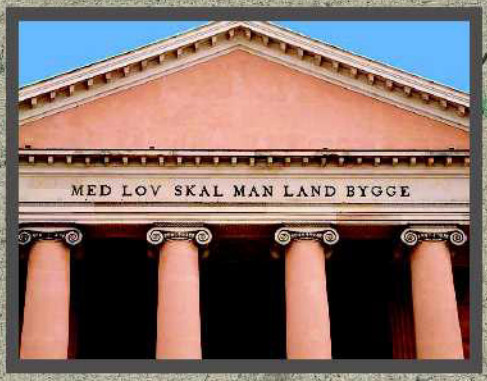
MAGTUDREDNINGEN

MENNESKE-RETTIGHEDER OG MAGTFORDELING

DOMSTOLSKONTROL MED POLITISKE PRIORITERINGER



IDA ELISABETH KOCH
KRISTINE RØBERG
STEN SCHAUMBURG-MÜLLER
JENS VEDSTED-HANSEN

AARHUS UNIVERSITETSFORLAG

MENNESKERETTIGHEDER OG MAGTFORDELING – DOMSTOLSKONTROL MED POLITISKE PRIORITERINGER

MAGTUDREDNINGEN

Folketinget besluttede i marts 1997 at iværksætte en dansk magtudredning eller, som det officielle navn er, *En analyse af demokrati og magt i Danmark*. Projektet ledes af en uafhængig forskningsledelse. Magtudredningens forskningsresultater publiceres i en række bøger, som udgives på Aarhus Universitetsforlag, og i en skriftserie, som udgives af Magtudredningen.

Lise Togeby
(formand)

Jørgen Goul Andersen

Peter Munk Christiansen

Torben Beck Jørgensen

Signild Vallgårda

Ida Elisabeth Koch
Kristine Røberg
Sten Schaumburg-Müller
Jens Vedsted-Hansen

MENNESKERETTIGHEDER OG MAGTFORDELING

– DOMSTOLSKONTROL MED POLITISKE PRIORITERINGER

AARHUS UNIVERSITETSFORLAG

Menneskerettigheder og magtfordeling
– domstolskontrol med politiske prioriteringer
er sat med Bembo
og trykt hos Narayana Press, Gylling
© Magtudredningen, forfatterne og Aarhus Universitetsforlag 2004
Tilrettelægning: Kitte Fennestad
Omslag: Kitte Fennestad med foto af Niels Riis Ebbesen

ISBN 87-7934-801-7

Aarhus Universitetsforlag
Langelandsgade 177
8200 Århus N

Fax 89 42 53 80
www.unipress.dk

INDHOLD

Forord 7

KAPITEL 1. Menneskerettigheder, demokrati og magtfordeling 9

BAGGRUND OG PROBLEMSTILLING 9 · IKKE-INKORPOREREDE MENNESKERETTIGHEDER – ET JURIDISK INGENMANDSLAND? 11 · INKORPORERING SOM MAGTFORDELINGSPROBLEM? 13 · OVERSIGT OVER DE FØLGENDE KAPITLER 15

KAPITEL 2. Internationale menneskerettigheder som konfliktkilde i national ret 19

INKORPORERINGSLOVEN OG DENS MAGTFORDELINGSFORUDSÆTNINGER 19 · REVURDERING AF EMRK-LOVENS FORUDSÆTNINGER 26 · MODIFIKATION AF MAGTFORDELINGSFORUDSÆTNINGERNE: EMRK-LOVEN SOM QUASI-FORFATNING? 38 · BETYDNINGEN AF JUDICIABILITET – SÆRLIGT OM ØKONOMISKE, SOCIALE OG KULTURELLE RETTIGHEDER 43

KAPITEL 3. Organisationsrettigheder 59

DET KOLLEKTIVE AFTALESYSTEM OG DEN INTERNATIONALE FORPLIGTELSE 59 · ORGANISATIONSRETTENS INDPLACERING SOM SOCIAL ELLER CIVIL MENNESKERET 61 · ESC'S STATUS I DANSK RET 62 · NEGATIV ORGANISATIONSFRIHED 64 · RETTEN TIL KOLLEKTIVE FORHANDLINGER EFTER EMRK OG ESC 79 · KONFLIKTRETTEN EFTER EMRK OG ESC 84 · AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER OM ORGANISATIONSRETTIGHEDER OG MAGTFORDELING 87

KAPITEL 4. Beskyttelse mod diskrimination 96

INTRODUKTION 96 · SELVSTÆNDIGE OG ACCESSORISKE DISKRIMINATIONSGRUNDE 96 · OPLISTNINGEN AF IKKE-DISKRIMINATIONSGRUNDE 98 · SELVE BEGREBET DISKRIMINATION 99 · KOBLING TIL SOCIALE RETTIGHEDER VIA SELVSTÆNDIGE DISKRIMINATIONSFORBUD 101 · KOBLING TIL SOCIALE RETTIGHEDER GENNEM DYNAMISK ANVENDELSE AF ACCESSORISKE FORBUD 104 · POSITIVE OG NEGATIVE FORPLIGTELSER 108 · IKKE-DISKRIMINATIONSPRINCIPPET OG DANSK RET 111

KAPITEL 5. Konkret rettighedsanalyse: ytringsrettigheder 118

YTRINGSFRIHED SOM EN NØDVENDIGHED 118 · YTRINGSFRIHED SOM GRUNDRETTIGHED 121 · LEGITIME INDSKRÆNKNINGER 128 · INDSKRÆNKNINGERS PROBLEMATIK 131 · UDVIKLINGEN I DANSK YTRINGSFRIHED 135 · DOMSTOLENES ROLLE (JUDICIEL MAGT) 144

KAPITEL 6. Udvisning af udlændinge 151

NATIONAL SUVERÆNITET MED INTERNATIONALE BEGRÆNSNINGER 151 · UDLÆNDINGELOVENS UDVISNINGSREGLER: FRA NATIONAL TIL INTERNATIONAL BESKYTTELSE 153 · DEN MENNESKERETLIGE BESKYTTELSE MOD UDVISNING 157 · AKTIVERING AF DANSKE DOMSTOLE SOM MENNESKERETTIGHEDSGARANT 162

KAPITEL 7. Positive forpligtelser: ressourceafvejninger og minimumstandarder 170

INTRODUKTION 170 · SONDRINGEN MELLEM POSITIVE OG NEGATIVE FORPLIGTELSER 170 · POLITISK-ADMINISTRATIV STANDARDFASTLÆGGELSE 172 · JUDICIEL KONTROL MED RETSREGLER, DER ER UDFORMET SOM RETTIGHEDER 176 · JUDICIEL KONTROL MED VAGT UDFORMEDE STANDARDER 178 · GRÆNSERNE FOR JUDICIABILITET? 188

KAPITEL 8. Menneskerettighedsdebatten i Storbritannien 191

INKORPORERING AF DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION I BRITISK RET 191 · MAGTFORDELING I DET BRITISKE COMMON LAW-SYSTEM 197 · STATUS I DAG 202 · INKORPORERINGSMETODER I CIVIL LAW-SYSTEMER 207 · SAMMENLIGNENDE ANALYSE AF FORSKELLE OG FÆLLESTRÆK 210 · SAMMENFATNING 214

KAPITEL 9. Menneskerettigheder som beskyttelse og magtfaktor 218

INKORPORERINGENS BETYDNING FOR RETSPRAKSIS 218 · INKORPORERING, DEMOKRATI OG RETSSIKKERHED 220 · JUDICIEL KONTROL CONTRA DEMOKRATISK INDFLYDELSE? 222 · MINIMUMKRAV, BESLUTNINGSSTRUKTUR OG JUDICIABILITET 226

Litteratur 230

Forkortelser 236

FORORD

Menneskerettighedsdebatten i Danmark er i stigende grad kommet til at dreje sig om magtspørgsmål: Hvem bør bestemme menneskerettighedernes indhold og vægt over for andre interesser? Underminerer disse internationale rettigheder den magt, der bør tilkomme regering og Folketing? Er der en latent konflikt mellem menneskerettigheder og demokrati? Magtspørgsmålet i relation til menneskerettighedernes status er imidlertid ikke nyt. Ved inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 1992 var det et centralt element i debatten, om denne formalisering af konventionen som en del af dansk ret ville påvirke magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole. I forbindelse med de senere overvejelser om inkorporering af nogle FN-konventioner om menneskerettigheder har dette spørgsmål på ny spillet en vigtig rolle i den juridiske og politiske debat.

På den baggrund var det nærliggende, at der som led i Magtudredningen blev foretaget en undersøgelse af, hvordan internationale menneskerettigheder påvirker forholdet mellem den lovgivende og den dømmende magt. Denne bog præsenterer resultatet af en sådan undersøgelse, hvor vi blandt andet har set på, hvilken betydning Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har for magtfordelingen mellem disse instanser i det danske statsstyre. Som det fremgår, gives der ikke noget enkelt svar på dette magtspørgsmål. Nogen modsætning mellem demokrati og menneskerettigheder er der dog ikke tegn på.

Der blev som led i undersøgelsen foretaget en spørgeskemaundersøgelse vedrørende byretternes anvendelse af menneskerettighedskonventioner. Formålet hermed var at belyse især Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for dommernes virksomhed samt deres holdninger hertil. Spørgeskemaerne blev sendt til i alt 130 dommere ved 33 byretter i Danmark, men kun besvaret af 28 dommere. Om end svarene er interessante i kvalitativ henseende, har vi på grund af den beskedne svarprocent ikke ment, at der var grundlag for at drage konklusioner vedrørende kon-

ventionens betydning i byretternes praksis. Fremstillingen er derfor alene baseret på retspraksis fra landsretterne og Højesteret.

Udarbejdelsen af bogens kapitler har været fordelt på følgende måde: Kapitlerne 1, 6 og 9 er skrevet af Jens Vedsted-Hansen, kapitlerne 4 og 7 af Ida Elisabeth Koch, mens kapitel 2 og 3 består af bidrag fra begge disse forfattere. Kapitel 5 er skrevet af Sten Schaumburg-Müller, og kapitel 8 af Kristine Røberg. Vi har drøftet og koordineret kapitlerne indbyrdes, men vi har hver især ansvaret for vores respektive bidrag.

Undersøgelsen er blevet gennemført med økonomisk støtte fra Magtudredningen og Aarhus Universitets Forskningsfond. Vi vil gerne takke Martin Scheinin og Lise Togeby for mange nyttige kommentarer til manuskriptet samt Birte Husum, Jytte Mønster og Alex K. Tonnesen, som på kompetent vis har bistået med manuskriptredigering, udarbejdelse af litteraturliste, citatkontrol mv.

København og Århus, januar 2004

Ida Elisabeth Koch *Kristine Røberg*
Sten Schaumburg-Müller *Jens Vedsted-Hansen*

KAPITEL I

MENNESKERETTIGHEDER, DEMOKRATI OG MAGTFORDELING

BAGGRUND OG PROBLEMSTILLING

I forbindelse med inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i 1992 stod det centralt i debatten, hvorvidt en sådan ændring af konventionens status i dansk ret ville påvirke magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole, og hvordan en sådan påvirkning i givet fald ville foregå. Som indvending mod at inkorporere konventionen blev der henvist til faren for, at dette skulle medføre en *magtforskydning* fra den lovgivende til den dømmende magt. Det centrale argument herfor var, at domstolene gennem selvstændig fortolkning af konventionens bestemmelser kunne komme til at svække eller endog fortrænge lovgivningsmagten – dvs. regeringen og Folketinget – som den instans, der tager stilling til gennemførelsen af internationale forpligtelser i dansk ret.[1]

Denne forfatningsmæssige problemstilling søgte man i forarbejderne til loven om inkorporering af EMRK[2] at tage højde for ved en udtrykkelig forudsætning om, at domstolene ikke på grundlag af den inkorporerede konvention skulle blive *selvstændigt retsskabende*. Retspraksis måtte altså ikke begynde at udvikle sig på den måde, at danske domstole egenhændigt ville fastlægge konventionsbestemmelsernes indhold og rækkevidde. Der blev med andre ord lagt op til en betydelig grad af *tilbageholdenhed* fra domstolenes side, uden at denne tilbageholdenhed dog blev beskrevet eller begrundet i særligt præcise vendinger i inkorporeringslovens forarbejder.

Ud fra et magtperspektiv har det på den baggrund været nærliggende at undersøge, om denne forudsætning for inkorporeringen af EMRK i 1992 er blevet respekteret i praksis, og hvilke konsekvenser den har haft for de danske myndigheders – først og fremmest domstolenes – anvendelse af konventionen. Et vigtigt spørgsmål er i den forbindelse, om inkorporeringen uanset forudsætningen om tilbageholdenhed har påvirket den måde, hvorpå EMRK anvendes i dansk ret, og den vægt konventionsbestemmelserne tillægges ved eventuel konflikt med almindelig dansk lovgivning. Anderledes

udtrykt: Var forudsætningen om domstolenes tilbageholdenhed i strid med selve formålet med at inkorporere EMRK, og har en sådan modstrid i givet fald svækket den inkorporerede konventions gennemslagskraft som en del af det danske retssystem?

Debatten om, hvorvidt og hvordan anvendelsen af internationale konventioner om menneskerettigheder i dansk ret påvirker magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole, må ses i sammenhæng med helt principielle problemstillinger vedrørende menneskerettighedernes forhold til demokratibegrebet. Disse problemstillinger, som angår forholdet mellem demokratiske flertalsbeslutninger og beskyttelsen af enkeltpersoners og gruppers grundlæggende rettigheder, beror på det historisk-juridiske faktum, at internationale menneskerettighedsnormer nødvendigvis må udgøre en skranke for – og stille krav til – de politiske beslutninger, der træffes inden for de enkelte stater. Dette er ikke nogen tilfældighed, idet selve meningen med det *internationale* system til beskyttelse af menneskerettigheder, som blev etableret i årene efter anden verdenskrig – dels i FN-regi, dels i regionale organisationer som Europarådet – var at skabe *retlige* grænser for den politiske magt.

Nogle af de grundlæggende menneskerettigheder var ganske vist blevet juridisk sikret i mange af de nationale forfatninger, der fulgte efter revolutionerne i 1700- og 1800-tallet, men grundrettighederne forblev her netop et *nationalt* anliggende.[3] Denne form for regulering havde vist sine fatale svagheder under 1930'ernes totalitære diktaturer, hvilket var den afgørende årsag til, at man efter disse regimers fald etablerede et internationalt forankret system til beskyttelse af grundlæggende menneskerettigheder – og dermed af selve demokratiet. De ændrede forfatningsretlige og folkeretlige principper, som dette system blev baseret på, refererer til „åpenbare og lett gjenkjennelige katastrofer og traumatiske erfaringer i verdenssamfunnet" før og under anden verdenskrig.[4]

I forhold til det tidligere system, hvor grundrettighedsbeskyttelsen var bundet til de nationale forfatninger, blev efterkrigstidens internationale menneskerettighedssystem baseret på tre centrale nydannelser:

- De grundlæggende rettigheder blev fastsat i juridisk bindende *internationale aftaler*, dvs. den juridiske sikring af enkeltpersoners og gruppers rettigheder blev knyttet til folkeretlige forpligtelser for staterne.

- Der blev oprettet *internationale kontrolorganer*, som under forskellige former har til opgave at føre kontrol med, at staterne også i praksis opfylder disse folkeretlige forpligtelser.
- I forhold til visse af de internationale kontrolorganer blev der indført *individuel klageadgang* for personer, som er undergivet staternes jurisdiktion, men ikke mener sig tilstrækkeligt beskyttet af det nationale retssystem.

Etableringen af et internationalt system til beskyttelse af menneskerettighederne løste imidlertid ikke spørgsmålet om, hvordan de vedtagne konventioner skal gennemføres i de enkelte landes retssystemer, herunder hvilke nationale myndigheder der har kompetence til og ansvar for gennemførelsen af de internationale normer. Dette har affødt nogle væsentlige problemstillinger i relation til magtfordelingen på nationalt plan, og det er dem, som skal undersøges nærmere i denne bog.

IKKE-INKORPOREREDE MENNESKERETTIGHEDER – ET JURIDISK INGENMANDSLAND?

Udgangspunktet for debatten om, hvordan internationale menneskerettighedsnormer skal gennemføres i dansk ret, har været den traditionelle forfatningsretlige opfattelse, hvorefter grundlovens § 19 skulle nødvendiggøre særlige gennemførelsesforanstaltninger, for at internationale konventioner – herunder konventioner om menneskerettigheder – kan påberåbes over for danske myndigheder, og for at de kan anvendes ved afgørelsen af sager ved danske domstole. Dette har afstedkommet usikkerhed i retspraksis og diskussion i den juridiske teori om, hvorvidt internationale normer alligevel kan anvendes af danske myndigheder, og under hvilke betingelser myndighederne da kan og eventuelt skal anvende konventionerne, *uanset* om der er truffet sådanne foranstaltninger til at omforme dem til national ret. Eksistensen af denne usikkerhed har været et væsentligt argument for at søge retstilstanden afklaret ved formel *inkorporering* af en eller flere af de mest centrale konventioner om menneskerettigheder.[5]

Det forfatningsretlige grundlag for denne problemstilling skal ikke tages op til nærmere undersøgelse på dette sted, men kunne dog nok fortjene genovervejelse. Således omhandler bestemmelsen i grundlovens § 19, stk. 1, 2. pkt. regeringens kompetence i udenrigspolitiske anliggender. Denne kompetence er begrænset på den måde, at regeringen ikke uden Folketingets

samtykke kan indgå internationale forpligtelser, til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig, eller som i øvrigt er af større betydning. Efter traditionel forfatningsretlig opfattelse bygger denne grundlovsbestemmelse på den forudsætning, at internationale konventioner ikke uden videre kan anvendes af danske domstole og administrative myndigheder, og at de derfor heller ikke kan påberåbes af enkeltpersoner over for disse myndigheder.[6] Det underliggende synspunkt er, at grundloven med sit krav om Folketingets medvirken ved statens indgåelse af internationale forpligtelser bygger på et *dualistisk* princip for relationen mellem national og international ret.[7] Ifølge dette princip udgør international ret og national ret to adskilte sfærer, hvorfor de internationale normer ikke uden videre er en del af national ret. For at gøre internationale konventioner anvendelige i det danske retssystem må der træffes særlige gennemførelsesforanstaltninger, ofte i lovform og i hvert fald med Folketingets godkendelse.

Det forhold, at der kræves samtykke fra Folketinget til regeringens *ratifikation* af en international konvention, behøver imidlertid ikke nødvendigvis at være bestemmende for, hvorvidt konventionsnormerne kan indgå som *retskilde* ved afgørelsen af konkrete sager hos de nationale myndigheder, efter at konventionen er gyldigt ratificeret og trådt i kraft.[8] Det *demokratihensyn*, der uden tvivl ligger bag kravet om forudgående parlamentarisk kontrol med regeringens indgåelse af internationale forpligtelser, tilsiger ikke i sig selv, at danske domstole og andre myndigheder skal være afskåret fra at anvende de normer, der er indeholdt i de faktisk indgåede konventioner. Kravet om opnåelse af Folketingets samtykke til regeringens ratifikation af en international konvention udspringer af overvejelser vedrørende den udenrigspolitiske magtfordeling. Det er derfor andre hensyn, der må være afgørende for, om en sådan konvention vil kunne anvendes som retskilde af de nationale myndigheder, når staten allerede har påtaget sig den internationale forpligtelse. Den parlamentariske kontrol er da blevet udøvet som forudsat i grundlovens § 19, og de demokratihensyn, der bærer denne bestemmelse, er for så vidt tilgodeset. Andre demokratihensyn – ikke mindst hensynet til effektiv beskyttelse af menneskerettigheder og den magtfordeling, som dette hensyn indebærer – kan herefter tale for, at gyldigt indgåede konventioner bliver efterlevet og håndhævet i dansk ret, selvom lovgivningsmagten eventuelt har forsømt at træffe de nødvendige foranstaltninger til at gennemføre disse internationale forpligtelser i national lovgivning.

Dette er navnlig tilfældet, hvor de internationale normer har en dynamisk karakter som den, der kendetegner konventioner om menneskerettigheder.

Da kan man ikke én gang for alle fastslå, hvad der er konventionsforpligtelsens præcise indhold, og omsætte dette til national lovgivning. Hermed øges risikoen betragteligt for, at national ret ikke bliver holdt ajour med det normindhold, som konventionen løbende bliver tillagt af de internationale organer, der er oprettet for at fortolke konventionen som led i kontrollen med staternes overholdelse af den, for eksempel Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i relation til EMRK.

Om end der i praksis har været anerkendt visse undtagelser fra det dualistiske udgangspunkt, har der samtidig været en sådan usikkerhed om disse undtagelsers indhold og rækkevidde, at det som tidligere nævnt har været et argument for at søge retstilstanden afklaret ved formel inkorporering af konventioner om menneskerettigheder. Dette må ikke mindst ses på baggrund af, at der især i tidligere dansk retspraksis har været en vis tilbøjelighed hos domstolene til at behandle internationale konventioner på en måde, der gjorde det vanskeligt at gennemskue, hvilke retskildeprincipper man benyttede sig af.[9] En sådan beslutningsform kunne muligvis bero på, at der undertiden forekom ræsonnementer, som domstolene ikke ville eller ikke kunne artikulere i fuldt omfang. I hvert fald kunne den retskildemæssige usikkerhed være tegn på, at der har været behov for principiel politisk stillingtagen til de internationale konventioners status i det danske retssystem. Hermed ville man ikke blot kunne skabe øget gennemskuelighed og forudsigelighed i anvendelsen af de internationale normer, men desuden opnå *politisk legitimation* af den hidtil tilsyneladende uhjemlede anvendelse af internationale normer i det danske retssystem.

INKORPORERING SOM MAGTFORDELINGSPROBLEM?

Inkorporeringen af EMRK i 1992 må forstås som en accept fra lovgivningsmagtens side af, at denne konvention – med det normindhold, der til enhver tid følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning – skal lægges til grund som del af dansk ret.[10] Det rejser spørgsmålet, om der med inkorporeringen er sket en magtforskydning fra danske til *internationale* myndigheder, navnlig domstole. Hvis dette er tilfældet, bliver spørgsmålet dernæst, om en sådan magtforskydning er sket på bekostning af den lovgivende eller den dømmende magt på nationalt plan. I det omfang det er lovgivningsmagten, der svækkes ved en sådan internationalisering, kan det være såvel regeringens som Folketingets indflydelse, der bliver

reduceret. Man kan således forestille sig, at stigende international regulering i praksis kan resultere i relativt øget magt for *regeringen*, dvs. de ministerier hvis embedsmænd skal vurdere betydningen af internationale normer og i givet fald tage initiativ til disses gennemførelse i dansk ret, og en tilsvarende svækkelse af *Folketingets* legislative rolle på det nationale niveau.

Andre problemstillinger, der må anskues som spørgsmål om magtfordeling eller magtbalance mellem forskellige samfundsmæssige aktører, kan opstå i forbindelse med anvendelsen af internationale menneskerettighedsnormer i national ret. Det kan dreje sig om forholdet mellem arbejdsmarkedets parter på den ene side og lovgivningsmagten på den anden, hvor konflikter især kan vedrøre aftalefrihedens udstrækning i forhold til offentlig regulering, som blandt andet har til formål at beskytte menneskerettigheder. Sådanne konflikter kan reflektere indholdsmæssige konflikter eller spændingsforhold mellem forskellige typer af menneskerettigheder, navnlig de civile og politiske rettigheder over for de økonomiske, sociale og kulturelle. Endvidere hænger pressens rolle som magtfaktor i den politiske og øvrige samfundsmæssige debat delvist sammen med et potentielt spændingsforhold mellem ytringsrettigheder og andre beskyttede menneskerettigheder. Det er spørgsmål som disse, der danner udgangspunkt for fremstillingen i de følgende kapitler, jf. oversigten nedenfor.

