

Henrik Zahle

EU og den danske grundlov

CHRISTIAN EJLERS' FORLAG

København 1998

EU og den danske grundlov
er sat med Baskerville og trykt hos
Nordisk Bogproduktion A.S., Haslev

Copyright: © by Henrik Zahle 1998

Kopiering af denne bog er kun tilladt
på institutioner, der har indgået aftale
med Copy-dan, og kun inden for de
i aftalen fastlagte rammer.

ISBN 87 7241 866 4

Christian Ejlers' Forlag
Brolæggerstræde 4
Postboks 2228
1018 København K
liber@ce-publishers.dk
www.ce-publishers.dk

Indhold

Forord 7

1. Traditionen 9
 2. EF/EU 15
 3. Betingelserne efter grl. § 20 17
-

4. Selvstændig retsdannelse 21
 5. Særligt om art. 235 33
 6. Anvendelsen af art. 235 37
-

7. Demokratisk kongruens 51
 8. Judiciel kongruens 55
 9. Kvantitative grænser 59
 10. Dansk selvstændighed 61
-

11. Præjudiciel kompetence 67
 12. Angivelse af overladt kompetence 73
 13. Ikke egen kompetence 77
-

14. Internationalisering uden for grl. § 20 79
 15. Stor eller lille grundlovsprocedure? 83
 16. EU og rigets enhed 89
-

17. Adgang til domstolene 91
 18. Domstolskontrollen 97
 19. Grundlovsfortolkning 102
 20. Mellem føderalisering og renationalisering 108
-

Litteratur 110

Forord

En drøftelse af forholdet mellem EU og den danske grundlov er nærliggende af flere grunde. Det danske medlemskab af EF, senere EU, har siden januar 1973 indebåret en dybtgående forandring af den forfatningsretlige struktur i Danmark. En retssag verserer om medlemskabets forenelighed med grundloven, og det må optage mange, hvordan den sag vil forløbe. Herom kan man naturligvis ikke sige noget sikkert. Teksten – eller rettere dens fremskyndede færdiggørelse – har retssagen som anledning. Men ikke som emne. Det procesuelle materiale, som Højesteret snart skal bedømme, har jeg ikke skaffet mig fuld adgang til; og mine refleksioner angår ikke alle de argumenter, som parterne har gjort gældende, og er ikke begrænset til dem. En yderligere aktuel anledning til emnet er den forestående stillingtagen til revisionen af traktatgrundlaget, Amsterdam-traktaten. Denne inddrages ikke i det følgende, men de grundlovsmæssige forudsætninger for tilslutning til EU har naturligvis relevans for opfattelsen af den reviderede traktat.

Grundlaget for manuskriptet er et foredrag i den offentlige foredragsrække »Aktuelt fra forskningen« ved Det Kongelige Danske Videnskabernes Selskab den 10. marts 1997. Nogle synspunkter blev fremlagt og konstruktivt kommenteret ved et uformelt seminar ved Senter for Europa-rett, Universitetet i Oslo, den 12. december 1997.

Nogle hyppigt nævnte bestemmelser i den danske grundlov og i Traktaten om Den Europæiske Union er gengivet på indersiden af bogens flapper. Jeg analyserer problemer, som i vidt omfang er behandlet tidligere, og fremstillingen bygger på den allerede eksisterende litteratur om emnet; for at

8 FORORD

undgå for mange gentagelser af, hvad der er skrevet andetsteds, er udvalgt litteratur anført til sidst, men bliver ikke resumeret her.

De følgende overvejelser tilsigter ikke at afdække en endelig sandhed, men at give et – mit – bidrag til de refleksioner over forholdet til EU, som skal foregå under og efter den verserende retssag.

København, februar 1998

Henrik Zahle

1. Traditionen

I forhold til den danske grundlov er EU og EU-retten et fremmedlegeme. Grundloven er – som mange grundlove – kort, oftest åben i teksten, og ofte velformuleret. Ingen af disse prædikater passer på traktatgrundlaget for EU. På den anden side – hvis man vil se på sagen som federal – må jo også erkendes, at de nationale grundlove er en slags fremmedlegemer i forhold til EU, i hvert fald hvis EU ser sig selv som et forfatningsbaseret fællesskab, der sammenkæder tidligere nationalstater [1]. Men synsvinklen i det følgende er den danske forfatningsretlige, så for det følgende er det afgørende at belyse den tradition, som har været rammen for etableringen af EU som et forandrende indgreb i den danske forfatningsstruktur.

Denne tradition går ud på, at Danmark er en suveræn eller selvstyrende stat [2]. Heri ligger, at den danske befolkning (dvs. personer, der opholder sig på det danske territorium) er underlagt dansk ret, dvs. at offentlige afgørelser og reguleringer udgår fra danske myndigheder. Der er ganske vist ikke – som under enevælden – én suveræn, for suveræniteten blev i 1849 i overensstemmelse med magtfordelingsprincippet fordelt og er siden mere fordelt, end magtfordelingsprincippet giver udtryk for, navnlig gennem kommunalisering og privatisering. Men de bestemmende myndigheder er i kraft af udnævnelse, afskedigelse og valghandlinger sammensat under kontrol af den danske befolkning. Dette kan også udtrykkes

1. Sml Parti Ecologiste Les Verts v European Parliament 294/83 Saml. 1986 1339.

2. Se om disse begreber den ældre litteratur, f.eks. Alf Ross: Folkeret, 1984.

på en måde, der måske er fremmed i forhold til grundlovs-teksten, men som er rammende i forhold til den politiske realitet: Danmark er et demokratisk selvstyrende samfund, og det er et element i dette demokrati, at regler og beslutninger udgår fra myndigheder, der direkte eller indirekte er under demokratisk kontrol [3].

Den danske selvstændighed har altid måttet respektere grænser, som fulgte af den internationale ret. At den autonome kan binde sig selv og dermed blive mindre autonom, er ikke blot et paradoks, men også udtryk for autonomien: Kun ved at kunne binde sig kan den autonome etablere stabile og gensidige relationer til andre. Dette dækker traktatretten, der jo forudsætter statens samtykke, og det gælder sædvaneretten forsåvidt den bekræftes af den enkelte stats praksis.

Den almindelige internationale ret såvel som traktatretten lagde grænser for dansk selvstændighed, og der kunne endda ved traktat etableres internationale organisationer, f.eks. Forenede Nationer, som har institutioner, f.eks. Sikkerhedsrådet, der kan træffe bindende beslutninger. Centralt er, at disse bindinger udelukkende er adresseret til den danske stat som sådan. Det er overladt til den danske stat gennem de hertil kompetente myndigheder at implementere de internationale forpligtelser, og den internationale regulering har således ikke nogen direkte adresse til private i Danmark. Den internationale ret er bindende *for* Danmark, ikke *i* Danmark. Denne suverænitetsforståelse hviler således på en sammenhæng mellem 1: det retskildemæssige, at international ret ikke har na-

3. At en myndighed er under demokratisk kontrol, udelukker ikke, at myndigheden er uafhængig. Danske domstole er uafhængige, jfr. grl. § 64, og dette klassiske element i den danske retsstat dementeres ikke af, at danske dommere samtidig i kraft af udnævnelseskompetence, ansættelsesbetingelser (dansk statsborgerskab) og domstolenes lokalisering er underlagt demokratisk kontrol.

tional betydning, og 2: det organisatoriske, at staten indad og udad regeres af suveræner [4].

At international ret, herunder internationale organisationsbeslutninger, således er bindende for Danmark, repræsenterer naturligvis en væsentlig modifikation af selvstyret, når det forudsættes, at Danmark kan og vil implementere de forpligtelser, som international ret indebærer. Selvtændigheden kan blive rent formel, i værste fald grænsende til at bestå i et oversættelsesbureau, idet implementeringen blot består i at omskrive de internationale forpligtelser til dansk regulering. Og det er med henblik på dette »værste fald«, at grænsen mellem modifikation af selvstyret og indgreb i selvstyret må defineres. Afgørende er med henblik på EU i første række som nævnt det formelle træk, om den internationale forpligtelse er adresseret til den danske stat – i så fald er den forenelig med princippet om Danmark som selvstyrende – eller om forpligtelsen er adresseret til individer [5] i Danmark – i så fald overskrider vi den traditionelle grænse for selvstyret. I anden række kan man rejse spørgsmålet, om grl. (grundloven) § 19, stk. 1, om traktatindgåelse uden begrænsning kan bruges til at etablere internationalretlige forpligtelser, eller om der må være grænser; dette spørgsmål angår *ikke* rækkevidden af grl. § 20 [6].

Denne tradition har givet sig markante udtryk på forskellig måde. Den internationale rets manglende relevans for dansk ret er udtrykt i den *dualistiske* opfattelse af forholdet mellem international ret og national ret [7]. Af mere direkte betyd-

4. Denne sammenhæng er en *idé*, ikke nødvendigvis nogen korrekt gengivelse af retstilstanden.
5. Om »individer« indbefatter myndigheder, behandles nedenfor.
6. Sml. om norsk ret Torstein Eckhoff i Jussens Venner 4/1990.
7. Se hertil især Alf Ross: Folkeret s. 72f, samme: Dansk Statsforfatningsret bd. 1, 1959 s. 341f (1980 s. 397f)

ning for bedømmelsen af traditionen er den konstatering, at hvis Danmark ønskede at tilslutte sig et internationalt samarbejde, der indebar, at der etableredes et mere umiddelbart forhold mellem den internationale institution og danske private, ville en sådan ordning være i strid med grundloven. Eller med andre ord – den ville kun kunne gennemføres, såfremt den gennemførtes i overensstemmelse med reglerne om grundlovsændring. Dette princip er ikke udfoldet i ældre dansk statsforfatningsretlig litteratur, og når det i midten af det 20. århundrede blev formuleret og hævdet som en selvfølge, er det i selskab med mange andre »principper«, som først når frem til overfladen og finder en udtrykkelig formulering på det tidspunkt, hvor der er behov for at *fravige* princippet.

Den operative konsekvens af den nationale suverænitet var, så vidt ses, ikke udtrykkeligt fastslået i den forfatningsretlige litteratur, men den er antagelig blevet betragtet som et selvfølgelig element i suveræniteten. En formulering af princippet kommer frem i de drøftelser, som op til 1953 leder frem til introduktionen af grundlovens § 20. I Den Interparlamentariske Unions beslutning fra 1952 anføres, at et nærmere samarbejde vil kræve »en delvis opgivelse af suveræniteten, dersom et sådant samarbejde skal have sin fulde virkning«, og der peges på behovet for at oprette »fælles autoriteter, hvortil en vis myndighed kan overføres« [8].

I Max Sørensens responsum til Forfatningskommissionen tales på tilsvarende måde om »indskrænkninger i den nationale suverænitet«, hvilket Max Sørensen finder er »en træffende udtryksmåde, idet det pågældende internationale organ i sådanne tilfælde optræder med retlig forbindende virkning direkte over for de enkelte staters borgere og dermed udøver den beføjelse, som er kernen i den statslige suveræni-

tet, medens de nationale organer i tilsvarende omfang berøves denne beføjelse [9].«

Som eksempler på sådanne aktuelle eller projekterede samarbejdsformer drøftede man op til 1953

- EKSF (Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, Schumann-planen) [10]
- Den europæiske Forsvarsplan (Pleven-planen) [11]
- Forskellige samarbejder inden for FN, herunder planer om kontrol med atomener gien [12]
- Enhedskommandoen under NATO [13]

Hvis sådanne samarbejdsformer skulle gennemføres, ville en grundlovsændring være nødvendig, antoges det, og for at undgå en sådan grundlovsændring er det, at forslaget om den regel, der skulle blive grl. § 20, fremkommer [14].

Grl. § 20 er således et barn af dualismen. De rammer for supranationalt samarbejde, som grl. § 20 opstiller, er groet ud af dualismen – med det formål at overvinde den hindring for »ikke-dualistisk« samarbejde, som traditionen opstillede. Opgaven for den aktuelle forfatningsfortolkning er således ikke blot at aflæse dualismens forudsætninger, som de afspejler sig i § 20 og dens forarbejder, men tillige at efterse, hvilken betydning de ændrede vilkår for internationalt samarbejde har for dansk forfatningsret, og disse ændringer er dels formidlet af § 20 selv, dels af andet internationalt samarbejde.

9. Forfatningskommissionens betænkning, 1953 s. 124.

10. Max Sørensen: Statsforfatningsret, 1973 s. 124.

11. Max Sørensen, anførte sted.

12. Max Sørensen, anførte sted.

13. Max Sørensen, anførte sted, der dog tilføjer, at der her er blevet »taget hensyn til den nationale suverænitæt, men eksemplet er dog et grænsetilfælde«.

14. Max Sørensen, anførte sted s. 124-25.

2. EF/EU

EF udgjorde netop et eksempel på en sådan ny organisation. Selv om den ikke eksisterede ved udformningen af grundloven af 1953, viser dens historiske forbindelse med især EKSF (Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab), at EF har træk, der svarer til den form for overladelse af suverænitet, som ophavsmændene til grl. § 20 havde i tankerne.

Ved forberedelsen af den danske tilslutning til EF kunne det derfor fastslås, at en sådan tilslutning ville indebære overladelse af beføjelser, og disse beføjelser omfatter beføjelsen til lovgivning, udøvende myndighed, dømmende myndighed og udenrigspolitisk kompetence.

Hvis begrebet suverænitet fastholdes [15], så er suveræniteten delt, idet noget af den befinder sig i EF, noget på nationalt niveau.

Den retsopfattelse, som EF-retten repræsenterer, er fra starten indgået i konkurrence med den retsopfattelse, som følger af den traditionelle danske ret. Denne konkurrence er roden til mange af de problemer, som EF/EU-medlemskabet er forbundet med. Det viser sig særligt i spørgsmålet om forrang. Allerede ved den danske tilslutning i 1972 havde EF-Domstolen fastslået princippet om EF-rettens forrang [16].

Forrangen er anerkendt i dansk ret. Men anerkendelsen har forskellig karakter, afhængig af om den anskues med udgangspunkt i dansk ret eller EF-ret: Efter dansk ret er EF-

15. Herom Ole Spiermann i Juristen 1997 s. 197f.

16. 6/64, Costa mod ENEL, da. Saml. 1954-64 s. 531, hertil Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen 1995 s. 183f, Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst, 1995 s. 272f. 389f.

rettens forrang baseret på, at der ved dansk lov er skabt en åbning for anerkendelsen af EF-retten og dermed dens forrang. Set i EF-rettens perspektiv følger EF-rettens forrang umiddelbart af EF-retten selv og skal anerkendes af de nationale systemer; EF-rettens forrang gælder uanset, hvordan den nationalretligt modtages – det er så at sige en af pointerne ved at hævde et princip om forrang.

Da det blev aktuelt for Danmark at træffe beslutning om tilslutning til EF, var der ikke tvivl om, at en sådan tilslutning indebar et indgreb i den danske suverænitet som beskrevet ovenfor. Tilslutningen blev gennemført i medfør af grl. § 20, og det juridiske spørgsmål i den forbindelse var, om man burde have fulgt grl. § 88.

3. Betingelserne efter grundlovens § 20

Grundlovens § 20, stk. 1, er sålydende: »Beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder, kan ved lov i nærmere bestemt omfang overlades til mellemfolkelige myndigheder, der er oprettet ved gensidig overenskomst med andre stater til fremme af mellemfolkelig retsorden og samarbejde.«

Bestemmelsen indeholder således en angivelse af, hvorledes der kan »overlades« beføjelser til mellemfolkelige myndigheder eller internationale organisationer. Det der kan overlades, er »beføjelser, som efter denne grundlov tilkommer rigets myndigheder«. Heri ligger, at bestemmelsen tager sigte på samtlige beføjelser, som grundloven tildeler nationale myndigheder. Udtrykket omfatter således som nævnt ikke blot lovgivende, udøvende og dømmende myndighed, men også udenrigspolitisk kompetence. På den anden side indeholder bestemmelsen den forudsætning, at de overladte beføjelser begrænses af grundloven, dvs. at en lov efter § 20 ikke kan overlade beføjelser til at fastsætte regler eller træffe afgørelser, som det ikke er muligt efter grundloven at træffe eller fastsætte. I den henseende må § 20 antages *ikke* at omfatte beføjelsen efter grl. § 88. Kompetencen til grundlovsændring efter § 88 er fortsat rent national.

Overladelsen sker »ved lov«, og heri har man først og fremmest haft grundlag for at placere bestemmelsens betydning som et led i implementeringen eller transformationen af en traktat. Grundlovens § 20 handler ikke om traktatens indgåelse eller traktatens ratifikation, men om, hvorledes en indgået traktat gennemføres. Men begrebet »ved lov« har naturligvis tillige den betydning, at grundlovens § 20 antages at

bygge på den forudsætning, at kompetenceoverladelse sker *ved lov*. Som det senere skal omtales, er realiteten mere kompliceret.

Overladelse kan som nævnt kun ske »i nærmere bestemt omfang«, og det er denne passage, som særligt har tildraget sig en kontinuerlig interesse siden 1972. Selv om der, så vidt ses, ikke er noget historisk belæg for, at netop denne passage har været tillagt stor betydning, er den et rimeligt udgangspunkt for en drøftelse af, hvorledes gennemførelsesloven nærmere skal redegøre for den overladte kompetence. I den forbindelse opstår flere spørgsmål. Et teknisk spørgsmål vedrører lovens angivelse af overladt kompetence. Kan der stilles krav om, at overladt kompetence særskilt *angives*, og hvorledes skal dette i givet fald ske? Et andet spørgsmål vedrører præcisionen eller den *kvalitative* side af overladelsen: Hvilke krav med hensyn til præcision kan stilles til beskrivelsen af den kompetence, som efter gennemførelsen af traktaten er overladt til en mellemfolkelig myndighed? Og endelig kan drøftes, om der er *kvantitative* grænser for, hvilken kompetence der kan overlades. Det er disse spørgsmål, som vil blive drøftet i det følgende.

Et formål for den mellemfolkelige organisation skal være at fremme »mellemfolkelig retsorden og samarbejde«. Passagen kan forekomme selvfølgelig, men den kan være et udgangspunkt for en bedømmelse af, om der kan stilles krav om en vis parallelitet eller kongruens mellem de forventninger til demokrati og retsorden, som på grundlovens grund stilles til danske myndigheder, når de overladte kompetencer udøves af mellemfolkelige myndigheder.

At kompetence »overlades«, betyder at den »modtagende« institution udsteder retsakter direkte i forhold til individer i Danmark (eller hvad der kan sidestilles hermed). Hvis den modtagende institution kun får kompetence til at udstede retsakter i forhold til stater, herunder Danmark, er der i al-

mindelighed ikke tale om en kompetence-overladelse, der er omfattet af grl. § 20. Dette formelle eller tekniske træk ved § 20 vender jeg tilbage til [17].

17. Samme afgrænsning af den norske grl. § 93, Torstein Eckhoff: EF og Grunnloven, i Jussens Venner 4/1990 s. 198: »Det virker noe formalistisk å skille på denne måten. For det trenger ikke være stor reell forskjell mellom det forhold at en internasjonal organisasjon selv gir en lov som har direkte virkning i Norge, og det forhold at den påbyr norske myndigheter å sørge for at lovgivning med et nærmere angitt innhold kommer istand. I sist nevnte tilfelle kan man riktignok si at Stortinget ikke er fratatt noe av sin lovgivningsmyndighet. Men dets rett til fritt å bestemme hva lover skal gå ut på, er sterkt beskåret.«

4. Selvstændig retsdannelse

Først skal behandles et principielt spørgsmål af stor betydning, nemlig den selvstændige retsdannelse, som er udviklet ved EF/EU's institutioner, herunder særligt ved EF-Domstolen. For udvikling af en sådan retsdannelse er det af betydning, at den ikke er forbundet med et nationalt veto; i modsætning til TEF (Traktat om Det Europæiske Fællesskab) art. 235 og andre regler, hvor kompetenceudøvelse forudsætter enighed, kan den selvstændige retsdannelse gennemføres i institutioner, hvor ikke alle medlemsstater er repræsenteret eller i hvert fald positivt medvirker, særligt ved EF-Domstolen.

Den selvstændige retsdannelse har vist sig på to måder:

For det første er de i traktatgrundlaget hjemlede instrumenter blevet tillagt et særlig effektivt gennemslag, således ved at etablere det allerede nævnte princip om EF-rettens forrang og ved at introducere tanken om en umiddelbar anvendelighed af retsakter, som efter deres indhold og definition oprindeligt kun var anset rettet til stater. Disse udviklinger kan sammenfattende betegnes *instrumentel effektivisering*.

Et andet principielt og opsigtsvækkende element er etablering af ny kompetence. Som eksempel på en sådan ny kompetence kan nævnes etablering af en ekstern traktatkompetence i harmoni med den interne reguleringskompetence. Emnet er reguleret i EURATOM-Traktaten, art. 101, der etablerer en sådan traktatkompetence, og det var nærliggende at slutte modsætningsvis, når det gælder EF-Traktaten [18]. Imidlertid havde domstolene allerede forud for dansk tilslutning etableret en kompetence til traktatindgåelse, hvor EF-institutioner-

18. Således Max Sørensen i Juristen 1963 s. 68-69.

ne havde udnyttet deres interne kompetence, men denne afgrænsede kompetence blev siden suppleret af anerkendelse af kompetence til indgåelse af traktater – også, hvor der ikke var reguleret internt [19]. Dette og andre eksempler kan sammenfattende betegnes *kompetence-ekspansion*.

