan dock inte ses som någon självklarhet. Det visar sig också att de nationella domstolarnas villighet att vända sig till EU-domstolen varierar kraftigt mellan unionens medlemsländer (Alter 2009: s 196). Den relativt omfattande forskningen om vad som förklarar denna variation (jämför Alter 2009: s 195-97) kan sägas ha två huvudinriktningar. En grupp studier har fokuserat på förklaringar kopplade till ekonomisk aktivitet (se t.ex. Stone Sweet & Brunell 1998), medan andra visat att variation gällande det politiska systemets utformning spelar roll för medlemsländernas benägenhet att begära förhandsbesked (se t.ex. Wind et al. 2009).

Att vi finner en variation i antal begärda förhandsavgöranden mellan EU:s medlemsländer visar att de nationella domstolarna har ett handlingsutrymme som öppnar för inslag av strategiskt agerande. Domstolarnas handlingsutrymme begränsas här av *interna* och *externa* krav på legitimitet (Bergvall 2007: s 76). Å ena sidan förväntas domstolarna vara trogna den juridiska metoden och de krav som läggs fast av EU:s fördrag. Å andra sidan kan inte domstolen fatta beslut som på ett uppenbart sätt strider mot det nationella intresset och den allmänna opinionens uppfattning. EU-rättens komplexitet skapar många oklara rättsfall ("close cases") där det i princip går att presentera juridiskt

godtagbara argument för två diametralt olika domslut. Utifrån formella regler är de nationella domstolarna vid ett oklart rättsläge i princip skyldiga att begära ett förhandsavgörande, men i den nationella kontext som domstolarna är en del av kan det finnas en utbredd skepsis mot att EU-domstolen ska få avgöra frågor som uppfattas som politiskt känsliga och som utmanar nationella särdrag (Mattli & Slaughter 1998: s 268). Frågan är hur nationella domstolar i praktiken hanterat de motstridiga kraven på intern och extern legitimitet.

3. Nationella domstolar och strategiskt agerande

De nationella domstolarna har ömsom beskrivits som EU-domstolens allierade och främjare av den rättsliga integrationen; ömsom som medlemsstaternas förtrogna och försvarare av nationella intressen. Vi vill pröva dessa hypotesers bärkraft genom att studera de svenska domstolarnas agerande.

Forskningen kring nationella domstolars agerande har i stor utsträckning varit inriktad på att förklara medlemsländernas varierande benägenhet att begära förhandsbesked av EU-domstolen. Denna forskning har utan tvekan bidragit med relevant kunskap om hur vi ska förstå nationella domstolar som politiska aktörer. Vi har ovan konstaterat att begäran om förhandsbesked är en förutsättning för den rättsliga integrationen och EU-domstolens starka ställning. Det kan därför tyckas som en rimlig slutsats att ju fler förhandsbesked nationella domstolar begär, desto mer bidrar de till att stärka den överstatliga rättsordningens intressen. Vi menar emellertid att antalet begärda förhandsbesked är ett alldeles för trubbigt instrument för att pröva de motstridiga uppfattningar som finns om nationella domstolars agerande.

Vi menar att det är nödvändigt att gå ett steg längre i studiet av nationella domstolar som politiska aktörer. Vår utgångspunkt är att nationella domstolars strategiska agerande kommer att visa sig dels genom vilka typer av fall som de väljer att hänskjuta till EU-domstolen, dels genom vilka åsikter de ger uttryck för kring hur EU-domstolen bör avgöra fallet.

STRATEGISKT AGERANDE GENOM VAL AV RÄTTSFALL

De fall där en förfrågan om förhandsbesked aktualiseras är till sin karaktär väldigt olika. Å ena sidan finns frågor som är av teknisk natur och sällan eller aldrig blir föremål för någon offentlig uppmärksamhet eller politiskt intresse. Å andra sidan finns frågor som är politiska känsliga och där domstolens agerande hamnar i fokus för den offentliga debatten.

Helt naturligt är det dessa högprofilerade fall som vi ofta förknippar med nationella domstolar och EU-domstolens inblandning i det politiska livet. I Sverige har Franzénmålet och Lavalfallet båda bidragit till att utmana vår nationellt beslutade politik inom känsliga policyområden som alkohol- respektive arbetsmarknadspolitik. I Storbritannien har domstolar likaså hänskjutit

politiskt känsliga rättsfall rörande till exempel könsdiskriminering i arbetslivet. Med ledning av EU-domstolens domslut har sedan de diskriminerade parterna tilldömts en högre ersättning än vad den nationella lagen föreskrev (Alter 2009: 166).

Det finns emellertid forskning som visar att domstolarna främst hänskjuter tekniska fall som har en begränsad effekt på den nationella lagstiftningen då dessa inte aktualiserar någon tvist mellan nationell lag och EU-rätt. I Danmark så har till exempel ytterst få politiskt känsliga fall förts vidare till EU-domstolen (Wind 2010), och även studier av Frankrikes högsta administrativa domstol (Conseil d'Etat) och Tysklands federala skattedomstol (Bundesfinanzhof) tyder på att dessa främst hänskjuter rättsfall rörande avgränsade tekniska frågor. På så sätt undanhåller nationella domstolar principiella rättsfall från EU-domstolens tolkningsmakt och bidrar därmed till att bevara den nationella politikens handlingsutrymme (Alter 2009: s 99).

STRATEGISKT AGERANDE GENOM TYP AV ÅSIKT

En andra möjlighet att agera strategiskt för att antingen främja den rättsliga integrationen eller försvara det nationella intresset, öppnar sig då nationella domstolar ska formulera sin begäran om förhandsbesked. Hur en begäran om förhandsbesked utformas kan tveklöst ha betydelse för vilket svar man får. Genom sitt sätt att formulera frågor eller bifoga åsikter har nationella domstolarna en viktig möjlighet att påverka EU-domstolens beslut. Det finns inget i de skriftliga riktlinjerna från EU-domstolen som varken påbjuder eller förbjuder nationella domstolar att bifoga åsikter i sin skriftliga sammanställning av rättsfallet (Nyikos 2006: s 529). Tidigare forskning visar att det är relativt vanligt att nationella domstolar faktiskt uttrycker en åsikt om hur det aktuella rättsfallet skall avgöras (Nyikos 2006: s 527-28).

Stacey Nyikos har genom sin forskning tydligt visat att nationella domstolar utnyttjar den möjlighet till strategiskt agerande som formulerandet av en begäran om förhandsbesked presenterar. Däremot har Nyikos inte på ett systematiskt sätt undersökt vilka slags åsikter som nationella domstolar bifogar. Vi får därför inte veta vilka policypreferenser de nationella domstolarna uttalar i de många gånger politiskt känsliga frågor som EU-domstolen har till uppgift att avgöra. Tenderar de nationella domstolarna vid rättstvister att uttala åsikter som ger stöd för den nationella lagstiftningen, eller är de mer benägna att uttala stöd för den överstatliga bestämmelsen?

Utifrån teorin om "judicial empowerment" förväntar vi att de nationella domstolarna bifogar åsikter till stöd för utvidgad EU-rättslig integration då detta ger domarna större inflytande och stärker dess position gentemot regering och parlament (Alter 1998: s 239-39). Enligt mothypotesen borde vi snarare se åsikter som uttrycker stöd för den nationella lagstiftningen. De nationella domstolarna vet att politikerna har möjlighet att begränsa deras inflytande och

det är därför viktigare för dem att hålla sig väl med den inhemska politiska makten, än att söka liera sig med den överstatliga rättsordningen (Alter 1998).

NATIONELLA DOMSTOLAR OCH STRATEGISKT AGERANDE – FYRA PRINCIPFALL

Förhandsavgörandesystemet ger nationella domstolar möjlighet att agera strategiskt, dels genom vilken typ av rättsfall man väljer att hänskjuta till EU-domstolen, dels genom vilka åsikter man bifogar rörande hur ett specifikt ärende bör avgöras. Den empiriska forskningen om hur nationella domstolar faktiskt agerar är bristfällig och framförallt saknar vi helt och hållet systematiska studier som undersöker hur dessa båda typer av agerande förhåller sig till varandra. Om vi kombinerar, och samtidigt tillåter oss att renodla, dessa valsituationer, så kan vi härleda fyra tänkbara principutfall för nationella domstolars agerande.