Betydningen af disse menneskerettighedsrelaterede magtfordelingsspørgsmål beror ikke alene på, at det har faglig interesse at få kendskab til, hvilken juridisk betydning inkorporeringen af EMRK har haft for det danske samfund og dets retssystem. Undersøgelsen heraf er tillige af mere generel interesse, fordi det er blevet aktuelt at tage stilling til, om andre menneskerettighedskonventioner end den europæiske skal inkorporeres i dansk ret. Dette spørgsmål, som først og fremmest angår en række FN-konventioner om menneskerettigheder, blev udskudt ved beslutningen om inkorporering af EMRK i 1992, blandt andet under henvisning til overvejelser om tilsvarende lovgivningsspørgsmål i andre nordiske lande.[11] Uanset hvilken indflydelse den nordiske udvikling vil få på overvejelserne om inkorporering af yderligere konventioner i Danmark, er det både teoretisk og praktisk relevant at opnå viden om virkningerne af den inkorporering af menneskeretlige normer i dansk ret, som allerede er gennemført.[12]

Situationen vil dog ikke være helt den samme med hensyn til eventuelt fremtidigt inkorporerede menneskerettighedskonventioner. Der vil i givet fald blive tale om inkorporering af FN-konventioner, som dels har et noget svagere internationalt kontrolsystem end EMRK, dels i et vist

omfang indeholder økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Dette rejser nye problemstillinger, hvor det ikke mindst har interesse at se på mulige forskelle mellem disse typer af menneskerettigheder og de civile og politiske rettigheder, som man har opnået erfaring med i kraft af EMRK-inkorporeringen. I den sammenhæng må det overvejes, om de økonomiske, sociale og kulturelle rettigheders normative særtræk fører til særlige, mere komplekse problemer, hvad angår inkorporerede konventioners status og håndhævelse i national ret. Den følgende fremstilling vil i betydeligt omfang inddrage dette aspekt.

OVERSIGT OVER DE FØLGENDE KAPITLER

De generelle spørgsmål om magtfordelingen i forbindelse med national gennemførelse af internationale menneskerettighedskonventioner, som er omtalt ovenfor, skal behandles mere indgående i *kapitel 2*. Her gennemgås og analyseres de forudsætninger, der i den henseende blev opstillet i forbindelse med inkorporeringen af EMRK i 1992. Det drøftes, hvorvidt der eksisterer en divergens mellem disse forudsætninger og det, der var hovedformålet med inkorporeringen, nemlig at sikre løbende tilpasning af dansk ret til udviklingen i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, uanset om der er sket formel ændring af dansk ret i form af ny lovgivning. Det konkluderes, at magtbalance-synspunkterne i forarbejderne til inkorporeringsloven er noget mere nuancerede, end det undertiden med henvisning til enkeltstående passager er blevet lagt til grund i den fagjuridiske debat.

Herudover drøftes i dette kapitel nogle mere principielle problemer i relation til de forudsætninger og antagelser, som inkorporeringsloven er baseret på med hensyn til lovgivningsmagtens pligt og ansvar og domstolenes tilbageholdenhed ved anvendelse af internationale normer, der måtte komme i konflikt med dansk lovgivning. Endelig analyseres problemerne vedrørende *judiciabilitet* i relation til menneskerettighedsnormer, dvs. disse normers egnethed som grundlag for løsningen af konkrete juridiske konflikter. Der fokuseres her særligt på de konventionsnormer, der angår økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.

Efter denne overordnede diskussion behandles i *kapitlerne 3-6* nogle konkrete reguleringsområder, der har haft central betydning i den politiske og juridiske debat om betydningen af internationale menneskerettigheder i dansk ret:

- Organisationsrettigheder: retten til kollektiv forhandling, konfliktretten, den negative organisationsfrihed og eksklusivaftaler (*kapitel 3*).
- Beskyttelse mod diskrimination: accessoriske og selvstændige diskriminationsforbud, implikationerne af diskriminationsforbud i forbindelse med sociale og økonomiske rettigheder, positive ligebehandlingspligter (*kapitel 4*).
- Ytringsrettigheder: den politiske offentlighed som særlig ytringssfære, begrænsninger i ytringsretten som beskyttelse af andre rettigheder og som eventuel forudsætning for reel demokratisk debat (*kapitel 5*).
- Udvisning af udlændinge: internationale begrænsninger i den nationale suverænitet, politisk contra judiciel aktivisme, lovgivningsmagtens aktivering af domstolene som menneskerettighedsgarant (*kapitel 6*).

De ovennævnte reguleringsområder undersøges på basis af dansk lovgivning og praksis og internationale menneskerettighedsnormer af betydning herfor. Områderne er kendetegnet ved nok så varierende lovgivningsform med hensyn til rækkevidden af de internationale normer, hvilket kan bidrage til en interessant forklaringsramme for domstolenes reaktioner – et tema, som senere bliver taget op i kapitel 9.

Forinden drøftes i *kapitel 7* de særlige forhold i forbindelse med internationale menneskerettighedsnormer, der indebærer positive forpligtelser for staterne, navnlig med hensyn til sikring af sociale og økonomiske rettigheder. Det påpeges her, at der eksisterer visse kvalitative minimumstandarder i forhold til sådanne rettigheder. Disse standarder er af retlig karakter, hvorfor de også kan undergives judiciel efterprøvelse, selvom der i praksis vil være tilbøjelighed hos domstolene til at holde sig tilbage fra direkte og aktiv stillingtagen til egentlige ressourceafvejningsspørgsmål.

Kapitel 8 behandler den debat om menneskerettigheder, der har fundet sted i Storbritannien i forbindelse med beslutningen om at inkorporere EMRK i britisk ret ved *Human Rights Act* i 1998. De særlige forhold, der knytter sig til retskilderne, deres anvendelse og status i common law-systemer som det britiske, har ligeledes haft betydning for den måde, hvorpå man har anskuet magtfordelingsproblemet i relation til inkorporeringen af denne konvention. Ved en sammenligning viser det sig imidlertid, at der trods markante forskelle mellem de to retssystemer er meget væsentlige lighedstræk mellem de synspunkter, der har gjort sig gældende, og de problemer, der er opstået, i relation til inkorporeringen.

Endelig skal der i *kapitel 9* trækkes nogle linjer op fra de forudgående

kapitler. Det er ikke meningen hermed at drage konklusioner vedrørende menneskerettighedernes betydning på de enkelte reguleringsområder, idet dette er sket løbende som led i behandlingen af disse. Derimod skal det i den afsluttende drøftelse vurderes, hvilken retskildemæssig betydning inkorporeringen af EMRK i dansk ret i 1992 har haft, særligt ud fra det magtfordelingsperspektiv der som nævnt har været så stærkt i fokus. På den baggrund forsøges det at identificere nogle faktorer, der kan have betydning for *graden af judiciabilitet*, når der er tale om vage og upræcise menneskerettighedsnormer. Herigennem skitseres nogle elementer i en mere nuanceret forståelse af forholdet mellem den *judicielle magt* og de *politiske prioriteringer*, som traditionelt har været anset for at befinde sig uden for rækkevidden af retlig normering.

NOTER

1 Jf. Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 111-13. Se tillige nedenfor i kapitel 2 med yderligere henvisninger til debatten om inkorporering af denne og andre konventioner om menneskerettigheder.
2 Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter: EMRK-loven eller inkorporeringsloven).
3 Udtrykkene *grundrettigheder* og *menneskerettigheder* anvendes i denne bog synonymt, idet dog det sidstnævnte udtryk fortrinsvis vil blive benyttet, når der refereres til de rettigheder, som er beskyttet i internationale konventioner.
4 Jf. Tore Lindholm, „Verdenserklæringen av 1948 – et nybrottsverk", *Mennesker og Rettigheter* nr. 1, 1998, s. 78.
5 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 112 og s. 146-47, samt Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 133-41.
6 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 62-64, og Betænkning nr. 1407/2001, s. 22-23.
7 Jf. Max Sørensen, *Statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, 1973, s. 276.
8 Jf. hertil Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*, 3. udgave, 2001, s. 211-14. Se tillige Jonas Christoffersen, „Folkerettens virkning i dansk ret", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2001 B, s. 143 og s. 146-48.
9 Jf. Jens Vedsted-Hansen, „Internationale menneskerettigheder – national retspolitik", i Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, 2002, s. 217-19.

10 Se herom nærmere i kapitel 2, hvor denne problemstilling behandles som led i drøftelsen af modifikationer af de magtfordelingsforudsætninger, der blev opstillet ved inkorporeringen af EMRK.

11 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 11 og s. 157-58. I Betænkning nr. 1407/2001 anbefaler det i 1999 nedsatte Inkorporeringsudvalg énstemmigt, at FN-konventionen om civile og politiske rettigheder, FN's racediskriminationskonvention og FN's torturkonvention inkorporeres i dansk ret. Regeringen har imidlertid besluttet ikke at følge denne anbefaling, jf. justitsminister Lene Espersens udtalelser i *Politiken* den 17. december 2003 og i Folketinget den 30. januar 2004, FT 2003-2004, forh. s. 5130.

12 For en systematisk oversigt over domstolenes anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, se Betænkning nr. 1407/2001, s. 36-59 og s. 337-95.

KAPITEL 2

INTERNATIONALE MENNESKERETTIGHEDER SOM KONFLIKTKILDE I NATIONAL RET

INKORPORERINGSLOVEN OG DENS MAGTFORDELINGSFORUDSÆTNINGER

I de officielle overvejelser vedrørende inkorporering af internationale grundrettighedsnormer i dansk ret har man været stærkt optaget af, hvilken betydning en inkorporering ville have – eller i hvert fald kunne tænkes at få – på magtfordelingen mellem den lovgivende og den dømmende magt. Det var i særlig grad tilfældet i forbindelse med inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i 1992,[1] hvor der både under det udvalgsarbejde, der forberedte inkorporeringsloven, og under lovforslagets behandling i Folketinget blev fokuseret på magtfordelingsproblemet.[2] Dette problem står også forholdsvis centralt i den senere udvalgsbetænkning fra 2001 om eventuel yderligere inkorporering af en række FN-konventioner om menneskerettigheder i dansk ret.[3] Spørgsmålet har først og fremmest været, om en tydeliggjort – og som følge heraf formentlig i praksis styrket – placering af disse grundrettighedsnormer som element i det danske retssystem ville føre domstolene ud i en mere aktiv *retspolitisk rolle*, hvor de ville blive retsskabende på bekostning af lovgivningsmagten. Noget sådant ville navnlig kunne blive aktuelt i situationer, hvor der foreligger en normkonflikt mellem den internationale konvention og eksisterende bestemmelser i dansk lovgivning.

Dette kapitel skal se nærmere på magtfordelingsproblemet, således som det blev formuleret under EMRK-lovens tilblivelse, og på de løsningsmuligheder og forudsætninger, der i den forbindelse blev opstillet fra lovgivningsmagtens side. Efter omtale af disse forudsætninger opridses nogle dilemmaer, der i og for sig kan konstateres allerede i forarbejderne til EMRK-loven, og som da også efterfølgende har vist sig i retspraksis eller i den teoretiske debat om inkorporeringens retsvirkninger. På den baggrund skal der foretages en kritisk analyse af de antagelser vedrørende gennemførelsen af internationale normer i dansk ret, der ligger til grund for EMRK-loven, med henblik på

at revurdere lovens forudsætninger om uændret magtbalance mellem lovgivningsmagt og domstole i så henseende. Derpå omtales de tendenser til modifikation af magtfordelingsforudsætningerne, som har gjort sig gældende i de senere års juridiske fagdebat og i forbindelse med overvejelserne om inkorporering af yderligere nogle konventioner om menneskerettigheder. Med udgangspunkt i disse overvejelser drøftes det til sidst i kapitlet, hvilken betydning de pågældende rettigheders judiciabilitet – dvs. graden af præcision og andre kendetegn, der gør grundrettighedsnormer mere eller mindre egnet som grundlag for judiciel kontrol – har for magtfordelingsproblemet, særligt i relation til gennemførelsen af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.

FORUDSÆTNINGER I EMRK-LOVENS FORARBEJDER

Spørgsmål vedrørende magtfordeling og -balance som de, der er præsenteret ovenfor, kan i princippet opstå med hensyn til enhver form for vage og upræcist formulerede regler, hvor retsanvenderen nødvendigvis må træffe beslutninger, der gennem udfyldning af den givne regel kompenserer for dens manglende præcision. Problemet får imidlertid særlig betydning og særlige dimensioner i forhold til internationale grundrettighedsnormer, dels fordi de angår grundlæggende rettigheder, dels fordi de er udtryk for internationale forpligtelser, og der ofte er oprettet kontrolorganer under menneskerettighedskonventionerne. Som følge heraf er risikoen for normkonflikt større, og løsningen af disse normkonflikter vil typisk indebære et valg mellem en international konventionsnorm og en national lovbestemmelse. Sådanne valg kan rejse komplicerede retskildespørgsmål, mens løsningen ved eventuel konflikt mellem en lovbestemmelse og den danske grundlov retskildemæssigt er enklere, da grundloven er placeret højere i normhierarkiet end almindelig lovgivning.

Selvom inkorporeringen af EMRK i 1992 i og for sig blev anset for blot at betyde en afklaring af konventionens retskildemæssige betydning gennem *kodificering* af den retstilstand, der allerede var blevet udviklet i dansk domstolspraksis,[4] fandt man på baggrund af risikoen for sådanne normkonflikter anledning til udtrykkeligt at tage stilling til inkorporeringslovens implikationer for domstolenes retspolitiske rolle og samspil med lovgivningsmagten. Det væsentligste formål hermed var at fastlægge – hvilket vil sige: begrænse – rækkevidden af domstolenes kompetence til at fortolke og anvende de inkorporerede konventionsnormer, navnlig i tilfælde hvor dette kunne

indebære tilsidesættelse af danske lovbestemmelser. I den udvalgsbetænkning, der gik forud for gennemførelsen af inkorporeringsloven, hed det således om domstolenes rolle ved udfyldningen af vage konventionsbestemmelser:

> Menneskerettighedskonventionen indeholder en række *vage standarder*, der overlader et betydeligt skøn til de enkelte medlemsstater, og de valg, som udøvelsen af dette *politiske skøn* indebærer, bør træffes af lovgivningsmagten og ikke af domstolene. Dette gælder både på områder, hvor der ikke kan hentes fortolkningsbidrag fra konventionsorganerne, og på områder, hvor der f.eks. er afsagt en eller flere domme af Menneskerettighedsdomstolen.[5]

Det aspekt af magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole, der her er i fokus, angår risikoen for at begrænse *lovgivningsmagtens indflydelse* på beslutninger om den måde, hvorpå konventionsnormerne skal gennemføres i Danmark. Som det vil fremgå af den følgende gennemgang, var dette formentlig under EMRK-lovens tilblivelse det vigtigste problem for den lovgivningsmagt, der hermed i en vis forstand var i færd med at delegere nogle af sine beføjelser vedrørende implementeringen af EMRK til de retsanvendende myndigheder, først og fremmest domstolene.

Som eksempel på, at der – selv efter at Menneskerettighedsdomstolen har afsagt en dom, der fortolker en konventionsbestemmelse – kan være indrømmet staterne et betydeligt skøn, nævnte det lovforberedende udvalg (EMRK-udvalget) dommen *Young, James and Webster*.[6] Mens denne dom tog stilling til visse problemer vedrørende negativ organisationsfrihed, afgjorde den ikke, om eksklusivaftaler i det hele taget var forenelige med EMRK art. 11, ej heller konsekvensen af en afskedigelse i strid med art. 11. Det var efter udvalgets opfattelse et vigtigt element i den principielle balance mellem lovgivningsmagt og domstole, at det er lovgivningsmagten, der træffer valg af denne karakter, hvorfor man lagde vægt på, at denne balance opretholdes. EMRK-udvalget anså det også for at have afgørende fordele af hensyn til borgernes retssikkerhed, at det i forbindelse med tilpasning af en dansk lov med henblik på opfyldelse af EMRK bliver fastlagt af lovgivningsmagten, hvad retstilstanden herefter skal være.[7]

Et andet, men ganske nært relateret aspekt af magtfordelingen var ifølge EMRK-udvalget den mulige risiko for, at domstolene ville udnytte de beføjelser, der fulgte med en inkorporering, til at foretage *selvstændig fortolkning* af EMRK's bestemmelser, dvs. anvende disse med et indhold, der ikke med tilstrækkelig sikkerhed følger af konventionsorganernes praksis.

Om dette fortolkningsaspekt anførte udvalget med henvisning til Højesterets bemærkninger i en sag, hvor man netop afstod fra stillingtagen til et konventionsproblem og henskød dette til lovgivningsmagten:

> Udvalget finder således, at domstolene også efter en inkorporering af konventionen ved lov bør være tilbageholdende med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen, i hvert fald hvor dette ville kunne indebære mere vidtrækkende konsekvenser for retstilstanden.[8]

Det er således i forarbejderne opstillet som en central forudsætning for EMRK-loven, at inkorporeringen ikke skulle forrykke den bestående balance mellem lovgivningsmagt og domstole. Denne balance havde angiveligt hidtil vist sig ved, at borgerne på den ene side havde et effektivt retsmiddel mod *utilsigtede overtrædelser* af EMRK,[9] idet domstolene måtte forventes så vidt muligt kun at ville håndhæve dansk ret med de forbehold og korrektioner, der var nødvendige for at opfylde landets internationale forpligtelser. På den anden side havde Højesteret i praksis været tilbageholdende med at træffe afgørelser, der kunne fremstå som *retsskabende*, i tilfælde hvor rækkevidden af konventionen ikke havde været klar. De konkrete situationer, hvor konventionsmæssigheden af dansk ret kunne give anledning til tvivl, var imidlertid efter EMRK-udvalgets opfattelse hurtigt blevet afklaret ved lovgivning. Samvirket mellem domstolene og lovgivningsmagten havde således sikret en *hurtig og fleksibel opfyldelse* af Danmarks internationale forpligtelser, således som disse løbende fortolkes af konventionsorganerne.[10] I betragtning heraf burde denne balance mellem lovgivningsmagt og domstole ifølge udvalget ikke forrykkes:

> En inkorporering bør ikke føre til, hverken at domstolene påtager sig en større *retspolitisk opgave*, eller at lovgivningsmagten slækker på kravene til en *løbende tilpasning* af lovgivningen, således at en inkorporeringslov kommer til at virke som en sovepude.[11]

Lovgivningsmagtens ansvar – også efter gennemført inkorporering af EMRK – for, at der løbende sker adækvat opfyldelse af konventionsnormerne, blev på ny understreget med følgende udtalelse fra det flertal i Folketingets Retsudvalg, som støttede vedtagelsen af forslaget til inkorporeringslov:

> … den hidtidige praksis, hvorefter afgørelser fra Menneskerettighedsdomstolen undergives en nøje vurdering med henblik på at fastslå, om dansk ret er i overensstemmelse med Menneskerettighedskonventionen, bør

opretholdes. Det er af afgørende betydning, at nødvendige tilpasninger af dansk ret foretages ved gennemførelse af den nødvendige lovgivning, således at Folketingets pligt og ansvar i så henseende fastholdes.[12]

Dette ændrer imidlertid ikke ved, at et af inkorporeringslovens vigtigste formål var at skabe det retskildemæssige grundlag for, at danske domstole og andre retsanvendende myndigheder kan tage hensyn til *nyere praksis* fra konventionsorganerne i tilfælde af, at lovgivningsmagten ikke har haft adgang til at tage stilling til dennes betydning for dansk ret.[13] Det erkendes altså i og med inkorporeringen af EMRK, at lovgivningsmagten ikke kan have eneansvaret for den løbende opfyldelse af konventionen. Som nærmere omtalt nedenfor var lovforarbejderne i den forbindelse noget mere nuancerede med hensyn til den fremtidige magtfordeling, end enkeltstående passager om lovgivningsmagtens pligt og ansvar kan give indtryk af. Efter drøftelsen heraf skal der foretages en mere overordnet revurdering af de forudsætninger og antagelser, som EMRK-loven hviler på i så henseende.

DIVERGENS MELLEM EMRK-LOVENS FORMÅL OG BEGRÆNSNINGER?

De ovenfor citerede udtalelser illustrerer en mulig divergens mellem inkorporeringens hovedformål – retsanvendelsens løbende tilpasning til udviklingen i konventionspraksis også i tilfælde, hvor lovgivningsmagten *ikke* har foretaget en sådan tilpasning, jf. straks nedenfor – og den angivne forudsætning om opretholdelse af magtbalancen. Ifølge denne forudsætning skulle lovgivningsmagten også efter den foreslåede inkorporering af EMRK i princippet forestå den løbende tilpasning af dansk lovgivning, hvorfor domstolene ifølge EMRK-udvalget måtte forholde sig afventende eller i hvert fald tilbageholdende.[14] Det lå således udvalget „stærkt på sinde at fremhæve vigtigheden og nødvendigheden af, at man i lovgivningsproceduren også i fremtiden gør sig klart, om et lovforslag kommer i strid med konventionskomplekset".[15]

Mens denne udtalelse sigtede til lovgivningsproceduren i almindelighed, anførte EMRK-udvalget herefter specielt vedrørende de tilfælde, hvor konventionsorganerne har truffet nye afgørelser, at det da „først og fremmest tilkommer lovgivningsmagten at ændre relevante lovbestemmelser".[16] Der synes i denne formulering at ligge en accept af, at det i tilfælde af *ændret konventionsfortolkning* i Menneskerettighedsdomstolens praksis ikke nødvendigvis vil – eller overhovedet kan – være lovgivningsmagten, der forestår tilpasnin-

gen af dansk national ret. Anerkendelsen af, at det i sådanne situationer kan blive en opgave for de retsanvendende myndigheder at sikre overholdelsen af EMRK, kommer ligeledes til udtryk i udvalgets bemærkning om, at kun hvis de nævnte forudsætninger om lovgivningsmagtens ansvar opfyldes løbende, vil man kunne fastholde, at domstole og andre retsanvendende myndigheder kan gå ud fra en formodning om, at lovgivningen er forenelig med konventionskomplekset.[17] Lovgivningsmagtens ansvar for tilpasning af dansk ret er altså kun et *udgangspunkt*, og betoningen af dette ansvar skal ses på baggrund af ønsket om at lade de retsanvendende instanser operere med en formodning om, at dansk lovgivning er i overensstemmelse med EMRK.

