

Redaktionelt forord

Tema: EU's legitimitet

EU's legitimitet er det overordnede tema for dette nummer af Samfundsøkonomen. Emnet har fået en fornyet aktualitet i de senere år, fordi det kan ses som et aspekt ved den stigende skepsis angående indretningen af det europæiske samarbejde, som stadig flere aktører i stadig flere lande giver udtryk for. I forbindelse med flere folkeafstemninger har befolkningerne stemt »nej« til initiativer, som er blevet opfattet som en udvikling i retning af yderligere integration. Den britiske befolkning har desuden haft en afstemning om selve medlemspørgsmålet.

I samfundsforskningen behandles disse spørgsmål ofte som spørgsmål angående EU's større eller mindre legitimitet på forskellige felter. I dette temanummer analyseres EU's legitimitet netop i en række artikler fra forskellige vinkler.

I den første artikel behandler Marlene Wind spørgsmålet om, hvorvidt den aktive brug af den tyske forfatningsdomstol bidrager til at underminere EU-retten's legitimitet. Den tyske forfatningsdomstol er en stærk spiller i det tyske politiske system. Det er et forhold, som har betydning for både tysk EU-politik og for EU-politikken som helhed, således som Marlene Wind afdækker det.

Efterfølgende analyserer Dorte Sindbjerg Martinsen samspillet mellem EU's domstol og befolkningerne i EU med henblik på at bidrage til at forstå EU's legitimitet eller mangel herpå. EU's domstol er ofte blevet beskyldt for at bedrive »domstolsaktivisme«. Hvad bunder beskyldningen i, og er den rigtig? Det spørgsmål forsøger Dorte Sindbjerg Martinsen at besvare.

Morten Jarlbæk Pedersen diskuterer i sin artikel, hvordan man måler EU's output-legitimitet, der ofte påstås at være det, som er mest afgørende for opbakningen til EU. Mens mange analyser af EU's legitimitet drejer sig om, hvilket problemer der er med EU's input-legitimitet (dvs., hvordan vælgere og medlemslande får indflydelse i EU's beslutningsproces), drejer EU's output-legitimitet sig om EU's resultater. Morten Jarlbæk Pedersen argumenterer for, at output-legitimiteten er nok så afgørende, men hvordan måles den?

Lone Wandahl Mouyal analyserer i sin artikel EU's frihandelsaftale med USA, bl.a. med henblik på at afdække den demokratiske legitimitet af denne type aftaler. Forhandlingerne om EU's frihandelsaftale med USA har affødt en voldsom politisk aktivitet, hvor nogle aktører betvivler legitimiteten i nogle af de foreliggende udkast til en aftale. Hvorfor det forholder sig således, analyseres af Lene Wandahl Mouyal.

Det demokratiske underskuds behandling i forskningen er emnet for Mads Dagnis Jensens artikel om EU's demokratiske underskud. Spørgsmålet om EU's demokratiske underskud

har været omdrejningspunktet for megen diskussion om EU's legitimitet. I artiklen kortlægger Mads Dagnis Jensen denne diskussion og peger på sammenhængen med, hvilken demokratimodel der (ofte implicit) opereres med.

Afslutningsvis analyserer Peter Nedergaard EU's legitimitet (eller mangel herpå) med udgangspunkt i det sidste års migrant- og flygtningekrise i Europa. Netop de senere års flygtningekrise har i høj grad sat EU's legitimitet på en prøve. Peter Nedergaard analyserer, hvorfor det forholder sig således.

Peter Nedergaard, gæsteredaktør

OMT-programmet og den tyske forfatningsdomstol

Bidrager tyskerne selv til at underminere euroen og EU's legitimitet gennem deres suverænitetsfikserede forfatningsdomstol?

"EU's troværdighed står og falder med at alle lande behandles ens" (Wolfgang Schäuble 2016)



MARLENE WIND

Professor på iCourts, Det Juridiske Fakultet og leder af Center for Europæisk Politik, Institut for Statskundskab, Københavns Universitet, Email: mwi@ifs.ku.dk

Indledning

Den 16. juni 2015 afsagde EU-Domstolen sin dom i den såkaldte OMT-sag. Den slog fast, at Den Europæiske Centralbanks OMT-program, dvs. programmet, der skulle håndtere akutte statsgældskriser, ikke var i strid med EU-traktaten. Det var ellers påstanden i den afgørelse, som den tyske forfatningsdomstol tidligere var kommet til, men som den havde bedt EU-Domstolen om at 'bekræfte' gennem en såkaldt præjudiciel forelæggelse. Sagen er stor og kontroversiel. Denne artikel forklarer, hvorfor sagen, som i skrivende stund afventer sin endelige afslutning ved den tyske forfatningsdomstol, er så spektakulær. Og hvorfor den – hvis den tyske forfatningsdomstol fastholder sit synspunkt om, at Tyskland ikke kan acceptere OMT-programmet - kan true ikke bare eurozonens overlevelse, men også EU's generelle legitimitet.

Artiklen argumenterer for, at tyskerne med Karlsruhe-domstolens enegang i OMT-sagen, bidrager til at svække det europæiske samarbejde. Tyskerne har igen og igen under finanskrisen argumenteret for, at europæiske hensyn altid skal stå over nationale. Alligevel står vi med forfatningsdomstolens kritik af ECB nu i en situation, hvor meget specifikke nationale fortolkninger af EU-reglerne kan ende med at underminere det EU, vi kender. Det er med andre ord ikke kun briterne, der med deres ønsker om et 'EU-medlemsskab-light' kræver særregler og hensyntagen til nationale spidsfindigheder. Også den tyske forfatningsdomstols gentagne 'sætten spørgsmålstegn' ved EU samarbejdets funktionsmåde og udvikling, bidrager til at undergrave EU's legitimitet og manøvretyghed.

Draghi's 'What-ever-it-takes-tale'

I en tale på Global investment-konferencen i London den 26. juli 2012 holdt den italienske præsident for Den Europæiske Centralbank (ECB), Mario Draghi, en tale, der skulle vise sig at få en næsten ikonisk status (Draghi 2012). Han sagde, at ECB under hans ledelse ville gøre 'what ever it takes' for at holde hånden under markedet for statsobligationer. Det var særligt de sårbare sydeuropæiske økonomier, han var bekymret for, hvis de igen skulle opleve at blive løbet over ende af investorer og spekulanter, som det skete, da finanskrisen i Europa var på sit højeste.

I september samme år lancerede Den Europæiske Centralbank (ECB) så det såkaldte OMT-program (Outright Monetary Transactions), der udmøntede løftet fra talen i London. OMT-programmet annoncerede, at ECB ville foretage ubegrænsede opkøb af statsobligationer, hvis et eller flere medlemmer af Eurozonen skulle komme i så alvorlige problemer, at det kunne true rentestabiliteten i Eurozonen og i værste fald koste euroen livet.

Alene det forhold, at ECB annoncerede sin hensigt om opkøb, hvis det måtte blive nødvendigt, bragte ret hurtigt de meget høje renter på sydeuropæiske landes statsgæld ned på et mere komfortabelt niveau. En truende situation for euroen var dermed afværget, fordi den onde cirkel med højere og højere renter på visse landes statsgæld var brudt. Markederne reagerede med andre ord positivt på Draghi's initiativ, uden at ECB reelt behøvede at løfte en finger. På mange måder var Draghi's træk

derfor genialt, og er da også blevet karakteriseret som sådan i store dele af den finansielle verden. Det, der bragte renterne op i mange især sydeuropæiske lande, var nemlig manglende tillid og tro på, at ECB – når det kom til stykket – ville holde hånden under landene. Den tro blev imidlertid etableret med fire ord alene, og flere iagttagere har da heller ikke være sene til at beskrive ECB's løfte som 'magi', men også som et forsøg på fra politisk hånd (selvom ECB jo i princippet ikke agerer politisk) at tage magten tilbage fra markederne, der under krisen spekulerede uhæmmet og i et vist omfang måske usagligt negativt mod visse landes økonomiske stabilitet.

Ikke alle var imidlertid lige begejstrede for Draghi's initiativ og ECB som proaktiv heltefigur. I Tyskland har OMT-programmet og ECB's ageren under finanskrisen således langt fra været populær. Selv om meningene også her har været delte, gik bølgerne højt i den tyske debat, fordi flere mente, at ECB pludselig var blevet en politisk aktør, der overskred sit mandat. Mange tyske politikere og økonomer har således givet udtryk for, at ECB var for kreativ og handlede udenfor traktaten. Særligt Bundesbanks repræsentant i ECB's styrelsesråd, Jens Weidmann, som også er chef for den tyske Bundesbank, har været meget eksplicit i sin kritik. Ikke bare i OMT-sagen, men i det hele taget. Det hjalp ikke, at ECB stillede krav om, at potentielt ubegrænsede opkøb af statsobligationer skulle kædes nøje sammen med en meget streng budget- og strukturreformpolitik. Mange tyskere var og forbliver den dag i dag yderst kritiske overfor ikke bare OMT-programmet, men også overfor en aktivistisk Europæisk Centralbank. Bekymringerne gik særligt på, at det i sidste ende kunne blive de tyske skatteydere, der kom til at bøde for svage økonomiers uansvarlige økonomiske politik og dårlige offentlige finanser.

Den tyske skepsis forblev imidlertid ikke blot en offentlig kritik og en kritik i Bundestag. En gruppe borgere på 35.000 samlede underskrifter ind imod OMT-programmet. Og en velkendt EU-kritiker og CSU-politiker, Peter Gauweiler, indstævnedes således OMT-programmet for den tyske forfatningsdomstol nærmest samme dag, som ECB officielt lancerede det. Af samme grund kaldes sagen i tyske folkemunde i dag 'Gauweiler-sagen' (Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag, [2015]). I det følgende skal vi se lidt nærmere på sagen, på den tyske forfatningsdomstols første forelæggelse for EU-Domstolen nogensinde og de videre konsekvenser sagen kan få for EU's forfatningsmæssige stabilitet og legitimitet.

Gauweiler-sagen

Gauweilersagen eller OMT-sagen er interessant af flere grunde. Det er dog umuligt her at komme ind på alle aspekter af den juridiske armlægning, der allerede har fyldt tyske og andre juridiske tidsskrifter og aviser de forløbne to år. Mit fokus vil være på betydningen af den tyske forfatningsdomstols ageren, når den igen og igen sætter spørgsmålstegn ved lovligheden af forskellige EU-tiltag.

Gauweiler-sagen var på mange måder en revolution i tysk forfatningsret. Det var nemlig første gang, at den tyske forfatningsdomstol – efter selv at have vurderet den klage, der kom fra Gauweiler et al. – forelagde et tvivlsspørgsmål for EU-Domstolen. Den tyske forfatningsdomstol og EU-Domstolen har igennem årtier haft et meget kompliceret – måske ligefrem rivaliserende – forhold (se fx Slaughter, Stone Sweet & Weiler 1998; F. Fabbrini 2014 og særligt om OMT-sagen: F. Fabbrini 2015). Forfatningsdomstolen har således ikke villet anerkende, at EU-Domstolen har 'kompetenz-kompetenz'. Mens EU-Domstolen altid har hævdet at have det sidste ord i konflikter mellem national ret og EU-retten (Costa vs Enel [1964]), så har den tyske forfatningsdomstol hævdet det modsatte. Med Steven Peers ord: " ...the CJEU has always asserted that it is the sole judge of whether an EU act is valid (going back to the judgment in Foto-Frost)" (Foto-frost-sagen, Case 314/85). Men forfatningsdomstolen har altså ikke villet anerkende det. EU-Domstolens magt var (og er), mener forfatningsdomstolen, delegeret og betinget af, at den er i overensstemmelse med den tyske forfatning. I sidste instans kan den tyske forfatningsdomstol således underkende et givet EU-tiltags lovlighed i forhold til den delegerede kompetence og den tyske forfatning.¹ Den tyske forfatningsdomstol har gennem årene vakt opsigt med en række ret nationalt orienterede domme, der bl.a. lagde afstand til EU som en genuin demokratisk konstruktion. Den har også fastholdt sin ret og magt til at kunne prøve, hvorvidt handlinger fra EU-institutionerne var i overensstemmelse med det mandat, der i sin tid lå i den tyske suverænitetsoverdragelse til EU. Den manglende 'accept' af EU-rettens forrangsprincip er blandt andet udtrykt ved, at den tyske forfatningsdomstol aldrig (før OMT-sagen) har forelagt en sag for EU-Domstolen, fordi den dermed indirekte - ved at forelægge - 'anerkender' EU-Domstolen som en 'sidste instans-domstol'². Det har således altid været de lavere tyske domstole, der (endog meget ivrigt) har forelagt sager for EU-Domstolen (Alter 2001). Jf. traktatens art. 267 skal enhver national domstol eller tribunal, der er i tvivl om foreneligheden mellem en national retsakt og EU-retten, forelægge, dvs. 'spørge' EU-Domstolen om,

NOTE 1 Særligt Solange dommene vakte opsigt og har været refereret til hver gang man har diskuteret EU-rettens forrang frem for national ret, men også Maastricht-afgørelsen ved den tyske forfatnings domstol var opsigtvækkende og indeholdt en lang passus om den tyske nationale identitets primat. Se Maastricht-sagen (1993 [1994]).

NOTE 2 Det er en helt gængs vurdering i europæisk forfatningsret, at præliminære forelæggelser (art.267) på denne måde, kan ses som en proxy for accept af EU's forrangsprincip og EU-Domstolens ret til at prøve nationale retsregler i forhold til EU-retten. Se Kelemen (2016), og Wind (2011)

hvordan disputten skal afgøres. Spørgsmålet går ofte på, om et nationalt tiltag er i overensstemmelse med EU-retten eller ej, men det kan også være en national domstol, der som i OMT-sagen, spørger EU-Domstolen, om et initiativ taget af en af EU-institutionerne, er i overensstemmelse med traktaterne. Men det er altså dette forrangsprincip, og dermed anerkendelsen af EU-Domstolen som en form for europæisk forfatningsdomstol, som den tyske forfatningsdomstol hidtil ikke har villet godtage. I stedet har den i flere omgange (og altså uden at gå i direkte dialog med EU-Domstolen), betinget sin accept af EU-traktater og regler, at de var i overensstemmelse med tysk forfatningsret.

Spørgsmålet er naturligvis så, om man kan udlægge den tyske forfatningsdomstols forelæggelse (dvs. spørgsmål til EU-Domstolen) i OMT-sagen som en accept af forrangsprincippet og dermed som et udtryk for et nyt hierarki mellem de to domstole? Det strides juristerne nu om, men de fleste mener, at den måde, som den tyske forfatningsdomstol formulerede sig på, var så langt fra en 'accept', som man næsten kan komme (Fabbrini 2015). Som Steven Pees formulerer det: "...it is clear that the BVerfG [forfatningsdomstolen] at least still does not really regard the CJEU as the king of the jungle" (Pees 2014). Mange har således vurderet, at forelæggelsen næppe skal ses som en accept af et nyt rangforhold, men snarere som en erkendelse af, at det ville have enorme konsekvenser, hvis den tyske forfatningsdomstol – som den lagde op til i sin første vurdering - havde underkendt OMT-programmet. Det ville i så fald være blevet kendt ugyldigt i Tyskland. Og det var – måske – et skridt, man i hvert fald ikke i første omgang ønskede at være ansvarlig for. Efter at EU-Domstolen i foråret 2016 i en dom afviste den tyske forfatningsdomstols klagepunkter og forsvarede OMT-programmet, venter man nu på forfatningsdomstolens endelige afgørelse³. Kun den vil fortælle, hvor denne disput lander og måske forsegle OMT-programmets skæbne.

Hvad sagde EU-Domstolen?

Det, som den tyske forfatningsdomstol bad EU-Domstolen tage stilling til, var bl.a., hvorvidt OMT-programmet var i strid med det pengepolitiske mandat, som ECB havde fået overdraget. Nærlæser man den tyske forfatningsdomstols forelæggelse, er den nemlig næsten retorisk i sin måde at spørge på, og det skinner dermed tydeligt igennem, hvad den tyske forfatningsdomstol selv mener. Fx: Ligger OMT-programmet overhovedet indenfor det, man ville betegne som pengepolitik? Og er det ikke efter EU-Domstolens opfattelse nødvendigt, som et minimum at ændre OMT-programmet, så der i det mindste ikke er tale om helt "ubegrænsede" opkøb af statsobligationer? Den

tyske domstol mente absolut ikke, at det ECB foretog sig, var indenfor det mandat, som banken oprindeligt havde fået.

Frygten fra de tyske klagere (og indirekte den tyske forfatningsdomstol selv) var naturligvis, at ECB ved at opkøbe statsobligationer, selv kunne risikere at gå bankerot og dermed få behov for at blive 'bailed out' af dets aktionærer, som jo er medlemslandenes egne centralbanker. Bekymringen var ydermere, at ECB indirekte ved at opkøbe statsobligationer ville kaste sig ud i en aktiv monetær finansiering af svage landes statsbudgetter, hvilket ville være et direkte brud på Artikel 123(2) i traktaten. Påstanden var, at hvis OMT-programmet repræsenterede en form for pengepolitisk finansiering af statsgæld (og dermed var i strid med EU-traktaterne), kunne det underminere medlemslandenes nationale suverænitet. Den tyske forfatningsdomstol brugte – som ofte før – formuleringen, at den nationale 'konstitutionelle identitet'⁴ ville komme i fare, hvis en EU-institution (som i dette tilfælde ECB), overskred sit mandat. EU-Domstolen endte imidlertid med at give fuld 'backing' til OMT-programmet og sige, at det var 'fully compatible with EU primary law' (Fabbrini 2015: 1012).

Som nævnt har de færreste udlagt den tyske forfatningsdomstols forelæggelse i OMT-sagen som et udtryk for underkastelse og end ikke som et forsøg på at komme i konstruktiv dialog med EU-Domstolen. Pga. af ordlyden og de indirekte trusler i forelæggelsen regner man bestemt heller ikke med, at forfatningsdomstolen i sin endelige afgørelse lægger sig fladt ned. Der bliver snarere tale om, hvad Federico Fabbrini kalder en 'open war', da forfatningsdomstolen truede med ikke at ville følge EU-Domstolens afgørelse, hvis den valgte ikke at underkende OMT-programmet. Som Fabbrini formulerer det:

"...it seems that the scene is set for the first explicit act of nullification of EU law by the BVerfG. This would precipitate into open war the cold conflict which has characterized for more than four decades the relation between the BVerfG and the ECJ" (Citeret i Fabbrini 2015: 1012).

Eller som den tyske juraprofessor Herwig Hofmann formulerer det med reference til den tyske forfatningsdomstols første forelæggelse for EU-Domstolen:

"This approach to formulating the preliminary ruling, a legal obligation for any court of a Member State of the EU 'against whose decisions there is no judicial remedy under national law' (Article 267 para 3 TFEU) can therefore not be seen as a long overdue normalisation of the relations between the CJEU and the BVerfG. The BVerfG as one of the last remaining constitutional courts of Member States instead of simply complying with its clearly defined obligations under the Treaties to submit

NOTE 3 Den 21. juni – efter denne artikel var skrevet færdig og afleveret – kom den endelige tyske forfatningsdomstols afgørelse i Grauweiler sagen. Den tyske forfatningsdomstol gav – overraskende - EU-Domstolen medhold.

Se <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2016/bvg16-034.html>

Den Tyske Forfatningsdomstol konkluderende blandt andet: "...the OMT-programme does not 'manifestly' exceed the competences attributed to the European Central Bank. Moreover, if interpreted in accordance with the Court of Justice's judgment, the OMT-programme does not present a constitutionally relevant threat to the German *Bundestag's* right to decide on the budget".

in adequate cases questions for preliminary reference. Rather, it is formulated as ‘last warning’ by the BVerfG after which, if the CJEU does not fall in line with its approach, it would consider to radically challenge the constitutional order of the EU and, in effect, questioning the Union’s very existence as a constitutional order” (Hofmann 2015).

EU og den konstitutionelle pluralisme

I skrivende stund er det naturligvis umuligt at forudsige, hvad resultatet bliver. Én ting er ‘krigen’ mellem de to domstole, en anden er konsekvenserne for Eurozonen, hvis den tyske domstol gør alvor af sine trusler og underkender programmet. Sagen udstiller også en design-fejl i euroens konstruktion, hvor det i ekstreme situationer er vanskeligt at få en pengepolitisk union til at fungere uden en fælles finanspolitik, der selv kunne generere de nødvendige midler til at undersøgte ECB’s pengepolitiske initiativer.

Løfter vi blikket fra det umiddelbare drama, så rejser nogle andre og alvorligere spørgsmål sig. Det er spørgsmål, der går på den langsigtede stabilitet i EU’s konstitutionelle system. Nu kan man naturligvis diskutere, om det overhovedet er betimeligt at diskutere europæisk stabilitet og legitimitet i en tid, hvor andre taler om EU’s mulige sammenbrud under flygtningekrisen. Men krisen om OMT-programmet repræsenterer en ‘ongoing’ konstitutionel krise, som ingen rigtig har villet adressere, siden den tyske forfatningsdomstol lancerede sin første Solange afgørelse 1970 (Solange I, 1970). Alle ved, at den er der, og mange skriver om den, men alligevel går de fleste – især politikere – om den, som katten om den varme grød. Det er forståeligt nok, for ingen ønsker at blande sig i den dømmende magts frihed til at vogte over grundloven eller forhindre klagere i at lægge sag an og prøve grundlovsmæssigheden af EU-tiltag, som Gauweiler har gjort. Parallelt med ‘krigen’ mellem de nationale forfatningsdomstole⁵ og EU-Domstolen, har en gruppe retsteoretikere – de såkaldte ‘konstitutionelle pluralister’ – slået til lyd for, at man helt burde gå væk fra den evige debat om, hvilken retsinstans, der – rent principielt – har det sidste ord (for gode eksempler på denne type kritisk juridisk litteratur, se McCormick 1995, Maduro 2009 eller Walker 2002). De har således brugt debatten som løftestang for et opgør med en klassisk positivistisk retstradition, hvor staten og især dennes meget hierarkiske retsstruktur har stået centralt. En pluralistisk orden som EU’s burde bygge på ‘constitutional tolerance’, som Joseph Weiler (2003) har formuleret det. Han og andre plæderer for at forskellige retsordener udmærket kan leve side om side uden, at én af dem behøver at have forfatningsmæssigt primat. Det den tyske forfatningsdomstol gør i såvel OMT-sagen som i de andre kontroversielle sager, den

har været involveret i – fx Maastricht-sagen (1993 [1994]) og, Lissabon-sagen (2009) – er imidlertid langt fra at tilslutte sig nogen form for ‘konstitutionel tolerance’. I stedet udfordrer og tester domstolen konstant, hvem der principielt står øverst i det EU-retslige hierarki.

