

FAGFELLEVDERT ARTIKKEL

EØS, Norge og demokratiet

Av ERIK ODDVAR ERIKSEN¹

E-post: e.o.eriksen@arena.uio.no

Nasjonalt selvstyre var et av de tyngste argumentene mot norsk medlemskap i Den europeiske unionen (EU). Sikring av selvråderett, folkestyre og demokrati var det i særklasse viktigste nei-argumentet i 1994.² Credoet var at nordmenn ikke skulle styres av andre lover enn dem som de selv fattet. Dermed ble den tidligere inngåtte EØS-avtalen (Det europeiske økonomiske samarbeidsområde), som var ment å være en midlertidig foranstaltning, Norges formelle og varige tilknytningsform til EU. Den hadde trådt i kraft et knapt år før den siste EU-avstemningen. For mange av dem som var skeptiske til EU-medlemskap, ble EØS-avtalen oppfattet å være et mindre onde – en avtale som ville sikre Norge tilgang til EUs indre marked og samtidig minimere vår suverenitetsavståelse.

Enkelte vil hevde at Nei til EU vant i 1994, men har tapt hver dag siden den gang. I dag er det slik at Norge ikke bare har medlemskap i et stadig mer omfattende indre marked og tilliggende områder, men også i Schengen (grensekontroll), og nå også i forsvarssamarbeidet. Norge stiller tropper til disposisjon for kampgrupper under EUs ledelse. Norge er slik sett mer med enn Danmark, som har unntak når det gjelder blant annet forsvarspolitik, og Storbritannia, som også har en rekke unntak. Det er en opplest og vedtatt sannhet for alle regjeringer, og uavhengig av hvor mange nei-partier som er med i koalisjonen, at Norge må ha et nært og godt samarbeid med EU. Men hva med demokratiet?

¹ Erik Oddvar Eriksen er professor i statsvitenskap og direktør for ARENA (Senter for Europastudier ved UiO).

² Kristen Ringdal, «Velgernes argumenter», i Anders Todal Jenssen og Henry Valen (red.), *Brussel midt imot*, Oslo (1995), side 51.

I denne artikkelen påpekes at Norge er blitt de facto medlem av en overnasjonal orden uten å ha de rettigheter andre medlemmer har. Hva består suverenitetstapet i, og hvilken «kontrakt» kan en si EØS-avtalen hviler på? Og hvorvidt kan man si at EØS-avtalen er en nest beste løsning i en situasjon hvor verken full isolasjon eller full integrasjon fremstår som særlig realistiske alternativer? Aller først trengs noen refleksjoner over demokratibegrepet, ettersom mye av debatten om overnasjonalitet dreier seg om hva vi skal forstå med demokrati, og hvordan vi skal realisere folkestyrets idealer under nye betingelser.

1 DEMOKRATI OG KONGRUENS

Demokrati bygger på de to grunnleggende prinsipper om *autonomi* og ansvarlighet eller *ansvarsutkreving* (accountability). Med *autonomi* menes det grunnleggende demokratiske prinsipp om at de som underlegges lover, også skal være de som fatter dem. Dette kriteriet innebærer at den politiske maktutøvelsen har karakter av å være en prosess hvor borgerne selv er lovgiver, enten direkte eller gjennom sine representanter. Kravet om *ansvarlighet* indikerer at det må være på plass en kommunikasjonsprosess hvor politiske ledere avkreves begrunnede svar på spørsmål som oppstår i offentligheten, og de må, dersom de ikke kan gi slike svar og blir ansett som inkompetente, kunne kastes.³ For at disse to prinsippene skal oppfylles og sikre at borgerne kan styre seg selv gjennom rett og politikk, trengs *kongruens* mellom *de jure* myndighetsområde og politiske organers faktiske rekkevidde. For å kunne kontrollere egen dagsorden, for å ha politisk handlingskapasitet til å løse felles problemer og realisere kollektive målsettinger, trengs samsvar mellom politisk og sosialt rom.⁴

Med suverenitet forstår vi aktørers eksklusive kontroll over seg selv og sine handlingsbetingelser. En suveren gruppe har kontroll over sin egen dagsorden. Mens nasjonalstatenes *de jure* suverenitet er forankret i FN-charteret, er deres *de facto* suverenitet i dag under stort press. Verdensøkonomien er åpen og blir stadig mer integrert. Pengestrømmene globaliseres, og evnen til nasjonal styring av økonomien svekkes, samtidig som verden stilles overfor nye utfordringer som vanskelig kan bekjempes innenfor nasjonalstatens rammer. Den internasjonale situasjonen er preget av en *intens gjensidig avhengighet* mellom statene og mange problemer som krever koordinert innsats over landegrensene. Eksempler er ustabile finansmarkeder, skatteflukt, forurensning, økologiske kriser, uregulert migrasjon, flyktningstrømmer og menneskerettighetsbrudd. Denasjonalisering og nye styringsformer hinsides nasjonalstaten innebærer at ingen nasjonale fellesskap er fullt ut suverene til å bestemme sine egne hand-

³ Mark Bovens, «Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework», i *European Law Journal* 4 2007.

⁴ Se Michael Zürn, *Regieren jenseits des Nationalstaates. Globalisierung und Denationalisierung als Chance*, Frankfurt 1998.

lingsbetingelser, og at ingen stater bestemmer eksklusivt hva som skal gjelde for egne borgere. Denasjonalisering underminerer de to symmetriene som er nødvendige for effektiv deltakelse, nemlig overensstemmelsene mellom borgerne og de ansvarlige beslutningstakerne, det vil si *input kongruens*, og mellom beslutningene og det territoriet de gjelder for, det vil si *output kongruens*. Uten deltakelse i de beslutningene som berører en, ingen reell selvbestemmelse, og uten samsvar mellom det politiske system og det territoriet som kontrolleres, ingen effektiv deltakelse.⁵ I en globalisert verden kan ikke den enkelte nasjonalstat realisere borgernes frihet og velferd alene, kun ved hjelp av egne ressurser. EU kan sees på som et forsøk på å motvirke dette; gjennom oppbyggingen av overnasjonale styringsstrukturer økes «output»-kongruensen.

