
FOLKETINGET



Europaudvalget og Retsudvalget

EU-konsulenten

EU-note

Til: Udvalgenes medlemmer
Dato: 5. november 2015

Suveræniteten, tilvalgsordning og folkeafstemninger¹

Indebærer en ændring af retsforbeholdet til en tilvalgsordning suverænitetsafgivelse? Er det et flertal i Folketinget eller i befolkningen, der fra sag til sag skal tage stilling til dansk deltagelse i EU's retspolitik, politisamarbejde og asylpolitik? Hvad siger grundloven? Kan man overdrage suveræniteten på forhånd? Denne note ser på spørgsmålet om, hvornår Danmark overlader beføjelser til EU.

Det danske retsforbehold og grundloven

Danmark har forbehold over for de overstatslige dele af EU-samarbejdet om retlige og indre anliggender. Det vil sige, at Danmark ikke kan deltage i samarbejdet om asyl, indvandring og civilret vedtaget efter 1999 eller samarbejdet om politi- og strafferet vedtaget efter 2009.

Danmark kan ifølge EU-traktaten til enhver tid afskaffe retsforbeholdet. Ifølge grundlovens § 20 kræver det enten 5/6 flertal i Folketinget eller et flertal i en folkeafstemning. Det skyldes, at tilslutning til overstatsligt samarbejde indebærer, at EU kan vedtage retsakter med direkte virkning i Danmark, hvilket er ensbetydende

¹ Dette er en opdateret udgave af EU Note 7 af 3. september (2014-15, 2. samling).

med at overlade beføjelser til EU, som ellers efter grundloven tilkommer danske myndigheder – også kaldet suverænitetsafgivelse.

Grundlovens § 20:

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 mellemfolkelige retsorden og samarbejde.

Stk. 2 Til vedtagelse af lovforslag herom kræves et flertal på femsjettedele af Folketingets medlemmer. Opnås et sådant flertal ikke, men dog det til vedtagelse af almindelige lovforslag nødvendige flertal, og opretholder regeringen lovforslaget, forelægges det til folketingsvælgerne til godkendelse eller forkastelse efter de for folkeafstemninger i § 42 fastsatte regler.

Tilvalgsordningen og grundloven

Danmark fik i Lissabontraktaten mulighed for at få en anden slags forbehold i stil med det britiske. Det er en tilvalgsordning, hvor Danmark fra sag til sag tager stilling til, hvilke dele af samarbejdet om retlige og indre anliggender, Danmark ønsker at tilslutte sig. Ifølge Lissabontraktaten kan Danmark til enhver tid meddele, at Danmark ønsker at gøre brug af denne tilvalgsordning.²

Tilvalgsordningen indebærer ikke *i sig selv*, at beføjelser overlades til EU, og derfor kræver dansk tilslutning til selve tilvalgsordningen ikke brug af § 20-proceduren (som er enten 5/6 flertal i Folketinget eller et flertal ved en folkeafstemning). Suverænitetsafgivelse sker først i det øjeblik, Danmark benytter sig af tilvalgsordningen i forhold til konkret lovgivning inden for retlige og indre anliggender.

Hvis Danmark ønsker at tilslutte sig tilvalgsordningen, vil Danmark automatisk deltage i Schengen på overstatslig basis frem for som i dag på mellemstatslig basis. Det følger af protokol 22 om de danske forbehold.³ Det betyder, at der vil være behov for at gennemføre en § 20-procedure om Schengensamarbejdet.⁴

² Traktaten om Den Europæiske Union, protokol 22, artikel 8.

³ Ifølge artikel 8, stk. 2 vil alle gældende retsakter være bindende for Danmark som EU-ret, dvs. overstatligt 6 måneder efter dansk overgang til tilvalgsordningen. Alle nye Schengenretsakter vil Danmark skulle tilslutte sig via tilvalgsordningen.

⁴ Dels fordi der i nogle af de gældende retsakter kan være tale om, at de indeholder beføjelser til, at Kommissionen kan vedtage gennemførelsesretsakter eller delegerede retsakter. Dels fordi dansk tilslutning til kommende Schengenlovgivning skal ske gennem tilvalgsordningen og vil gælde overstatligt.

Der kan tænkes to muligheder for, hvordan Danmark kan tilslutte sig tilvalgsordningen:

1) Danmark tilslutter sig tilvalgsordningen uden § 20-proceduren. Hver gang regeringen ønsker at benytte tilvalgsordningen inden for asyl, indvandring, civilret, strafferet eller politisamarbejde, skal det ske enten ved 5/6 flertal i Folketinget eller med et flertal ved en folkeafstemning. Der gennemføres desuden en særskilt § 20-procedure for Schengensamarbejdet.