Men hvorfor er det så vigtigt at få en endelig afklaring af retshierarkiet i EU, og hvorfor er den tyske forfatningsdomstols udfordrende stil så potentielt skadelig? Først og fremmest er det naturligvis vigtigt at huske på, at succesen bag EU’s indre marked står og falder med, at der i nu snart 40 år har været et ret klart og fasttømret retshierarki i EU med EU-Domstolen på toppen. Virksomheder, borgere og myndigheder har dermed i deres *daglige praksis* ageret som om hierarkiet eksisterede, hvilket har bidraget til retssikkerhed, forudsigelighed og transparens på tværs af 28 landegrænser. Balladen mellem den tyske forfatningsdomstol (og flere andre forfatningsdomstole og højesteretter) på den ene side og EU-Domstolen på den anden, har således kun ind i mellem, når særlige sager opstod, ‘rokket båden’ og sået tvivl om en ellers velfungerende europæisk retsorden. På den måde kunne det måske være lige meget, hvad den tyske forfatningsdomstol går og foretager sig, eller hvad? Ikke helt. Ifølge den amerikanske politolog Dan Kelemen er ikke kun den tyske forfatningsdomstols ageren fuldstændig uholdbar. Det er den konstitutionelle pluralisme også, som han formulerer det i en analyse af OMT-sagen:

”To be sure, advocates of constitutional pluralism had the best of intentions, such as facilitating judicial dialogue and preventing conflict between the Court of Justice and national constitutional courts. And constitutional pluralism’s call for these courts to be guided by norms of tolerance and accommodation in managing the interaction in their legal orders is certainly sage counsel. But as the Gauweiler case has laid bare, the model ...is inherently unstable” (Kelemen 2016).

Kelemen’s pointe er, at den manglende formelle accept af EU’s hierarkiske retsorden og debatten herom ikke kun bør være en teoretisk diskussion for mere eller mindre post-moderne indstillede juridiske forskere. Det er blodig alvor ude i den virkelige verden, hvilket netop sagen om OMT-programmet viser. Ender det med, at den tyske forfatningsdomstol går sine egne veje og underkender programmet trods EU-Domstolens blåstempling, vil den tyske deltagelse i euroen de facto kunne erklæres grundlovsstridig. Og det kræver næppe nogen længere forklaring, hvordan det vil kaste EU (og euroen) ud i en ny krise.

Jeg vil ikke gå mere ind i den mere teoretiske debat her, men stille et afsluttende mere normativt spørgsmål. Såvel Merkel som Schäuble har således gang på gang understreget, at EU’s

NOTE 4 Se dommen §27-28. GFCC, Order of the Second Senate of 14 January 2014 - 2 BvR 2728/13 - paras. (1-24)

NOTE 5 Det er ikke kun den tyske forfatningsdomstol, der har været suverænitetstestet og slået sig i tøjet over EU-rettens forrang frem for national ret. Også den danske højesteret har gjort det i dennes Maastricht-afgørelse, der er klart inspireret af den tyske af samme navn. Se den danske her: Maastricht-sagen, UfR 1996.

legitimitet hviler på den EU-retligt sikrede ligestilling mellem små og store lande. Alle er lige for loven og behandles ens, uanset om man er en lille eller stor virksomhed, og uanset om man er polak eller portugiser. Schäuble sagde det således i en tale i marts 2016 på London School of Economics: "Europe will only work if the rules are the same for smaller and bigger member states" (Wolfgang Schäuble 2016). Men EU's regelværk kan kun gælde ens for alle, hvis alle anerkender og underkaster sig de fælles spilleregler. Kræver visse lande undtagelser og særregler bryder kontrakten sammen og hele EU risikerer at miste sin legitimitet.

Under finanskrisen rettede Schäuble selv gang på gang kritik af grækerne, fordi de igen og igen bad om særligt privilegerede

betingelser for deres euro-medlemskab. Kritikken var imidlertid også rettet mod briterne, som har ønsket et EU medlemskab på andre langt mere lempelige vilkår end alle andre. Spørgsmålet er naturligvis bare, om ikke den tyske domstol med sin fortsatte udfordring af EU-rettens primat, selv gennem årtier har agiteret for tysk særbehandling? Det europæiske samarbejde og det indre markeds store succes gennem de sidste fem årtier, skyldes frem for noget, at alle – bortset fra visse europæiske højesteretter og forfatningsdomstole – har forladt den forældede suverænitetsfikserede polemik, og accepteret at EU-retten må være 'first among equals'. Også når det gælder OMT-programmet.

REFERENCER

Alter, K. 2001. *Establishing the Supremacy of European Law*. Oxford University Press: Oxford.

Davis, B. 2012. *Resisting the European Court of Justice; West Germany's Confrontation with European Law, 1949-1979*. Cambridge University Press: Cambridge.

Draghi, M. 2012. *Verbatim of the remarks made by Mario Draghi*, Global Investment Conference, London.

Kan tilgås på: <https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html>

Fabbrini, F. 2014. *Fundamental Rights in Europe: Challenges and Transformations in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford.

Fabbrini, F. 2015. After the OMT Case: The Supremacy of EU Law as the Guarantee of the Equality of the Member States, *German Law Journal*, vol. 16, no. 04.

Hofmann, H. 2015. The CJEU's Response to the German Constitutional Court in 'Gauweiler'. 24. juni. Blog: *Eutopialaw*.

Kan tilgås på: <http://eutopialaw.com/2015/06/24/the-cjeu-response-to-the-german-constitutional-court-in-gauweiler/>

Kelemen, D. 2016. On the Unsustainability of Constitutional Pluralism: European Supremacy and the Survival of the Eurozone. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 23(1).

Kumm, M. The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the state. I: J.L. Dunoff and J.P. Trachtman (red.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press. Cambridge.

MacCormick, N. 1995. The Maastricht Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal*, Vol. 1(3). pp. 259-266;

Maduro, M. 2009. Contrapunctual Law: Europe's *Constitutional Pluralism in action*, i: N. Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford.

Peers, S. 2014. Clash of the Judicial Titans: Will the Euro survive? 9 februar. Blog: *EU Law Analysis*.

Kan tilgås på: <http://eulawanalysis.blogspot.dk/2014/02/clash-of-judicial-titans-will-euro.html>

Schauble, W. 2016. Wolfgang Schäuble "Europe will only work if the rules are the same for smaller and bigger member states". 3. marts. *LSE blog: European Politics and Policy*. [Online]. Kan tilgås på: <http://blogs.lse.ac.uk/euoppblog/2016/03/07/wolfgang-schauble-europe-will-only-work-if-the-rules-are-the-same-for-smaller-and-bigger-member-states/>

Slaughter, A., Stone Sweet, A. og Weiler, J. H. H. red. 1998. *The European Court & National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, Hart Publishing, Oxford.

Walker, N. 2002. The Idea of Constitutional Pluralism, *The Modern Law Review*. Pp. 317-359. Vol 65 (3).

Weiler, J.H.H. 2003. In defence of the Status Quo: Europes Constitutional Sonderweg, in J.H.H Weiler & M. Wind (red.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge University Press. Cambridge.

Wind, M. 2011. The Nordics, the EU and the Reluctance Towards Supranational Judicial Review. *Journal of Common Market Studies*, vol. 48(4). pp. 1039-1068.

SAGER

GFCC, Order of the Second Senate of 14 January 2014 - 2 BvR 2728/13 - paras. (1-24). Kan tilgås på: http://www.bverfg.de/e/rs20140114_2bvr272813en.html

Cases 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92. Decision of the German Federal Constitutional Court of October 12, 1993, In Re Maastricht Treaty Kan tilgås på: http://www.judicialstudies.unr.edu/JS_Summer09/JSP_Week_1/German%20ConstCourt%20Maastricht.pdf

BVerfG, Case No. 2 be 2/08 Judgement of 30 June 2009.

German Constitutional Court decision from 12 October 1993, BVerfGE 89, 155; Brunner v European Union Treaty CMLR [1994] 57. Maastricht-dommen, Ufr 1998.

Sag C-6/64 - Costa mod E.N.E.L. (15. juli, 1964)

Kan tilgås på: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-6/64>

Sag C-62/14, Peter Gauweiler and Others v. Deutscher Bundestag (16. juni, 2015).

Kan tilgås på: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:61985CJ0314](http://curia.europa.eu/Sag 314/85, Foto-Frost mod Hauptzollamt Lübeck-Ost. (22. oktober 1987)</p>
<p>Kan tilgås på: <a href=)

Sag 11/70. Judgment of the Court of 17 December 1970.

Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel.

Demokratisk legitimitet som institutionel dialog. Mellem ret og politik i EU

Diskussionen om den Europæiske Unions demokratiske legitimitet handler blandt andet om samspillet mellem EU's institutioner og om forholdet mellem de folkevalgte og ikke folkevalgte institutioner.



DORTE SINDBJERG MARTINSEN

Professor,
Institut for Statskundskab,
Københavns Universitet¹
Email: dm@ifs.ku.dk

I den engelsksprogede litteratur bliver dette ofte en diskussion af forholdet mellem 'majoritarian' og 'non-majoritarian' institutioner, og hvilke konsekvenser delegationen af beslutningskompetence til 'ikke-flertalsinstitutioner' har for demokrati og legitimitet (Scharpf 1997; Bellamy 2010; Majone 1994). Flertals-institutionerne i EU er Ministerrådet og Europa-Parlamentet, hvor de folkevalgte sidder. De har over årene delegeret stadig flere beslutningskompetencer til ikke-flertalsinstitutioner – der ikke har et egentligt folkevalgt mandat at basere deres beslutninger på. Kommissionen er ikke folkevalgt. Det er den Europæiske Centralbank heller ikke. Netværk af embedsmænd eller eksperter har fået delegerede beføjelser. EU har stadig flere agenturer, som regulerer medlemsstaterne. Og også EU-Domstolen er berømt for at være en af EU helt tunge magtinstanser, som også er 'non-majoritarian'. Delegationen af magt og indflydelse til sådanne ikke-flertals institutioner er ikke kun kendetegnede for EU, men for national og international politik i det hele taget og kan næppe ruller tilbage. Derfor bliver det afgørende af se på, i hvilken grad sådanne institutioner er underlagt politisk kontrol, og i hvilken grad der foregår en institutionel dialog mellem 'majoritarian' og 'non-majoritarian' institutioner.

En af de berygtede ikke-flertalsinstitutioner er EU-Domstolen, som Domstolen fortolker traktaterne, EU's lovgivning og medlemslandenes love og praksisser ift. EU-retten. Den er blevet beskyldt for at være aktivistisk og/eller politiserende, og at dens fortolkninger udvider EU-integrationen. Samtidig har antagelsen været, at politikerne ikke er i stand til at rulle den retlige integration tilbage, fordi man enten overser konsekvenserne af den retlige integration, eller man ikke kan blive politisk enige om, hvordan man skal forholde sig til Domstolens praksis. Styrkeforholdet mellem ret og politik i EU er således blevet udlagt som ret over politik. Men er det nu også rigtigt, at Domstolen triumferer og får det sidste ord i samspillet med EU's politiske flertalsinstitutioner?

I denne artikel vil jeg se på samspillet mellem retlig og politisk integration inden for det velfærdspolitiske område. I et netop afsluttet forskningsprojekt har jeg undersøgt EU-Domstolens indflydelse på EU's lovgivning, og nedenstående baserer sig på dele af projektets resultater (Martinsen 2015). I projektet blev det undersøgt, i hvilken grad EU's lovgivende institutioner kan dæmme op for en retlig integration, der ud fra et politisk synspunkt er gået for langt. Muligheden for politisk at reagere på retlig integration er for mig at se hel central for analysen af institutionernes legitimitet. Kontrol og institutionel dialog

NOTE 1 Forskningsprojektet, som artiklen bygger på, er blevet støttet af Forskningsrådet for Samfund og Erhverv Financial projekt no. 10-079675/FSE.

med ikke-flertals institutioner er med andre ord en afgørende forudsætning for demokratisk legitimitet i EU's politiske system af delegerede kompetencer. Samtidigt har EU-Domstolen integrationspraksis medvirket til EU's dybere legitimitetskrise, fordi den er blevet set som bannerfører for integrationen uden folkeligt mandat og uden for politisk kontrol. Senest er EU-Domstolen også blevet fremhævet af den engelske regering som en af EU's kritisable institutioner, som der skal dæmmes op for hvis Storbritannien skal blive i EU.²

Teoretiske antagelser om Domstolens politiske betydning

EU-Domstolen har længe været berømt for stille at 'revolutionere' det europæiske samarbejde (Weiler 1994). Siden Hjalte Rasmussen og andre forskere i 1980'erne satte Domstolen på det politiske landkort som en af samarbejdets vigtigste magtinstanser, har vi fået gentaget, at den retlige integration baner vejen for politisk integration uden, at politikerne kan modsætte sig (Weiler 1991; Rasmussen 1986; Stein 1981). Samtidig har vi fået fortalt, at EU's politiske system er et af de mest retsliggjorte, hvor politikerne lydigt retter ind overfor Domstolen (Kelemen 2013; Stone Sweet 2000). Domstolen fortolker traktatens budskab og er 'traktatens mester' (Alter 1998). Den forklarende teoretiske logik for forholdet mellem ret og politik er neo-funktionalistisk. Når Domstolen fortolker traktaten eller EU's sekundære lovgivning, så vil Kommissionen fremsætte ny lovgivning, der foreslår at kodificere Domstolens fortolkninger i generel lovgivning. Politikerne kan eller vil ikke modsætte sig, og på den måde fører retlig integration til politisk integration i en form for selvforstærkende proces (Stone Sweet 2000, 194-203; 2010). Denne neo-funktionalistiske fortolkning ser Domstolen som en dynamisk beslutningstager, bl.a. fordi det politiske system er for fragmenteret til at kunne blive enige om at rulle Domstolen tilbage (Kelemen 2008), hvorfor det bliver retsliggjort. Mindst tre begrundelser for den politiske accept af retsliggørelse fremhæves;

1) Domme er tekniske og fremstår apolitiske. Derfor får de ikke den fornødne politiske interesse. Hvad der burde vække politisk interesse, er kamoufleret af rettens sprog. Bag dette skjold drives integrationen frem (Burley and Mattli 1993).

2) EU politikere – og politikere i det hele taget – er mest optaget af, hvad der rører sig her og nu. De orienterer sig mod deres vælgere, mod det der har umiddelbar politisk interesse, og de ser ikke længere end det næste valg. Den politiske tidshorizont er kortsigtet, mens EU Domstolen har det lange perspektiv. Dommens langsigtede betydning er ikke indenfor den politiske radar (Alter 1998).

3) Endelig er EU's politiske system fragmenteret (Kelemen 2008). Beslutningsprocessen i EU gør det særdeles vanskeligt at etablere det nødvendige flertal, der skulle korrigere Domstolen. Domme, der vedrører traktaten, kan kun ruller tilbage ved traktatændringer, og det er så godt som umuligt, da det kræver enstemmighed mellem medlemsstaterne og efterfølgende ratificering i de nationale parlamenter eller i befolkningerne. Retlige fortolkninger af almindelig lovgivning er også vanskelige at korrigere. Direktiver og forordninger kræver kvalificeret flertal i medlemsstaterne og nu også som oftest flertal i Europa-Parlamentet.

Sådanne barrierer for politisk korrektion synes at bekræfte antagelserne om retsliggørelsen. Imidlertid gør litteraturen ikke meget ud af at undersøge, hvordan politikerne efterfølgende forholder sig til domme, de mener er uhensigtsmæssige eller er gået for langt.

Retlig integration inden for velfærd

Så er der overhovedet en politiske reaktion eller et egentligt samspil mellem retlig og politisk integration i EU inden for det velfærdspolitiske område? Velfærdspolitik er på den ene side national kompetence. På den anden side skal velfærdspolitikken kan leve op til EU's princip om ligebehandling og må ikke hindre det indre marked og dets frie bevægeligheds principper. Hvordan denne balance etableres, har været genstand for fortolkninger ved EU-Domstolen i stor stil. Det sociale område, inkl. sundhedsområdet, er det område, hvor 3. flest sager har været bragt for Domstolen (Martinsen, 2015). Domstolens fortolkninger om social sikring for vandrende arbejdstagere, sundhedsbehandling i andre medlemsstater, ligebehandling, lige løn for mænd og kvinder, sundhed og sikkerhed på arbejdspladsen mv. er nogle af de områder, hvor Domstolen er blevet beskyldt for at gå for langt eller 'politisere' med sine aktivistiske juridiske fortolkninger.

Som for eksempel herpå kan nævnes, at Domstolen i 1998 dømte, at fri bevægelighed for tjenesteydelser også gælder for sundhedsydelser og senere fulgte op med at konkludere, at det gælder uagtet, hvordan sundhedssystemerne er finansieret eller organiseret. I 2000 konkluderede Domstolen så, at lægers rådighedsvagter, der tilbringes på arbejdsstedet, er en del af de samlede arbejdstid, som ifølge EU's arbejdstidsdirektiv højst må være 48 timer om ugen. Senere i 2007 sendte Domstolen fagbevægelsen og mange andre i 'Laval-chok' ved at dømme fri bevægelighed for tjenesteydelser over konfliktretten (Martinsen 2015 98). Flere domme kunne tilføjes. Dommene havde det til fælles, at de skabte en ubalance mellem den etablerede lovgivning og de dynamiske retlige fortolkninger. De blev set som juridisk aktivisme i færd med enten at underminere velfærdsstaten eller den nordiske arbejdsmarkedsmodel, eller som

NOTE 2 Se David Camerons brev til Donald Tusk af 10. november 2015 "A NEW SETTLEMENT FOR THE UNITED KINGDOM IN A REFORMED EUROPEAN UNION", hvori han betoner vigtigheden af kritisk at adressere domstolens integrationspraksis indenfor fri bevægelighed. Denne kritik er taget med i EU-UK aftalen for februar 2016, ifølge hvilken der skal arbejdes for en politisk aftale, der ruller domstolens udvidelse af retten til familiesammenføring tilbage.

værende godt i gang med at etablere en socialunion uden noget politisk mandat. Endelig medførte dommene et pres på EU Kommissionen for at foreslå lovgivning, der kunne genetablere en forudsigelig og balanceret retstilstand. Kommissionen blev således bedt om – eller tog selv initiativ til – at rydde op efter, hvad nogen så som retligt-skabt kaos. Andre så situationen som et udtryk for nye muligheder.

EU Kommissionen og Domstolen

I udgangspunktet er det altså op til EU Kommissionen, hvordan den mener, man skal forholde sig til retspraksis. Undertiden bliver Kommissionen og Domstolen portrætteret som en enig makkerpar, hvis vigtigste opgave er at skubbe integrationen fremad. Opfattelsen er her, at domspraksis kan bruges strategisk af Kommissionen til at presse eller overbevise medlemsstater og Europaparlamentarikere om, at de ikke rigtigt har andet valg end at acceptere, hvad Domstolen allerede har sagt: Det er den her vej integrationen går (Schmidt 2000). Domstolen har talt – om I kan lide det eller ej. Påstanden er, at der er tale om to ikke-flertalsinstitutioner, der i tandem får mere at skulle have sagt end de demokratisk valgte institutioner.

Forskningsprojektet viste da også, at Kommissionen forsøger at bruge domspraksis som en autoritativ begrundelse for, at der kun er et afgrænset sæt af valg, man politisk kan træffe. Men analyserne viste også, at Kommissionen ikke har videre succes hermed. Det er der flere grunde til:

1) Kommissærerne er ikke altid enige. Kommissærerne læser ikke dommene på samme måde og kan have forskellige fortolkninger af den samme politiske ramme og hvornår man skal reagere ift. Domstolen. Som for eksempel kan nævnes, da Kommissionen første gang ville fremsætte sit patientret-tighedsdirektiv, for at følge op på Domstolens fortolkninger ift. ret til planlagt behandling i en anden medlemsstat. Efter blandt andet dialog med de socialdemokratiske medlemmer af Europa-Parlamentet, reagerede de social demokratiske kommissærer kraftigt imod forslaget som fremlagt af kommissæren for det indre marked og fik forsinket fremsættelsen af forslaget.

2) Kommissionens forvaltninger – de såkaldte generaldirektorater – kan have forskellige fortolkninger af, hvad Domstolens domme muliggør politisk. Det blev tydeligt indenfor reguleringen af udstationeringsområdet. Efter Laval dommen kom Rüffert og Luxembourg dommene. De domme gik ind og begrænsede medlemsstaternes muligheder for at stille betingelser og kontrollere udstationerende virksomheder. I Kommissionens forslag til et håndhævelsesdirektiv for udstationeringsområdet mente generaldirektoratet for det indre marked, at dommene skulle føre til en lukket liste af kontrolforanstaltninger ift. udstationerende virksomheder, mens generaldirektoratet for sociale anliggender og beskæftigelse argumenterede for en åben liste, der ville give medlemsstaterne bredere mulighed for kontrol.