Demokrati, forstått som et suverent folks selvstyre, blir problematisk under betingelser av gjensidig avhengighet og internasjonal rettsoppbygging. Forestillingen om nasjonal suverenitet som sikrer konstitusjonelt styresett, som i sin tur muliggjør og legitimerer demokrati og med det beskyttelsen av borgernes rettigheter og interesser, blir for snever. Normativt sett krever demokratiet også at borgerne kan innklage rettighetsbrudd til overordnede instanser. Ethvert «folk» kan ta feil og trenger korrektiver; majoritetsbeslutninger kan krenke individer og mindretall, og nasjonal, konstitusjonell rett står ikke alltid imot. Overnasjonale organer trengs for å hindre at nasjonalstatene krenker borgernes rettigheter, at en stat krenker andre stater, og at dens politikk har bivirkninger som andre må svi for. Overnasjonal rettighetsbeskyttelse er, som vi kommer tilbake til, et problem så lenge overnasjonalt demokrati mangler.

Et annet poeng er at nasjonalt begrenset demokrati ikke er mye verdt om det ikke samtidig har evne til å få noe gjort. Små nasjonalstater har liten kapasitet til å påvirke sine handlingsbetingelser, så derfor blir deres suverenitet mer symbolsk enn reell under betingelser av intens gjensidig avhengighet. Demokratisk legitimitet er dermed ikke bare betinget av den blotte overensstemmelse med autonomiprinsippet, men også som sagt av kongruens og muligheten for effektiv kontroll med egen dagsorden. Demokratiske prosedyrer har en *epistemisk begrunnelse* – de er der for å skape gode og rettferdige beslutninger. Demokratisk legitimitet grunner seg derfor ikke kun i muligheten for deltakelse eller i gjennomslaget for gitte preferanser, men også i adgangen til en prosess som er av en slik kvalitet at presumptivt fornuftige, allment godtakbare beslutninger blir fattet.⁶ Uten resultater ingen legitimitet, uten kongruens intet effektivt demokrati. Det er i dette lyset en må se norske regjeringers aktive innsats for å knytte Norge stadig tettere til EU, en innsats som har begrenset nasjonal suverenitet.

⁵ David Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, CA 1995, side 16; Michael Zürn, *The State in the Post-National Constellation: Societal De-Nationalization and Multi-Level Governance*, ARENA Working Paper 35 1999.

⁶ Jürgen Habermas, *The Postnational Constellation: Political Essays*, Cambridge 2001, side 110.

2 SUVERENITET UNDER PRESS

Norges forhold til EU reguleres som sagt av den tidligere inngåtte EØS-avtalen. Denne var ment å være en midlertidig foranstaltning, ikke Norges varige tilknytningsform til EU. Den hadde trådt i kraft et knapt år før den siste EU-avstemningen. Strengt tatt er det riktig at EØS-avtalen er en internasjonal avtale som respekterer kontraktspartenes suverenitet, for så vidt som EFTA-landene ikke har delegert beslutningsmyndighet til overnasjonale organer. Stortinget har inngått avtalen med kvalifisert flertall, og den kan sies opp av kontraktspartene. Dog har EFTAs overvåkingsorgan – ESA – direkte myndighet i konkurransespørsmål (herunder offentlige innkjøp og statsstøtte). På disse områdene har dette organet fullmakter tilsvarende de Europakommisjonen har. Altså har Norge avgitt suverenitet. Avtalen måtte da også godkjennes av Stortinget med $\frac{3}{4}$ flertall.

EØS-avtalen baserer seg på den delen av EU-retten som regulerer det indre markedet. Kjernen i avtalen er regler som dreier seg om de fire friheter og om konkurranseret, statsstøtte og offentlige anskaffelser. I tillegg kommer enkelte rettsområder som ikke direkte har med de fire friheter å gjøre, men som bidrar til å få dem til å virke bedre, samt noen såkalte *flankeområder*. Dette er «områder av EU-retten som ligger i utkanten av EØS-avtalens virkeområde, men der man likevel har ønsket et mer eller mindre omfattende samarbeid».⁷

Intet departement og knapt noe rettsområde er nå uberørt av EU-retten. Hver regjering etter 1994 har brakt Norge nærmere EU, og flere parallelle avtaler utenfor EØS er kommet til, som Schengen (grensekontroll og politisamarbeid), som også er en rammeavtale med løpende lovgivning,⁸ samt avtaler om norsk deltakelse innenfor rammene av EUs sikkerhets- og forsvarspolitik (ESDP),⁹ og de reformer i høyere utdanning og forskning som i stigende grad har blitt et EU-anliggende.

EØS-avtalen er en dynamisk rammeavtale som ikke må reforhandles på nytt hver gang EU vedtar en ny relevant rettsakt. Isteden blir avtalen oppdatert slik at lovgivningen innen hele EØS-området forblir ensartet. Det dynamiske aspektet ved avtalen er svært viktig for at dens hovedformål, opprettholdelsen av ensartetheten i det indre marked, realiseres. Et *homogenitetsprinsipp* er gjort gjeldende, det vil si at de samme regler gjelder for EFTA-partnerne som for EU-landene. Dette fører til at brorparten av EU-lovgivningen hvert år blir inkludert i EØS-avtalen. Ved utgangen av 2006 hadde 5300 rettsakter blitt inkorporert i norsk lov, noe som da utgjorde 99,3 prosent av alle direktiver. Norge er altså et medlem som har valgt å stå utenfor de formelle beslutnings-

⁷ Fredrik Sejersted, «Hovedtrekk ved EØS-avtalen», i Fredrik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn og Olav Kolstad, *EØS-rett*, 2. utgave, Oslo 2004, side 93.