Denne *konventionsmæssighedsformodning* skal ud fra den givne sammenhæng i EMRK-lovens forarbejder forstås dels som en forhåndsantagelse, der som sådan vil kunne afkræftes, dels som en processuel anvisning om, at det normalt vil være op til den berørte borger selv at gøre indsigelse, hvis formodningen ikke anses for holdbar. EMRK-udvalget anførte om dette formodningssynspunkt følgende:

> … domstolene vil kunne arbejde ud fra en formodning om, at retstilstanden er i overensstemmelse med konventionen. Dette betyder selvsagt ikke, at en part i en retssag ikke kan gøre gældende og overbevise retten om, at anvendelsen af en lovbestemmelse i den pågældende parts situation fører til en krænkelse af konventionen, og at bestemmelsen derfor ikke kan anvendes på den anfægtede måde. Men virkningen af en formodning om overensstemmelse er, at domstolene normalt ikke af egen drift skal påse, om der kan tænkes at foreligge en konventionskrænkelse i den konkrete sag. I straffesager har domstolene dog i højere grad en pligt til at kontrollere, at der ikke handles i strid med konventionsreglerne og den tilhørende praksis.[18]

Heroverfor står det imidlertid som ganske afgørende, at inkorporeringen var udslag af en erkendelse af, at det i praksis vil kunne forekomme, at domstolene skal tage stilling til en reel *konflikt* mellem en dansk lovbestemmelse og en konventionsbestemmelse. Formålet med inkorporeringen blev således beskrevet som dette

> … at gøre det klart, at en sådan konflikt erkendes som en mulighed af lovgivningsmagten, og at det er ønsket, at de retsanvendende myndigheder ikke skal føle sig forpligtet til at træffe afgørelser i strid med konventionskomplekset, f.eks. fordi en lov ikke giver en domstol kompetence til at træffe en afgørelse, der kræves efter konventionens artikel 5, eller

> fordi en lov er formuleret generelt, uden at tage hensyn til, at anvendelsen i en konkret situation kan komme i strid med f.eks. konventionens artikel 3 eller artikel 8.[19]

Inkorporeringsloven skulle som følge heraf „navnlig danne grundlag for, at domstolene og andre retsanvendende myndigheder løbende kan tage hensyn til nyere praksis fra konventionsorganerne, som lovgivningsmagten ikke har haft adgang til at tage stilling til".[20] Dette understøtter det ovenfor anførte om, at konventionsmæssighedsformodningen kan gøres til genstand for afkræftelse, og at dette vil være særligt aktuelt, når der foreligger *ny konventionspraksis*. Ligeledes er det på baggrund heraf klart, at der kan ske fravigelse af det udgangspunkt, hvorefter det tilkommer *lovgivningsmagten* at foretage ændring af de relevante lovbestemmelser i tilfælde af, at nye afgørelser fra Menneskerettighedsdomstolen nødvendiggør tilpasning af dansk ret. Det må derfor betragtes som utvivlsomt, at den løbende udvikling i konventionspraksis er en integreret del af den inkorporerede konvention, eller anderledes udtrykt: Inkorporeringsloven omfatter EMRK med det normindhold, der til enhver tid følger af Menneskerettighedsdomstolens fortolkning af konventionen.[21]

For at tilsidesættelse af en dansk lovbestemmelse kan komme på tale i sådanne tilfælde, blev det dog i inkorporeringslovens forarbejder fremhævet som afgørende, at der faktisk foreligger en *relevant praksis* fra konventionsorganerne, og at det normative indhold heraf kan fastlægges med en høj grad af sikkerhed. Den forskydning af magtbalancen, man mest af alt synes at have været optaget af at undgå, bestod i den tidligere omtalte risiko for, at danske domstole i henhold til inkorporeringsloven ville begynde at foretage selvstændig fortolkning af EMRK – dvs. tillægge konventionens bestemmelser et indhold, der ikke umiddelbart følger af deres ordlyd og ej heller med høj grad af sikkerhed kan udledes af konventionsorganernes praksis – og på grundlag heraf tilsidesætte bestemmelser i dansk lovgivning. Det var som sagt EMRK-udvalgets opfattelse, at domstolene også efter en inkorporering af konventionen burde være tilbageholdende med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen – „i hvert fald hvor dette ville kunne indebære mere vidtrækkende konsekvenser for retstilstanden."[22]

Relevansen og holdbarheden af de ovenfor gengivne forudsætninger om lovgivningsmagtens ansvar for gennemførelsen af internationale grundrettighedsnormer, hvis indhold fastlægges ved løbende fortolkning i internationale kontrolorganer, skal drøftes nærmere i de følgende to afsnit. Som foreløbig afslutning på gennemgangen af EMRK-lovens forarbejder må

det fremhæves, at disse havde et mere nuanceret indhold, end man ved læsning af enkeltstående vendinger om lovgivningsmagtens uforandrede rolle umiddelbart kunne få indtryk af. Nok forudsattes magtbalancen mellem lovgivningsmagt og domstole at skulle forblive uforandret. Men der synes hermed først og fremmest at have været tænkt på den principielle fordeling af magten, hvorimod det reelt stod klart, at den praktiske rollefordeling hverken kunne eller burde være upåvirket af inkorporeringen. Det var således EMRK-lovens hovedformål og egentlige rationale at skabe et tydeligt lovgivningsmæssigt grundlag for, at der i retsanvendelsen kan tages højde for konventionspraksis, uanset om lovgivningsmagten i det enkelte tilfælde formelt har indarbejdet denne i dansk ret.

REVURDERING AF EMRK-LOVENS FORUDSÆTNINGER

Som det er fremgået ovenfor, fokuserede overvejelserne om magtfordeling i relation til inkorporeringen af EMRK navnlig på to forskellige, om end indbyrdes forbundne aspekter af en problemstilling, der overordnet drejer sig om afgrænsningen af den judicielle kompetence – altså *domstolsmagten* – i et demokratisk samfund. Det første og formentlig vigtigste aspekt var den formodede risiko for, at inkorporering af EMRK i dansk ret ville reducere *lovgivningsmagtens indflydelse* på den måde, hvorpå konventionsforpligtelserne gennemføres i dansk ret.[23] Det andet aspekt vedrører grænserne for domstolenes beføjelser i forhold til den internationale normudvikling, idet der synes at have været en vis bekymring for, at danske domstole skulle foretage *selvstændig fortolkning* af EMRK med det resultat, at de ville anvende konventionsbestemmelserne ud over det indhold, disse er blevet tillagt gennem hidtidig praksis fra EMRK-organerne.[24] Med tilkendegivelserne om, at lovgivningsmagten stadig efter gennemført inkorporering skulle have hovedansvaret for Danmarks opfyldelse af EMRK, og at domstolene fremdeles skulle være tilbageholdende med selvstændig fortolkning af konventionen, ville lovgiverne givetvis mest af alt undgå, at domstolene ud fra en sådan selvstændig konventionsfortolkning skulle tilsidesætte klare bestemmelser i dansk lovgivning – et scenario, der for alvor ville kunne udfordre *lovgivningsmagtens primat* som den instans, der fastlægger indholdet af national ret.

Disse overvejelser synes at have været udslag af en forventning om, at inkorporering af EMRK – uanset at noget sådant i princippet blev anset for alene at ville kodificere den gældende retstilstand[25] – ville bevirke en markant

forskel i konventionsbestemmelsernes retskildemæssige status, og vel især i deres normative gennemslag i dansk ret. Endvidere bygger overvejelserne og de begrænsninger af EMRK-lovens retsvirkninger, som de førte til, på visse forudsætninger om relationen mellem international og dansk ret:

- at det for ikke-inkorporerede konventioner er muligt at sikre effektiv gennemførelse af de internationale forpligtelser ved løbende tilpasning af dansk lovgivning,
- at denne tilpasning i alle væsentlige henseender foretages af Folketinget eller i hvert fald er undergivet Folketingets indflydelse og kontrol, samt
- at det vil være muligt og hensigtsmæssigt at opretholde den hermed givne rollefordeling også under en inkorporeret konvention.

Det er nærliggende at opfatte de hermed angivne forudsætninger på den måde, at de generelt er udtryk for en demokratisk idealmodel af lovgivningsmagten og dens rolle. Med sine tre enkeltled bygger forudsætningerne på en forestilling om, at lovgivningsmagten har evne og vilje til på alle punkter og i enhver henseende at forestå den løbende tilpasning af national lovgivning, som er nødvendig for, at konkrete retsafgørelser vil leve fuldstændigt op til de internationale forpligtelser.

Spørgsmålet om inkorporeringens retskildemæssige betydning vil blive taget op til drøftelse i kapitel 9 efter gennemgang af nogle centrale retsområder i kapitel 3-6, hvor spørgsmålet om danske domstoles selvstændige fortolkning af EMRK-bestemmelser samtidig vil blive søgt besvaret. I det følgende skal der foretages en revurdering af selve den ovennævnte forudsætning om lovgivningsmagtens centrale rolle ved gennemførelse af internationale menneskerettighedsforpligtelser. Drøftelsen omhandler først de strukturelle aspekter heraf, særligt hvorvidt den forudsatte rolle for lovgivningsmagten er baseret på en realistisk vurdering af problemer og løsningsmuligheder i forbindelse med gennemførelse af internationale normer i dansk ret og – i det omfang normgennemførelse i princippet kan ske ad lovgivningsvejen – hvorvidt Folketinget i praksis har mulighed for selv at udfylde den legislative rolle på dette område.[26] Herefter gennemgås en række konkrete eksempler på regulering, hvor det er blevet hævdet, at lovgivningsmagten mere eller mindre bevidst har afstået fra at tage den opgave på sig med hensyn til gennemførelsen af internationale normer, som var forudsat ved EMRK-inkorporeringen i 1992.

STRUKTURELLE FORUDSÆTNINGER FOR LOVGIVNINGSMAGTENS GENNEMFØRELSESANSVAR

De forudsætninger, hvorunder EMRK blev inkorporeret i dansk ret i 1992, indebærer en række forestillinger, forventninger og idealer om lovgivningsmagtens rolle i relation til både den hidtidige og den fremtidige gennemførelse af internationale forpligtelser i dansk ret. Inkorporeringsloven er således baseret på nogle antagelser dels vedrørende forholdet mellem lovgivningsmagt og domstole, dels om hver af disse magtinstansers funktionsmåde. Ligeledes er selve den forestilling om legislativ gennemførelse af internationale menneskerettighedsnormer, der ligger bag den forudsatte ansvarsfordeling mellem lovgivningsmagt og domstole, baseret på bestemte antagelser vedrørende disse normers indhold, struktur og implikationer for national ret.

Hvad først angår *lovgivningsprocessen*, synes inkorporeringsloven at bygge på en forestilling om, at den danske lovgivningsmagt vil være holdt løbende orienteret om kontrolinstansernes afgørelser under de forskellige menneskerettighedskonventioner. Mens dette ganske vist er tilfældet for praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor Justitsministeriet løbende følger de afsagte domme og vurderer deres implikationer for dansk ret, kan det muligvis stille sig tvivlsomt, om der foretages en tilsvarende systematisk vurdering af praksis fra andre traktatkontrolinstanser. Det må i den forbindelse holdes i betragtning, at det under de forskellige menneskerettighedskonventioner er nødvendigt at tage højde for et betydeligt antal afgørelser – ikke blot i klagesager vedrørende Danmark, men tillige i sager vedrørende andre indklagede stater.[27]

Hertil kommer særligt for FN-konventionernes vedkommende, at der foruden de konkrete afgørelser i klagesager fremkommer fortolkningsbidrag og vejledninger fra kontrolorganerne vedrørende konventionernes gennemførelse i form af dels konkluderende bemærkninger til de regelmæssige landerapporter, dels generelle kommentarer eller anbefalinger. Om end den retskildemæssige betydning af sådanne generelt formulerede udtalelser normalt vil være mindre end for domme og andre afgørelser i konkrete klagesager,[28] kan de konkluderende bemærkninger og anbefalinger ikke på forhånd betragtes som irrelevante for den nationale gennemførelse af konventionsforpligtelserne. I det omfang, der ikke er sikkerhed for løbende registrering og vurdering af sådanne generelle udtalelser fra kontrolorganerne, vil der derfor i princippet være risiko for, at der ved danske domstole eller andre myndigheder kan opstå efterfølgende retsanvendelsesproblemer, som lovgivningsmagten ikke har haft anledning til at tage stilling til.

I et magtanalytisk perspektiv er det dog nok så afgørende, at det i nogen grad synes at være en fiktion, hvis man i denne forbindelse anser lovgivningsmagten for at være identisk med *Folketinget*. Det er som tidligere berørt i god overensstemmelse med en demokratisk idealmodel, at *politiske skøn* vedrørende den nærmere gennemførelse af internationale forpligtelser i Danmark bliver udøvet på grundlag af den politiske legitimitet, der tilkommer Folketinget. Som følge af den omfattende normudvikling på internationalt plan og den indholdsmæssige kompleksitet, der som nedenfor omtalt kan være forbundet med implementeringen heraf i national ret, er det imidlertid næppe realistisk at forestille sig, at alle afgørende beslutninger herom vil blive truffet af folkevalgte politikere i parlamentet. Initiativet til de nødvendige tilpasninger af lovgivningen bliver i realiteten ofte taget af de relevante ministerier, hvis embedsmænd vil have de bedste – og i mange tilfælde helt nødvendige – forudsætninger for at følge praksisudviklingen i de internationale kontrolorganer og vurdere konsekvenserne heraf for dansk ret. Det er almindeligvis disse ministerielle eksperter, som inden for deres respektive reguleringsområder har det fornødne overblik og detailkendskab til at bedømme, om en bestemt udvikling i international ret giver anledning til initiativer fra regeringens side for at sikre fortsat opfyldelse af Danmarks forpligtelser.

Sådanne beslutninger vil formentlig sjældent blive genstand for egentlig politisk debat eller kontrol. Kun i de tilfælde, hvor der træffes beslutning om aktivt at søge dansk lovgivning ændret, vil der blive anledning for Folketinget til at tage stilling til den eventuelle gennemførelse af en foreslået tilpasning af national ret. I givet fald vil den nærmere gennemførelse af en international norm – og den vurdering af national ret, der ligger til grund herfor – ligeledes i det væsentlige være besluttet af de lovforberedende dele af embedsværket.[29] Realiteterne i den lovgivningsmæssige beslutningsproces er således ofte ganske langt fra den omtalte demokratiske idealmodel, og i hvert fald kun indirekte forbundet med det demokratiske mandat, der står centralt i forestillingen om legislativ gennemførelse af internationale forpligtelser. Selvom den præcise rolle- og magtfordeling mellem aktørerne i lovgivningsprocessen ikke lader sig fastlægge inden for rammerne af denne undersøgelse, må det altså konstateres, at denne proces næppe på alle punkter kan leve op til de forudsætninger, der kommer til udtryk i idealmodellen.

De institutionelle svagheder ved den forudsatte legislative gennemførelse af menneskeretlige normer forstærkes af dennes *indholdsmæssige* karakter, hvad angår såvel normernes internationale udspring som det nationale rets-

system, hvori de skal implementeres. For at kunne have fuld sikkerhed for, at national ret til enhver tid opfylder de krav, som følger af EMRK, må den relevante nationale lovgivning ændres umiddelbart efter, at der fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er kommet en dom, som indebærer en nyfortolkning eller ændret rækkevidde af en konventionsbestemmelse. Har den hidtidige retstilstand indebåret eller muliggjort krænkelse af EMRK, således som konventionen nu fortolkes, kan der endda i princippet tænkes at være behov for lovændring med tilbagevirkende kraft for at undgå domfældelse i tilsvarende sager mod Danmark.

Kravene til ændring af national lovgivning indebærer ikke alene, at det berørte ministerium som ovenfor beskrevet straks må tage initiativ til den fornødne lovændring gennem fremlæggelse af forslag hertil for Folketinget. Reguleringsteknisk forudsætter det også, at det vil være muligt ad lovgivningsvejen at foretage en ganske *præcis tilpasning* af de relevante nationale lovbestemmelser for at sikre, at enhver fremtidig konkret retstvist vil blive afgjort i fuld overensstemmelse med den fortolkning af EMRK, som den aktuelle afgørelse fra Menneskerettighedsdomstolen har statueret. Henset til den retlige og faktiske mangfoldighed og uforudsigelighed i de problemer, der vil kunne opstå i fremtidige danske sager, vil denne forudsætning sikkert ikke sjældent svigte.[30]

Forudsætningen om løbende legislativ gennemførelse af EMRK-forpligtelser betyder samtidig, at Folketinget skal være parat til at *vedtage* de forslag, som regeringen ved den relevante minister stiller med henblik på opfølgning af Menneskerettighedsdomstolens fortolkning. Nok vil man i almindelighed kunne forvente en sådan parlamentarisk medvirken til den nødvendige tilpasning af dansk ret, men det kan næppe ganske udelukkes, at den politiske beslutningsproces under visse omstændigheder vil resultere i manglende eller utilstrækkelig stillingtagen til implikationerne af en given EMRK-bestemmelse i national ret, således at konkrete spørgsmål herom vil være overladt til løsning i efterfølgende retspraksis. Er der i sådanne tilfælde tale om en klar tilkendegivelse fra lovgivningsmagten af, at man *ikke* agter at tilpasse national lovgivning til det aktuelle indhold af EMRK-forpligtelsen, vil domstole og andre retsanvendende myndigheder som udgangspunkt være bundet heraf.[31] Derimod vil man i retsanvendelsen være nødsaget til at foretage supplerende udfyldning eller justering af national lovgivning, såfremt lovgivningsmagten enten har overset et problem eller – muligvis bevidst – har undladt at tage entydigt stilling til, hvorvidt og på hvilken måde den nyfortolkede EMRK-bestemmelse skal implementeres i dansk ret.

Endelig kan det meget vel forekomme, at retsudviklingen på *internationalt* plan efterlader uafklarede spørgsmål, som man ikke kan tage højde for ved et enkeltstående lovgivningsinitiativ. Forudsætningen om, at retsskabende beslutninger alene skal træffes i den ordinære lovgivningsproces, synes i nogen grad at bygge på den forestilling, at præjudikater fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol rummer veldefinerede retlige normer, og at konkrete sager for nationale domstole vil komme til at rumme juridiske problemstillinger, der i så høj grad er sammenlignelige med præcedenstilfældene, at der bliver tale om en forholdsvis ukompliceret anvendelse af den én gang fastslåede internationale norm. Denne forestilling vil næppe altid holde stik, hverken for de internationale præjudikater eller for deres umiddelbare og entydige omsættelighed i national retsanvendelse.[32] Selv hvor en afgørelse fra Menneskerettighedsdomstolen rummer en forholdsvis klar principiel fortolkning af en EMRK-bestemmelse, kan der være overladt de nationale myndigheder en betydelig *margin of appreciation* med hensyn til den nærmere gennemførelsesmåde i national ret.

Det må på den baggrund konstateres, at forholdet mellem de internationale præjudikater og konkrete danske retssager såvel som eventuelle uløste spørgsmål i forbindelse med den legislative stillingtagen til implementeringen af internationale normer kan gøre det påkrævet, at domstolene foretager i hvert fald en vis udfyldende normering som led i afgørelsen af de enkelte sager. I visse tilfælde vil det være uundgåeligt, at der bliver truffet juridiske beslutninger om anvendelsesområdet for konventionsbestemmelser eller det specifikke normindhold af sådanne bestemmelser. De retsanvendende myndigheder kan i den sammenhæng blive stillet over for opgaver, som ikke nødvendigvis adskiller sig afgørende fra den retsskabende virksomhed, som lovgivningsmagten under andre omstændigheder kunne – og måske ideelt set burde – have foretaget.

Når forudsætningen om, at der kan sikres effektiv gennemførelse af internationale forpligtelser ved løbende tilpasning af dansk lovgivning, svigter, bliver det tilsvarende problematisk at operere med en formodning om denne lovgivnings forenelighed med de internationale normer – en formodning, der som tidligere omtalt stod forholdsvis centralt ved tilblivelsen af inkorporeringsloven i 1992.[33]

LOVGIVNINGSMAGTENS UNDLADELSE AF STILLINGTAGEN TIL INTERNATIONALE NORMER

I en række tilfælde er der siden inkorporeringen af EMRK blevet gennemført lovgivning, som implicerede menneskeretlige problemstillinger, uden at man i lovgivningsproceduren har taget nærmere stilling hertil. På den baggrund er det blevet hævdet, at lovgivningsmagten har svigtet de forudsætninger om legislativ gennemførelse af internationale menneskerettighedsnormer, som den selv opstillede i forbindelse med vedtagelsen af inkorporeringsloven i 1992. En sådan kritik er blevet fremført dels i den juridiske fagdebat,[34] dels i høringssvar vedrørende nogle af de pågældende lovforslag,[35] og synspunktet har fået principiel tilslutning fra det udvalg, der i 1999 blev nedsat med den opgave at overveje yderligere inkorporering af nogle FN-konventioner om menneskerettigheder.[36]

Nogle eksempler på denne lovgivningspraksis, som gennemgås i det følgende, må siges at illustrere kritikkens berettigelse. Det forhold, at eksemplerne drejer sig om lovgivning vedrørende udlændinge og andre minoritetsgrupper, kunne måske umiddelbart tages som udtryk for manglende repræsentativitet. På den anden side vil kontroversielle menneskerettighedsspørgsmål ofte i særlig grad angå sådanne samfundsgrupper, og tilsvarende vil disses minoritetsstilling typisk gøre behovet for stillingtagen til rækkevidden af den menneskeretlige beskyttelse særligt påtrængende. Eksemplerne kan for så vidt hævdes netop at være repræsentative for problemstillingen.

Uanset graden af repræsentativitet viser eksemplerne, at domstolenes stillingtagen til nogle centrale spørgsmål om EMRK's gennemførelse i dansk ret har været enten direkte *forudsat* af lovgivningsmagten eller nødvendiggjort af dennes bevidste *undladelse* af at tage stilling i situationer, hvor den menneskeretlige problemstilling har været ganske indlysende. Dette fremstår mest tydeligt i de lovforslag, hvis bemærkninger enten slet ikke gør rede for det aktuelle menneskerettighedsspørgsmål eller alene indeholder meget begrænset vejledning herom. Det sidste forekommer normalt på den måde, at det – eventuelt efter opregning af konventionsbestemmelser med relation til det område, der lovgives om – blot anføres, at de beføjelser, der følger af lovforslaget, vil skulle udnyttes med respekt for Danmarks internationale forpligtelser. Med udtalelser af denne art har lovgivningsmagten erkendt den menneskeretlige problemstilling som en realitet, men samtidig undladt at forholde sig konkret hertil.

