

EUs grundrettighedsprojekt

Ole Krarup
Professor, dr.jur.

»A situation where applicants are faced with a plethora of systems should be avoided because of the attendant risk of inconsistent or even incompatible outcomes.«

Dommer Fischbach & generalsekretær Krüger,
Menneskerettighedsdomstolen

»Et charter om grundlæggende rettigheder skal betragtes som et grundelement i den nødvendige proces, som skal munde ud i en forfatning for Den Europæiske Union.«

Europa-Parlamentets resolution af 16. marts 2000

»Zwischen gleichen Rechte entscheidet die Gewalt«

Karl Marx

Det følgende er en række antegninger og kommentarer til et projekt, som (endnu) ikke har fundet sin endelige form. Af samme grund er indlægget ufuldstændigt. Der er ikke tale om nogen systematisk – endsige udtømmende – analyse af de retlige problemer der knytter sig til etableringen af grundrettigheder i EU-regi. Den endelige analyse og bedømmelse må afvente projektets færdiggørelse. På den anden side er projektet af en sådan vigtighed, at det fortjener at medtages i den foreliggende publikation.

1. På Det Europæiske Råds møde i Köln i juni 1999 blev det besluttet at nedsætte en gruppe med den opgave, at udarbejde udkast til et charter om borgernes grundlæggende rettigheder i EU. I overensstemmelse med vedtagelserne på topmødet i Tampere oktober samme år kom gruppen til at bestå af 62 medlemmer, nemlig 15 repræsentanter fra medlemsstaternes stats- og regeringschefer, 16 medlemmer udpeget af EU-Parlamentet, 30 medlemmer udpeget af medlemslandenes nationale parlamenter – og endelig kommissæren for retlige anliggender.

Spørgsmålet om, hvorvidt det planlagte charter skal udgøre en politisk programerklæring, der ikke er retligt bindende (ad modum EFs Sociale Charter, der er vedtaget (1989) som en »Højtidelig Erklæring«), eller om grundrettighederne

vedtages som en egentlig juridisk tekst, og spørgsmålet om, hvorvidt denne i så fald skal indskrives i Traktaten om Den Europæiske Union, er ikke endeligt afklaret. Men i formandskabets indstilling er der lagt op til, at det kommende charter bør vedtages som et retligt bindende dokument, der påtænkes indskrevet i den revisions-traktat, der forventes vedtaget under Det Europæiske Råds møde i Nice december 2000. Denne ambition bekræftes af Parlamentets resolution af 16. marts 2000, hvori de ovenfor citerede forfatningsdrømme materialiseres.

Chartergruppen (officielt kaldet »Konventet«), der har valgt den tidligere tyske forbundspræsident Roman Herzog til formand, har afholdt en række møder og udvekslet et stort antal papirer, herunder flere juridiske vurderinger fra henholdsvis Charter-gruppens sekretariat og Parlamentets juridiske tjeneste. De foreløbige mødeprotokoller og de udarbejdede papirer giver – netop på grund af foreløbigheden – ikke noget grundlag for at vurdere indholdet af det kommende EU-charter.

Derimod giver såvel det politiske initiativ som chartergruppens hidtidige aktiviteter (indtil marts 2000) anledning til at drøfte nogle almene spørgsmål, der angår forudsætningerne for og de mulige konsekvenser af et EU-charter. Det drejer sig om en række uafklarede indre konflikter i projektet, herunder særlig

- den EU-retlige og retspolitiske kontekst, som charterprojektet indgår i,
- forholdet mellem Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), EU-retten og de nationale grundloves grundrettigheder og de hertil hørende kompetence-spørgsmål, der hænger sammen med
- et kommende EU-charters betydning som politisk og forfatningsretligt instrument, der kan forrykke magtbalancen mellem EUs institutioner og medlemslandenes myndigheder, samt endelig
- den særlige danske problematik der udspringer af mulige sammenstød mellem EUs charter og den danske grundlovs frihedsrettigheder.

2. Den ofte påberåbte anledning til nedsættelse af chartergruppen er EF-domstolens udtalelse af 28. marts 1996.¹ Domstolen besvarer her Kommissionens spørgsmål om, hvorvidt det vil være foreneligt med Traktaten, at Fællesskabet tiltræder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Domstolens svar er benægtende. Det afgørende punkt findes i præmis 34:

»Selvom overholdelsen af menneskerettighederne ... er en betingelse for, at Fællesskabets retsakter er lovlige, må det ... fastslås, at en tiltrædelse af Konventionen vil medføre en

1. 2/94. Saml. 1996 – I side 1759.

væsentlig ændring i den gældende fællesskabsordning for beskyttelse af menneskerettighederne, idet den vil medføre, at Fællesskabet inddrages i et særskilt, internationalt institutionelt system, og at alle bestemmelserne i Konventionen vil blive en del af Fællesskabets retsorden«.