3) EU's lovgivende institutioner – Ministerrådet og Europa-Parlamentet – har forskellige politiske holdninger til, hvordan man skal besvare Domstolens praksis og kan bevæge sig langt væk fra Kommissionens hensigter og betragtninger. Mere herom om lidt.

Endeligt viste det sig, at Kommissionen ikke altid er på linje med Domstolen. Resultaterne peger på, at når Kommissionen er enig med Domstolen, begrundes forslaget ganske meget med Domstolens egne fortolkninger. Kommissionen vil her formulere initiativer som nødvendighedens politik; 'vi er nødt til at gøre sådan og sådan, for det har Domstolen sagt'. Men når Kommissionen mener, at Domstolen er gået for vidt eller trådt forkert, vil der være få henvisninger til Domstolens praksis, selv om den reelt er helt central. Som en kommissionsembedsmand sagde til en konference forleden 'hør nu her, vi kan altså ikke åbent gå imod Domstolen'. Det blev sagt i en diskussion af forslaget til en Monti II forordning, der skulle rette op på efterdønningerne af Laval-chokket.

Mellem ret og politik i EU

EU's lovgivende institutioner deltager med andre ord i et politisk efterspil, når Domstolen bevæger integrationen fremad. Det er et stykke tid siden Domstolen udførte sin 'stille revolution' – uden politisk bevågenhed. Når Kommissionen fremsætter forslag, der begrundes i Domstolens praksis, går den politiske aflæsning og fortolkning i gang. Forskningsprojektet viste ikke mange eksempler på en politisk accept af nødvendighedslogikken: 'fordi Domstolen har sagt det'.

Den politiske glemsel synes heller ikke så udpræget som teoretisk antaget. Hvis politikerne i Ministerrådet eller Europa-Parlamentet synes at glemme, er der en del embedsmænd eller interesseorganisationer, der husker for dem. Embedsmænd i Rådets arbejdsgrupper og de nationale ministerier følger processerne i Bruxelles og hjemme i regeringsbygningerne. Det er dem, der forhandler detaljen med hensyn til forholdet mellem ret og politik. Den demokratiske legitimitet heraf afhænger så igen af tydeligheden af det mandat, det har fået af ministeren, og hvor meget politisk dialog, der bliver ført med ministeren. Europaparlamentarikerne har derimod direkte demokratisk legitimitet og er en forholdsvis ny vetospiller ift. Domstolens indflydelse. Parlamentets udvalg og deres sekretariater har en del institutionel hukommelse, og systemet omkring ordførere og skyggeordførere gør, at parlamentet har sine eksperter på områderne, der husker og sidder på den detalje, der kan gøre forskellen i, hvordan retlige fortolkninger behandles og skrider frem gennem den politiske proces. I såvel spørgsmålet om sundhedsbehandling over grænser, arbejdstid og kontrol foranstaltninger ift. udstationerende virksomheder var europaparlamentarikerne afgørende i processen – omend langt fra altid enige.

Endelig viste det sig, at nok er EU's politiske system fragmenteret, men vigtige kompromisser kan etableres, der kan begrænse konsekvenserne af Domstolens domme. Som i andre politiske systemer er det et spørgsmål om den politiske flertal, i Rådet og Parlamentet hver især og på tværs.

Domstolens indflydelse på EU-politikken

Forskningsprojektet viste, at over tid er EU's politiske institutioner blevet mindre villige til at acceptere en domstolsdrevet forandringsproces. Det synes at være mere politisk opmærksomhed på Domstolen og mindre accept af at generalisere, hvad Domstolen har fortolket frem. Det skal understreges igen, at det kun er undersøgt inden for velfærdsområdet, og det er muligt, at udfaldet ville være et andet, hvis analyserne havde set på politikområder, der er mindre politisk følsomme. Men det interessante ved velfærdsområdet er netop, at der her findes tydelige sammenstød mellem det indre marked og national politik. Lignende eller andre sammenstød vil formentlig også gøre sig gældende inden for miljø, skat, retlige og indre anliggender, transport mv. Projektet viste et politisk afgrænsningsrum for, hvad der bliver effekten af Domstolens domme – hjemme i medlemsstaterne, for borgere og virksomheder.

Ift. patientrettighedsdirektivet, som netop var et forsøg på at forholde sig til Domstolens praksis, foreslog Kommissionens generaldirektorat for det indre marked først at indføre Domstolens retspraksis i servicedirektivet, hvilket ville betyde at patienter kunne tage til en anden EU-medlemsstat og få behandling uden nogen form for forhåndsgodkendelse, bortset fra de ydelser, der kræver indlæggelse på et hospital. Regningen ville bagefter blive betalt derhjemme. Den del af servicedirektivet blev hurtigt taget ud på foranledning af Europa-Parlamentet, ligesom direktivet mere generelt blev udvandet. I forhandlingerne af det efterfølgende direktiv blev muligheden for national kontrol med, hvilke behandlinger man kan få i udlandet udvidet betragteligt, sådan at forhåndsgodkendelsen i dag kan anvendes – og bliver anvendt – for en stor del af ambulante behandlinger, der defineres som højt specialiserede og omkostningstunge. Kommissionen fik ikke meget kontrol med, hvad medlemsstaterne definerer som krævende forhåndsgodkendelse og indtil videre har direktivet da også vist sig at have meget begrænset betydning for patienternes mobilitet. Medlemslandene med deres mere restriktive udgangspunkt ift. grænseoverskridende sundhedsbehandling vandt altså over Domstolen – i denne omgang. Så hvad der i udgangspunktet så ud til at kunne give udvidede rettigheder, er indtil videre ikke blevet til meget. Ved afslutningen på forhandlingerne meddelte Kommissionen da også, at den endelige tekst var på kant med Domstolens praksis – men accepterede det alligevel (Martinsen 2015, 170-172). Kommissionen havde ikke andet valg end at

acceptere den politiske grænse for Domstolens mere liberale udlægning.

Også forhandlingerne på udstationeringsområdet understreger, hvordan retsliggørelse blev mødt med stor politisk modvind. Her ift. den efterhånden berømte kvartet af Laval, Viking, Rüffert og Luxembourg-dommene. De nationale parlamenter – med det danske Folketing i spidsen – smed det gule kort mod Kommissionens Monti II forslag, der skulle rette op efter Laval og Viking dommene. Kommissionen trak sit forslag. Forhandlingerne om håndhævelsesdirektivet for udstationering fortsatte og forholdt sig til bl.a. Rüffert- og Luxembourg-dommene. Den lukkede liste af kontrolforanstaltninger, Kommissionen oprindeligt foreslog, blev afvist og en åben liste blev i stedet vedtaget. Desuden blev kædeansvar for byggeriet vedtaget, selvom det gennem dele af forhandlingerne så ud til at være ude. De medlemsstater, der allerede har kædeansvar fastholdt imidlertid, at det skulle med i direktivet, blandt andet som en form for værn mod Domstolens fremtidige fortolkninger, der måske kunne finde kædeansvar i strid med de frie bevægelighedsprincipper. En form for politisk forebyggelse, der står i modsætning til antagelsen om politikken korte tidshorisont. Og senest i marts 2016 har Kommissionen fremlagt et nyt forslag til revision af udstationeringsdirektivet. Kommissionens forslag giver medlemslandene bred mulighed for at kontrollere de udstationerende virksomheder. Uden at nævne Domstolen fortsætter forslaget den institutionelle dialog mellem ret og politik fra Monti II og håndhævelsesdirektivet og forsøger at rette op på efterdønningerne af retspraksis og Monti II forliset.

Så EU-politikken er med andre ord afgørende for, hvor bred og generel betydning retlig integration får. Det er vigtigt for vores demokratiske diskussion af EU's retlige orden og politiske system. Selv når Domstolen buldrer derudaf, kan politikken komme igen. De politiske svar er langt fra fuldstændige, men består af kompromisser og halve løsninger, som i andre politiske systemer. Men de politiske processer i råd og parlament forholder sig til den retlige integration. Og også Domstolen er nød til at forholde sig til det politiske landskab, hvis den ikke skal løbe ind i for meget national og EU-politisk modstand. Domstolens troværdighed, autoritet og legitimitet kan ikke holde til, at den bliver underkendt for ofte politisk, eller at dens domme ikke bliver efterlevet i medlemsstaterne. Derfor må også Domstolen i Luxembourg læse morgenavisen og forstå de politiske dynamikker derude (Dougan 2013).³

Om vi så skal være bekymrede over, at Domstolen undertiden, er politisk aflæsende er en anden normativ og demokratiteoretisk diskussion.

NOTE 3 Se også Steve Peers blog <http://eulawanalysis.blogspot.dk/2014/11/benefit-tourism-by-eu-citizens-cjeu.html?spref=tw>

LITTERATUR

- Alter, K. (1998) 'Who are the 'Masters of the Treaty'? European Governments and the European Court of Justice'. *International Organization* 52(01):121-47.
- Bellamy, R. (2010) 'Democracy without democracy? Can the EU's democratic 'outputs' be separated from the democratic 'inputs' provided by competitive parties and majority rule?'. *Journal of European Public Policy* 17(1):2-19.
- Burley, A.-M. and Mattli, W. (1993) 'Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration'. *International Organization* 47(01):41-76.
- Dougan, M. (2013) 'The Bubble that Burst: Exploring the Legitimacy of the Case Law on the Free Movement of Union Citizens'. *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice*, Oxford: Hart:132.
- Kelemen, R.D. (2008) 'The Americanisation of European law? adversarial legalism a la Europeenne'. *European political science* 7(1):32-42.
- Kelemen, R.D. (2013) 'Judicialisation, Democracy and European Integration'. *Representation* 49(3):295-308.
- Majone, G. (1994) 'Independence vs. Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in European University Institute'.
- Martinsen, D.S. (2015) *An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union*, Oxford: Oxford University Press.
- Rasmussen, H. (1986) *On law and policy in the European Court of Justice: a comparative study in judicial policymaking*. BRILL.
- Scharpf, F.W. (1997) 'Economic integration, democracy and the welfare state'. *Journal of European public policy* 4(1):18-36.
- Schmidt, S.K. (2000) 'Only an Agenda Setter?: The European Commission's Power over the Council of Ministers'. *European Union Politics* 1(1):37-61. doi: 10.1177/1465116500001001003.
- Stein, E. (1981) 'Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution'. *American Journal of International Law* 75(1):1-27.
- Stone Sweet, A. (2000) 'Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe', in J. Hayward and E.C. Page (eds.), *Governing the New Europe*. Cambridge: Polity Press.
- Stone Sweet, A. (2010) 'The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance'. *Living Reviews in European Governance* 5(2).
- Weiler, J. (1991) 'The Transformation of Europe'. *The Yale Law Journal* 100:2403-83.
- Weiler, J.H.H. (1994) 'A Quiet Revolution The European Court of Justice and its Interlocutors'. *Comparative Political Studies* 26(4):510-34.

Kilder til output-legitimitet: Et overset perspektiv?

Diskussioner om legitimitet i den Europæiske Union bygger ofte på det teoretiske skel mellem output-legitimitet og andre former for legitimitet. Dette skyldes ikke mindst, at netop Unionens evne til at levere reelle løsninger på reelle problemer er en væsentlig – hvis ikke den væsentligste – kilde til, at Unionen som helhed kan vurderes som legitim. Diskussionen om betydningen af output-legitimitet har dog ikke ført til, at dette begreb er blevet nøjere udforsket endside operationaliseret og drevet til empiriske undersøgelser. Ét forslag til en sådan operationalisering er at tage et eksplicit tværdisciplinært udgangspunkt og søge at kombinere juridiske metoder med politologisk teoridannelse gennem begrebet ”regulatorisk kvalitet”.



MORTEN JARLBÆK PEDERSEN

Ph.D.-studerende,
Institut for Statskundskab,
Københavns Universitet,
Email: mjp@ifs.ku.dk

Indledning

”Legitimitet” og ”den Europæiske Union” er to begreber, der ofte følges ad – og gerne i ophedede diskussioner både i den akademiske verden (se f.eks. opsummeringerne i Jones, Menon, & Weatherill, 2012) og udenfor (en simpel Google-søgning afslører hurtigt bredden af debatten, se f.eks. Arrouas, 2013; Kjær, 2013; Rodgers, 2012; Schmidt, 2015; Youngs, 2013). Disse interessante og intrigante diskussioner har ført til en bedre forståelse for, hvad legitimitet er for en størrelse. Det er en ubetinget positiv bivirkning af debatterne om Unionens natur, men desværre har forskningen i sin videre færd overset én af de centrale begreber i denne ellers frugtbare teoretiske muldjord. I denne artikel stilles derfor spørgsmålet: hvordan forstår vi output-legitimitet – og hvordan kan vi undersøge den?

I det følgende vil jeg først diskutere ophavet til begrebet. Dette vil jeg gøre for at fastslå, at det er et relevant på tværs af opfattelser af, hvad EU er for et dyr og dermed også på tværs af demokratiske standarder. Ydermere gøres det for at illustrere, at denne relevans endnu ikke har ført til en systematisk og empirisk-orienteret forståelse for begrebet.

Dernæst følger et forsøg på i al fald delvist at operationalisere output-legitimitet som begreb. Udfordringen her består i, at legitimitet i sidste ende er et spørgsmål om opfattelse – ”Legitimitätsglaube” (Weber, 1921/1972) – og således hviler på subjektiv hvis ikke normativ vurdering. Det kan derfor være

svært at skabe en troværdig brug af begrebet, hvis målet ikke blot er diskussion af en teoretisk ramme, og hvis anvendelsen af denne ramme ikke skal hensynke i rendyrket normativitet. Dette uomgængelige kår i legitimitetsdiskussioner erkendes til fulde her. Det må derfor allerede på dette tidlige stadie slås fast, at ambitionen eller påstanden i det følgende ikke er, at legitimitetsdiskussionen i sin helhed kan gøres værdifri. Påstanden er snarere, at output-legitimitet – Unionens effektive og efficiente opgaveløsning som kilde til, at den vurderes som en ”gyldig orden for social handlen” (Weber, 1921/1972, s. 16–17) – hviler på effektiv målopnåelse, og at det er muligt at diskutere og vurdere vilkårene for effektiv målopnåelse uden at foretage en normativ vurdering af disse mål (for et eksempel på en lignende tankegang, se Pedersen, 2015c). Legitimitet og dermed også output-legitimitet er et begreb med uanede facetter, hvorfor den foreslåede tilgang naturligvis langt fra er fyldestgørende for begrebets fuldstændige vidde; målet her er imidlertid at vise, at en operationalisering af output-legitimitet fordrer overvejelser, som ikke findes i litteraturen i dag, og at eksemplificere slige overvejelser.

Output-legitimitet som begreb: status quo

Begrebet output-legitimitet fylder meget i legitimitetsdiskussionerne i EU, men begrebet behandles ofte overfladisk, idet man vælger én af tre strategier i disputationerne: *For det første* findes de – overvejende teoretiske – bidrag om legitimitet i almindelighed, og hvad angår EU i særdeleshed. *For det andet* er der bidrag, der eksplicit og målrettet behandler output-legitimitet.

For det tredje findes blotte konstateringer og påpegninger af potentielle kilder til output-legitimitet. Disse tre grupper – de generelle diskussioner, output-legitimitet som sådan og slutteligt kilderne til denne gennemgås kort i det følgende.

Den første gruppes bidrag udgør den grundlæggende referenceramme for mange legitimitetsdiskussioner. EU søges her sammenlignet med mere etablerede og velkendte teoretiske størrelser (*in casu* ofte nationale demokratier), hvilket ses tydeligst i diskussionen om det ”demokratiske underskud” i den Europæiske Union (se f.eks. Decker, 2002 eller Føllesdal & Hix, 2006). De indeholder relevante overvejelser, men de synes at overse eller bevidst at undlade at lægge vægt på effektiv og efficient målopnåelse som kilde til legitimitet både i EU og i almindelighed.

I forlængelse heraf – men byggende på et noget anderledes syn på, hvad Unionen reelt er for en politisk entitet – har man i den anden gruppe artikulert det teoretiske skel mellem input- og output-legitimitet (og sidenhen også throughput-legitimitet, se Schmidt, 2013). Bidragene er mangfoldige. Man finder eksempelvis teoretiske overvejelser om skellet mellem de to typer af legitimitet (Beetham & Lord, 1998; Scharpf, 2009), og bidrag med det udgangspunkt, at den Europæiske Union er af en sådan beskaffenhed, at output ikke blot betyder meget – men at det betyder det meste, måske endda det hele. Denne tilgang til legitimitetsdiskussionen findes bl.a. visse steder i reguleringslitteraturen, ikke mindst foranlediget af Majones klassiske værker om ”den regulerende stat” (se f.eks. Majone, 1994, 1996, 1998, 1999), men også i centrale bidrag andetsteds (Bang, Jensen & Nedergaard, 2015).

Den fælles påstand er, at output-legitimitet har stor betydning i vurderingen af netop EU, og bidragene her har skabt selve den teoretiske ramme, som danner grundlag for snart sagt enhver efterfølgende diskussion om legitimitet i EU. Denne fælles påstand mødes dog ikke af en tilsvarende systematisk operationalisering af begrebet. Diskussionen om legitimitet forbliver således distanceret eller alene teoretisk.

Den tredje og sidste gruppe er de forfattere, der arbejder med undersøgelser af de konkrete veje til effektiv og efficient opgaveløsning i EU. Her finder vi to typer af bidrag: den politologiske litteratur om metaregulering og den juridisk-tekniske metodelitteratur.

Den ene type er således de, der alene konstaterer, at denne eller hin faktor øjensynligt tillægges vægt, når det kommer til output-legitimitet. Igen ses her en alene teoretisk stillingtagen til output-legitimiteten og dens kilder. Denne distancering kan have grund i, at den politologiske litteratur af natur er meget optaget af proces. Dermed fokuseres ikke så meget på effekt, som ellers med nødvendighed må være det logiske omdrejningspunkt i enhver undersøgelse af (kilder til) output-legitimitet. I sine værker om regulering og metaregulering falder Radaelli og dennes skiftende samarbejdspartnere (se f.eks. Radaelli, 2004; Radaelli & de Francesco, 2007, 2010; Radaelli & Meuwese, 2009) ofte i denne fælde og det endda

ganske bevidst. Man nægter – ofte med tungtvejende teoretisk argumentation – eksempelvis at vurdere om et metareguleringsværktøj såsom konsekvensvurderinger har den ønskede effekt i output-termer: Spørgsmålet, om hvorvidt reguleringen faktisk bliver mere efficient og effektiv, hvis man anvender disse metareguleringsmetoder, stilles med andre ord ikke. Dermed står man tilbage med den blotte konstatering af, at de måske har en betydning og hele diskussionen forbliver teoretisk.

Den anden type i denne gruppe forsøger at vise, hvordan output-legitimitet om ikke andet så i al fald delvist kan operationaliseres. Denne gruppe er imidlertid ikke præget af politologer, men af jurister. Dermed opstår et uhensigtsmæssigt skel: Det teoretiske grundlag samt en god del empirisk indsigt og metodik fra politologien får ikke mulighed for at komme til orde, idet man i den juridiske diskussion ikke ser disse bidrag. Og omvendt afskærer politologerne sig fra en konkret operationalisering af hvad, der er forudsætninger for efficient og effektiv virkning af et givent politisk eller juridisk tiltag.

Mangler til trods løser de tre skitserede tilgange til emnet en vigtig opgave: De opstiller en teoretisk begrundelse og grundlag for en diskussion af output-legitimitet. Men at drage den logiske konsekvens heraf og at undersøge, hvilken rolle forskellige påståede kilder til output-legitimitet reelt spiller, synes at have unddraget sig opmærksomhed både konceptuelt og i den empiriske forskning. Dette kan skyldes, at en slig øvelse fordrer en grundlæggende tværdisciplinær tilgang og bestemt ikke er nogen nem øvelse. Ikke desto mindre forekommer denne manglende opmærksomhed både unaturlig og besynderlig givet den vægt – både teoretisk og politisk – som den Europæiske Unions evne til at løse konkrete problemer tillægges.

Output-legitimitet som begreb: et praktisk forslag til en vej fremad

Det er på denne baggrund, de følgende tanker skal læses. Målet her er som sagt ikke at etablere en fuldkommen og fyldestgørende analytisk ramme for enhver undersøgelse af output-legitimitet. Snarere er det ambitionen at opridsse et par tanker, der peger i en relevant og brugbar retning, således at aspekter af begrebet kan underkastes mere systematisk undersøgelse og diskussion end hidtil.

Inden vi kan begynde vor færd ud af denne sti, bør det dog slås fast, at der naturligvis er store forskelle i den vægt, som output-legitimiteten kan og bør tildeles i en samlet vurdering af et politisk eller juridisk tiltag og i denne vurderings bidrag til helhedsopfattelsen af EU. F.eks. må det forventes, at output-legitimiteten, når det kommer til borgernes fysiske sikkerhed (Pedersen, 2015b) og reguleringen af erhvervslivet (Majone, 1998) tillægges og bør tillægges endog meget stor vægt, mens det på andre områder muligvis betyder mindre. Der kan dog næppe herske tvivl om, at output-legitimitet er relevant i enhver undersøgelse af legitimitet – hvad end vort fokus er på et specifikt politisk eller juridisk tiltag, en politisk-juridisk metode som f.eks. brugen af delegation (Pedersen, Ravn, & Christensen, 2016), en institution som helhed eller noget helt fjerde.