Det første eksempel, der fortjener at nævnes i denne sammenhæng, er – hvilket i sig selv er bemærkelsesværdigt – tidsmæssigt sammenfaldende

med EMRK-lovens vedtagelse. I april 1992 fremsatte justitsministeren et forslag til ændring af udlændingeloven, som indebar væsentlige ændringer i lovens bestemmelser om opholdstilladelse til familiemedlemmer. Med en formulering, der er blevet nærmest klassisk for denne lovgivningsmetode, blev det om de menneskeretlige implikationer heraf anført:

> Den europæiske Menneskerettighedskonvention har en sådan karakter og er opbygget på en sådan måde, at det oftest ikke så meget er selve reglerne på et bestemt retsområde som reglernes anvendelse, der i det konkrete tilfælde kan være i strid med rettighederne i henhold til konventionen. Som det fremgår af det ovenfor anførte, tilkommer der også på udlændingelovens område en række skønsmæssige beføjelser for udlændingemyndighederne, der forudsættes udøvet i overensstemmelse med de forpligtelser, som Danmark har påtaget sig bl.a. i forbindelse med Den europæiske Menneskerettighedskonvention.
>
> Justitsministeriet finder ikke, at de ovennævnte forslag om begrænsning af adgangen til familiesammenføring med forældre til herboende personer vil stride mod Den europæiske Menneskerettighedskonvention …[37]

På lignende måde hed det i bemærkningerne til et lovforslag fra april 1998 om ændring af udlændingeloven generelt om forholdet til internationale konventioner, henholdsvis om forslagets bestemmelser vedrørende familiesammenføring og udvisning:

> Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har en sådan karakter og er opbygget på en sådan måde, at det oftest ikke så meget er selve reglerne på et bestemt retsområde som reglernes anvendelse, der i det konkrete tilfælde kan være i strid med rettighederne i henhold til konventionen. Det forudsættes således, at de skønsmæssige beføjelser, der i medfør af dette forslag overlades til udlændingemyndighederne, administreres i overensstemmelse med bestemmelserne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.[38]
>
> De foreslåede begrænsninger i adgangen til familiesammenføring skal administreres på en sådan måde, at der meddeles opholdstilladelse i medfør af udlændingelovens § 9, stk. 2, nr. 1 eller 4, i situationer, hvor en nægtelse af opholdstilladelse ville stride mod Danmarks internationale forpligtelser, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8 … Tilsvarende undlades inddragelse eller nægtelse af forlængelse af opholdstilladelse, såfremt dette ville være i strid med Danmarks internationale forpligtelser.[39]

> Det er herved forudsat, at udvisning undlades, hvis dette strider mod Danmarks internationale forpligtelser … Det skal fremhæves, at vægtningsreglen skal anvendes i overensstemmelse med danske myndigheders forpligtelser til i forbindelse med en afgørelse om udvisning at inddrage hensyn, der følger af internationale konventioner og aftaler, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 3 og 8. De i § 26, stk. 1, nævnte hensyn, herunder til udlændingens familiemæssige tilknytning til Danmark, vil således tale imod udvisning i det omfang, dette følger af internationale forpligtelser, jf. artikel 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.[40]

De sidst citerede bemærkninger knyttede sig til en temmelig vidtrækkende adgang til udvisning i forbindelse med idømmelse af ubetinget frihedsstraf, uanset dennes længde og uanset den dømte udlændings opholdstid i Danmark. En sådan model for udvisning var – som markant afvigelse fra det bærende princip i 1983-udlændingelovens udvisningsbestemmelser – blevet introduceret ved en lovændring allerede i efteråret 1996, og med lovforslaget i 1998 blev den udvidet til at omfatte en række yderligere kriminalitetsformer. Ved den oprindelige gennemførelse af en sådan skærpet udvisningsadgang for visse kriminalitetsformer blev der i lovforarbejderne anvendt nogle politisk afstemte formuleringer, der på én gang signalerede restriktiv ordenshåndhævelse og rummede et forbehold om, at håndhævelsen skulle ske under iagttagelse af Danmarks internationale forpligtelser – hvilket det samtidig blev delegeret til de retsanvendende myndigheder at drage omsorg for.[41] I bemærkningerne til lovforslaget fra 1996 blev der imidlertid slet ikke redegjort for de internationale konventioner om menneskerettigheder, der kan have betydning ved stillingtagen til spørgsmålet om udvisning på grund af kriminalitet, idet Indenrigsministeriet blot anførte følgende:

> Afgørelser vedrørende udvisning efter de foreslåede bestemmelser skal som afgørelser vedrørende udvisning efter de almindelige udvisningsbestemmelser træffes under hensyntagen til Danmarks internationale forpligtelser, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention … Udvisning vil ikke kunne finde sted, hvis dette er i strid med Danmarks internationale forpligtelser, jf. lovforslagets almindelige bemærkninger.[42]

Et lovforslag fra februar 2000 om ændring af udlændingeloven indeholdt en ganske udførlig generel omtale af internationale menneskerettighedskonventioner, herunder FN-konventioner. Der blev desuden i bemærkningerne foretaget en vurdering af, om lovforslaget ville være i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser. Det hed herom blandt andet, at

hverken Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller Danmarks øvrige internationale forpligtelser ifølge regeringens vurdering ville være til hinder for de foreslåede ændringer i betingelserne for familiesammenføring.[43] Mere generelt blev det præciseret, at loven ville blive administreret i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser:

> Efter regeringens opfattelse må der ikke være tvivl om, at Danmark overholder sine internationale forpligtelser. De foreslåede bestemmelser vil derfor blive administreret på en sådan måde, at der meddeles tilladelse til familiesammenføring i situationer, hvor en nægtelse heraf ville stride mod Den Europæiske Menneskerettighedskonvention …[44]

Med sigte på de foreslåede stramninger i adgangen til familiesammenføring blev der i bemærkningerne givet en vis vejledning om indholdet og rækkevidden af de forpligtelser, der følger af internationale menneskerettighedskonventioner. Disse bemærkninger var dog temmelig generelt udformet, idet der blev angivet en række kriterier, men kun fandtes beskeden vejledning om deres indbyrdes vægtning. Bemærkningerne til lovforslaget indeholdt blandt andet disse udtalelser:

> De foreslåede betingelser for adgangen til familiesammenføring må dog modificeres af en mulighed for at give tilladelse til familiesammenføring i særlige situationer, hvor en nægtelse heraf ville være særligt indgribende i retten til familieliv efter [EMRK artikel 8].
>
> …
>
> Efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis indebærer bestemmelsen dog, at der i særlige tilfælde ikke kan nægtes familiesammenføring. I den forbindelse lægges der vægt på den indrejsendes kulturelle og familiemæssige tilknytning til hjemlandet. Der lægges endvidere vægt på årsagen til den adskillelse, der ønskes tilendebragt, herunder om denne skyldes de pågældendes eget valg. Der lægges endvidere vægt på, om det herboende familiemedlem har mulighed for at tage ophold sammen med det udenlandske familiemedlem i det andet land. Endelig lægges der vægt på tidspunktet for etableringen af familielivet, herunder om ægteskabet er indgået på et tidspunkt, hvor ægtefællerne ikke kunne have en berettiget forventning om at få tilladelse til at optage familielivet i det pågældende land.
>
> … En pligt for landet til at tillade familiesammenføring vil som udgangspunkt kun foreligge, hvis det ikke vil være muligt – eller i praksis overordentligt vanskeligt – for de pågældende at optage familielivet i et andet land.

> … vil en henvisning af de pågældende til at optage familielivet i et andet land kunne virke så belastende for det herboende familiemedlem, at der muligvis reelt vil kunne være tale om et indgreb i retten til et familieliv. En henvisning af de pågældende til at optage familielivet i et andet land, der vil indebære store følelsesmæssige, praktiske eller juridiske problemer for det herboende familiemedlem, vil således muligvis i helt særlige tilfælde kunne indebære et indgreb i retten til et familieliv.[45]

Forslaget til integrationslov indeholdt ved sin første fremsættelse i Folketinget i december 1997 ingen omtale af de menneskeretlige problemstillinger, det ret åbenlyst ville give anledning til.[46] Ved den fornyede fremsættelse af lovforslaget i april 1998 fandtes der en ret udførlig beskrivelse af relevante internationale konventioner, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FN's konvention om civile og politiske rettigheder og FN's flygtningekonvention. Dette lovforslag rummede både Indenrigsministeriets vurdering af, at forslaget var i overensstemmelse med menneskerettighedskonventionerne, og en generel erklæring om, at skønsmæssige beføjelser efter loven forudsattes at blive administreret i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det hed således i bemærkningerne:

> Lovforslaget skønnes at være i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser. På enkelte områder vedrører forslaget rettigheder, der er reguleret i internationale konventioner. Dette gælder navnlig reglerne om boligplacering og introduktionsydelse. Der er på den baggrund i det følgende redegjort for de foreslåede reglers forhold til internationale konventioner.
>
> Overordnet bemærkes, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har en sådan karakter og er opbygget på en sådan måde, at det oftest ikke så meget er reglerne på et bestemt retsområde som reglernes anvendelse, der i det konkrete tilfælde kan være i strid med rettighederne i henhold til konventionen. Det forudsættes således, at de skønsmæssige beføjelser, der i medfør af dette forslag overlades til udlændingemyndighederne, administreres i overensstemmelse med bestemmelserne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.[47]

Som et sidste eksempel skal nævnes et lovforslag fra marts 2000, der havde til formål at indføre mere fleksible udlejningsregler i den almene boligsektor blandt andet ved at skabe mulighed for, at der kan indgås aftaler mellem kommunalbestyrelser og almene boligorganisationer om, at en vis andel af de ledige boliger i en boligafdeling skal udlejes efter „særlige kriterier".

Mens bemærkningerne til lovforslaget ikke kommer nærmere ind på, hvilke konventioner der kan være relevante i den sammenhæng, og ikke giver oplysninger om indholdet af Danmarks internationale forpligtelser på dette område, blev det i forbindelse med en redegørelse for de påtænkte fleksible udlejningsregler helt generelt anført:

> Der forudsættes ikke at være begrænsninger på de aftaler, der kan indgås, idet de selvfølgelig skal overholde internationale aftaler og konventioner om racediskrimination og menneskerettigheder, som Danmark har ratificeret … Dvs. at der ikke kan indgås aftaler, der negativt afskærer bestemte grupper fra at få anvist en bolig, eksempelvis begrundet i etnisk oprindelse, race eller lign.[48]

I mange reguleringssituationer er det formentlig i realiteten uundgåeligt, at den konkrete vurdering af, hvilken betydning internationale menneskerettighedsnormer har for dansk ret, bliver henskudt til retsanvendelsen, hvorved det i sidste instans bliver domstolene, der må tage stilling til spørgsmål herom. Dette svarer til, hvad der på det mere principielle plan blev argumenteret for under analysen af de strukturelle forudsætninger for EMRK-loven. Der er for så vidt ikke noget overraskende i, at man som i de beskrevne eksempler – undertiden bevidst – foretager den slags henskydning fra lovgivningsmagtens side. Derimod forekommer der i nogle af eksemplerne at være tale om en overdreven henskydning, som ikke alene beror på reguleringsteknisk nødvendighed. Og det er ubestrideligt, at en sådan lovgivningspraksis afviger fra de generelle forudsætninger vedrørende lovgivningsmagtens rolle, der blev opstillet i forbindelse med inkorporeringen af EMRK i 1992.

Tydeligst fremstår dette i lovforarbejder, hvor der stort set ikke siges andet om betydningen af de relevante menneskerettighedskonventioner, end at skønsmæssige beføjelser i medfør af den foreslåede lov forudsættes udøvet i overensstemmelse med disse internationale forpligtelser. Når dette i særlig grad afviger fra den rollefordeling, der blev forudsat ved EMRK-lovens vedtagelse, skyldes det, at lovgivningsmagten her giver udtryk for erkendelse af, at lovforslaget vil have menneskeretlige implikationer, men samtidig bevidst afstår fra at tage stilling til disses omfang og mulige løsning. Den forudsatte legislative stillingtagen er hermed ikke realiseret, og den tilsvarende forudsætning om retsanvendernes tilbageholdenhed med hensyn til vurdering af, om lovgivningen lever op til de internationale normer, kan ikke opretholdes.

Det udvalg, der havde til opgave at overveje inkorporering af yderligere

et antal menneskerettighedskonventioner, har i den forbindelse henvist til, at de retsanvendende myndigheder som udgangspunkt bør kunne gå ud fra, at en lov, der administreres i overensstemmelse med intentionerne i lovforslaget med tilhørende bemærkninger, vil respektere Danmarks internationale forpligtelser. I det omfang, administrative myndigheder overlades skønsmæssige beføjelser, der indebærer mulighed for at træffe afgørelser, der strider mod internationale forpligtelser, bør lovforslagsbemærkningerne derfor så vidt muligt give passende vejledning om indholdet og omfanget af de forpligtelser, der skal respekteres. I tilfælde af, at regering og Folketing ikke i forbindelse med et lovforslags gennemførelse ønsker at foretage en nærmere afklaring af de konflikter, der vil kunne opstå i forhold til menneskerettighedskonventioner, er den forudsætning, der lå til grund for inkorporeringen af EMRK, således ikke til stede.[49]

Visse aspekter heraf skal søges illustreret i forbindelse med analyse af fire konkrete reguleringsområder i kapitel 3-6. Forinden skal der i det følgende ses nærmere på nogle mere generelle spørgsmål vedrørende den retskildemæssige betydning af EMRK's inkorporering i dansk ret, som har været drøftet i lyset af inkorporeringslovens forarbejder samt de hidtidige erfaringer med denne lov.

MODIFIKATION AF MAGTFORDELINGSFORUDSÆTNINGERNE: EMRK-LOVEN SOM QUASI-FORFATNING?

Det blev tidligere påpeget, at EMRK-lovens forarbejder reelt var mere nuancerede med hensyn til de magtfordelingsmæssige implikationer af inkorporeringen, end man måske umiddelbart kunne få indtryk af. Analysen i foranstående afsnit af de underliggende antagelser vedrørende gennemførelse af internationale normer viser desuden, at lovens forudsætninger om uændret magtbalance mellem lovgivningsmagt og domstole efter inkorporering i nogen grad har savnet forankring i realiteterne. Som det blev illustreret, har lovgivningspraksis da også – i hvert fald på visse områder – udviklet sig anderledes end forudsat ved inkorporeringen. På den baggrund skal nu omtales de tendenser til modifikation af magtfordelingsforudsætningerne, som har kunnet iagttages i forbindelse med overvejelserne om inkorporering af et yderligere antal konventioner om menneskerettigheder samt i de senere års juridiske fagdebat.

Først kan det være nyttigt at søge at operationalisere de forudsatte – som

sagt forholdsvis nuancerede – implikationer af inkorporeringen af EMRK med henblik på tilfælde, hvor det kommer til konflikt mellem dansk lovgivning og EMRK. På grundlag af EMRK-lovens forarbejder[50] kan der opstilles en række kriterier for, hvor langt den forudsatte tilbageholdenhed hos domstole og andre retsanvendende myndigheder skal strækkes i sådanne tilfælde. Om end disse kriterier for retsanvendelsen selvsagt vil gøre sig gældende i forskellige kombinationer og med vekslende styrke i relation til de konkrete normkonflikter, der vil foreligge til afgørelse, kan de i generelle termer formentlig angives på denne måde:

- klarheden af den konventionsnorm, som i givet fald skal danne grundlag for tilsidesættelse af en dansk lovbestemmelse,
- klarheden af den danske lovbestemmelse og en eventuel lovgiverintention om med en sådan klar regel at fravige en konventionsbestemmelse,
- konsekvenserne for det danske samfund og retssystem af en eventuel tilsidesættelse af den nationale lovgivning, herunder om tilsidesættelsen vil involvere retspolitiske valg mellem forskellige alternative reguleringsmuligheder,
- eventuelle særlige retssikkerhedshensyn til private parter, der har indrettet sig i tillid til dansk lovgivning, hvis denne måtte blive tilsidesat som følge af horisontale virkninger (dvs. afledte virkninger for privates indbyrdes retsforhold) af en konventionsbestemmelse.

Indholdet af disse kriterier kan næppe defineres entydigt, ligesom den indbyrdes vægtning mellem kriterierne som sagt er vanskelig at angive. Dog er det nærliggende at forstå inkorporeringslovens forarbejder på den måde, at det var afgørende for lovgivningsmagten at opstille en begrænsning af inkorporeringens virkninger i form af, hvad man kunne kalde et *retspolitisk forbehold*: Hvis en dansk lovbestemmelse er klar, eller konsekvenserne af at tilsidesætte den må betragtes som vidtgående, må der kræves sikker støtte i konventionens tekst eller i EMRK-organernes praksis for en sådan tilsidesættelse.[51]

Inkorporeringsudvalget, som blev nedsat i 1999 med den opgave at overveje inkorporering i dansk ret af en række FN-konventioner om menneskerettigheder, har i sin betænkning drøftet retsvirkningerne af inkorporering, herunder principper for løsning af konflikter mellem inkorporerede konventioner og dansk lovgivning.[52] Drøftelsen bygger ikke mindst på erfaringerne med EMRK siden inkorporeringen i 1992 og har derfor interesse, uafhæn-

gigt af hvorvidt Inkorporeringsudvalgets forslag om yderligere inkorporering måtte blive realiseret. Det betones af udvalget, at der kun består en egentlig konflikt mellem dansk ret og en inkorporeret konvention, hvis der foreligger en afklaring med hensyn til denne konventions fortolkning i form af praksis fra et konventionsorgan, som enten direkte har taget stilling til det aktuelle fortolkningsspørgsmål, eller som giver grundlag for med betydelig grad af sikkerhed at fastslå, hvorledes dette spørgsmål må forventes at ville falde ud ved en afgørelse i henhold til konventionen.[53]

Er der herefter tale om en reel konflikt mellem den inkorporerede konvention og en dansk lovbestemmelse, beror løsningen umiddelbart på normernes tidsmæssige rækkefølge. Er den danske lovbestemmelse ældre end den aktuelle inkorporeringslov, følger det allerede af *lex posterior*-princippet, at den sidstnævnte som udgangspunkt vil have forrang. Hvis den danske lovbestemmelse derimod er yngre end inkorporeringsloven, skal den yngre lov ifølge Inkorporeringsudvalget „fortolkes i overensstemmelse med konventionen og må om nødvendigt vige for den inkorporerede konvention, medmindre det må lægges til grund, at lovgiver har *tilsigtet* et brud på konventionen".[54]

Har lovgivningsmagten vedtaget en lov med fuldt kendskab til, at loven må anses for at være i strid med en inkorporeret konvention – således som denne fortolkes af det relevante konventionsorgan – skal danske domstole og andre retsanvendende instanser altså lægge den danske lovbestemmelse til grund, så længe lovgivningsmagten bevidst vælger at opretholde den konventionsstridige lovgivning, jf. også nedenfor. Hvis der ikke er tilsigtet et sådant konventionsbrud, er udgangspunktet klart det modsatte: Der består en *forrangsformodning* for den inkorporerede konvention, dvs. at normkonflikten må løses ved, at konventionsnormen om nødvendigt fortrænger den modstridende danske lovbestemmelse.

Et spørgsmål, der har givet anledning til uenighed i den juridiske teori, er om denne retsvirkning af inkorporering tillige omfatter den løbende udvikling af konventionsnormerne i Menneskerettighedsdomstolens praksis. Det synspunkt har været fremført, at alene det normindhold af EMRK, som var gældende ved konventionens inkorporering i 1992, vil kunne anses for at være anvendeligt i dansk ret efter EMRK-loven. En *efterfølgende normudvikling* i kraft af Menneskerettighedsdomstolens fortolkning vil som følge heraf alene udgøre en del af retskildegrundlaget ved konflikt med danske lovbestemmelser i henhold til de sædvanlige principper for anvendelse af ikke-inkorporerede internationale retskilder.[55]

Bortset fra, at det formodentlig kan være vanskeligt at fastlægge EMRK-normernes præcise indhold pr. 1. juli 1992, hvor inkorporeringsloven trådte i kraft, harmonerer den heri liggende retskildeopfattelse dårligt med hele pointen i at inkorporere konventionen i dansk ret.[56] Som det fremgår af gennemgangen af EMRK-lovens tilblivelse ovenfor, var det et af hovedformålene med inkorporeringen at klargøre, at konflikt mellem danske lovbestemmelser og EMRK kunne være en mulighed, og at de retsanvendende myndigheder i givet fald ikke skulle være afskåret fra at træffe den afgørelse, der måtte være nødvendig til opfyldelse af den relevante EMRK-norm. Det forekommer mest sandsynligt, at en sådan normkonflikt kan opstå i de tilfælde, hvor en konventionsbestemmelse gennem Menneskerettighedsdomstolens fortolkning er blevet tillagt et andet og videregående indhold, end man oprindeligt har forudsat i dansk lovgivning. Har der da ikke været anledning for lovgivningsmagten til at tage stilling til problemet – f.eks. fordi forudsætningen om legislativ gennemførelse af internationale menneskerettigheder ikke altid holder stik – foreligger der netop den slags konflikt, som inkorporeringsloven tilsigtede at sætte de retsanvendende myndigheder i stand til at løse.

Samtidig er det klart, at lovgivningsmagtens principielle kompetence i så fald vil være intakt: Hvis der er politisk ønske om det, kan man gennem ny lovgivning tage stilling til den skete udvikling i EMRK's normindhold og udtrykkeligt beslutte, at Danmark i fremtiden skal *undlade* at opfylde sine konventionsforpligtelser. På den måde vil en eventuel beslutning om at tilsidesætte disse forpligtelser blive truffet af regering og Folketing. Ud fra traditionelle magtfordelingssynspunkter må dette siges at være mere tilfredsstillende end at overlade ansvaret for en så relativt kontroversiel beslutning til domstolene.[57]

Inkorporeringsudvalget var ligeledes af den opfattelse, at fortolkning og anvendelse i dansk ret af inkorporerede konventioner skal ske under hensyntagen til *relevant praksis* fra konventionsorganerne, for FN-konventioners vedkommende navnlig komitéernes afgørelser i individuelle klagesager. Udvalget fandt i den forbindelse ikke grundlag for at sondre mellem afgørelser truffet forud for konventionens inkorporering og senere trufne afgørelser. Hvad enten en afgørelse er yngre eller ældre end en inkorporeringslov, bør praksis fra komitéerne ifølge udvalget inddrages ved konventionens fortolkning og anvendelse i dansk ret. Konventionerne og komitéernes praksis kan således efter udvalgets opfattelse ikke med mening skilles ad, og inkorporering vil ikke tjene noget formål, hvis den får statisk

karakter, dvs. hvis den alene omfatter konventionen som sådan eller alene medtager den praksis, der findes på tidspunktet for inkorporeringen.[58]

Samme principielle opfattelse af den betydning, konventionsnormernes løbende udvikling skal have for dansk ret, gav Inkorporeringsudvalget udtryk for ved drøftelsen af de tilfælde, hvor lovgivningsmagten i forbindelse med behandlingen af et lovforslag har vurderet spørgsmålet om mulig konflikt med en inkorporeret konvention. Efter henvisning til, at der i praksis kan være forskel på omfanget af lovgivningsmagtens vurdering af disse spørgsmål, siges det om domstolenes efterfølgende stillingtagen hertil:

> I tilfælde, hvor lovgivningsmagten har foretaget en udførlig vurdering af et lovforslags forhold til internationale konventioner om menneskerettigheder, bør dette indgå med vægt i forbindelse med en senere retssag om lovens forenelighed med en eller flere inkorporerede konventioner. Dette gælder dog ikke, hvor der efter vedtagelsen af loven er sket en *udvikling i konventionsorganernes praksis, der nødvendiggør en ændret fortolkning og anvendelse*.[59]

Når lovgivningsmagten stadig har kompetence til at beslutte, at Danmark skal tilsidesætte sine konventionsforpligtelser, kan det i praksis blive afgørende, hvorvidt denne kompetence er blevet udnyttet med det resultat, at dansk lovgivning kan og skal anvendes uanset modstrid med EMRK. Hvad enten der er tale om ny lovgivning, som angives at tilsigte brud på en konventionsbestemmelse, eller om ældre lovgivning, som påstås opretholdt, uanset at den er kommet i konflikt med en nyfortolkning af konventionen, må afklaring af normkonflikten bero på, om der foreligger en *egentlig stillingtagen* fra lovgivningsmagtens side. Om den sidstnævnte situation, hvor dansk lovgivning på vedtagelsestidspunktet har været i overensstemmelse med konventionsforpligtelserne, men hvor den efterfølgende udvikling i konventionsorganernes praksis medfører, at denne overensstemmelse ikke længere består, anfører Inkorporeringsudvalget:

> Hvis lovgiver i en sådan situation og med kendskab til den efterfølgende praksis *bevidst vælger at fastholde retstilstanden*, vil domstolene og andre retsanvendende myndigheder også i denne situation skulle lægge loven til grund.[60]

Kravet om *bevidst legislativt valg* ud fra kendskab til den relevante konventionspraksis må indebære, at lovgivningsmagten skal have taget udtrykkeligt og utvetydigt stilling *imod konventionsnormen*, for at denne kan tilsidesættes til

fordel for en modstridende dansk lovbestemmelse.[61] Med andre ord må der ikke herske tvivl med hensyn til lovgivningsmagtens intention om konventionsbrud, hvis en sådan intention – og det dertil hørende ansvar – skal danne grundlag for de retsanvendende instansers tilsidesættelse af den internationale menneskerettighedsforpligtelse.