2) Man gennemfører en § 20-procedure (dvs. folkeafstemning, da der ikke er 5/6 flertal i Folketinget) om tilvalgsordningen én gang for alle. Dermed er suveræniteten - eller med grundlovens ord beføjelserne - overladt til EU, men EU kan først udnytte beføjelserne, når et almindeligt flertal i Folketinget beslutter at tilvælge retsakter gennem tilvalgsordningen. Jurister taler også om at *afgive suveræniteten på forhånd*.

Valget mellem model 1 og 2 er et spørgsmål, om hvornår § 20-proceduren (i praksis folkeafstemning) skal gennemføres. Partierne bag aftalerne om Europol og tilvalgsordningen har valgt model nr. 2. Det er altså model 2, der fremgår af lovforslaget, som danske borgere skal stemme om den 3. december 2015. Partierne, der anbefaler et nej ved folkeafstemningen, har talt for model nr. 1.⁵

Hvad siger grundloven i forhold til henholdsvis model 1 og 2?

Spørgsmålet om, hvornår og på hvilke præmisser suveræniteten afgives, er bl.a. rejst af professor Peter Pagh.⁶ Justitsministeriets analyse i forbindelse med den politiske aftale om tilvalgsordningen henviser til tidligere redegørelser, som behandler spørgsmålet.⁷ Både Peter Pagh og Justitsministeriet henviser til tidligere diskussioner af problemstillingen, som gennemgås i det følgende:

- A) I forbindelse med Danmark tilslutning til Maastrichttraktaten i 1991-92.
- B) I forbindelse med Danmarks tilslutning til Nicetraktaten i 2001.

⁵ Se: *Aftale om Danmark i Europol*, 10. december 2014 og *Aftale om tilvalg af retsakter på området for retlige og indre anliggender*, 17. marts 2015 mellem S, R, SF, V og K. L29: *Lovforslag om omdannelse af retsforbeholdet til en tilvalgsordning*. Samt: *Aftale om åbenhed, nærhed og demokrati i EU – også i retspolitikken* fra september 2015, mellem DF, EL, LA og Folkebevægelsen mod EU.

⁶ Denne problemstilling er rejst af professor Peter Pagh, se bl.a. artiklen *Ophævelse af det danske retsforbehold og reservation for asyl- og indvandringsområdet*, Ugeskrift for Retsvæsen nr. 42. 17. oktober 2015.

⁷ Justitsministeriets *Redegørelse for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabontraktaten*, 4. december 2007, side 20-29 og side 83-89.

A) Da Danmark skulle tilslutte sig Maastrichttraktaten i 1991-1992 var der to elementer, der indebar *suverænitetsafgivelse på forhånd*:

1. Dansk tilslutning til 3. fase af Den Økonomiske og Monetære Union (ØMU - fælles valuta). Ifølge Maastrichttraktaten skulle dansk tilslutning til den fælles valuta ske ved, at Folketing eller regering, når det engang blev relevant, skulle træffe beslutning om det. Med lovforslaget om dansk tiltrædelse til Maastrichttraktaten (og folkeafstemning herom) afgives beføjelsen til EU altså på forhånd, fordi det krævede, at et almindeligt flertal i Folketinget på et senere tidspunkt traf selvstændig beslutning om dansk tilslutning til euroen, før denne overdragelse af beføjelser reelt ville ske.

2. Muligheden for at samarbejde om asyl, indvandring og civilret senere blev overstatsligt. Maastrichttraktaten gav nemlig mulighed for, at Rådet med enstemmighed kunne beslutte, at asylpolitik, grænsekontrol, civilret mv. kunne overføres fra mellemstatsligt til overstatsligt samarbejde på et senere tidspunkt. En sådan beslutning skulle ifølge traktaten vedtages i overensstemmelse med de nationale forfatningsmæssige bestemmelser, det vil sige § 20 i Danmark. Denne § 20-procedure ville med lovforslaget allerede blive gennemført på forhånd – uanset om Rådet senere måtte beslutte at overføre de nævnte områder til overstatsligt samarbejde eller ej.

Professor Henrik Zahle mente ikke, at grundloven gav mulighed for at gennemføre § 20-proceduren på forhånd, hvis Folketing og regering senere skulle tage selvstændigt stilling til denne "overladelse" af beføjelser. Hvis beføjelsen allerede er overladt til EU, er der jo ikke noget for regering og Folketing at tage stilling til. Han fandt, at loven *må* indeholde en stillingtagen til, hvorvidt en beføjelse er overladt til EU eller ej.