Den afgørende ændring i det institutionelle system, der vil være en følge af en tilslutning til EMRK, er først og fremmest, at enhver afgørelse truffet af EFs og EUs institutioner – herunder Domstolen – kan indbringes for Menneskerettighedsdomstolen (EMRD).

Dette danner udgangspunktet for drøftelserne af forholdet mellem EF-retten (EF-Domstolen) og EMRK (EMRD).

3. Med hensyn til det andet nærliggende kompetenceproblem – EU-rettens forhold til de nationale domstoles håndhævelse af de nationale grundloves menneskerettigheder – har EFD i gennem årene udviklet en ganske omfattende praksis, der i domstolens ovennævnte udtalelse beskrives med henvisning til

»... at grundrettighederne i følge fast retspraksis hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte. I den forbindelse lægger Domstolen de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne til grund ...«. (præmis 33)

Denne beskrivelse dækker over en særdeles omfattende – dommerskabt – forfatningsretlig kompetence for EFD i forhold til medlemsstaterne.

Det har været diskuteret, om EFDs udbygning af EU-retten med hensyn til beskyttelse af grundrettighederne overvejende har været begrundet med, at en sådan retsordning er en nødvendig følge af EU-rettens forrangsprincip, hvorefter enhver national regel – herunder grundlovsregel – viger i kollision med en EU-retlig regel. At vedligeholdelsen af det konsekvente forrangsprincip skulle være hovedforklaringen, bestrides energisk af EF-domstolen.² Det er muligt, at EFD ville have udviklet en særlig EU-grundretligheds-retsorden også uden forrangsprincippet; men at dette har været en væsentlig drivkraft, er svært at bestride i lyset af domspraksis.

I afgørelsen om Internationale Handelsgesellschaft³ hedder det om forrangsprincippet (præmis 3):

»En vurdering af gyldigheden af fællesskabsinstitutionernes retsakter ud fra nationalretlige regler eller begreber ville skade fællesskabsrettens enhed og effektivitet;

disse retsakters gyldighed kan kun bedømmes efter fællesskabsretten:

2. Se således Ole Due og Claus Gulmann, *Community Fundamental Rights as part of national Law*, Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini (1998), side 405 f.
3. Saml. 1970, side 235.

dersom nemlig den af traktaten, dvs. af en autonom retskilde flydende ret skulle vige for nationale retsregler, af hvad art disse end måtte være, ville den miste sin karakter af fællesskabsret, og det retlige grundlag for selve Fællesskabet ville blive bragt i fare;

derfor påvirkes en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat ikke af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som der er udformet i statens forfatning, eller grundsætningerne i en national forfatningsstruktur«.

Så vidt forrangsprincippet. Herefter kommer grundrettighederne ind, jf. præmis 4:

»Respekten for disse rettigheder skal, selvom om den har sit grundlag i medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, sikres inden for rammerne af Fællesskabets struktur og mål.

Det skal dog undersøges, om der ikke er sket en krænkelse af en tilsvarende fællesskabsretlig garanti;

overholdelsen af de fundamentale rettigheder indgår nemlig i de almindelige retsprincipper, hvis overholdelse Domstolen skal sikre«;

Henvisningen til medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner bekræftes i sagen Nold II.⁴ Ud over den citerede henvisning påpeger denne dom en anden (beslægtet) inspirationskilde, nemlig de internationale konventioner. Det hedder i dommen, at

»... de internationale traktater om beskyttelse af menneskerettighederne, som medlemsstaternes har været med til at udarbejde, eller som de senere har tiltrådt, kan ligeledes give anvisninger, som skal tages i betragtning inden for rammerne af fællesskabsretten« (præmis 13).