Det forfatningsretlige spørgsmål er, om denne instrumentelle effektivisering og kompetenceekspansion er i overensstemmelse med grl. § 20? [20]

Spørgsmålet drøftes først under den (urigtige) forudsætning, at disse retsdannelser er sket *efter* dansk tilslutning og »overladelse«. Besvarelsen beror da på den juridiske dynamik, der ytrer sig i anerkendelse af retskilder eller juridisk argumentation, der ikke bygger på autoritative reguleringstekster som lov eller traktat, men bygger på anerkendelse af retskilder som forholdets natur, almindelige retsgrundsætninger og formålsbestemt fortolkning, f.eks. hensyntagen til »effet utile« (nyttevirkning) af givne kompetenceregler. Denne dynamik vil ved første øjekast stride mod dansk tradition, der særligt i forhold til grundloven har udvist en restriktiv fortolkningsprofil, men også i Danmark er friere retsdannelse velkendt og kan ikke afvises som fremmed for den juridiske tradition.

Ved bedømmelsen af denne juridiske dynamik henvises undertiden til princippet om »kompetence til kompetence« eller Kompetenz-Kompetenz [21]. I denne form spilles på anerkendelsen af, at en føderal stat selv (ved grundlovsændring) kan bestemme sin kompetence i forhold til delstaterne, mens man i et statsforbund kræver, at alle delstater mv. skal samtykke i

19. Se til det første 22/1970 Saml. 1971 41 (AETR), til det andet 1/1976 Saml. 1977 741 (flodbådssagen); hertil Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen 1995 s. 230f.

20. Spørgsmålet stilles af Hjalte Rasmussen 1996 s. 106.

21. Se hertil Hjalte Rasmussen 1995 s. 134f, 373f.

udvidelse af statsforbundets kompetence [22]. Det er således en begrebsdannelse, der er knyttet til sondringen mellem føderative og konføderative statsstrukturer. Men problemet er bredere.

Anerkendelsen af den dynamiske retsdannelse indebærer, at en ekspansiv fortolkning, dvs. en fortolkning, der tildeler en international/ supranational institution kompetence ud over traktatgrundlaget, får konsekvenser for, hvad der på et givet tidspunkt anses for »overladt«, eller med andre ord: får konsekvenser for, hvilke beføjelser der med rette kan udøves af den supranationale institution. Det kan konstateres, at EU's institutioner har gjort brug af såvel instrumental effektivisering som af en ekspansiv fortolkningsstil og dermed tiltaget sig en kompetence, som ikke udtrykkeligt er overladt ved en tidligere tiltrædelseslov, og som derfor kan hævdes at falde uden for tiltrædelseslovens grænser. Indebærer anerkendelse et brud med grundlovens forudsætninger?

Spørgsmålet hænger sammen med en mere almen problemstilling: En myndighed udøver en kompetence i henhold til en lovhjemmel, og denne kompetence underkastes en videre fortolkning, f.eks. i erkendelsen af, at der er andre retskilder end den formelle lov. Brugen af andre retskilder end loven stemmer med den almindelige retskildelære. Anerkendelsen af andre retskilder end den formelle lov indebærer således, at en myndigheds kompetence ikke fastlægges alene på grundlag af loven – og supplerende fortolkningsbidrag, der knytter sig til loven – men at andre og fra lovteksten adskilte retskilder kan få betydning, f.eks. som en sædvaneret/ praksis eller et hensyn til forholdets natur. Dette er almindeligt anerkendt inden for den offentlige ret [23]. En forvaltningsafgørelse, der isoleret betragtet ikke harmonerer godt

22. Se f.eks. Ulrich Everling i *Yearbook of European Law* 1994, 1995 s. 1f.

23. Jfr. hertil f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen o.a.: *Forvaltningsret*, 1995 s. 29f.

med den foreliggende lovtekst, kan således efter omstændighederne være korrekt – nemlig, når der tages hensyn til andre retskilder. Den, der modtager en sådan forvaltningsafgørelse, må altså gøre sig klart, at den er juridisk legitim i lyset af andet end lovteksten. Dette kan jo hævdes at stemme dårligt med, at forvaltningsmyndigheden skal optræde på »lovens grund«, og det kan på den baggrund forekomme stødende, at forvaltningsafgørelser legitimeres på grundlag af andet end loven. Men det er almindeligt anerkendt i offentligretlig og i almindelig retskildelære. Det afspejler sig i fortolkningen af grl. § 64, der jo pålægger dommerne at følge »loven« – hvilket fortolkes som en henvisning til den almindelige retskildelære [24].

Også inden for aftaleretten kendes dette paradoks: Ingen kan bindes uden i kraft af sin egen viljeserklæring. Den, der har indgået en aftale, er bundet af aftalen. Den, der er gået ind på en aftale, kan efter omstændighederne være forpligtet til mere end det, som aftalen direkte indeholder. Den aftalebundne er f.eks. forpligtet accessorisk til en vis loyalitet i forhold til sin medkontrahent, også selv om der intet herom findes i kontrakten – ligesom der heller ikke findes noget lovgrundlag for denne loyalitetspligt. Den, der er medstifter af et aktieselskab, hvis formål ifølge de omhyggeligt gennemdrøftede vedtægter er skibsfart, må affinde sig med, at selskabsledelsen bruger penge på at indkøbe kunst til kantinen, kontingent til en brancheforening og måske endda tilskud til et politisk parti [25].

24. Se senest Peter Germer 1995 s. 163, Henrik Zahle 1996 s. 113-14. Anderledes muligvis Ole Krarup i UfR 1995B s. 75.

25. Det sidste er omtvistet; men tvisten løses ikke ved fortolkning af vedtægternes ordlyd, se hertil Bernhard Gomard: Aktieselskaber og anpartsselskaber, 1996 s. 324 med note 34. Om ydelse af gaver Erik Werlauff: Selskabsret, 1997 s. 429f.

Den retskildemæssige pluralisme er videregående, idet der findes myndigheder, hvis kompetencegrundlag alene hviler på andet end lovtekst. Folketingets Finansudvalgs bevillingskompetence er således ikke hjemlet i grundlovens bestemmelser, men i en forfatningsretlig sædvane, der endda er i strid med en udtrykkelig bestemmelse i grundloven om, at bevillingskompetencen ligger hos Folketinget og regeringen, jfr. grl. § 46.

Den retskildemæssige pluralisme i det nationale retssystem kan mødes af den kommentar, at der her er tale om en pluralisme *inden for* et givet retssystem. Retskilde læren har her en vis konsistens, således at den retskildelære, der kan bruges af en myndighed, f.eks. en administrativ myndighed eller Finansudvalget, ikke er forskellig fra den retskildelære, som der gøres brug af ved domstolene. Om denne kommentar er retledende, er omtvistet, idet der er hævdet den alternative teori, at retskildelærens polycentri indebærer, at også for enkelte myndigheder er der forskelle i den gældende retskildelære – at altså retskilder kan være af betydning for én myndighed, men uden betydning for en anden myndighed. Denne diskussion skal ikke føres videre her [26]. For i relationen mellem dansk ret og EU-retten er der i hvert fald den markante forskel, at vi her klart er uden for, hvad der kan kaldes ét system – hvis man overhovedet vil gøre brug af et systembegreb.

I forholdet mellem national ret og EU-ret er spørgsmålet om overladelens omfang derfor knyttet til det forhold, at den retskildebrug, der praktiseres i det ene system, adskiller sig fra den retskildebrug, der praktiseres i det andet system. Problemstillingen er altså ikke en følge alene af, at der ved EU's institutioner (især ved EF-Domstolen) er gjort brug af en ekspansiv fortolkning, men i stedet at der ved EU's institutioner

26. Se hertil Hanne Petersen og Henrik Zahle (red.): *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth 1995.

(specielt EF-Domstolen) er gjort brug af *en anden* eller en *mere* ekspansiv fortolkningslære end den, som er gængs ved danske institutioner. At der er gjort brug af en mere ekspansiv fortolkningslære, kan forklare, at EU har overtaget/ gjort brug af beføjelser med henblik på supranational regulering og afgørelsesvirksomhed, som ikke direkte kan afledes af den danske tiltrædelseslov.

At EU's institutioner gør brug af en anden fortolkningslære end den danske, er ikke i sig selv mærkeligt. Det er en nærliggende mulighed, at der i de enkelte medlemsstater praktiseres fortolknings synspunkter, som er forskellige, idet de er nationalt prægede. Det er derfor en umulig tanke at forestille sig, at der ikke skulle bestå en forskel mellem f.eks. den danske fortolkningslære og den fortolkningslære, der praktiseres i EU. En vis forskellighed er en nødvendig følge af, at EU består af et samarbejde mellem stater med forskellige nationale retstraditioner.

Det forekommer mig derfor ikke i sig selv kritisabelt, at der ved EU's institutioner gøres brug af en fortolkningslære, der indebærer den mulighed, at institutionerne, herunder domstolen, gør brug af andre retskilder end det skrevne, dvs. traktaten og derpå baseret skreven ret, men at EU's institutioner på linie med traditionen i medlemsstaterne gør brug af en pluralistisk retskildelære.

Det forekommer mig heller ikke i sig selv kritisabelt, at den fortolkningslære, som praktiseres i EU, er videregående eller mere ekspansiv eller mere aktivistisk end den, der er tradition for i f.eks. dansk ret.

På den anden side må erkendes, at der må være grænser for, hvilken dynamik den enkelte medlemsstat kan eller skal finde sig i. Hvordan disse grænser nærmere skal drages, er svært at svare på. Man kan søge en grænse i en henvisning til »juridisk tradition«; men dette giver ikke megen vejledning i en sammenhæng, hvor der er flere forskellige juridiske traditioner.

EU-institutionerne er underlagt domstolskontrol, nemlig kontrol ved EF-Domstolen (med undtagelser). Gør Rådet brug af en ekspansiv fortolkning, er det op til EF-Domstolen, om fortolkningen skal godkendes. Ekspansionens grænse lægges i første række af EU-retten – og her især EU-retten, som den udlægges ved EF-Domstolen.

Spørgsmålet er imidlertid ikke blot et EU-retligt spørgsmål, overladt til EF-Domstolen, men også et nationalretligt spørgsmål, som nationale domstole må tage stilling til. Det er således under den nationale domstols kompetence at tage stilling til, om den ekspansive fortolkningsstil, som den supranationale institution hævder, ligger inden for eller uden for, hvad man nationalt vil acceptere som en berettiget følge af den kompetence, som institutionen fungerer på. At ekspansionen er godkendt af den supranationale domstol, er ikke afgørende, men på den anden side naturligvis ikke uden betydning [27].

Den supranationale ekspansion er ganske vist gældende i og for Danmark, hvis forholdet alene bedømmes efter EU-retten; men den nationale ret, herunder den nationale forfatningsret som praktiseret af danske domstole, udøver den censur, der følger af det forfatningsretlige grundlag. Denne nationale censur har særligt været belyst på menneskeretligt grundlag, men gælder også andre aspekter.

I dansk ret må formentlig gælde, at der ikke ved omtolkning kan skabes en kompetence, som Danmark ikke ved lov kunne tilslutte sig. Også den kompetence, der skabes ved en supranational myndigheds omtolkning må i det mindste opfylde betingelserne i grl. § 20.

Omtolkning af den her beskrevne art har – i en sammenhæng, der *ikke* berører grl. § 20 – særlig haft betydning i forhold til menneskerettigheder. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMK) blev således oprindelig (1952-53)

27. Sml. Torbjörn Andersson: Rättskyddsprincipen, 1997 s. 40f.

anset for »opfyldt« ved en række – begrænsede – lovændringer; men siden er EMK-organernes krav unægtelig skærpet [28]. Denne skærpelse af den internationale kontrol med (bl.a.) dansk ret anfægter ikke Danmarks oprindelige tilslutning, herunder ratifikationen. At Kommission og Domstol (i Strassbourg) fortolker »ekspansivt«, er ikke grundlag for at hævde, at Danmark ikke er bundet af EMK *som den nu fortolkes*. At EMK (også) i kraft af særlig lov er del af dansk ret, ændrer ikke dette. Danmark kan ikke afvise de *skærpede* krav alene med henvisning til den tolkning af EMK, der lå til grund for ratifikationen. På den anden side er der en grænse, omend den ikke har været aktuel i dansk ret. Og denne grænse er det danske domstoles opgave at lægge. Hvordan den skal drages i relation til EMK, skal ikke drøftes nærmere.

Blot skal til illustration af problemet og grundlaget for den nationale grænsedragning nævnes en norsk højesteretsdom af 10.4.1997 [29], der tog stilling til, om et provi sorisk forbud fra 1994 mod strejke i oljesektoren var i strid med forskellige internationale forpligtelser, herunder to ILO-konventioner (om organisationsfrihed, nr 87 fra 1948 og nr 98 fra 1948). ILO's styre, der ikke har nogen retlig kompetence til at træffe bindende afgørelser om fortolkningen af ILO-konventioner, anså det norske forbud med tilhørende obligatorisk lønnævn for stridende med de to ILO-konventioner. Højesterett tilsluttede sig ikke ILO's konventionsfortolkning; det interessante er, at Højesterett i denne forbindelse henviste til »konventionsstekstene slik de ble forhandlet og vedtatt« og til, at de regler om lønnævn, der dengang var gældende, ikke blev anset som konventionsstridige af den norske regering. »Ved bedømmelsen av om Norge har påtatt seg en folkerettslig for-

28. Også i dansk litteratur tales om en »dynamisk« fortolkningsstil, jfr. f.eks.

Peer Lorenzen o.a.: Kommentar EMK 1994 s. 46f.

29. Rt 1997 s. 580.

pliktelse til å begrense bruken av tvungen lønnsnemnd i forhold til ILO, må norske domstoler legge vesentlig vekt på Stortingets og regjeringens forutsetninger da Norge forpliktet seg« (s. 589-90).

Afgørelsens relevans svækkes naturligvis af det forhold, at der ikke til ILO's styre er knyttet organer, der kan træffe bindende beslutninger vedrørende medlemsstaternes forhold. Over for et organ med en sådan kompetence kan man ikke nationalt henholde sig til den retsopfattelse, der nationalt blev hævdet ved traktatens ratifikation. Dette stemmer ikke med den gensidige forventning om en ensartet fortolkning af en traktat; dette er det internationalretlige aspekt, som ikke skal uddybes. Internretligt kan regeringens opfattelse ved en traktats ratifikation ikke være afgørende (omend på den anden side ikke uden relevans) [30].

Sammenfattende kan konstateres, at en international eller supranational organisation og dens forskellige institutioner kan udvikle deres praksis på grundlag af en egen fortolkning af det kompetencegrundlag, de virker på, og at de – såvel som nationale myndigheder – arbejder med en pluralitet af retskilder. Samtidig er det fra en nationalretlig synsvinkel de nationale myndigheder, der kan kontrollere, om den internationale eller supranationale organisation er gået længere end man nationalretligt vil tolerere. Denne bedømmelse skal selvfølgelig ikke anlægges hver gang der er tale om at gøre brug af retsakter fra den internationale/supranationale organisation, men kun hvor der er en særlig anledning hertil.

Den »selvstændige retsdannelse« i en supranational organisation har således to sider: En supranational side, hvor spørgsmålet er, efter hvilke kriterier det EU-retligt kan afgøres, om

30. Den norske dom kritiseres internationalretligt og internretligt af Ken Uggerud i *Lov og Rett* (Oslo) 1997 s. 581f, jfr. kritisk om den citerede passus Henning Jakhelln sm.st. s. 580.

EU-institutioner handler uden for deres kompetence [31]. Her er udgangspunktet sat af EF-Domstolens kompetence, og målestokken bliver som udgangspunkt EF-Domstolens selvstændighed. Den anden side er den nationale, som drøftes her, og pointen er at påpege, at uanset EU-rettens principper om direkte virkning og forrang har danske myndigheder adgang til at kontrollere, at fundamentale grænser for den supranationale organisations virke respekteres [32].

Ved den danske kontrol af EF/EU er rammen for kompetence-overladelsen reguleret af grl. § 20 («nærmere bestemt omfang»). Men denne formulering binder ikke EF/EU til ikke at gøre brug af andet end en bogstavnær traktatlæsning og berettiger ikke danske domstole til at tage afstand fra en afvigelse fra en sådan. Allerede ved den danske tilslutning i 1972 var flere af de nu ofte fremhævede eksempler på instrumental effektivisering og kompetence-ekspansion lanceret; men også senere eksempler på tilsvarende aktivisme kan ikke i sig selv kritiseres som nationalt uacceptable, fordi de bringer EU-retten uden for en bogstavnær tekstlæsning. Den, der overlader kompetence, kaster kompetencen ind i et nyt »rum« med egne kræfter og lovmæssigheder, og at disse adskiller sig fra de nationale, er ikke tilstrækkeligt til retlig kritik.

EF-Domstolens praksis veksler mellem at ligge inden for teksten, ligge uden for teksten, og bryde med teksten, hævder Trevor Hartley, og der er den »bias« i denne praksis, at den sigter mod at fremme europæisk federalisme; i forbindelse

31. Om ultra vires i international ret Lauterpacht: *The International Effect of Illegal Acts of International Organisations*, i *Cambridge Essays in International Law. Essays in Honour of Lord McNair*, 1965 s. 88f.

32. Om tysk perspektiv på denne kontrol se Chr. Hillgruber: *Das Verhältnis der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union zu ihren Mitgliedstaaten – staats- und völkerrechtlich betrachtet*, i *Archiv des Völkerrechts* 34. Bd, 1996 s. 347f.

hermed citeres en tysk avis »Im Zweifel für Europa« (Hvis i tvivl, døm for Europa). Men legitimiteten i denne tendens følger af traktatens tekst (»ever closer union among the peoples of Europe«) [33].

På den anden side rummer den nationale kontrol mulighed for kritik. Der må mere til end at påvise forskelle. Dette uddybes i forbindelse med art. 235.

33. Trevor C. Hartley: The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union, i 112 The Law Quarterly Rev. 1996 95f.

5. Særligt om artikel 235: Overladelse af kompetence?

Hvor Danmark tilslutter sig en supranational organisation, skal der gennemføres en lov herom i overensstemmelse med grl. § 20. At en sådan lov er gennemført, indebærer ikke nødvendigvis, at den supranationale organisation gør brug af den overladede kompetence. Det kan bero på senere beslutning i organisationen. I det omfang en sådan overladt kompetence ikke udnyttes af den supranationale organisation, vil det ofte være muligt at regulere emnet nationalt. Først når den supranationale regulering gennemføres, begrænses eller ophører den nationale kompetence. Forskellige former for parallel kompetence kan tænkes. Dette beror på den nærmere regulering.

Dette er optakten til en drøftelse af, hvilke mere præcise krav der kan stilles til en lov og den hertil knyttede traktat, når det gælder angivelsen af, hvad der overlades.

Problemet er særligt aktuelt i forbindelse med TEF art. 235, der siden forberedelserne af den danske tilslutning i 1972 har spillet en stor rolle for de grundlovsmæssige anfægtelser [34]. På dette sted skal det drøftes, om den heri beskrevne kompetence for Råd, Kommission og Parlament var en del af den supranationale kompetence, som blev overladt ved tiltrædelsen i 1972, eller om der først overlades kompetence i og med, at der træffes beslutning i Rådet mv. om udstedelse af retsakter.

Da man i tiden op til den danske tiltrædelse i 1972 drøftede betydningen af art. 235, var det utvivlsomt en forudsætning, at denne bestemmelse blev drøftet som led i den kompetence,

34. Se navnlig Max Sørensen i Juristen 1963 s. 70f.

34 SÆRLIGT OM ARTIKEL 235: OVERLADELSE AF KOMPETENCE?

der blev overladt. Det var jo præcisionen (»i nærmere bestemt omfang«), der var problemet, og hvis ikke der skete nogen kompetenceoverladelse i 1972 på grundlag af art. 235, var der ikke grund til at spekulere over den uklarhed, som bestemmelsen indeholder. Den vage afgrænsning af kompetencen i art. 235 var relevant, fordi den deri beskrevne kompetence blev *overladt* [35].

Den alternative opfattelse måtte være, at grl. § 20 skulle følges, når art. 235 *senere* eventuelt blev anvendt; en rådsvedtagelse efter art. 235 måtte ratificeres som en ny traktat og Folketingets samtykke indhentes, og vedtagelsen måtte gennemføres ved en særlig lov. Men det er ikke den procedure, der er fulgt. Forskellen mellem art. 235 og art. 236 (nu art. N) udviskes herved. Det synes i overensstemmelse hermed undertiden antaget, at det først er ved *anvendelsen* af art. 235, at der sker en suverænitetsafgivelse. Sådan kan man udlægge bemærkningen om »den stykvisе suverænitetsafgivelse, som danske ministre og det danske folketing har foretaget på grundlag af art. 235« [36].