⁸ Se f.eks. Fredrik Bøckman Finstad, «Norges tilknytning til EUs justis- og innenrikspolitikk», i *Nytt Norsk Tidsskrift* 4 2008.

⁹ Se f.eks. Helene Sjørven, «Fra bremsekloss til medløper: Norge i EUs utenriks- og sikkerhetspolitikk», i *Nytt Norsk Tidsskrift* 4 2008.

kanalene, men som likevel har inkorporert EUs direktiver og forordninger i nasjonal rett.

EØS-avtalen er den mest omfattende avtale Norge noensinne har underskrevet, og det er en spesiell avtale. Den er ikke spesiell bare fordi det er svært ulike parter den gjelder for – tre små EFTA-land mot 27 EU-stater, men også fordi den har som formål å integrere EFTA-landene i EUs indre marked. Det er altså ikke bare slik at Norge er bundet til å inkorporere et gitt sett av rettsregler; landet er også forventet å inkorporere *all fremtidig lovgivning* som er relevant for avtalen. Det er en ekspansiv avtale som øker i omfang etter som EU utvides og integrasjonen fordypes.

3 EN HUSMANNSKONTRAKT

I motsetning til hva som er tilfellet med en ordinær internasjonal kontrakt, hvor presumptivt likestilte parter inngår eller avslutter en avtale, eventuelt fornyer den etter gjentatte forhandlinger, er EU basert på en *statuskontrakt*, hvor formålet er å endre statusen til den ene parten. Avtalen har til hensikt å endre, bekrefte eller «nullify the status of at least one of the parties».¹⁰ Statuskontrakten har som formål å endre medlemmenes status fra *nasjonalstater til medlemsstater*. Likeledes har EØS-avtalen som formål å gjøre Norge, Island og Liechtenstein lik EU-landene gjennom at store deler av EUs *acquis communautaire*¹¹ må inkorporeres i disse landenes rettssystem. I et vanlig kontraktsforhold inngår partene frivillig en juridisk bindende avtale som kan avsluttes eller endres av parter som har vetorett. Ingenting forandres hvis ikke alle er enige. En slik avtale er en slags «gentlemen's agreement» som forutsetter likeverdighet og uavhengighet, og som ikke berører partenes suverenitet og identitet. Partene forblir de samme etter at kontrakten har trådt i kraft. En internasjonal kontrakt setter dermed heller ikke opp egne kriterier for legitimitet.

Begrepet *statuskontrakt* er egnet til å kaste lys over dynamikken i den europeiske integrasjonsprosessen. EU, som har både mellomstatlige og overstatlige strukturer, kan best karakteriseres som et *Bund*. Dette er noe mer enn en internasjonal organisasjon eller et statsforbund, men mindre enn en føderasjon. Statene har en sterk stilling innenfor en kvasi-føderal struktur som posisjonerer EU-retten høyere enn nasjonal rett. Doktrinen om direkte effekt gir EU-retten virkning som intern, nasjonal rett, og doktrinen om EU-rettens forrang betyr at nasjonal rett må vike for fellesskapsretten på de områder EU har kompetanse når de to rettskildene kommer i konflikt. Videre er det slik at i

¹⁰ Claus Offe & Ulrich K. Preuss, «The Problem of Legitimacy in the European Polity: Is Democratization the Answer?», i Colin Crouch og Wolfgang Streek (red.), *The Diversity of Democracy: Corporatism, Social Order and Political Conflict*, Cheltenham 2007, side 192.

¹¹ Dette er et fransk uttrykk som betyr «EU som det er», dvs. de rettighetene og pliktene EU-landene deler. Dette inkluderer alle EUs traktater og lover, erklæringer og resolusjoner og dommer gitt av EF-domstolen. For at et nytt medlemsland skal kunne bli opptatt i unionen, er det et krav at det oppfyller «acquiset».

motsetning til en vanlig internasjonal organisasjon har EU en selvstendig kilde til legitimitet gjennom sine representative organer og ved at EF-domstolen har fortolkningsmonopol med hensyn til traktatene. Domstolen handler som en autoritativ fortolker av traktatene og ikke som medlemsstatenes agent. EU gir lover som gjelder over hele Europa gjennom institusjoner som er forpliktet på Unionen selv.

De siste tjue årene, i takt med at omfanget av samarbeidet har økt kraftig, har også selve beslutningsstrukturen blitt mer og mer overnasjonal. EU har et eget rettsgrunnlag, overnasjonale institusjoner og direkte forbindelser til borgerne. Denne konstruksjonen er basert på den noe selvmotsigende, men ekspansive *statuskontrakten*. EØS-avtalen, hvis formål er å integrere Island, Liechtenstein og Norge i EUs indre marked, bærer naturlig nok tydelig preg av dette. Men i og med at disse landenes myndigheter og borgere mangler representasjon i EUs beslutningsorganer, har EØS-avtalen ikke bare karakter av å være statuskontrakt, men også en *husmannskontrakt*. Det er snakk om en ubalansert avtale mellom svært så ulike parter. Her er det verken maktlikevekt eller like innflytelsesmuligheter.