Med utgångspunkt i den teoretiska diskursen om domstolars roll i den europeiska integrationen så finns det två ”rena” utfall. De som ser domstolar som redskap för medlemsstaternas intressen skulle förvänta att nationella domstolar i allt väsentligt kommer att hänskjuta tekniska, opolitiska rättsfall och dessutom uttrycka åsikter till stöd för den nationella lagstiftningen i den mån det uppstår en rättstvist mellan de båda rättsordningarna (fall 1). De som istället ser domstolar som aktörer vilka agerar utifrån ett egenintresse och söker stärka sitt inflytande över den nationella politiken, skulle istället förvänta att nationella domstolar agerar i enlighet med principfall 4. Här utmanar nationella domstolar det nationella politiska systemet genom att begära förhandsavgöranden rörande politiskt känsliga rättsfall och dessutom uttrycka åsikter till stöd för EU-rätten.

I praktiken kan vi också tänka oss att de båda ”orena” utfallen förekommer. Som beskrevs ovan befinner sig nationella domstolar i ett korstryck mellan de krav som följer av EU-fördragen och behovet av att ta nationella hänsyn. För att balansera kraven på intern och extern legitimitet kan det därför vara fullt rationellt för nationella domstolar att värna det nationella lagstiftningsrummet genom att avstå från att hänskjuta nationellt känsliga rättsfall, samtidigt som man uttrycker stöd för den överstatliga rättsordningen i de tekniska fall som trots allt hänskjuts till EU-domstolen (fall 3). Behovet av att balansera intern och extern legitimitet skulle också kunna leda till att nationella domstolar istället väljer att faktiskt hänskjuta politiskt känsliga frågor men samtidigt bifogar åsikter till stöd för den nationella lagstiftningen (fall 2). I båda dessa ”orena” utfall erbjuder de nationella domstolarna något till såväl överstaten som den inhemska politiken. På detta sätt balanserar man de motstridiga krav man utsätts för.

Dessa fyra principfall utgör självfallet en renodlad och förenklad bild av verkligheten och kan ses som ett slags idealtyper vilka tjänar ett syfte genom att

Figur 1. Nationella domstolars strategiska agerande – fyra principfall.

	Tekniska, opolitiska rättsfall	Politiskt känsliga rättsfall
Åsikter till stöd för nationell lagstiftning	1	2
Åsikter till stöd för överstatlig rättsordning	3	4

de kan hjälpa oss förstå i vilken utsträckning nationella domstolars strategiska agerande närmar sig de rena eller orena principfallen. Kan nationella domstolar bäst förstås som främjare av rättslig integration eller som försvarare av det nationella intresset? Detta analysverktyg gör det dessutom tydligt att nationella domstolars agerande inte kan reduceras till en fråga om *antingen* vilka slags rättsfall man hänskjuter till EU-domstolen, *eller* vilka slags åsikter man bifogar en begäran om förhandsbesked. Endast genom att systematiskt analysera båda dessa dimensioner kan vi få en fullgod bild av nationella domstolar som politiska aktörer.

OPERATIONALISERING AV TYP AV RÄTTSFALL

Innan vi går över till att analysera det empiriska materialet så måste de båda nyckelbegreppen *typ av rättsfall* och *typ av åsikt* operationaliseras. För att kunna ge en rättvisande bild av vilken typ av ärenden som våra svenska domstolar hänskjuter till EU-domstolen måste vi lämna den stiliserade och förenklade bilden av rättsfall som antingen tekniska eller politiskt känsliga. Till skillnad från tidigare forskning där man arbetat med just dikotomier (Wind 2010), så har vi utarbetat en skala där rättsfallens politiska känslighet mäts på en skala med fyra värden, från rent tekniska, opolitiska frågor till rättsfall som får anses vara mycket politiskt känsliga.

I likhet med tidigare studier antar vi att ett rättsfall är politiskt känsligt när det aktualiserar en konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt. Då EU-rätten har företräde framför medlemsstaternas lagstiftning så innebär en sådan konflikt per definition att det då föreligger en risk för att den nationella lagen kan behöva ändras för att harmoniera med EU-rätten. Det kommer i sin tur att medföra såväl ekonomiska omställningskostnader som en inskränkning av det nationella lagstiftningsutrymmet och statens möjligheter att styra den nationella politiken (Nyikos: 2006 s.535; Wind 2010: s 1052).

Men om vi bara ser till förekomsten av en sådan konflikt riskerar vi missa den variation som ryms inom gruppen av politiskt känsliga fall. Förutsatt att det föreligger en konflikt så kan denna beröra väldigt skilda politikområden, och de tänkbara konsekvenserna, ekonomiska såväl som policymässiga, kan variera stort. Ett rättsfall om huruvida namnet "Bostongurka" är att anse som

ett varumärke eller som en beskrivning av inlagd hackad gurka², aktualiserar en potentiell konflikt mellan den svenska varumärkeslagstiftningen och gällande EU-direktiv. Även om ett rättsfall likt detta därför kan komma att medföra krav på förändrad svensk lagstiftning, så är det naturligtvis inte lika politiskt känsligt som när hela den svenska kollektivavtalsmodellen utmanas, som i anslutning till Lavalmålets³ behandling i EU-domstolen.

Bland gruppen rättsfall som aktualiserar en konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt kommer vi att göra en distinktion mellan de som är *politiskt känsliga* i det att de endast utmanar avgränsade nationella särdrag, och de fall som är att betrakta som *mycket politiskt känsliga* då de utmanar nationella kärnvärden (Bergvall 2007: s 70). Till den förra gruppen kan vi till exempel föra rättsfall som berör begränsade ändringar i skattelagstiftningen och som därför varken får några större ekonomiska konsekvenser eller genererar några större politiska motsättningar.

Exempel på fall som är att betrakta som mycket politiskt känsliga är till exempel sådana som rör tvister kring rätten till välfärdsförmåner. Sverige och övriga nordiska länder har skattefinansierade, generella välfärdsmodeller där rätten till ersättning är kopplat till det nationella medborgarskapet. Detta system harmonierar dåligt med andra EU-länders välfärdsmodeller och det föreligger därför en potentiell konflikt där välfärdsförmåner knutna till medborgarskap kan ses som diskriminerande (Martinsen 2005: s 1030-33). Ett domslut som leder till krav på att även icke-svenska medborgare ska omfattas av välfärdsförmåner kan medföra ekonomiska kostnader, som på sikt leder till att den nationella lagstiftningen behöver ändras (Wind 2010: s 1052-1053). Rättsfall som behandlar välfärdsförmåner är därför att betrakta som mycket politiskt känsliga.

Sammantaget gör vi en bedömning av graden av politisk känslighet som utgår från om det föreligger en konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt. Det handlar dock inte om någon mekanisk klassificering som endast fokuserar om det föreligger en konflikt; vi har också beaktat vilket lagstiftningsområde saken gäller och hur omfattande tvistefrågan är. Varje rättsfall har utifrån detta tilldelats ett värde (1-4) enligt följande:

(1) Den första kategorin rymmer fall som är att betrakta som tekniska då de helt *saknar politisk känslighet* eftersom de inte rör en konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt. Det kan till exempel handla om ett fall som aktualiserar en preciserad tolkning av ett EU-direktiv, utan att för den skull utmana nationell lagstiftning.

(2) Den andra kategorin rymmer rättsfall som aktualiserar en konflikt

2 Björnekulla fruktindustrier AB mot Procordia Food, Mål C-371/02, dom 2004, REG 2004 s I-5791.

3 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetarförbundet, Mål C-341/05, dom 2007, REG 2007 s I-11767.

mellan nationell lagstiftning och EU-rätt. Dessa rättsfall har *viss politisk känslighet*, men är ändå av begränsad ekonomisk och politisk betydelse, som i fallet med hur Bostongurka skall klassificeras.

(3) I den tredje kategorin finner vi fall som är att betrakta som *politiskt känsliga* då dessa rör en konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt som utmanar avgränsade nationella särdrag, och riskerar leda till kännbara ekonomiska och politiska kostnader. Begränsade förändringar av skattelagstiftningen kan tjäna som exempel på rättsfall av denna typ.

(4) Slutligen har vi rättsfall som är att *mycket politiskt känsliga*. Dessa rör en konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt som utmanar nationella kärnvärden – som till exempel vår välfärdsmodell eller arbetsmarknadens reglering – och som därmed kan medföra såväl stora ekonomiska kostnader som ett högt politiskt pris.