Efter min opfattelse må den drøftelse, der fandt sted i forbindelse med tiltrædelseslovens generelle indhold, indebære, at suverænitetsafgivelse med henblik på art. 235 er sket ved tiltrædelsen i 1972. Ved denne tiltrædelse skabtes der – også for Danmarks vedkommende – en kompetence for Rådet mv. med henblik på at træffe de i art. 235 beskrevne beslutninger. For så vidt afgav Danmark suverænitet i 1972. Om denne afgivelse var tilstrækkelig entydigt beskrevet, drøftes senere. Men den skete i 1972.

Men tanken om den »stykvisе suverænitetsafgivelse« kan

35. Se diskussion Max Sørensen i Juristen 1963 s. 70f, 1971 s. 436f.

36. Henning Koch i Juristen 1992 s. 250, sml. Hjalte Rasmussen 1996 s. 93f.

(Som det vil fremgå, er det *usikkert*, om Henning Koch skal forstås som her drøftet.)

(uden støtte hos ophavsmændene) udlægges på en anden måde: Selv om en suverænitet er afgivet i medfør af art. 235, har Danmark opretholdt en parallel kompetence inden for dette område, som består, indtil den supranationale kompetence udnyttes. En sådan parallel kompetence genfindes i en række andre tilfælde inden for EU-retten, hvor den nationale kompetence består, indtil EU udnytter den overladte kompetence [37]. Betydningen af, at der »stykkvis« senere gøres brug af den kompetence, som art. 235 beskriver, er, at der gennemføres en EU-regulering på området, og at konsekvensen heraf er, at Danmark ikke længere har nogen – parallel – kompetence inden for området.

Det centrale i relation til grl. § 20 er da spørgsmålet, om den »afgivelse«, der består i, at den danske parallelkompetence *bortfalder* som følge af EU's udnyttelse af den overladte kompetence, kræver en behandling efter § 20. Dette spørgsmål, som så vidt ses ikke er drøftet udtrykkeligt tidligere, må efter min bedømmelse besvares benægtende. Når man lægger til grund, at en kompetence betragtes som overladt i relation til grl. § 20 ved tiltrædelsen (1972), er det overladt til Rådet mv. – inden for traktatens rammer – at tage stilling til, under hvilke omstændigheder kompetencen skal udnyttes, og den *virkning* af Rådets vedtagelse, at Danmark mister den parallelle kompetence som følge af EU's regulering, kan ikke opfattes som en selvstændig kompetenceoverladelse ved siden af den oprindelige. Den må betragtes som en virkning af udnyttelsen af kompetencen. Dette beror ikke så meget på spekulationer over begrebet overladelse som på den grundlæggende opfattelse, at formålet med at sikre anvendelsen af grl. § 20 er at sikre en parlamentarisk og evt. en vælgermæssig deltagelse i etablering

37. Den parallelle kompetence i EU er jo en følge af, at der 1) skabes en supranational kompetence, 2) som ikke straks udnyttes, og 3) som ikke (indtil da) hindrer national myndighed.

36 SÆRLIGT OM ARTIKEL 235: OVERLADELSE AF KOMPETENCE?

af den supranationale myndighed, men dette kan kun være nødvendigt én gang. Man kan også udtrykke det på den måde, at når kompetencen (i 1972) er overladt til EU-institutionerne, og det dermed er overladt til EU-institutionerne at tage stilling til, om kompetencen skal udnyttes, er der i og for sig ikke mere at tage stilling til fra dansk side. Man kan ikke fra dansk side på den ene side overlade kompetencen, men på den anden side svare nej til spørgsmålet, om Danmark er indforstået med at miste den parallelle kompetence som følge af, at EU udnytter kompetencen [38].

Hertil kan nogen indvende, at det ikke er foreneligt med grl. § 20, at EU selv bestemmer sin kompetence, og at det er netop hvad der sker ved art. 235. Hertil må bemærkes, at EU's institutioner tager stilling til, om og hvordan traktatkompetencen skal udnyttes, og at der heri indgår et væsentligt element af politiske hensyn. Men denne politiske beslutning-smagt/ skøn er ikke i strid med grl. § 20.

38. Dette følger samme tankemønster som min kritik af det oprindelige lovforslag vedr. Maastricht, Juristen 1992 s. 246.

6. Anvendelsen af artikel 235

En af »gengangerne« i den forfatningsretlige diskussion af EF/EU er TEF art. 235. Den betegnes som en gummiparagraf, vag og uden konturer, en blanko-check. Disse karakteristikker må sammenholdes med, at bestemmelsen dog indeholder visse restriktioner, idet en foranstaltning

- 1: skal være *påkrævet*,
- 2: aktionen skal ske inden for *fællesmarkedets rammer*,
- 3: og til virkeliggørelse af EU's *mål*, og
- 4: den er *subsidiær*, dvs. andet hjemmelsgrundlag skal principielt benyttes [39].

Uanset disse åbne, men dog ikke indholdsløse bindinger, hævdes, at art. 235 medfører en kvalitativ ubestemthed. I det følgende vil jeg diskutere nogle synspunkter, der kan anføres til kritik af den danske praksis.

1972: For det første kan overvejes, om art. 235 var forenelig med grl. § 20 i 1972, da tiltrædelsen fandt sted. Imidlertid synes den aktuelle debat ikke at anfægte, at man i 1972 kunne gøre brug af grl. § 20 med hensyn også til art. 235.

1993: Et andet spørgsmål er, om ændringen af fællesskabernes mål og rammer ved Maastricht-Traktaten har fået en sådan karakter, at selve traktatgrundlaget i 1992-93 ikke lever op til de krav, som grl. § 20 stiller. Der ses altså i denne analyse bort fra den *brug* af art. 235, som senere skal omtales. Den omstændighed, at målene mv. er udvidet ved Maastricht-Trak-

39. Om den nærmere udlægning henvises til EU-retten, hertil f.eks. Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen: EU-ret, 1995 s. 51f, Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst, 1995 s. 134f, 373f.

taten, indebærer også en udvidelse af anvendelsesområdet for art. 235 [40].

Udvidelsen kan anfægtes, såfremt kvantitative kriterier tages frem, jfr. nedenfor, og det kan tillægges betydning, hvilken praktisk anvendelse bestemmelsen har haft, jfr. nedenfor, men som kompetenceafgrænsning indebærer udvidelsen ikke i sig selv en øget uklarhed.

Det følgende drøfter betydningen af den *anvendelse*, der siden 1972 er gjort af art. 235.

Et hovedsynspunkt i den verserende sag er, at det er anvendelsen af art. 235 i 1970'erne til 80'erne, som har skabt et problem. Bestemmelsen er anvendt i 450-500 tilfælde, og denne massive brug af art. 235 skaber en sådan ubestemthed med hensyn til traktatens anvendelsesområde, at grl. § 20 er krænket. Dette anbringende kan præciseres på forskellig vis.

- 1: Praksis efter 1972 er *vokset*
- 2: Praksis efter 1972 er *større end forudset* før 1972
- 3: Praksis er meget *omfattende*
- 4: Praksis har været baseret på en »*aktivistisk*« fortolkning
- 5: Praksis har været baseret på en *videregående* omtolkning
- 6: Der har været *enkelte* »*vildskud*« i praksis
- 7: Praksis er i en periode *løbet helt vild*

Lad os se nærmere på disse synspunkter:

Ad 1 og 2. Praksis er efter 1972 vokset eller større end forudset

Det kan for det første gøres gældende, at den praktiske anvendelse i den angivne periode har været større end før 1972 eller større end i 1972 forudset. Da Danmark tiltrådte EF i 1972, var bestemmelsen ikke meget anvendt [41], og selv om man for-

40. Jfr. Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen 1995 s. 53-54.

41. Se Max Sørensen i Juristen 1963 s. 70f, 1971 s. 436f, Justitsministeriet i NTFR 1971 (41. årg.) s. 99f.

udså en vis stigning i anvendelsen [42], er der ikke antydninger i materialet om en prognose, der dækker den senere praksis. Spørgsmålet er derfor, om de eventuelle antagelser vedr. den kommende praksis, som blev gjort i 1972, lægger bindende rammer for den senere retsanvendelse.

Dette er jo i første omgang et spørgsmål om lovtolkning. Krænkelsen angår ikke så meget grl. § 20 som tiltrædelseslovens forudsætninger. En anvendelse af art. 235 udover de rammer, som var forudsat ved gennemførelsen af 1972-tiltrædelsen, krænker ikke (nødvendigvis) grl. § 20, men tiltrædelseslovens forudsætninger. Det er for så vidt ikke en sag om grundloven.

Ved bedømmelsen af de antagelser, der op til 1972 gjordes om art. 235, må betones, at man nok skal være forsigtig med at lægge bindende rammer i, hvad der ved gennemførelsen af en lov forudses med hensyn til lovbestemmelseres senere anvendelse. Og tilsvarende må Folketingets og regeringens antagelser med hensyn til anvendelsen af art. 235 have beskeden betydning ved fortolkningen af, om en senere praksis er legitim eller ej. Dette gælder ikke mindst i en sammenhæng som den foreliggende, hvor det drejer sig om en lovbestemmelse (tiltrædelsesloven), der får praktisk betydning i et samarbejde med andre nationer, hvor andre, udenlandske/supranationale standpunkter kan influere på den danske position. Den internationale kontekst indebærer jo, at praksis udvikles i de internationale/supranationale organer. Nationale prognoser bliver dermed særligt vanskelige.

Dette kan præciseres: 1: Hvad ville ophavsmændene til § 20? Der drøftedes forskellige snævrere, funktionelt afgrænsede samarbejdsorganisationer (nævnt ovenfor), men også videregående tilnærmelser mod en forening af de europæiske stater

42. Max Sørensen anførte sted.

var på dagsordenen [43], uden at det står klart, hvor langt § 20 bruges. 2: Kan der eftervises en grænse for, hvilke organisationer man havde i tankerne, er det ikke sikkert, at ophavsmændene ønskede denne grænse fastlagt som grænse for fremtidens anvendelse af grl. § 20. Den subjektive fortolkningsmetode er defineret ved at fokusere på lovgivers eller grundlovgivers intention med teksten, men denne interesse for ophavsmanden er undertiden mindre end ophavsmandens ønske om at bestemme. For når der ikke hos ophavsmanden er noget operativt billede eller en vision, der anviser en ramme for forståelsen af teksten, er den subjektive metode meningsløs, og det forekommer ikke velbegrundet, at den resultatløse eftersøgning af historien i stedet skal afgøre, om ophavsmanden ville eller ikke ville, at nutiden lod tekstens fortolkning udvikle sig efter dens funktion i nutiden. Eller med hermeneutikkens udtryk: Når loven er vedtaget, forlader den sit ophav – det er teksten og ikke dens skaber det gælder. 3: Man må derfor generelt anfægte den forudsætning, som synspunkterne under 1 og 2 er baseret på, nemlig at grundlovens fortolkning skal bindes til dens ophavsmænds intention. Denne fortolkningsmetode er vanskelig for § 20, der stammer fra 1953; andre grundlovsbestemmelser stammer fra 1849, og her er en binding til traditionen endnu vanskeligere, og hvor mulig ofte uønsket. Traditionen er relevant, men kan ikke være afgørende.

Tilsvarende kan anføres om tiltrædelsesloven 1972: Man gjorde sig i 1972 nogle antagelser om forståelsen af art. 235, og meget tyder på, at denne forståelse var snævrere end den senere brug; men hvad følger heraf? Kan en dansk fortolkning af en traktat sætte en bindende grænse for, under hvilke betingelser EU kan bruge art. 235; og er den danske forståelse i 1972 bindende for senere danske regeringer? Jeg ser ikke no-

43. Per Lachmann i Politiken 12. november 1996.

get grundlag for, at en benægtende besvarelse af disse spørgsmål i sig selv skulle konstituere et grundlovsproblem.

Man kan således efter min opfattelse ikke alene ud fra 1972-loven hævde, at der er sket et brud med tiltrædelsesloven [44].

Med dette har jeg kommenteret følgende tekst fra Hjalte Rasmussen 1996 s. 96: »De to aktører [udenrigsministerium og markedsudvalg, HZ] må nemlig med kendskab til Notens ordlyd have været på det rene med, at en række af de retsakter med hjemmel i artikel 235, som regeringen i de følgende år stemte for i EU-Rådet, var mere end på kollisionskurs med 1972-forståelsen af artikel 235 – og dermed på kanten med grænserne for § 20«. Idet jeg ikke her går ind på den rets-sædvanedannelse, som er målet for Hjalte Rasmussens drøftelse, fokuserer jeg på påstandene om 1. at en række retsakter med hjemmel i art. 235 var på kollisionskurs med 1972-forståelsen af art. 235, og 2. at man dermed var på kant med grænserne for grl. § 20. At man i 1980'erne fortolkede en traktatbestemmelse på en anden måde, end da traktaten blev ratificeret, udgør ikke *i sig selv* et retligt kritikpunkt og kan ikke *i sig selv* bringe en på kant med grl. § 20. Det er med urette uden videre forudsat, at 1972-forståelsen var bindende, og at en overskridelse af denne forståelse ville bringe en ud på kanten af grl. § 20. Det er ikke gjort klart, om den forståelse af art. 235, der refereres til, er national eller EF-retlig.

Ad 3. Praxis er meget omfattende

En anden præcisering af betydningen af den senere anvendelse kan være den, at der simpelthen er gjort en meget intens brug af bestemmelsen. Det forudsættes herved, at bestemmelsen er anvendt inden for sine rammer, at praksis altså ikke

44. Jeg ser bort fra, at loven selvfølgelig har forudsat, at den stemmer med grl. § 20.

udgør et brud med ordlyden af art. 235 (om brud med art. 235 nedenfor).

At art. 235 er brugt i et betydeligt antal tilfælde, udgør i og for sig ikke noget selvstændigt problem.

Ad 4. Praksis er baseret på en »aktivistisk« fortolkning

Dette synspunkt kan være fristende. For er der ikke sket et brud med grl. § 20, hvis Kommission, Råd og Parlament praktiserer en aktivistisk fortolkning af en så vidtgående bestemmelse? Det er ovenfor begrundet, at netop dette synspunkt i sig selv er utilstrækkeligt, for det afspejler jo i sig selv blot det, at der foreligger en organisation med en selvstændig retsdannelse. Der må mere til for at etablere et grundlovsproblem.

Ad 5. Praksis er baseret på en vidtgående omtolkning

Den vidtgående eller ekspansive anvendelse af art. 235 kan drøftes som grundlag for den opfattelse, at de – ikke meget præcise – grænser, som art. 235 indeholder, er omtolket i praksis. Grænserne for brugen af art. 235 kan ikke blot aflæses af teksten, men må forstås i lyset af den praksis, som Rådet mv. har lagt for dagen.

En omtolkning skaber et nyt indhold, dvs. det sætter grænser, som vel tilskrives art. 235, men indeholder en ændret præcisering af tekstens indhold. Indholdet omdefineres. Hvis det forudsættes, at denne omdefinering ikke skaber en større åbenhed eller mangel på præcision end det, som art. 235 indeholder, er der i og for sig ikke sket nogen selvstændig ændring i forhold til spørgsmålet om, hvorvidt Danmark har overladt kompetence i nærmere bestemt omfang. Omfanget af overladelsen er påvirket af omtolkningen. Og denne omtolkning må derfor diskuteres for sig, jfr. herom ovenfor. Omtolkningen indebærer ikke nødvendigvis i sig selv en mangel på præcision, som anfægtes af § 20.

Ad 6. Der har været enkelte vildskud i praksis

Det kan overvejes, om der i praksis i et antal tilfælde er gjort brug af art. 235, selvom betingelserne i art. 235 ikke var opfyldt. Vedtagelse af direktiv om fuglefredning er et ofte nævnt eksempel.

Rådet mv. er – hvis indvendingen er berettiget – i så fald simpelthen gået for vidt. En sådan konstatering – der ikke har EF-Domstolens autoritet bag sig [45], og som her gøres hypotetisk – har efter min opfattelse ingen forfatningsretlig relevans i relation til grl. § 20: De pågældende retsakter – vildskud – er ikke gældende i Danmark. Men de har ikke betydning for tiltrædelse og ratifikation.

Dette vildskud-synspunkt har en principiel interesse, fordi det illustrerer lidet drøftede sider af EU-rettens gennemslag i dansk ret. Udgangspunktet er jo, at EU-retten er gældende i dansk ret, og at EU-retten har forrang over for modstående danske retskilder. Hvis det under en dansk sag gøres gældende, at f.eks. en EU-forordning ligger uden for den påberåbte traktathjemmel, må spørgsmålet i almindelighed forelægges EF-domstolen, jfr. art. 177. EF-Domstolens dom vil binde den danske domstol – i medfør af EU-retten. Alligevel er det efter dansk forfatningsret muligt (og en pligt) for den nationale domstol at efterprøve, om traktatfortolkningen må anses for uberettiget. Det er den nationale ret – tiltrædelsesloven – der er grundlag for EU-rettens nationale gennemslag, og ligger en EU-retsakt *uden for* EU-retten, har den ikke dækning i tiltrædelsen. Hvilke krav til »klarhed« eller til »retskildegrundlag«, der kan stilles ved denne nationale efterprøvelse, er ikke afklaret i dansk ret. Men efterprøvelse kan ikke afvises, forudsat den rummes af det processuelle oplæg.

45. EF-Domstolen har ikke underkendt nogen art. 235-vedtagelse af materielle grunde.

Ad 7. Praksis efter 1972 er løbet vild

Aktivism, omtolkning eller vildskud kan ikke i sig selv konstituere brud med den forfatningsretlige ramme for det danske medlemskab. Anderledes stiller det sig, hvis »omtolkningen« af art. 235 har bestået i, at grænserne i art. 235's tekst *ikke* er erstattet af et nyt sæt af tilsvarende betingelser. Indholdet antages at være erstattet af en *mere* ubestemt regulering. »Retten løber vild«. I så fald er der sket en retsdannelse, som kan bryde med forudsætningerne i grl. § 20.

Når Danmark ikke kan tilslutte sig en organisation, som ikke har en kompetence af et nærmere bestemt omfang, må det også antages, at Danmark ikke kan fungere i en organisation, hvis grænser i praksis omtolkes i en sådan retning, at kompetencerne for institutionerne er ubestemte. Konsekvensen af en sådan situation – der jo her drøftes hypotetisk – må i første omgang være, at Danmark ikke kan deltage i den pågældende omtolkning.

Men problemstillingen forudsætter, at Danmark har deltaget i de pågældende rådsvedtagelser, eftersom art. 235 kræver enstemmighed, og spørgsmålet for domstolene er da, hvordan der kan reageres. Det mindste må være at drage den konsekvens af en sådan omtolkning, at omtolkningen ikke har betydning for Danmark. Dette indebærer, at rådsvedtagelser, der konstituerer denne ubestemthed eller gør brug af denne ubestemthed, ikke har betydning i Danmark. Eller med andre ord: Danmark er kun med i EU-retten for en del, nemlig for den del, der besluttet inden for de rammer, som en tilstrækkelig præcis kompetenceafgrænsning indeholder, herunder vel især den oprindelige udformning af art. 235. Det er et åbent spørgsmål, om EU vil acceptere en sådan dansk reaktion på en eventuel tilsidesættelse af bestemthedskravet i grl. § 20. Det er muligt, at man vil vise »fleksibilitet« og således acceptere, at det viser sig, at Danmark ikke har mulighed for at deltage i al den hidtidige anvendelse af art. 235.

Dette standpunkt er politisk kompliceret, og politisk også noget ironisk, eftersom en del af de retsakter udstedt i medfør af art. 235, der skal underbygge, at brugen af bestemmelsen er uforenelig med grl. § 20, er tilvejebragt for at imødekomme ønsker hos den politiske venstrefløj om at supplere den kolde og kapitalistiske markedsregulering med regler om fredning, miljøbeskyttelse mv. Fraværet af udtrykkelige kompetencer om miljø har gjort det nærliggende at søge kompetencen indfortolket i bestemmelser, der efter deres oprindelse var begyndt som ren markedsregulering. At miljøretten siden er etableret med et selvstændigt regel-regime, udelukker ikke, at begyndelsen kunne gøres på grundlag af selvstændig fortolkning.

Men dette kan jo ikke være nok. Regeringens deltagelse i den »vilde« tolkning er uholdbar – sådan kan der argumenteres – fordi den skaber netop den usikkerhed om retstilstanden, som grl. § 20 forudsætter, at den supranationale organisation ikke må frembyde, når kompetenceoverladelse skal ske i nærmere bestemt omfang.

Forskellen mellem enkelte vildskud og en systematisk løben vild er dermed blevet vigtig. Vildskud er forventet i de fleste retlige systemer. Der etableres omfattende kontrolsystemer, hvis opgave netop er at opfange vildskud – men hvis eksistens på den anden side her fungerer som bekræftelse af, at systemet er retligt velorganiseret. Grl. § 20 tillader ikke kun tilslutning til en organisation, der ikke begår fejl. Det er heller ikke et udtryk for en »løben vild«, at der er antagelig ugyldige retsakter, der ikke bliver indbragt for Domstolen, og som dermed i realiteten kommer til at fungere som gældende. Kompetenceoverskridelser fører kun til ugyldighed eller ansvar, hvis nogen reagerer, hvadenten det er en privat, der anfægter retsakt, eller en offentlig myndighed, der tager initiativ til en sag. Og der kan være mange og forskelligartede grunde til, at det ikke sker. For at kunne lægge til grund, at art. 235 er anvendt systematisk

uden fortolkningsmæssig grund i bestemmelsen, må stilles store krav med hensyn til omfang og varighed.