4 EU-RETTENS FORRANG

EUs trinnhøyere posisjon kommer tidlig til uttrykk i loven om gjennomføring av EØS-avtalen:

Bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, skal i tilfelle konflikt gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Tilsvarende gjelder dersom en forskrift som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, er i konflikt med en annen forskrift, eller kommer i konflikt med en senere lov.¹²

I rettslig forstand etablerer paragraf 2 ingen forrang for EØS-regler i forhold til andre lover. Stortinget kan «når som helst gi en lov som strider mot gjennomførte EØS-regler, og denne loven vil norske domstoler være forpliktet til å følge, selv om det innebærer et traktatbrudd som Norge kan dømmes for av EFTA-domstolen».¹³ Stortingets lovgivende myndighet er, i motsetning til ovennevnte paragraf, nedfelt i Grunnloven. Paragraf 2 må heller sees på som uttrykk for et tolkningsprinsipp.¹⁴ Om nasjonale eller EU-rettslige kilder skal rage høyest, er således et (politisk) avveiningsspørsmål. EFTA-domstolen har imidlertid slått fast at EØS-avtalen er «an international treaty *sui generis* which contains a distinct legal order of its own» som er «less far-reaching than under

¹² Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv. (EØS-loven), lov 27.11.1992, § 2.

¹³ Finn Arnesen, «EØS-reglens betydning i norsk rett», i Sejersted et al. 2004, side 245.

¹⁴ Ibid.

the EC Treaty, but the scope and the objective of the EEA Agreement goes beyond what is usual for an agreement under public international law». ¹⁵ På grunn av de dramatiske konsekvensene vil det uansett være vanskelig for Stortinget å vedta lover som strider mot EØS-regler. Det vil kunne innebære traktatbruddssøksmål mot Norge. «For de fleste praktiske formål må man derfor si at EØS-retten, slik den er gjennomført ved lov i norsk rett, er gitt forrang fremfor annen norsk lov. Også her er den reelle friheten langt mindre enn den formelle.» ¹⁶

Som sagt er det EU som har den reelle *fortolkningsmakten* med hensyn til hva som faller inn under avtalen. Videre ligger kompetansen til å tolke hvorvidt en norsk lov bryter med EØS-regler, hos EFTA-domstolen, ikke hos Stortinget eller norske domstoler. «Dersom ESA kommer til at en EFTA-stat ikke har oppfylt en forpliktelse etter EØS-avtalen, kan staten etter art. 31 trekkes inn for EFTA-domstolen, med påstand om traktatbrudd.» ¹⁷

5 LOBBYISME OG DIPLOMATI

Som sagt bygger demokrati på de to grunnleggende prinsipper om *autonomi* og *ansvarlighet*. I en demokratisk rettsstat sikrer muligheten til å delta i offentlig debatt og i valg til representative institusjoner at demokratiprinsippene presumptivt oppfylles. Beslutningstakere som får et folkelig mandat gjennom valg og etter en offentlig argumentasjonsutveksling, kan holdes ansvarlige gjennom offentlig kritikk og kan kastes ved neste valg. Med EU er det ikke riktig så enkelt, siden det er Rådet, hvor bare nasjonale regjeringsmedlemmer er representert, som har mest makt. Det er likevel ikke slik at EU, som det er tilfelle med andre internasjonale organisasjoner, kun baserer seg på *delegering* av myndighet som kan kontrolleres og kalles tilbake av kontraktspartene. Institusjonene har *de facto* beslutningsmessig autonomi, og det skjer en betydelig menings- og viljedannelse i beslutningsforaene på europeisk nivå. Dette skjer i komiteer og politikk-nettverk, i Kommisjonen så vel som i Rådet, hvor eksperter og interessegrupper er representert. Særlig bryter det direkte valgte Europaparlamentet med en delegasjonsmodell, og med forståelsen av EU som en internasjonal organisasjon. EU er en overnasjonal organisasjon med direkte forbindelser til befolkningen i Europa, uten at en dermed kan si at kravene til autonomi og ansvarlighet er oppfylt.

Norske borgere er ikke representert i de organene som vedtar EU-lovgivning: Europaparlamentet og Rådet. Mens representanter for EUs medlemsland og borgere har beslutningsmyndighet, må nordmennene og den norske regje-

¹⁵ Case E-9/97 Erla María Sveinbjörnsdóttir and The Government of Iceland paragraph 59. Sitert fra H.P. Graver, «EEA, Supremacy and the Liquidity of Law – does EU Law Trump the Norwegian Constitution?», 2005 mimeo.

¹⁶ Arnesen, «EØS-reglens betydning i norsk rett» i Sejersted et al. 2004, side 245.

¹⁷ Fredrik Sejersted, «Institusjoner i EØS», i Sejersted et al. 2004, side 156.

ring, i den grad den ønsker å påvirke beslutningsprosessene, nøye seg med å drive diplomati og lobbyvirksomhet. Norske eksperter deltar i mange av Kommissjonens ekspertgrupper. Lobbyisme og komitémedlemskap gir norske borgere noe innflytelse. Byråkrater og eksperter deltar også i over 200 komiteer i EU-systemet, men har ikke innpass i alle komiteene, og det er heller ikke snakk om de viktigste komiteene under Rådet. Dette kan selvsagt ikke kompensere for Norges demokratiske underskudd i forholdet til EU, der en er blitt *mottaker* heller enn skaper av politikk. Dette er et problem som ikke bare gjelder Norge.