I Hauer-dommen⁵ – der gentager, at spørgsmålet om krænkelse af grundrettighederne inden for fællesskabsinstitutionernes virksomhed kun kan bedømmes efter fællesskabsretten – henvises desuden til fælleserklæring af 5. april 1977 fra forsamlingen, Rådet og Kommissionen, der påpeger netop det dobbelte retsgrundlag, herunder EMRK.⁶

Disse henvisninger til medlemsstaternes forfatningsretlige traditioner og internationale menneskerettighedskonventioner kan ikke skjule den kendsgerning at der er tale om en *selvstændig EU-retlig retsdannelse*. I Wachauf-dommen⁷ udtales det (præmis 18):

4. Saml. 1972, side 105.

5. Saml. 1979, side 3727

6. Jf. EFT C 103 1977, side 1.

7. Saml. 1989, side 2609.

»De grundrettigheder, som Domstolen anerkender og beskytter, har dog ikke uindskrænket gyldighed, men skal ses i sammenhæng med deres *samfundsmæssige funktion*. Udøvelsen af sådanne rettigheder kan derfor underkastes *begrænsninger*, især inden for rammerne af en fælles markedsordning, såfremt disse begrænsninger faktisk svarer til de *fællesskabsformål*, der tjener almenvellet, og ikke i lyset af det tilsigtede formål udgør et uforholdsmæssigt og urimeligt indgreb, som berører disse rettigheders egentlige indhold« (udhævet her).

Det samme fremgår af Hoechst-sagen,⁸ der angår spørgsmålet om adgang til husundersøgelse, hvorom det bemærkes at »medlemsstaternes retsordener udviser ganske betydelige forskelle med hensyn til spørgsmålet om arten og omfanget af beskyttelse ...« (præmis 17).

Den EU-retlige grundretlighedsregulering angår dels EUs institutioner, dels medlemsstaternes retshåndhævelse inden for traktaternes anvendelsesområde – hvad enten handlingen drejer sig om at gennemføre fællesskabsretten (eller EU-retten) eller fravige den jf. dommen i ERT-sagen.⁹

4. Forholdet mellem de EU-retlige – dommerskabte – grundrettigheder og EMRK afhandles i almindelighed med udgangspunkt i artikel 6, stk. 2 i Unions-traktaten, der fastslår følgende:

»Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten.«

Uanset denne generelle forpligtelse fremgår det af EFDs praksis som gennemgået i afsnit 3, at EFD håndhæver et selvstændigt EU-retligt retskildegrundlag. I det omfang EMRK og de nationale forfatninger indgår i EF-Domstolens praksis, er der tale om en EU-retlig forarbejdning, der (som anført i Wachauf-sagen) defineres med udgangspunkt i fællesskabsformål.

Dette betyder, at risikoen for modstridende afgørelser fra henholdsvis EMRD og EFD er latent til stede, og at den (som påpeget bl.a. af Parlamentets juridiske

8. Saml. 1989, side 2859.

9. C-260/89, Saml. I-2925 præmis 43, jf. Due og Gulmann op.cit side 414. At Domstolen fastholder kontrollen med medlemsstaternes anvendelse af grundrettighederne, når der er tale om at administrere fællesskabsregler, fastslås udtrykkeligt af generaladvokat Léger i foredraget »De Europæiske Fællesskabers Domstol og beskyttelsen af de grundlæggende rettigheder«, foredraget blev holdt den 2. december 1999 for Sammenslutningen af Europæiske Jurister (FIDE).

teneste) bliver stadig større.¹⁰ Under en høring i Charterkonventet har Den Europæiske Unions ombudsmand kritiseret den nuværende retstilstand med udgangspunkt i det paradoks, at samtlige medlemsstater har ratificeret EMRK (og en række yderligere konventioner og protokoller); men en tilsvarende beskyttelse kan ikke gøres gældende i forhold til EUs institutioner.¹¹

»Fra borgernes synspunkt er det ikke indlysende, hvorfor disse regler skulle anvendes på de nationale myndigheders aktiviteter, men ikke på EU-institutionernes virksomhed.«

5. Man kan gå flere forskellige veje med henblik på at løse de problemer, der følger af de inkongruente og (delvis) modstridende retskilder. De to hyppigst drøftede – der ingår i Charterkonventets dagsorden – er forslag om enten

(1) at tillægge de EU-retlige grundrettigheder første prioritet gennem vedtagelse af et grundrettighedscharter i traktatform eller

(2) at fastholde EMRKs overordnede karakter, hvilket kan ske igennem en traktatændring der tillader EU som sådan at tiltræde EMRK.

Derimod anser jeg det for urealistisk

(3) at etablere noget sammenhængende system, der bygger på et kompromis mellem de to afgørelsesinstanser, f.eks. i form af en forelæggelsespligt. EFD og EMRD virker ud fra to grundforskellige rationaler.

Den første af disse løsningsmuligheder har mange fortalere, ikke mindst i EU-Parlamentet og i andre føderalistisk orienterede kredse.