Jeg har ikke grundlag for at hævde, at der har været en periode, hvor art. 235 er anvendt på denne måde (og for øvrigt heller ikke for kritik af enkelte anvendelser), og de foregående bemærkninger er således ment som en hypotetisk begrundelse for et legitimt forfatningsretligt argument for en tilsidesættelse af grl. § 20. Om argumentet er relevant, må afhænge af en bedømmelse af en længere række af retsakter, hvis gyldighed er afhængig af, at de kan finde hjemmel i art. 235.

Såfremt det antages, at Rådet mv. har brugt art. 235 på en sådan måde, at der kan opstå problemer med grl. § 20, må denne praksis sammenholdes med det faktum, at den danske regering, der jo som nævnt forudsættes at have medvirket ved art. 235-vedtagelserne, må have antaget, at denne praksis ikke bragte regeringen og endnu mindre medlemskabet i konflikt med grl. § 20. Kan disse to ender mødes? Eller med andre ord, kan der skabes en forfatningsretlig legitimation af den danske optræden?

Hjalte Rasmussen har hævdet, at man (i hvert fald i Danmark) har gjort sig klart, at beslutningerne blev truffet med tilsidesættelse af art. 235 [46]. Efter Hjalte Rasmussens opfattelse er dette imidlertid ikke grundlag for en kritik af den grundlovsmæssige dækning for medlemskabet [47]. For Hjalte Rasmussen antager, at der er dannet en retssædvane – en sædvaneretsdannelse, som paradoksalt nok [48] netop er un-

46. Jfr. Hjalte Rasmussen 1996 s. 96 om notat fra Udenrigsministeriet fra 1980.

47. Hjalte Rasmussen henviser til Henning Koch, der ikke betoner retsstridigheden.

48. Dette er ikke så paradoksalt, som det ser ud, jfr. Alf Ross om sædvane som *rets*-sædvane, *Om Ret og Retfærdighed* 1953 s. 107f. Hævd hindres af tilladelse.

derstøttet af, at Regeringen og Folketinget har måttet gøre sig klart, at de var ude i ulovligt ærinde – og i medfør af denne retssædvane er der sket en ændring af de krav, som følger af grl. § 20. Grl. § 20 er så at sige ændret ved en retssædvane.

Min kommentar hertil er for det første, at opfattelsen til dels bygger på den forudsætning, at »overladelse« sker stykvis, dvs. sker hver gang art. 235 anvendes. Denne opfattelse kan ikke lægges til grund, for så vidt angår de anvendelser af art. 235, som ligger inden for bestemmelsens grænser. Det er ovenfor begrundet, at kompetencen efter art. 235 er overladt ved tiltrædelsen i 1972.

Kun for så vidt angår anvendelsen af kompetence, der ligger uden for art. 235, kan der være tale om en selvstændig, stykvis kompetenceoverladelse. Og det er den kompetenceoverladelse, som skal gøres forenelig med grundloven som følge af en grundlovsomtolkende retssædvane. Imidlertid er det svært at finde sammenhængen: For grl. § 20 opstiller betingelser for, at en overladelse kan gennemføres. Når det drejer sig om en supranational ageren uden for traktatgrundlaget, er der jo ikke tale om, at grl. § 20 opstiller relevante grænser. Den pågældende kompetence er ikke overladt i 1972. For så vidt art. 235 er påberåbt i tilfælde, hvor art. 235 *efter EU-retten* ikke giver dækning, må anvendelsen af art. 235 anfægtes ved EU's institutioner. Er det efter *dansk ret* udelukket at anerkende anvendelse af art. 235, er der tale om en kompetenceudøvelse, som ikke er dækket af 1972-loven (som jo henviser til traktaten, herunder dens art. 235).

En retssædvane kan ikke dannes under de her beskrevne vilkår. Retssædvanen skal legitimere en kompetenceudøvelse, som ligger uden for de grænser for selvstændig retsdannelse, der kan anerkendes efter dansk ret. Men der må foreligge et grundlag for at antage, at de agerende har handlet ud fra en opfattelse af at handle med rette, således at deres handlemåde afspejler en retsopfattelse eller i hvert fald en opfattelse af at

handle korrekt, og en sådan opfattelse dokumenteres ikke af en henvisning til et notat, der peger på den mulighed, at der kan blive handlet traktatstridigt. Selv hvis oplysningsgrundlaget forbedres, og det kan lægges til grund (hvad det ikke kan efter det nu kendte), at minister og folketingsudvalg har gjort sig klart, at vedtagelser lå uden for traktathjemmelen, ville det ikke kunne konstituere en retssædvane. Vedtagelser i lukkede møder og bagvedliggende ikke offentliggjorte retsopfattelser er ikke ramme for dannelse af sædvaneret. Sædvanerettens historiske oprindelse i den folkelige retsbevidsthed kræver i det mindste en vis offentlighed, og for vurderingen af en retssædvane spiller det også en rolle, om retssædvanen etableres af en regel, som domstole eller andre retsanvendere anser for fornuftig [49]. Det forekommer mig ikke indlysende, at det er fornuftigt at acceptere, at Markedsudvalg/Europaudvalg i samarbejde med vedkommende minister kan konstruere traktatstridige kompetencer i lukkede møder.

Når det forudsættes som her, at art. 235 er påberåbt uden for sine egne grænser, er der unægtelig et EU-retligt problem: Er retsakterne gyldige? Hvis dette besvares benægtende, bortfalder det nationale forfatningsretlige spørgsmål [50]. Retsakterne må underkastes prøvelse ved EF-Domstolen, der i givet fald vil underkende dem, og en underkendelse af en eller flere retsakter indebærer ikke nogen anfægtelse af, at Danmark har tiltrådt EF på korrekt måde i overensstemmelse med grl. § 20.

At Rådet mv. agerer uden for de traktatbestemte grænser, er naturligvis uheldigt og skal påtales, herunder gennem anfægtelsessøgsmål ved EF-Domstolen, men en sådan optræden ud-

49. Sml. allerede A.W. Scheel: *Privatrettens Almindelige Del*, 1865 s. 167.

50. Retssædvaneteorien behandler ikke forholdet mellem EU-ret og national ret.

gør ikke i sig selv et brud med den danske grundlov (her bortses fra ansvar for den danske minister mv.).

Spørgsmålet kan endvidere blive rejst for national domstol, såfremt en rådsakt, der er vedtaget i medfør af art. 235, anfægtes. Spørgsmålet forelægges da for EF-Domstolen præjudicielt, jfr. art. 177.

Sædvaneretsteorien som beskrevet af Henning Koch, der taler om »stykvise suverænitetsafgivelser«, kan udvikles på flere måder: Gennem en omtolkning af art. 235 er sket en udvidelse af bestemmelsens rækkevidde [51]. I det omfang denne omtolkning indebærer en *udvidelse*, sker der jo i realiteten en suverænitetsafgivelse. Men efter min opfattelse har denne suverænitetsafgivelse ikke noget med grl. § 20 at gøre og kræver ikke, at der sker en dansk forfatningsretlig omtolkning af begrebet »i nærmere bestemt omfang«.

En anden tolkning af tanken om en sædvaneretsdannelse i forbindelse med den vidtgående brug af grl. § 20 fokuserer på forfatningsretlig sædvaneret om kravet til bestemthed i forbindelse med kompetence-overladelse: Ministre og Markedsudvalg har dannet en sædvaneret for, hvad der kan overlades, der udvider de grænser, som ellers ville være gældende efter grl. § 20; den relativt præcise afgrænsning, som § 20 kræver, er efterhånden som EU's brug af art. 235 tog fart, erstattet af en åbenhed for noget mindre præcist. Hertil vil jeg bemærke: Den danske medvirken ved brugen af art. 235 er, såvidt jeg ved, altid forbundet med den grundantagelse, at art. 235 omfattede *allerede overladt* kompetence, jfr. ovenfor. En fornyet bedømmelse efter § 20 må bestandig angå kompetencen som den nu forstås. At der i praksis sker en udvidelse af anvendelsen i forhold til tidligere forventninger, rejser ikke i sig selv et § 20-problem. Hvis på den anden side man er nået så vidt som her forudsat (og det drøftes her som en hypotese, som jeg ikke

51. Henning Koch i Juristen, 1992 s. 250.

har set beviset for), er der ikke grundlag for at hævde, at der er udviklet en retssædvane om kompetence-overladelse, der skulle legitimere en opgivelse af et bestemthedskrav. Der er ikke mig bekendt noget materiale fra Markedsudvalgets behandling af disse spørgsmål, der bekræfter, at den danske tilslutning til art. 235-vedtagelser er baseret på en opgivelse af bestemthedskravet, og endnu mindre er denne retsopfattelse formidlet til omgivelserne.

En grundlovsindsigelse om ubestemthed som følge af »løben vild« kan således efter min opfattelse ikke som hævdet af Hjalte Rasmussen imødegås af et anbringende om retssædvane, der fremstår som en uheldig legitimation af et grundlovsbrud, der endda forudsættes at være sket bevidst og for lukkede døre. Og en ubestemthed, der blot består af en ændret fortolkning, er ikke i strid med hverken art. 235 eller grl. § 20, og har derfor ikke behov for nogen hjælpeaktion.

Et andet (muligt) anbringende kunne være en henvisning til, at den (stadig hypotetisk drøftede) »vilde brug« af art. 235 blev bragt til ophør med Fællesakten 1986 og derfor er uden aktuel relevans. Fællesakten kan imidlertid ikke få betydning i relation til grl. § 20, da grl. § 20 ikke blev fulgt ved Aktens gennemførelse. Der var ganske vist en folkeafstemning, men den skete efter særlig lov og var kun vejledende. Men ved ratifikation og gennemførelse af Maastricht-traktaten fulgte man grl. § 20, og dermed helbredtes den eventuelle mangel, der tidligere kan have været.

7. Demokratisk kongruens

Kan det forlanges af en supranational organisation, at den er opbygget på en måde, der svarer til de krav, der kan stilles til danske myndigheders organisation? Den første del af dette spørgsmål vedrører den *demokratiske* struktur. Danske myndigheder er underlagt en parlamentarisk kontrol, og spørgsmålet er, om en sådan kontrol også skal gøres gældende med hensyn til en supranational organisation. Kravet kan udmøntes på to måder.

For det første kan fokus rettes mod *nationalstaten*, idet det er nationalstatens demokratiske organisation, der gøres til hovedsagen. Opgaven bliver i så fald at underlægge den nationale repræsentation i den supranationale institution en sådan demokratisk kontrol, at de beslutninger, der træffes i den supranationale organisation, på denne måde kan legitimeres af det nationale demokrati. Efter denne model er det – med den tyske Bundesverfassungsgericht's ord medlemsstaterne, der gøres til »Herren der Verträge« [52]. Den demokratiske legitimation skal findes i nationalstatslige beslutningsprocesser.

Med dette udgangspunkt er opgaven i Danmark at sikre Europaudvalget eller Folketinget kontrol med ministerens optræden i Rådet såvel som demokratisk kontrol med dansk administrativ repræsentation i Kommissionens komiteer mv. Noget systematisk analyse af den danske beslutningsproces bag EU's administrative, legislative og udenrigspolitiske funktioner er, såvidt vides, ikke gennemført. Hovedsynspunktet måtte være, at hvor funktioner, der efter grundloven er undergivet

52. 12.10.1993, i EuGRZ 1993 s. 429.

demokratisk kontrol, flyttes til supranationalt regi, skal den nationale demokratiske kontrol opretholdes.

Nu kan denne nationale kontrol ikke blot være en fastholdelse af den kontrol, som kendes fra den nationale beslutningsproces. Det kan ikke forlanges, at alle reguleringsforslag, der uden EU ville være behandlet som lovforslag med hertil hørende behandlinger i Folketinget osv, skal forelægges og drøftes i Folketinget på tilsvarende måde. Fokus for den nationale behandling må i første række være rammerne for den danske repræsentants, især ministerens optræden i Rådet. Om dette er en forenkling, fordi kun et forhandlingsmandat skal tilvejebringes, eller det er en komplikation, fordi der i højere grad end i en national beslutningsproces skal tages hensyn til, hvilke mulige indslag i forhandlingerne der kan komme fra anden side, skal være usagt. Afgørende er, at processen er en anden end den nationale proces, og den demokratiske kongruens må udvikles i lyset heraf. Vigtigt er det, at overvejelser og forslag på et tidligt stadium gøres tilgængelig for politisk analyse i medlemsstaterne, og at der sikres en parlamentarisk indflydelse på den nationale repræsentants optræden.

Et mindstekrav kunne være, at der var regler for procedure og beslutning i Europa-udvalget, der var systematisk udformede og retligt anerkendte. Selvom nogle har fundet grundlag for at hævde, at de foreliggende Beretninger repræsenterer retlige rammer for udvalgets virke, er opfattelsen, såvidt vides, ikke anerkendt af nogen regering.

Denne tilgang støder på den begrænsning, at myndighed i EU i vidt omfang udøves af personer, som ikke er underlagt en national og derfor evt. demokratisk kontrol. Dette gælder Kommissionen såvel som instanser under Kommissionen, og det gælder Rådet i det omfang, Rådet træffer beslutninger uden enstemmighedskrav – såvel som beslutninger, der træffes under enstemmighedskrav, men i erkendelse af den »pres-

sion«, der efter omstændighederne kan påhvile eventuelle modvillige – især små – medlemsstaters repræsentanter. Det er også en principiel begrænsning i denne tilgang, at den magtudøvelse, som har sit udgangspunkt i EU's institutioner, ikke er underlagt en demokratisk kontrol, som er afstemt efter den befolkning og det område, som EU bygger på. Der kan således være interessegrupperinger, der vanskeligt kommer til orde gennem en national repræsentation, men som i en større sammenhæng kan få en sådan størrelsesorden, at de kan gøre sig gældende med vægt.

For det andet kan derfor rejses det spørgsmål, om der forfatningsretligt kan stilles et krav om, at *den supranationale organisation som sådan* skal være demokratisk organiseret.

En *historisk* fortolkning vil tale mod et sådant krav. Under forberedelserne af grl. § 20 omtaltes eksempelvis EKSF jo som nævnt flere gange, og det var en organisation, som ikke levede op til elementære demokratiske forventninger. Den eneste betydningsfulde myndighed var Den Høje Myndighed, som er forbilledet for den nuværende Kommission, og den parlamentarisk-demokratiske kontrol med denne var meget beskedent. Men en historisk fortolkning kan ikke være afgørende. Vi kan ikke lade kravene til den demokratiske struktur af en organisation som EU være bestemt af, hvordan efterkrigstiden organiserede afløserne af besættelsesmagternes administration af krigens råstoffer.

Med støtte i kravet om, at de af § 20 omfattede organisationer skal fremme »retsorden«, og med støtte i den tanke, at den demokratisk styrede myndighed, der overlades, har været og derfor også fortsat må være underlagt en demokratisk styring, finder jeg det rimeligt at hævde det krav, at der til en supranational organisation kan stilles elementære krav om demokratisk kontrol. Denne demokratiske kontrol kan som nævnt for det første bestå i national kontrol med den nationale repræsentation, for det andet må den demokratiske kon-

trol etableres inden for den supranationale organisation som sådan [53].

Betydningen af dette udgangspunkt viser sig ved vurderingen af den praksis, der er med hensyn til afholdelse af lukkede rådsmøder, etablering af og arbejde i komiteer under Kommissionen, og især ved bedømmelsen af Parlamentets beføjelser med hensyn til regelskabelse og i forhold til Kommissionen.

Der kan ikke af det beskrevne udgangspunkt trækkes håndfaste krav med hensyn til disse og andre organisatoriske elementer for EU. Men grundsynspunktet bør stå fast og blive respekteret. Også supranationale organisationer bør være underlagt demokratisk kontrol – i det omfang, hvori de varetager funktioner, der efter den nationale forfatning er underlagt demokratisk kontrol.

53. Jfr. hertil Max Sørensen: Statsforfatningsret, 1973 s.313, Henrik Zahle: Dansk forfatningsret bd. 2, 1996 s. 324-25.

8. Judiciel kongruens

En anden side af spørgsmålet om den organisatoriske kongruens er anerkendelse af den judicielle kompetence. Den judicielle kompetence har for det første betydning i forbindelse med de menneskerettigheder, der er baseret på domstolenes medvirken. En række menneskerettigheder har som sit hovedanliggende, at det er domstolene, der (i første omgang) træffer beslutning eller (i anden omgang) kontrollerer administrative beslutninger [54]. For så vidt den judicielle kompetence på denne måde er integreret i menneske rettigheder beskyttet efter den danske grundlov, følger af det almindelige princip, at den kompetence, som overlades i medfør af grl. § 20, er en kompetence i henhold til grundloven og dermed en kompetence, der respekterer de i grundloven fastslåede menneskerettigheder. Loven kan med andre ord ikke overlade en kompetence til at træffe afgørelser, der er i strid med de i Danmark gældende menneskerettigheder. Eller med andre ord: grundloven gælder stadig i Danmark forud for EU-retten [55]. Dette princip er det rette, uanset at EU-retten gør krav på at have forrang [56].

54. Jfr. Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret* bd. 3: *Menneskerettigheder*, 1997 s. 24.

55. Jfr. Henrik Zahle: *Dansk forfatningsret* bd. 2, 1996 s. 322, 356, Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen 1995 s. 196f, Hjalte Rasmussen 1995 s. 91f.

56. Dette er et eksempel på den polycentri, der består i, at forskellige retlige mønstre inden for det samme område har et forskelligt indhold. Opgaven er ikke altid at tage stilling til, hvilket af de to mønstre der er det rigtige, men ofte i stedet at indrette sig på en sådan måde, at der ikke opstår konflikt hverken med det ene eller det andet mønster.

Grundlæggende er denne kongruens styrket ved EF-Domstolens anerkendelse af menneskerettigheder, omend denne anerkendelse jo i princippet også er et udslag af den judicielle selvstændighed, som fra et kritisk synspunkt anfægtes.

Enkelte judicielle kompetencer synes at være kommet i fare. Når grl. § 72 eksempelvis kræver retskendelse forud for husundersøgelse mv., må det anses som tvivlsomt, om denne regel er respekteret i det nu gældende system med hensyn til EU-Kommissionens husundersøgelse. Beslutning om husundersøgelse træffes af Kommissionen, og der stilles ikke i EU-retten krav om, at denne beslutning på forhånd skal være forelagt EF-Domstolen. Beslutningen kan, men skal ikke indbringes for EF-Domstolen. Når beslutning om husundersøgelse eksekveres med bistand af det danske Konkurrenceråd, skal der på forhånd afsiges en dansk retskendelse. Men denne retskendelse angår kun betingelserne for den danske myndigheds medvirken. Grundlaget for Kommissionens beslutning om husundersøgelse er således hverken ved dansk domstol eller ved EF-Domstolene genstand for judiciel forhåndskontrol [57].

Et andet eksempel på judiciel kompetence, der kan diskuteres, er Kommissionens kompetence til idømmelse af bøder. Ved overtrædelse af art. 85-86 kan bøderne jfr. forordning 17/1962, stige op til 1 mio ecu. Det forekommer ikke klart, at en sådan kompetence til idømmelse af bøder, der ganske vist er af en særegen art, kan forenes med den judicielle kongruens. Selvom dansk forfatningsret betragter pålæg af straf som en central opgave for netop judicielle myndigheder, er der ikke et ubetinget krav om, at straf ikke kan pålægges eller vedtages ved administrativ myndighed, og mulighed for fuld, efterføl-

57. Hertil E. Sølvkjær: Konkurrenceloven, 1990 s. 285-86, Henrik Zahle: Menneskerettigheder, 1997 s. 52, 258. Se også Mogens Koktvedgaard: Lærebog i Konkurrenceret, 1997 s. 116.

gende domstolskontrol er også brugt som argument for en ikke-judiciel kompetence [58].

Sammenfattende kan antages, at kravene til den demokratiske og judicielle kongruens ikke kan være ubetingede, bortset fra menneskerettigheder, og at forskellige nationale ordninger vil sætte deres præg på den supranationale ordening. Men væsentlige elementer af kongruens må anerkendes.

58. Idømmelse af straf skal ske ved domstole og ikke administrativt, jfr. Max Sørensen 1973 s. 290, Peter Germer 1995 s. 160 og Henrik Zahle bd. 2 1996 s. 101-02. Ved grl. § 77 om »ansvar ved domstolene« er ansvar ved et uafhængigt, ikke-judicielt nævn (Advokat-nævnet) underlagt *efterfølgende* domstolskontrol godtaget, jfr. UfR 1996 449V.

9. Kvantitative grænser

Det er en gængs forfatningsretlig opfattelse, at grl. § 20 ikke sætter kvantitative grænser for den kompetence, der kan overlades. Blot hævdes det, at *ikke al* kompetence kan overlades [59]. Dette synspunkt synes at bygge på de grænser, som er opstillet i læren om intern, offentligretlig delegation. De afspejler den gængse opfattelse af, hvad Folketinget via lov kan delegere til en minister [60]. Denne opfattelse af den yderste grænse for supranational kompetence-overladelser er anfægtet [61] og efter min opfattelse med rette.