Output-legitimitet fordrer effektiv og efficient virkning – dvs., at vedtagne regler eller politiske tiltag for det første får den tilsigtede virkning, og at de får denne virkning uden unødige transaktionsomkostninger. I en europæisk sammenhæng er dette tæt koblet til transpositionen og implementeringen af europæiske regler til nationale *ditto*. Og det følger logisk af ovenstående, at set fra et europæisk perspektiv er ensartet implementering en væsentlig forudsætning for effektiv virkning (Kaeding, 2007, 2008). Heraf kan udledes, at faktorer, der øger sandsynligheden for effektiv og efficient virkning – inkluderende ensartet transposition og implementering af europæiske regler – må anses som væsentlige bidragsydere til at sikre Unionens output-legitimitet. De er naturligvis ikke determinerende, men må tillægges betydelig vægt. Ikke mindst, da der ofte er tale om faktorer, som man faktisk kan søge at påvirke fra centralt hold. Et samlende begreb for denne tankegang er ordet ”regulatorisk kvalitet” – altså at jo højere den regulatoriske kvalitet er, des større er sandsynligheden for en smidig transposition og implementering, mål opnåelse og ensartet virkning på tværs af EU’s medlemslande (Pedersen, 2015a) og dermed – i sidste ende – en større sandsynlighed for styrket output-legitimitet.

Regulatorisk kvalitet er som begreb bredt anvendt, og det anvendes både politisk (OECD, 2010a, 2010b) og akademisk (særligt Radaelli har bidraget til dette, se f.eks. Radaelli, 2004 eller Radaelli & de Francesco, 2007, 2010). Forståelsen af regulatorisk kvalitet som kilde til output-legitimitet er dog sjældent set, om end denne logik ofte kan læses ind i litteraturen og de politiske bidrag som baggrund for overhovedet at beskæftige sig med emnet.

Imidlertid er den faktiske forståelse af begrebet meget vag. Det skyldes bl.a. den disciplinære kløft mellem især juraen og politologien, som blev beskrevet tidligere. Inden for politologien er man kommet til den konklusion, at ”kvalitet” pr. definition er kontekstafhængigt (dette kan formuleres på mange måder, se bl.a. Parker & Kirkpatrick, 2012; Radaelli, 2004; Radaelli & de Francesco, 2007 og Stern, 1997), og som nævnt tidligere afhænger enhver legitimitetsvurdering til syvende og sidst af subjektive vurderinger. Dette stiller os i en uheldig situation, hvis vi ønsker at forstå hvad, der fører til output-legitimitet, og på den baggrund opstille en metode til at afdække visse kilder hertil: både kilden – den regulatoriske kvalitet – og det centrale teoretiske objekt – output-legitimiteten – er kontingente og umulige at sige noget entydigt om endelige operationalisere.

I den juridiske litteratur er man anderledes optimistisk. Her er man ikke bleg for at opstille (tekniske) kriterier, som enhver ”god” lovgivning skal leve op til, hvis den skal kunne løfte sit erklærede formål. Dette gælder særligt, når den juridiske tilgang bygger på en klassisk juridisk-dogmatisk metode (Wegener, 2000) og antager et – om ikke andet så teoretisk – skel mellem regulatorisk kvalitet på den ene side og politisk kvalitet på den anden (Fliedner, 2001). Som også blev påpeget ovenfor, så gælder i den Europæiske Union endvidere det, at ”kvalitet” også må forstås som muligheden for, at et givent regulativ – hvad end der er tale om en forordning, et direktiv, en

dom eller noget fjerde – kan forstås og implementeres ensartet (Kaeding, 2008). Juridiske undersøgelser af kvalitet fokuserer f.eks. på den juridisk-logiske kohærens – modsiger reglerne i A reglerne i B? – og visse sproglig-logiske kvaliteter ved regelsættet (se f.eks. Hall, Howells & Watson, 2012; Lodder, 2014 eller Weatherill, 2012, der alle undersøger forbrugerrettighedsdirektivet, direktiv 2011/83). Disse ting – at reglerne ikke modsiger sig selv eller andre regler, og at reglerne er tilgængelige og til at forstå – er centrale faktorer, hvis reglerne skal kunne anvendes som tiltænk. Således kort om den juridiske tankegang.

Dette udgangspunkt er oplagt og naturligt at kombinere med det teoretiske apparat, som opstilles i politologien: Hvis disse faktorer positivt påvirker et givent regelsæts evne til at få den ønskede virkning, påvirker de pr. definition den effektive og efficiente brug af regelsættet og dermed output-legitimiteten i positiv retning. Denne kobling fordrer et eksplicit tværdisciplinært udgangspunkt, og den juridiske metode kan ikke stå alene. Den politologiske pointe om kontekstafhængighed og implementeringsstudier i almindelighed vil givetvis indføre en relevant anke: Selvom et regelsæt til fulde lever op til de juridisk-tekniske kriterier, bør man erindre sig, at dette regelsæt skal virke i en bestemt kontekst. I en europæisk sammenhæng endda i flere forskellige. Det stiller ikke blot meget høje krav til den ”smalle” juridisk-tekniske kvalitet, men fordrer endvidere, at vi indfører et krav om, at regelsættet skal være konformt med det ikke-juridiske landskab, herunder f.eks. økonomiske og administrative realiteter. Regelsættet skal – kort og godt – være praktisk anvendeligt i de kontekster, hvor det skal virke.

Disse overfladiske overvejelser kan naturligvis ikke gøre det ud for en endelig operationalisering af regulatorisk kvalitet som kilde til output-legitimitet. Det tillader pladsen her i øvrigt heller ikke (se i stedet Pedersen, 2015a). Retningen kan dog slås fast: Ved at kombinere juridisk metode og indsigt med et konceptuelt apparat fra politologien, kan output-legitimitet pludselig tillades en plads som et empirisk relevant begreb og ikke blot som et begreb, hvoraf vi diskuterer den teoretiske vægt. Og mere relevant: Ved at have fastslået denne retning åbnes også for diskussioner af hvad, der påvirker regulatorisk kvalitet og dermed i sidste ende output-legitimitet. Og her nærmer vi os sagens kerne, idet en sådan diskussion med nødvendighed må føre til formodninger, der kan gøres til genstand for empirisk undersøgelse. Eksempelvis kan man spørge, hvordan den måde, hvorpå man i EU har struktureret inddragelsen af eksterne parter, faktisk bidrager til at øge den regulatoriske kvalitet? Inddragelse af eksterne aktører på forskellige måder i EU er ikke blot voldsomt udbredt (Broscheid & Coen, 2007; Coen, 1997; Eising, 2004; Greenwood, 2007a; Knodt, Greenwood & Quittkat, 2011), men tillige voldsomt omdiskuteret (se f.eks. de mangfoldige tanker om inddragelse og demokrati, som gøres hos Coultrap, 1999; Falbo, 2006; Kohler-Koch & Rittberger, 2007; Saurugger, 2007 og Trenz, 2009). Disse undersøgelser analyserer dog ikke inddragelsens betydning for den effektive og efficiente opgaveløsning. I stedet er omdrejningspunktet inddragelse – bredt forstået – som en kilde til repræsentation og dermed input-legitimitet. Dette er

bestemt ikke et irrelevant eller uinteressant spørgsmål at stille, men det er som vist tidligere kun det halve spørgsmål, hvis emnet er legitimitet i den Europæiske Union. Spørgsmål om inddragelsens betydningen for den regulatoriske kvalitet og i sidste ende for output-legitimiteten er sjældent besvaret – end-sige forsøgt besvaret (Pedersen, 2015b).

Hvis vi går af den her foreslåede vej, undersøger vi dermed output-legitimiteten som sådan? Nej, åbenlyst ikke. Men vi undersøger en potentiel kilde til output-legitimitet. Er der tale om en kilde, der deterministisk og i forholdet 1:1 påvirker output-legitimiteten? Nej, åbenlyst heller ikke. Listen over faktorer, der kan modvirke effektiv og efficient virkning i løbet af enhver implementering er alenlang (Pressman & Wildavsky, 1973) selv i tilfælde af en meget høj regulatorisk kvalitet. "Mit schlechten Gesetzen und guten Beamten läßt sich immer noch regieren. Bei schlechten Beamten helfen die besten Gesetze nichts," skal den tyske statsmand Otto von Bismarck have sagt. Høj regulatorisk kvalitet er dog en faktor, der positivt påvirker et regelsæts mulighed for effektiv og efficient virkning. I et konkret tilfælde har den regulatoriske kvalitet således ikke nødvendigvis betydning for output-legitimiteten, idet mange andre ting kan have større vægt; men den regulatoriske kvalitet har nødvendigvis relevans for output-legitimiteten. Og dermed bliver det også relevant at spørge til, hvordan den regulatoriske kvalitet reelt sikres, jf. eksemplet med inddragelse som kilde hertil. Ad lange omveje er vi således nu nået frem til det, som man måske intuitivt har vidst i politisk-administrative kredse i årtier; man har i al fald gennem en lang række metaregulering-værktøjer – inddragelse, konsekvensvurderinger m.m. – søgt at opnå nøjagtigt regulatorisk kvalitet (og andre ting), som det er forstået her, dog uden at begrebet nogensinde er blevet eksplis-it formuleret eller teoretisk begrundet.

Konklusion

Jeg har i denne artikel stillet spørgsmålet om, hvad output-legitimitet er for en størrelse, og hvordan vi kan forstå dette omtumlede begreb. Det har jeg gjort ved at vise, hvordan diskussionen om legitimitet i den Europæiske Union enten har fokuseret på input-siden i legitimitetsligningen, eller ved at alene behandle output-legitimitet som et teoretisk begreb, der ikke kan gøres til genstand for empirisk undersøgelse. I forlængelse heraf har jeg søgt at tage min egen medicin og foreslået en vej fremad: Ved at kombinere juridisk metode og indsigt med et politologisk teoretisk og metodologisk apparat, kan vi konstruere og operationalisere begrebet "regulatorisk kvalitet", der kan anses som en faktor, der påvirker output-legitimiteten i positiv retning. Spørgsmålet om, hvordan man laver en "god" lov har været omdrejningspunktet for diskussion siden de tidligste tider (Platon, 2014), og det har vist sig at være et emne af betydelig kompleksitet. Det gælder ikke mindst i vore moderne tider med den Europæiske Union, der ikke ligefrem er kendt for at lede til simple spørgsmål endsige ligefremme svar. Vejen frem, der er foreslået i denne artikel – at bruge regulatorisk kvalitet som en genvej til at studere kilder til output-legitimitet – er således alene én af mange, og ruten er endnu at blive kortlagt.

Litteratur

- Arrouas, M. (2013). Nationale parlamenter skal sikre EU's demokratiske legitimitet. *Altinget.dk*
<http://www.altinget.dk/artikel/nationale-parlamenter-skal-sikre-eus-demokratiske-legitimitet> (hentet den 26. januar 2016)
- Bang, H., Jensen, M.D. & Nedergaard, P. (2015). «We the People» versus «We the Heads of States»: the debate on the democratic deficit of the European Union. *Policy Studies*, 36(2), 196–216.
- Beetham, D. & Lord, C. (1998). *Legitimacy and the European Union*. New York: Routledge.
- Broscheid, A. & Coen, D. (2007). Lobbying activity and fora creation in the EU: empirically exploring the nature of the policy good. *Journal of European Public Policy*, 14(3), 346–365.
- Coen, D. (1997). The European Business Lobby. *Business Strategy Review*, 8(4), 17–25.
- Coultrap, J. (1999). From Parliamentarism to Pluralism. Models of Democracy and the European Union's «Democratic Deficit». *Journal of Theoretical Politics*, 11(1), 107–135.
- Decker, F. (2002). Governance beyond the nation-state. Reflections on the democratic deficit of the European Union. *Journal of European Public Policy*, 9(2), 256–272.
- Eising, R. (2004). Multilevel Governance and Business Interests in the European Union. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 17(2), 211–245.
- Falbo, M. (2006). Reinventing inclusion: from a politics of presence to inessential coalitions. *Contemporary Politics*, 12(3), 247–260.
- Fliedner, O. (2001). *Gute Gesetzgebung. Welche Möglichkeiten gibt es, bessere Gesetze zu machen?* Friedrich-Ebert-Stiftung. <http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/01147.pdf> (hentet den 19. december 2014).
- Føllesdal, A. & Hix, S. (2006). Why There is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik. *Journal of Common Market Studies*, 44(3), 533–562.
- Greenwood, J. (2007). *Interest Representation in the European Union* (2. udg.). Basingstoke: Palgrave-Macmillan.
- Hall, E., Howells, G. & Watson, J. (2012). The Consumer Rights Directive – An Assessment of its Contribution to the Development of European Consumer Contract Law. *European Review of Contract Law*, 8(2), 139–166.
- Jones, E., Menon, A. & Weatherill, S. (2012) (red.). *The Oxford Handbook of the European Union*. Oxford: Oxford University Press.
- Kaeding, M. (2007). *Better regulation in the European Union: lost in translation or full steam ahead? : the transposition of EU transport directives across member states*. Leiden: Leiden University Press.
- Kaeding, M. (2008). In search of better quality of EU regulations for prompt transposition: The Brussels perspective. *European Law Journal*, 14(5), 583–603.
- Kjær, N. (2013). EU's manglende demokratiske legitimitet. *Politiken*. <http://politiken.dk/debat/laeserbrev/ECE2001384/eus-manglende-demokratiske-legitimitet> (hentet den 26. januar 2016).
- Knodt, M., Greenwood, J. & Quittkat, C. (2011). Territorial and Functional Interest Representation in EU Governance. *Journal of European Integration*, 33(4), 349–367.
- Kohler-Koch, B. & Rittberger, B. (2007). *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*. Lanham: Rowman & Littlefield.
- Lodder, A.R. (2014). Information Requirements Overload? Assessing Disclosure Duties Under the E-Commerce Directive, Services Directive and Consumer Directive. I A. Savin & J. Trzaskowski (red.). *Research Handbook on EU Internet Law* (s. 358–382). Cheltenham: Edward Elgar.
- Majone, G. (1994). The rise of the regulatory state in Europe. *West European Politics*, 17(3), 77–101.
- Majone, G. (1996). *Regulating Europe*. New York: Routledge.
- Majone, G. (1998). Europe's «Democratic Deficit»: The Question of Standards. *European Law Journal*, 4(1), 5–28.
- Majone, G. (1999). The regulatory state and its legitimacy problems. *West European Politics*, 22(1), 1–24.
- OECD. (2010a). Better Regulation in Europe - The EU 15 Project. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/45115076.pdf> (hentet den 31. marts 2015)

- OECD. (2010b). Better Regulation in Europe - The EU 15 project. <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/betterregulationineurope-theeu-15project.htm> (hentet den 31. marts 2015).
- Parker, D. & Kirkpatrick, C. (2012). Measuring Regulatory Performance. The Economic Impact of Regulatory Policy: A Literature Review of Quantitative Evidence. OECD *Expert Paper*, 3.
- Pedersen, M.J. (2015a). «Give me my money back». Why the Consumer Rights Directive Can Hardly Do What It Is Supposed To Do. I T. Vranešević (red.). 2015 *M-Sphere Book of Papers* (s. 147–158). Zagreb: Accent.
- Pedersen, M.J. (2015b). The Intimate Relationship Between Security, Effectiveness and Legitimacy – A New Look at the Schengen Compensatory Measures. *European Security*, 24(4), 541–559.
- Pedersen, M.J. (2016). Neglecting Results? A Critical View of the Literature on Organised Interest in the European Union. *Journal of Public Affairs*, 16(3), 270–278.
- Pedersen, M.J., Ravn, J., & Christensen, G. L. (2016). Delegation af lovgivningsmagt i Danmark: risiko for ringere regulering? *Tidsskriftet Politik*, 19(1), 94–111.
- Platon (2014). *Platon V - Lovene I-XII, Epinomis*. København: Gyldendal.
- Pressman, J.L. & Wildavsky, A.B. (1973). *Implementation: How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland: Or, why It's Amazing that Federal Programs Work at All*. Berkeley: University of California Press.
- Radaelli, C.M. (2004). Getting to Grips with Quality in the Diffusion of Regulatory Impact Assessment in Europe. *Public Money and Management*, 24(5), 271–276.
- Radaelli, C.M. & de Francesco, F. (2007). *Regulatory Quality in Europe: Concepts, Measures and Policy Processes*. Manchester: Manchester University Press.
- Radaelli, C.M. & de Francesco, F. (2010). Regulatory Quality Indicators. Investment Climate Advisory Services of the World Bank Group. <https://www.wbginvestmentclimate.org/uploads/OverviewRegulatoryQualityIndicators.pdf> (hentet den 20. november 2014).
- Radaelli, C.M. & Meuwese, A. C. M. (2009). Better Regulation in Europe: Between Public Management and Regulatory Reform. *Public Administration*, 87(3), 639–654.
- Rodgers, M. (2012). EU's borgere vil have mere indflydelse. Information. <http://www.information.dk/311733> (hentet den 26. januar 2016).
- Saurugger, S. (2007). Democratic «Misfit»? Conceptions of Civil Society Participation in France and the European Union. *Political Studies*, 55, 384–404.
- Scharpf, F. (2009). Legitimacy in the Multilevel European Polity. *European Political Science Review*, 1(2), 173–204.
- Schmidt, V.A. (2013). Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and «Throughput». *Political Studies*, 61(1), 2–22.
- Schmidt, V.A. (2015). *The Eurozone's Crisis of Democratic Legitimacy. Can the EU Rebuild Public Trust and Support for European Economic Integration?* Discussion Paper No. 015. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- Stern, J. (1997). What Makes an Independent Regulator Independent? *Business Strategy Review*, 8(2), 67–74.
- Trenz, H.-J. (2009). European civil society: Between participation, representation and discourse. *Policy and Society*, 28, 35–46.
- Weatherill, S. (2012). The Consumer Rights Directive: How and why a quest for “coherence” has (largely) failed. *Common Market Law Review*, 49(4), 1279–1317.
- Weber, M. (1921/1972). *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie* (5. udg.). Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wegener, M. (2000). *Juridisk metode* (3. udg.). København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Youngs, R. (2013). The EU Beyond the Crisis: The Unavoidable Challenge of Legitimacy. Carnegie Europe. <http://carnegieeurope.eu/publications/?fa=53242> (hentet den 26. januar 2016).

Investeringsbeskyttelse i en kommende frihandelsaftale mellem EU og USA

Det traktatbaserede regime til beskyttelse af udenlandsk investering har i de seneste år været genstand for kritik, der dækker over en grundlæggende juridisk problemstilling her omtalt som et stabilitets-fleksibilitets dilemma. Kritikken aktualiseres i forhandlingerne af en større handels- og investeringsaftale mellem EU og USA, the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).



LONE WANDAHL MOUYAL

Adjunkt, ph.d.

Det Juridiske Fakultet,

Københavns Universitet,

Email: lone.wandahl.mouyal@jur.ku.dk

Udenlandske investeringer og behovet for stabilitet og fleksibilitet

Investeringer i længerevarende projekter er som et grundlæggende vilkår altid forbundet med en vis risiko. Risikoens karakter og størrelse kan variere, men givet er det, at investoren vil søge at sikre en stabil ramme for investeringen, navnlig i politisk og juridisk henseende.

I et vist omfang kan investorer have held med at sikre den juridiske stabilitet i forhandlingen af det kontraktmæssige grundlag for investeringen. Hertil kommer, at der i national lovgivning i mange tilfælde vil være regler, der giver en vis stabilitet eksempelvis i skattemæssig henseende. Imidlertid kræver såvel kontraktgrundlag som national lovgivning, at investoren sætter sin lid til værtsstaten og dennes regering, der jo kan skifte med de politiske vinde. Netop dette faktum affødte behovet for at sikre investorer en international beskyttelsesstandard, som kunne håndhæves uden om disse to øvrige lag: kontraktgrundlaget og national lovgivning. Hele formålet med, at stater påbegyndte forhandlingen af traktatbaserede aftaler om investeringsbeskyttelse, var således at sikre behovet for stabilitet.

Ud over hensynet til stabilitet eksisterer behovet for fleksibilitet, dvs., at der også sikres et vist råderum for en værtsstat til at ændre politisk kurs, foretage nye prioriteringer og adressere uforudsete hændelser. Der kan være mange grunde til, at en stat ønsker at ændre på vilkår for virksomhedsdrift. Det kan skyldes ændrede politiske prioriteringer i forbindelse med et regeringsskifte, være begrundet i konjunkturændringer eller militære konflikter, teknologisk udvikling eller ny viden, der

forrykker den virkelighed, hvori virksomheden agerer. Ny viden viser måske, at et produkt er sundhedsskadeligt, et kemisk middel er kræftfremkaldende eller stærkt forurenende, og der kan derfor komme behov for at indføre restriktioner i brugen af bestemte stoffer. Alle disse former for indgreb kan have en negativ indvirkning på virksomhedsudøvelsen og derved investeringens værdi. Da den samfundsmæssige kontekst er en dynamisk størrelse, er der derfor behov for fleksibilitet i det retlige grundlag, når længerevarende investeringer skal betrygges. I folkeretlig henseende betyder det, at værtsstaten skal have mulighed for at udøve en vis fleksibilitet uden at pådrage sig statsansvar for folkeretsbrud. Faktorer, der kan realisere behovet for fleksibilitet, kan opstå pludseligt (f.eks. i form af et terrorangreb, der foranlediger øget kontrol med virksomhedsdrift eller indefrysning af finansielle midler) eller mere glidende (f.eks. ved, at ny forskning giver anledning til sundheds- eller miljøregulering med forbud af brugen af visse kemiske stoffer).

