

EU og retsteori

Oplæg til diskussion af den retsteoretiske ramme for studiet af EU-retten¹

HENRIK ZAHLE

EU-ret og retsteori

Hensigten med det følgende er at drøfte, hvilken retsteori der er bedst egnet til at fremstille og danne grundlag for en vurdering af EU-retten. Jeg forestiller mig altså, at der inden for visse rammer kan være tale om et valg, dvs. at flere retsteorier står til hænde, og at valget mellem disse til en vis grad er betinget af, hvad det er for et reguleringsområde, man står overfor.

At "vælge retsteori" er naturligvis ikke nogen fuldstændig fri og vilkårlig beslutning. Valget er bundet til såvel en række erkendelsesteoretiske antagelser som til ens opfattelse af retten og retsvidenskabens rolle. Disse momenter kan jeg ikke gå ind på her, hvor jeg koncentrerer mig om det, som særligt har med EU-retten at gøre. Opgaven i det følgende er altså at karakterisere EU-retten med hensyn til de egenskaber, som jeg antager er særligt relevante for en vurdering af den retsteoretiske grundlag for behandling af EU-retten. Jeg indleder med en karakteristik af retssystemet og fremhæver de særligt relevante træk af denne karakteristik (afsnit 2). Herefter

sammenholder jeg resultatet med den retsteori, som er lagt til grund også i den seneste fremstilling af EU-retten, nemlig Hjalte Rasmussen 1994, og på grundlag af en negativ vurdering af denne retsteori foreslår jeg et alternativ (afsnit 3).

Karakteristik af EU

En karakteristik af EU må pege på følgende forhold:

1. EU-rettens opgave er at "harmonisere" flere retssystemer. EU-retten er bygget på de retssystemer, som findes i de nationale stater, og hvis ret under en eller anden form bliver harmoniseret som følge af EU-retten.² Der indgår altså i selve EU-retten et grundlag præget af en *flerhed af retssystemer*.

2. Ikke alene indgår der flere retssystemer, men i tilknytning til hvert af retssystemer er der udviklet forskellige retskulturer, og der indgår derfor i EU-rettens grundlag en endnu større *flerhed af retskulturer*, Hjalte Rasmussen s. 341.

3. Inden for de forskellige nationer dyrkes *forskellige retskildedoktriner*, Hjalte

1. Grundlag for Seminar med EU-lærerne ved Københavns Universitet den 6. sept. 1994 – med anledning i den netop udgivne Hjalte Rasmussen: EU-ret og EU-institutioner i Kontekst, 1994.

2. Udtrykket harmonisering er her brugt i en ganske bred betydning.

Rasmussen s. 31, 299. Denne flerhed af retskildedoktriner mødes i den EU-retlige retskildelære. Også inden for de nationale systemer kan en sådan flerhed gøre sig gældende, og denne flerhed kan på forskellig måde slå igennem også i EU-retten.

4. EU-traktaterne og en række direktiver og forordninger er præget af en betydelig grad af *tekstuel åbenhed*. Der benyttes formålsangivelser som bestemmende rammer, eller reguleringen lægges ganske åbent frem. Tekstgrundlaget giver således den udfyldende og anvendende praksis – såvel på EU-plan som på nationalt plan – en betydelig frihed.

5. EU-rettens karakter er *hybrid*. Det er ikke entydigt fastlagt, om fællesskabet i EU har karakter af et *traktatligt* fællesskab mellem selvstændige stater, der midlertidigt har overladt kompetencer til fællesskabet – eller det drejer sig om en *forfatning*. Der er utvivlsomt tendenser i retning af, at grundlaget nærmer sig en forfatning, Hjalte Rasmussen s. 290, 299. Denne tendens har også fået en vis anerkendelse hos nogle medlemsstater, eller i hvert fald i nogle kulturer inden for nogle medlemsstater, men andre steder fastholdes den traktatlige karakter. En mulig løsning er at betragte tilstanden som uafklaret – eller særpræget.

6. EU-retten sigter *ikke* mod at blive *udtømmende*: Et centralt træk for EU-retten er at bevare den nationale og lokale pluralisme. Også uden den udtrykkelige anerkendelse af princippet om subsidiaritet har det været et vigtigt træk, at retsdannelsen på nationalt plan skal fortsætte. EU-retten skal ikke overtage al retsdannelse i medlemsstaterne. Og den nationale regulering har jo sin selvstændige værdi, bl.a. fordi der består den mulighed, at tilpasningen til de

lokale eller nationale forhold indebærer, at der kommer til at bestå retsforskelle mellem medlemsstaterne indbyrdes.

Spørgsmålet er herefter, om der med denne karakteristik (pkt. 1-6 ovenfor) af EU-retten er påpeget træk, som er relevante for, hvordan man retsteoretisk bør behandle EU-retten.