Det er formentlig heller ikke konkret antaget, at den danske stats kompetence kunne udtømmes i et sådant omfang. Snarest har der – som i delegationslæren – været tale om, at ikke al kompetence inden for et bestemt reguleringsområde kan overlades, men næsten alt. Og dette er vel også, hvad der er sket. På den anden side er der områder, som ikke er reguleret.

Et er at kritisere dette »ikke-alt«-synspunkt for at være utilstrækkeligt; det næste må være at søge en nærmere grænse lagt. Og her er det vel diskutabelt, om dette »kvantitative« synspunkt overhovedet er brugbart. For det ville jo indebære, at man skulle sætte en kvantitativ grænse – blot snævrere end »Ikke-alt«. Men det giver jo ikke mening. »Myndighed« lader sig ikke måle kvantitativt. Et forbud mod (efter grl. § 20) at

59. Jfr. senest Peter Germer 1995 s. 192, Henrik Zahle bd. 2, 1996 s. 323f.

60. Jfr. herom Alf Ross 1980 s. 495-96, Max Sørensen 1973 s. 205f, Peter Germer 1995 s. 80f, Henrik Zahle bd 1 1995 s. 359f.

61. Jfr. Hjalte Rasmussen 1996 s. 97f, jfr. Ole Spiermann i Juristen 1997 s. 201 note 16.

overlade alt, giver vel mening – men det er svært at gøre et forbud mod at overlade »næsten alt« eller lign. meningsfuldt. Den »rest« eller residual-kompetence, der skal være tilbage, må beskrives anderledes.

Et forsøg på en sådan beskrivelse uden fokusering på det kvantitative gøres i næste afsnit.

10. Dansk selvstændighed

Grl. § 20 baner vej for »overladelse af beføjelser«, men ikke for afvikling af den danske stat. Det der må søges defineret, er denne »stat«, denne suveræne eller selvstyrende enhed, som må opretholdes for at det giver mening at antage, at Danmark endnu eksisterer.

Danmark som stat: Der bør stadig være så megen myndighed tilbage i den danske stat, at det giver mening at omtale den som en stat. Dette udgangspunkt kan uddybes i juridisk retning, idet det kan betones, at det er en »forudsætning, at Danmark fortsat består som stat og folkeretssubjekt« [62], men tilbage er spørgsmålet da, hvad der hører til at hævde, at Danmark består som stat og dermed (?) som folkeretssubjekt.

Danmarks karakter af stat er ikke bragt til ophør ved tilslutningen til EF/EU. At Danmark har afgivet »suverænitet« er ikke i sig selv grundlag for at hævde, at Danmark er ophørt med at eksistere som stat.

At på den anden side modtageren af denne »afgivelse« – EF/EU – gives betegnelsen stat, er heller ikke i stand til at bringe den danske karakter af stat til ophør. Om EF/EU skal betegnes en stat, beror på kriterier, der ikke nødvendigvis udelukker, at *såvel* EF/EU *som* medlemsstaterne, herunder Danmark, har karakter af stat.

Udtræden: En håndfast og operativ definition af en dansk selvstændighed i forhold til EU består i, at Danmark kan *udmelde* sig af EU. Det er en almindeligt antaget opfattelse, at Danmark har en sådan udmeldelsesadgang, og at denne be-

62. Således Ole Espersen i Alf Ross 1980 s. 411, note 58.

står, uanset hvordan forholdet reguleres efter EU-ret eller international traktatret [63].

Påpegning af udtrædelsesretten kan endda føre til, at det hævdes, at suverænitetsafgivelsen ikke har retlig karakter [64]. Dette synspunkt har også været anført i diskussioner om NATO's enhedskommando, hvor det synspunkt, at kommandoen principielt er omfattet af grl. § 20, er søgt imødegået med, at Danmark når som helst kunne trække sig ud af kommando-systemet.

At en sådan udtrædelsesadgang består, er imidlertid et meget forenklet grundlag for at hævde dansk selvstændighed. Selvom det har principiel betydning for opfattelsen af EU-samarbejdet, at udtrædelsesretten (nationalretligt) består, kan udtrædelsesretten hverken holde tilslutningen uden for grl. § 20 eller begrunde en fuldstændig fornægtelse af ændringer i suverænitet, som det begreb bruges i nyere forfatningsretlig drøftelse. Det sidste beror jo på, at tilslutningen har den retlige »realitet«, at danske individer og virksomheder er underlagt EU-retten umiddelbart, og denne realitet ændres ikke af, at Regering og Folketing kan beslutte at udtræde. At en sådan beslutning ikke er truffet, afspejler ikke (altid), at EU-retten har gennemgået en national, politisk ansvarlig censur, der har ført til dens godkendelse. Det direkte forhold mellem EU-institutionerne og individer er en regulerings- og afgørelsesmæssig realitet. At den kan bringes til ophør, er ikke ensbetydende med, at den ikke findes.

Monitor. En vigtig side af medlemsstatens selvstændige realitet viser sig i dens kontrol med den supranationale organisa-

63. Om udtrædelsesretten, se Forfatningskommissionens betænkning 1953

s. 31. Om udtræden i medfør af EU-retten, se Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen 1995 s. 76f, og særligt om Grønlands udtræden Henrik Zahle bd. 2 1996 s. 363.

64. Ole Spiermann i *Juristen* 1997 s. 205.

tion; altså i den danske stats politiske og administrative indblik i og indflydelse på EU's funktioner. Danmark er som de øvrige nationale medlemsstater egnet til at kontrollere den supranationale statslige overbygning og består for så vidt som selvstændig nation. Nationalstaten er blevet til en monitor.

Denne tanke peger på noget vigtigt, men er ikke tilfredsstillende. Dansk selvstændighed må ytre sig i mere end *kontrol* med supranational virksomhed. Også den nationale kontrol med egne anliggender må medtænkes.

Selvstyre: Man kan som Hjalte Rasmussen [65] betone, at afgørende er, om det danske folk endnu kan »siges at styre sine egne anliggender i en demokratisk og retsstatsligt forankret beslutningsproces«. Hermed betones altså dels 1. en national beslutningsproces, der udgør et styre af egne anliggender, dels 2. det kvalitative krav til denne beslutningsproces, at den er demokratisk og retsstatslig. Hvis det andet aspekt refererer til den supranationale organisation (hvad det citerede ikke indicerer), svarer det til mine bemærkninger om demokratisk og judiciel kongruens ovenfor. I denne sammenhæng er det betoningen af det nationale selvstyre, som skal kommenteres. For det nytter jo ikke at forlange, at alle egne anliggender skal styres af det »det danske folk« – det ville jo udelukke enhver kompetenceoverladelse af intern betydning. Pointen med gensidig kompetenceoverladelse er jo, at danske »egne anliggender« styres af danske sammen med andre, og at andre nationers egne anliggender styres af bl.a. danske repræsentanter. For den indflydelse, der mistes ved at overlade, genvindes – i ændret form – gennem en (evt. mere) demokratisk organisering af fællesskabet. Men denne substitution af demokrati kan på den anden side ikke være tilstrækkelig som legitimerende ramme for, hvad grl. § 20 kan bruges til. En maksimal indflydelse på EU kan ikke kompensere for, at det danske statsstyre er fjernet.

Politisk forum: Grundloven som ramme om det danske statsstyre er bygget på den antagelse, at den danske stat repræsenterer kernen i den regulering og afgørelsesmyndighed, som danskere er underlagt og har indflydelse på. Det er dette sæt af demokratiske beslutningsregler og menneskerettigheder, som grundloven lægger principperne for. Hvis der er ønske om at bringe Danmark i et samarbejde, som indebærer, at den danske stat ikke længere er den bærende ramme for dette samfundsliv, er en ændring af grundloven i overensstemmelse med grl. § 88 nødvendig. Der kan efter omstændighederne anføres gode grunde for et sådant skridt, men det bør tages som en formel beslutning om ændring af grundloven.

Enhver suverænitetsoverladelse bryder med den rent nationale ramme, som et sådant forum skulle udgøre; i en ældre form ligger denne idé forud for det samarbejde, som etableredes i Europa efter 2. verdenskrig. Forventningen om, at der er og skal forblive et dansk politisk forum, der omfatter såvel den institutionelle politiske debat blandt politikerne som den demokratiske debat i offentligheden, og at dette skal være en levende og betydningsfuld ramme for politisk drøftelse og beslutningstagen er egnet til at føre videre, for der kan i et sådant forum ske en forening af den nationale beslutningsproces om egne anliggender og den supranationale beslutningsproces om såvel egne som andres forhold.

Selvstændig aktør: En mulig ramme kan derfor bero på en mere substantiel bedømmelse af den danske selvstændighed. Denne selvstændighed må eksistere inden for EU-samarbejdet. Og den selvstændighed, som iagttages inden for EU-samarbejdet, må måles med den selvstændighed, som en stat som Danmark har uden for EU.

Heraf følger to spørgsmål: 1. Hvilke krav kan stilles til den (minimale) selvstændighed, som er nødvendig for at tilfredsstille de krav, som her drøftes? Dette spørgsmål er vanskeligt at besvare. Men det er jo klart, at der her peges på betydningen

af den danske stat som ramme om et nationalt beslutnings-system, således at dette beslutningssystem udgør den centrale ramme for politiske beslutninger om dels egne forhold, dels dansk aktivitet i den supranationale organisation. 2. Et andet spørgsmål er, hvorledes man skal beskrive selvstændigheden – og de minimale krav til denne – for situationen uden for EU. I almindelighed beskrives den danske selvstændighed uden for EU mest negativt, nemlig ved at betone *fraværet* af de begrænsninger, som kompetence overladelse og anden binding i forbindelse med EU-medlemskabet indebærer. Dette er imidlertid efter min opfattelse en fordrejning. For det første må den danske selvstændighed inden for EU ses i lyset af, at danske politikere og embedsmænd ikke blot står som repræsentanter for varetagelsen af en nationalstatslig interesse, men tillige øver indflydelse på en regulering udover de danske grænser. Det er ikke blot en overladelse af beføjelser, der foregår, det er også – og *skal* efter kravet om gensidighed i grl. § 20 være – en tilegnelse af beføjelser over andre nationalstaters anliggende [66]. Dernæst består be skæringen af problemet i, at man ser bort fra, at bedømmelsen af situationen uden for EU ikke kan bestå i den rent fiktive frihed, der følger af ophøret af medlemskab af EU. Den danske stat kan være suveræn i fuldstændig isolation, men i betragtning af den økonomiske, politiske og kulturelle integration, som har fundet sted også i forhold til stater, som ikke er medlem af EU, må selvstændigheden uden for EU måles i lyset af de reelle handlemuligheder og den reelle selvstændighed, som en lille nationalstat under disse vilkår har. Selvstændigheden må altså vurderes specifikt: Når det gælder rente eller valutakurs, må selvstændigheden altså bedømmes i lyset af de rammer, som det gældende økonomiske system i Danmark og den internationale økonomi, hvori Danmark indgår, lægger. At tale om en fuld-

66. Ugebrevet Mandag Morgen 19. maj 1997.

stændig »formel frihed« som sammenligningsbaggrund for den begrænsning af selvstændigheden, som EU-medlemskabet indebærer, er som at sammenligne fiktion med faktum. I stedet må sammenligningen fokusere på to muligheder af virkelighed.

Konklusionen er herefter, at kravet om, at ikke al kompetence må overlades, erstattes – eller rettere suppleres – af en bedømmelse af, om den danske stat som demokratisk styre stadig kan optræde som selvstændig politisk aktør i relation til såvel egne som fælles anliggender. Både egne og fælles anliggender betones, fordi kompetence-overladelsen er gensidig; den er ikke kun negativ afståelse, men tillige positiv tilegnelse. Tilegnelse eller om man vil forøgelsen af selvstyret består i, at f.eks. *dansk* indflydelse på miljøet i Danmark forøges ved, at *europæisk* miljø reguleres i *fællesskab*. Og det demokratiske betones for at fastholde et grundtræk ved den nationale forfatningsstruktur som relevant også i supranational sammenhæng.

Det må indrømmes, at denne konklusion ikke er en klippefast afledning af alment anerkendte præmisser, men tværtom er usikker og blot ment som et bidrag til videre overvejelse af, hvordan man kan bestemme den kerne af suverænitet, som skal stå tilbage; der er ikke nogen entydig støtte for konklusionen i grl. § 20, og den stemmer ikke med, hvad der tidligere er gjort gældende i litteraturen. For teorien er det en pointe til overvejelse at se gensidig afgivelse af kompetence som en styrkelse af nationen som politisk aktør.

11. Præjudiciel kompetence

Det er almindeligt anerkendt, at den danske tilslutning til EF/EU indebar overladelse af judiciel kompetence. Det er ikke alt, hvad EF-Domstolen gør, som beror på en sådan overladelse, men en væsentlig del af dens virksomhed består i at træffe afgørelser, som ellers ville skulle træffes af nationale domstole – og for så vidt foreligger *overladelse* af dømmende myndighed. Herom er der ikke strid.

Tvivl har der imidlertid været vedr. spørgsmålet om Domstolens kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål efter forelæggelse i medfør af art. 177. De præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkning af Fællesskabets retsregler eller gyldigheden af en retsakt fra en af dets institutioner.

Forelæggelse sker efter beslutning truffet af den nationale domstol, og parterne i den nationale sag har ikke noget krav på forelæggelse. Under forelæggelsen ved EF-Domstolen behandles parterne i den nationale sag som parter i den EU-retlige sag. Domstolens svar på det eller de forelagte spørgsmål fremstår i form af en *dom*, og også dommen refererer til sagen mellem parterne i den nationale sag. Dommen er bindende i den forstand, at den nationale domstol »har pligt til at lægge svaret til grund for sin afgørelse af sagen« [67]. Dommens bindende virkning ytrer sig kun i bedømmelsen af det EU-retlige spørgsmål. Andre juridiske spørgsmål er ikke berørt af dommen, ligesom stillingtagen til faktum ligger uden for Domstolens kompetence.

Domstolens kompetence til at ytre sig i præjudicielle spørgsmål har været et virksomt middel til gennemførelse af en har-

67. Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen, 1995 s. 305.

moniseret forståelse af EU-retlige spørgsmål. Det er også gennem sådanne domme, at Domstolen har lanceret sit fundamentale syn på f.eks. forrang og direkte anvendelighed [68]. Internationalt respekteres den effektivitet, hvormed det præjudicielle system fungerer: »Acceptance of these doctrines [om direct effect, supremacy, implied powers, preemption, human rights – tilføjet af hz] by national courts has given the judgements of the ECJ in cases referred to it under Article 177 roughly the same effect as judgments issued by domestic courts ...« [69].

Spørgsmålet er nu, om denne domstolskompetence beror på en *overladt* kompetence [70]. Den dominerende opfattelse er, at dette spørgsmål skal besvares benægtende. Denne opfattelse tilslutter Østre Landsret sig [71]. Problemet har ikke været selvstændigt aktualiseret i forbindelse med EF/EU, eftersom der ikke er gennemført reformer af EF, som har indebåret en specifik og isoleret øgning af den præjudicielle kompetence. Den præjudicielle kompetence er etableret samtidig med etablering af domstolskompetence i øvrigt, og det har derfor været klart, at grl. § 20 skulle anvendes. Det omtvistede spørgsmål har da kun været, i hvilket *omfang* der var behov for brug af grl. § 20. Spørgsmålet er imidlertid aktualiseret i forbindelse med selvstændige traktatkomplekser, hvori indgår en

68. T.C. Hartley: *The Foundations of European Community Law*, 3rd Ed. 1994.
69. Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter: *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, i 107 *Yale Law Journal* 1997 s. 273 f (292).
70. Samme spørgsmål stilles af Hjalte Rasmussen i *Juristen* 1997 s. 293f, og han når til samme konklusion som jeg. Men hans begrundelse er en anden. Han finder, at tvivlen (om art. 177 kan ratificeres uden brug af § 20) stammer fra usikkerheden om »i nærmere bestemt omfang«, og han lægger vægt på en fortolkningspolitisk udvikling i EF-Domstolens praksis.
71. Østre Landsrets dom af 27. juni 1997.

brug af den præjudicielle kompetence, således lov om gennemførelse af Europol-konventionen, efter hvis § 1, stk. 2, en protokol om præjudiciel fortolkning ved De Europæiske Fællesskabers Domstol gælder her i landet [72].

Forud for den danske tilslutning til EF udtalte Max Sørensen om spørgsmålet, at det »kan give anledning til tvivl, men synes dog at måtte besvares benægtende« [73]. Til støtte for et benægtende svar anførtes følgende:

1: »... Den nationale domstol ... bevarer sin kompetence i sagens hovedspørgsmål ubeskåret«, og

2: »... Det [er] et normalt led i en folkeretlig ordning, at en national domstol, der står overfor at skulle anvende en international traktat, må lægge den fortolkning til grund, som er fastslået af den kompetente internationale instans«.

Hertil skal bemærkes:

Ad 1: Det kan tiltrædes, at den nationale domstol bevarer sin kompetence i sagens hovedspørgsmål. Det er den nationale domstol, der tager stilling til, hvilke faktuelle forhold der skal lægges til grund, hvorledes den nationale ret antages at være, og hvorledes de beføjelser, som EU-retten åbner for, skal udfyldes. Den præjudicielle udtalelse er imidlertid bindende, så vidt den rækker. Den nationale domstol er forpligtet til at lægge den til grund. Besvarelsen af det stillede forfatningsretlige spørgsmål beror på en nærmere bedømmelse af, hvilken karakter denne forpligtelse har.

Det kan være nyttigt at sammenligne med andre tilfælde, hvor der til et internationalt traktatkompleks er knyttet en domstol. Et nærliggende eksempel er Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (Strasbourg). Også domme udgået fra EMD er bindende, men det er et karakteristisk træk, at de

72. Justitsministerens lovforslag nr. 179 fremsat 27. februar 1997, nu lov nr. 415 af 10. juni 1997.

73. Juristen, 1963 s. 68.

er bindende for vedkommende *stat*. Det er staten, der som sådan er bundet, og forpligtelsen har således en internationalretlig karakter. At dommen er bindende også efter national ret, kan være en følge af den nationalretlige ordning. Således efter gennemførelsen af den danske lov om inkorporering af EMK i 1992, der har medført, at EMK er en del af dansk ret; også de af domstolen (Strasbourg) afsagte domme må antages at indgå som en del af dansk ret [74]. Denne nationalretlige henvisning til international ret er gennemført uden brug af grl. § 20, og dette beror på, at denne »anvendelse« af ikke-national ret har en anden karakter end det, som karakteriserer det EU-retlige samarbejde. Forskellen beror – efter min opfattelse – på, at den EU-retlige retsform stiller krav om at udgøre en del af den nationale ret, mens dette ikke gælder for den menneskeretlige regulering.

Den binding, som udgår fra en dom fra EF-Domstolen i en forelæggelsessag, er ikke af internationalretlig karakter. Det er ikke en binding (kun) for den danske stat. Det er også, og efter dommen og EU-retten, umiddelbart en binding af den danske domstol. Derfor har dommen en anden karakter end en dom, der udgår fra den Europæiske Menneskerettigheds Domstol.

Dommen forpligter en national myndighed, og spørgsmålet er herefter, om den omstændighed, at det ikke er en national person eller virksomhed, der bindes, bringer forholdet uden for grl. § 20. En antagelse i denne retning har muligvis haft betydning for bedømmelsen af militær kommandomyndighed i forhold til grl. § 20 [75]. Efter min opfattelse omfatter grl. § 20 også »beføjelser« over myndigheder.

Det er naturligvis også tankevækkende, at instrumentelle styrkelser af EU-rettens nationale gennemslag (umiddelbar an-

74. Anderledes Peter Germer 1995 s. 203.

75. Hertil Max Sørensen i Forfatningskommissionens Betænkning 1953 s. 124, Henrik Zahle bd. 2, 1996, s. 144f.

vendelighed af traktat og direktivtekst, forrang) er fastslået ved domme afsagt i medfør af art. 177. Sådanne domme har altså sat deres afgørende præg på EU-rettens karakter og dermed på elementer i den ubestridte overladelse, som er knyttet hertil.

Selv om det således er rigtigt – som fremhævet af Max Sørensen -, at den nationale domstol bevarer sin kompetence i sagens hovedspørgsmål, må det dog erkendes, at denne kompetence skal udøves under hensyntagen til en bindende anvisning vedrørende et mere eller mindre centralt juridisk emne i sagen, og at denne binding er og skal være umiddelbart gældende i forhold til vedkommende domstol. Den nationale domstol har ikke (bedømt efter EU-retten) nogen kompetence til at tage et andet standpunkt til det EU-retlige spørgsmål end det, som er indeholdt i dommen, og for så vidt kan vel hævdes, at domstolen er uden kompetence på dette emneområde.

Der er således gode argumenter for at antage, at kompetencen betragtes som overladt, omend det må erkendes, at problemstillingen repræsenterer et særegent område.

Ad 2: Henvisningen til andre folkeretlige ordninger, hvor en national domstol skal lægge en fortolkning til grund, som er fastslået af den kompetente internationale instans, kan for så vidt være rigtig, som sådanne eksempler findes – jfr. ovenfor vedr. f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention; men henvisningen er uden betydning i den foreliggende sammenhæng, eftersom den præjudicielle kompetence netop knytter sig til en ordning, der ikke er folkeretlig, men har de særtræk, som karakteriserer bl.a. EU-retten [76].