Ifølge Zahle ville der derimod ikke være problemer med at overlade suveræniteten på forhånd, hvis beslutningen om dansk tilslutning til euroen eller overførsel af asylpolitikken mv. til overstatsligt samarbejde automatisk ville ske på et senere tidspunkt eller skulle vedtages senere i Rådet – uden en selvstændig dansk beslutning.

Justitsministeriet var uenigt. Det forhold, at traktaten indebar en ekstra sikring ved at indrømme Danmark mulighed for selvstændigt at træffe beslutning om tilslutning til euro eller overførsel af asylpolitikken på et senere tidspunkt, forhindrede ifølge Justitsministeriet ikke, at beføjelser kunne afgives på forhånd. Justitsministeriet fandt, at grundlovens § 20 gav mulighed for at overdrage beføjelser i nærmere bestemt omfang, og det kunne enten ske nu eller senere. Det afgørende var, at Folketinget og vælgerbefolkningen var klar over, hvad beføjelsen indebar i det øjeblik, de tog stilling til det. Og det var ifølge Justitsministeriet klart i traktaten.

Udenrigsministeren valgte imidlertid at fremsætte et ændringsforslag til lovforslaget, som også blev vedtaget af Folketinget. Ændringsforslaget gik ud på, at lovforslaget om tilslutning til Maastrichttraktaten ikke indebar en overdragelse af beføjelser vedrørende dansk tilslutning til den fælles valuta. Den overdragelse af beføjelse skulle ske selvstændigt, når det blev relevant. Folketinget valgte altså at undlade at afgive beføjelser på forhånd vedrørende den fælles valuta, men fastholdt at gøre det på asyl og civilretligt samarbejde.

Under alle omstændigheder bortfaldt lovforslaget med nej'et ved folkeafstemningen den 2. juni 1992. Og da Danmark tilsluttede sig Maastrichttraktaten i 1993 skete det med forbehold for ØMU'ens tredje fase og for overstatsligt samarbejde på asyl og retligt samarbejde.

B) I forbindelse med dansk tilslutning til Nicetraktaten i 2001 kom spørgsmålet op igen. Nicetraktaten indebar nemlig, at Rådet (i overensstemmelse med medlemslandenes forfatningsmæssige procedurer, det vil i Danmark sige § 20) kunne vedtage at give EF-Domstolen kompetence til at afgøre sager om, hvordan EU-regler vedr. patentrettigheder skulle fortolkes.

Justitsministeriet konkluderede, at selve *muligheden* for at give Domstolen nye kompetencer ikke indebar suverænitetsafgivelse, og derfor ikke betød, at Nicetraktaten skulle vedtages efter § 20 – dvs. til folkeafstemning. Det ville i følge Justitsministeriet være i overensstemmelse med grundloven at vente med at gennemføre § 20-proceduren til en eventuel beslutning om at tillægge EF-Domstolen denne kompetence. Her argumenterede Justitsministeriet altså for *ikke* at overlade beføjelsen på forhånd med den begrundelse, at Folketinget og vælgerne ellers skulle tage stilling til at overlade beføjelser uden at kende den konkrete ordning.

Justitsministeriet henviste også til Zahles argumenter fra 1992. På den baggrund konstaterede Justitsministeriet, at ved at vente med at gennemføre § 20-proceduren til en beslutning skulle træffes i Rådet, undgik man, at der blev rejst tvivl om, hvorvidt grundloven tillader at overlade beføjelser på forhånd.

Da EU-lovgivningen omkring patenter endelig var på plads (i en anden form end forudset), tilsluttede Danmark sig systemet gennem en § 20-procedure med et flertal ved folkeafstemningen den 25. maj 2014.

Hvor efterlader denne diskussion tilvalgsordningen?

Deltagelse i euro'en, patentdomstol og muligheden for overstatsligt asylsamarbejde kan ikke direkte sammenlignes med tilvalgsordningen, men har dog det tilfælles, at de alle handler om spørgsmålet om, hvorvidt grundloven tillader, at beføjelser kan overdrages til EU på forhånd.

Justitsministeriet har i sine redegørelser lagt vægt på, at det på tidspunktet for lovforslaget og folkeafstemning skal være klart for Folketing og vælgerbefolkning, hvilken ordning der er tale om. Er det klart, kan beføjelser godt overlades på forhånd. I forhold til tilvalgsordningen bemærker Justitsministeriet, at det er beskrevet i traktaten, hvilke sagsområder, der kan omfattes af tilvalgsordningen, og hvilken retsvirkning der vil være forbundet med et tilvalg.