Der består inden for EU-retten en række *interne modsætninger*. Der er en betydelig flerhed af grundlæggende retslige struktureringer, og disse forskelle gør sig ikke blot gældende imellem medlemsstater eller mellem delstater inden for de større medlemsstater, men også ved sammenligninger mellem retskulturen knyttet til nogle nationale myndigheder sammenlignet med andre nationale myndigheder. Disse modsætninger er ikke blot politiske, økonomiske og andre modsætninger, men vedrører *fundamentale retslige problemstillinger*. Reguleringen er forskellig i sit indhold, og opfattelsen af grundlaget for reguleringen er forskellig. Mange problemer beskrives forskelligt – ikke blot fordi der anvendes forskellige sprog, men fordi det retslige fagsprog grundet i tradition og nationale særtræk er forskelligt fra område til område.

Forskelle og modsætninger kan også være af værdimæssig eller politisk art. Heraf følger, at det ikke blot er et snævert professionelt spørgsmål at få fjernet forskelle, men at bestående forskelle har et grundlag, der ikke let gøres op med, og som det heller ikke er ønskeligt at gøre op med.

Ved udviklingen af en retsteori er det nærliggende at rejse spørgsmålet, hvilken funktion retslitteraturen har. Så vidt jeg kan se, fungerer den retslige litteratur om EU-retten som en integrativ faktor, som bringer

de forskellige kulturer og traditioner i indbyrdes samtale. Retskulturen afgør naturligvis ikke de konflikter, som er omtalt; endnu mindre løses disse konflikter, men konflikterne formuleres, og det bliver muligt for deltagerne at forstå konflikterne bedre og at bearbejde dem. Dette kan man omformulere således, at retslitteraturen har en funktion som retskilde, måske ikke for konkrete afgørelser, men for valg af retskildelære og retlig strukturering. Der består en interaktion mellem litteratur og andre retlige institutioner. Retslitteraturen har jo i hvert fald den funktion, at det er den, der konstituerer de nationale forskelle, i og med at vi i hver vores universitet uddanner de studerende på grundlag af egen litteratur.

Retsteoretiske alternativer

Ud fra en dansk tradition er det nærliggende at tage sit udgangspunkt i *Alf Ross' retsteori*.³ Hermed accepterer man tanken om, at de retslige kilder indgår i en pyramide med grundnormen som den yderste (højeste eller laveste, som man nu ser det), som danner grundlaget for den retlige bygning i det hele. Retssystemet er præget af én dommerideologi, én retskultur. Og retsvidenskaben har karakter af en prognostisk, naturvidenskabelig beskrivelse, hvis verifikation består i kontrollen af, om prognoserne går i opfyldelse.

Efter min opfattelse er dette udgangspunkt uegnet i forhold til EU-retten. Den pyramidale struktur er monistisk, fordi den forudsætter ét ankerpunkt for hele systemet, mens EU-retten er karakteriseret af en

flerhed af anknætningspunkter til det sociale liv, som en pyramide ikke kan opfange. Heller ikke forestillingen om en enkelt dommerkultur eller en enkelt retskultur stemmer med de træk, der karakteriserer EU-retten. Endelig afspejles retslitteraturens funktion ikke på tilfredsstillende måde i forestillingen om prognosen, omend dette er en indvending, som ikke er specifik for EU-retten.

Med forestillingen om en *retlig polycentri* er introduceret en alternativ ramme for opfattelsen af f.eks. et reguleringsområde som EU-retten, og det forekommer mig, at EU-retten bedre lader sig beskrive inden for den ramme. Hermed åbnes for en anerkendelse af, at der inden for et samlet kompleks af normer kan bestå normer af forskelligt, til dels modstridende indhold, at disse forskelligheder eller konflikter ikke blot er forbigående, men at de kan være varige, eller i hvert fald strække sig over så lang tid, at de ikke blot kan betragtes som en midlertidig dysfunktion. Konflikterne kan være formelle som følge af forskellige retskildetraditioner, eller de kan basere sig på reelle værdimæssige konflikter. Der er heller ikke nogen nødvendighed i at tage stilling til, om fællesskabet basalt er af traktsmæssig eller basalt af forfatningsmæssig karakter. Der gør sig forskellige opfattelser gældende af dette spørgsmål, og disse forskelligheder udmønter sig i konflikter af større eller mindre styrke. Selv om man vel kan forvente, at denne konflikt en dag afklares i den ene eller den anden retning, således at dette dilemma ikke længere består, er det karakteristiske for en rum tid, at retsgrundlaget har en hybrid karakter, som må

3. Om Ret og Retfærdighed 1953, jf. Hjalte Rasmussen 1994.

vurderes og forstås ud fra dette snarere end ud fra et mere eller mindre vilkårligt valg af den ene eller den anden polære opfattelse.

At den retlige polycentri passer godt med EU-retten er i og for sig ikke overraskende. For det var jo netop konflikter ved forholdet mellem nationalret og EU-ret, der var en af anledningerne til at udvikle den polycentriske tankegang.

Den præference for det pluralistiske som

jeg her har argumenteret for, repræsenterer kun et oplæg eller en start – en systematisk overvejelse må naturligvis tage flere alternativer i betragtning.

Forfatteroplysninger:

Henrik Zahle, dr.jur., professor i offentlig ret, København Universitet