OPERATIONALISERING AV TYP AV ÅSIKT

Att nationella domstolar ger uttryck för någon bestämd uppfattning rörande de rättsfall som man hänskjuter till EU-domstolen är inte någon självklarhet. Det finns inte något i det formella regelverket som varken förbjuder eller påbjuder nationella domstolar att föra fram åsikter kring de ärenden man för fram till EU-domstolen. Tidigare forskning har visat att nationella domstolar faktiskt utnyttjar denna möjlighet till strategiskt agerande genom att bifoga åsikter (Nyikos 2006). Även om det saknas studier som undersöker det sakliga innehållet i de åsikter som de nationella domstolarna bifogar till EU-domstolen, så kan vi ta hjälp av tidigare forskning för att ringa in den grundläggande frågan om vad som ska räknas som en åsikt.

I likhet med Stacey Nyikos kommer vi dels att beakta de explicit formulerade ställningstaganden som en nationell domstol ger uttryck för, men även mer implicit formulerade åsikter som ofta framförs i form av frågor riktade till EU-domstolen (Nyikos 2006: s. 539). Den nationella domstolens explicita åsikter är relativt enkelt identifierbara då dessa vanligen markeras med uttryck som ”enligt den nationella domstolen...”, eller ”ur den nationella domstolens synvinkel...”. Åsikter som framkommer genom frågor kan vara svårare att identifiera, men det avgörande här är det sätt på vilket frågorna formuleras. Det sätt på vilket nationella domstolar ställer frågor har i själva verket stor betydelse eftersom detta starkt bidrar till att begränsa eller utvidga EU-domstolens tolkningsutrymme och dess potentiella inflytande i det aktuella fallet. Rådande praxis brukar sammanfattas som en ”don’t ask and the ECJ can’t tell”-policy (Alter 2009: s 99). EU-domstolen kan alltså endast uttala sig om det man blivit tillfrågad om. De nationella domstolarna är naturligtvis medvetna om att själva möjligheten att ställa frågor, och hur man formulerar dessa är en viktig teknik för att föra fram en åsikt om än i förklädd form. Därmed inte sagt att man alltid får det svar som man önskar eller förutser.

Vår analys går alltså ut på att först se om den nationella domstolen i anslutning till varje rättsfall ger uttryck för en åsikt – i explicit eller implicit form. Nästa steg har varit att söka identifiera om denna åsikt innebär ett ställningstagande till stöd för den nationella lagstiftningen eller EU-rätten. Vårt analyschema för att klassificera de nationella domstolarnas åsikter innehåller fyra kategorier:

(1) I den första kategorin – *ingen åsikt* – infogas de rättsfall där den nationella domstolen inte har givit uttryck för någon åsikt. Rent teoretiskt kan man tänka sig att nationella domstolar inte alltid känner något behov av att uttrycka en åsikt eller att man helt enkelt inte har någon bestämd uppfattning i den aktuella sakfrågan.

(2) I den andra kategorin placerar vi fall där den nationella domstolen uttrycker en åsikt till *stöd för den nationella lagstiftningen*. Detta kan innebära att den nationella domstolen uttryckligen uttalar sitt stöd för den nationella lagstiftningen vid en given rättstvist. En sådan åsikt kan också ta sig formen av att domstolen för fram argument som uttrycker förståelse för den nationella lagstiftningens utformning, eller genom att den ställer frågor som pekar ut möjliga undantag från den övergripande EU-rättsliga principen i fråga.

(3) I den tredje kategorin finner vi fall där den nationella domstolen istället uttrycker en åsikt till *stöd för den överstatliga regleringen*. Detta kan till exempel ta sig uttryck i att den nationella domstolen påpekar att man ser den nationella lagstiftningen som oförenlig med den överstatliga rättsordningen. En annan mer subtil teknik för att uttrycka sitt stöd för den överstatliga regleringen, är att ställa öppna frågor som på så sätt ger EU-domstolen bredast möjliga tolkningsutrymme, alternativt att ställa frågor som aktualiserar principiella ställningstaganden kring EU-rättens företräde och direkta effekt (jämför Wind 2010: s 1052).

(4) I den fjärde kategorin inordnar vi de rättsfall där det föreligger en *oklar åsikt* i den meningen att den nationella domstolen visserligen uttrycker en uppfattning, men utan att denna på ett tydligt sätt kan sägas stödja antingen den nationella lagstiftningen eller den överstatliga regleringen.

Vi har nu presenterat vårt analysredskap för att undersöka svenska domstolars agerande då man ställs inför ett rättsfall som aktualiserar behovet av ett förhandsavgörande från EU-domstolen. Låt oss nu övergå till att undersöka hur svenska domstolar faktiskt har agerat i de 67 fall där man sedan EU-inträdet 1995 valt att hänskjuta rättsfall till EU-domstolen.

4. Svenska domstolars strategiska agerande

Det är nu dags att presentera den empiriska analysen av svenska domstolars agerande inom ramen för systemet med förhandsavgöranden. I syfte att ge en bättre bild av hur vi klassificerat materialet presenterar vi följande exempel

på rättsfall inom varje kategori. Som källhänvisning anges rättsfallets nummer samt de sifferpunkter i förslagen till avgörande (A) respektive domslut (D) som analysen baseras på.

VILKEN TYP AV RÄTTSFALL HÄNSKJUTER SVENSKA DOMSTOLAR?

I den första kategorin där vi finner tekniska fall som helt saknar politisk känslighet hamnar 18 av de svenska rättsfallen vilket motsvarar en dryg fjärdedel (26,9 procent). Det grundläggande kriteriet för att ett fall skulle anses höra hemma i denna grupp var att det inte förelåg någon konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt. I huvudsak handlar dessa ärenden om hur ett direktiv eller en förordning ska tolkas i ett enskilt rättsfall. Exempel på sådana fall är *brottmål mot Jan Nilsson*⁴ där tvisten rörde förvärvandet av uppstoppade djur och hur olika EU-förordningar ska tolkas i detta sammanhang. Mer specifikt gällde frågan vad som ska avgöra om ett djur ska anses ha blivit bearbetat enligt förordning nr 338/97.⁵

I den andra kategorin – fall som har viss politisk känslighet – återfinns vi 15 av de 67 (22,4 procent) fall där svenska domstolar begärt förhandsbesked av EU-domstolen. I dessa fall föreligger en uttalad konflikt mellan nationell och överstatlig lagstiftning. Den nationella lagstiftningen på centrala policyområden utmanas emellertid inte och dessa fall har en begränsad ekonomisk och politisk betydelse.

Ett exempel på ett fall som hör hemma i denna kategori är *Kjell Karlsson m.fl.*⁶ som handlade om att Jordbruksverket beslutat att reducera den mjölkkvot som tre mjölkproducenter tilldelats.⁷ Sverige hade vid inträdet i EU tillämpat nationella regler för att reglera den initiala tilldelningen av mjölkkvoter och frågan gällde om dessa stämde överens med EU:s princip om likabehandling och rådets förordning 3950/92 om tilläggsavgifter för mjölk.⁸ Detta fall handlar ytterst om den svenska lagstiftningens förenlighet med EU-rätten. Det rörde sig dock om en konflikt som endast var aktuell under en begränsad tidsperiod (i samband med anslutningen), och därmed skulle detta rättsfall oavsett EU-domstolens bedömning endast kunna få en begränsad negativ ekonomisk effekt för den svenska staten.

I målet *Margareta Bouanich mot Skatteverket*⁹ gällde att Skatteverket beslutade att inte återbetala hela den skatt som påförts Bouanich när aktier hon ägt i ett svenskt bolag hade lösts in. Skälet för detta agerande var att hon var

4 Mål C-154/02, dom 2003, REG 2003 s I-12733.

5 Fråga nr 2 under D 25.

6 Mål C-292/97, dom 2000, REG 2000 s I-2737.

7 D 2.

8 D 25.

9 Mål C-265/04, dom 2006, REG 2006 s I-923.

fransk och inte svensk medborgare.¹⁰ Bouanich hänvisade till EU:s princip om likabehandling och att den svenska lagen stred mot denna. I detta fall förelåg en uppenbar konflikt mellan nationell lagstiftning och EU-rätt, men samtidigt var inte denna konflikt av ett sådant slag att den utmanade nationella särdrag som man av ekonomiska eller politiska skäl hade anledning att slå vakt om. Den svenska regeringen erkände tvärtom öppet att den svenska lagstiftningen i fråga (kupongskattelagen) stred mot gemenskapsrättens bestämmelser om lika-behandling och att man hade för avsikt att ändra den.¹¹

I 25 (37,3 procent) av de undersökta rättsfallen förelåg en konflikt som riskerade att utmana nationella särdrag och medföra kännbara ekonomiska och/eller politiska kostnader. Dessa fall är därför att klassificera som politiskt känsliga.