Et retligt grundlag, der inkorporerer hensynet til fleksibilitet, er også i investorernes interesse, idet et længerevarende investeringsprojekt ikke kan operere isoleret fra den omgivende verden, og investoren må forholde sig dertil. Når der allerede i forbindelse med planlægningen af investeringen er klarhed omkring hensynet til fleksibilitet i det retlige grundlag, har investoren mulighed for at undgå mange ubehagelige overraskelser. Omvendt kan et fastfrosset juridisk regime i realiteten generere større usikkerhed for en investor. Usikkerheden forøges i takt med projektets længde, idet en investor næppe kan forvente, at værtsstaten afstår fra at tilpasse sig samfundsudviklingen.

Den grundlæggende juridiske problemstilling vedrører spørgsmålet om, hvordan man udformer et retsgrundlag, der yder en effektiv investeringsbeskyttelse samtidig med, at man sikrer et råderum for staten til at foretage nye politiske prioriteringer.

Det traktatbaserede investeringsbeskyttelsesregime

Traktater til beskyttelse af udenlandsk investeringer har været forhandlet mellem stater i mere end 50 år. Danmark har underskrevet 55 bilaterale investeringsbeskyttelsesaftaler (BITs) og 64 øvrige aftaler, der typisk er af multilateral karakter med EU som traktatpart, hvor investeringsbeskyttelse indgår som et led i en større og bredere økonomisk aftale. Til sammenligning har Sverige underskrevet 69 BITs og 64 øvrige aftaler. Norge, der står uden for EU, har underskrevet 15 BITs og har derudover indgået 28 øvrige aftaler om investeringsbeskyttelse.¹ Tyskland har underskrevet hele 135 BITs, Storbritannien 106 BITs og Holland 95 BITs, og alle tre lande indgår desuden i 64 øvrige aftaler. På verdensplan er det blevet til mere end 3.000 investeringsbeskyttelsesaftaler. Trods det betydelige antal aftaler er aftalerne i vid udstrækning enslydende. Typisk dækker aftalerne over en toleddet beskyttelse, hvoraf første led omfatter en række materielle beskyttelsesstandarder med påbud og forbud i forhold til behandlingen af udenlandske investorer og deres investeringer, og det andet led giver investoren adgang til effektiv håndhævelse af beskyttelsen.

De materielle beskyttelsesstandarder vedrører beskyttelse mod politisk risici, dvs. risikoen for indgreb, der har negativ indvirkning på (værdien af) investeringen. Denne beskyttelse dækker bl.a. over forpligtelsen til at yde 'fuld beskyttelse og sikkerhed'.² Kerneområdet for denne bestemmelse relaterer sig fysisk skade på investeringen. Der er ikke tale om en objektiv forpligtelse, men en handlepligt for værtsstaten til med rettidig omhu at sikre investeringen. Værtsstaten forpligter sig typisk også til at yde 'rimelig og retfærdig behandling'³ af investorer. I praksis dækker standarden navnlig over et krav om retfærdig proces (due process) og retfærdig rettergang (forbud mod denial of justice). En tredje central beskyttelsesstandard er kravet om erstatning for ekspropriation eller indgreb, 'der har karakter af ekspropriation' (indirekte ekspropriation).⁴ Sidstnævnte udgør i praksis en stor del af sagerne. Endelig indeholder investeringsaftaler typisk et forbud mod diskrimination og en ret til frit at kunne overføre midler til værtsstaten i forbindelse med investeringens etablering, vedligeholdelse mv. samt til at udføre afkast eller surrogater i form af f.eks. salgsprovenu.⁵

I tillæg til den materielle beskyttelse indeholder investeringsbeskyttelsesaftalerne typisk en processuel beskyttelse i form af en effektiv adgang til at håndhæve beskyttelsen i et neutralt forum uden for værtsstaten ved international voldgift kendt som investor-state dispute settlement (ISDS). Voldgiftsretten træffer afgørelse i fortrolighed, og afgørelsen er bindende for parterne og uden appeladgang.⁶

Den traktatbaseret investeringsbeskyttelse medfører, at fortolkningen af traktaterne følger de folkeretlige regler herom. Det primære juridiske instrument til fortolkning af traktater er Wienerkonventionen om traktatretten, hvor den almindelige fortolkningsregel i artikel 31, stk. 1, tilsiger, at en "traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål." Staternes fælles hensigt og formål med traktaten udtrykkes typisk i traktatens præambel, der derved angiver retningen for fortolkningen af de materielle beskyttelsesstandarder. Herudover følger det af artikel 31, stk. 3 litra c, at investeringsbeskyttelsesaftalen skal fortolkes under hensyntagen til staternes øvrige folkeretlige forpligtelser som eksempelvis internationale klimakonventioner, ILO-konventioner eller menneskerettigheder i øvrigt.⁷

Med Lisabon-traktatens ikrafttræden har EU overtaget kompetencen til at forhandle investeringsbeskyttelse fremadrettet.⁸ Danmark kan principielt stadig anmode Kommissionen om tilladelse til at forhandle nye aftaler med lande, hvor EU ikke har intentioner om at indgå forhandlinger. I praksis sætter EU imidlertid nu standarden for de danske aftaler fremadrettet, da det reelt er vanskeligt for Danmark ikke at lægge sig tæt op af de standarder, der formuleres i EU-regi.

Formålet med traktatregimet – fra stabilitet til fleksibilitet

Siden den første BIT blev indgået mellem Tyskland og Pakistan i 1959, har traktatregimet nærmest uden undtagelse været baseret på et formål om økonomisk udvikling. Størstedelen af de aftaler, der forhandles i dag, ligner fortsat de aftaler, der blev forhandlet dengang. Et stigende antal lande genovervejer nu deres investeringspolitik. Ifølge FN's Organisation for Handel og Udvikling (UNCTAD) er mere end 50 lande i verden i en sådan proces, hvor mange reviderer deres modelaftale for forhandling af investeringsbeskyttelsesaftaler. Når traktatbeskyttelsesregimet nu genovervejes af en række lande, skyldes

NOTE 1 De fleste investeringsbeskyttelsesaftaler kan findes i UNCTADs database, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

NOTE 2 Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Kuwait, artikel 3, stk. 1.

NOTE 3 Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Egypten, artikel 3, stk. 1.

NOTE 4 Se f.eks. aftalen mellem Danmark og Kina, artikel 4, stk. 1.

NOTE 5 Spiermann, Juristen, 325-340.

NOTE 6 Schiersing, 2000, s. 277.

NOTE 7 Se bekendtgørelse af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten.

NOTE 8 Dolzer og Schreuer, 2012, s. 11.

det staternes stigende ønske om at varetage et mere langsigtet formål med traktaterne. Formålet med indgåelse af investeringsbeskyttelsesaftaler har for mange lande ændret karakter fra 'økonomisk udvikling' til 'bæredygtig udvikling'.⁹ Begrebet bæredygtighed eller bæredygtig udvikling defineres typisk med henvisning til social udvikling og miljøbeskyttelse i tillæg til den økonomiske udvikling.¹⁰

I forhandlingen af investeringsbeskyttelsesaftaler har et stigende antal referencer til bæredygtighed de seneste år fundet vej til aftalerne. Det gælder både i præamblerne, der sætter rammen om fortolkningen af aftalen, og i de materielle bestemmelser. For eksempel fremhæves det i aftalen mellem EU og Canada (CETA), der blev færdigforhandlet i august 2014, at parterne med aftalen tiltræder et fælles ønske om 'at fremme bæredygtighed og bæredygtig udvikling af den internationale handel på en sådan måde, at den bidrager til en bæredygtig udvikling både i dens økonomiske, sociale og miljømæssige dimensioner'. Derudover kan bæredygtighed indgå i form af referencer til andre ikke-økonomiske policy-hensyn såsom referencer til miljø, sundhed, arbejdstagerstandarder eller menneskerettigheder. For at fremme formålet om bæredygtig udvikling i relation til udenlandske investeringer har staterne behov for fleksibilitet til at varetage de ikke-økonomiske hensyn. Varetagelsen af sådanne hensyn kan typisk ske gennem regulering såsom miljø- og sundhedsregulering. Formålet med investeringsbeskyttelsesaftalerne har derved gradvist ændret karakter fra at varetage hensynet til stabilitet til at have et langt større fokus på hensynet til fleksibilitet.

Stabilitet og fleksibilitet i investeringstvister

ISDS-mekanismen giver investorerne adgang til at indlede en sag mod stater ved en voldgiftsret, hvis de bliver mødt med krav, der har negativ indvirkning på (værdien af) investeringen. Det kan eksempelvis være tilfældet, hvis virksomhedsudøvelsen er truet af lokale krav til sundhed og sikkerhed eller krav til visse arbejdstagerstandarder. Derved har investorer adgang til at teste aftalens fleksibilitet.

Kritikken af ISDS-mekanismen har været tiltagende de seneste år. Et centralt kritikpunkt lyder, at investeringsbeskyttelsesaftalerne begrænser stateres 'ret til at regulere'. Når man taler om værtsstatens ret til at regulere, dvs. muligheden for at ændre de vilkår, der gør sig gældende for et længerevarende investeringsprojekt, er det nødvendigt at præcisere, at der ikke ud fra et retligt perspektiv er tvivl om, at en stat til hver en tid kan regulere. Dette følger af stateres suverænitetsret i den almin-

delige folkeret. Begrebet 'ret til at regulere' er derfor i sig selv misvisende. En voldgiftsret etableret i medfør af den traktatbaserede investeringsbeskyttelsesaftale har ikke kompetence til at annullere eller tilbagekalde regulering. Det centrale spørgsmål er derfor ikke, om staten kan regulere, men derimod hvorvidt staten skal betale erstatning for at ændre vilkårene for virksomhedsudøvelsen. Svaret på dette spørgsmål beror altid på en konkret vurdering. Her opstår imidlertid den helt centrale retlige problemstilling i relation til ISDS-mekanismen. Faktum er, at der er uklarhed omkring, hvilke kriterier der skal lægges til grund, når voldgiftsdommerne skal foretage vurderingen af, om et indgreb udløser erstatning. Når voldgiftsdommerne eksempelvis skal vurdere, om et indgreb strider med kravet om rimelig og retfærdig behandling eller udgør indirekte ekspropriation, er det uklart, hvilken betydning voldgiftsdommerne skal tillægge værtsstatens formål med indgrebet. I de fleste sager tillægges indgrebets effekt alene vægt.¹¹

En anden og mere afbalanceret tilgang til fortolkningen af de materielle beskyttelsesstandarder har imidlertid også fundet plads i voldgiftspraksis.¹² Her har voldgiftsdommerne foretaget en proportionalitetsafvejning mellem effekten og det forfulgte formål. Som en del af denne afvejning indgår deslige spørgsmålet om nødvendigheden af indgrebet, og hvorvidt indgrebet må anses som et egnet middel til at opnå det forfulgte formål. Ud fra dette synspunkt kan den offentlige interesse indgå i vurderingen af, om der er tale om et erstatningspådragende indgreb.¹³ Med denne tilgang gives der principielt en større mulighed for at varetage hensynet til fleksibilitet.

Eklatante søgsmål har bidraget til kritikken mod investeringsbeskyttelsesregimet. Kontroversielt for disse sager er, at investoren via ISDS-mekanismen har søgt at teste aftalens fleksibilitet i forhold til mere generelle regulatoriske indgreb. Eksempelvis har det svenske energiselskab, Vattenfall, indledt en sag mod Tyskland for brud på investeringskapitlet i Energi Charter Traktaten. I kølvandet på Fukushima-ulykken i Japan besluttede den tyske regering at udfase atomenergiprogrammet tidligere end planlagt, hvilket af Vattenfall anses for at være et erstatningspådragende brud på investeringsbeskyttelsesaftalen. Andre kontroversielle søgsmål er indledt af tobaksselskabet Philip Morris mod Australien og Uruguay for krænkelse af deres immaterielle rettigheder, idet en ny politisk kurs forhindrer virksomheden i at fremvise deres logo på cigaretpakkerne.¹⁴ Sagerne har fået stor opmærksomhed, idet de synliggør, at den traktatbaserede investeringsbeskyttelse kan have negativ indvirkning på stateres ret til at regulere, når staten risikerer at skulle svare investo-

NOTE 9 Cordonier Segger og Kent i Cordonier Segger, Gehring og Newcombe 2011, s. 771-792.

NOTE 10 Rapport of the World Commission on Environment and Development, 'Our Common Future', (Brundtland-rapporten), 1987.

NOTE 11 Se f.eks. *Metalclad v. Mexico*, kendelse af 30. august 2000.

NOTE 12 Se f.eks. *Methanex v. USA*, endelig kendelse af 3. august 2005.

NOTE 13 Dolzer og Schreuer, 2012, s. 112-115.

NOTE 14 Mouyal, 2014, s. 34-38.

rer erstatning for en legitim regulering til fremme af miljø og sundhed. Samtidig illustrerer disse aktuelle søgsmål spændingsfeltet mellem stabilitet og fleksibilitet. I praksis løses stabilitet-fleksibilitetsdilemmaet nu af voldgiftsdommerne ad hoc, når de konkrete sager opstår og ikke af staterne på baggrund af grundlæggende overvejelser om denne balance.

Stabilitet og fleksibilitet i TTIP

Selv om Danmark i en årrække har forhandlet investeringsbeskyttelsesaftaler, har disse aftaler været genstand for særdeles begrænset opmærksomhed. Investeringsbeskyttelsesaftalerne er først for alvor kommet på dagsordenen i Danmark i forbindelse med forhandlingerne mellem EU og USA om en større handels- og investeringsaftale, *the Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP).

Baggrunden for forhandlingen er et fælles ønske om øget harmonisering af lovgivningen. En række EU-medlemsstater har udtrykt bekymring for, hvorledes aftalen sikrer medlemsstaternes ret til at regulere, når medlemsstaternes regulering testes via ISDS uden for statens eget domstolssystem. Det er imidlertid fejlagtigt at tro, at retten til at regulere alene er Europas kæphest, idet hensynet til at sikre fleksibiliteten i investeringsbeskyttelsesaftaler faktisk opstod på den anden side af Atlanten, længe før vi i Europa gjorde os disse overvejelser.

Da USA og Canada i 1994 indgik den Nordamerikanske Frihandelsaftale (NAFTA) med Mexico var hensigten at sikre amerikanske og canadiske investorer rettigheder, således at disse kunne håndhæves uden om de mexicanske domstole, men da søgsmålene pludselig blev indledt af canadiske investorer mod USA og vice versa blev aftalens reciprocitet til virkelighed. Det havde konsekvenser for forhandlingen af investeringsbeskyttelsesaftaler for USA og Canada fremadrettet. Da USA i 2004 stod klar med en ny modelaftale til forhandling af investeringsbeskyttelse, var det en aftalemodel, som i langt videre omfang end europæiske modelaftaler på det tidspunkt beskyttede statens råderum til at indføre regulering på området for sundhed, sikkerhed og miljø, der kun undtagelsesvist skulle udløse erstatning.¹⁶ I 2012 kom USA igen på banen med en ny modelaftale, som var et resultat af en mere end tre år lang proces, der inkluderede en bred vifte af aktører, herunder virksomheder, NGO'er og akademikere. Den lange proces vidner både om en markant offentlig interesse i emnet og en betydelig velvilje fra amerikansk side til at sikre en bedre balance mellem stabilitet og fleksibilitet og derved fremtidige aftalers demokratiske legitimitet.

ITTTIP søges stabilitet-fleksibilitets dilemmaet løst både via en præcisering af de materielle beskyttelsesstandarder og statens ret til at regulere men også via etableringen af en forbedret tvistbilæggelsesmekanisme. I det følgende fokuseres på forslaget til traktatens artikel 2 i kapitlet om investeringsbeskyttelse, *Investment and regulatory measures/objectives*. Kommissionen har offentliggjort et forslag til teksten til kapitlet om investeringsbeskyttelse i TTIP. Teksten udgør ikke et forhandlingsforslag til USA, men den er derimod en intern tekst, der nu diskuteres blandt medlemslandene.¹⁷ I teksten adresseres balancen mellem stabilitet og fleksibilitet i artikel 2, der bærer overskriften *"Investment and regulatory measures/objectives."* At problemstillingen adresseres i en selvstændig og generel bestemmelse er nyt og kan anses for en anerkendelse af problemstillingens grundlæggende karakter.

Bestemmelsen angiver i første led: *"The provisions of this section shall not affect the right of the Parties to regulate within their territories through measures necessary to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, environment or public morals, social or consumer protection or promotion and protection of cultural diversity."* Ud fra en ordlydsfortolkning stadfæster bestemmelsen staternes generelle ret til at regulere, som det følger af folkeretten. Man kan dog stille spørgsmål ved, om hensigten med bestemmelsen alene tjener en kodificering af folkeretten. Henset til staternes ønske om at præcisere og begrænse erstatningsansvar for generel regulering må man snarere antage, at bestemmelsen tjener et yderligere formål. Hvis bestemmelsen skal forstås i tillæg til den almindelige folkeret, kan man slutte, at bestemmelsen snarere er rettet mod spørgsmålet om, hvorvidt regulering skal udløse erstatning. Man kan derved anføre, at bestemmelsen etablerer 'en særlig form for anerkendelse' af visse typer regulering. I den forbindelse nævnes regulering til bl.a. at fremme hensyn til offentlige sundhed, sikkerhed, miljø mv. Listen over regulering, der forfølger særligt beskyttelsesværdige formål, er ikke udtømmende. Hertil kommer, at reguleringen ikke alene qua dens formål kan anses for 'særlig anerkendelsesværdig'. I tillæg hertil kræves der, at reguleringen opfylder nødvendighedskriteriet, som er et kriterium, der hentes fra praksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Derved giver bestemmelsen intet *carte blanche* for f.eks. sundheds- eller miljøregulering, men for regulering, der forfølger de nævnte offentlige formål, etableres denne 'særlige form for anerkendelse.' Anses et eventuelt regulatorisk indgreb som omfattet af denne 'særlige form for anerkendelse', opstår dernæst spørgsmål om retsvirkningerne heraf.

NOTE 15 *Ethyl Corporation v. Canada*, jurisdiktionskendelse, 24. juni 1998; *S.D. Myers v. Canada*, kendelse 13. november 2000; *Methanex Corporation v. USA*, 3. august 2005.

NOTE 16 Heindl, 2006.

NOTE 17 Teksten kan findes på, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/documents/inta/dv/tradoc_153807/tradoc_153807en.pdf.

Bestemmelsen kan næppe udstrækkes til selvstændigt at fritage værtsstaten for ansvar for brud på enhver af de materielle beskyttelsesstandarder, som er indeholdt i aftalen. Snarere må bestemmelsen forstås som en etablering af en *formodningsregel*, hvorved generel regulering, der forfølge legitime offentlige formål og samtidig er nødvendig, som udgangspunkt skal anses for at være kompensationsfri. Investoren kan således ikke generelt forvente, at værtsstaten ikke vil regulere. I tillæg hertil kan investoren ej heller forvente, at en sådan regulering ikke vil have en negativ indvirkning på investeringens værdi. Bestemmelsens stk. 2 understøtter en sådan fortolkning, idet det angives: *”For greater certainty, the provisions of this section shall not be interpreted as a commitment from a Party that it will not change the legal and regulatory framework, including in a manner that may negatively affect the operation of covered investments or the investor’s expectations of profits.”*

Den praktiske virkning af en sådan formodningsregel er, at der vendes op og ned på det almindelige udgangspunkt for bevisbyrden. Investeringsbeskyttelsesaftalerne giver investorer ret til at indlede søgsmål mod værtsstaten. Omvendt kan en stat ikke indlede søgsmål mod en investor qua en sådan aftale. Det er derved investoren, der indleder sagen og skal bevise, at statens indgreb udgør et brud på en materiel bestemmelse indeholdt i traktaten. Her er det så, at bestemmelsen i artikel 2 finder anvendelse i forhold til de indgreb, der er begrundet i generel regulering, der forfølger et legitimt offentligt formål og er nødvendige. I sager vedrørende denne form for regulatoriske indgreb må man efter artikel 2 formode, at det regulatoriske indgreb er kompensationsfrit. Undtagelsen hertil er de tilfælde, hvor den konkrete investor har fået *en yderligere garanti*.

Man kan diskutere, om en sådan yderligere garanti både kan foreligge eksplicit f.eks. i kontraktform og implicit f.eks. ved mere indirekte former for tilkendegivelser via mundtlige tilsagn eller i andre erklæringer. Man kunne eksempelvis forestille sig, at personer, hvis handlinger kan tilregnes staten, såsom ministre i en offentlig tale eller i et avisinterview udtrykker sig i vendinger, der kumulativt kan generere en form for implicit garanti vis-a-vis en konkret investor. Det må dog anses for ganske vanskeligt at påvise, at en sådan garanti er givet implicit. Dette vanskeliggøres yderligere, såfremt artikel 7 i TTIP opretholdes. Det følger af artikel 7, at *”[w]here a Party [...] has entered into any contractual written commitment with investors of the other Party or with their covered investments, that Party shall not, either itself or through any such entity breach the said commitment through the exercise of governmental authority”*. Henset til denne bestemmelse kan regulatoriske indgreb som udgangspunkt ikke begrunde kontraktbrud.

Retsvirkningerne af ’den særlige anerkendelse’, som medgives visse typer af generel regulering i medfør af artikel 2, er således af bevisbyrdemæssig karakter. Bestemmelsen bliver derved aktuel, når en konkret tvist opstår. Hertil kommer, at bestemmelsen også kan aktualiseres forinden, idet den måske vil afholde investorer fra at indlede visse søgsmål. En tilsvarende bestemmelse findes ikke i den seneste investeringsbeskyttelsesaftale,

som EU forhandlede færdig med Canada i august 2014, *the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Man kan derved sige, at der i EU-regi er sket en udvikling i retning af en mere generel anerkendelse af stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet.