76. Til den norske – forbeholdne – tilslutning til EU ved etablering af EØS hører, at den præjudicielle kompetence for EFTA-Domstolen kun er *rådgivende*, jfr. herom Frederik Sejersted o.a.: EØS-rett, Oslo 1995, s. 108, jfr. i øvrigt Ruth Nielsen i UfR 1997B s. 565 om retskildeværdien af EFTA-Domstolens udtalelser.

Konkluderende er jeg mest tilbøjelig til at mene, at EF-Domstolens kompetence til at afgøre præjudicielle spørgsmål i medfør af art. 177 bygger på en kompetenceoverladelse, der bør behandles efter grl. § 20, men kun forsåvidt dommen vedrører en EU-regel, der efter EU-retten skal være umiddelbart gældende. Under denne forudsætning supplerer dommen den EU-ret, hvis umiddelbare anvendelighed beror på en suverænitetsoverladelse (eller en selvstændig EU-retsdom). Men jeg finder på den anden side ikke grundlag for at se bort fra den retstradition, som har udviklet sig på grundlag af den opfattelse, der blev fremlagt og begrundet forud for den danske tilslutning til EF, og denne tradition må have betydning for, hvordan der i dansk ret kan reageres i dag: Den præjudicielle kompetence kan ikke blot frakendes relevans for dansk ret.

12. Angivelse af overladt kompetence

Kompetence kan overlades ved lov, jfr. grl. § 20. Loven må i det mindste indeholde en henvisning til det traktatgrundlag, som etablerer de relevante kompetencer. Et spørgsmål er, om der kan stilles krav om, at loven selv eller i hvert fald dens forarbejder indeholder en nærmere præcisering af, hvilke kompetencer der overlades.

Et andet spørgsmål vedrører kravene til beskrivelsen af den kompetence, der overlades, i den lov, der gennemfører overladelsen. Spørgsmålet angår igen art. 235 og dens baggrund. I Justitsministeriets notat af 13. marts 1992 [77] omtales betydningen af, at der ved Maastricht-Traktaten sker en udvidelse af de emner, som traktaten omfatter. Det anføres herom, at disse samarbejdsområder »er nye i den forstand, at de ikke hidtil har været genstand for særskilt traktatmæssig regulering«, men de har »imidlertid allerede i større eller mindre omfang været reguleret i medfør af art. 235 eller andre hjemmelsbestemmelser.« Konsekvensen af, at de nye samarbejdsområder således har været reguleret i medfør af art. 235, er ifølge notatet følgende: »Det forhold, at de nu får selvstændige afsnit i traktaten, skaber vel mulighed for en styrket indsats på disse områder, men der er ikke reelt tale om overladelse af beføjelser på nye områder til EF i det omfang, disse områder tidligere har været eller kunne have været reguleret efter den gældende EØF-traktats bestemmelser, herunder art. 235.«

Disse betragtninger kan jo begrunde den konklusion, at der ikke er grund til at gøre brug af grl. § 20. I det omfang, hvori det efter betingelserne i art. 235 ville være muligt at regulere,

77. Jfr. Ft 1991-92 B 1939f.

sker der ikke nogen overladelse. Hvis det altså kan lægges til grund, at der for de enkelte reguleringsområder kunne være gennemført en regulering, er en selvstændig overladelse unødvendig.

En bedømmelse heraf kræver imidlertid ikke blot en angivelse af, hvilke samarbejdsområder der er tale om, men også en afklaring af, under hvilke betingelser de kunne gøres til genstand for regulering. Disse betingelser måtte så sammenholdes med betingelserne i den hidtil anvendte art. 235. Der ville derfor være en betydelig risiko for, at man uden brug af grl. § 20 ville komme til at overse reguleringsmuligheder, som introduceres ved Maastricht-Traktaten, og som ikke var gældende i medfør af art. 235. Ræsonnementet omkring nødvendigheden af brugen af grl. § 20 i notatet er derfor ikke fuldstændigt.

På den anden side – og det vil for nogen være afgørende – må det påpeges, at konklusionen af de pågældende drøftelser er, at da det »ikke er ganske utvivlsomt, i hvilket omfang den gældende EØF-traktat giver hjemmel til at udfærdige retsakter på flere af de beskrevne sagsområder ...« var det Justitsministeriets sammenfattende vurdering, at man i den foreliggende situation bør anvende proceduren i grl. § 20« [78].

Det er ikke kun kompetence-overladelse, der kan begrunde anvendelse af grl. § 20. Også *organisatoriske* forandringer uden tilførsel af ny kompetence kan kræve brug af grl. § 20, og dette har været gjort gældende i relation til Maastricht-traktaten [79]. Sådanne organisatoriske forandringer må være ganske store for, at den særlige procedure skal være påkrævet.

Dernæst kan overvejes, om lovens *beskrivelse* af, hvad der overlades, er tilfredsstillende. Bør det af en § 20-lov eller dens

78. Denne sidste passage synes oversat i Jens Peter Bonde og Ole Krarup: Grundloven og EU, 1997 s. 181-83.

79. Jfr. Henning Koch, Juristen 1992 s. 251.

forarbejder fremgå, *hvilke* dele af (artikler i) traktaten der begrundes, at grl. § 20 antages at skulle anvendes? I legislativ praksis har man i forarbejder givet en analyse af relevansen af grl. § 20 for angivne dele af traktatkomplekset. Så spørgsmålet kan navnlig få betydning, hvis der ved en efterfølgende vurdering anlægges en anden og videregående bedømmelse. Er lovforarbejdernes undladelse af at omtale den »nyfundne« overladelse et selvstændigt problem?

Kritisabelt ville det selvfølgelig være, hvis en kompetenceoverladelse søgtes »listet« igennem. Ministeriel agtpågivenhed er ligeså nødvendig som ministeriel vildledning er forbudt. Men hvis lovteksten refererer til *hele* traktaten, og lovforslaget har været drøftet med henblik på grl. § 20, kan særskilt angivelse af de enkelte artikler, der vil indebære kompetenceoverladelse næppe kræves.

13. Ikke egen kompetence

Et grundprincip for kompetenceoverladelser er, at den myndighed, hvortil kompetence overlades, ikke selv kan fastlægge sin kompetence. Dette grundprincip gøres der ofte brug af i drøftelser af forholdet mellem grl. § 20 og EU. Princippet dækker imidlertid over i hvert fald tre problemstillinger, som kun har en delvis indbyrdes sammenhæng.

For det første kan det fastslås, at der må være grænser for den selvstændighed, hvormed en supranational institution kan udfolde sig i sin retskildeanvendelse og retskildeskaben. Det er på dette punkt, at EF-Domstolen særligt har tildraget sig opmærksomhed.

At EF-Domstolen ikke har fuld frihed i sin retskildeskaben eller fortolkning, er såvel et *EU-retligt* som et *nationalretligt* princip. Det er det nationalretlige princip, som danske domstole kan lægge til grund ved vurderingen af en forelagt afgørelse eller regulering, der er udgået fra en EU-institution. At kompetence er »overladt« til EU, er ikke ensbetydende med, at en hvilken som helst afgørelse eller regel udgående fra EU er bindende. Dette er nærmere behandlet i afsnit 4 ovenfor.

Et andet aspekt af princippet om, at en supranational institution ikke kan udvikle sin egen kompetence, beror på problemer knyttet til »parallel kompetence«. Er kompetence »overladt« i kraft af tilslutning til en traktatbestemmelse, der skaber en supranational kompetence, men kompetencen endnu ikke udnyttet af den supranationale myndighed, kan der fortsat (efter omstændighederne) bestå en national kompetence til regulering og afgørelse. At kompetencen er »overladt«, indebærer, at senere kompetenceudøvelse ved den supranationale institution vil konkurrere med (og i EU gå forud

for) den nationale regulering; forrang kan som i EU følge af, at den supranationale institution bygger på et forrangssynspunkt, eller den kan i anden sammenhæng følge af den rent tidsmæssige faktor. Der består under disse omstændigheder en parallel kompetence. At den supranationale institution udnytter sin kompetence, kan for et hurtigt blik se ud som om, at institutionen skaber en kompetence, som tidligere var hos de nationale myndigheder. For så vidt skaber den sin kompetence, og for så vidt angår EU, bringer den den nationale kompetence til ophør. Disse overgange af kompetence repræsenterer imidlertid ikke nogen konflikt med princippet om, at en supranational institution ikke må skabe sin egen kompetence.

Endelig har dette princip været relevant i forbindelse med drøftelsen af, om EF/EU har udviklet sig til en føderal statsdannelse. Et tegn eller måske endda et afgørende kriterium herfor kunne være, at det var op til den føderale stat selv at fastlægge sin kompetence. Det karakteristiske for en forbundsstat er netop, at det er forbundsstaten, der gennem vedtagelse af forfatningen fordeler kompetencen mellem det føderale og det statslige niveau. Forbundsstaten kan således gennem forfatningsændringer skabe egen kompetence (nemlig ved at overføre kompetence fra medlemsstater til føderalt niveau).

Et andet indicium i denne retning er, om der kan vedtages ændringer af traktat/forfatning, selv om ikke alle medlemsstater tiltræder ændringen.

I begge henseender må fastholdes, at der ikke for EU's vedkommende er taget skridt i denne føderative retning. EF/EU-institutionerne kan ikke på egen hånd udvikle en kompetence, som hidtil har henligget som national kompetence, og traktatgrundlaget kan ikke ændres gennem beslutning, som ikke har tilslutning fra medlemsstaterne.

14. Internationalisering uden for grl. § 20

Der er ikke i dansk forfatningsretlig litteratur nogen overvejelser af, om der er grænser for, hvor langt staten kan lade sig binde af traktater og beslutninger af *internationalretlig* karakter. Det er vist almindeligt forudsat, at der *ikke* er sådanne grænser. Interessen for § 20-problemer kan styrke denne tendens, idet det *supranationale* er i fokus som (eventuelt) forfatningsretligt problem. Internationalt samarbejde falder i almindelighed uden for eller rettere neden for grl. § 20, således at det kan etableres og gennemføres ved og på grundlag af almindelig lov. Denne retlige internationalisering er således strengt taget uden relevans for en drøftelse af grl. 20; men dette aspekt skal alligevel omtales.

Den retlige internationalisering, der er sket, er i vidt omfang sket uafhængigt af grl. § 20. I den gældende grundlovs levetid, dvs. siden 1953, har udgangspunktet været den dualistiske opfattelse af forholdet mellem national (f.eks. dansk ret) og international ret: National ret angår individer, international ret angår stater, og denne forskel i adressen sikrer i sig selv, at international ret ikke indgår i national ret. International ret får dermed kun begrænset betydning ved nationale myndigheder, f.eks. nationale domstole. Dette udgangspunkt er forladt: International ret angår ikke kun stater; international ret udarbejdes ikke kun i samarbejde mellem stater, men også i internationale organisationer. Den internationale ret har fået et sådant omfang, at ikke mange juridiske problemer i national ret kan løses uden inddragelse af internationalretligt materiale. Dette internationalretlige materiale er ofte gjort relevant som en del af dansk ret ved, at der i lov er henvist til internationale forskrifter som relevant for det rets-

grundlag et emne skal bedømmes efter. Dette internationale retsmateriale skaber en internationalt harmoniseret bedømmelse af emnet.

Når denne internationalisering ikke har noget med grl. § 20 at gøre, skyldes det ikke, at der er demokratisk kontrol med det internationale materiale, at der er offentlighed om dets tilvejebringelse, og at Danmark har vetoret eller i hvert fald er repræsenteret i den komité el. lign., der skal vedtage den internationale retsakt. Nej, internationaliseringen falder uden for § 20's rækkevidde, fordi de internationale retsakter ikke tilsigter og ikke skal gives umiddelbar virkning i dansk ret, hvilket som omtalt er den tekniske nedre grænse for brugen af § 20.

Denne retlige internationalisering, hvis omfang det ikke er muligt at beskrive her, har alligevel interesse for forståelsen af grl. § 20.

For det første kan det – og det er det mere tekniske – ikke være rigtigt, at der slet ikke skulle gælde nogen grænse for, hvor langt Regering og Folketing kan binde dansk ret til opfyldelse af og ved international ret. For norsk ret har Torstein Eckhoff hævdet, hvad der efter min opfattelse også bør gælde for dansk ret: »Vi kan åbenbart ikke binde oss ved en vanlig traktat til en ordning som går ut på at all norsk lovgivning for fremtiden må rette seg etter detaljerte direktiver fra et internasjonalt organ« [80]. Det kan ikke forenes med dansk forfatningsret, at al eller hovedsagelig al politisk reguleringsmyndighed bindes af international ret.

Dette punkt er ikke nået endnu, og synspunktet har derfor mere teoretisk betydning. Større betydning ville det have, om der blev udviklet principper for, hvordan internationalt retligt samarbejde i almindelighed burde foregå, f.eks. med hensyn til udtrykkelig regulering af – og orientering af Folketinget

om – den danske indflydelse ved organisationens reguleringsarbejde, og krav om, at internationalt fastsatte forskrifter skal offentliggøres i Danmark eller i det mindste være offentligt tilgængelige; da dette ikke vedrører EU og grundloven, skal det ikke forfølges nærmere.

For fortolkningen af grl. § 20 har den faktisk gennemførte internationalisering for det andet betydning, omend det kan omtvistes *hvilken* betydning. Den, der fortolker den ikke ganske klare tekst i § 20, vender ofte tilbage til tekster, der stammer fra bestemmelsens indførelse, bestemmelsens forarbejder. Dermed bringer fortolkeren sig tilbage til en retsopfattelse, der er præget af den dualistiske opdeling mellem national og international ret – en opdeling, som det var § 20's opgave inden for visse grænser at modificere. Fortolkerens problem er da, hvordan man kan »bruge« forarbejder, der er udtryk for eller forudsætter en grundstruktur i dansk ret, som ikke længere er aktuel. Det er efter min opfattelse ikke muligt at bygge på forarbejder af denne art som isolerede udtryk for en tekstopfattelse, uden at tage de bagvedliggende bredere antagelser om retssystemets opbygning i betragtning. En mulighed er at beskrive forarbejderne som »forældede«, baseret som de er på en forladt retsstruktur. En anden mulighed er at fastholde de i og for sig forældede forarbejder som relevant grundlag for en skærpelse af de krav, der forfatningsretligt kan stilles til det internationale retssamarbejde; herved bliver det ganske afgørende, om skærpelsen gives den form, at det hidtidige supranationale samarbejde (som en del af det internationale samarbejde i bred forstand) blokeres ved krav om brug af grl. § 88, eller om skærpelsen fokuserer på det procesuelle og anviser mere betryggende, men ikke uopfyldelige krav (evt. omfattende både supranationalt og internationalt samarbejde).

I den juridiske hverdag er det velkendt, at internationalt retsmateriale spiller en rolle, f.eks. kan en traktat få betydning

82 INTERNATIONALISERING UDEN FOR GRL. § 20

for fortolkningen af den lov, der skal opfylde traktaten. Også retspraksis ved andre landes nationale domstole kan have fortolkningsmæssig relevans [81]. Heri ligger ikke i sig selv nogen »overladelse« af kompetence fra dansk side. Tilsvarende gælder for EU-direktiver, forsåvidt de fungerer som internationalt bindende (adresseret til medlemsstaterne).

81. Om »afgørelsharmonisering« Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret bd 2, 1996 s. 285.

15. Stor eller lille grundlovsprocedure?

Hvilken betydning har det, om tilslutning til og senere ændringer i EF/EU sker i medfør af grl. § 20 eller grl. § 88? Dette spørgsmål er grundlæggende for de anfægtelser ved medlemskabet, som har været gjort gældende siden dets start.

Parlamentarisk er der den forskel, at et forslag, der behandles efter § 20, behandles i ét Folketing, mens forslag efter § 88 behandles i et Folketing for derefter påny efter folketingsvalg igen at skulle behandles i Folketinget. Er det nyvalgte Folketing af en anden opfattelse end det tidligere, falder forslaget. Den fornyede behandling giver vel først og fremmest sikkerhed for, at et grundlovsforslag ikke gennemføres af et Folketing, der ikke har befolkningen bag sig; for at denne beskyttelsesmekanisme skal fungere kræves, at forslaget har så stor betydning, at det kan influere på stemmefordelingen ved valget. Diskrepans mellem vælgere og ting er bestemt aktuel inden for denne emnekreds, men den her omtalte beskyttelse har ikke nogen væsentlig betydning sammenlignet med betydningen af, at der afholdes folkeafstemning om forslaget, se nedenfor. Parlamentarisk er der således efter min opfattelse ikke nogen væsentlig beskyttelsesværdi i at bringe en sag fra § 20 til § 88.

I relation til *vælgerbefolkningen* er forskellen tilsyneladende stor. § 88 kræver nemlig, at der ubetinget skal afholdes folkeafstemning om et grundlovsforslag, mens § 20 ikke ubetinget kræver folkeafstemning; efter § 20 er folkeafstemning kun obligatorisk, hvis Folketinget nok har vedtaget forslaget, men kun med simpelt flertal og ikke med mindst 5/6 flertal. Nogle forslag om EF/EU har haft 5/6 flertal bag sig, andre ikke. Men i alle tilfælde, hvor der efter Regeringens og Folketingets

flertals opfattelse har været tale om forslag omfattet af § 20, har der været afholdt folkeafstemning. Der har således også været afholdt folkeafstemning, selvom Folketinget havde vedtaget forslaget med mindst 5/6 flertal (1993); en sådan folkeafstemning afholdes altså ikke som obligatorisk efter § 20, men muligheden for folkeafstemning om en lovhjemlet ratifikation er forudset i grl. § 42 [82]. Disse afstemninger afholdes ikke som obligatoriske [83], men de tjener til at skabe ramme for direkte demokratisk indflydelse på centrale emner og ikke mindst til at lette presset på de partier, hvis medlemmer er delt i holdningen til EU [84]. Sammenfat tende kan konstateres, at alle lovforslag omfattet af (mindst) § 20 er blevet sendt til folkeafstemning, og der er grund til at tro, at denne praksis vil fortsætte – af enten retlige eller politiske grunde. På den baggrund har folkeafstemningen som sådan ikke stor betydning som procedureforskel mellem § 20 og § 88.

Tilbage er en forskel ved opgørelsen af resultatet af en folkeafstemning: Ved afstemninger efter § 20 opretholdes Folketingets vedtagelse, medmindre der er et flertal mod forslaget, og dette flertal skal endda udgøre mindst 30 % af de stemmeberettigede. Ved afstemninger efter § 88 opretholdes Folke-

82. Grundlovsmæssigheden heraf blev anfægtet af Alf Ross (Berlingske Tidende 15. maj 1971); dette er efter min opfattelse unødigt bekymring, da teksten udmærket lader sig forene med lovbestemte afstemninger, og selvom man måtte være uenig heri, er det i hvert fald uden betydning for ræsonnementet i teksten, da afstemninger faktisk er blevet gennemført.

83. Henning Koch anså afstemningen i 1993 for obligatorisk, *Lov & Ret* 4/1993 s. 11. Om min opfattelse henvises til min artikel *Samme lovforslag to gange?* i *UfR* 1992B s. 391f. Se også Henning Koch: *Folkeafstemningsinstituttet*, i *Retlig Polycentri*, 1993 s. 257f.

84. Dette hensyn medvirkede i 1985 til (vejledende) folkeafstemning om et EF-forslag, nemlig Fællesakten (»pakken«), der ikke engang ansås for omfattet af § 20.

tingets vedtagelse kun, hvis et flertal stemmer for grundlovsændringen, og dette flertal skal endda udgøre mindst 40 % af de stemmeberettigede. Eller kort, § 20 giver en (minimal) majoritet blandt vælgerne mulighed for at vælte Folketingets projekt, mens § 88 kræver at en (minimal) majoritet bakker op om Folketingets projekt.

Denne forskel er principielt af betydning. Et grundlovsforslag vedtaget af Rigsdagen fik i 1939 ikke den fornødne opbakning i befolkningen, idet få tusind stemmer manglede (der krævedes da 45 %). Men de kvalificerede krav til at *vælte* et forslag efter § 20 har ikke haft betydning: Hvor der har været et flertal mod, har flertallet også været større end 40 % af vælgerbefolkningen, og det gælder for alle afstemninger opgjort efter denne model (dvs. efter § 42).

Særligt når man ser på de (vejledende og bindende) folkeafstemninger, der har været om EF/EU, er det iøjnefaldende, at de særlige regler om det minimale (kvalificerede) flertal ikke har spillet nogen rolle, og at afstemningsresultatet ville have givet samme resultat i forhold til Folketingets vedtagelse, selvom det var opgjort efter § 88. Ved opgørelsen af folkeafstemningerne om EF/EU i 1972, 1985, 1992 og 1993 spiller det ikke nogen rolle, om afstemningsresultatet opgøres i medfør af § 88, der ikke blot kræver flertal for vedtagelsen, men også et flertal på mindst 40% af de stemmeberettigede, eller efter § 20, der kræver, at der ikke er et flertal mod ændringen, som udgør mindst 30% af de stemmeberettigede. Ved alle gennemførte afstemninger har der været et flertal (!), og dette flertal har udgjort mindst 40 % af de stemmeberettigede.