Ett exempel på ett sådant fall är *Brottmål mot Percy Mickelsson och Joakim Roos*¹², där åklagaren väckte åtal mot två personer för att de kört vattenskotter i ett område där detta inte var tillåtet. De åtalade erkände de faktiska omständigheterna, men menade samtidigt att den svenska vattenskotterförordningen stred mot EU-rätten.¹³ De åberopade artikel 28 EG som lade fast att inga kvantitativa handelshinder eller andra åtgärder med motsvarande effekt ska få förekomma mellan medlemsländerna. Man hävdade att en nationell begränsning för var man får använda vattenskottrar skulle kunna få en negativ effekt på konsumenternas vilja att köpa vattenskottrar. Därmed skulle också den svenska lagen kunna sägas utgöra ett handelshinder.¹⁴ Förutom att det förelåg en potentiell rättskonflikt, så får detta rättsfall betraktas som politiskt känsligt då det utmanade gällande svensk rätt på ett sätt som riskerade att begränsa Sveriges möjlighet att utforma miljöföreskrifter. Den svenska regeringen betonade också att vattenskotterförordningen var motiverad av miljöhänsyn.

Ett annat politiskt känsligt fall var *Försäkringsskattebolaget Skandia*¹⁵ som gällde den så kallade femprocentsregeln, enligt vilken ett försäkringsbolag måste ha Finansinspektionens medgivande för att ha rätt till ett aktieinnehav som överstiger fem procent av röstetalet för samtliga aktier i ett bolag.¹⁶ Man hävdade att denna regel utgjorde en kvantitativ begränsning av försäkringsföretagens placering av de fria medlen och därför var att anse som oförenlig med de försäkringsrättsliga direktiven (direktiv 73/239 och direktiv 79/267).¹⁷ Konflikten i rättsfallet kan betraktas som politiskt känslig då en nationell lag-

¹⁰ D 2.

¹¹ D 24-25.

¹² Mål C-142/05, 2009.

¹³ D 14.

¹⁴ D 26.

¹⁵ Mål C-241/97, dom 1999, REG 1999 s I-1879.

¹⁶ D 17.

¹⁷ D 29.

regel med relativt omfattande betydelse utmanades. Den svenska regeringen försvarade också den svenska lagstiftningen med att man ville förhindra att ett försäkringsbolag får ett allt för stort inflytande i företag utanför försäkringssektorn, och dessutom ville man skydda försäkringstagarna mot de ekonomiska risker som kan uppstå då ett försäkringsbolag investerar i annan verksamhet.¹⁸

Den fjärde kategorin samlar nio rättsfall (13,4 procent) som enligt vår mening är att betrakta som mycket politiskt känsliga. Gemensamt för dessa fall är att den aktuella konflikten mellan nationell lagstiftning och EU-rätt utmanar viktiga institutioner, som till exempel den svenska kollektivavtalsmodellen, alternativt att de utgör hot mot nationella kärnvärden knutna till exempelvis omsorgen om folkhälsan. Paradexemplet på det senare gäller den restriktiva alkoholpolitiken vars tydligaste uttryck alltid varit det statliga försäljningsmonopolet. Men även andra statliga monopol har försvarats med liknande argument.

Ett första belysande exempel vad gäller rättsfallen i denna kategori rör den riksbekanta ICA-handlaren Harry Franzén som i målet *Åklagaren mot Harry Franzén*¹⁹ stod åtalad för att ha sålt vin utan tillstånd. Sverige hade precis blivit medlem i EU och detta var första gången som Systembolagets monopol på försäljning av alkoholhaltiga drycker prövades i relation till EU-rätten. Franzén hävdade att det svenska monopolet innebar en kvantitativ importrestriktion samt att statliga handelsmonopol gradvis ska anpassas på ett sådant sätt att ingen diskriminering med avseende på anskaffnings- och saluföringsvillkoren föreligger mellan medlemsstaternas medborgare.²⁰ Här förelåg helt uppenbart en konflikt mellan svensk lagstiftning och EU-rätt som hotade radera den restriktiva svenska alkoholpolitiken, men som på sikt riskerade att utmana även övriga statliga monopol.

Ett ärende som inte rönt lika stor uppmärksamhet som många av de övriga rättsfallen i denna kategori är *Jessica Safir mot Skattemyndigheten i Dalarnas län*.²¹ Konflikten i detta fall gällde att Safir tecknat en kapitalförsäkring i ett brittiskt bolag och enligt svensk lagstiftning inte hade rätt till nedsättning av skatten på de inbetalda premierna – vilket hon dock hade haft om försäkringen tecknats i ett svenskt bolag.²² Safir ansåg att den svenska lagstiftningen stred mot den fria rörligheten för tjänster och därmed utmanade detta fall den svenska lagstiftningen som syftade till att förhindra skatteflykt och kompensera för skattebortfall.²³ Detta rättsfall är att betrakta som mycket politiskt känsligt

18 Mål C-241/97, dom 1999, REG 1999 s I-1879, D 33.

19 Mål C-189/95, dom 1997, REG 1997 s I-5909.

20 D 28-29.

21 Mål C-118/96, dom 1998, REG 1998 s I-1897.

22 Mål C-118/96, dom 1998, REG 1998 s I-1897, D 13-14.

23 D 24.

Tabell 1. Rättsfallens grad av politisk känslighet.

	N	%
Ej politiskt känsliga	18	26,9
Något politiskt känsliga	15	22,4
Politiskt känsliga	25	37,3
Mycket politiskt känsliga	9	13,4
	67	100

eftersom det som stod på spel för svenska statens del var rätten och möjligheten att kunna använda effektiva metoder för att kontrollera skatteunderlaget. Fallet riskerade därmed att få betydande ekonomiska och politiska konsekvenser.

Det under senare år mest uppmärksammade fallet som svenska domstolar hänskjutit till EU-domstolen är utan tvekan *Laval un Partneri mot Svenska byggnadsarbetarförbundet*.²⁴ Tvisten i sig handlade om huruvida de stridsåtgärder som använts mot företaget Lavals arbetsplatser var olovliga eller ej. Men vad som ytterst stod på spel var frågan om det var möjligt att behålla den svenska modellen för kollektivavtal. Det fanns en överhängande risk att denna modell skulle dömas ut som varande oförenlig med EU:s utstationeringsdirektiv. Utgången av detta rättsfall kunde därmed komma att få mycket stora politiska konsekvenser för en grundbult i den svenska arbetsmarknadspolitik, och är utan tvekan att betrakta som mycket politiskt känsligt.²⁵

Resultaten av vår analys avseende graden av politisk känslighet hos de 67 rättsfall som svenska domstolar hänskjutit till EU-domstolen återfinns i tabell 1.

Den övergripande slutsatsen som vi kan dra från denna analys är att det finns en stor spridning avseende vilken typ av rättsfall som svenska domstolar hänskjuter till EU-domstolen. Det teoretiska argument som ovan gjorde gällande att vi borde förvänta att svenska domstolar i huvudsak hänskjuter fall som saknar politisk känslighet, visade sig inte alls få stöd av våra resultat. Drygt 13 procent av de 67 fallen är enligt vår analys att betrakta som mycket politiskt känsliga, och den enskilt vanligast förekommande typen av fall (37, 3 procent) är dem som vi betecknat som politiskt känsliga. Endast en dryg fjärdedel av de undersökta fallen ryms inom kategorin tekniska rättsfall som saknar politisk känslighet.

24 Mål C-341/05, dom 2007, REG 2007 s I-11767.

25 Övriga sex fall som bedömts som mycket politiskt känsliga är *Braathens Sverige AB mot Riksskatteverket*, Mål C-346/97, dom 1999, REG 1999 s I-3419, *Riksskatteverket mot Soghra Gharehveran*, Mål C-441/99, dom 2001, REG 2001 s I-7687, *Brottmål mot Krister Hanner*, Mål C-438/02, dom 2005, REG 2005 s I-4551, *Unibet mot Justitiekanslern*, Mål C-432/05, dom 2007, REG 2007 s I-2271, *Klas Rosengren m fl mot Riksåklagaren*, Mål C-170/04, dom 2007, REG 2007 s I-4071, samt *Svenska staten mot Stockholm Lindöpark AB och vv.*, Mål C-150/99, dom 2001, REG 2001 s I-493.