Justitsministeriet supplerer med et mere praktisk betonet argument for at overlade beføjelser på forhånd: Hvis ikke der gennemføres en § 20-procedure på forhånd, ville der kunne blive behov for folkeafstemninger adskillige gange om året. Og der ville dårligt være tid til at gennemføre en folkeafstemning inden for 3-månedersfristen, såfremt Danmark skulle ønske at tilslutte sig et en retsakt på forslagsstadiet (det vil sige indenfor en frist på tre måneder, så Danmark kan deltage i forhandlinger og vedtagelse af en retsakt).⁸ Samlet set er Justitsministeriets konklusion, at § 20-proceduren kan ske enten på forhånd (såfremt ordningen er klar for politikere og vælgere) eller på det tidspunkt, hvor der overlades beføjelser til EU.

Professor Peter Pagh konkluderer, at der ikke er noget til hinder for, at en § 20-procedure først gennemføres, når regering og Folketing ønsker at gøre brug af tilvalgsordningen. I givet fald kunne afgivelse af suverænitet (og folkeafstemning) på den måde begrænses til at gælde Europol.⁹

De to konklusioner er således ikke i modstrid med hinanden. Grundloven nævner ikke udtrykkeligt noget om, hvornår en § 20-procedure skal ske. Peter Pagh siger, at den sikreste konklusion er, at det er uklart.

Hvad siger EU-retten om henholdsvis model 1 og 2?

Et andet spørgsmål, der er rejst i debatten, er hvad EU-retten siger i forhold til de to modeller. Ingen har sat spørgsmålstegn ved, om model 2 (afgivelse af suverænitet på forhånd) er i strid med EU-retten.

Den embedsmand, der stod i spidsen for Danmarks forhandlinger i EU om tilvalgsordningen i forbindelse med Lissabontraktaten, Per Lachmann, har i et notat fra Tænketanken Europa argumenteret for, at model 1 (begrænset afgivelse af suverænitet) vil være i strid med EU-retten. Det skyldes flere forhold, bl.a. at det står i protokollen om de danske forbehold, at hensigten med tilvalgsordningen er, at Danmark skal have mulighed for at tilvælge forslag, inden de er vedtaget, og der-

⁸ Se Justitsministeriets *Redegørelse for visse forfatningsretlige spørgsmål i forbindelse med Danmarks ratifikation af Lissabontraktaten*, 4. december 2007, side 88-89.

⁹ Peter Pagh: *Ophævelse af det danske retsforbehold og reservation for asyl- og indvandringsområdet*, Ugeskrift for Retsvæsen nr. 42. 17. oktober 2015.

med deltage i forhandlingerne og påvirke forslagene. Det er imidlertid ikke praktisk og tidsmæssigt muligt, hvis der først skal afholdes en folkeafstemning. Dermed vil Danmark med model 1 ikke kunne leve op til protokollens formål.

Desuden lægger Per Lachmann vægt på, at der i protokollen står, at overgangen til tilvalgsordningen skal ske i overensstemmelse med Danmarks forfatningsmæssige bestemmelser, det vil sige grundloven. Dermed forstår Lachmann, at § 20-proceduren skal foretages, når Danmark overgår til tilvalgsordningen, så ordningen kan bruges ligesom UK og Irland bruger deres, og ikke først når de enkelte retsakter tilvælges.¹⁰

Justitsministeriet læser Danmarks protokol lidt anderledes. Justitsministeriet er enig i, at hensigten med protokollen er at give Danmark mulighed for at tilvælge på forslagsstadiet (ligesom UK og Irland). Men Justitsministeriet mener ikke, at protokollen indeholder bestemmelser, der afgør, på hvilken måde Danmark skal bruge protokollen, og hvilke procedurer Danmark internt vælger at følge ved tilvalg – altså om der gennemføres en § 20-procedure én gang for alle (på forhånd) eller ved hvert tilvalg.

Justitsministeriet mener altså ikke, der er noget i EU-retten, der er til hinder for, at der kun afgives suverænitet og gennemføres afstemning om en enkel retsakt (model 1). Justitsministeriet konkluderer, at den rigtige løsning for Danmark af politiske grunde, er at gennemføre en samlet § 20-procedure på forhånd.

Tilbage står et politisk valg om, hvorvidt man ønsker en model, hvor befolkningen inddrages gennem folkeafstemninger fra sag til sag i noget, der kan minde om direkte demokrati, som man kender det fra Schweiz;¹¹ eller om man ønsker, at et almindeligt flertal i Folketinget fra sag til sag forvalter afgivelse af suverænitet på området for retlige og indre anliggender.¹²

Venlig hilsen
Lotte Rickers Olesen (3330)

¹⁰ Per Lachmann: *Protokol 22 om Danmarks retsforbehold*. Notat af 17. oktober 2015. Tænketanken Europa.

¹¹ Også beskrevet som model 1, se denne notes side 3.

¹² Også beskrevet som model 2, se denne notes side 3.