Globalisering eller «avnasjonalisering», økt gjensidig avhengighet mellom stater, osv. svekker betingelsene for en effektiv nasjonal politikk. Globalisering gir assosiasjoner til liberalisering, avregulering og frie kapitalbevegelser eller det vi kaller *økonomisk globalisering*, men gir seg også utslag i internasjonale og overnasjonale beslutningsorganer og rettsstrukturer. Det har skjedd en formidabel internasjonal rettsoppbygging i kjølvannet av opprettelsen av FN (særlig Menneskerettighetserklæringen og Den internasjonale straffedomstolen), som i realiteten har begrenset nasjonalstatenes suverenitet. Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg beskytter europeiske borgeres rettigheter; borgerne i Europa kan nå saksøke sin egen stat. Den internasjonale straffedomstolen legger bindinger på nasjonalstatenes handlingsrom. Nå kan krigsforbrytere dømmes i Haag. Ofte overkjøres nasjonale interesser. WTO (Verdens handelsorganisasjon) fatter gjennom sitt tvisteløsningsorgan bindende beslutninger på alle medlemmenes vegne selv om noen stater kan være uenige. Tradisjonen med å sitere internasjonale rettskilder i nasjonale domsavsigelser tillater at normer som ikke er akseptert av innbyggerne, blir gjeldende rett. Videre kan en hevde at den europeiske reguleringspolitikken som EU står for når det gjelder arbeids-, miljø- og menneskerettighetsstandarder, overkjører nasjonale lovgivende prosesser,¹⁸ men sikrer den enkeltes rettigheter og status.

6 ALTERNATIVE TILKNYTNINGSFORMER

Island, Liechtenstein og Norge, som nå utgjør EØS-gruppen, har valgt å stå utenfor EU, men nyter samtidig godt av det indre markedet gjennom EØS-avtalen. Dermed skulle to mål være sikret: økt problemløsningskapasitet gjennom markedsadgang, og minimal avståelse av suverenitet (ved at fiskeri, landbruk og utenrikspolitikk holdes utenfor).¹⁹ Det er likevel slik at for mange praktiske formål er Norge blitt *de facto* EU-medlem, dog uten demokratisk medbestemmelsesrett. Fra et demokratiperspektiv fortøner derfor valget seg å

¹⁸ I WTO er det Europakommisjonen som forhandler på vegne av EUs medlemsland på de områder som dekkes av traktatene. Det er også Europakommisjonen som håndterer tvister på vegne av medlemslandene.

¹⁹ EØS-avtalen integrerer heller ikke Norge i EUs felles tollunion og handelspolitikk. Norge forhandler og snakker derfor på egne vegne i WTO, står fritt til å fastsette tollsatser og innføre handelstiltak mot tredjeland, samt til å forhandle frem handelsavtaler med tredjeland etc. Når det gjelder «hard» utenrikspolitikk, er imidlertid Norge nå til en viss grad med, gjennom vår deltakelse i EUs innsatsstyrker.

være enten fullverdige medlem av Unionen eller en avvikling av EØS-samarbeidet. Det er da også disse alternativene som danner grunnlaget for de europapolitiske standpunktene til de fleste politiske partiene og for handlingsplanene til Nei til EU og Europabevegelsen. Av partiene på Stortinget er det kun Venstre og KrF som ser på EØS-avtalen som den foretrukne tilknytningen til EU. Mens Venstre sier seg «(...) grunnleggende positiv til EU som en arena for samarbeid, freds- og demokratibyggning(...)» og begrunner sin preferanse for EØS med at «[d]et ligger ikke til rette for å starte en ny EU-debatt i Norge de nærmeste årene»,²⁰ finner avtalen en sjelden grad av entusiasme hos KrFs leder Dagfinn Høybråten som erklærer partiet som «en varm tilhenger av EØS-avtalen».²¹

De som ønsker å erstatte EØS-avtalen med enten et mer begrenset, bilateralt forhold til EU eller fullt medlemskap, er imidlertid klar over de betydelige hindringene som ligger i veien for begge disse løsningene. Den såkalte sveitsiske modellen som fremholdes av mange av EU-motstanderne, har i realiteten vist seg å innebære noe langt mer enn en samling vanlige mellomstatlige avtaler. Mens EØS-landene i større grad har håndtert utfordringene i relasjon til den stadig dypere og bredere integrasjonen blant EU landene innenfor rammene av den dynamiske EØS-avtalen, har Sveits inngått stadig nye og mer omfattende og forpliktende avtaler med Unionen. Samtidig er det drevet en utstrakt ensidig EU-tilpasning av nasjonal rett, såkalt *autonomer Nachvollzug*, med det resultat at «utenforlandet Sveits snart har trådt like langt inn i EU som utenforlandet Norge».²² Etter femten år med den «sveitsiske løsningen» er resultatet omfattende integrasjon gjennom et komplisert og uoversiktlig sett av bilaterale avtaler. Det er nå enighet mellom Sveits og EU om at «det bør fremforhandles en rammeavtale (...) som kan effektivisere oppdateringen av avtalene og gjøre dem mer dynamiske».²³ Samtidig har EU selv, i sin gjennomgang av samarbeidet med EFTA-landene, gitt klart uttrykk for at EØS-modellen med en dynamisk rammeavtale med overnasjonale organer er klart å foretrekke fremfor en statisk, bilateral modell uten uavhengige organer som kan fremtvinge implementering og etterfølgelse av felles regelverk.²⁴ Det er derfor liten grunn til å tro at EU ville være interessert i å gi Norge den tilgangen til det felles indre marked som norsk industri og næringsliv er så avhengig av, gjennom et bilateralt avtaleverk à la Sveits'.

Det andre alternativet, fullt medlemskap i EU, virker også lite gjennomførbart, i alle fall på kort sikt. Det har de senere årene vært et stabilt og betydelig flertall i folket mot norsk medlemskap, og «selvmordsparagrafene» som etter

²⁰ Frihet og ansvar. Et sosialliberalt samfunn: Venstres stortingsvalgprogram 2009–2013, side 83.