Herved adskiller den inkorporerede konvention sig afgørende fra grundloven, som uanset lovgivningsmagtens intentioner vil have forrang for almindelige lovbestemmelser. Når EMRK's status på grundlag af inkorporeringen er blevet betegnet som *quasi-konstitutionel*,[62] giver det i og for sig god mening som karakteristik af dens særstilling i retskildebilledet. Heri ligger dog på ingen måde, at konventionen skulle være placeret på et højere normtrin end almindelig lovgivning, men alene dette at retsanvenderne i tilfælde af normkonflikt skal tillægge EMRK-normen forrang for danske lovbestemmelser, medmindre der er sikre holdepunkter for det modsatte. Derfor er det formentlig lige så rammende at beskrive inkorporeringens retsvirkninger på den måde, at der gennem EMRK-loven er etableret en *korrektionsformodning* i konventionsnormens favør. Afkræftelse af formodningen vil som sagt forudsætte, at der findes udtrykkelige og entydige holdepunkter for, at lovgivningsmagten har haft til hensigt at lade den omtvistede danske lovbestemmelse tilsidesætte EMRK-normen.

I et magtperspektiv er dette vel ikke så galt: Lovgivningsmagten har sin sædvanlige reguleringskompetence på nationalt niveau i behold, men hvis denne kompetence skal udnyttes til at bryde internationale forpligtelser, må det tydeliggøres af lovgivningsmagten selv. Ansvarsfordelingen bliver herigennem betydeligt klarere, end hvis man forventer, at domstole og andre retsanvendende instanser skal foreståkonventionsbruddet.

BETYDNINGEN AF JUDICIABILITET – SÆRLIGT OM ØKONOMISKE, SOCIALE OG KULTURELLE RETTIGHEDER

INKORPORERINGSUDVALGETS OVERVEJELSER

Det udvalg, der afgav Betænkning nr. 1220/1991, lagde som ovenfor omtalt vægt på, at en inkorporering af EMRK ikke burde føre til, at domstolene påtog sig en større retspolitisk rolle, eller at lovgivningsmagten slækkede på kravene til en løbende tilpasning af lovgivningen. At EMRK's bestemmelser var af en sådan karakter, at de kunne anvendes af judicielle myndigheder

som retligt grundlag for løsningen af konkrete retstvister, var således ikke omtvistet. Menneskerettighedsdomstolens praksis var allerede da righoldig, og også forud for inkorporeringen i dansk ret i 1992 sås eksempler på, at danske domstole inddrog EMRK i bedømmelsen af konkrete retsspørgsmål. Grundlaget for udvalgets overvejelser var, at de civile og politiske rettigheder, som de har fundet udtryk i EMRK, har en sådan klarhed og præcision, at de må anses for *judiciable*, og bekymringen gik på, om domstolene ville udnytte denne omstændighed på en måde, som kunne risikere at minimere lovgivers rolle.

Magtfordelingshensyn mellem domstole og lovgivningsmagt kom tilsvarende til udtryk i Betænkning nr. 1407/2001, om end forskelligheden af de seks FN-konventioner, hvis eventuelle inkorporering var til overvejelse, tilføjede nogle særlige aspekter til den „gamle" magtfordelingsdiskussion, som er drøftet ovenfor. Udvalget bag betænkningen skulle således efter kommissoriet vurdere, om en række FN-konventioner var „egnede" til at blive inkorporeret i dansk lovgivning. I denne egnethedsvurdering indgik som et centralt kriterium, om konventionerne kan anvendes som retligt grundlag for løsningen af konkrete retstvister, der verserer for domstolene eller andre retsanvendende organer. Om dette spørgsmål hedder det i betænkningen blandt andet følgende:

> Dette er efter udvalgets opfattelse kun tilfældet, hvis den pågældende konventions bestemmelser er formuleret så klart og præcist, at de er egnede til at blive anvendt af sådanne organer (såkaldt „self-executing"). Konventioner, der overvejende indeholder vagt formulerede bestemmelser, herunder såkaldte „programerklæringer", hvis udmøntning i reglen kræver mere eller mindre politiske valg mellem forskellige løsningsmuligheder, der bør foretages af Folketinget, kan efter dansk retstradition ikke anses for egnede til håndhævelse ved domstolene eller andre retsanvendende organer.[63]

Denne tilkendegivelse har særlig betydning i relation til økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og foregriber i realiteten den negative konklusion på udvalgets overvejelser om en eventuel inkorporering af FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (CESCR). Den – og andre konventioner om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder – består i vid udstrækning af temmelig upræcise bestemmelser, som traditionelt betegnes netop som „programerklæringer", og det er en almindelig opfattelse, at sådanne bestemmelser er uegnede som retligt grundlag for løsningen af konkrete retstvister. De opfattes ofte som bestemmelser, der retter sig til

lovgivningsmagten snarere end til administrative og judicielle myndigheder. Den omstændighed, at økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder typisk anses for positive og ressourcekrævende – i modsætning til civile og politiske rettigheder, som opfattes som negative ikke-indgrebsrettigheder uden ressourcemæssige implikationer – afføder ofte det synspunkt, at det må overlades til folkevalgte at træffe afgørelse om den nærmere gennemførelse af rettighederne. Det er et almindeligt synspunkt, at økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som de kommer til udtryk f.eks. i CESCR, *ikke* er judiciable, og det er da også karakteristisk, at der ikke er knyttet individuel klageadgang hverken til Den Europæiske Socialpagt (ESC) eller til CESCR, således som det blandt andet er tilfældet med EMRK og FN-konventionen om civile og politiske rettigheder (CCPR).

En del af udvalgets medlemmer tilkendegav da også den opfattelse, at økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder er væsensforskellige fra civile og politiske rettigheder. De lagde afgørende vægt på, at CESCR i vidt omfang indeholder programerklæringer, og at mange af konventionens bestemmelser pålægger medlemsstaterne positive forpligtelser af vidtrækkende økonomisk og social karakter. Denne del af udvalget fandt derfor ikke, at CESCR's bestemmelser er judiciable og kunne følgelig ikke anbefale inkorporering.

Den resterende del af udvalget lagde derimod afgørende vægt på, at civile og politiske rettigheder på den ene side og økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder på den anden side er udelelige og indbyrdes forbundne.[64] De understregede vigtigheden af signalværdien af en inkorporering og fandt i øvrigt, at det var muligt at tage højde for de indvendinger, der knytter sig til de upræcise bestemmelser, i forbindelse med beskrivelsen af retsvirkningerne af inkorporering i loven. I øvrigt fremhævede de, at visse af CESCR's bestemmelser faktisk *har* en relativt præcis karakter.

Opfattelsen af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som ikke-judiciable er altså omtvistet, og udvalget delte sig med hensyn til vægtningen af kriterierne for inkorporering. Når udvalgets medlemmer ikke desto mindre var enige om „ikke på nuværende tidspunkt at anbefale en inkorporering af CESCR i dansk lovgivning",[65] skyldtes det blandt andet et ønske om at afvente de norske erfaringer med domstolenes anvendelse af CESCR, som blev inkorporeret i norsk ret i 1999,[66] og i øvrigt også mulige danske erfaringer med vagt formulerede bestemmelser i de tre konventioner – CCPR, FN's torturkonvention (CAT) og FN's racediskriminationskonvention (CERD) – som udvalget anbefalede inkorporeret i dansk ret. Endelig fandt udvalget det hensigtsmæssigt at afvente en afklaring

af spørgsmålet om, hvorvidt EU-charteret om grundlæggende rettigheder bliver gjort retligt bindende. Charteret indeholder en række økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, og både EF-domstolen og medlemsstaternes domstole vil i givet fald måtte tage stilling til spørgsmålet om, i hvilken udstrækning disse rettigheder er judiciable.

Den negative konklusion i Betænkning nr. 1407/2001 på spørgsmålet om inkorporering af CESCR i dansk ret har som sin indlysende konsekvens, at konventionen ikke foreløbig bliver inkorporeret. Selvom udvalget var delt på spørgsmålet om vægtningen af inkorporeringskriterierne, var konklusionen entydig, og det er ikke tænkeligt, at Folketinget (hvis magtposition en del af udvalget anså for truet) vil indtage et andet standpunkt. Så længe lovgiver ikke gennem inkorporering har givet konventionen en demokratisk legitimitet, er det derfor ikke sandsynligt, at danske domstole vil bidrage i væsentlig grad til afklaringen af spørgsmålet om, hvorvidt økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder faktisk er judiciable.

Som med civile og politiske rettigheder er det imidlertid sådan, at spørgsmålet om judiciabilitet må stå sin prøve. Det kan ikke afklares teoretisk, og en inkorporering ville kunne bidrage til en afklaring af det omtvistede spørgsmål. Når civile og politiske rettigheder anses for judiciable, er det således netop, fordi judicielle myndigheder (FN's Menneskerettighedskomité, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og de nationale domstole) er blevet givet muligheden for at præcisere indholdet i CCPR og EMRK, hvis bestemmelser også i vid udstrækning er upræcise. Kvalificeringen af økonomiske, sociale og kulturelle menneskerettigheder som judiciable rettigheder kan ikke i samme omfang dokumenteres med udgangspunkt i national retspraksis eller praksis fra internationale kontrolorganer.

KONSEKVENSERNE AF DEN KLASSISKE OPFATTELSE

Den uenighed om judiciabiliteten af økonomiske, sociale og kulturelle menneskerettigheder, som kommer til udtryk i Betænkning nr. 1407/2001, er på ingen måde særegen for Danmark, og den er i øvrigt ikke specifikt knyttet til menneskerettigheds- eller grundrettighedsbeskyttelsen, men snarere til uprecis regulering af ressourcekrævende opgaver generelt. Domstolene anses tilsvarende for at være det gale forum for at træffe afgørelser på grundlag af nationale regler, der følger mål/middelkonstruktionen, og adskillige retsafgørelser afspejler da også domstolenes respekt for den politiske magt.[67] Den kategoriske opfattelse af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som

ikke-judiciable, har imidlertid flere diskutable implikationer, som vil blive drøftet nærmere i nogle af de følgende kapitler. De følgende bemærkninger tjener således primært som introduktion til nogle af de problemstillinger, som senere vil blive behandlet.

Den demokratiopfattelse, der ligger bag den kategoriske afvisning af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som et judicielt retsgrundlag, er f.eks. problematisk, al den stund den i realiteten sætter lighedstegn mellem demokrati og flertalsstyre. En demokratiopfattelse, der ikke rummer mindretalsbeskyttelse og respekt for grundlæggende rettigheder, er således dårligt forenelig med nationale og internationale menneskeretlige forpligtelser, og det kan endvidere anføres, at domstolene er egnede til at spille en rolle i sikringen af denne beskyttelse, netop fordi de ikke er ansvarlige over for flertallet alene, men over for befolkningen som sådan.

Konsekvensen af opfattelsen af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som ikke-judiciable er endvidere den, at den endelige afgørelse ofte vil blive overladt til den udøvende magt. Dele af sundhedslovgivningen og den sociale servicelovgivning savner sommetider den præcision, som judiciel overprøvning sædvanligvis forudsætter, samtidig med at lovgivningsmagten har forudsat – eksplicit eller implicit – at loven skal administreres med respekt for de menneskeretlige forpligtelser. En meget tilbageholdende judiciel overprøvning kan i disse tilfælde ikke nødvendigvis betragtes som udtryk for respekt for den lovgivende magt, men snarere for den udøvende,[68] og den stadige påpegning af domstolenes manglende demokratiske legitimitet kommer let til at overskygge det faktum, at den udøvende magt heller ikke har et demokratisk mandat. I den udstrækning opgaver varetages af kommunerne, spiller demokratihensyn ganske vist en rolle, men det bør dog understreges, at kommunerne ikke har noget *lovgivnings*mandat. Hvis den administrative retsanvendelse får lov at stå uimodsagt, opstår således risikoen for, at menneskeretlige forpligtelser tilsidesættes, og dette behov for modsigelse kan formentlig kun varetages af domstolene. Afgørende er derfor, i hvilken udstrækning de menneskeretlige krav blandt andet om *ikke-diskrimination* og om *kvalitative mindstestandarder* kan bidrage til at afgrænse området for det judiciable, jf. kapitlerne 4 og 7 i denne bog.

DEN INTEGRERENDE METODE

Selvom Danmark ikke er noget foregangsland, er der næppe tvivl om, at den „klassiske" opfattelse af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder

som ikke-judiciable programerklæringer er under kraftig opblødning såvel på det internationale plan som på det nationale. Navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, men også FN's Menneskerettighedskomité har ved hjælp af „den integrerende metode"[69] illustreret, hvorledes selve sondringen mellem det negative og det positive i realiteten er kunstig, og at de rettigheder, der traditionelt betegnes som civile og politiske rettigheder, rummer, hvad man kunne kalde positive og vel at mærke ressourcekrævende opfyldelseselementer. Herved udviskes forskellen mellem rettighederne i smuk overensstemmelse med forestillingen om, at menneskerettighederne er udelelige, indbyrdes forbundne og indbyrdes afhængige.[70]

Betænkning nr. 1407/2001 indeholder enkelte illustrationer af denne praksis,[71] som imidlertid er langt mere udbredt, end hvad betænkningen lader antyde. Selvom det således ikke kommer til udtryk i ordlyden af art. 6 i EMRK, har Menneskerettighedsdomstolen anerkendt, at gratis retshjælp til ubemidledes civile søgsmål kan være omfattet af begrebet fair trial. I sagen understregede Domstolen, at mange civile rettigheder „have implications of a social and economic nature", og at der ikke er nogen „watertight division" mellem sociale og civile rettigheder.[72] Udtrykket civile rettigheder i samme bestemmelse er fortolket som også omfattende en række sociale rettigheder; dvs. at borgere har krav på en retfærdig rettergang også i søgsmål vedrørende disse sociale ydelser, selvom retten til sociale ydelser ikke i øvrigt er beskyttet efter EMRK.[73] Ej heller sundhedsrettigheder er omfattet af EMRK. Alligevel viser flere sager, hvorledes sundhedshensyn har betydning for beskyttelsen af civile rettigheder. Udsendelse af en AIDS-syg mand til St. Kitts er f.eks. anset for værende i strid med forbuddet mod vanærende behandling i EMRK art. 3. Patienten var i behandling på et hospital i England og havde i tilfælde af udvisning udsigt til at dø under ydmygende omstændigheder uden pleje etc.[74] Tilsvarende har Domstolen fundet det uforeneligt med EMRK art. 8 om retten til privatliv, at myndighederne ikke tog initiativ til at beskytte en familie mod helbredsproblemer forårsaget af forurening fra en nærliggende fabrik. Domstolen anså det for at være en krænkelse af retten til privatliv, at myndighederne først efter fire år tog initiativ til at skaffe familien en erstatningsbolig i behørig afstand fra den forurenende virksomhed.[75]

Stedet er ikke her til en nærmere gennemgang af denne praksis og dens betydning for magtfordelingen mellem judicielle og politiske organer. Der henvises til kapitlerne 3 og 4, hvor enkelte aspekter af den integrerende tilgang bliver omtalt og diskuteret. Det skal blot fremhæves, at metoden har som sin konsekvens, at f.eks. Menneskerettighedsdomstolens afgørelser

indirekte kommer til at diktere den nationale ressourceallokering og -prioritering på en sådan måde, at den politiske magt i realiteten begrænses. Det ønskelige i en sådan begrænsning kan diskuteres og bliver det.[76] Pointen her er den beskedne, at „risikoen" for, at magtbalancen forrykkes på en måde, som kan være uforenelig med sædvanlige forestillinger om magtfordeling i et demokratisk samfund, ikke er knyttet specielt til økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, som de optræder i f.eks. ESC og CESCR. Det er ikke muligt at „beskytte sig" mod dommerskabt ret på ressourcekrævende områder ved at afvise inkorporering af de konventioner, som specifikt beskytter sociale menneskerettigheder. Opgavefordelingen mellem judicielle og politiske myndigheder er mere kompleks end som så, en opfattelse, der i øvrigt afspejles i den offentligretlige litteraturs vanskeligheder med at foretage en præcis beskrivelse af afgrænsningen mellem lovgivende, udøvende og dømmende myndigheder.[77]

CESCR-KOMITÉENS OPFATTELSE OG INITIATIVER

En anden bevægelse bort fra den traditionelle opfattelse af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som ikke-judiciable er repræsenteret ved det arbejde, der foregår i og omkring FN-komitéen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (CESCR-komitéen). I flere såkaldte General Comments[78] har komitéen forsøgt at identificere de af CESCR's bestemmelser, som anses for judiciable. Komitéen påpeger først og fremmest, at nogle af rettighederne faktisk *er* lige så præcise som de civile og politiske rettigheder. Et eksempel er *ikke-diskrimination*skravet i konventionen, som komitéen finder „capable of immediate implementation", jf. nærmere kapitel 4. Det samme gælder retten til at organisere sig i fagforeninger og forældres frihed til selv at vælge deres børns skole, jf. art. 8 og art. 13, stk. 3, begge rettigheder som i realiteten unddrager sig klassificeringen som enten sociale eller civile,[79] jf. nærmere kapitel 3. Retten til grundskoleundervisning anses også for judiciabel, jf. art. 13, stk. 2 (a). Bestemmelsen fastslår kort og klart, at „grundskoleundervisning skal være tvungen og gratis for alle". Det er i øvrigt komitéens opfattelse, at samtlige konventionens rettigheder rummer dimensioner, som er judiciable. Komitéen udtaler som følger:

> While the general approach of each legal system needs to be taken into account, there is no Covenant right which could not, in the great majority of systems, be considered to possess at least some significant

> justiciable dimensions. It is sometimes suggested that matters involving the allocation of resources should be left to the political authorities rather than the courts. While the respective competences of the various branches of government must be respected, it is appropriate to acknowledge that courts are generally already involved in a considerable range of matters, which have important resource implications. The adoption of a rigid classification of economic, social and cultural rights which puts them, by definition, beyond the reach of the courts would thus be arbitrary and incompatible with the principle that the two sets of human rights are indivisible and interdependent. It would also drastically curtail the capacity of the courts to protect the rights of the most vulnerable and disadvantaged groups in society.[80]

Endvidere fremhæves det ofte, at CESCR stiller krav om et vist mindstemål af beskyttelse, jf. udtrykket „take steps" i art. 2, stk. 1. Heri ligger, at staterne forpligter sig til at garantere visse (globale) minimumrettigheder.[81] Kravet om en sådan *kvalitativ mindstestandard* er ikke undergivet progressiv realisation og bør derfor kunne håndhæves ved domstolene.[82] Det er således komitéens klare opfattelse, at CESCR i et ikke ubetydeligt omfang er *egnet til* at blive anvendt af nationale domstole for at bruge terminologien fra Betænkning nr. 1407/2001. Komitéen anbefaler da også, at CESCR inkorporeres i dansk ret og beklager, at dette endnu ikke er sket.[83]

Også muligheden for individuel klageadgang med hensyn til økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder er i øjeblikket til diskussion, ikke mindst i FN-systemet,[84] og denne diskussion skal fremhæves som yderligere et aspekt ved opblødningen af den traditionelle opfattelse af den retlige karakter af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. CESCR-komitéen afsluttede i 1996 arbejdet med at udarbejde et udkast til en valgfri protokol til CESCR om individuel klageadgang,[85] og spørgsmålet har siden 1997 været diskuteret på Menneskerettighedskommissionens årlige samlinger. Trods betydelig uenighed mellem medlemsstaterne blev det i 2001 på kommissionens 57. samling besluttet at udpege en uafhængig ekspert med den opgave at arbejde videre med spørgsmålet.[86] Den uafhængige ekspert afgav sin rapport til Menneskerettighedskommissionen i februar 2002,[87] og i overensstemmelse med kommissionens beslutning under den 58. samling blev der under kommissionens 59. samling i 2003 nedsat en såkaldt „open-ended" arbejdsgruppe med den opgave at overveje forskellige modeller for udarbejdelse af en valgfri tillægsprotokol.[88] Der er således en vis bevægelse at spore i arbejdet omkring udarbejdelse af en eventuel valgfri tillægspro-

tokol, men det har formentlig lange udsigter før en sådan ser dagens lys, og mange medlemsstater – herunder Danmark – har end ikke tilkendegivet en holdning til spørgsmålet.

NATIONALE ERFARINGER

Også på det nationale plan synes der at være et opgør på vej med den traditionelle opfattelse af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som et område, der er unddraget domstolenes kontrol. En række stater har således inkorporeret CESCR. Det gælder f.eks. Norge, selvom det endnu er for tidligt at vurdere betydningen heraf.

Ikke mindst i stater med moderne forfatninger – omfattende også økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder – spiller domstolene imidlertid en langt større rolle end tidligere, og selvom prøvelsen er forsigtig, er det næppe for meget at sige, at den traditionelle opfattelse taber terræn.[89] F.eks. udmærker den finske forfatning sig ved sit omfattende sociale rettighedskatalog,[90] og Finland adskiller sig fra de øvrige nordiske lande ved en langt mere aktiv prøvelse også af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.[91] Karakteristisk er det da også, at Finland spiller en aktiv rolle i arbejdet omkring udarbejdelsen af en valgfri tillægsprotokol til CESCR.

Noget tilsvarende gælder Sydafrika, hvis forfatningsdomstol ved indtil flere lejligheder har forholdt sig til forfatningsmæssigheden af forskellige initiativer på det sociale område. Denne domspraksis har interesse også i en dansk kontekst, fordi det sociale rettighedskatalog i den sydafrikanske forfatning fra 1996 i vid udstrækning er inspireret af CESCR. Denne domspraksis omtales nærmere i kapitel 7 om positive forpligtelser.

ØKONOMISKE, SOCIALE OG KULTURELLE RETTIGHEDER SOM JUDICIABLE RETTIGHEDER – RETLIGE OG/ELLER POLITISKE HINDRINGER

På sigt er det næppe muligt at opretholde den rigoristiske opfattelse af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som ikke-judiciable. Den bygger på en ulogisk opfattelse af disse rettigheder som væsensforskellige fra civile og politiske rettigheder, en opfattelse blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol med sin integrerende tilgang er i fuld gang med at gøre op med. Domstolen anerkender således, at civile rettigheder indeholder

(judiciable) sociale elementer og introducerer en langt mere nuanceret – om end fragmenteret – opfattelse af rettighedsbegrebet, en opfattelse som har klare magtfordelingsmæssige implikationer.

Disse magtfordelingsmæssige implikationer illustrerer kompleksiteten af spørgsmålet om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheders judiciabilitet. Disse rettigheder kan være delvist judiciable i den forstand, at det kan prøves, om f.eks. ikke-diskriminationskravet er respekteret, samtidig med at de judicielle myndigheder må afstå fra at tage stilling til andre elementer af de pågældende rettigheder. Og gennem valget af retlig reaktion kan judicielle myndigheder udvise respekt for lokalt selvstyre og lovgivningsmagt ved alene at pege på, at et bestemt problem kræver en anden løsning end den oprindeligt valgte uden at tage konkret stilling til, hvilken løsning der er den rette, jf. herved også begrebet „margin of appreciation".