Parlamentets juridiske tjeneste har i tilknytning til Charter-konventets overvejelser anført en række mangler ved EU-systemets nugældende håndhævelse af de »generelle principper for fællesskabsretten« – også ud over den grundlæggende uklarhed med hensyn til disse princippers præcise indhold.

For det første påpeges det, at EU-institutionernes overholdelse af et grundrettighedscharter kun i sjældne tilfælde vil kunne indbringes af den eller de forurettede i form af et annullationssøgsmål for Domstolen.

Desuden påpeges det, at EU-Traktatens artikel 35, stk. 6 medfører, at domstolskontrol med rammeafgørelser og andre afgørelser inden for politisamarbej-

10. Jf. A.G. Toth, *The European Union and Human Rights: The way forward*, *Common Market Law Review*, 1997, side 499 f., der henviser til de to domstoles forskellige opfattelser af grundbegreber som »bopæl« og »retfærdig rettergang«.

11. En tilsvarende indvendig findes i den nedenfor omtalte kritik, der er fremsat af Fischbach og Krüger.

det og det retlige samarbejde i kriminalsager kun kan indbringes af en medlemsstat eller af Kommissionen – »selvom området er særdeles relevant på de grundlæggende rettigheder«. I tilslutning hertil bemærkes det, at artikel 35, stk. 5 betyder at domstolene ikke har kompetence til at efterprøve retmæssigheden af operationer, som udføres af en medlemsstats politi eller andre retshåndhævende myndigheder.

Endelig er domstolsprøvelse udelukket med hensyn til akter vedtaget inden for rammerne af den fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik – til trods for at denne traktatkompetence netop tager sigte på »respekt for menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder« (EU-Traktatens artikel 11, stk. 1 sidste led).

6. Indvendingerne imod et traktatfæstet EU-grundretlighedscharter går særlig på, at en sådan løsning vil undergrave det retssystem der er opbygget med EMRK. Det er ikke overraskende at denne kritik er fremført af repræsentanter for Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg.

Den advarsel, der fremgår af det indledende citat fra dommer Fischbach og generalsekretær Krüger fra EMRD, er et citat fra de to forfatters indlæg til Charterkonventet, hvori der fremføres en tilsvarende principiel kritik af den nuværende retstilstand. Fischbachs og Krügers løsning er enkel:

»In the light of these case-law developments, the only effective and clear solution to these problems would be to provide for the European Communities – and the European Union when allowed to do so under Community law – to accede to the ECHR. Without lessening the Charter's usefulness, accession to the ECHR would have the advantage of ensuring consistency in the protection of fundamental rights in Europe.«

Ud over at afbøde en række af de ovenfor påpegede mangler ville EUs tiltrædelse af EMRK rumme oplagte fordele, såvel retspolitiske som retsteknisk.

For det første vil EUs tilslutning til EMRK opfange de tidligere omtalte modsigelser mellem de to systemer, og dermed sikre fuld overensstemmelse mellem de rettigheder der er hjemlet i EU-systemet (evt. et kommende charter) og de grundretligheder der hjemles i EMRK.

For det andet ligger der heri at en sådan tiltrædelse vil understrege grundretlighedernes universelle karakter, dvs. (mindre patetisk udtrykt) eliminere diskriminering over for ikke-EU-borgere, jf. nedenfor om EU-charterets ambitioner om »højere beskyttelsesniveau«.

Desuden ville EU-institutionerne på den måde blive parter i EMRDs sager som angår fællesskabskrav til medlemsstaternes retsorden.

En tilsvarende anbefaling af, at der tilvejebringes hjemmel til, at EU kan tiltræde EMRK, er fremsat i det ovenfor (afsnit 4) omtalte indlæg af EUs

ombudsmand. Efter ombudsmandens opfattelse er dette en hurtig og effektiv løsning på de eksisterende problemer, selvom han påpeger, at »the citizens would still be obliged to read a number of different texts in order to know his or her fundamental rights«. Han efterlyser derfor en dækkende sammenskrivning af det gældende grundrettighedssystem.