Jämfört med tidigare forskning om de danska domstolarnas agerande så visar våra resultat på förvånansvärt stora skillnader mellan svenska och danska domstolars agerande. Med tanke på att både Sverige och Danmark har politiska system som på många sätt påminner om varandra – i båda fallen finns en stark betoning av folksuveränitetsprincipen och en svag tradition av lagprövning och domstolsmakt – hade vi förväntat att svenska domstolar i likhet med de danska i allt väsentligt skulle hänskjuta tekniska fall till EU-domstolen. Så var nu inte fallet.

Enligt Wind (2010: s. 1052) så är tekniska fall överrepresenterade bland de ärenden som danska domstolar hänvisar till EU-domstolen. Men exakt vad detta betyder och vad som mer precist definierar ett tekniskt fall får vi inte veta. Det är därför vanskligt att göra direkta jämförelser mellan vår undersökning och studier av det danska fallet. De skillnader vi finner skulle möjligen kunna förklaras med olika sätt att definiera vad som är tekniska respektive politiskt känsliga fall. Kanske har detta mer fingradiga sätt att mäta politisk känslighet gjort att våra resultat tenderar att överdriva de faktiska skillnaderna med det danska fallet. Men även om vi för samman kategorierna ”ej politiskt känsligt” och ”något politiskt känsligt” och betecknar båda dessa som tekniska fall, så visar våra resultat ändå att ungefär hälften av de svenska rättsfall som hänsköts till EU-domstolen under perioden 1995-2009 var att betrakta som politiskt känsliga (50,7 procent). Även detta visar på en bild som är svår att förena med resultaten från Danmark där tekniska fall visat sig vara överrepresenterade. Vi återkommer till frågan hur vi ska förstå de skillnader som trots allt tycks finnas mellan svenska och danska domstolars agerande, när vi i avsnitt 5 diskuterar vilka övergripande slutsatser vi bör dra från vår analys. Innan vi övergår till detta ska vi först analysera hur svenska domstolar agerat vad gäller vilken typ av åsikter man bifogat sin begäran om förhandsbesked.

VILKEN TYP AV ÅSIKTER BIFOGAR SVENSKA DOMSTOLAR?

Vi kommer här, liksom i föregående avsnitt, att genom exempel visa hur vi kategoriserat konkreta rättsfall. Som källhänvisning anges liksom tidigare rättsfallets nummer samt de sifferpunkterna i förslagen till avgörande (A) och domslut från domstolen (D) som analysen baseras på.

I 30 av de 67 rättsfallen (44,8 procent) kunde ingen åsikt identifieras från den nationella domstolen med avseende på hur rättsfallets skulle bedömas. Ett exempel på ett sådant fall är *Gävle Kraftvärme AB mot Länsstyrelsen*²⁶ som gällde hur man skulle klassificera de förbränningspannor som det kommunalt ägda Gävle Kraftvärme ville utöka sin anläggning med.²⁷ Skulle dessa vara att förstås som samförbränningsanläggningar eller avfallsförbränningsanläggning

26 Mål C-251/07, dom 2008, REG 2008 s I-7047.

27 D 13-14.

ar?²⁸ Högsta domstolen ansåg att det var nödvändigt för målets avgörande att få utrett hur gemenskapsrätten skulle tolkas och ställde därför två frågor om hur direktiv 2000/76 skulle förstås i det aktuella fallet.²⁹ Däremot uttrycktes ingen åsikt om *hur* Högsta domstolen ansåg att direktiven skulle tolkas och därmed klassificeras rättsfallet som ett där ingen åsikt bifogades.

I 14 av de 67 rättsfallen (20,9 procent) identifierades en åsikt till stöd för den nationella lagstiftningen. Detta innebär att den svenska domstolen i fråga lyfte fram argument som talade till förmån för den nationella lagstiftningens utformning och att de frågor som ställdes pekade ut möjliga undantag från den övergripande EU-rättsliga principen.

Ett av de mer uppmärksammade rättsfall som hänskjutits till EU-domstolen är det ovan nämnda *Laval un Partneri mot Svenska byggnadsarbetarförbundet*.³⁰ Själva tvisten gällde huruvida de fackliga stridsåtgärder som Byggnadsarbetarförbundet och Elektrikerförbundet tillgripit mot företaget Lavals arbetsplatser var olovliga.³¹ Konflikten rörde ytterst frågan om den svenska modellen för kollektivavtal var förenlig med EU:s utstationeringsdirektiv. I generaladvokatens genomgång av fallet återfinner vi följande sammanfattning av Arbetsdomstolens position: "Trots att Arbetsdomstolen inte är särskilt explicit i beslutet om hänskjutande har den bland de målsättningar som utgjorde bakgrunden till de aktuella stridsåtgärderna nämnt skyddet för arbetstagare och motarbetandet av social dumpning".³²

Arbetsdomstolens refererade ståndpunkt återfinns i det avsnitt som berör den svenska lagstiftningens förenlighet med 49 EG (förbudet mot begränsningar att bedriva service) och vilka undantag som kan godtas³³. Till legitima undantag ryms till exempel skyddet för arbetstagare och motarbetandet av social dumping.³⁴ Att Arbetsdomstolen explicit för fram dessa två motiveringar i sin beskrivning av fackföreningarnas agerande bör därför ses som ett implicit stöd för den nationella lagstiftningen.

Ett annat liknande fall är *X och Y mot Riksskatteverket*³⁵ som gällde om den svenska skattelagstiftningen var förenlig med EU-rättens bestämmelser om den fria rörligheten för kapital (56 EG) och etableringsfriheten (43 EG).³⁶ Mer specifikt innebar den svenska lagstiftningen att uppskov med beskattningen av övervärdet av aktier inte beviljades när överlåtelsen skedde till ett utländskt bolag, i

28 D 17.

29 D 20:1, 20:2.

30 Mål C-341/05, dom 2007, REG 2007 s I-11767

31 D 2.

32 Citat A 246.

33 Mål C-341/05, dom 2007, REG 2007 s I-11767, A 229.

34 A 249.

35 Mål C-436/00, dom 2002, REG 2002 s I-10829.

36 D 16.

vilken överlåtaren direkt eller indirekt ägde en andel.³⁷ Den åsikt som uttrycks av den domstol, Regeringsrätten (nuvarande Högsta förvaltningsdomstolen), som begärde förhandsavgörande var följande:

Den hänskjutande domstolen har vidare noterat att skillnaden i beskattningshänseende [...] motiverades med de risker som förelåg för att skatteunderlag undandrog svensk beskattning. Detta kunde ske till exempel genom att en ägare till ett aktiebolag inför en förestående flyttning utomlands till underpris överlät sina aktier i bolaget till ett utländskt företag som han också äger.³⁸

De acceptabla undantagen vad gäller den fria rörligheten för kapital som återfinns under artikel 58³⁹ innefattar att medlemsstater har rätt att använda sig av alla nödvändiga medel för att undvika överträdelser mot sin skattelagstiftning. Att Regeringsrätten, trots att man inte har någon skyldighet att göra så, explicit påpekar att den svenska lagstiftningen syftar till att undvika att skatteunderlag undandras beskattning måste därför ses som en åsikt till stöd för den svenska lagstiftningen.

I 17 av de 67 rättsfallen (25,4 procent) finner vi att de nationella domstolarna uttrycker stöd för den överstatliga rättsordningen. Detta innebär att den svenska domstolen till exempel betonar oförenligheten mellan nationell lag och EU-rätt, eller ställer frågor på ett sätt som ger EU-domstolen ett brett tolkningsutrymme.

Ett tydligt exempel på en åsikt som ligger i linje med EU-rätten kan hämtas från rättsfallet *Ulla-Brith Andersson och Susanne Wåkerås-Andersson mot Svenska staten*⁴⁰ som hänsköts av Stockholms tingsrätt. Omständigheterna i målet var sådana att Anderson och Wåkerås-Anderson hade varit anställda på ett företag som gick i konkurs och de begärde därför ersättning från den statliga lönegarantin. Men enligt konkursförvaltaren, som hänvisade till den svenska lagstiftningen, hade de inte rätt till denna då de var närstående till ägaren i egenskap av mor respektive maka. Tingsrätten i Stockholm gav i sin begäran om förhandsavgörande uttryck för följande åsikt:

”Den nationella domstolen har i begäran om förhandsavgörande anmärkt att om de svenska reglerna om lönegaranti hade stått i överensstämmelse med direktiv 80/987 och punkt 24 i bilaga XVIII till EES-avtalet, hade kärandena

37 D 2, för utförligare beskrivning av den svenska lagen och tvisten se: D 5.

38 Citat D 6.

39 ”The provisions of Article 56 shall be without prejudice to the right of Member States: to take all requisite measures to prevent infringements of national law and regulations, in particular in the field of taxation and the prudential supervision of financial institutions, or to lay down procedures for the declaration of capital movements for purposes of administrative or statistical information, or to take measures which are justified on grounds of public policy or public security”.