Der er således næppe tvivl om, at økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder i en vis udstrækning *kan* anvendes af judicielle myndigheder som grundlag for afgørelsen af retlige tvister, og var dette ikke tilfældet, kan man da også sige, at de i vid udstrækning ville miste deres *raison d'être*. Den manglende inkorporering af rettighederne og det forhold, at der ikke er etableret individuel klageadgang på det internationale plan, blokerer imidlertid i nogen grad for den *faktiske anvendelse* af disse rettigheder ved judicielle organer, og argumentationen er i nogen grad cirkulær. At hævde, at rettighederne ikke er judiciable – blandt andet fordi der ikke eksisterer international case law – og samtidig stille sig tøvende over for etableringen af de internationale klageorganer, som med tiden ville kunne modbevise påstanden netop ved hjælp af case law, er i nogen grad modsætningsfyldt. Det, der præsenteres som en retlig hindring, er derfor på én og samme gang en politisk hindring,[92] idet en accept af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som judiciable rettigheder risikerer at gribe forstyrrende ind i den danske velfærdsstatslige selvopfattelse. Selvom det meget langtfra er givet, at eksistensen og accepten af en international overprøvning ville bringe denne selvforståelse i fare, kan det således ikke udelukkes, at dele af dansk sociallovgivning og praksis ville kunne give konventionsorganerne anledning til kritik, jf. kapitlerne 4 og 7.

1 Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter: EMRK-loven eller inkorporeringsloven).

2 Jf. Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, kapitel 10 og 11, især s. 147-50 og s. 192-98 samt bemærkningerne til justitsministerens forslag til lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FT 1991-92, tillæg A sp. 5465-71, og Retsudvalgets betænkning over lovforslaget, FT 1991-92, tillæg B sp. 891-92.

3 Jf. Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, kapitel 14, især s. 305-10. Problemstillinger og løsningsforslag må dog betegnes som mere nuancerede her end i diskussionen forud for EMRK-loven af 1992, jf. nedenfor i afsnittet om modifikation af magtfordelingsforudsætningerne.

4 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 147 og s. 192-93.

5 Betænkning nr. 1220/1991, s. 148 (fremhævet her).

6 *Young, James and Webster v. UK*, dom af 13. august 1981 (*British Rail*). Dommen er nærmere omtalt under drøftelsen af negativ organisationsfrihed i kapitel 3 i denne bog.

7 Betænkning nr. 1220/1991, s. 148-49.

8 Betænkning nr. 1220/1991, s. 149. Udvalget henviser i denne forbindelse til Højesterets dom af 21. december 1989, UfR 1990 s. 181, hvor det – selvom der ikke forelå nogen stillingtagen fra konventionsorganerne til det aktuelle spørgsmål om dommerhabilitet i straffesager – blev anset for tvivlsomt, om dansk retspraksis var i overensstemmelse med EMRK art. 6. Højesteret udtalte dog herefter: „Under hensyn til de meget vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen her i landet, som en sådan fortolkning ville medføre … finder Højesteret imidlertid, at det bør overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til dette spørgsmål."

9 Den retskildemæssige diskussion fokuserer generelt på de tilfælde, hvor dansk lovgivning kan komme i konflikt med EMRK, uden at dette har været lovgivningsmagtens hensigt. Også efter inkorporeringen af EMRK må en dansk lovbestemmelse forventes at blive tillagt forrang af domstolene, selvom den er i strid med en EMRK-norm, såfremt lovgivningsmagten udtrykkeligt og entydigt har *tilsigtet* at bryde med den internationale forpligtelse, jf. nedenfor i dette kapitel.

10 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 192, og bemærkningerne til forslaget til lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FT 1991-92, tillæg A sp. 5464-65.

11 Betænkning nr. 1220/1991, s. 193, jf. tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5465 (fremhævet her).

12 FT 1991-92, tillæg B sp. 891-92.

13 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 196 og tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5468.

14 Jf. hertil Jonas Christoffersen, „Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention", UfR 2000 B, s. 594-95 med kritik af grundlaget for denne forudsætning om tilbageholdenhed.

15 Betænkning nr. 1220/1991, s. 196 og tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5467.

16 Betænkning nr. 1220/1991, s. 196 og tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5467.

17 Betænkning nr. 1220/1991, s. 196 og tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5467.

18 Betænkning nr. 1220/1991, s. 150, jf. hertil s. 196 og FT 1991-92, tillæg A sp. 5467. En lignende processuel virkning af formodningen fremgår af FT 1991-92, tillæg A sp. 5470,

dog med angivelse af ubetinget ex officio-forpligtelse i straffesager og med yderligere forbehold vedrørende prøvelse af forvaltningsafgørelser. Se for en mere nuanceret opfattelse Peer Lorenzen, „Danske domstole og menneskerettighederne", *Lov & Ret* nr. 3/1999, s. 10, og Betænkning nr. 1407/2001, s. 138-39. Konventionsmæssighedsformodningen er – nok med en vis risiko for overbetoning – blevet betegnet som et „formodningsprincip", jf. Marianne Holdgaard Bukh, *Modaflhøring af vidner*, 1998, s. 41-44, s. 47 og s. 56 med henvisninger.

19 Betænkning nr. 1220/1991, s. 196 og tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5467.

20 Betænkning nr. 1220/1991, s. 196 og tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5468.

21 En enkeltstående henvisning i EMRK-lovens forarbejder til „almindelige fortolkningsprincipper om forholdet mellem folkeret og national ret" kan muligvis – men ikke nødvendigvis – tages som udtryk for, at inkorporeringen ikke skulle omfatte senere konventionspraksis, hvilket dog ikke kan ændre ved ovenstående antagelse. Se Betænkning nr. 1220/1991, s. 197 og FT 1991-92, tillæg A sp. 5468 samt drøftelsen nedenfor i dette kapitel.

22 Betænkning nr. 1220/1991, s. 149, jf. den delvist tilsvarende formulering i FT 1991-92, tillæg A sp. 5468-69. Se ovenfor i note 8 om den udtalelse i en højesteretsdom om dommerhabilitet, UfR 1990 s. 181, og den efterfølgende ændring af retsplejeloven, hvortil EMRK-udvalget i denne forbindelse henviste.

23 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 148-49, s. 192-93 og s. 196 samt tilsvarende bemærkninger til forslaget til lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FT 1991-92, tillæg A sp. 5464-65 og sp. 5467.

24 Betænkning nr. 1220/1991, s. 149 og s. 197-98 samt FT 1991-92, tillæg A sp. 5468-69.

25 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 147 og s. 193 samt FT 1991-92, tillæg A sp. 5465.

26 Den følgende drøftelse bygger i det væsentlige på Ida Elisabeth Koch og Jens Vedsted-Hansen, „Judicialised Protection of International Human Rights and the Issue of Power Balance", i Martin Scheinin (red.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, 2001, s. 175-217, særligt s. 184-93.

27 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 28-29 og s. 139.

28 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 173-74 og s. 176-78 vedrørende FN-konventionen om civile og politiske rettigheder, s. 201-10 vedrørende FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, s. 223-28 vedrørende FN's racediskriminationskonvention, s. 249-50 vedrørende FN's torturkonvention, s. 271 vedrørende FN's børnekonvention og s. 284-90 vedrørende FN's kvindediskriminationskonvention.

29 Jf. Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 3. Menneskerettigheder*, 3. udgave, 2003, s. 46.

30 Ibid., s. 46. Jf. tillige Marianne Holdgaard Bukh, *Modaflhøring af vidner*, 1998, s. 42 samt Peer Lorenzen, „Danske domstole og menneskerettighederne", *Lov & Ret* nr. 3/1999, s. 10.

31 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 308-09. Se tillige nedenfor i dette kapitel.

32 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 300.

33 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 150 og s. 196 samt FT 1991-92, tillæg A sp. 5467.

34 Jf. Peter Vedel Kessing, „Menneskeretslov blev en sovepude", *Lov & Ret* nr. 4/1999, s. 10-15.

35 Se navnlig Det Danske Center for Menneskerettigheders notat vedrørende lovforslag L 154 om ændring af udlændingeloven, straffeloven og ægteskabsloven samt lovforslag

L 155 om integration af udlændinge i Danmark, fremsendt til Folketingets Retsudvalg den 15. januar 1998.

36 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 137-40 med henvisning til eksempler, der omtales s. 96-105.

37 Lovforslag nr. L 257 af 8. april 1992 om ændring af udlændingeloven (Familiesammenføring, effektivisering af asylsagsbehandlingen m.v.), almindelige bemærkninger pkt. 6, FT 1991-92, tillæg A sp. 6236.

38 Lovforslag nr. L 59 af 16. april 1998 om ændring af udlændingeloven og straffeloven (Tidsubegrænset opholdstilladelse, asyl, familiesammenføring og udvisning m.v.), almindelige bemærkninger pkt. 10.1, FT 1997-98, 2. samling, tillæg A s. 1565.

39 Lovforslag nr. L 59 af 16. april 1998, almindelige bemærkninger pkt. 10.3, FT 1997-98, 2. samling, tillæg A s. 1566.

40 Lovforslag nr. L 59 af 16. april 1998, almindelige bemærkninger pkt. 10.5 og specielle bemærkninger til § 1, nr. 19, FT 1997-98, 2. samling, tillæg A s. 1567 og s. 1583.

41 Denne lovgivning og den efterfølgende udvikling i retspraksis er nærmere behandlet i kapitel 6.

42 Lovforslag nr. L 24 af 3. oktober 1996 om ændring af udlændingeloven, FT 1996-97, tillæg A s. 1016 og s. 1017.

43 Lovforslag nr. L 208 af 28. februar 2000 om ændring af udlændingeloven med flere love (Krav om egen bolig ved familiesammenføring, tilknytningskrav ved ægtefællesammenføring og indsats mod ægteskaber, der ikke beror på parternes egen fri vilje), almindelige bemærkninger pkt. 5, FT 1999-2000, tillæg A s. 5812.

44 Lovforslag nr. L 208 af 28. februar 2000, almindelige bemærkninger pkt. 5, FT 1999-2000, tillæg A s. 5813.

45 Lovforslag nr. L 208 af 28. februar 2000, almindelige bemærkninger pkt. 5, FT 1999-2000, tillæg A s. 5812.

46 Lovforslag nr. L 155 af 17. december 1997 om integration af udlændinge i Danmark, FT 1997-98, 1. samling, tillæg A s. 2984 med bemærkninger s. 2996-3006.

47 Lovforslag nr. L 60 af 16. april 1998 om integration af udlændinge i Danmark, almindelige bemærkninger pkt. 3, FT 1997-98, 2. samling, tillæg A s. 1664.

48 Lovforslag nr. 211 af 1. marts 2000 om ændring af lov om almene boliger samt støttede private andelsboliger m.v., lov om andelsboligforeninger og andre boligfællesskaber, lov om individuel boligstøtte og lov om integration af udlændinge i Danmark (Fleksible udlejningsregler, særlig støtte til visse almene boligafdelinger og kommunal anvisning til private andelsboliger), almindelige bemærkninger pkt. 1, FT 1999-2000, tillæg A s. 5865.

49 Betænkning nr. 1407/2001, s. 139-40.

50 Se henvisninger til Betænkning nr. 1220/1991 og FT 1991-92, tillæg A og B i første afsnit af dette kapitel.

51 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 197-98 og FT 1991-92, tillæg A sp. 5468-69. Se herom endvidere Jens Vedsted-Hansen, „Internationale menneskerettigheder – national retspolitik", i Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, 2002, særligt s. 221-25.

52 Betænkning nr. 1407/2001, s. 301-10. Spørgsmål vedrørende konflikter mellem inkorporerede konventioner og dansk lovgivning (betegnet „dansk ret i øvrigt") drøftes særligt s. 306-09.

53 Betænkning nr. 1407/2001, s. 307-08. Jf. hertil Peer Lorenzen, „Danske domstole og menneskerettighederne", *Lov & Ret* nr. 3/1999, s. 8-9.

54 Betænkning nr. 1407/2001, s. 309 (original fremhævelse).

55 Jens Garde og Michael Hansen Jensen, „Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed", *Juristen* 1998, s. 351-56. Se derimod Erik Werlauff, „Inkorporering af en konvention eller en konventionstekst?", *Juristen* 1999, s. 73-75, jf. hertil Jens Garde og Michael Hansen Jensen, „Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis – et tungtvejende fortolkningselement eller en ubetinget bindende retskilde?", *Juristen* 2002, s. 76-82.

56 Jf. hertil Peer Lorenzen, *Lov & Ret* nr. 3/1999, s. 8, Jens Vedsted-Hansen, „Internationale menneskerettigheder – national retspolitik", i Jens Evald og Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, 2002, s. 228-31, samt Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 3. Menneskerettigheder*, 3. udgave, 2003, s. 43-45.

57 Jf. Peer Lorenzen, *Lov & Ret* nr. 3/1999, s. 9, og Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 121-22 og s. 125.

58 Betænkning nr. 1407/2001, s. 298-99. Jf. tillige s. 138-39.

59 Betænkning nr. 1407/2001, s. 308 (fremhævet her).

60 Betænkning nr. 1407/2001, s. 309 (fremhævet her).

61 Jf. Henrik Zahle, *Dansk forfatningsret 3. Menneskerettigheder*, 3. udgave, 2003, s. 42 og s. 45-46.

62 Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 118 og s. 125, jf. dog den lidt anderledes og mindre klare betydning af „quasi-forfatningsretlig status" i relation til norsk ret s. 117 med note 211.

63 Betænkning nr. 1407/2001, s. 151.

64 Forestillingen om, at menneskerettighederne er *udelelige, indbyrdes forbundne og indbyrdes afhængige,* går helt tilbage til den såkaldte Separation Resolution No. 543 (VI) fra 1952, ved hvilken FN's Generalforsamling traf beslutning om at opdele Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (UDHR) fra 1948 i to konventioner, én om civile og politiske rettigheder (CCPR) og én om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (CESCR). Dette at menneskerettighederne er udelelige har været gentaget ved utallige lejligheder siden 1952, senest i Vienna Declaration and Programme of Action, kap. 1, para. 5 (1993), uden at det i og for sig er blevet meget klarere, hvad forestillingen implicerer. Det bidrager ej heller til gennemskueligheden, at opfattelsen af menneskerettighederne som udelelige blev introduceret samtidig med beslutningen om faktisk at opdele dem, og den tanke er nærliggende, at introduktionen af forestillingen om menneskerettighedernes udelelighed primært tjener til at legitimere beslutningen om at opdele dem.

65 Betænkning nr. 1407/2001, s. 216.

66 Jf. Lov om styrkning av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven), lov nr. 30 af 21. maj 1999.

67 Fra dansk ret kan f.eks. henvises til *Daginstitutionsdommen*, UfR 1980 s. 970, *Odder-dommen*, UfR 1985 s. 368 og *IVF-dommen*, UfR 2000 s. 1196.

68 Jf. nærmere om denne problemstilling Ida Elisabeth Koch, „Sociale grundrettigheder som judiciable rettigheder", *EU-ret & Menneskeret* nr. 4/2001, og „The Justiciability of Indivisible Rights", *Nordic Journal of International Law* Vol. 72, No. 1, 2003.

69 Udtrykket er introduceret af Martin Scheinin, jf. f.eks. „Economic and Social Rights as Legal Rights", i Asbjørn Eide m.fl. (red.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*, Second Revised Edition, 2001, s. 29 ff.

70 Jf. Vienna Declaration and Programme of Action, kap. I, para. 5 (1993).

71 Udvalget refererer f.eks. til *Pancenko v. Latvia*, afgørelse af 28. oktober 1999 (klagesag 40772/98) og til *Marzari v. Italy*, afgørelse af 4. maj 1999 (klagesag 36448/97), jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 160.

72 *Airey v. Ireland*, dom af 9. oktober 1979.

73 Jf. *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, dom af 24. juni 1993. Se også *Feldbrügge v. the Netherlands*, dom af 29. maj 1986, *Deumeland v. Germany*, dom af 29. maj 1986, samt *Salesi v. Italy*, dom af 26. februar 1993.

74 *D. v. United Kingdom*, dom af 2. maj 1997.

75 *López Ostra v. Spain*, dom af 9. december 1994.

76 Jf. f.eks. Gorm Toftegaard Nielsen, „Domstolene som den tredje statsmagt", i Gorm Toftegaard Nielsen m.fl. (red.), *Parlamentarismen – hvem tog magten?*, 2001, s. 147 ff, og Eva Smith, „Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourgdomstolens praksis?", *Juristen* 2001, s. 54 ff.

77 Jf. f.eks. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Opgaver, Hjemmel, Organisation*, 1997, kapitlerne VI, XIX, XX, XXII og XXIII, Karsten Loiborg kapitel 3 i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 2. udgave, 2003, Henrik Zahle, *Dansk Forfatningsret 1. Institutioner og Regulering*, 3. udgave, 2001, kapitel 13-16. Se også Barry Holmström, *Domstolar och demokrati: den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*, 1998, navnlig kapitel II.

78 Jf. navnlig General Comment No. 9 (*The Domestic Application of the Covenant*) (1998).

79 Jf. EMRK art. 11 samt art. 2 i Tillægsprotokol Nr. 1 til EMRK.

80 CESCR General Comment No. 9 (*The Domestic Application of the Covenant*) (1998), pkt. 10.

81 CESCR General Comment No. 3 (*The Nature of States Parties' Obligations (Article 2, para. 1)*) (1990), pkt. 10.

82 Det er klart, at sådanne globale mindstestandarder er uinteressante i en dansk kontekst. Der kan dog argumenteres for, at CESCR også forpligter til at etablere nationale kvalitative mindstestandarder, jf. nærmere herom i kapitel 7 om positive forpligtelser.

83 Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Denmark. UN Doc. E/C.12/1/Add.34, 14. maj 1999.

84 Til ESC har siden 1995 været knyttet en tillægsprotokol om kollektiv klageadgang, jf. Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints. Den trådte i kraft den 1. juli 1998 og er (primo januar 2004) ratificeret af 11 stater, mens to har godkendt klageproceduren i forbindelse med ratifikation af det Reviderede Sociale Charter, jf. dettes art. D. Blandt de ratificerende stater er Norge, Sverige og Finland, hvorimod Danmark (endnu) ikke har ratificeret protokollen. Den case law, som allerede nu foreligger, kan ikke desto mindre bidrage til en afklaring af det overordnede spørgsmål om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheders judiciabilitet.

85 Verdenskonferencen om menneskerettigheder i 1993 opfordrede allerede da Menneskerettighedskommissionen til i samarbejde med Komitéen for økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder at fortsætte arbejdet med at undersøge mulighederne for en sådan tillægsprotokol, jf. Vienna Declaration and Programme of Action, kap. II, C para. 75.

86 Commission on Human Rights Resolution 2001/30, UN Doc. E/CN.4/Res/2001/30.

87 Report of 12 February 2002 of the independent expert on the question of a draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/CN.4/2002/57.

88 Commission on Human Rights Resolution: Question of the realization in all countries of the economic, social and cultural rights contained in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and study of special problems which the developing countries face in their efforts to achieve these human rights, UN Doc. E/CN.4/RES/2002/24 og E/CN.4/RES/2003/18, navnlig pkt. 12-16.

89 Se f.eks. gennemgangen hos Sandra Liebenberg i „The Protection of Economic and Social Rights in Domestic legal Systems", i Asbjørn Eide m.fl. (red.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*, Second Revised Edition, 2001, s. 55 ff.

90 Den nugældende finske forfatning trådte i kraft i 2000, men allerede i 1995 undergik rettighedskataloget en omfattende reform, jf. Lag nr. 969/1995 om ändring av Regeringsformen för Finland og Finlands grundlov, Lag nr. 731/1999.

91 Se f.eks. Martin Scheinin, „Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland – A Rights-Based Variant of the Welfare State", i Martin Scheinin (red.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, 2001, s. 245 ff.

92 En FN-workshop i 2001 om protokollen konkluderer tilsvarende, at „[t]he principal remaining obstacle to the adoption of the protocol was political resistance". Economic, Social and Cultural Rights. Report of the High Commissioner for Human Rights. Addendum. Report on the workshop on the justiciability of economic, social and cultural rights with particular reference to the draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc. E/CN.4/2001/62/Add.2.

KAPITEL 3

ORGANISATIONSRETTIGHEDER

DET KOLLEKTIVE AFTALESYSTEM OG DEN INTERNATIONALE FORPLIGTELSE

Reguleringen af det danske arbejdsmarked er præget af et samspil mellem kollektive aftaler og lovgivning, og arbejdsmarkedets parter spiller en større rolle i Danmark end i de fleste andre europæiske lande. Arbejdsmarkedets parter har således ansvar både for reguleringen af lønforhold og for en række øvrige arbejds- og ansættelsesforhold, og såvel på arbejdsgiver- som på arbejdstagerside er organisationsprocenten betydelig. *Reguleringsmagten* er i en vis forstand fordelt mellem staten og arbejdsmarkedets parter, og fredspligten garanterer, at arbejdsmarkedet er stabilt og præget af forholdsvis få konflikter.

Selvom det altså i meget høj grad er arbejdsmarkedets parter og ikke staten, som regulerer arbejdsmarkedet, har Danmark ikke desto mindre ratificeret en række internationale konventioner, som forpligter staterne til at sikre en række arbejdstagerrettigheder.[1] Det drejer sig navnlig om ILO-konventionerne, FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (CESCR) og Europarådets økonomisk-sociale konvention, dvs. Den Europæiske Socialpagt (ESC). Også en række EU-direktiver stiller krav til arbejdstagerbeskyttelsen.

For en umiddelbar betragtning kan det derfor forekomme modsætningsfyldt, at staten på den ene side forpligter sig internationalt, og på den anden side overlader det til arbejdsmarkedets parter at bestemme omfanget af den menneskeretlige beskyttelse på arbejdsmarkedet. Det danske aftalesystem har da også bevirket, at Danmark har været tilbageholdende med hensyn til at forpligte sig internationalt. Således har Danmark undladt at ratificere en del af ILO-konventionerne,[2] og blandt de ikke-ratificerede bestemmelser i ESC[3] er netop visse arbejdstagerrettigheder som f.eks. retten til ligeløn. I bemærkningerne til forslaget til folketingsbeslutning om Danmarks ratifikation af Socialpagten er således anført, at „det må anses for betænkeligt,

om de statslige myndigheder uden om arbejdsmarkedets parter kunne blive forpligtet til at lovgive om lønspørgsmål, herunder om indførelsen af lige løn".[4] Endvidere henvises ofte til den særlige danske aftalemodel som argument imod, at Danmark påtager sig yderligere internationale forpligtelser på arbejdsmarkedsområdet. Under den danske debat forud for vedtagelsen i Nice i 2001 af EU-Charteret om grundlæggende rettigheder var det således væsentligt for Danmark at undgå formuleringer, som kunne være uforenelige med aftalesystemet. Karakteristisk er det også, at de forbehold, Danmark tog ved underskrivelsen af Den Reviderede Socialpagt fra 1996, især vedrører arbejdstagerrettigheder,[5] og den danske aftalemodel er da også en af årsagerne til, at Danmark endnu ikke har ratificeret Den Reviderede Socialpagt.[6]

Imidlertid er det samtidig en del af den menneskeretlige beskyttelse, at både arbejdere og arbejdsgivere skal kunne organisere sig for derved at beskytte deres økonomiske og sociale interesser, jf. f.eks. ESC art. 5. Bestemmelsen foreskriver, at national lovgivning ikke må begrænse denne frihed, og ESC art. 6 beskytter arbejdstageres og arbejdsgiveres ret til at føre kollektive forhandlinger „med henblik på en regulering af arbejdsvilkårene gennem kollektive overenskomster". Endvidere fremgår det af ESC art. 33, at forpligtelsen kan indgås og opfyldelsen anses for effektiv, selvom en række forhold er reguleret ved kollektiv overenskomst. Det forudsætter dog, at de pågældende bestemmelser faktisk „iværksættes" på anden måde end ved lov.[7]

Ratificeringen af internationale aftaler om løn og arbejdsforhold bliver derfor kun uforenelig med det kollektive aftalesystem, hvis arbejdsmarkedets parter skulle finde på at aftale sig til rette om løn- og arbejdsvilkår, som strider mod de mindstekrav, som følger af konventionerne. F.eks. følger det af ESC art. 4 om retten til en rimelig løn, at retten kan sikres enten gennem „frivilligt afsluttede kollektive overenskomster, gennem lovmæssig fastsættelse af lønninger eller på anden efter forholdene i det enkelte land afpasset måde". I Socialpagten er altså indbygget en vis valgfrihed med hensyn til måden, hvorpå rettighederne sikres, og man kan formentlig udtrykke det således, at staterne kan vælge at overlade reguleringen til arbejdsmarkedets parter, så længe deres aftaler enten opfylder eller overopfylder konventionskravene. I praksis gennemføres da også både ILO-konventioner og EU-direktiver i et vist omfang ved, at arbejdsmarkedets parter frivilligt indarbejder kravene i overenskomsterne.