I forhold til det retsgrundlag, der er skabt ved EMRK, påpeges det flere steder i EU- Parlamentets resolution og Charterkonventets udkast, at EMRKs basale bestemmelser vil finde deres naturlige plads i charteret. Det påpeges, at EMRK udgør en »minimumsbeskyttelse, og at EU-Charteret tilstræber et »højere beskyttelsesniveau«.¹²

I Fischbachs og Krügers tidligere citerede indlæg påpeges det heroverfor, at EU-Charteret hermed vil skabe en skillelinje i det europæiske grundrettighedssystem med en sondring mellem grundrettigheder på første og anden klasse. Desuden vil den dobbelte jurisdiktion forstærke den ovenfor påpegede risiko for konflikter med hensyn til udlægning af retstilstanden, som – uanset beslægtede formuleringer – administreres af to forskellige autonome domstole.

Hertil kan føjes, at den nævnte ambition om at udbygge »minimumsrettigheder« hviler på en fejlagtig opfattelse af de traditionelle grundrettigheder. Forestillingen om udbygning i forhold til et minimum forudsætter, at grundrettighederne lader sig kvantificere. Det lader sig muligvis gøre i forhold til visse økonomiske og sociale rettigheder; men for de basale politiske rettigheder gælder det, at de indgår i en politisk og kulturel kontekst, der ikke giver mening til spørgsmålet om »højere eller lavere« beskyttelsesniveau. Denne observation får særlig betydning, når rettigheder er i konflikt: I ét samfund kan man vælge at prioritere ytringsfriheden højt, i et andet kan man vælge at beskytte etniske og/eller religiøse minoriteter mod verbal overlast, med en tilsvarende begrænsning af den materielle ytringsfrihed. Hvor er beskyttelsesniveauet »højest«? – I mange katolske samfund hører fosterets rettigheder til grundrettighederne, i andre samfund prioriteres kvindens ret til at råde over sin krop højere. – I stærkt liberalistiske samfund beskyttes retten til at være fri for fagforeningsmedlemskab; men i de skandinaviske velfærdssamfund har man traditionelt prioriteret fagforeningernes kollektive ret til at kræve medlemskab af alle ansatte (eksklusivaftaler) højere.

Disse eksempler illustrerer, at den nøjagtige udformning af grundrettighederne er et spørgsmål om tradition og kultur, som er bundet stærkt til nationalstaternes historiske udvikling.

12. Jf. formandskabets note af 20. januar 2000, Charte 4111/00 punkt 16, samt notat fra Parlamentets juridiske tjeneste af 16. februar s.å. (SJ-34/00) punkt 17.

7. I tilknytning til den påpegede risiko for inkonsistens, som kan være en følge af det overlæssede retsgrundlag («plethora», som Fischbach og Krüger påpeger), kan man forestille sig følgende scenarie for håndhævelse af grundrettigheder: I forhold til EU-relaterede erhvervsregulerende foranstaltninger gøres det f.eks. gældende, at de kontrollerende instanser har krænket privatlivets fred gennem ransagning, telefonaflytning eller lignende. Eftersom de retlige grænser i første række beror på EU-rettens grundrettighedsbeskyttelse, må en indsigelse forelægges EF-Domstolen til præjudiciel prøvelse i medfør af artikel 234.

Men uanset hvilket resultat EFD når frem til, vil den forurettede kunne klage til EMRD, som kan komme til det modsatte resultat. Dette vil stille de nationale myndigheder over for et umuligt valg mellem forpligtelserne i forhold til henholdsvis EMRK og EU.

Til dette problem kommer de mere omfattende forfatningsretlige problemer, der er en nærliggende følge af, at en traktatfæstelse af et EU-charter for grundrettigheder i realiteten vil betyde, at den danske Grundlovs frihedsrettigheder *fortrænges* til fordel for EU-regulering i det (meget betydelige og voksende) omfang, hvori de nationale myndigheders retshåndhævelse er undergivet EU-kompetence. Det er muligt, at de traditionelle mekanismer til at afbøde modstrid (fortolknings- og formodningsreglerne) kan afhjælpe en del virkninger af et muligt regelsammenstød. Men er vi villige til at afgive grundrettighedskompetencen til EFD?

En nærmere klarlæggelse af problemerne i forhold til den danske Grundlov må afvente charterkonventets betænkning og Regeringskonferencen i december 2000.

8. Problemerne er under alle omstændigheder betydelige. Måske fordi ingen har klargjort Charterkonventets egentlige dagsorden. Drejer projektet sig om at etablere en konsistent – og forbedret – retsbeskyttelse? Eller er hovedformålet at skabe et grundelement i den nødvendige proces, som skal munde ud i en forfatning for Den Europæiske Union – med styrkelse af EU-borgerskabet?

Så længe disse spørgsmål ikke klarlægges, vil et kommende charter afføde flere problemer end løsninger.