²¹ Dagfinn Høybråten, «EØS-avtalen står sterkt», tilgjengelig på: http://www.krf.no/ikbVierwer/page/krf/artikkel?p_document_id=19422&hovedtema=&person=&hva=, lastet ned 30.4.2009.

²² Gjermund Mathisen, «Den sveitsiske modellen: et EØS-alternativ?», i *Nytt Norsk Tidsskrift* 2 2009, side 184.

²³ *Ibid.*

²⁴ Council of the European Union, document 15551/1/08, 5 December 2008.

hvert har blitt standard i alle regjeringskoalisjoner, legger – ofte sammen med indre splittelse – en effektiv demper på ja-partienes ønske om å utvise tydelig lederskap.

7 EN NEST BESTE LØSNING

Spørsmålet blir da om EØS-avtalen som tilknytningsform kan forsvares som en «nest beste løsning» i en situasjon hvor de to – utfra et demokratiperspektiv – foretrukne alternativene fremstår som lite realistiske. Ett åpenbart argument for å hevde at avtalen har demokratisk legitimitet, er den sterke støtten den har i folket.²⁵ Lars Blichner har nylig i en artikkel reflektert over nettopp dette at en ordning som har blitt så sterkt kritisert på et demokratiteoretisk grunnlag, aksepteres av det norske folk og den politiske elite, og kommet opp med en rekke mulige grunner for å akseptere EØS-avtalen.²⁶ Han viser at det at det norske folk med vitende og vilje underkaster seg et overnasjonalt system de har liten eller ingen mulighet til å påvirke, kan fremstå som rasjonelt under de rådende forhold. Norge, som et lite land med en åpen økonomi i en usikker og i stadig sterkere grad globalisert verden, påvirkes av konsekvensene av andre staters handlinger, og er derfor tjent med felles regler: «Avtalen gir oss ikke bare direkte økonomiske fordeler, men også forutsigbarhet i forhold til regler for konkurranse på et fritt marked. At vi ikke liker alle reglene like godt og har begrensede muligheter for å påvirke dem, er underordnet de substansielle fordelene vi høster.»²⁷ Videre gjør EØS-avtalen norske borgere til rettssubjekter med de samme rettigheter og underlagt de samme regler og lover som alle andre borgere innenfor EØS-området. Denne rettsorden bygger på rettsstatlige prinsipper, og vår tilslutning til den er akseptert av Stortinget: «I en globalisert verden ønskes en tendens i retning av rettslig enhet gjennom gjensidig tilpassing mellom ulike rettssystem velkommen så lenge en slik utvikling i det minste ikke bryter med rettsstatlige prinsipper og i beste tilfelle utvikler disse videre.»²⁸

Det konkrete innholdet i EØS-avtalen – det som reguleres – er videre områder hvor vi forstår og aksepterer at det er behov for mellomstatlig regulering: «Juridifisering uten demokrati kan lettere aksepteres på områder der det er behov for felles regler enn der det ikke i så stor grad er tilfellet.»²⁹ Juridifiseringen som EØS-avtalen innebærer, kan også i seg selv oppfattes å ha en

²⁵ I en meningsmåling utført av Bergens Tidende i april 2008 oppga 57,7 prosent at de ville stemt ja dersom det i dag hadde vært folkeavstemning om EØS-avtalen, mens bare 23,1 prosent ville stemt nei, se: Terje Valestrand, «Vi sier ja til EØS», *Bergens Tidende* 21.4.2008. For en diskusjon, se: E. Ryen, «Den populære EØS-avtalen», *Bergens Tidende*, 6.5.2008.

²⁶ Lars Christian Blichner, «Fem mulige grunner til å akseptere EØS-avtalen», i *Nytt Norsk Tidsskrift* 4 2008.

²⁷ *Ibid.*, side 361.

²⁸ *Ibid.*, side 362.

²⁹ *Ibid.*, side 363.

verdi ettersom borgerne stoler på at domstolene tolker loven i tråd med den allmenne rettsoppfatning, samt beskytter rettsstatlige prinsipper som maktfordelingsprinsippet: «Om folkevalgte organ eller den utøvende makt i en uklar demokratisk situasjon får for mye makt, stoler det norske folk på at domstolene tar ansvar og rydder opp.»³⁰

Til sist kan EØS-avtalen betraktes som en ordning som gjør Norge og nordmenn til demokratiske gratispassasjerer. Selv om vi ikke deltar i disse, så er det like fullt på plass demokratiske prosedyrer som juridifiseringen er underlagt, og som gjør den demokratisk akseptabel. Nordmenn er dermed *demokratiske gratispassasjerer* i den forstand at «de er borgere som ikke – eller i mindre grad – er demokratisk aktive og som har mindre mulighet enn EU-borgere til å være det, men som allikevel nyter godt av at EU består av demokratiske stater og har utviklet det mest sofistikerte demokratiske internasjonale samarbeid som finnes så langt i verden.»³¹ Det at vi ikke deltar i de demokratiske beslutningsorganene, er ikke fordi vi er ekskludert, men resultatet av et valg det norske folk selv har gjort, og som – om det skulle være ønskelig – når som helst kan omgjøres.