Principielt må man altså fastholde, at staterne har ikke blot ret, men også

pligt til at sikre, at arbejdsmarkedets parter i aftaleindgåelsen respekterer internationale menneskerettigheder. I betragtning af, at de menneskeretlige krav med hensyn til arbejdstid, løn, ferie etc. set med danske øjne er forholdsvis beskedne, er dette næppe noget meget stort problem. De i praksis relevante spørgsmål er snarere, dels i hvilket omfang staterne skal respektere indgåelsen af eksklusivaftaler, dels om de kan gribe ind over for andre aftaler, som faktisk respekterer internationale menneskerettigheder. I beskrivelsen af dette magtforhold mellem staten og arbejdsmarkedets parter spiller det tillige en rolle, at de internationale menneskerettigheder, der har relevans, har både forskellig karakter og forskellig status i det danske retssystem.

Efter drøftelse af disse mere overordnede spørgsmål behandler dette kapitel nogle konkrete organisationsrettigheder og deres gennemførelse i Danmark i lyset af de særlige magtforhold, der gør sig gældende på dette område: relationerne mellem lovgivningsmagten og aftalesystemet, henholdsvis mellem lovgivningsmagten og domstolene. Det drejer sig om den negative organisationsfrihed – dvs. retten til ikke at være medlem af en (fag)forening – og den hertil knyttede kontrovers omkring arbejdsmarkedets eksklusivaftaler, om retten til kollektive forhandlinger og endelig om konfliktretten. Disse organisationsrettigheder diskuteres som både civile og sociale rettigheder, og det komplekse samspil mellem disse forskelligartede aspekter af rettighederne skal søges belyst.

ORGANISATIONSRETTENS INDPLACERING SOM SOCIAL ELLER CIVIL MENNESKERET

Det danske aftalesystem bygger på den tankegang, at arbejdsmarkedets parter gennem overenskomstindgåelsen kan sikre såvel arbejdsgivernes som arbejdstagernes rettigheder. Denne interessevaretagelse finder sted gennem en participatorisk proces, som i sig selv har karakter af menneskeret, nemlig retten til at organisere sig, til at blive hørt og til at indgå aftaler. Denne participatoriske ret er vanskeligt indplacerbar i den traditionelle opdeling af menneskerettigheder i henholdsvis civile og sociale menneskerettigheder, og det er da også helt karakteristisk, at retten til at organisere sig optræder i begge typer af konventioner, uden at det nærmere er præciseret, om eller hvordan organisationsretten „fordeles" mellem de to typer af konventioner.[8] Den uklare afgrænsning mellem det civile og det sociale element i organisationsretten illustrerer i en vis forstand, at menneskerettighederne er udelelige, indbyrdes forbundne og indbyrdes afhængige.[9]

Organisationsretten behandles som oftest i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK), mens ESC kun sjældent vies opmærksomhed. Ikke desto mindre er Socialpagten det sociale sidestykke til EMRK, og på flere punkter giver den en mere vidtgående beskyttelse. Allerede derfor fortjener den opmærksomhed, og desuden forholder Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) sig til Socialpagten i afgrænsningen af civile rettigheder fra sociale rettigheder. Derfor er det også Socialpagtens bestemmelser, der vil blive fokuseret på i det følgende, selvom arbejdsmarkedsrelevante rettigheder genfindes i FN-konventionerne og ikke mindst i ILO-konventionerne, som anerkender princippet om menneskerettighedernes udelelighed i den forstand, at de omhandler både de civile og de sociale aspekter af den internationale arbejdsret.

Den, der ønsker at udvide sit kendskab til international arbejdsret i bred forstand, må derfor søge andre kilder end denne bog.[10] Formålet her er alene at studere magtrelationen mellem lovgivningsmagten og arbejdsmarkedets parter i lyset af et andet styrkeforhold, nemlig styrkeforholdet mellem sociale og civile menneskerettigheder, således som de manifesterer sig som retskilder i det danske retssystem. FN- og ILO-konventionerne inddrages der, hvor det har en særlig relevans, men fokus vil være på menneskerettighedsbeskyttelsen i det europæiske traktatsystem. Det er heller ikke tilsigtet at give en generel beskrivelse af de to nævnte styrkeforhold, idet fremstillingen alene bygger på udvalgte eksempler fra EMD og fra det overvågningssystem, der er knyttet til ESC.

ESC'S STATUS I DANSK RET

Det er ingen overdrivelse at sige, at Socialpagten kun har opnået beskeden anerkendelse i Danmark. Som nævnt har Danmark (i 1965) ratificeret dele af ESC, hvorimod det aldrig har været overvejet at inkorporere den i dansk ret.[11] I det hele taget nyder Socialpagten meget ringe bevågenhed i Danmark, og mange er end ikke vidende om dens eksistens. Ikke desto mindre indeholder den et rettighedskatalog, som – sammenlignet med grundlovens sociale rettigheder[12] – yder en ganske omfattende beskyttelse, ikke alene på grund af dets omfang, men også på grund af dets detaljeringsgrad. Som det gælder for de fleste konventioner om sociale rettigheder, er mange af Socialpagtens bestemmelser dog karakteriseret ved betydelig vaghed i formuleringen, og der er da heller ikke tilknyttet mulighed for individuel klageadgang. For Danmarks vedkommende overvåges overholdelsen af

Socialpagtens bestemmelser gennem et rapporteringssystem,[13] hvis konklusioner kun sjældent omtales i den danske offentlighed.

Det skyldes dog ikke, at Danmark ikke har været genstand for kritik. Tværtimod er der en række eksempler på, at konventionsorganerne har fundet, at dansk ret strider mod Socialpagtens bestemmelser. Nogle af dem vil blive omtalt i det følgende. Den manglende opmærksomhed på og respekt for Socialpagten hænger snarere sammen med uklarheder i forbindelse med kompetencefordelingen mellem de forskellige led i kontrolsystemet, navnlig Den Europæiske Sociale Komité, Regeringskomitéen og Ministerkomitéen, jf. ESC art. 25, 27 og 29.

Efter ESC art. 29 tilkommer det Ministerkomitéen at afgive henstillinger til medlemsstaterne, mens kompetencefordelingen mellem Den Europæiske Sociale Komité (en ekspertkomité, tidligere betegnet Komitéen af Uafhængige Eksperter) og Regeringskomitéen (i traktatteksten omtalt som underkomitéen) er mindre klar. Denne uklarhed har i praksis ført til, at Regeringskomitéen har ment sig berettiget til at fortolke Socialpagten og ofte udlagt den mere regeringsvenligt end Ekspertkomitéen. For at tydeliggøre kompetencefordelingen de to organer imellem er der derfor i 1991 udarbejdet en Protocol Amending the European Social Charter. Protokollen fordeler kompetencen således, at Den Europæiske Sociale Komité foretager den juridiske fortolkning af Socialpagten, mens Regeringskomitéens opgave er den at udvælge de områder, hvor den finder, at der er behov for anbefalinger eller henstillinger fra Ministerkomitéen. Denne udvælgelse skal finde sted – ikke efter en juridisk vurdering, men – „on the basis of social, economic and other policy considerations", jf. art. 4 i Protocol Amending the European Social Charter. Protokollen gør altså op med den forestilling, at *både* Den Europæiske Sociale Komité og Regeringskomitéen har kompetence til at foretage en juridisk fortolkning af Socialpagten.

Protocol Amending the European Social Charter træder først i kraft, når samtlige de stater, der deltager i traktaten, har ratificeret den, jf. art. 8. I praksis virker kontrolsystemet imidlertid i det store og hele som foreskrevet i protokollen. Det skyldes, at Regeringskomitéen ved en flertalsbeslutning har imødekommet en anbefaling fra Ministerkomitéen om, at protokollen tages i anvendelse „before its entry into force, in so far as the text of the Charter will allow".[14] Da teksten netop ikke giver Regeringskomitéen den kompetence, som den i praksis havde tiltaget sig, kan klagesystemet fungere som foreskrevet i protokollen.

Danmark har imidlertid hverken underskrevet eller ratificeret protokollen

og var sammen med enkelte andre lande ikke tilhængere af, at den skulle tillempes som beskrevet. Danmark ønsker at afvente protokollens formelle ikrafttræden,[15] en ikrafttræden Danmark imidlertid samtidig blokerer for ved ikke at ratificere. Danmark mener altså fortsat, at Den Europæiske Sociale Komités juridiske vurderinger kan bedømmes af Regeringskomitéen, og anerkender formelt kun den eventuelle kritik, der måtte udgå fra Ministerkomitéen (på grundlag af Regeringskomitéens anbefalinger).[16] Om end man kan mene, at den danske opfattelse er noget anstrengt, ordlyden af Socialpagten taget i betragtning, kan det på ingen måde afvises, at den danske holdning rent folkeretligt er holdbar. Eftersom Danmark efterhånden står ret alene med sin modstand mod tillempningen af protokollen,[17] kunne man imidlertid forvente, at Danmark til gengæld ville respektere en eventuel kritik fra Ministerkomitéen. Som det vil fremgå af det følgende, er dette ikke tilfældet.

NEGATIV ORGANISATIONSFRIHED

KONVENTIONSBESKYTTELSE AF FAGFORENINGSFRIHEDEN

I dette afsnit skal sammenhængen mellem sociale og civile aspekter af organisationsfriheden på arbejdsmarkedet illustreres gennem nærmere analyse af den negative organisationsfrihed, dvs. retten til *ikke* at være medlem af en (fag)forening. Med hensyn til dette aspekt af organisationsfriheden har der været en slags parallel udvikling under EMRK og ESC, hvor de respektive kontrolorganer gensidigt har henvist til hinandens fortolkninger og andre internationale udviklinger. Da kun EMRK er inkorporeret i dansk ret, har denne vekselvirkning mellem de to konventionssystemer ikke afspejlet sig direkte på det nationale plan. Den dynamiske udvikling på internationalt plan viser sig stort set udelukkende i form af EMRK's gennemslag i danske domstoles retsanvendelse – med de magtbalanceproblemer, dette giver anledning til at drøfte.

Det er uomtvistet, at der eksisterer en positiv organisationsfrihed i den forstand, at staterne ikke må forhindre deres borgere i at danne og være medlem af fagforeninger. Det omtvistede spørgsmål er, om retten til *ikke* at være medlem af en fagforening tillige er beskyttet, altså om der eksisterer en negativ fagforeningsfrihed. Hvis aftaler om organisationspligt indgået mellem arbejdsmarkedets parter – såkaldte *eksklusivaftaler* – er uforenelige med internationale menneskerettigheder, vil det således kunne få konsekvenser

for styrkeforholdet mellem staten og arbejdsmarkedets parter i den forstand, at staterne vil være ikke blot berettiget, men tillige forpligtet til at forhindre en sådan aftaleindgåelse.

Ifølge EMRK art. 11 har enhver ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser. Mens bestemmelsen uden tvivl beskytter den positive foreningsfrihed, herunder i relation til dannelse og medlemskab af fagforeninger, forekommer det mindre sikkert, om den omfatter negativ foreningsfrihed, dvs. retten til at fravælge organisationsmedlemskab. Menneskerettighedernes rækkevidde i den henseende har fået en central plads i den langvarige debat om eksklusivaftaler på det danske arbejdsmarked, dvs. kollektive aftaler hvorved medlemmer af en arbejdsgiverorganisation forpligter sig til udelukkende eller fortrinsvist at beskæftige medlemmer af den fagforening, som den pågældende overenskomst er indgået med.[18]

Spørgsmålet er altså, om EMRK og andre konventioner sikrer retten til enten at være uorganiseret eller at være medlem af en anden fagforening end den, der måtte have indgået den pågældende eksklusivaftale. Dette menneskeretlige problem har særlig interesse på grund af dets forankring i samfundsmæssige konflikter, og det har da også vist sig at give anledning til betydelig kontrovers både politisk og i den juridiske debat. Det drejer sig her ikke alene om forholdet mellem stat og individ, men tillige om de indbyrdes forhold mellem personer og grupper med modsatrettede private interesser.[19] Debatten har på baggrund heraf omhandlet både EMRK art. 11's fortolkning – dvs. hvilken forståelse af bestemmelsen der er den rigtige – og dens eventuelt mangelfulde opfyldelse i dansk lovgivning.

Inden EMRK art. 11 og denne bestemmelses samspil med ESC omtales nærmere, skal andre menneskeretlige normer af betydning for spørgsmålet om negativ foreningsfrihed, særligt i relation til fagforeninger, kort omtales. Efterfølgende beskrives den lovgivning, der er gennemført med det officielle formål at sikre Danmarks efterlevelse af bestemmelsen, og de nyere sager om eksklusivaftaler, hvori domstolene har taget stilling til, om denne lovgivning stadig opfylder forpligtelsen til at beskytte den negative organisationsfrihed. På den baggrund drages en foreløbig konklusion som led i drøftelsen af, hvilke faktorer der har indflydelse på forholdet mellem lovgivningsmagt og domstole med hensyn til gennemførelse af internationale menneskeretlige normer i dansk ret.

Verdenserklæringen om Menneskerettigheder supplerer retten til at danne foreninger med en udtrykkelig bestemmelse om negativ foreningsfrihed, som

gælder generelt og ikke kun i forhold til fagforeningsmedlemskab.[20] FN-konventionen om civile og politiske rettigheder (CCPR) tager derimod ikke stilling til det negative aspekt af foreningsfriheden, idet art. 22 blot fastslår, at enhver har ret til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og indmelde sig i fagforeninger til beskyttelse af sine interesser.[21] CESCR indeholder en mulig indirekte regulering af spørgsmålet ved i art. 8 at forpligte staten til at sikre enhver ret til at fremme og beskytte sine økonomiske, sociale og kulturelle interesser ved at oprette og indmelde sig i fagforeninger *efter eget valg*. Endelig skal nævnes ILO-konvention nr. 87 fra 1948 om foreningsfrihed og beskyttelse af retten til at organisere sig, ifølge hvis art. 2 arbejdere og arbejdsgivere uden forskel af nogen art er berettiget til at oprette og til at slutte sig til organisationer *efter eget valg* og uden forudgående tilladelse, alene under iagttagelse af den pågældende organisations bestemmelser. Art. 11 i ILO-konventionen forpligter staterne til at træffe alle nødvendige og egnede forholdsregler til sikring af arbejdernes og arbejdsgivernes *frie ret* til at organisere sig.

I ESC art. 5 er retten til at organisere sig formuleret som følger:

> For at sikre eller fremme arbejdernes og arbejdsgivernes ret til frit at oprette lokale, nationale eller internationale organisationer til beskyttelse af deres økonomiske og sociale interesser og til at tilslutte sig disse organisationer forpligter de kontraherende parter sig til at drage omsorg for, at deres lovgivning eller dennes anvendelse ikke begrænser denne frihed. Det skal fastsættes ved nationale love eller administrative bestemmelser, i hvilket omfang de i denne artikel fastsatte garantier skal finde anvendelse på politiet.
>
> Princippet for disse garantiers anvendelse på medlemmer af de væbnede styrker og den udstrækning, hvori de skal finde anvendelse på personer inden for denne kategori, skal ligeledes fastsættes ved nationale love eller administrative bestemmelser.

Endvidere har en bestemmelse i tillægget til ESC relevans for organisationsfriheden. Det drejer sig om art. 1 (2) om retten til arbejde, som har følgende ordlyd:

> Denne bestemmelse må ikke fortolkes således, at den forbyder eller godkender nogen bestemmelse eller praksis, hvorefter der kræves medlemskab af en fagforening.

Som det skal omtales nærmere nedenfor, har EMD ved en række lejligheder taget stilling til spørgsmålet om negativ organisationsfrihed efter EMRK art. 11. Spørgsmålet har imidlertid tillige været behandlet under rapporteringssystemet efter ESC. Allerede under den første supervisionsrunde i 1970 udtalte ESC-Ekspertkomitéen at

> The Committee also noted that, in accordance with the Appendix to the Charter, Article 5 does not rule on the admissibility of union security clauses or practices. The Committee considered, however, that any form of compulsory unionism imposed by law must be considered incompatible with the obligation arising under this article of the Charter.[22]

Udtalelsen må forstås således, at art. 5 i og for sig er „neutral" i forhold til eksklusivaftaler, idet bestemmelsen, i lighed med ILO-retten,[23] alene vedrører *lovbaserede* krav om medlemskab af en bestemt organisation, jf. udtrykket „imposed by law". Efter at EMD i 1981 på grundlag af EMRK art. 11 havde afsagt dom i sagen vedrørende *Young, James and Webster* (ofte betegnet *British Rail*) fandt Ekspertkomitéen imidlertid anledning til at revurdere spørgsmålet om omfanget af beskyttelsen efter ESC art. 5. EMD forholdt sig i *British Rail*-sagen til det faktum, at den meget absolutte formulering i Verdenserklæringens art. 20, stk. 2 bevidst ikke var medtaget i EMRK art. 11. Om den abstrakte fortolkning af art. 11 udtalte EMD følgende:

> Assuming for the sake of argument that … a general rule such as that in Article 20 par. 2 of the Universal Declaration of Human Rights was deliberately omitted from, and so cannot be regarded as itself enshrined in, the Convention, it does not follow that the negative aspect of a person's freedom of association falls completely outside the ambit of Article 11 and that each and every compulsion to join a particular trade union is compatible with intention of that provision. To construe Article 11 as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee …[24]

I den konkrete subsumption lagde Domstolen herefter vægt på sagens tidsmæssige forløb og på de eventuelle (sociale) konsekvenser af det manglende medlemskab og fandt, at EMRK art. 11 giver en vis beskyttelse af den negative organisationsfrihed, idet selve kerneindholdet af bestemmelsen kan blive berørt i sådanne tilfælde, jf. nærmere nedenfor. EMD formulerede sin principielle vurdering af sagen således:

> … a threat of dismissal involving loss of livelihood is a most serious form of compulsion and, in the present instance, it was directed against persons engaged by British Rail before the introduction of any obligation to join a particular trade union.
>
> In the Court's opinion, such a form of compulsion, in the circumstances of the case, *strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11*. For this reason alone, there had been an interference with that freedom as regards each of the three applicants.[25]

I lyset af *British Rail*-dommen udtalte Ekspertkomitéen under ESC herefter følgende:

> Without taking a stand on the question whether the Appendix to the Charter concerning Article 1, para 2 is also applicable to Article 5, the Committee felt that even if this were the case, it would not follow either that the negative aspect of the freedom to organise would fall completely outside the scope of Article 5 or that an obligation to join a trade union would always be in conformity with the spirit of this provision.
>
> In accordance with the statement of the European Court of Human Rights in the above-mentioned case … it should be underlined that also as regards Article 5 of the Charter, to interpret this provision „as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee".[26]

I den følgende supervisionsrunde udtrykte Ekspertkomitéen det noget stærkere, idet den tillige foretog en indskrænkende fortolkning af art. 1, stk. 2 i Tillægget til Socialpagten:

> … no Contracting Party can fail to provide legal remedies or sanctions for practices which unduly obstruct the freedom to form or join trade union organisations, for otherwise the scope of the aforementioned provision of the Appendix would be excessively widened and situations incompatible with the fundamental freedom secured by Article 5 would be considered lawful.[27]

Efter Ekspertkomitéens reviderede opfattelse rummer ESC altså et *forbud mod eksklusivaftaler*, og i løbet af de følgende supervisionsrunder tog Komitéen herefter stilling til konventionsmæssigheden af den danske lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold,[28] som var blevet vedtaget

på baggrund af *British Rail*-dommen. I 1985 udtalte Komitéen således, at lovens § 2, stk. 2 og 3 var i strid med ESC art. 5.[29] Danmark indvendte, at foreningsfrihedsloven ikke kunne være i strid med ESC, eftersom den var i overensstemmelse med EMRK art. 11, og at denne sidste ikke garanterede den negative organisationsfrihed. Komitéen afviste imidlertid Danmarks fortolkning af *British Rail*-dommen og tilføjede, at ESC og EMRK er to forskellige instrumenter.[30]

AFTALEBESTEMT CONTRA LOVBESTEMT FORENINGSTVANG

I de tre konkrete tilfælde, der blev taget stilling til i *British Rail*-sagen, lagde EMD vægt på det dilemma, klagerne havde stået i ved kravet om at tilslutte sig bestemte fagforeninger. Som følge af deres vægring ved at efterkomme det, de opfattede som urimeligt pres, var de blevet opsagt fra deres arbejde, som ikke oprindeligt havde været betinget af fagforeningsmedlemskab. En sådan behandling var efter EMD's opfattelse klart i strid med den negative betydning af foreningsfrihedsbegrebet, og under disse omstændigheder var der tale om en form for tvang som „strikes at the very substance of the freedom guaranteed", og som derfor var et indgreb i den frihed, der er beskyttet af art. 11.[31]

Det spillede desuden en rolle i EMD's bedømmelse af eksklusivaftalens virkninger, at klagernes nægtelse af at efterkomme den var begrundet i principiel modvilje mod fagforeningspolitik og i de relevante fagforeningers politiske tilknytning til Labour-partiet. På den baggrund måtte EMRK art. 11 om foreningsfrihed fortolkes i lyset af art. 9 og 10 om tanke-, samvittigheds- og ytringsfrihed, og det „strikes at the very substance of this Article to exert pressure, of the kind applied to the applicants, in order to compel someone to join an association contrary to his conviction".[32]

Dommens resultat beror således på den konkrete kombination af *tvangens* karakter, intensitet og sociale implikationer, de bristede *forudsætninger* i forhold til klagernes oprindelige ansættelsesvilkår og de *samvittighedsmæssige implikationer* af den udøvede tvang. Af interesse for den senere udvikling både i EMRK-praksis og i den danske debat udtalte Domstolen mere generelt, at idet art. 11 ikke kunne antages at garantere det negative aspekt af foreningsfriheden på lige fod med det positive aspekt, vil tvang med sigte på tilslutning til en bestemt fagforening ikke nødvendigvis være i strid med konventionen.[33] Med denne udtalelse ville man tydeligvis opretholde adgangen til at indgå og håndhæve eksklusivaftaler, uden at dette i sig selv

– dvs. hvor der ikke forelå kvalificerede tvangssituationer som i *British Rail*-sagen – skulle komme til at udgøre en krænkelse af konventionen. Samme retsopfattelse blev udtrykt i *Sibson*-dommen fra 1993,[34] hvor klageren ikke fandtes at have været udsat for en sådan behandling, at det berørte substansen i foreningsfriheden.