Om man ved opgørelsen af de afholdte EF/EU-afstemninger følger § 20, jfr. § 42; eller § 88, spiller ikke nogen rolle. Dette er en konstatering vedrørende fortiden, og der er ikke sikkerhed for, at fremtiden vil give tilsvarende erfaringer. Der er en processuel forskel, og det er nødvendigt at drage en grænse mellem de grundlovsændringer der kan følge § 20 og

dem, der må behandles efter § 88. Men alligevel må erfaringerne dog kunne tillægges betydning: Hvis afstemningsresultaterne antages at være upåvirket af, om afstemningen skete efter den ene eller den anden bestemmelse, er der ikke ved at kategorisere en sag under § 20 gennemført en ordning, der ville være faldet, hvis man havde fulgt § 88.

Konklusionen er herefter, at der fra et praktisk – politisk såvel som juridisk – synspunkt ikke er den store forskel på de procedurer, som henholdsvis § 20 og § 88 anviser. At der skal være så megen strid om grænsedragningen mellem de to bestemmelser, kan derfor forundre.

Forklaringen på denne strid – eller i hvert fald den legitime forklaring – må snarest søges i en overvejelse af den forudsætning, jeg gjorde i forbindelse med resultatopgørelsen: Er det rigtigt at forudsætte, at afstemningsresultaterne er upåvirket af, om afstemningerne sker efter § 20 eller efter § 88? Eller med en formulering, der anlægger EU-modstandernes perspektiv: Ville flere have stemt nej, hvis temaet var præsenteret som en ændring af grundloven?

Det kan først bemærkes, at også forslag, der behandles efter § 20, udgør ændringer af grundloven. § 20 blev optaget i grundloven i 1953 ud fra den antagelse, at sådanne ordninger, som bestemmelsen omfattede, uden en regel som § 20, kun ville kunne gennemføres efter reglerne om grundlovsændring. Og erfaringen fra 1939 bestyrkede den opfattelse, at reglerne om grundlovsændring (nu § 88) var meget vanskelige at gøre brug af. Det ville således i og for sig være misvisende, hvis skift mellem § 20 og § 88 skulle ledsages af ændringer i beskrivelsen af vedkommende forslags karakter af grundlovsændring.

Erfaringen fra 1939 kan have talt for at finde en ramme for grundlovsændring, der ikke erindrede om det nederlag, som »grundlovssagen« led i 1939. Dette historiske aspekt støtter vel den antagelse, at valget af § kan spille en rolle, eller i hvert

fald, at nogen kan have haft den opfattelse i 1953. Men noget konkret belæg for, at denne opfattelse har spillet en rolle, har jeg ikke. Og det må naturligvis tilføjes, at Max Sørensens udkast til § 20 indeholdt en procedure, der markant adskilte sig fra grundlovsproceduren [85].

Mens der ikke fra et parlamentarisk eller et demokratisk synspunkt er den store forskel mellem § 20 og § 88, og striden om deres indbyrdes afgrænsning kan forekomme noget pedantisk, kan det ikke afvises, at der er en symbolsk markering i, hvilket regelsæt et forslag søges fremmet efter. Symbolikken ligger i den »egentlige« grundlovsændring, der skal følge § 88; det kan vist ikke afvises, at der kan vindes stemmer ved den nedtoning af et projekt, der består i at henvise det til § 20. § 20-forslag står som alternativ til (og er derfor i den politiske forståelse ikke) forslag om grundlovsændring. Selvom denne rubricering er retlig forkert, har den politisk været brugt, og den har formentlig været brugt, fordi den har været anset for relevant for vælgerne. At dette har haft betydning for afstemningsresultater, kan ikke afvises – men det modsatte kan heller ikke afvises.

Det kan således ikke hævdes, at den rette afgrænsning mellem § 20 og § 88 er uden betydning.

85. Max Sørensen i Forfatningskommissionens Betænkning 1953 s. 127.

16. EU og rigets enhed

I relation til EU håndteres Danmark i almindelighed som en enhed, og dette svarer til den forfatningsmæssige ramme for den danske nationalstat: Grundloven gælder for hele Danmark, jfr. grl. § 1 som indført i 1953. Heri er indbefattet også Færøerne og Grønland.

Men denne enhed er ikke opretholdt i relation til EU: Færøerne og Grønland er ikke medlem af EU, og deres relation til EU reguleres derfor af traktater med tilhørende interne EU-forskrifter, hvor Danmarks dobbeltrolle giver anledning til problemer: Danmark er på den ene side medlem af EU og dermed også medbestemmende for de standpunkter, som indtages af EU i forhold til de ekstraterritoriale områder, og Danmark er på den anden side tillige den nationale enhed, hvortil Færøerne og Grønland hører, og som i hvert fald i visse henseender er overordnet det færøske og det grønlandske hjemmestyre.

Der er ikke nogen dansk organisation, som *ikke* indbefatter Færøerne og Grønland. Færøerne og Grønland er repræsenteret i Folketinget og er dermed også medbestemmende for regeringens sammensætning.

Det danske medlemskab af EU i forbindelse med Færøernes og Grønlands fravalg af dette medlemskab repræsenterer således et alvorligt brud med den nationale enhed, som var idealet bag grl. § 1. Med jo større gennemslag EU-retten indvirker på dansk ret, jo dybere bliver den nationale kløft mellem Færøerne og Grønland og på den anden side (resten af) Danmark.

Ingen har så vidt vides sat spørgsmålstejn ved, om sådanne særordninger lod sig forene med grl. § 1 eller andre bestemmelser i grundloven.

Med anerkendelsen af hjemmestyret, først på Færøerne

(1948), siden i Grønland (1978), er det lokale standpunkt lagt til grund for afgrænsningen af, hvilket territorium der for Danmarks vedkommende henførtes til Det Europæiske Fællesskab.

Men opdelingen er naturligvis egnet til at styrke tendensen til, at de to hjemmestyreordninger opnår en selvstændighed i forhold til ikke blot EU, men også Danmark, og det gælder særligt de to hjemmestyrers adgang til at optræde på egne vegne i udenrigspolitiske forhold.

Et særligt spørgsmål har været rejst vedrørende gennemførelse af folkeafstemning. Det er således gjort gældende, at det er med urette, at man i 1972 og ved senere folkeafstemninger ikke har givet den færøske befolkning lejlighed til at deltage i folkeafstemning vedrørende EU. Af grl. § 20, stk. 2, jfr. § 42, ses ikke direkte nogen omtale af den mulighed, at dele af den danske befolkning ikke medtages ved folkeafstemningen [86], formentlig fordi det er forudsat, at tilslutningen til den supranationale organisation omfattede hele riget. Denne afskæring af den færøske og siden 1985 den grønlandske befolkning må ses i lyset af, at ved afstemningen i Folketinget om lovforslag vedr. § 20 medregnes også de færøske og grønlandske stemmer.

Efter min bedømmelse er der intet at kritisere. At de to områder, som har ønsket at stå uden for EU, ikke deltager i afstemning vedrørende den fremtidige udformning af EU-samarbejdet, er for det første en afspejling af, at disse befolkninger (eller deres flertal) ikke har ønsket at deltage i EU og derfor ikke har en legitim interesse i at medvirke ved samarbejdets nærmere udvikling. For det andet må erkendes, at såfremt disse befolkninger skulle medtages, måtte det vel også anses for udelukket at overlade det til disse lokalområder at tage stilling til, om de skulle være med i EU eller ej. Men en sådan holdning ville stemme dårligt med anerkendelsen af de to hjemmestyrer og ville næppe heller vinde genklang hos disse.

86. Zakarias Wang: *Bergen-unionen eller EF-union?* Stidin, Torshavn, 1993 s. 12-13.

17. Adgang til domstolene

Med Højesterets dom af 12.8.1996 [87] blev givet adgang til domstolskontrol med Maastricht-lovens forenelighed med grl. § 20. Man har således fraveget det resultat, som ville følge af en mekanisk anvendelse af de tidligere afgørelser vedr. tilsvarende spørgsmål [88]. Dommen blev ved dens fremkomst betragtet som en sensation, der endog vendte op og ned på juristernes verden [89]. Samtidig med, at det må erkendes, at dommen bryder med tidligere praksis, hvilket domspræmisserne åbent slår fast, er der nok grund til at se lidt nøjere på dommens baggrund. Ikke så meget for at fokusere på det procesretlige i og for sig: under hvilke betingelser kan domstolene tage et juridisk problem under behandling, men fordi rettens ændrede bedømmelse kunne tages som varsel om en ændret, måske »revolutionær« tilgang til sagens substans, dvs de juridiske spørgsmål om forholdet mellem grundlov og EU-medlemskabet. For tolkningen af »varslet« kan det have betydning at efterse, hvordan den procesretlige vurdering fremstår i forhold til traditionen.

Det civilprocessuelle udgangspunkt er, at en part i en civil sag må have en konkret og aktuel interesse i sagen; har parten ikke nogen konkret interesse, men kun en principiel eller almen interesse, f.eks. en politisk interesse, kan parten ikke få en domstol til at se på spørgsmålet. Og er partens interesse vel konkret, men ikke aktuel, f.eks. fordi den angår en plan for fremtiden, der endnu er på skitseplanet, vil domstolene også

87. UfR 1996 1300 H.

88. Jfr. UfR 1973 694 H, jfr. 1972 903 H.

89. Hjalte Rasmussen 1996 s. 16.

afvise sagen [90]. Disse grænser er fortsat gældende i almindelighed, og spørgsmålet er, i hvilket omfang de er fraveget i den foreliggende sag. Til belysning heraf kan det være oplysende at se på de overvejelser, Højesteret tidligere har gjort sig om behandlingen af principielle EF/EU-sager. Voteringen i de to tidligere sager – UfR 1972 903H og 1973 694H – afspejler en større tvivl, end dommene giver udtryk for. Idet jeg kun ser på dommernes drøftelse af søgsmålskompetencen (også andre problemer var aktuelle), var der blandt de 7 dommere, der deltog i den første sag,

3, der ville afvise sagen,

3 andre, der også ville afvise, men som gav udtryk for tvivl, og endelig

1 dommer, der ikke fandt litteraturen, som er resumeret ovenfor, afgørende, men fandt spørgsmålet om søgsmålsinteressen speget; denne dommer henviste til argumentet, at den private part *som almindelig dansk borger havde interesse*, og at det, der skete ved tilslutningen til EF, var *så indgribende, at der må være et naturligt grundlag for, at enhver kan anlægge sag om dette*.

I den anden sag, der ligner den aktuelle, medvirkede 5 dommere (heraf 2 gengangere fra forrige sag); heraf tilslutter

4 dommere (heraf de 2 gengangere) sig det standpunkt, at sagen bør afvises, mens

1 dommer er åben for den mulighed, at man på grund af den *indgribende* betydning, som loven om tiltrædelse af EF har, *ikke bør være alt for streng med at fastslå den fornødne retlige interesse*.

90. Herom henvises til den civilprocessuelle litteratur, f.eks. Bernhard Gomard: Civilprocessen 1994 s. 282f, og om ældre ret Stephan Hurwitz: Retlig interesse, i Festskrift til F. Vinding Kruse, 1940 s. 115f. Se yderligere henvisninger i domsnoten UfR 1996 1300H.

Sammenfattende finder man således i 1972-73 vel udadtil en enig afvisning af principielle søgsmål, men voteringen afspejler tvivl og modsynspunkter hos en ikke helt lille gruppe af dommere. Dette indicerer en større kontinuitet, end man uden kendskab til voteringen ville antage.

I Højesterets præmisser betones den *indgribende* betydning, som tiltrædelsen af Traktaten om den Europæiske Union og tiltrædelsesloven har (endda i 2 passager), og tiltrædelseslovens ikke blot indgribende, men også *generelle* betydning; på dette grundlag findes sagsøgerne/appellanterne at have »en væsentlig interesse i at få deres påstande prøvet«. Hermed er der tilsyneladende taget afstand fra det sædvanlige krav om, at parten skal have en konkret og aktuel interesse, og denne – gængse – tolkning af dommen støttes af, at der efterfølgende som nævnt udtrykkeligt lægges afstand til den seneste af de to ovenfor nævnte domme, nemlig UfR 1973 694H, idet Højesteret nu finder, at »der under disse omstændigheder ikke er tilstrækkeligt grundlag for – som sket ved ... [UfR 1973 694H] – yderligere at betinge adgangen til domstolsprøvelse af, at der ... er udstedt retsakter, som konkret og aktuelt berører deres (appellanternes] forhold«. Dette kan læses som en afvisning for denne sag af kravet om noget konkret og aktuelt. Men det kan også læses på en mindre radikal måde: Det, der *ikke* forlanges, er *retsakter*, der konkret og aktuelt berører parten. Men – bortset fra at dette krav ikke findes i UfR 1973 694H – hermed er der ikke taget afstand fra, at medlemskabet som sådan (altså uafhængigt af formidlende retsakter) berører parterne konkret og aktuelt. Og det er vel tillige dette aspekt, som betoningen af EF/EU-medlemskabets »indgribende« betydning har: Vi er alle konkret og aktuelt berørt af, at Danmark er med i EF/EU, fordi vi herved er blevet underlagt en forandret forfatningsretlig struktur; vi følger europæiske forhandlings- og beslutningsprocesser og øver en (beskeden) indflydelse på dem gennem vores (først indirekte, siden 1979 direkte) valgret til EF/EU-Parla-

mentet; det erhvervsliv der leverer de varer, vi køber, er underlagt EU-ret; de kontrakter vi indgår, er uden vi selv ved af det, reguleret af EU-retten, osv. På den baggrund kan en større åbenhed ved kontrol af et generelt spørgsmål som i den verserende sag begrundes på flere måder:

- 1: Ved kontrol af lovgivning af så stor principiel (»indgribende«) betydning kan enhver rejse sag om lovens grundlovsmæssighed. Denne forståelse udtrykker den mest radikale særstilling af § 20-sager som den foreliggende. Betoningen i dommen af, at andre »sædvanlige sager om prøvelse af loves overensstemmelse med Grundloven« ikke omfattes af synspunktet, bekræfter denne særstilling.
- 2: Det særegne er, at alle, der tilhører den danske befolkning er berørt; det er en følge af medlemskabets »indgribende« og »generelle« betydning. Det er ikke nødvendigt, at en konkret retsakt er udstedt, hvorved sagens part er blevet involveret i et konkret og aktuelt retsforhold. Det særegne ved § 20-sagen er, at dens tema er af betydning for enhver dansk, hvilket ikke kan hævdes om en sædvanlig grundlovssag, hvor nogen er berørt, andre ikke, og hvor man må fastholde, at kun de direkte berørte kan rejse sag.
- 3: De to synspunkter kan kombineres: EU-medlemskabet og den tilgrundliggende traktat og tiltrædelseslov berører alle generelt og indgribende, sagens stridsspørgsmål befinder sig på dette generelle og indgribende niveau, og den sædvanlige konkretisering tilføjer ikke noget nyt af relevans for partens interesse i sagen (men bliver snarere et påskud). Derfor kan det hævdes, som Højesteret gør, at et krav om en retsakt, der konkret og aktuelt berører en part, »ikke ville være egnet til at sikre en bedre oplysning af...« grænserne for anvendelse af § 20 [91]. Der er altså sket en vis lempelse af kravet til »retlig interesse«, men ikke en fuldstændig opgivelse af dette krav.

Når Højesteret afslutter med at konstatere, at parterne har »fornøden retlig interesse«, må valget stå mellem 2. og 3., og for 3. taler betoningen af sagens særtræk. Jeg er derfor tilbøjelig til at fortolke dommen som udtryk for en vis lempelse af kravet til en parts interesse, en lempelse der efter dommen er begrænset til en meget speciel sagstype, men som må ses på baggrund af en mere generel lempelse i kravene til partsinteressen, som ikke skal drøftes nærmere her [92].

Når man lempet på kravet om, at den, der anlægger en sag vedr. en retsakts grundlovmæssighed, skal have en konkret og aktuel interesse i sagens bedømmelse, stilles der større krav til domstolens medvirken ved sagens oplysning og nuancerede bedømmelse. Den principielle regel, at *jura curia novit*, får større praktisk betydning, idet retten i højere grad må sørge for, at tænkelige grundlovmæssige indvendinger bliver underkastet prøvelse, også selv om prøvelsen kun har en ufuldstændig støtte i de af parterne hævdede anbringender.

Admissionen af sagen har medført politiske og diplomatiske vanskeligheder, som ikke nærmere skal omtales her. Men erkendelsen af dette forløb må tillige have indgået i afvejningen og begrundet en forventning om, at det meget besvær også viser sig at give valuta. Eller med andre ord, når Højesteret åbner døren, må det være nærliggende at forvente, at dom-

91. Kravet om en aktuel interesse blev under voteringen i UfR 1973 694H anført som forudsætning for en *rimelig chance for et nogenlunde tilfredstillende grundlag for en realitetsafgørelse* (3. vot.). Problemet er, at det kan stille sig omvendt: Det er ikke tilfredsstillende, at et spørgsmål om en lovs grundlovmæssighed skal kunne rejses under en fogedforretning om et ringe beløb, jfr. Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret 1980 s. 187, citeret hos Hjalte Rasmussen 1996 s. 28.

92. Tendensen i litteraturen (og den tilgrundliggende praksis) mod en videre anerkendelse af retlig interesse (i almindelighed) blev allerede noteret under voteringen ved UfR 1972 903H (1.vot.).

men vil give en nuanceret bedømmelse af relevante argumenter, som ligger inden for rammerne af sagen.

Men om resultatet giver den processuelle afgørelse intet varsel.

18. Domstolskontrollen

Domstolene har hidtil været meget tilbageholdende med at kritisere (underkende) lovgivning. Grundloven har således ikke været grundlag for, at Højesteret har underkendt nogen lov [93].

Dette fravær af judiciel lovkritik kan ikke blot forklares ved en optimistisk tiltro til, at lovgivningsmagten i Danmark har udvist en usædvanlig forsigtighed i relation til grundlovens overholdelse, omend denne faktor naturligvis ikke kan være helt uden betydning. Domstolenes tilbageholdenhed beror primært på hensynet til den demokratiske beslutningsproces, som har udmøntet sig i loven [94]. Over for den legitimation, som en demokratisk vedtagelse bygger på, har dommerne ikke ment at have styrke til at kunne sige fra. Denne tilbageholdenhed er jo endda repræsenteret i afgørelser vedr. overholdelse af menneskerettigheder, hvor den bl.a. har vist sig i kravet om, at det er klageren (mennesket), der skal tilvejebringe sikkerhed for, at en krænkelse er sket. Og det er altså det, som hidtil ikke er lykkedes.

Domstolenes tilbageholdenhed har som et »komplement« politikernes forventninger: Politikere (medlemmer af Folketing og Regering) forventer ikke, at vedtagne love skal støde

93. - bortset fra en kapitaloverførsel i loven om de islandske håndskrifter, UFR 1971 299H.

94. Dette er ikke noget isoleret dansk fænomen; en nordisk oversigt findes i Jussens Venner 1-2/1998. Særligt om menneskerettigheder Henrik Zahle: Grundlovens menneskerettigheder. Sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner, i Morten Kjærum o.a. (red.): Grundloven og Menneskerettigheder, 1997 s. 361f.

på blokeringer ved domstolene. En sammenligning af de to aktør-gruppers demokratiske legitimitet er suppleret af en grundlæggende opfattelse af de forskellige institutioners funktioner. Denne opfattelse hænger sammen med en opfattelse af forholdet mellem ret og politik.

Varetagelse af ret og retfærdighed og varetagelse af politik er to forskellige funktioner, der er henlagt til to sæt af institutioner, hvis sammensætning og arbejdsgang er afpasset efter opgavernes forskellighed. Denne fordeling har endda fundet sit udtryk i magtfordelingen efter grl. § 3. Denne fordeling krænktes – kan man frygte – hvis domstolene blander sig i de politiske beslutninger; ligesom den krænktes, når politikerne i lovsform tager stilling til konkrete retsforhold bedømt efter gældende ret.

Domstolenes tilbageholdenhed beror således ikke blot på en sammenligning af henholdsvis dommernes og politikernes demokratiske legitimation.

Det må erkendes, at det procesretlige system tager sigte på behandling af individuelle sager og ikke uden videre er optimalt til at håndtere de mere principielle problemer, som en mere omfattende og intensiv lovprøvelse vil nødvendiggøre. En dom er kun bindende i den konkrete sag, men en dom om en lov rækker jo i almindelighed videre, naturligvis afhængig af dommens præmisser; men det processuelle system lader parterne dominere processen, så de uden for sagen liggende retsforhold, der indirekte bliver bestemt af sagen, er ikke repræsenteret og kan ikke få deres interesser varetaget. Ved lovprøvelse kan kravet om en individuel, konkret og aktuel interesse være mindre indlysende – som omtalt. Også på andre punkter er den processuelle ramme ikke den bedste, når sagen får et generelt perspektiv.

Disse træk er imidlertid ikke begrænset til at gøre sig gældende ved sager om lovprøvelse, men gør sig gældende i mange sager, ikke blot offentligretlige sager, men også privatret-

lige sager, f.eks. om standardiserede kontraktsvilkår, og det er ikke muligt for domstolene at fungere inden for sagstyper, som utvivlsomt er judicielle, uden at håndtere disse problemer. Det procesretlige regime kan således ikke påberåbes som en afgørende hindring for en mere intensiv lovkontrol.