8 RETTIGHETENES RETTIGHET

Det er mange fordeler knyttet til juridifisering på det internasjonale nivå etter som det er retten som hindrer alles kamp mot alle, og borgernes rettssikkerhet øker. Christoffer C. Eriksen hevder også at EØS-avtalen har en viss *konstitusjonell legitimitet*. Ifølge ham «vil EØS-avtalens grenser for statens handlingsrom kunne være nødvendig for demokratiets legitimitet, fordi disse grensene hindrer det nasjonale politiske flertall i å krenke individers og andre parters frihet».³² Det at avtalen begrenser nasjonal selvråderett, blir dermed et argument for dens demokratiske legitimitet. Forholdet mellom demokrati og forfatning er komplisert, og er gjerne forstått som et gjensidighetsforhold. Uten rettigheter intet demokrati, uten demokrati ingen legitime rettigheter. Det er imidlertid viktig å holde dem fra hverandre, ettersom også barn og slaver kan ha rettigheter, og selv diktaturer kan legitimere seg gjennom gode resultater. Den rettslige beskyttelsen av rettigheter holder ikke, fordi, som vi vet:

«[y]ou could create rights and afford judicial remedies to slaves. The ability to go to court to enjoy a right bestowed on you by the pleasure of other does not emancipate you, does not make you a citizen. Long before women and Jews were made citizens they enjoyed direct effect.»³³

³⁰ Ibid., side 364.

³¹ Ibid., side 365.

³² Christoffer C. Eriksen, «Europeisk rett og norsk politikk – et konstitusjonelt perspektiv», i *Nytt Norsk Tidsskrift* 2 2009.

³³ Joseph H.H. Weiler, «To be a European Citizen: Eros and Civilisation», i *Journal of European Public Policy* 4 1997, side 503.

Juridifisering uten demokrati er problematisk. Det bryter med ideen om et selvstyrt samfunn der borgerne via politikk og rett virker tilbake på seg selv. Det enestående med moderne samfunn, det vil si samfunn som har gjennomløpt den demokratiske revolusjon, er at borgerne er tilkjent *rettighetenes rettighet*: retten til å gi seg selv rettigheter. Her ble det prinsippet knesatt at borgerne er autonome subjekter; som borgere av et selvbestemt fellesskap kan de gi seg selv de lovene de selv skal adlyde. Derfor er politiske rettigheter så grunnleggende, og derfor er juridifisering så problematisk. Frigjøring fra heteronomi, fra vilkårlig makt, tvang og formynderi var demokratibevegelsenes slagord, og i dag, under betingelser av rettslig overformynderi og selvvalgt overstyring, kommer Kants formulering om at opplysning er frigjøring fra selvvalgt umyndighet, igjen til sin rett. Sapere aude!

Det er i et slikt opplysningsprosjekt at EØS-avtalen blir særlig problematisk. Den fører til at nordmenn frakobles de kommunikasjonsstrømmer og de læringsprosesser som ligger til grunn for lovgivningen. De er ikke med i den debatt som foregår i Europa og den *læring* som finner sted gjennom offentlig fornuftsbruk i forbindelse med valg og kampanjer. Siden Norge ikke er med i initiativfasen når saker kommer opp på den politiske dagsordenen i EU, blir det ikke noen offentlig debatt for og mot direktiver eller forordninger før de er blitt EU-rett. Nordmennene blir presentert for et *fait accompli*. Når en bare skal ta stilling til Tjenstedirektivet *etter* at det er vedtatt i EU, blir straks debatten dreid mot hva som vil komme til å skje med EØS-avtalen om Norge sier nei, og ikke bare om direktivet er godt eller dårlig. Dermed svekkes betingelsene for fri og uavhengig meningsdannelse.

Også fordi den innebærer et kompromiss – en enighet om å holde EU-saken borte fra den politiske agenda – har EØS-avtalen en passiviserende effekt på den offentlige debatt. Som en nylig evaluering av avtalen konkluderer:

«Mange har karakterisert EØS-avtalen som et politisk kompromiss, og på mange måter er dette et vellykket og stabilt kompromiss. Faren er at kompromisset blir så komfortabelt at viktig debatt undergraves. Studier viser også at det i Norge er svært lite politisk debatt og medieoppmærksomhet knyttet til EU-spørsmål, med unntak av når vedtatte rettsakter eller dommer oppfattes som svært problematiske. På lang sikt kan denne stillheten representere en risiko ved at incentiver for aktiv europapolitikk gjennom kompetansebygging og åpen debatt begrenses, og at politikere i begrenset grad ansvarliggjøres for sin europapolitikk.»³⁴

³⁴ Norway and the European Union: Beyond the EEA? Econ-report no. 2009-053, side 2. Se også: Jan Kåre Melsæther, Valgt likegyldighet. Organiseringen av europapolitisk informasjon i Stortinget og Riksdagen. ARENA-report 4 2004. Line Andersen, *Demokrati i klemme? EØS-avtalen i et demokrati-teoretisk perspektiv*, hovedoppgave avlagt ved Institutt for statsvitenskap UiO, 2000.

9 LISBOA-TRAKTATEN OG DEMOKRATIET

Problemet med rettsopbyggingen internasjonalt er altså at den innebærer en *rettsliggjøring* eller *juridifisering*.³⁵ I et demokratisk perspektiv er rettsliggjøring problematisk ettersom den innebærer at borgerne underlegges et kooperativt system som de ikke uten videre kan påvirke.³⁶ Dette kjennetegnes av fravær av representative institusjoner, det vil si mekanismer for demokratisk kontroll. Problemet gjelder også EU ettersom det er et mangelfullt demokrati med mange representative svakheter og en uforholdsmessig sterk domstol. Konsekvensen er at rettighetsbeskyttelsen øker, men på bekostning av nasjonalt demokrati. Det er ikke borgerne selv eller deres representanter som fatter lovene, men jurister, embetsmenn og byråkrater. Globalisering så vel som europeisering medfører rettsliggjøring, men de borgerne hvis land er medlem av EU, har likevel en viss mulighet til å påvirke de overnasjonale beslutningene, spesielt gjennom sine representanter i Europaparlamentet og gjennom sine regjeringers representanter i Rådet. Norske borgere er ikke representert i de få folkevalgte organer som faktisk er opprettet for å vedta nye overnasjonale regler og overvåke regelbruken.