Man kan konkludere, at udkastet til ordlyden til artikel 2 indeholder både en politisk og en retlig dimension af stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet. Politisk set har EU Kommission taget et yderligere skridt i retning af konsensus omkring anerkendelsen af stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet. Bestemmelsen har dog også en retlig dimension. Dels er bestemmelsen placeret som en bestemmelse i den materielle del af aftalen. Bestemmelsen er derfor ikke blot en politisk programerklæring. Bestemmelsen kan fortolkes som en bestemmelse, der etablerer en formodningsregel, hvorved den aktualiseres ved en eventuel investeringstvist om brud på de øvrige materielle beskyttelsesstandarder indeholdt i traktaten.

Konklusion og perspektivering

I takt med, at formålet med indgåelsen af investeringsbeskyttelsesaftalerne udstrækkes fra økonomisk udvikling til bæredygtig udvikling, åbnes der op for et større behov for, at aftalerne ikke alene adresserer behovet for stabilitet, men at de også adresserer behovet for fleksibilitet. Det grundlæggende problem opstår som følge af fundamentale uklarheder i det retlige grundlag, men det sættes på spidsen, når en investeringstvist opstår. Hvis ikke voldgiftsdommerne skal overlades vide skønsmæssige beføjelser til at foretage denne balancering mellem stabilitet og fleksibilitet, er der behov for, at spændingsfeltet adresseres i aftalen.

I EU-regi forsøger man nu at tage hånd om stabilitet-fleksibilitetsdilemmaet i forhandlingen af TTIP med USA. I den forbindelse kan artikel 2 i Kommissionens udkast vise sig at blive en central bestemmelse. Oprindeligt var det planen, at TTIP-aftalen skulle være færdigforhandlet i 2017. Det er imidlertid uklart, om investeringskapitlet kan færdigforhandles. En central udfordring bliver i den henseende navnlig EU Kommissionens forslag til en forbedret tvistbilægelsesmekanisme. I alle tilfælde bliver det interessant at se, om man internt i EU kan opnå konsensus omkring stabilitets-fleksibilitetsdilemmaet. Kan der ligeledes opnås konsensus herom med USA, kan TTIP potentielt have vidtrækkende implikationer for forhandlingen af kommende EU-aftaler med f.eks. Kina og Indien.

Litteratur

CORDONIER SEGGER M-C & KENT A., 2011, Promoting Sustainable Investment through International Law, in CORDONIER SEGGER M-C, GEHRING M. W. & NEWCOMBE A., Sustainable Development in World Investment Law, *Wolters Kluwer*, 771-792.

HEINDL J., 2006, Toward a History of NAFTA's Chapter Eleven, *Berkeley Journal of International Law*, 24, 2.

MOUYAL L.W., 2014 Politiske beslutninger i international voldgift - om voldgift i såkaldt investor-state dispute settlement (ISDS), *Juristen*, 1, 30-39.

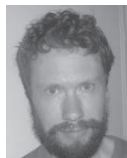
SALACUSE J.W., 2013, The Three Laws of International Investment, *Oxford University Press*.

SCHIERSING N., 2000, Om retlig beskyttelse af investeringer i udlandet – en introduktion, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 277.

SPIERMANN O., 2003, International voldgift under Danmarks bilaterale investeringsoverenskomster", *Juristen*, 9, 325-340.

DOLZER R. & SCHREUER C., 2012, Principles of International Investment Law, *Oxford University Press*.

Tre problemer i debatten om EU's demokratiske underskud¹



MADS DAGNIS JENSEN

Lektor, Institut for Samfundsvidenskab og Erhverv
Roskilde Universitet,
Email: mcjensen@ruc.dk

Indledning

Hvor demokratisk er Den Europæiske Union (EU) egentlig? Dette spørgsmål har ligget højt på både den akademiske og den politiske dagsorden i mere end tre årtier (Marquand 1979; Featherstone 1994; Meny 2002, for en oversigt se Lord 1998; Zweifel 2002 Chrysochoou 2007). Alligevel er der langt fra enighed både i forhold til spørgsmålet om, i hvilket omfang EU lider af et såkaldt "demokratisk underskud", og hvori det konkret består. Begrebet "demokratisk underskud" er blevet afgrænset på mange forskellige måder, men en minimumsdefinition er, at medlemsstaterne oplever et tab af demokrati ved at overføre beføjelser til EU, som ikke bliver tilstrækkeligt kompenseret gennem demokratiske mekanismer på europæisk og/eller nationalt niveau (Dahl 1994; Scharpf 1998).

Denne artikel bidrager til debatten ved at adressere tre centrale problemer i den eksisterende litteratur vedrørende det demokratiske underskud og fremsætter nogle konkrete løsninger herpå. Det første problem er, at flere af de eksisterende studier ikke ekspliciterer de målestokke, som de benytter til at måle, i hvilket omfang der er et demokratisk underskud. Det andet problem er, at flere tekster bygger på en falsk retorisk præmis om, at det demokratiske underskud kan diagnosticeres objektivt og behandles ved at rekalkibrere EU-systemet. Det tredje problem som artiklen peger på er, at de eksisterende studier har fokuseret for meget på input-siden af EU-systemet og dermed forsømt problemer på output-siden. Det hævdes, at en af EU's største udfordringer er at levere løsninger og derefter tage patent på de »lovgivningsmæssige produkter« det producerer.

Problem I: Anvendelse af implicitte standarder for demokrati

Hvilke kriterier anvendes i litteraturen til at vurdere EU's demokratiske tilstand? Begrebet "demokratisk underskud" relaterer sig til sprogbrug inden for bogføring, hvor man opstiller

et regnskab over indtægter og udgifter for at få organisationens resultatet in casu EU. Dette er dog en vanskelig øvelse, når det kommer til demokrati, fordi der skal udvikles en konteringsplan for, hvilke egenskaber ved det politiske system, der betragtes som henholdsvis et 'demokratisk plus' eller et 'demokratisk minus', og hvor meget disse tæller i den ene eller anden retning. Man kan udvikle sådan en konteringsplan på tre måder: 1.) Man kan benytte ideelle standarder afledt fra demokratiteori; 2.) man kan bruge virkelige standarder fra eksisterende demokratiske systemer, eller 3.) man kan kombinere de to (Meny 2002). Som Majone korrekt påpeger, er konteringsplanen afgørende for, hvilket resultat man kommer frem til vedr. det politiske systems demokratiske tilstand, da 'det er et spørgsmål om standarder' (Majone 1998: se også Majone 2005, 2006). En gennemgang af litteraturen vedrørende det demokratiske underskud viser, at de standarder, der anvendes til at evaluere EU ofte er implicitte snarere end eksplicite, hvilket udgør en hindring for en frugtbar debat mellem forskellige positioner i feltet og fører til de hidtil meget forskellige vurderinger, der kan observeres i litteraturen vedr. EU's demokratiske tilstand. Ikke desto mindre er det muligt at afdække de implicitte demokratiske standarder, der anvendes i forskellige artikler. Dette kan gøres ved at begynde med resultatet og derefter bevæge sig bagud i ræsonnementerne for at afdække de underliggende præmisser, som konteringsplanen bygger på.

Den eksisterende litteratur vedr. det demokratiske underskud kan opdeles i tre grove hovedgrupper. Den første gruppe kommer frem til, at det ikke er et demokratisk underskud i EU (Majone 1998, 2006; Zweifel 2002; Moravcsik 2002). Den anden gruppe af studier fremfører, at det omvendte er tilfældet, dvs., at der eksisterer et såkaldt demokratisk underskud i EU (Lord 1998; Siedentop 2000; Føllesdal & Hix 2005; Hix 2008). Endelig er der en tredje gruppe studier, som udgivet i det seneste årti, der fokuserer på, hvordan man kan undslippe

NOTE 1 Denne artikel bygger på og videreudvikler argumenterne i Bang, H., Jensen, M.D. and Nedergaard, P., 2015. 'We the People' versus 'We the Heads of States': the debate on the democratic deficit of the European Union. *Policy Studies*, 36(2), pp.196-216.

den foregående dikotomi og forbedre demokratiet i EU (Cheneval og Schimmelfennig 2013).

Kigger vi på gruppen af litteratur, der hævder, at der ikke er noget demokratisk underskud, kan man skelne mellem forskellige argumentationskæder, hvorigennem dette resultat nås. En argumentationskæde understreger, at ved at sammenligne demokratiet i EU med demokratiet i andre demokratiske politiske systemer finder man, at EU ikke er mindre demokratisk end disse. Forskere har nået frem til dette resultat ved hjælp af både kvantitative og kvalitative data. Kvalitativt tilbageviser Moravcsik (2002) forskellige prominente argumenter om det demokratiske underskud i EU. Baseret på analogier i forhold til eksisterende etablerede demokratier påpeger han, 1.) at EU er begrænset af forfatningsmæssige kontrolinstanser og magtdeling; 2.) at det har et begrænset politisk mandat, defineret i traktaterne; 3.) at det er underlagt økonomiske begrænsninger, da det ikke uden videre selv kan opkræve skatter, 4.) at det i mange tilfælde kræver mere end et simpelt flertal at vedtage noget, og 5.) at magten er spredt mellem mange institutioner og aktører (s.603). Kvantitativt kommer Zweifel (2002) frem til, at "EU ikke lider af et demokratisk underskud, der er betydeligt større end i andre liberale demokratier" (s.834). Denne konklusion bygger på en sammenligning af EU med USA og Schweiz på syv anerkendte indikatorer for demokrati. Et potentielt problem for både Moravcsik og Zweifel er, at de ved at anvende eksisterende demokratier som målestok risikerer at overse demokratiske problemer, hvis de også er til stede i referencekategorierne.

Den anden argumentationskæde er repræsenteret ved Majone (1998, 2005, 2006), der argumenterer for, at der er behov for at ændre standarderne, som EU bedømmes på baggrund af, og hvis man gør det, kan det konstateres, at EU legitimeres gennem sin evne til at løse fælles problemer. Majone argumenterer for, at EU skal opfattes som et regulativt system og skal derfor ikke vurderes i henhold til liberale standarder for demokrati (Majone 1994, 1996).

Vender vi blikket mod gruppen af studier, der argumenterer for, at der eksisterer et demokratisk underskud kan disse sorteres efter deres identifikation af symptomer, diagnoser og behandlinger. Lords bog fra 1998 *Democracy in the European Union* er et tidligt forsøg på at foretage en omfattende evaluering af EU's demokratiske situation i forhold til fire centrale dimensioner: Autorisation, repræsentation, ansvarlighed og identitet. Lord argumenterer for, at et demokratisk underskud eksisterer af kombinationen af den mellemstatslige og overstatslige tilgang til at demokratisere EU. Selv om bogen ikke leverer en klar recept til at løse denne indbyggede spænding i samarbejdet, antyder den dog, at der er behov for at skabe en demokratisk identitet i EU, hvilket bør ske gennem transnationale deliberative processer (s.132).

I sin bog fra 2000 påpeger Siedentop, at der er en ubalance i EU's politiske system, som favoriserer økonomi og ikke i tilstrækkelig grad tager andre hensyn såsom statsborgerskab,

identitet og repræsentation. Desuden hævder han, at integrationsprocessen har udviklet sig for hurtigt, så der er kommet en kløft mellem eliterne og befolkningerne, hvilket har åbnet et vindue for det ekstreme højre. For at adressere disse problemer argumenterer Siedentop for, at der er behov for en forfatning for EU, der fastsætter samarbejdets mål og definerer grænserne for dets beføjelser og for medlemsstaternes ditto.

Føllesdal og Hix giver i deres artikel fra 2006 en replik i forhold til Moravcsiks og Majones positioner ved at argumentere for, 'hvorfor der er et demokratisk underskud i EU'. Grundessensen af deres diagnose er, at EU er udemokratisk, fordi mange af dets politikker har betydelige fordelingsmæssige konsekvenser, men at der i den politiske proces er begrænsede muligheder for at anfægte disse. Derfor foreslår de, at det demokratiske underskud skal behandles ved at udvikle mekanismer, der kan generere 'anfægtelse' i EU ved f.eks. at lade borgerne eller de nationale parlamenter vælge formanden for Kommissionen (Føllesdal og Hix 2006 554). Denne analyse er blevet yderligere udviklet af Hix i hans bog *What's wrong with the European Union & how to fix it* fra 2008, hvor han leverer en detaljeret empirisk undersøgelse af EU's problemer og foreslår en medicin til, hvordan man kan kurere dem. For Hix er det centrale problem, der skaber et demokratisk underskud, at det er usikkert, om de politikker, som EU producerer, egentlig reflekterer borgernes præferencer. For at styrke forbindelsen mellem borgernes præferencer og de politikker som EU producerer, hævder Hix, at der er behov for 'en kamp om kontrollen med den politiske magt og den politiske dagsorden på europæisk plan, mellem rivaliserende grupper af politikere med rivaliserende politiske platforme, hvor vinderne og taberne i denne kamp er klart identificerbare, og hvor vinderne har en rimelig chance for at tabe og taberne har en rimelige chance for at vinde ved næste valg' (s.85).

Endelig er der en tredje gruppe af studier, der forsøger at bringe debatten videre ved at udvikle et sæt nye principper for demokrati i EU. Francis Cheneval og Frank Schimmelfennig (2013) er repræsentanter for denne 'tredje vej', som i samarbejde med andre forskere advokerer for at fokusere på "demoi-kрати" i EU frem for demokrati ved at skifte fokus fra demos, dvs. ét folk, til demoi, dvs. flere folk, som indgår i et fælles styre. Mere specifikt udvikler de fire principper for, hvordan forskellige folk kan samarbejde i et liberalt styringssystem (ss.343-346). Det første princip lægger vægt på, at repræsentanterne fra staterne har veto og bestemmer de grundlæggende spilleregler i styringssystemet. Det andet princip vedrører ikke-diskrimination af staternes befuldmægtigede og befolkningerne. Det tredje princip tilsiger, at der skal være lige adgang til lovgivningsprocessen for både staternes befuldmægtigede og befolkningerne. Det fjerde princip fremhæver, at den multinationale lov skal have forrang, men at laveliggende juridiske enheder skal deltage i skabelsen af retspraksis. Målt i forhold til disse fire principper lever EU's styringssystem stort set op til dem på europæisk niveau, mens der er problemer og variation på det nationale niveau. Med andre ord opstår der et demokratisk underskud i medlemsstaterne frem for i EU-systemet

som følge af forskellige ratifikationsprocedurer vedr. traktaters, ujævne og ofte mangelfulde implementering, forskellig inddragelse af nationale parlamenter og forskellige roller som nationale domstole udøver i forhold til forfatningskontrol.

Ved første øjekast synes litteraturgennemgangen at modbevise påstanden fremsat i begyndelsen af denne artikel om, at de målestokke, der anvendes til at evaluere EU's demokratiske tilstand er implicite. De artikler, der argumenterer imod tanken om et demokratisk underskud, benytter sig enten af eksisterende demokratier som målestokke eller post-parlamentariske standarder. I modsætning hertil bygger studier, som når til den modsatte konklusion, på kriterier for liberale demokratier, hvor

borgerne skal have mulighed for at formulere og tilkendegive deres præferencer og få dem afvejet i politikdannelsesprocessen (Dahl 1973). Endelig bygger den tredje 'demoikrati' vej på en kombination af liberale og post-parlamentariske standarder. Men under disse synlige referencekategorier er der i alle teksterne også en mindre synlig forståelse af demokrati, der i høj grad er bestemmende for diagnosen og den eventuelle medicin. Disse skjulte demokratiske standarder spiller sammen med forskellige demokratimodeller, som er opsummeret i tabel 1, hvor det også fremgår hvilke 'underskud', der opstår, når den sammenholdes i forhold til EU. Som altid når man arbejder med oversigter og idealtyper, er det vigtigt at huske på, at disse er abstraktioner, som aldrig forekommer i den rene form i virkeligheden.

Tabel 1. Forskellige demokratimodeller

Model	Beskrivelse	Uoverensstemmelse med EU
Parlamentarisk	System, hvori parlamentet er hjertet i den politiske proces, og som lægger vægt på flertallets evne til at sætte deres vilje igennem.	Den parlamentariske forsamling er for svag, og det er for vanskeligt for flertallet at bestemme på grund af myriader af forskellige institutionelle og stemmemæssige balancer. Det er også vanskeligt at identificere, hvem der bestemmer.
Konsociational	System, der forener forskellige enheder igennem brede koalitioner, proportional og territorial repræsentation, herunder forfatningsgaranteret veto og autonomi samt minoritetsbeskyttelse.	På langt de fleste dimensioner passer modellen, men den ujævne medvirken på nationalt niveau udfordrer sammenhængskraften.
Republikansk	System, der bygger på offentlig engagement i politikdannelsesprocessen, men også magtspredning for at forhindre at grupper eller enkeltindivider dominerer processen.	Der mangler grundlæggende offentlig engagement i politikdannelsesprocessen.
Deliberative	System, der lægger vægt på deliberation, hvor de bedre argumenter bliver bestemmende i politikdannelsesprocessen, frem for flertalsafgørelser.	Selv om EU i mange tilfælde indfrier deliberative principper, træffes mange beslutninger også igennem flertalsafgørelser.
Føderal	System, der samler folket og skaber en fælles identitet, men samtidigt efterlader en delvis autonomi til de regionale enheder i politikdannelsesprocessen.	Der er grundlæggende mangel på en fælles identitet, der kan legitimere fælles beslutninger. Kompetencefordelingen mellem det føderale niveau og staterne er også uklar.
Konføderal	System, der samler stater uden at skabe en fælles identitet og opgivelse af suverænitet i politikdannelsesprocessen.	Staterne har opgivet for meget suverænitet i politikdannelsesprocessen og kan påtvinges beslutninger, som de ikke er enige i.

I det følgende blotlægges de skjulte standarder i teksterne i kronologisk rækkefølge. Moravcsik vurderer EU i forhold til elementerne i en republikansk model jf. tabel 1, som lægger særligt vægt på magtdeling, hvor magten bør spredes for at forhindre tyranni, og hvor konsensus derfor er en nødvendighed for at træffe fælles beslutninger. Imidlertid indeholder hans målestok for demokrati ikke det andet element, som er knyttet til den republikanske model, der lægger vægt på offentligt engagement i demokratiske processer, hvor det kræves, at borgerne udtrykker deres præferencer. I Zeiffels undersøgelse er der ingen skjulte antagelser om demokrati, da han tager de facto-anvendelsen af USA's kvasi-føderale system og Schweiz' konsociationale system som sine referencekategorier. De to systemer er dog ikke uproblematisk referencekategorier, da de ikke er repræsentative for de fleste liberale demokratier. Majone passer delvist ind i den republikanske model, da han opfatter EU som et regulativt system, der er tildelt specifikke opgaver og i udførelsen heraf er afhængig af ekspertise, proceduremæssig rationalitet, gennemsigtighed og ansvarlighed, hvilket giver det legitimitet (Majone 1998: 28). I modsætning til Moravcsik, påpeger Majone, at offentligt engagement ikke er nødvendigt for, at EU er legitimt.

Lord (1998) er i opposition til Majones (1998) post-demokratiske forståelse af demokrati, da han i stedet bygger på en deliberative model, hvor borgernes engagement i offentlige anliggender er hjørnestenen. Selv om Siedentop (2000) indeholder lignede overvejelser er den underliggende målestok mere på linje med den føderale model, da han understreger behovet for en klar afgrænsning af kompetencerne mellem det overnationale og det nationale niveau samt en klar definition af det politiske systems grundlæggende værdier og kompetencer. Føllesdal og Hix (2006) og Hix (2008) bygger deres argumenter på den parlamentariske forståelse af demokrati, som lægger stor vægt på borgernes mulighed for at vælge den siddende regering og derved udtrykke deres præferencer igennem direkte valg. Selv om Cheneval og Schimmelfennig (2013) forsøger at udvikle nye principper, virker de stærkt inspireret af konsociationale model i deres fokus på både stater og de individuelle befolkninger, herunder tankerne om ikke-diskrimination og repræsentation.

De forskellige studier er opsummeret i tabel 2 i henhold til deres diagnoser af EU's demokratiske tilstand, de eventuelle løsninger og deres underliggende demokratimodeller. Det følger af diskussionen af ovenstående, at debatten om det demokratiske underskud i EU i høj grad er en debat mellem forskellige demokratimodeller. Det næste afsnit udfolder dette argument.

Problem II: Standarderne for demokrati er inkompatible Hvordan skal de demokratiske problemer i EU håndteres?

Det fremgår af det foregående afsnit, at der ikke er én fælles forståelse af, om der er et demokratisk underskud, og hvad det eventuelt omfatter. I stedet eksisterer der forskellige opfattelser af det demokratiske underskud og de potentielle løsninger, der

tilbydes, hvilket er betinget af den underliggende demokratiforståelse. Det demokratiske underskud kan derfor betragtes som, hvad man inden for diskursanalysen kalder en 'tom kategori', der kan indholdsudfyldes af alle, der ikke bryder som om den måde, som EU er indrettet (Meny 2002: 8-9).