40 Mål C-321/97, dom 1999, REG 1999 s I-3551.

Tabell 2. Typ av åsikt som domstolen bifogat.

	N	%
Ingen åsikt	32	47,8
Nationell åsikt	14	20,9
Överstatlig åsikt	17	25,4
Oklar åsikt	4	5,9
	67	100

tillerkänts ersättning ur lönegarantin, eftersom de inte tillhör den kategori arbetstagare som har undantagits från direktivets tillämpningsområde.”⁴¹

Det framgår här tydligt att tingsrätten anser att Sverige inte införlivat EU-direktivet på ett korrekt sätt och detta kommer även till uttryck i de frågor som tingsrätten refererar: ”Skall artikel 6 i EES-avtalet tolkas så, att lönegarantidirektivet samt de rättsprinciper som EG-domstolen har slagit fast [...] har företrädare framför nationell rätt om staten inte på ett korrekt sätt har införlivat det nämnda direktivet?”⁴²

Här ger tingsrätten EU-domstolen möjlighet att slå fast principen om direkt effekt för det direktiv som man anser att Sverige inte korrekt införlivat i svensk lagstiftning. Den nationella domstolen ger på detta sätt uttryck för en åsikt till stöd för EU-rätten.

Ytterligare ett exempel där den nationella domstolen stödjer den överstatliga rättsordningen är *X AB och Y AB mot Skatteverket*⁴³. Detta fall berörde bolagens rätt att få skattelättnader för koncernbidrag oavsett var deras dotterbolag har sitt säte, något som gav upphov till en konflikt mellan svensk lagstiftning rörande inkomstskatt och EU:s regler om etableringsfrihet. I generaladvokatens förslag till avgörande framkommer följande:

Det framgår nämligen av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen måste tillämpa lagstiftning som förmodligen strider mot gemenskapsrättsliga bestämmelser och ber om domstolens tolkning av de aktuella bestämmelserna för att kunna avgöra vilken ordning som skall tillämpas på de aktuella koncernbidragen.⁴⁴

Av citatet framgår att Regeringsrätten i sin begäran om förhandsbesked gjort klart att man anser att den svenska lagstiftningen med stor sannolikhet strider mot EU-rätten. Detta måste rimligen betraktas som en åsikt till stöd för den överstatliga lagstiftningen i det aktuella fallet.

I fyra rättsfall (5,9 procent) gav den nationella domstolen uttryck för oklara

41 Citat D 21, se även Generaladvokatens förslag till avgörande (A 4).

42 Citat av fråga, D 22.

43 Mål C-200/98, dom 1999, REG 1999 s I-8261.

44 Citat A 15.

åsikter som inte kunde klassificeras som vare sig stöd för den nationella lagstiftningen eller den överstatliga rättsordningen.

I tabell 2 ser vi hur de 67 fall där svenska domstolar begärt förhandsavgörande fördelar sig över de fyra kategorierna för typ av åsikt. I tabellen ser vi att svenska domstolar uttrycker någon typ av åsikt i drygt hälften (52,2 procent) av de rättsfall som man hänskjuter till EU-domstolen. Vi kan därmed konstatera att det är relativt vanligt att svenska domstolar använder denna möjlighet att söka påverka EU-domstolen. Detta resultat ligger i linje med tidigare forskning – Nyikos fann att nationella domstolar bifogade åsikter i 41,3 procent av de undersökta fallen (Nyikos 2006: s 527-28). Det faktum att Sverige i jämförelse med andra medlemsländer begär relativt få förhandsbesked från EU-domstolen, hindrar alltså inte svenska domstolar från att vara lika, eller till och med mer, aktiva när det gäller att ge uttryck för åsikter.

Undersökningens analytiska fokus har varit riktat mot den i huvudsak utforskade frågan om innehållet i de åsikter som nationella domstolar bifogar. Resultaten från vår analys visar att svenska domstolars agerande varken ger stöd för hypotesen att nationella domstolar främjar den rättsliga integrationen och är EU-domstolens allierade, eller bekräftar mothypotesen om nationella domstolar som försvarare av nationell lagstiftning och medlemsländernas intresse. I själva verket är det nästan lika vanligt att svenska domstolar bifogar en åsikt till stöd för EU-rätten (25,4 procent) som att man istället uttrycker stöd för den nationella lagstiftningen (20,9 procent). Innan vi landar i slutsatsen att svenska domstolars agerande inte ger något bestämt stöd för vare sig den ena eller den andra av våra huvudhypoteser, så bör vi emellertid ställa de två typerna av strategiskt agerande i relation till varandra. Finns det något samband mellan graden av politisk känslighet och den typ av åsikter som svenska domstolar bifogar till EU-domstolen?

I sambandsanalysen i figur 2 har vi uteslutit de fyra rättsfall där typen av åsikt var oklar vilket lämnat 63 rättsfall. Av figuren framgår att det i själva verket finns ett starkt samband mellan de två typerna av agerande som stått i förgrunden i denna undersökning.

Figur 2. Samband mellan typ av rättsfall och typ av åsikt.

		Typ av rättsfall		
		Tekniska, opolitiska	Politiskt känsliga	
Typ av åsikt	Till stöd för EU-rätten	22% (7)	31% (10)	-9
	Till stöd för nationell rätt	0% (0)	44% (14)	-44
	Ingen åsikt	78% (24)	25% (8)	53
		100% (31)	100% (32)	N=63

En första slutsats att dra från figur 2 är att svenska domstolar är mer benägna att leverera åsikter i de rättsfall som är politiskt känsliga. Att man inte bifogar någon åsikt i merparten (78 procent) av de tekniska rättsfallen är kanske inte helt överraskande. Då dessa fall vanligtvis inte aktualiserar någon konflikt mellan EU-rätt och nationell lagstiftning – åtminstone inte någon konflikt som riskerar att få betydande ekonomiska eller politiska konsekvenser – så förefaller det fullt rimligt att domstolarna vanligtvis inte lägger resurser på att bifoga åsikter avsedda att påverka EU-domstolen.

Den andra och mest intressanta slutsats vi kan dra från vår sambandsanalys är att det råder ett starkt samband mellan typ av rättsfall och vilken typ av åsikt svenska domstolar bifogar. Det är något vanligare att vi bland de politiskt känsliga fallen finner åsikter till stöd för nationell lagstiftning, men framförallt ser vi att de politiskt känsliga fallen genererar en stor andel åsikter till stöd för nationell rätt (44 procent), medan vi bland de tekniska fallen inte hittar några fall överhuvudtaget där svenska domstolar bifogar åsikter till stöd för nationell lagstiftning.

Ett annat sätt att uttrycka det samband som vi återfinner i figur 2 är att då svenska domstolar ställs inför ett tekniskt, opolitiskt rättsfall och väljer att faktiskt bifoga en åsikt så är denna alltid till stöd för EU-rätten, men då man ställs inför politiskt känsliga fall är det vanligaste agerandet att man bifogar en åsikt som uttrycker stöd för den nationella lagstiftningen. Hur ska vi tolka detta samband mellan typ av rättsfall och typ av bifogade åsikter? Vad säger detta om svenska domstolars strategiska agerande?

5. Att hålla sig väl med två herrar samtidigt

Den övergripande frågeställning som väglett denna studie gäller om nationella domstolar agerar som främjare av rättslig integration eller försvarare av det nationella intresset. Analysen har fokuserat två typer av ställningstaganden som svenska domstolar ställs inför: vilka slags rättsfall ska man hänskjuta till EU-domstolen, och vilka åsikter ska man bifoga sin begäran om förhandsbesked? Vår analys av svenska domstolars agerande visar att dessa inte kan inordnas i någon av de ”rena” utfallskategorier som vi konstruerade i figur 1 ovan. När det gäller vilka rättsfall som hänskjuts till EU-domstolen så visar vår undersökning – tvärtemot våra teoretiskt och empiriskt grundade förväntningar – att svenska domstolar inte drar sig för att begära förhandsavgöranden avseende politiskt känsliga fall. Ganska precis hälften av samtliga rättsfall som man hänskjutit till EU-domstolen är att betrakta som politiskt känsliga eller till och med mycket politiskt känsliga. Endast en dryg fjärdedel av fallen är renodlat tekniska fall som saknar politisk känslighet. När det gäller den första typen av strategiskt agerande så uppträder svenska domstolar snarare som främjare av rättslig integration än försvarare av det nationella intresset.