I EU har det foregått en demokratiseringsprosess, som nådde et foreløpig høydepunkt med EUs grunnlovstraktat av 2005. Den led som kjent nederlag i folkeavstemninger i Frankrike og Nederland, og er nå erstattet av *Lisboa-traktaten* som ble signert i november 2007, men som også ble nedstemt i en folkeavstemning i Irland i 2008. Irene skal stemme på nytt høsten 2009, og traktaten skal nå etter planen tre i kraft fra januar 2010. Lisboa-traktaten konsoliderer i stor grad gjeldende praksis i EU, og stadfester at Unionen er blitt en organisasjon i sin egen rett og noe langt mer enn et felles marked. Dette viser både rettighetsfestingen og beslutningssystemene. Charteret for grunnleggende rettigheter, som inngikk som del to av den opprinnelige Grunnlovstraktaten, er nå erstattet av en kryssreferanse med samme rettslige verdi.³⁷ Henvisningen til fri og *uhindret konkurranse* som et mål er tatt bort, selv om frihandelsregimet fortsatt kan oppfattes som grunnlovsfestet. Nye elementer er henvisninger til utfordringer som klimaendring og energisolidaritet, og det er større fleksibilitet for deltakelse på nye politikkområder, som grensekontroll, asyl og immigrasjon, og rettslig samarbeid om justis- og politisaker.

De viktige forslagene fra Grunnlovstraktaten om institusjonelle endringer er beholdt. Bruken av kvalifisert flertall som beslutningsmekanisme utvides til 40 nye områder, og en dobbel flertallsregel (55 prosent av medlemsstatene og 65 prosent av befolkningen) blir beslutningsregelen i Rådet på de fleste områder. Videre innføres et permanent presidentskap (2,5 år) og en «utenriksminis-

³⁵ Se Lars Blichner & Anders Molander, «Mapping Juridification», i *European Law Journal* 1 2008, side 36–54.

³⁶ James Bohman, «Reflexive Constitution-Making and Transnational Governance», i Erik Oddvar Eriksen (red.), *Making the European Polity: Reflexive Integration in the EU* London 2005, side 39.

³⁷ Charteret er ikke bindende for Storbritannia og Polen.

ter» med et «dobbelte embete» tilknyttet både Rådet og Kommissjonen. EU får juridisk personlighet og nasjonale parlamenter styrkes ved at det innføres en tidlig varslingsmekanisme som gir dem rett til å opponere mot lovgivning som ikke harmoniserer med subsidiaritetsprinsippet.³⁸ Endelig får Europaparlamentet økt makt ved at den felles beslutningsprosedyren skal være hovedregelen, noe som gjør at EU nærmer seg et tokammersystem; og det innføres en folkelig initiativrett.³⁹ Selv om det er mange problemer med Lisboa-traktaten, har den også en del fordeler fra et demokratisk perspektiv.

10 KONKLUSJON

EØS-avtalen dekker i det store og hele områder der det er behov for mellomstatlig regulering, og for et lite land er det mange fordeler med medlemskap i en internasjonal rettsorden. Den svekker imidlertid nasjonalt demokrati fordi betingelsene for fri og uavhengig meningsdannelse begrenses, og fordi den politiske dagsorden i stor grad fastsettes av EU.

Av *realpolitiske grunner* må Norge påvirke politikken til EU som best det lar seg gjøre. Derfor har skiftende norske regjeringer systematisk søkt å være med i mest mulig av det som gjøres. Resultatet er at Norges befolkning i dag i stor grad styres av Brussel, selv om 52,2 prosent stemte nei til Unionen i 1994. Norske borgere berøres av EUs regler – som arbeidstakere og arbeidsgivere, som studenter og lærere, som kunder og klienter og som brukere av offentlige tjenester. Norges politiske dagsorden influeres i stigende grad av EU. Som statsborgere berøres nordmenn negativt. Nordmenn har fått flere friheter og rettigheter, men har fått svekket sine politiske rettigheter i den forstand at muligheten til å være med og bestemme over de reglene som faktisk gjelder, har blitt mindre. En kan etterlyse det *folkelige mandat* for den politikken som føres. En kan spørre med hvilken rett Norges regjering og Storting kan drive en så vedvarende og omfattende EU-tilpasning.

³⁸ Lisboa-traktaten introduserer en «tidlig varslingsmekanisme» som vil gi alle EUs nasjonale parlamenter åtte uker til å bedømme hvorvidt ethvert lovforslag er i tråd med subsidiaritetsprinsippet slik det er nedfelt i den konsoliderte EU-traktatens artikkel 5. Dersom en tredjedel av parlamentene kommer frem til at lovforslaget vil innebære et brudd på subsidiaritetsprinsippet, må Kommissjonen vurdere det på nytt. I tillegg må Kommissjonen, dersom den velger å beholde forslaget og minst halvparten av de nasjonale parlamentene mener det vil innebære et brudd, gi parlamentenes begrunnelse videre til Rådet og Europaparlamentet, som et vedlegg til lovforslaget. Disse vil i siste instans avgjøre saken.

³⁹ Det heter i artikkel 11 i den konsoliderte EU-traktaten at: «Et antal unionsborgere på minst en million, der kommer fra et betydeligt antal medlemsstater, kan tage initiativ til at opfordre Kommissionen til inden for rammerne af sine beføjelser at fremsætte et egnet forslag om spørgsmål, hvor en EU-retsakt efter borgernes opfattelse er nødvendig til gennemførelse af traktaterne.»