I en artikel fra 2002 identificerer Rittberger tre legitimeringstilgange, som forskellige grupper af medlemslande har advokeret for i forhandlinger om styrkelsen af Europa-Parlamentet. Den første er føderalisme-legitimeringstilgangen, ifølge hvilken legitimitet skal sikres gennem et tokammersystem med direkte repræsentation i Europa-Parlamentet og territorial repræsentation i Rådet (Rittberger 2002: 209-210). Den anden er den mellemstatslige-legitimeringstilgangen, der ser medlemslandene som arnestedet for legitimitet og mener, at enhver styrkelse af EU (herunder Europa-Parlamentet) bør ske ved at øge de nationale aktørers kontrolbeføjelser (Ibid). Den tredje tilgang er økonomiske-legitimeringstilgangen, der ikke beskæftiger sig med input legitimitet, men i stedet med output-legitimitet gennem systemets evne til at levere pareto-forbedrende løsninger (Ibid).

Rittberger påviser, at styrkelsen af Europa-Parlamentet kan ses som en række kompromiser mellem de forskellige tilgange (Ibid.). Det er rimeligt at forvente, at de kompromiser mellem de føderale, mellemstatslige og økonomisk legitimeringstilgange ikke kun gælder for Europa-Parlamentet, men har gjort sig gældende for ændringer i hele EU-systemet, der på grund af sin hybride natur kombinerer elementer af alle tre tilgange. Konsekvenserne heraf kan kvalificeres ved at trække på Christopher Lord og Paul Magnette, der hævder, at EU-systemet er 'resultatet af et kompromis mellem mange forskellige visioner om at dette ikke behøves at være dysfunktionelt eller normativt uønsket' (Lord og Magnette 2002: 199). Lord og Magnette overser imidlertid, at ved at gå på kompromis med forskellige visioner, er der ingen, der bliver fuldt tilfredse, og dermed kan alle argumentere for, at EU lider af et demokratisk underskud. Dette kan meget vel være kernen i debatten om det demokratiske underskud.

Der synes at være en tendens i både den akademiske og politiske debat om EU's demokratiske underskud til at bruge det politiske system, man kender godt fra f.eks. ens eget hjemland eller ens fortrukne abstrakte demokratimodel som målestok. Problemet med at gøre det er, at man altid vil finde mangler ved demokratiet i EU på grund af dets hybride natur. At gøre EU mere lig én bestemt type demokratier vil gøre det mindre lig andre typer demokratier. Når for eksempel Zeiffel finder, at EU ikke er mindre demokratisk end USA og Schweiz, overser han, at begge politiske systemer er temmelig fremmede for de fleste europæere, som er vokset op i andre demokratiske politiske systemer.

Diagnosen af EU's demokratiske tilstand udtrykker forskellige forståelser af systemets karakter, og hvordan det bør udvikles. Problemet med flere af vurderingerne i litteraturen er, at de prætenderer, at det demokratiske underskud objektivt kan

Tabel 2. Sammenfatning af de forskellige diagnoser, evt. løsninger og underliggende demokratimodel

Forfatter(e)	Diagnose	Evt. medicin	Demokratimodel
Moravcsik (2002)	Der er intet demokratisk underskud, da EU er stærkt begrænset af mangeartede demokratiske kontrolmekanismer.		Republikansk
Zweifel (2002)	'EU lider ikke af et demokratisk underskud, der er betydeligt større end i de mest liberale demokratier' (p.834).		Føderal / Konsociational
Majone (1998, 2006)	Der er intet demokratisk underskud, fordi EU legitimeres via dets problemløsningskapacitet.		Republikansk
Lord (1998)	Der er et demokratisk underskud på grund af spændingen mellem en mellemstatslig og en overnational demokratiserende tilgang.	Der er behov for en transnational deliberative proces til at definere EUs identitet.	Deliberativ
Siedentop (2000)	Der er et demokratisk underskud på grund af den dobbelte ubalance mellem økonomi vs. identitet og eliten vs. folket i EU.	EU har behov for en forfatning, der definerer grundlæggende mål og kompetencefordelingen mellem EU og medlemsstaterne.	Føderal
Føllesdal og Hix (2006)	Der er et demokratisk underskud, fordi der ikke er nogen, som åbent politisk anfægter de politikker, EU producerer.	Skabe begrænset anfægtelse i politikdannelsesprocessen.	Parlamentarisk
Hix (2008)	Der er et demokratisk underskud, fordi det er usikkert, hvorvidt EU's politikker er i overensstemmelse med borgernes præferencer.	Skabelse af begrænset anfægtelse i EU, hvilket vil give klare vindere og taber.	Parlamentarisk
Cheneval og Frank Schimmelfennig (2013)	Der er et underskud af demokrati, der opstår som følge af forskellige grader af medlemsstaternes deltagelse i EU-samarbejdet.	Behov for at styrke demokratiet i medlemsstaterne i forhold til EU.	Konsociational

diagnosticeres og kureres ved at rekalibrere EU-systemet. Men forfatterne glemmer at tage hensyn til, at de fleste demokratimodeller (abstrakte såvel som konkrete) og legitimeringsstrategier indebærer afvejninger mellem forskellige principper. Et illustrativt eksempel herpå er afvejningen mellem den parlamentariske og den republikanske demokratimodel. Ændrer man EU mere i retning af den parlamentariske model for demokrati ved at politisere samarbejdet som det f.eks. Hix og Føllesdahl (2006) samt Hix (2008) plæderer for, vil det samtidigt reducere de republikanske elementer i EU-systemet. Mere specifikt vil det mindske den konsensusorienterede politiske kultur og styrke konfliktkulturen, hvilket kan sætte gang i uoverskuelige spændinger og konflikter (Bartolini 2006: 30). De seneste års kriser har ledt til en politisering af EU som aldrig før og beslutninger, hvor et flertal har gennemtrumfet deres vilje overfor et mindretal, hvilket har ledt til dybde kløfter i samarbejdet og styrket aktører, som mener, at EU er den primære årsag til kriserne frem for et middel til at løse dem.

Konkret indebærer dette, at hvad nogle opfatter som den rigtige form for medicin, der vil hjælpe til at mindske det demokratiske underskud, opfatter andre som gift, der vil øge de demokratiske problemer i EU. Som følge heraf er det afgørende at fremtidige studier af det demokratiske underskud bliver mere omhyggelige med at klargøre deres eksplicite og implicite demokratiske standarder, hvorfra de vurderer EU og at være opmærksom på, hvilke potentielle omkostninger deres fortrukne løsning har i forhold til andre tilgange til demokrati og legitimitet.

Problem III: EU er et output-system og ikke et input-system

Det foregående afsnit indikerede, at det vil være umuligt nå et demokratisk ligevægtspunkt, som ville tilfredsstille alle de forskellige demokratiske positioner i debatten, men det betyder dog ikke, at vi skal holde op med at diskutere EU's demokrati eller mangel herpå. En vej frem er at stoppe med at ræsonnere ved hjælp af gamle demokratiske kategorier og i stedet forsøge at udvikle nye begreber (Meny 1998: 13). Det er grundtanken i demoikrati-tilgangen, der dog selv har haft vanskeligt helt at undslippe eksisterende principper, da den som påvist i det foregående afsnit i vidt omfang bygger på en konsociational demokratimodel. En anden måde ville være at flytte fokuset fra demokrati til legitimitet, hvor der kan sondres mellem input-, throughput-, withinput- og output-legitimitet (Scharpf 1999, Schmidt 2006). Størstedelen af litteraturen vedrørende det demokratiske underskud har fokuseret på, hvordan input-legitimiteten i EU-systemet kan øges, mens langt mindre energi er blevet brugt på, hvordan systemets output legitimitet kan forbedres.

Dette er problematisk, fordi EU grundlæggende er et output-orienteret politisk system, og at prøve at redefinere det til et input-orienteret politisk system går imod dets *raison d'être*.

Fokusset på input-legitimiteten er problematisk af tre grunde. For det første undergraver mange af legitimitetsstrategierne på input-siden systemets evne til effektivt at træffe beslutnin-

ger, hvilket paradoksalt skader dets output-legitimitet. EU er i dag et politisk system, hvis beslutningsdygtighed hæmmes af utallige vetopunkter og vetospillere (Tsebelis 2002). Nu kan det selvfølgelig hævdes, at dette har været nødvendigt for at sikre den fortsatte legitimitet, når der er foregået integration i dybden og bredden i EU. Det rejser dog mere principielt spørgsmålet om, hvorvidt EU har fundet den rette ligevægt mellem effektivitet og legitimitet. For det andet gør forskellige input- og throughput-strategier den demokratiske ansvarskæde uklar. Med andre ord er det vanskeligt at placere ansvaret, når EU ikke formår at finde tilstrækkelige løsninger på den økonomiske krise, flygtningekrisen eller terrortruslerne eller finder løsninger, som ikke fungerer. For det tredje fjerner det fokus fra, hvad EU faktisk leverer (Martinsen 2007).

Konklusion

Denne artikel har gjort status over debatten vedrørende EU's demokratiske underskud ved at afdække tre gennemgående problemer i den akademiske litteratur. Den første problem består i, at de forskellige tekster ofte taler forbi hinanden, da de ikke gør deres underliggende præmisser klare. I forlængelse heraf består det andet problem i, at mange af forfatterne foregiver, at de demokratiske problemer i EU kan løses, hvis man indretter systemet efter deres foretrukne demokratimodeller. Dette er dog ikke nogen frugtbar vej, da demokratimodellerne ofte er delvist inkompatible. I stedet bør der fokuseres på afvejning mellem forskellige demokratiske principper, og der bør lægges vægt på at udvikle og forsvare hybrider. For det tredje argumenterede artiklen for, at EU er et output-orienteret system, og der er behov for strategier til forbedre dets output-legitimitet som f.eks. at forbedre implementering og patenteringen af EU-lovgivning.

LITTERATUR

- Bang, H., Jensen, M.D. and Nedergaard, P., 2015. 'We the People' versus 'We the Heads of States': the debate on the democratic deficit of the European Union. *Policy Studies*, 36(2), pp.196-216
- Bartolini, S., and S. Hix. 2006. Politics: *The Right or the Wrong Sort of Medicine for the EU?* NotreEurope.
- Cheneval, F., and F. Schimmelfennig. 2013. "The Case for Democracy in the European Union." *Journal of Common Market Studies* 51 (2): 334-350.
- Chrysoschoou, D. N. 2007. "Democracy and the European Polity." In *European Union Politics*. 2nd ed., edited by M. Cini, 359-374. Oxford: Oxford University Press.
- Dahl, R. A. (1973). *Polyarchy: Participation and opposition*. Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1994). A democratic dilemma: system effectiveness versus citizen participation. *Political science quarterly*, 109(1), 23-34.
- Featherstone, K. 1994. "Jean Monnet and the 'Democratic Deficit' in the European Union." *Journal of Common Market Studies* 32 (2): 149-170. doi:10.1111/j.1468-5965.1994.tb00491.x.
- Føllesdal, A., and S. Hix. 2006. "Why There Is a Democratic Deficit in the EU: A Response to Majone and Moravcsik." *Journal of Common Market Studies* 44 (3): 533-562.
- Hix, S. 2008. *What's Wrong with the European Union and How to Fix It*. Cambridge: Polity Press.
- Lord, C. 1998. *Democracy in the European Union*. Sheffield: Sheffield Academic Press.
- Lord, C., and D. Beetham. 2001. "Legitimizing the EU: Is There a "Post-parliamentary Basis" for Its Legitimation?" *Journal of Common Market Studies* 39 (3): 443-462. doi:10.1111/1468-5965.00298.
- Majone, G. 1998. "Europe's 'Democratic Deficit': The Question of Standards." *European Law Journal* 4 (1): 5-28. doi:10.1111/1468-0386.00040.
- Majone, G. 2005. *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*. Oxford: Oxford University Press.
- Majone, G. 2006. "The Common Sense of European Integration." *Journal of European Public Policy* 13 (5): 607-626. doi:10.1080/13501760600808212.
- Marquand, D. 1979. *Parliament for Europe*. London: J. Cape.
- Martinsen, D. 2007. The Europeanization of gender equality—who controls the scope of non-discrimination?. *Journal of European Public Policy*, 14(4)
- Mény, Y. 2003. "De La Démocratie en Europe: Old Concepts and New Challenges." *Journal of Common Market Studies* 41 (1): 1-13.
- Moravcsik, A. 2002. "Reassessing Legitimacy in the European Union." *Journal of Common Market Studies* 40 (4): 603-624. doi:10.1111/1468-5965.00390.
- Schmidt, V. A. 2006. *Democracy in Europe: The EU and National Politics*. Oxford: Oxford University Press.
- Schmidt, V. A. 2012. "Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput.'" *Political Studies* 2-22.
- Siedentop, L. 2000. *Democracy in Europe*. London: Penguin Books.
- Tsebelis, G. 2002 *Veto players: How political institutions work*. Princeton University Press
- Zweifel, T. D. 2002. *Democratic Deficit? Institutions and Regulation in the European Union, Switzerland, and the United States*. Lanham, MD: Lexington Books.

Grænser og EU's (manglende) legitimitet¹



PETER NEDERGAARD

Professor,
Institut for Statskundskab,
Københavns Universitet,
Email: pne@ifs.ku.dk

Indledning

Adskillige hundrede tusinde migranter og flygtninge nåede til EU i 2015. Når situationen i EU de seneste måneder har udviklet sig, som den har, skyldes det et simpelt forhold: At Schengenlandene har afskaffet de indre grænser til fordel for ydre grænser, som har været mere end porøse. Eksistensen (eller ikke) af grænser rundt om landene er pludselig igen blevet højpolitik. Det kan samtidig tolkes som en aktualisering af Carl Schmitts kritik af liberalismens dominans i moderne politik for så vidt, at man ikke anerkender ven/fjende-relationen som konstituerende for ethvert politisk system (Mouffe 1999).²

Migranter og flygtninge trænger typisk gennem grænserne til Europa ved at betale menneskesmuglere for at sejle sig over Middelhavet. De fleste betalte hver især ifølge Interpol og Europol mellem 3.000 og 6.000 euro (Berlingske Tidende, 18. maj 2016). Der er to større ruter: fra Tyrkiet til de græske øer tæt på den tyrkiske kyst og fra Nordafrika til øerne Lampedusa og Sicilien. Fra Italien og Grækenland har asylansøgerne bevæget sig nordpå til EU-lande i Nordvesteuropa, der ofte oprindeligt har været deres mål. Forehavendet med at nå til lande som Sverige, Danmark, Holland og Tyskland er i vidt omfang lykkedes: det skyldes en meget sporadisk registrering (eller be-

vidst ikke-registrering) af migranter og flygtninge i Grækenland og Italien i kombination med den tidligere frie grænsepassage inden for Schengen-samarbejdet, som alle de nævnte nordlige EU-lande er medlem af (Lehne 2014a) (se mere neden for angående, hvorfor det gik sådan).

Modtagelsen af de mange asylansøgere har som helhed været præget af en såkaldt "vinke-forbi-holdning" i Sydeuropa. Hvis de indrejsende migranter og flygtninge var blevet registreret i Italien og Grækenland, skulle de have haft deres sag behandlet i disse lande med henblik på at få afgjort, om de var reelle flygtninge, som var personligt forfulgt og dermed havde krav på beskyttelse ifølge flygtningekonventionen, eller om de måtte karakteriseres som ikke-forfulgte migranter, der kunne sendes tilbage. Blandt både migranter og flygtninge har der muligvis været en formodning om, at det var lettere at få opholdstilladelse og flygtningestatus i de nordlige EU-lande – samt at tiden herefter ville blive økonomisk bedre i en af de universalistiske velfærdsstater end i Grækenland og Italien (Esping-Andersen 2013). Ikke desto mindre er den manglende behandling af sagerne i Grækenland og Italien udtryk for, at de to lande klart har overtrådt EU's såkaldte Dublin-forordning, som netop bestemmer, at de EU-lande, som modtager migranter

NOTE 1 Tak til Dorte Sindbjerg Martinsen for gode kommentarer. Artiklen tager udgangspunkt i - og er i en række afsnit overlappende med - en artikel af samme forfatter i Ræson 2016 med titlen »Uden grænser, ingen velfærdsstat«.

NOTE 2 Anvendelsen af ven/fjende-relationen på den europæiske flygtningeproblematik skal på ingen måde opfattes som konkrete beskrivelser af denne problematik. Der er i overensstemmelse med Mouffes analyse af Carl Schmitt alene tale om analytiske kategorier og metaforer.

og flygtninge først, også er dem, som skal behandle deres sag (Wallace et al. 2015: 380). De to lande har officielt begrundet deres adfærd med, at man ikke har økonomisk og administrativ kapacitet til at behandle migranter og flygtninge efter Dublin-forordningen.

Legitimitet

Den manglende lovmedholdelighed i behandlingen af effekterne af migrant- og flygtningekrisen har bidraget til at mindske EU's i forvejen noget vaklende legitimitet. EU's manglende legitimitet kan illustreres ved hjælp af en opinionsundersøgelse fra maj 2016, hvor Ipsos-Mori foretog en online opinionsundersøgelse med deltagelse af mere end 6000 europæere fra Belgien, Frankrig, Tyskland, Ungarn, Italien, Polen, Spanien og Sverige. Blandt deltagerne tilkendegav 45 procent, at de ønskede en folkeafstemning som den, den blev foretaget i Storbritannien angående et eventuelt Brexit. En tredjedel af deltagerne ville stemme for, at deres land skulle udtræde af EU. I Frankrig og Italien ønskede henholdsvis 41 og 48 procent at forlade EU (Deutsche Welle 2016).

Ifølge den britiske politolog, David Beetham (1991), som i særlig grad har analyseret forholdet mellem magt og legitimitet, er udøvelsen af magten legitim, i) hvis den udøves i overensstemmelse med lovregler, ii) hvis der er overensstemmelse mellem overbevisningerne hos de styrende og de styrede, og iii) hvis legitimiteten kommer til udtryk gennem eksplicit tilslutning til styret. Omvendt er magten ifølge Beetham illegitim, hvis der er tale om regelbrud, hvis der ikke er overensstemmelse mellem overbevisningerne hos de styrende og de styrede (legitimitetsunderskud), og hvis den eksplicitte tilslutning til styret trækkes tilbage (delegitimering).

Der vil i denne artikel blive argumenteret for, at EU's vaklende legitimitet som følge af migrant- og flygtningekrisen kan løses ved at acceptere nogle af Carl Schmitts kritikpunkter vedrørende effekten af den hegemoniske liberalisme, som Schengen-samarbejdet i kombination med fraværet af skrap ydre grænsekontrol er udtryk for. Grundlæggende gælder der, at det faktum, at EU's migrant- og flygtningekrise ikke håndteres i overensstemmelse med de vedtagne lovregler, uden tvivl er et skud i boven på EU's legitimitet, som i løbet af året har øget tilslutningen til de politiske partier, som er skeptiske over for samarbejdet i EU. Der er således – med Beethams begreber – sket en gradvis delegitimering af EU-samarbejdet via migrant- og flygtningekrisen.

Migrant- og flygtningekrisen truer især med at delegitimere EU's grænseunion, Schengen. Udgangspunktet for Schengen-samarbejdet er en traktat om fri grænsepassage, som en række lande indgik i 1985. Aftalen udsprang af det program for et 'Indre Marked' fra begyndelsen af 1985, som havde til formål at sikre et EF (som det hed dengang) med 'fire friheder' – der omfattede varer, tjenesteydelser, kapital og personer. Målet var med andre ord at opnå mere økonomisk liberalisme med de gevinster, som en sådan forventes at give. Midlet var i høj grad en depolitisering af markedsreguleringen, som ofte blev

lagt over i diverse standardiserings- og ekspertkomiteer uden for det politiske system (Nedergaard 1990). Depolitiseringen risikerer imidlertid i den schmittske optik at føre til delegitimering, fordi de konstituerende træk ved det politiske system undermineres.

Indre Marked-programmet vidnede om en genoplivning af EU via markedsliberalistiske initiativer efter, at samarbejdet havde været i stor krise i løbet af 1970'erne og frem til begyndelsen af 1980'erne. Carl Schmitts kritik af en sådan strategi er grundlæggende, at den afstedkommer en svækkelse af staten som suveræn, som indebærer, at den bør betragtes som hegemonisk i forhold til andre samfundsmæssige praksisformer (Mouffe 1999). Med en sådan depolitisering, som dele af Indre Marked-programmet er udtryk for, risikerer den for staten så vigtige ven/fjende-relation at forsvinde for at blive erstattet af administration, teknik og økonomi. Depolitiseringen fører potentielt til delegitimering, bl.a. fordi man, som tidligere kommissionsformand, Jacques Delors, engang sagde, kan elske et land, men ikke et indre marked.

Resultatet af depolitiseringen er som regel ikke ensbetydende med en mindskelse af konflikterne med omverdenen. Tvært imod medfører ven/fjende-relationens forsvinden ofte en stor risiko for en konflikteskalering, fordi modstanderen nu bliver nærmest antitesen på et fornuftsvæsen (Mouffe 1999). Modstanderen bliver ikke blot et lands fjende. Modstanderen bliver modstander af selve rationaliteten i moderne samfunds indretning. Nogle af EU's eksterne modstandere i Syrien, Rusland, Libyen osv. har muligvis på det seneste fået denne karakter.

I første omgang kunne man ikke i EF enes om, hvordan man i praksis skulle etablere en fri bevægelighed for personer. Derfor gik en afgrænset gruppe af ligesindede lande sammen herom uden for det etablerede EF-samarbejde, og først med Amsterdam-traktaten i 1997 blev Schengen-samarbejdet ændret til at være en del af det egentlige samarbejde i EU (som det nu hed).

'Schengen' er en lille by i Luxembourg på grænsen til Tyskland og Frankrig, der i juni 1985 blev valgt som stedet til et møde mellem fem EF-lande: Benelux (Belgien, Holland, Luxembourg), Frankrig og Vesttyskland. Byen var et bevidst, symbolsk valg, og her enedes man for første gang om et samarbejde om fri grænsepassage for personer. Samtidig harmoniserede man kontrollen ved de ydre grænser, der hermed blev en fælles grænse for landene, og herefter var de fem nationer helt afhængige af, at den ydre grænsekontrol var lige så effektiv, som hvis den var blevet udført ved de tidligere nationale grænser. For var man først kommet ind i ét Schengen-land, var man inde i alle Schengen-lande.