Då vi riktar uppmärksamheten mot vilka slags åsikter som svenska domstolar bifogar blir emellertid bilden en annan. I ett första steg visar vår analys att det är ungefär lika vanligt att svenska domstolar bifogar åsikter till stöd för EU-rätten (25,4 procent) som att man ger uttryck för en uppfattning som försvarar nationell lagstiftning (20,9 procent). Då vi undersöker sambandet mellan typ av rättsfall och typ av åsikt visar det sig emellertid att det bland de politiskt känsliga fallen är vanligare att svenska domstolar bifogar en åsikt som stödjer svensk lagstiftning (44 procent) snarare än EU-rätten (31 procent), medan det omvända gäller bland de tekniska rättsfallen. Lite tillspetsat kan vi säga att svenska domstolar uppvisar ett agerande som motsvarar utfall 2 i figur 1, det vill säga att man väljer att hänskjuta politiskt känsliga rättsfall till EU-domstolen, samtidigt som man bifogar åsikter till stöd för nationell lagstiftning.

Svenska domstolar kan med andra ord varken ses som främjare av rättslig integration eller förvarare av det nationella intresset. Man uppvisar istället ett skiftande beteende som ytligt betraktat kan förefalla inkonsekvent. När det gäller den ena typen av agerande uppträder man i skepnad av främjare av rättslig integration, bara för att i nästa stund agera försvarare av nationell lagstiftning. Vi menar emellertid att svenska domstolars agerande blir begripligt och fullt rationellt om man tar i beaktande det korstryck av interna och externa krav på legitimitet som man befinner sig i. Genom sitt agerande balanserar svenska domstolar i själva verket mellan å ena sidan de krav som riktas från den överstatliga rättsordningen och de åtaganden som följer av EU-fördragen, och å andra sidan behovet av att inte för långt utmana det nationella politiska systemet och den folkliga opinionen. Genom att hänskjuta inte bara tekniska utan också politiskt känsliga rättsfall så går man kommissionen och EU-domstolen till mötes. Men genom att i politiskt känsliga fall bifoga åsikter som uttrycker stöd för nationell lagstiftning slår man samtidigt vakt om relationerna till den inhemska politiska makten.

I motsats till våra teoretiskt grundade förväntningar visar alltså vår studie att svenska domstolar hänskjuter, inte bara tekniska utan även politiskt känsliga rättsfall till EU-domstolen. Med tanke på att Sverige var att betrakta som ett "least likely"-fall, så tyder detta på ett visst stöd för teorin om "judicial empowerment". Vi säger "ett visst stöd" då denna möjlighet till generalisering endast tycks gälla vilka slags rättsfall svenska domstolar hänskjuter. Vad gäller den andra typen av strategiskt agerande uppträder svenska domstolar snarare som försvarare av det nationella intresset. Här ser vi tydligt poängen med att studera båda typerna av strategiskt agerande. Endast om vi på detta sätt breddar vår analys, kan vi få en teoretiskt rättvisande bild av hur nationella domstolar uppträder som politiska aktörer.

Våra resultat går inte i linje med tidigare forskning som undersökt hur danska domstolar agerar. Trots att Sveriges och Danmarks politiska system uppvisar många likheter, är svenska domstolar mycket mer benägna än sina

danska motsvarigheter att hänskjuta politiskt känsliga fall till EU-domstolen. Hur kan vi förstå denna skillnad? Utan att göra anspråk på att fullt ut kunna förklara de skilda resultaten så ser vi att det, många likheter till trots, finns en viktig skillnad mellan Sverige och Danmark.

I vilken utsträckning riksdag och regering har något inflytande över de svenska domstolarnas agerande under förhandsavgörandeprocessen är en fråga som inte är möjlig att besvara inom ramen för denna undersökning. Vad vi däremot kan konstatera är att det i Sverige saknas formella mekanismer för riksdag och regering att utöva inflytande över vilka rättsfall de nationella domstolarna skall hänskjuta till EU-domstolen.

I Danmark är saken annorlunda. Här finns den så kallade juridiska kommittén vilken har till uppgift att rekommendera vilka rättsfall som de danska domstolarna ska hänskjuta till EU-domstolen. Kommittén är sammansatt av höga tjänstemän från departementen med justitieministern som ordförande och dess arbetsuppgifter inkluderar även författandet av yttranden till EU-domstolen för den danska statens räkning (Wind et al. 2009: s 75-76). Denna konstruktion innebär att den politiska makten har en institutionaliserad möjlighet att påverka vilka rättsfall som hänskjuts till EU-domstolen. Vill den politiska makten inte få den nationella lagstiftningen prövad mot EU-rätten kommer den självfallet inte att rekommendera att fallet ska hänskjutas till EU-domstolen. Även om kommittén endast utfärdar rekommendationer så får deras utlåtande stor verkan. Nästan 70 procent av medlemmarna i domarkåren i Danmark angav att anledningen till varför de väljer att inte begära förhandsavgörande var på grund av den juridiska kommitténs åsikt (Wind et al. 2009: s 75-76).

Så vitt vi vet är detta den första studien som systematiskt studerat båda de möjligheter för strategiskt agerande som nationella domstolar ställs inför då man möter ett rättsfall där frågan om att begära ett förhandsavgörande aktualiseras. Våra resultat visar att det i det svenska fallet finns ett starkt samband mellan den typ av rättsfall som hänskjuts till EU-domstolen och vilken slags åsikt som domstolarna bifogar. Vi förstår detta agerande som de nationella domstolarnas sätt att hantera det korstryck mellan kraven på intern och extern legitimitet som man utsätts för. Om vår tolkning är korrekt får framtida forskning utvisa. Vi saknar nämligen en viktig pusselbit då denna studie inte kan uttala sig om domstolarnas *motiv* för det agerande som de uppvisar. De resultat vi finner skulle teoretiskt sett kunna vara en följd av att våra domstolar väljer att hänskjuta rättsfall till EU-domstolen enbart på grund av vilken grad av osäkerhet man faktiskt känner inför den aktuella tolkningsfrågan, samt att man bifogar åsikter som uteslutande avspeglar domstolens egna uppfattningar i sakfrågan. De aktörer som befolkar våra domstolar är den svarta lådan som återstår att öppna för att vi fullt ut ska kunna förstå och bedöma nationella domstolars strategiska agerande.

En viktig framtida uppgift för forskningen kring domstolar som politiska

aktörer blir att undersöka om det samband vi ser i det svenska fallet är något som generellt präglar nationella domstolars agerande, eller om det här finns en variation bland unionens medlemsländer. Vår kunskap om nationella domstolar som politiska aktörer är fortsatt bristfällig och det finns på detta område ett stort behov av jämförande forskning – inte minst av strukturerade, jämförande fallstudier. Sådana undersökningar bör dels jämföra medlemsländer där inslaget av lagprövning historiskt sett varierat, men resultatet av denna studie antyder att det också är viktigt att fånga en variation vad gäller de kontaktytor – formella och informella – som föreligger mellan de nationella domstolarnas företrädare och den politiska sfärens aktörer.

Våra resultat talar starkt för att svenska domstolar agerar strategiskt och tar politiska hänsyn – dels i förhållande till den överstatliga rättsordningens företrädare genom att hänskjuta även politiskt känsliga fall till EU-domstolen, dels i förhållande till regering, riksdag och inhemsk opinion genom att bifoga åsikter till stöd för den nationella lagstiftningen i politiskt känsliga frågor. Vi har tolkat detta agerande som ett tecken på att man medvetet balanserar motstridiga krav och söker undvika att på allvar utmana vare sig den överstatliga rättsordningen eller den nationella lagstiftningen. Svenska domstolar agerar därmed varken som konsekventa främjare av den rättsliga integrationen eller entydiga försvarare av det nationella intresset. Snarare agerar man på ett sätt som visar att man är angelägen om att hålla sig väl med två herrar samtidigt.