En større villighed til på grundlag af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention at udtrykke kritik af lovgivning er da også kommet til orde [95]. Denne villighed er jo understøttet af den europæiske fortolkningsprofil, som styrer Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning. Selvom (eller rettere netop fordi) denne nye fortolkningsprofil (endnu?) ikke har smittet af på grundlovsfortolkningen, kan den begrunde en fornyet overvejelse af den adskillelse mellem ret og politik, som blev skitseret ovenfor.

Hvis udgrænsningen af politik fra den judicielle virksomhed skal være mulig, må man gøre brug af et temmelig snævert begreb om politik. Partipolitik er naturligvis fremmed for en dommer (forsåvidt han/hun arbejder som dommer); men uden for denne tekniske forståelse af politik er det ikke muligt af friholde det judicielle arbejde for politiske aspekter. Judicielle afgørelser lægger autoritative anvisninger for fremtidigt samliv, disse anvisninger fremkommer ikke som mekaniske reflekser af lovbestemmelser eller andet »udefra« givet, men er præget af dommernes kollektive og individuelle forestillinger om menneske, samfund og natur.

Dette fællesskab mellem beslutninger, der træffes som henholdsvis legislative og judicielle, betyder ikke, at der ikke kan defineres forskellige opgaver, der forbeholdes den ene eller anden institution. Mens der således efter min opfattelse er gode grunde for, at danske domstole praktiserer en mere intensiv lovprøvelse, når menneskerettigheder er på tale, kan der på den anden side stadig være argumenter for tilbagehol-

95. F.eks. UfR 1994 536 H.

denhed, når det gælder bestemmelser som grl. § 20 og § 88. Bestemmelserne anviser to procedurer for grundlovsændring, og valget mellem disse procedurer skal træffes tidligt i den politiske proces. Det må kunne forlanges, at valget og præmisserne for valget lægges åbent frem (som sket, såvidt jeg ved), valget drøftes politisk med inddragelse af såvel juridiske som politiske aspekter, og den endelige beslutning træffes da af de kompetente myndigheder. De juridiske aspekter kan indgå i den politiske debat, de kan påberåbes op til en folkeafstemning, og de kan forelægges for domstolene, der ikke kan *afvise* de juridiske spørgsmål. Den judicielle strategi må være præget af, hvilke interesser eller synspunkter der kan være *krænket* af den valgte procedure; jeg har ovenfor ved sammenligning af § 20 og § 88 givet mit bidrag til denne overvejelse. I den modsatte ende af skalaen findes de sager om individer, hvis individuelle rettigheder hævdes krænket, og hvor den konflikt der fremlægges under sagen slet ikke er indgået i den politiske overvejelse; her har man efter min opfattelse en situation, hvor domstole ikke bør være tilbageholdende; tilsvarende hvor konflikten er forudset under den politiske proces, men henskudt til efterfølgende judiciel behandling, jfr. f.eks. UfR 1997 157H om erstatning for nægtet råstofindvinding.

I det omfang en tilbageholdenhed eller reservation gør sig gældende, opstår spørgsmålet, hvordan den kan gives udtryk. Den tilbageholdende holdning kan integreres i de retlige kriterier, der anvendes; de judicielle kriterier for lovkritik er da præget af den institutionelt begrundede tilbageholdenhed, som domstolene finder at burde udvise; en enkel måde at gøre dette på er at betone den politiske proces, som loven er kommet til verden i, og derefter konstatere, at der ikke er noget retligt at kritisere [96]; fordelene er at kriterierne afspejler den bedømmelse, der anlægges ved domstolene, men en

96. Således Østre Landsrets dom af 27. juni 1997.

ulempe er på den anden side, at domstolene ikke bidrager til udvikling af kriterier, som kan bruges ved kommende lovgivning. At *domstolene* (med rette, efter min opfattelse) i visse sager udviser tilbageholdenhed, indebærer da, at grundloven som tekst mister i betydning generelt, fordi der ikke i Danmark ved Lovråd eller på anden måde findes institutioner, der kan markere en grundlovsfortolkning, der kan stå mål med et politisk ønske. Denne ulempe kan undgås, hvis domstolene udtrykker den efter deres opfattelse rette fortolkning, men gør det på en sådan måde, at det ikke primært blokerer en forsvarlig politisk beslutningsproces, men fokuserer på at lægge retningslinjer for tekstens fortolkning i fremtiden.

19. Grundlovsfortolkning

Fortolkning af grundloven sker som udgangspunkt efter samme metode som fortolkning af lov; men der gør sig visse særtæk gældende, som den forfatningsretlige litteratur behandler [97]. Dette skal ikke repeteres her. I det følgende skal kun fremhæves nogle træk, som er særligt relevante i forbindelse med de aktuelle problemer om fortolkning af grl. § 20.

Den forfatningsretlige fortolkningslære er undertiden udformet med henblik på varetagelsen af den opgave, som består i at fortolke grundlovens bestemmelser om menneskerettigheder (frihedsrettigheder). I denne fortolkningsopgave er det som regel en forudsætning, at en lov, en administrativ regulering eller en administrativ afgørelse under en eller anden form truer en enkeltpersons eller en gruppe af enkeltpersoners forhold. I denne konflikt påberåbes grundloven som beskyttelse mod en offentligretlig foranstaltning. Der består således ofte en konflikt mellem en stor og relativt stærk gruppe, måske endda et parlamentarisk flertal, over for et mindretal, måske endda en svag enkeltperson (et barn, en senildement, en fange). Ved en fortolkning af grundloven med henblik på løsning af en sådan konflikt appelleres der til grundlovens betydning som ramme for beskyttelse af individer.

Den beskrevne tilbageholdenhed i domstolenes fortolkning af grundlovens bestemmelser om menneskerettigheder er udsat for den kritik, at menneskerettigheder skal beskytte enkeltindivider, og at den demokratiske legitimation let kan opvejes

97. Jfr. herved Alf Ross: Dansk Statsforfatningsret bd. 1. 1980 s. 52f, Henrik Zahle: Dansk Forfatningsret bd. 1, 1995 s. 65f.

af den værdi, der ligger i at beskytte det enkelte menneske, evt. en enkelt eller en lille gruppe over for et flertal. Demokratiet som flertallets magt har ikke en ubegrænset legitimitet i forhold til mindretal og individer. Men sådanne synspunkter har ikke vægt i forhold til grl. § 20. Det er ikke krænkelse af individers eller mindretals rettigheder, som er på spil [98].

En sådan funktion gør sig efter min bedømmelse ikke gældende i den aktuelle fortolkningsopgave. Ganske vist repræsenterer parterne henholdsvis den danske regering og det parlamentariske flertal, mens modsynspunkter eller kritik af regeringens standpunkt føres frem af enkeltpersoner. Men fortolkningsopgaven vedrører tilrettelæggelsen af det parlamentariske og demokratiske arbejde, og ved denne arbejds-tilrettelæggelse har de »svage« enkeltpersoner et modstykke i et parlamentarisk flertal og i en demokratisk opbakning. Der skal simpelthen tages stilling til, hvordan tilslutningen til og de ændrede samarbejdsformer i EU skal besluttes.

I forholdet mellem grl. § 20 og grl. § 88 udgør grl. § 20 en undtagelse, og undertiden hævdes, at undtagelser bør fortolkes snævert og med forsigtighed. Men dette synspunkt modvejes af det ovennævnte, at loven i medfør af § 20 er demokratisk vedtaget og for så vidt har en mere aktuel og relevant opbakning end den, der kan aflæses af en judicielt præciseret opdeling mellem § 88 og § 20.

Ved fortolkningen af grl. § 20 må det dernæst påpeges, at nutidens bedømmelse af fortolkningsspørgsmålet nødvendig-

98. Enhver social konflikt med to eller flere grupper indbefatter »mindretal«, og en retlig beskyttelse kan betegnes en »mindretalsbeskyttelse«, eller grupperne (undtagen den ene, der er flertal) kan appellere om »mindretalsbeskyttelse«. Pointen i teksten er, at den regulering, der hævdes tilsidesat, ikke tager sigte på beskyttelse af mindretal, men regulerer en beslutningsproces, hvor der selvfølgelig må vise sig flertal og mindretal. F.eks. kunne også en »ja-vælger« være blandt sagsøgerne.

vis sker på baggrund af den traditionelle fortolkning af bestemmelsen. Der findes fortolkninger eller fortolkningsbidrag, som stammer fra grundlovsreformen 1953, og der findes talrige litterære bidrag til fortolkningen, endda i vidt omfang særligt udviklet med henblik på en stillingtagen til EF/EU. Det er på den baggrund umuligt at nærme sig fortolkningsopgaven »forudsætningsfrit«, for ingen kan frigøre sig fra den tradition, som han eller hun som jurist er uddannet i. Dette er ikke ensbetydende med, at man blot reproducerer traditionen og gentager det, som svarer til den herskende opfattelse. Denne reproduktion er så meget desto mere vanskelig, som den litterære tradition jo i vidt omfang repræsenterer netop de forskellige synspunkter på grundlovens fortolkning, som stadig gøres gældende. Der er så at sige kontrovers om forståelsen af grl. § 20.

De forskellige fortolkningssynspunkter har været gjort gældende åbent, de har også været genstand for diskussion og vurdering i parlamentarisk og demokratisk sammenhæng, og det er således en kontrovers, som har verseret som et element i periodens politiske debatter. Juridisk argumentation har spillet en ikke ubetydelig rolle i den ellers politiske, økonomiske og kulturpolitiske debat om EF/EU.

Særligt når det gælder fortolkning af udtrykket »i nærmere bestemt omfang« forekommer det vigtigt at modificere den vægt, som den tekstnære læsning kan tillægges. Hvad forstås ved »nærmere bestemt«? Ingen dansk kan besvare det spørgsmål, uden at svaret vil involvere en mere eller mindre bevidst reproduktion af debatten omkring EF/EU. Men i virkeligheden er passagen vel både overflødig og betydningsfuld: Overflødig af den grund, at en eller anden form for »nærmere bestemmelse« af den kompetence, som kan overlades i medfør af § 20, naturligvis må til; til enhver kompetenceoverladelse må høre en afgrænsning af den kompetence, som overlades; også hvis grl. 88 bruges som grundlag for en kompe-

tence-overladelse til en fremmed stat, måtte kompetencen bestemmes nærmere. Et sådant krav må gælde, selvom det ikke havde en tekstmæssig fundering. Men samtidig med, at passagen således er overflødig, er den på den anden side også central: fordi en kompetenceoverladelse under alle omstændigheder må bedømmes i perspektivet, om den er sket med tilstrækkelig præcision.

Ved bedømmelsen af, om præcisionen er tilstrækkelig, og af den håndtering af den supranationale kompetence, som EU's institutioner har praktiseret, er der den vanskelighed, at der ikke findes sammenlignelige institutioner. EU kan ikke uden videre sammenlignes med en anden international organisation, for den er jo supranational, dvs. den træder gennem sin regulering og afgørelse i direkte forbindelse med medlemsstaternes borgere og virksomheder. På den anden side er EU ej heller en rent national føderal overbygning på delstater og kan derfor ikke sammenlignes med erfaringer fra føderal forfatningsret. Men et karakteristisk træk for begge sæt af systemer er jo en anerkendelse af, at i konflikten mellem helheden og elementerne er der en bestandig påberåbelse af muligheden for at gøre brug af »implied powers« eller lignende formuleringer, der dækker over de to niveaus bestræbelse på selvstændighed og måske endda ekspansion.

Grl. § 20 er skrevet i dualismens sprog. Dette bestyrkes af dens forhistorie. En vanskelighed er, at den nu skal fortolkes i en retlig sammenhæng, hvor den traditionelle dualisme er i opløsning. Supranationale myndigheder inden for EU har selv bidraget til denne opløsning – EU er i sig selv et bidrag til opløsningen. For det andet er der etableret et vidtfavnende internationalt samarbejde med inkorporerede retsakter, som har skabt en stadig stærkere integration mellem international ret og national ret. At henhøre til international ret, retsakter, der er bindende for stater, er en forældet terminologi. I realiteten udgår fra internationale organisationer et sæt af retsak-

ter, som i kraft af national lovgivning har direkte betydning i medlemsstaterne.

Man kan på den baggrund fristes til at betragte afgrænsningen af grl. § 20 som en formalitet. Afgørende er (efter min opfattelse), om institutionens retsakter har ambition om at have direkte gyldighed [99]. Men der findes jo ikke anden mulighed for afgrænsning af grl. § 20 end en sådan »formel« definition. For grl. § 20 kan ikke udstrækkes til alt internationalt samarbejde, hvor internationale retsakter træder i direkte forbindelse med enkeltpersoner. Om formaliteten skal defineres på en anden måde, er et andet spørgsmål.

Fortolkningsopgaven er præget af bestemmelsens »virkningshistorie« med et udtryk fra hermeneutikken. Fortolkningen af bestemmelsen er præget af den virkning, som bestemmelsen historisk har fået.

Der er efter min opfattelse grund til at stadfæste kravene til den demokratiske og judicielle kongruens og til at fastholde den nationale kompetence til at efterprøve, om grundlovens krav bliver respekteret i EU-retten. Men når det gælder det fundamentale spørgsmål, om medlemskabet er foreneligt med grundloven, om ratifikation af traktaterne i 1972-1993 har været berettigede, forekommer det mig ikke klart, at der er grundlag for fundamental kritik; et forbehold er dog, at det under sagen vises, at brugen af art. 235 er aktuelt løbet vild. Et andet fortolkningsmæssigt resultat ville kræve en større selvstændighed, eller om man vil »aktivisme« af domstolene end den, som der er tradition for.

Med EU-kritikernes afstandtagen fra den judicielle aktivisme ved EF-domstolen kan de sige med Peder Syv: »Ondt skal med ondt fordrives«; eller som det i denne forbindelse hedder hos Saxo: »Bedst at møde hug med hug ...« [100]. Eller for

99. Spiermann i Juristen 1997 s. 206.

100. Citeret efter Bevingede ord, ved T. Vogel-Jørgensen, 1994 s. 479.

at udtrykke det mere direkte: Sagsøgerne forlanger af de danske domstole den aktivisme, som de har kritiseret EF-domstolen for at udvise.

Dette er måske ikke så paradoksalt som det ved første øjekast ser ud. Sagen handler om mere end judiciel aktivisme. Den handler om politik.

20. Mellem føderalisering og renationalisering

Forholdet mellem EU og Danmark har en hybrid eller dobbeltbundet karakter.

Det er for det første af internationalretlig art, for så vidt det er baseret på traktat, ligesom relationen mellem de øvrige medlemsstater er baseret på traktat. Med dette udgangspunkt kan fastholdes en dualistisk opdeling mellem den internationale ret, der stiller krav til de enkelte stater, og dansk ret som noget herfra forskelligt. Denne dualisme kan søges fastholdt, selvom EU-retten er supranational for så vidt den angår indvidere direkte, idet der som tidligere nævnt principielt er en bastion for dansk ret, der muliggør kontrol med EU-retten i dens ellers normale direkte gennemslag.

På den anden side er EU-retten national, for så vidt den jo netop har sin rod i beføjelser, der er *overladt* fra medlemsstaterne, således at EU som et sæt af institutioner varetager opgaver, der hidtil er varetaget af nationale institutioner. Denne kompetence-overladelse er i Danmark og en række andre medlemsstater blevet behandlet efter regler om grundlovsændring eller dermed ligestillede regelsæt, og denne procedure bekræfter medlemskabets forfatningsretlige karakter. Den fortolkning har også EF-Domstolen haft blik for.

EU-medlemskabet beskrives i almindelighed mere ensidigt, nemlig som enten deltagelse i et traktatbaseret fællesskab eller optagelse i en forbundsstatslignende statsstruktur. Selvom denne ensidighed efter min opfattelse miskender medlemskabets karakter af en særegen kombination af begge strukturer, repræsenterer ensidigheden formentlig de poler eller mål, som EU i almindelighed og det danske medlemskab i særdeleshed kan bevæge sig mod. Og bevægelse er der.

Beslutningen om, hvilken tendens man ønsker, er politisk, og næppe den ivrigste fortaler for mere engagerede og aktivistiske danske domstole kunne ønske, at den skal træffes af domstolene. Men den verserende sag er alligevel politisk i den forstand, at det er meget svært at undgå, at de fundamentale retlige spørgsmål, som sagen har rejst, gives svar, der kommer til at indgå i den videre politiske proces. Eller rettere, en vigtig funktion, som ikke skal søges »undgået«, af sagen er jo netop, at juridiske tvivlsspørgsmål, der under hele medlemskabet siden 1972 har været rejst i varierende udtryk, kan få en afklaring, i hvert fald for en tid.

Man skal nok hverken vente sig eller håbe på samme markante standpunkt, som den tyske forfatningsdomstol gav udtryk for i 1993, da den fokuserede på medlemskabets traktatkarakter og på demokratiet som et nationalt anliggende [101]. Men som denne dom viser, afspejler håndteringen af de juridiske problemer standpunkter af vidtrækkende betydning, og disse kan ofte tolkes som tendenser mod enten føderalisering eller renationalisering. Mellem disse to yderpunkter er en stadig bevægelse, og der er ikke noget fiks-punkt. End ikke *grundloven* kan læses upåvirket af erfaringer, der er gjort op til og under EU-medlemskabet. EU-medlemskabet skal naturligvis være i overensstemmelse med grundloven, men både EU og grundlov er levende og derfor foranderlige.

101. Kritisk herom Manfred Zuleg: The European Constitution under Constitutional Constraints: The German Scenario, i (1997) 22 Eur. Law Rev. s. 19f; se også Jochen Abr. Frowein: Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, i 54 (1994) Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht s. 1f.

Litteratur

- Poul Andersen: *Statsforfatningsret*, 1954
- Torbjörn Andersson: *Rättskyddsprincipen*. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv, Uppsala 1997
- Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946*, 1953
- Torstein Eckhoff: *EF og Grundloven*, i Jussens Venner 4/1990 s. 196f
- Ulrich Everling: *The Maastricht Judgement of the German Federal Constitutional Court and its Significance for the Development of the European Union*, i 14 Yearbook of European Law, Oxford 1995 s 1f
- Peter Germer: *Statsforfatningsret*, 1995
- Claus Gulmann og Karsten Hagel-Sørensen: *EU-ret*, 1995
- Trevor C. Hartley: *The European Court, Judicial Objectivity and the Constitution of the European Union*, i 112 The Law Quarterly Review 1996 s. 95f
- Trevor C. Hartley: *The Foundations of European Community Law*, 3rd ed. 1994
- International Federation for European Law, 17. Congress: *National Constitutional Law vis-a-vis European Integration*, Berlin 1996
- Justitsministeriets *Redegørelse af juli 1972 for visse statsretlige spørgsmål i forbindelse med en dansk tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber*, i Nordisk Tidsskrift for International Ret 1971 s. 65f
- Justits- og politidepartementet: *Grunnloven og Norges deltagelse i internasjonale organisasjoner*, Stortings Melding nr. 89, 1951
- Henning Koch: *De underspillede suverænitetssafgivelser*, i Juristen 1992 s. 248f

- Henning Koch: *Folkeafstemningsinstituttet*, i Peter Blume og Hanne Petersen (red): *Retlig Polycentri* 1993 s. 257f
- Mogens Koktvedgaard: *Lærebog i konkurrenceret*, 1997
- Ole Krarup: *Grundloven og Unionsretten*, i Ugeskrift for Retsvæsen 1994 s. 75f
- Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: *Kommentar til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, 1994
- Ruth Nielsen: *EU-Ret*, 1996
- Hanne Petersen & Henrik Zahle (ed.s): *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth 1995
- Hjalte Rasmussen: *Europol-ratifikation: Grundlovens § 19 eller § 20?* i *Juristen* 1997 s. 293f
- Hjalte Rasmussen: *EU-ret i kontekst*, 1995
- Hjalte Rasmussen: *Folkestyre, Grundlov og Højesteret*, 1996
- Alf Ross: *Dansk Statsforfatningsret*, 1. udg. 1959-60, 3. udg. ved Ole Espersen 1980
- Alf Ross: *Lærebog i Folkeret*, 6. udg. ved Ole Stig Andersen, Tyge Lehmann og Per Magid, 1984
- Frederik Sejersted, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Sten Foyn, og Helge Stems haug: *EØS-Rett*, Oslo 1995
- Ole Spiermann: »i nærmere bestemt omfang« om Danmark, *suveræniteten og Den Europæiske Union*, i *Juristen* 1997 s. 197f
- Max Sørensen: *Statsforfatningsret*, 2. udg. ved Peter Germer 1973
- Zakarias Wang: *Bergen-unionen eller EF-union?* Torshavn 1993
- Henrik Zahle: *Er domstolenes grundlovsbeskyttelse en effektiv individbeskyttelse?* i *Jussens Venner* 1-2/1998: Temahefte: Grunnloven som skranke for parlamentets lovgivningsmyndighed – et nordisk komparativt perspektiv (under udgivelse)
- Henrik Zahle: *Regering, forvaltning, dom*. Dansk forfatningsret bd. 2, 1996
- Henrik Zahle: *Samme lovforslag to gange?* i Ugeskrift for Retsvæsen 1992 s. 391f