EU's grænseunion forudsatte derfor, at denne enhed fik statslignende træk, således at den kunne beskytte territoriet. Men netop den forudsætning viste sig at være uholdbar, efterhånden som kredsen af Schengen-lande voksede. Fra de oprindelige lande – som organisatorisk og juridisk var ret ens opbyggede – kom Schengen til at omfatte lande opbygget efter helt andre

rets- og implementeringstraditioner. Med Beethams termer har det nuværende Schengen-samarbejde med de meget forskellige juridiske grundtraditioner vist sig at indebære alvorlige udfordringer for samarbejdets legitimitet, fordi der er så stor forskel mellem de deltagende lande med hensyn til overbevisningerne blandt de styrende og de styrede angående overholdelsen af lovregerne på området. Carl Schmitt ville med andre ord sandsynligvis kritisere Schengen-samarbejdet for at danne rammen om besiddelsen af et territorium og dermed et samfunds konkrete orden – et Nomos – uden, at være i besiddelse af de statslignende træk, som skal til, hvis en sådan ramme skal fungere (Pedersen 2011: 31).

I dag er der ikke færre end 26 europæiske Schengen-lande. Belgien, Danmark, Estland, Finland, Frankrig, Grækenland, Island, Italien, Letland, Liechtenstein, Litauen, Luxembourg, Malta, Holland, Norge, Polen, Portugal, Schweiz, Slovakiet, Slovenien, Spanien, Sverige, Tjekkiet, Tyskland, Ungarn, Østrig. Fire af disse lande er ikke medlemmer af EU, men de er alle tæt knyttet til EU's Indre Marked. De nordiske lande gik med, fordi man gerne ville bevare den nordiske pasunion (grundlagt i 1954). Herudover er Bulgarien, Cypern, Kroatien, Liechtenstein og Rumænien pålagt at skulle indgå i Schengen-samarbejdet på et tidspunkt, men disse lande har endnu ikke opfyldt kravene for at blive optaget (Wallace et al. 2015: 373).

Man ser til tider i medierne det Indre Marked fremstillet som om, at det forudsætter eksistensen af Schengen, men koblingen holder hverken historisk eller logisk. Ligesom der er ikke-EU-lande, som er med i Schengen, indebærer EU-medlemskabet ikke nødvendigvis et Schengen-medlemskab. Storbritannien og Irland er således ikke medlemmer, selv om de er fulde medlemmer af EU's Indre Marked (Nedergaard & Jensen 2012). Det betyder også, at det Indre Marked ikke står og falder med eksistensen af Schengen. Skulle denne del af EU-samarbejdet gå op i limningen som følge af et voksende legitimitetsunderskud, vil EU's Indre Marked stadig kunne eksistere – præcis som det gjorde, før man fik Schengen. Sandsynligvis har Schengen lettet transporten i betydelig grad på tværs af landegrænserne i det Indre Marked, men det udgør ikke et fundament herfor.

En hullet ydre grænse

I forbindelse med migrant- og flygtningekrisen i efteråret/vinteren 2015-2016 har en lang række Schengen-lande genindført en midlertidig grænsekontrol (f.eks. Ungarn, Slovenien, Frankrig, Tyskland, Sverige, Danmark, Norge, Østrig og Polen). Bl.a. Tyskland, Danmark, Østrig og Sverige har i maj 2016 anmodet Kommissionen om, at den midlertidige grænsekontrol blev forlænget i yderligere to år. Målet hermed har både været at begrænse tilstrømningen og at forhindre, at uønskede personer i form af potentielle terrorister kunne få adgang til landene. Sverige har endda indført grænsekontrol i en skærpet form via det såkaldte transportøransvar, hvor selskaber som f.eks. DSB pålægges erstatningsansvar, hvis man ikke undersøger identitetspapirerne for de indrejsende. Senest har Østrig fuldt ud genetableret den grænsekontrol over for Italien, man prakti-

serede før Schengen. I alle tilfælde er der i legitimitetstermer tale om, at det eksplicitte tilslutning til den fri bevægelighed i Schengen ("mobilitetsliberalismen") trækkes tilbage (der er med andre ord tale om delegitimering). I alle tilfælde er det udtryk for, at staterne i højere grad har genetableret den suveræne magt over deres territorier og dermed har trukket statsmagtsbeføjelserne tilbage til nationalstatens regi.

Årsagen til denne adfærd er, at grænsekontrollen ved de ydre grænser ikke har vist sig videre effektiv, og at den under alle omstændigheder langt fra har været så god som den, der fandtes mellem Schengen-landene før Schengen-samarbejdet. Problemerne har ikke mindst vist sig ved grænsekontrollen for de indrejsende til Grækenland og Italien, mens vejen ind i Spanien (efter nogle tilløb) ser ud til at være blevet underlagt normalt fungerende myndighedskontrol.

Den hullede ydre grænse rundt om Schengen-landene er et stort problem. Hvis den ydre grænse rundt om Schengen-landene ikke er kontrolleret, risikerer man, at lande med den svageste kontrol bliver en åben ladeport for folk, som af forskellige grunde vil til ét af Schengen-landene. Normalt indebærer en grænsekontrol ved grænsen en afdækning af, hvem de indrejsende er. Hvad er deres formål med indrejsen? Er de eftersøgt internationalt for kriminalitet eller for mistanke om terrorisme? Besidder de et lovligt og ikke-forfalsket pas? Er gældende visumbestemmelser overholdt? Smugles der i forbindelse med indrejsen? Ifølge mange nordeuropæiske lande har man netop i Grækenland og Italien fuldstændig glemt at undersøge disse basale spørgsmål, der udgør grundlaget for en normalt fungerende kontrol ved grænsen, hvis man i den schmittske optik vil sikre et områdes territorielle integritet, sikkerhed og produktion i ordets bredeste betydning (Mouffe 1999).

EU etablerede (noget sent) i 2005 et fælles samarbejde vedrørende den ydre grænsekontrol, Frontex, der netop skal hjælpe med koordineringen af samarbejdet mellem medlemsstaterne med henblik på forvaltningen af de ydre grænser. Problemet er imidlertid både, at Frontex langt fra har været slagkraftigt nok samtidig med, at EU-finansieringen af Frontex har været utilstrækkelig, at de nationale myndigheder ikke altid har været særligt samarbejdsvillige angående Frontex, og at der i det hele taget har været en skæbnsvanger "blød" laissez faire-lignende holdning til indrejse ind i Grækenland og Italien, hvilket strider mod det, som netop ifølge Schmitt bør kendetegne en stat. Den »bløde« holdning hænger måske også sammen med en udbredt opfattelse af, at EU bør være åbent og undgå ethvert tilløb til noget, der kan ligne begyndelsen til et "Fort Europa". Der har således været en vis legitimitetsmæssig basis for den »bløde« linje, så længe der ikke var en migrant- og flygtningekrise. Den tidligere linje var med andre ord et legitimitetsmæssigt »godt vejr«-fænomen (jf. Lehne 2016b), som gjaldt, så længe grænserne ikke i den schmittske optik var truede.

Landene ved de ydre grænser i Sydeuropa har under migrant- og flygtningekrisen af forskellige årsager søgt at køre frihjul. Et effektivt ydre grænsesamarbejde ville for Grækenland og Italien

betyde, at man (støttet af EU-midler og eventuelt administrativ hjælp fra EU-lande) skulle stå både for hele behandlingen af asylsagerne og tildelingen af asyl. Det har man kunnet undgå, så længe man lige så stille lod asylansøgerne slippe afsted nordpå.

Ifølge Schengen-reglerne kan et land maksimalt genindføre grænsekontrol i en række midlertidige stræk i op til et halvt år, men en række lande presser for nærværende på for at få en ekstraordinær forlængelse. I en række øst- og centraleuropæiske lande langs den såkaldte balkanrute fra Grækenland til Nordvesteuropa er det sket ved, at man har forsegleet grænsen via bevogtning og hegn. I en række Schengen-lande foregår det via stikprøvekontrol ved grænsen (f.eks. Danmark), i nogle tilfælde også med transportøransvar (f.eks. Sverige) og i andre tilfælde en grænsekontrol som fra før Schengen med fast kontrol af alle pas og indrejsendes identitet (f.eks. Østrig). Ifølge Schengenreglerne skal en genindførelse af grænsekontrollen finde sted på grund af helt ekstraordinære omstændigheder og på baggrund af en ansøgning til Kommissionen. Indtil nu har Kommissionens svar lydt, at man tager til efterretning, at landene har genindført den midlertidige grænsekontrol. Også selv om grænsekontrollen i visse tilfælde – som f.eks. Østrigs grænsekontrol mod Italien og det svenske transportøransvar – nok er i strid med EU-retten, hvormed EU-retten er blevet delegitimeret forholdsvis grundigt.

Gæstfri på andres vegne

Når migranter og flygtninge gerne har villet til de nordeuropæiske lande, skyldes det efter alt at dømme, at der har været en udbredt antagelse om, at man ville være mere velkommen i disse lande end i Sydeuropa.

Af historiske årsager har to lande været særligt imødekomende outliers: Sverige og Tyskland. I Sverige skyldes 'vålkommenskulturen', at man har følt sig moralsk overlegen – som en "humanitær" supermagt, der skulle modtage folk udefra, fordi man både havde ressourcer og plads hertil (Berlingske Tidende, den 14. september 2014). I Tyskland har Willkommenskulturen beroet på det velkendte traume over ansvaret for folkemordet på seks millioner europæiske jøder og millioner af andre ikke-tyske nationaliteter. I det tidligere Østtyskland husker borgere også nedskydningerne af mange ved grænseovergangene, der forsøgte at komme til Vesten som migranter eller flygtninge (jf. Nedergaard 2014).

Da andre EU-lande ikke i samme omfang har været outliers som Sverige og Tyskland, så har flertallet af EU-lande derfor også foretrukket en anden linje. Man har imidlertid haft svært ved at komme igennem med disse ønsker, da den tysk-svenske åbenhedslinje skabte realiteter på jorden, som de andre lande – i kraft af Schengen-samarbejdet – blot havde at affinde sig med. Den svenske og tyske åbenhed blev med andre ord påtvunget nabolandene med helt andre præferencer på grund af Schengen-samarbejdet. Dermed har den svensk-tyske linje med ekstrem "mobilitetsliberalisme" øget EU's legitimitetsunderskud med hensyn til Schengen-samarbejdet, fordi den har

øget forskellen mellem overbevisningerne hos de styrende og de styrede. Den har bidraget til EU's delegitimering.

Ligesom under eurozonekrisen er især Tyskland under migrant- og flygtningekrisen blevet beskyldt for at handle hen over hovedet på andre europæiske lande (Nedergaard & Snaith 2015). Det er blevet sagt, at Tysklands linje er udtryk for "moralisk imperialism", fordi landets adfærd kun beror på, hvad man selv finder, er den rigtige kurs og uden den store hensyntagen til andre landes ønsker (Deutsche Welle 2015).

EU's migrant- og flygtningekrise er således en prøve for EU som helhed, fordi platformen, hvorpå beslutningerne desangående tages, er for lille og for vakkelvorn. Indtil for få år siden har EU ellers bestræbt sig på, at store beslutninger skulle funderes bredt (Bang, Jensen & Nedergaard 2015).

Fra idealisme til realisme?

Kommissionen har søgt at løse migrant- og flygtningekrisen ved at foreslå en obligatorisk fordelingsnøgle for migranter og flygtninge, som indfinder sig i EU, hvad der er sket efter ikke mindst tysk pres og ønske. Det er da også især Tyskland, som har interesse heri, fordi man har modtaget et forholdsvis stort antal på over én million migranter og flygtninge i løbet af det seneste år (Lehne 2016a). EU's stats- og regeringschefer har også i princippet tilsluttet sig fordelingsnøglen, men implementeringen heraf er i det store og hele udeblevet. Det skyldes ikke mindst, at der samtidig i lang tid er blevet gjort meget lidt for at skærme de ydre grænser. Legitimiteten af fordelingsnøglen er således undermineret af den manglende ydre grænsekontrol. I visse EU-lande synes holdningen at have været, at implementeringen af fordelingsnøglen ville være som at fylde et bundløst kar, så længe der intet blev gjort ved, at de ydre grænser var så porøse, som de var. Herudover har der også været (som nævnt ovenfor) forskellige præferencer landene imellem angående, i hvilket omfang man i det hele taget skulle modtage migranter og flygtninge.

I marts 2016 indgik EU imidlertid en aftale med Tyrkiet, der bl.a. indebærer, at tyrkerne vil modtage personer, som er rejst fra Tyrkiet til Grækenland, men som er blevet afvist, fordi de ikke er flygtninge. Til gengæld har EU forpligtet sig til at modtage et tilsvarende antal reelle flygtninge fra Tyrkiet. Som aftalen stipulerer, har EU tildelt Tyrkiet betydelig økonomisk hjælp, lovet tyrkiske borgere visumfrihed for indrejse i EU og accepteret en accelerering af EU's optagelsesforhandlinger med Tyrkiet (uden at det er helt klart, hvad der ligger i dette sidste punkt).

Håbet fra EU's side har været, at aftalen vil ødelægge menneskesmuglernes overordnede forretningsplan – for så vidt, at de bruger Tyrkiet som afsæt. Dels fordi ikke-flygtninge kan tilbagesendes, og dels fordi Grækenland (selv om det ikke siges højt) ikke er et attraktivt land at søge flygtningestatus i, fordi man ikke tilbyder de samme økonomiske vilkår under opholdet som i Nordvesteuropa.

Man kan diskutere, om den nye EU-politiske linje er udtryk for et skifte i retning af mere realisme. Traditionelt har EU været temmelig idealistisk indstillet sammenlignet med f.eks. USA og Australien. I omgangen med andre lande har EU lagt vægt på anvendelsen af ”bløde” instrumenter som værdipolitik, overtaelse og civil magt samt en meget bred fortolkning af menneskerettighederne – i modsætning til anvendelse af ”hårde” instrumenter i form af myndighedshåndhævelse via grænsepolitik og i sidste instans opbakning med militære midler. Tidligere EU-Kommissionsformand, José Manuel Barroso, var kendt for at bakke op om ideen om EU som en særlig blød magt baseret på ideen om ”Normative Europe” (jf. Manners 2002 concerning the content of the concept). F.eks. sagde han i en tale i 2009 følgende: ”it is often said that the EU’s comparative advantage lie in its normative power or the power of its values. I think this is right” (Barroso 2010). Med en vis tilsnigelse kan man hævde, at EU’s idealisme har taget udgangspunkt i, at »det er synd for de andre«, mens fokus i en realistisk opfattelse vil være på, hvad der sikrer interesserne og sikkerheden for et lands egne borgere.

I en vis forstand er migrant- og flygtningekrisen – og EU’s manglende evner til at håndtere den – et vidnesbyrd om, at den normative EU-linje er slået fejl og er blevet delegitimeret. EU’s aftale med Tyrkiet ligner et første tegn på en erkendelse af, at vejen nu går fra idealisme og til realisme angående Schengensamarbejdets ydre grænser. Det er imidlertid langt fra en uproblematisk realisme. Dels bygger den på, at det er Tyrkiet, som kommer til at varetage de ”hårde” instrumenter til sikringen af EU’s ydre grænser. Visse NGO’er har da også kritiseret EU for netop et sådant linjeskift og har derfor nægtet at samarbejde med EU i Grækenland angående migrant- og flygtningekrisen (Kingsley 2016). Dels indebærer visumfriheden for tyrkiske statsborgere og en accelerering af Tyrkiets optagelse i EU, at EU’s legitimitetsunderskud øges, idet afstanden mellem overbevisningerne hos de styrende og de styrede i EU øges, da borgerne i EU generelt ikke er positivt indstillede overfor disse initiativer og konsekvenserne heraf.

Aftalen med Tyrkiet er samtidig temmelig vakkelvorn, da den er fyldt med en lang række forudsætninger, som både EU, Grækenland og Tyrkiet skal leve op til. Det har der allerede været problemer med. Det er et åbent spørgsmål, om aftalen overlever 2016 ud. Og selv om aftalen skulle vare ved, indebærer den kun den spæde begyndelse på en løsning af migrant- og flygtningekrisen i form af en velfungerende ydre grænsekontrol, der er lige så effektiv, som de tidligere indre grænsekontroller var det. Dét mål kræver langt, langt flere initiativer end blot aftalen med Tyrkiet. Herunder er det særlig påkrævet, at der kommer et grundlæggende opgør med den fatale idé om en særlig europæisk normativitet i omgangen med andre lande. Hvis dette ikke sker meget snart, venter Schengens reelle (om end ikke i første omgang formelle) sammenbrud.

Konklusioner

Uden grænser findes der ingen velfungerende stater. Hvis grænserne mellem landene var pivåbne, ville det fåtal af steder, hvor man har retsstat, tryghed og velfærdsordninger hurtigt blive overrendt af det store flertal, som ikke er så heldige. Lande kendetegnet ved disse ting ville derfor før eller siden skulle opgive dem. Man kan imidlertid ikke fortænke millioner af mennesker i at ville gøre alt for at komme derhen, hvor livsvilkårene synes langt bedre, selv om den ikke intenderede konsekvens heraf bliver, at det, man søger hen til, forsvinder i processen.

Dette er den helt fundamentale trussel i den nuværende situation i Europa, som måske så småt er ved at gå op for de fleste europæere i de enkelte europæiske lande, men som den europæiske politiske klasse i hvert fald til tider synes for afskærmet fra virkeligheden til at ville reagere på. I den forbindelse er det uheldigt, at netop Tyskland er tvunget til at skulle agere europæisk leder, fordi Tyskland slæber rundt på flere historisk begrundede og forståelige traumer og neuroser end andre europæiske lande, hvilket betyder, at landet hverken nationalt eller i europæisk sammenhæng altid agerer rationelt. Det skyldes, at Tysklands historie tvinger landet til at kompensere ved at agere på en måde, der er ude af trit med de andre EU-landes præferencer, som Tyskland agerer leder overfor. Det tyske lederskab øger dermed legitimitetsunderskuddet i EU, hvilket risikerer at føre til delegitimering. Hvis dette problem skal løses, må ”mobilitetsliberalismen” begrænses og statsmagtens suverænitet genoprettes. Fortsat tysk ”moralsk imperialisme” medfører Schengens fald.

Grænserne i Europa kan befinde sig ved EU’s ydre grænser eller mellem landene. Men et af stederne MÅ der være en skrap myndighedskontrol, hvis de gode ting i Europas lande skal bevares. Det er helt afgørende, at EU udvikler en langt mere effektiv ydre og »hård« grænsekontrol. På det ideologiske plan er et opgør med »Det Normative Europa«-tankegangen samtidig altafgørende, hvis Schengen skal overleve. Realisme i omgangen med landene uden for EU er vejen frem. Alternativet er klart: Så flytter grænsekontrollen tilbage til nationalstaterne. Schengen-samarbejdets gradvise delegitimering skubber alvorligt på.

LITTERATUR

- Bang, H., Jensen, M. D., & Nedergaard, P. (2015). 'We the People' versus 'We the Heads of States': the debate on the democratic deficit of the European Union. *Policy Studies*, 36(2), 196-216.
- Barroso, J.M. (2010). Europe's rising global role. Opinion in *The Guardian*, 3 January 2010.
- Beetham, D. (1991). *The legitimation of power*. London: Macmillan (kapitel). Towards a Social-scientific Concept of Legitimacy, pp. 3-25.
- Berlingske Tidende, den 14. september 2014.
- Berlingske Tidende, den 18. maj 2016.
- Deutsche Welle (2015). Hungary's Orban criticizes Merkel's 'moral imperialism'. Downloaded 20 May 2016: <http://www.dw.com/en/hungarys-orban-criticizes-merkels-moral-imperialism/a-18736240>
- Deutsche Welle (2016). Nearly half of Europeans in poll want UK-style EU referendum. Downloaded 13 May 2016: <http://www.dw.com/en/nearly-half-of-europeans-in-poll-want-uk-style-eu-referendum/a-19243556>
- Esping-Andersen, G. (2013). *The three worlds of welfare capitalism*. John Wiley & Sons.
- Jensen, M. D., & Nedergaard, P. (2012). From 'Frankenstein' to 'toothless vampire'? Explaining the watering down of the Services Directive. *Journal of European public policy*, 19(6), 844-862.
- Kingsley, P. (2016). EU-Turkey refugee deal: staff shortages and rights concerns pose twin threats. *The Guardian*, 1 April 2016.
- Lehne, S. (2016a). How the Refugee Crisis Will Reshape the EU. Carnegie Europe, February 4.
- Lehne, S. (2016b). The tempting Trap of Fortress Europe. Carnegie Europe, April 21.
- Manners, I. (2002). Normative power Europe: a contradiction in terms?. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 40(2), 235-258.
- Mouffe, C. (1999). *The Challenge of Carl Schmitt*. London: Verso.
- Nedergaard, P. (1990). EF's marked integration. En politisk økonomisk analyse. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nedergaard, P. (2014). Tyskland. En grundbog i politik og økonomi. Systime.
- Nedergaard, P., & Snaith, H. (2015). 'As I Drifted on a River I Could Not Control': The Unintended Ordoliberal Consequences of the Eurozone Crisis. *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 53(5), 1094-1109.
- Pedersen, S.H. (2011). Carl Schmitt. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Wallace, H., M.A. Pollack & A.R. Young (2015). *Policy-Making in the European Union*. Oxford University Press.