Referenser

- Alter, Karen J., 1998. "Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration" i Slaughter, Anne-Marie, Stone Sweet, Alec & Weiler, Joseph (red.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*. Oxford: Hart.
- Alter, Karen J., 2001. *Establishing the Supremacy of European Law – the Making of an International Rule of Law in Europe*. Oxford: Oxford University Press.
- Alter, Karen J., 2009. *The European Court's Political Power – selected essays*. Oxford: Oxford University Press.
- Bergvall, Daniel, 2007. "Politik eller juridik – regeringens agerande i Laval-målet." *Sieps*, 2007:3u.
- Bernitz, Ulf, 2010. "Förhandsavgöranden av EU-domstolen – svenska domstolars hållning och praxis", *Sieps* 2010:2.
- Burley, Anne-Marie & Mattli, Walter, 1993. "Europe before the Court: a political theory of legal integration", *International Organization* 47, s 41-76.
- Conant, Lisa, 2007. "Judicial Politics", s 213-30 i Jørgensen, Knud Erik, Pollack, Mark A. & Rosamund Ben (red.), *Handbook of European Union Politics*. London: Sage.
- Dahl, Robert A., 1957. "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker", *Journal of Public Law* 6, 279-95.
- Garrett, Geoffrey, 1995. "The politics of legal integration in the European Union", *International Organization* 49, s 171-81.
- Golub, Jonathan, 1996. "The Politics of Judicial Discretion: Rethinking the Interaction between National Courts and the European Court of Justice", *West European Politics* 19(2), s 360-85.
- Hall, Kermit L. (red.), 2005. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press.
- Hirschl, Ron, 2008. "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts", *Annual Review of Political Science* 11(2), s 93-118.
- Hix, Simon & Høyland, Bjørn, 2011. *The Political System of the European Union*. New York: Palgrave Macmillan.
- Holmström, Barry, 1998. *Domstolar och demokrati – den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*. Uppsala: Acta Universitatis Upsaliensis.
- Keohane, Robert O. & Hoffmann, Stanley, 1991. "Institutional Change in Europe", s 1-39 i Keohane, Robert O. & Hoffmann, Stanley (red.), *The New European Community. Decision-making and institutional change*. Boulder: Westview Press.
- Kilroy, Bernadette, 1999. *Integration through the law*. Los Angeles: University of California.
- Martinsen, Dorte, 2005. "The Europeanization of Welfare – The Domestic Impact of Intra-European Social Security", *Journal of Common Market Studies* 43(5), s 1027-54.
- Mattli, Walter & Slaughter, Anne-Marie, 1998. "The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints" i Slaughter, Anne-Marie, Stone Sweet, Alec & Weiler, Joseph (red.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*. Oxford: Hart.
- Moravcsik, Andrew, 1993. "A Liberal Intergovernmentalist Approach to the EC", *Journal of Common Market Studies* 31(4), s 473-524.
- Nyikos, Stacey, 2006. "Strategic interaction among courts within the preliminary reference process – Stage 1: National court preemptive opinions", *European Journal of Political Research* 45, s 527-550.
- Rasmusen, Hjalte, 1988. *The European Court of Justice*. Copenhagen: GadJura.
- Sandholtz, Wayne & Stone Sweet, Alec, 2010. "Neo-functionalism and Supranational Governance", i Jones, Erik, Menon, Anand & Stephen Weatherill (red.), *The Oxford Handbook of the European Union*. Oxford: Oxford University Press.

- Slepcevic, Reinhard, 2009. "The Judicial Enforcement of EU Law Through National Courts: Possibilities and Limitations", *Journal of European Public Policy* 16(3), s 378-394.
- Stone Sweet, Alec, 1998. "Constitutional Dialogues in the European Community", i Slaughter, Anne-Marie, Stone Sweet, Alec & Weiler, Joseph (red.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence: Legal Change in its Social Context*. Oxford: Hart.
- Stone Sweet, Alec & Sandholtz, Wayne, 1997. "European integration and supranational governance", *Journal of European Public Policy* 4(3), s 297-317.
- Stone Sweet, Alec & Thomas L. Brunell, 1998a. "The European Court and the national courts: a statistical analysis of preliminary references, 1961-95", *Journal of European Public Policy* 5(1), s 66-97.
- Stone Sweet, Alec & Thomas L. Brunell, 1998b. "Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution and Governance in the European Community", *American Political Science Review* 92(1), s 63-81.
- Tridimas, George & Tridimas, Takis, 2004. "National courts and the European Court of Justice: a public choice analysis of the preliminary reference procedure", *International Review of Law and Economics* 24, s 125-145.
- Tate, Neil C. & Valinder, Torbjörn, 1995. "The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics", i Tate, Neil C. & Valinder, Torbjörn (red.), *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press.
- Vallinder, Torbjörn, 1994. "The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction", *International Political Science Review* 14(2), s 91-99.
- Weiler, Joseph, 1994. "A Quiet Revolution: The European Court of Justice and its Interlocutors", *Comparative Political Studies* 26, s 510-34.
- Wiklund, Ola, 1998. "Juridik är att vilja", i Bernitz, Ulf, Gustavsson, Sverker & Oxelheim, Lars (red.), *Europaperspektiv: årsbok för Europaforskning inom ekonomi, juridik och statskunskap 1998*. Stockholm: Santérus förlag.
- Wiklund, Ola, 2006. "Europeiseringen av svensk rätt – sammansmältning av juridik och politik", *Advokaten* 72(6), s 47.
- Wind, Marlene, Sindbjerg Martinsen, Dorte & Pons Rotger Gabriel, 2009. "The Uneven Legal Push for Europe – Questioning variation when National Courts go to Europe", *European Union Politics* 10(1), s 63-88.
- Wind, Marlene, 2010. "The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review", *Journal of Common Market Studies* 48(4), s. 1039-1063.

OMNÄMND A RÄTTSFALL (I DEN ORDNING DE FÖREKOMMER I TEXTEN)

- Björnekulla fruktindustrier AB mot Procordia Food*, Mål C-371/02, dom 2004, REG 2004 s I-5791.
- Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetarförbundet*, Mål C-341/05, dom 2007, REG 2007 s I-11767.
- Brottmål mot Jan Nilsson*, Mål C-154/02, dom 2003, REG 2003 s I-12733.
- Kjell Karlsson m fl*, Mål C-292/97, dom 2000, REG 2000 s I-2737.
- Margaretha Bouanich mot Skatteverket*, Mål C-265/04, dom 2006, REG 2006 s I-923.
- Brottmål mot Percy Mickelsson och Joakim Roos*, Mål C-142/05, 2009.
- Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ)*, Mål C-241/97, dom 1999, REG 1999 s I-1879.
- Åklagaren mot Harry Franzén*, Mål C-189/95, dom 1997, REG 1997 s I-5909.
- Jessica Safir mot Skattemyndigheten i Dalarnas län*, Mål C-118/96, dom 1998, REG 1998 s I-1897.
- Braathens Sverige AB mot Riksskatteverket*, Mål C-346/97, dom 1999, REG 1999 s I-3419.
- Riksskatteverket mot Soghra Gharehveran*, Mål C-441/99, dom 2001, REG 2001 s I-7687.
- Brottmål mot Krister Hanner*, Mål C-438/02, dom 2005, REG 2005 s I-4551.

Unibet mot Justitiekanslern, Mål C-432/05, dom 2007, REG 2007 s I-2271.

Klas Rosengren m fl mot Riksåklagaren, Mål C-170/04, dom 2007, REG 2007 s I-4071.

Svenska staten mot Stockholm Lindöpark AB och u.v., Mål C-150/99, dom 2001, REG 2001 s I-493.

Gävle Kraftvärme AB mot Länsstyrelsen i Gävleborgs län, Mål C-251/07, dom 2008, REG 2008 s I-7047.

X och Y mot Riksskatteverket, Mål C-436/00, dom 2002, REG 2002 s I-10829.

Ulla-Brith Andersson och Susanne Wåkerås-Andersson mot Svenska

Staten, Mål C-321/97, dom 1999, REG 1999 s I-3551.

X AB och Y AB mot Riksskatteverket, Mål C-200/98, dom 1999, REG 1999 s I-8261.

EU-domstolens förteckning över samtliga rättsfall från 1989 återfinns på http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2_juris.htm.

EU-domstolens officiella verksamhetsstatistik 2009, s. 20-21, tillgänglig via http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/rao9_stat_cour_final_sv.pdf.