Med *Sigurjónsson*-dommen kort tid senere i 1993 synes EMD derimod at have lagt op til en stærkere beskyttelse af den negative foreningsfrihed. Denne blev her formuleret eksplicit ud fra de generelle principper om dynamisk fortolkning af EMRK, friheden var ikke som i *British Rail*-sagen knyttet til bristede forudsætninger, og samtidig holdt man nu den mulighed åben, at det negative aspekt af foreningsfriheden kunne betragtes som ligestillet med den positive foreningsfrihed.[35] Som led i sin begrundelse for dette resultat henviste Domstolen både til Verdenserklæringens art. 20, til ESC art. 5 og til ILO-konventionerne.

Ved vurderingen af dommens rækkevidde i relation til eksklusivaftaler må det holdes for øje, at *Sigurjónsson*-sagen på væsentlige punkter adskiller sig fra *British Rail*. For det første havde Sigurjónsson ikke været udsat for tvang til at være medlem af en bestemt fagforening i henhold til kollektivaftale mellem denne og en arbejdsgiver, men for en *lovbestemt* pligt til medlemskab af en forening af selvstændige taxavognmænd.[36] Medlemskab heraf var en betingelse for udstedelse af taxabevilling, og sanktionen ved udmeldelse var tilbagekaldelse af bevillingen og eventuel bødestraf. Ifølge den islandske regering måtte den negative foreningsfrihed, som var blevet fastslået i *British Rail*-dommen, fortolkes restriktivt, og Sigurjónsson var på grund af sagernes forskellighed ikke beskyttet under EMRK art. 11. EMD tillagde dog ikke forskellene samme betydning – nærmere omvendt, idet Domstolen synes at have anset den her udøvede tvang for i en vis forstand at være alvorligere og beskyttelsen efter art. 11 derfor stærkere. Domstolen bemærkede således, at medlemsforpligtelsen for Sigurjónsson ikke som i *British Rail*-sagen var baseret på en aftale, men „imposed by law".[37]

Nu kunne det indvendes, at lovbestemt pligt til foreningsmedlemskab ikke i sig selv kan gøre den store forskel fra aftalebaseret foreningstvang, idet staten også i sidstnævnte tilfælde vil blive holdt ansvarlig for den retstilstand, der måtte indebære krænkelse af EMRK.[38] Imidlertid må det forventes, at direkte statslig foreningstvang som udgangspunkt vil blive bedømt strengere af EMD end krav om fagforeningsmedlemskab, der følger af en aftale indgået mellem en fagforening og en arbejdsgiverorganisation. Det kan således være mere nærliggende at anse det som et indgreb i organisationsfriheden

efter art. 11, stk. 1, hvis statslige myndigheder har pålagt enkeltpersoner at indmelde sig i en bestemt forening, og medlemspligten håndhæves ved indgribende offentligretlige sanktioner. Hertil kommer, at der formentlig vil være en snævrere margen for legitimering af indgrebet efter bestemmelsens stk. 2, når det er staten selv, der har udøvet foreningstvang, end hvis det drejer sig om omfanget af statens positive forpligtelse til at gribe ind i den aftaleretlige relation mellem private parter.[39]

For det andet var der under disse omstændigheder ikke for Sigurjónsson tale om bristede forudsætninger i samme grad, som det var tilfældet i *British Rail*-sagen.[40] EMD lod sig ganske vist ikke overbevise af regeringens henvisning til en „*de facto* obligation" til indmeldelse og anså det for „a matter of speculation", hvorvidt klageren ville have indmeldt sig i Frami uden den stillede betingelse herom.[41] Hermed kan der muligvis være sigtet til en slags *bevisbyrderegel*, hvorefter det må påhvile staten at godtgøre, enten at klageren frivilligt har indmeldt sig i en forening, eller at en oprindelig betingelse om medlemskab er blevet stillet med gyldig lovhjemmel.

Som en tredje mulig forskel kunne man på linje med den islandske regering pege på, at Frami var en upolitisk organisation, mens *British Rail*-sagen drejede sig om fagforeninger med partipolitisk tilknytning. Dette argument blev dog afvist af EMD, som lagde vægt på, at Sigurjónssons modvilje mod medlemskab delvist beroede på hans uenighed med Frami's politik for regulering af taxaerhvervet. Da den udøvede tvang fandtes at berøre „the very substance of the right guaranteed" under EMRK art. 11, og da bestemmelsen måtte anskues i lyset af art. 9 og 10, havde pressionen også i den henseende berørt „the very essence" af hans art. 11-rettigheder.[42] Det indgreb i retten til foreningsfrihed, der hermed forelå, anså EMD ikke for at være „nødvendigt i et demokratisk samfund" som krævet i art. 11, stk. 2.[43]

Uanset de nok så konkrete forhold, der lå bag vurderingen af medlemspligten i Frami som omfattet af den negative foreningsfrihed, har *Sigurjónsson*-dommen i dele af dansk teori og praksis været udlagt som mere eller mindre sikker støtte for den opfattelse, at der nu måtte indfortolkes et generelt *forbud mod eksklusivaftaler* i EMRK art. 11.[44] En sådan opfattelse af bestemmelsens rækkevidde har tillige ment at kunne finde støtte i en dom fra 1996 i en klagesag mod Sverige.[45] Denne ret vidtgående udlægning af de to domme udgør sandsynligvis en væsentlig baggrund for den debat, der er opstået om betydningen af EMD's løbende konventionsfortolkning i forhold til dansk ret – en debat, der i nogen grad synes at sætte spørgsmålstegn ved virkningen af den inkorporering, som skete med EMRK-loven fra 1992.[46]

Derfor skal også den svenske sag omtales her, selvom den i realiteten netop ikke tager stilling til spørgsmålet om tvangsmæssigt foreningsmedlemskab.

MODSTAND MOD KOLLEKTIVAFTALER UDEN FORENINGSTVANG

Heller ikke *Gustafsson*-sagen drejede sig umiddelbart om en kollektivaftale vedrørende tvangsmæssigt fagforeningsmedlemskab, men om fagforeningsaktioner i form af boykot og blokade mod den virksomhed, klageren ejede, med det formål at få ham til at indgå kollektiv overenskomst. Der forelå to muligheder herfor, idet Gustafsson enten kunne tilslutte sig en arbejdsgiverorganisation inden for virksomhedens område, hvorved han automatisk ville blive bundet af en allerede indgået overenskomst med fagforeningen, eller underskrive en tiltrædelsesaftale („substitute agreement") med tilslutning til en bestående overenskomst og tilføjelse af visse individuelle bestemmelser tilpasset de særlige forhold i hans virksomhed.

Under disse omstændigheder var der uenighed i EMD om, hvorvidt EMRK art. 11 overhovedet kunne anvendes i sagen. Et mindretal på otte dommere fandt bestemmelsen uanvendelig, idet Gustafsson – til forskel fra klagerne i *British Rail*- og *Sigurjónsson*-sagerne – ikke var blevet tvunget til at indmelde sig i nogen forening for at kunne fortsætte sin virksomhed. Derimod lagde flertallet på elleve dommere vægt på, at aktionerne havde medført „considerable pressure on the applicant to meet the union's demand that he be bound by a collective agreement", og at „to a degree the enjoyment of his freedom of association was thereby affected", hvorfor art. 11 blev anset for anvendelig.[47]

Ved den konkrete vurdering af, hvorvidt der var sket krænkelse af Gustafssons rettigheder som følge af statens manglende indgriben mod fagforeningsaktionerne, fulgte EMD's flertal et ræsonnement, som i væsentlig grad svarede til det, der havde fået nogle af dommerne til principalt at anse bestemmelsen for uanvendelig. Flertallet lagde således vægt på, at klageren ikke var blevet tvunget til medlemskab af en arbejdsgiverforening på grund af økonomiske ulemper ved i stedet at indgå en tiltrædelsesaftale. Om rækkevidden af art. 11's beskyttelse i forhold til den politisk-filosofisk begrundede modvilje mod det kollektive aftalesystem, som Gustafsson havde påberåbt sig, hedder det herefter i dommen:

> However, Article 11 of the Convention does not as such guarantee a right not to enter into a collective agreement… The positive obligation

> incumbent on the State under Article 11, including the aspect of protection of personal opinion, may well extend to treatment connected with the operation of a collective-bargaining system, but only where such treatment impinges on freedom of association. Compulsion which, as here, does not significantly affect the enjoyment of the freedom, even if it causes economic damage, cannot give rise to any positive obligation under Article 11.[48]

Mens sagen således ikke blev bedømt som et spørgsmål om negativ foreningsfrihed, udtalte EMD samme principielle opfattelse heraf i relation til eksklusivaftaler, som tidligere var kommet til udtryk i de ovenfor omtalte domme. Man holdt det hermed fremdeles åbent, om den negative ret skal betragtes som ligestillet med den positive foreningsfrihed, og gentog at „compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention".[49] Samtidig anførtes det, at selvom EMRK art. 11 ikke sikrer nogen særlig behandling af fagforeninger eller deres medlemmer, viser bestemmelsens formulering, at EMRK sikrer fagforeningsmedlemmers frihed til at beskytte deres erhvervsmæssige interesser gennem faglig aktion. Det må ses i lyset af denne retsopfattelse, når EMD om den konkrete fagforeningsaktion udtalte, at man ikke fandt grund til at betvivle, at den forfulgte „legitimate interests consistent with Article 11".[50]

TILPASNING OG UDFORDRING AF FORENINGSFRIHEDEN I DANSK RET

På ovenstående baggrund kan det nok vanskeligt hævdes, at *Gustafsson*-dommen har taget stilling til den negative foreningsfrihed og udvidet den med det resultat, at EMRK art. 11 herefter må antages at forbyde ethvert arrangement mellem private parter, der indebærer tvunget fagforeningsmedlemskab som følge af eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet. Dommen er imidlertid – ligesom i øvrigt den senere *Chassagnou*-dom fra 1999[51] – blevet udlagt i den retning, hvilket formentlig har bidraget til en vis usikkerhed om EMRK's gennemslagskraft i dansk ret. Debatten herom må ses på baggrund af, at der allerede er gennemført lovgivning med det udtrykkelige formål at sikre Danmarks opfyldelse af den negative foreningsfrihed, således som EMD indfortolkede den i EMRK art. 11 ved *British Rail*-dommen.[52]

Foreningsfrihedsloven fastsætter i § 1, at en arbejdsgiver ikke må afskedige en lønmodtager, fordi denne er medlem af en forening eller en bestemt forening. Ifølge lovens § 2, stk. 1, må en arbejdsgiver heller ikke afskedige

en lønmodtager, fordi denne ikke er medlem af en forening eller af en bestemt forening. Fra denne beskyttelse mod afskedigelse ved manglende foreningsmedlemskab gælder dog to undtagelser: Hvis lønmodtageren ved ansættelsen var bekendt med, at arbejdsgiveren stillede medlemskab af en forening eller af en bestemt forening som betingelse for beskæftigelse i virksomheden (§ 2, stk. 2), og hvis en lønmodtager, der er medlem af en forening, efter ansættelsen gøres bekendt med, at medlemskabet er en betingelse for fortsat ansættelse i virksomheden (§ 2, stk. 3). Disse undtagelsesbestemmelser – vel mest direkte den førstnævnte om orientering ved ansættelsen – afspejler ganske tydeligt det *forudsætningssynspunkt*, der som beskrevet ovenfor er centralt for beskyttelsen af den negative foreningsfrihed i EMD-praksis.

På den baggrund er muligheden for at opnå en videregående beskyttelse mod eksklusivaftaler i dansk ret afhængig af, om det lader sig gøre at påvise en sådan konflikt mellem foreningsfrihedslovens undtagelsesbestemmelser og den *aktuelle forpligtelse* efter EMRK art. 11, at det fører til enten en lovændring eller tilsidesættelse af disse bestemmelser. Det er den sidstnævnte strategi, der blev fulgt i nogle retssager, som har vakt en del opsigt. Denne strategi og den tilhørende argumentation med hensyn til EMRK's rækkevidde har i dele af den juridiske fagdebat skabt forestillinger om, at lovgivningsmagtens udførlige afvejning af de modsatrettede interesser og hensyn kunne blive underkendt ad *judiciel* vej, dvs. ved domstolenes tilsidesættelse af klare lovbestemmelser under henvisning til en nyfortolkning af art. 11 tilvejebragt gennem EMD's retspraksis. Indtil videre er noget sådant dog ikke blevet realiseret, idet Højesterets stillingtagen til den danske foreningsfrihedslov har været baseret på den opfattelse, at loven stadig i princippet yder den beskyttelse af den negative foreningsfrihed, som er nødvendig til opfyldelse af EMRK.

Siden fremkomsten af de omdiskuterede EMD-afgørelser i 1993, 1996 og 1999 har den danske Højesteret tre gange behandlet sager vedrørende eksklusivaftaler på det private arbejdsmarked. Det var her – navnlig under henvisning til *Sigurjónsson*- og *Gustafsson*-dommene – gjort gældende, at disse aftaler var i strid med den negative foreningsfrihed som aktuelt beskyttet efter EMRK art. 11. Dette anbringende er blevet afvist af Højesteret, første gang i en dom af 6. maj 1999 med følgende begrundelse:

> Efter Den Europæiske Menneskeretsdomstols dom [*Young, James and Webster (British Rail)*] er det i strid med Den Europæiske Menneskerettig-

hedskonventions art. 11 om foreningsfrihed at afskedige en arbejdstager, fordi denne ikke ønsker at indmelde sig i en fagforening, med hvilken arbejdsgiveren efterfølgende – dvs. efter arbejdstagerens ansættelse – har indgået en eksklusivaftale, når medlemskabet ikke var en forudsætning for ansættelsen. Domstolen fremhævede, at den ikke tog stilling til eksklusivaftaler som sådan, men alene til virkningerne heraf i forhold til de tre klagere.

Ved dommen [*Sigurjónsson*] fandt Menneskeretsdomstolen, at der forelå en overtrædelse af konventionens art. 11 i en situation, hvor indehaveren af en hyrevognsbevilling blev frataget bevillingen, fordi han havde meldt sig ud af en bestemt forening for hyrevognsejere. Domstolen lagde vægt på, at der var tale om en pligt til medlemskab pålagt ved lov, og at der på det tidspunkt, da Sigurjónsson opnåede bevillingen, ikke var pligt til at være medlem af den omhandlede forening, idet det oprindeligt fremsatte krav herom savnede lovhjemmel. På samme måde som i dommen i British Rail-sagen fremhævede Domstolen, at der ikke var taget generel stilling til rækkevidden af art. 11 i relation til beskyttelse af den negative foreningsfrihed.

Højesteret finder, at der på denne baggrund ikke er grundlag for i dommen i Sigurjónsson-sagen at indlægge en anden vurdering af lovligheden af arbejdsmarkedets eksklusivaftaler og disses konsekvenser end den, der fremgår af dommen i British Rail-sagen. Det samme gælder de øvrige domme fra Menneskeretsdomstolen, som parterne har henvist til [*Sibson* og *Gustafsson*].[53]

Da eksklusivaftaler således generelt blev anset for at være forenelige med EMRK art. 11, var det afgørende spørgsmål i den konkrete sag rækkevidden af undtagelsesbestemmelsen i foreningsfrihedslovens § 2, stk. 3. Dette spørgsmål blev uden klar støtte i lovens ordlyd og forarbejder afgjort til fordel for den medarbejder, der havde indmeldt sig i fagforening efter arbejdsgiverens indgåelse af en eksklusivaftale, men siden igen meldt sig ud og derfor var blevet afskediget. Et snævert flertal i Højesteret fandt denne fortolkning af bestemmelsen „bedst stemmende med dommen i British Rail-sagen".

I den følgende sag om eksklusivaftaler havde den afskedigede nægtet at indmelde sig i en bestemt fagforening, selvom han ved sin ansættelse var blevet gjort bekendt med, at arbejdsgiveren stillede krav om medlemskab af denne fagforening. Sagen drejede sig derfor om undtagelsesbestemmelsen i foreningsfrihedslovens § 2, stk. 2.[54] Efter at have henvist til den ovenfor citerede opfattelse af eksklusivaftalers forenelighed med EMRK art. 11 i lyset af *British Rail*-dommen bemærkede Højesteret, at lovens § 2, stk. 2 ikke

giver anledning til tvivl med hensyn til foreneligheden med denne dom. Det forudsætningssynspunkt, der er centralt i netop denne bestemmelse vedrørende ansatte, som er blevet orienteret om foreningstvangen forud for ansættelsen, fandtes altså fremdeles i overensstemmelse med EMRK-forpligtelsen til at beskytte den negative foreningsfrihed. Heller ikke i den tredje afgørelse herom fandt Højesteret grundlag for i EMD's nyere praksis at indlægge en anden vurdering af lovligheden af eksklusivaftaler end den, der fremgår af *British Rail*-dommen.[55]

Mens det altså ud fra Højesterets vurdering af foreningsfrihedsloven som EMRK-kompatibel ikke var relevant at tage stilling til den normkonflikt, som var blevet hævdet både i den faglige debat og i parternes procedure i sagerne, stillede dette problem sig i nogen grad anderledes ved den forudgående landsretsbehandling af sagerne. Vestre Landsret synes i alle tre sager at have indtaget en ganske tilbageholdende prøvelsesposition i forhold til lovgivningsmagten. Ikke mindst de forudsætninger, der blev opstillet i forbindelse med inkorporeringsloven fra 1992, har tydeligvis dannet baggrund for præmisudtalelser om balancen mellem Folketinget og domstolene, idet Folketinget anses for stadig at have et betydeligt skøn ved fastsættelsen af dansk ret i forhold til de forpligtelser, der kan udledes af EMRK. Endvidere henviste landsretten til de præcist formulerede bestemmelser i foreningsfrihedsloven og til de vidtrækkende konsekvenser af en underkendelse eller begrænsning af muligheden for at indgå eksklusivaftaler.[56]

Navnlig i den første af sagerne om eksklusivaftaler anså Vestre Landsret en konflikt mellem foreningsfrihedsloven og EMRK-forpligtelsens aktuelle rækkevidde for at være nærliggende. Landsretten anførte følgende om foreningsfrihedsloven og løsningen af en sådan normkonflikt:

> Det må anses for utvivlsomt, at denne lov ved sin vedtagelse var i overensstemmelse med den daværende fortolkning af Menneskerettighedskonventionens artikel 11, jf. herved blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskommissions afgørelse af 3. maj 1988 … Som anført af sagsøgeren har Menneskerettighedsdomstolen imidlertid i senere afgørelser videreudviklet sin praksis med hensyn til den negative foreningsfriheds overensstemmelse med artikel 11. Dette er navnlig sket i dommen af 30. juni 1993 Sigurjónsson mod Island… Disse senere afgørelser har dog ikke ført til, at den danske regering har fremsat lovforslag om ændringer af foreningsfrihedsloven.
>
> Landsretten finder, at disse afgørelser rejser begrundet tvivl om, hvorvidt foreningsfrihedslovens undtagelser i § 2, stk. 2 og 3, kan anses for at være

> i overensstemmelse med den forståelse af konventionens artikel 11, som er kommet til udtryk navnlig i Sigurjónsson-dommen. Landsretten tillægger det herved også betydning, at det må anses for i sig selv betænkeligt og muligt i strid med konventionens bestemmelser om blandt andet ytringsfrihed at forpligte individer til mod deres overbevisning at være medlemmer af fagforeninger med et klart partipolitisk tilhørsforhold.
>
> …
>
> Foreningsfrihedsloven – hvis undtagelsesbestemmelser i § 2, stk. 2 og 3, er ganske præcist formulerede – var som ovenfor anført på tidspunktet for sin vedtagelse i overensstemmelse med den da herskende forståelse af konventionens artikel 11.
>
> Herefter og under hensyn til de vidtrækkende konsekvenser, en underkendelse eller begrænsning af muligheden for at indgå eksklusivaftaler må antages at få for det danske arbejdsmarked, finder landsretten, at det i givet fald bør overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til, om Menneskerettighedsdomstolens nyere praksis med hensyn til forståelsen af konventionens artikel 11 bør give anledning til ændring af foreningsfrihedsloven.[57]

Generelt forekommer domstolene således i sagerne om eksklusivaftaler at have anlagt nok så forskellige vurderingsmåder dels med hensyn til *rækkevidden* af negativ foreningsfrihed efter EMRK art. 11, dels med hensyn til principperne for løsning af en mulig *konflikt* mellem dansk lovgivning og det aktuelle indhold af art. 11. De domstolsinstanser, der anså EMRK-forpligtelsen for at være mest vidtgående, var samtidig nok så tilbageholdende, når det kom til spørgsmålet om tilsidesættelse af de danske lovbestemmelser. Den instans – Højesteret – der fastholdt den oprindelige rækkevidde af EMRK-forpligtelsen, fik dermed ikke anledning til at tage stilling til en mulig normkonflikt. Med den ganske indgående vurdering af rækkevidden af EMD's fortolkning af art. 11, der præger højesteretsdommene, kan det synes nærliggende at forvente, at Højesteret i tilfælde af, at man konstaterede en reelt eksisterende normkonflikt på dette område, ville anse sig for forholdsvis sikkert rustet til at tilsidesætte en dansk lovbestemmelse, såfremt dette måtte fremstå som nødvendigt for at undgå (utilsigtet) krænkelse af EMRK.

AFRUNDING OM SAMSPILLET MELLEM EMRK OG ESC

Som det fremgår af analysen af EMD's praksis vedrørende EMRK art. 11, er inspirationen mellem de to konventionssystemer gensidig. Ikke bare for-

tolkes ESC i lyset af EMRK, det omvendte gør sig også gældende. Selvom man kan spore en vis gensidig tilnærmelse, er der dog fortsat en forskel i beskyttelsen af den negative foreningsfrihed efter EMRK og ESC.

Mens den danske retstilstand i hvert fald indtil videre må anses for forenelig med EMRK, har Den Europæiske Sociale Komité (tidligere Komitéen af Uafhængige Eksperter) således siden 1985 udtalt, at retstilstanden er uforenelig med ESC art. 5. Senest udtaler Komitéen med henvisning til dommene i de tre ovenfor omtalte sager, at Højesteret her klart har bekræftet lovligheden af eksklusivaftaler i den private sektor og fundet lovgivningen på dette område i overensstemmelse med Danmarks internationale forpligtelser efter EMRK. I henhold til ESC art. 5 kunne der imidlertid ikke være tale om nogen form for pligt til fagforeningsmedlemskab, hvorfor Komitéen gentog, at retten til ikke at være medlem af en fagforening er utilstrækkeligt beskyttet, og at Danmark derved bryder sine forpligtelser efter Socialpagten.[58]

Komitéens udtalelser er imidlertid aldrig fulgt op af henstillinger fra Ministerkomitéen. Eftersom Danmark fortsat ikke anerkender Den Europæiske Sociale Komités fortolkning af Socialpagten som den autoritative fortolkning, har udtalelsen derfor begrænset betydning, selvom den harmonerer smukt med regeringens aktuelle ønsker om at forbyde eksklusivaftaler også på det private arbejdsmarked.[59] Selvom fortolkningen blev støttet af Regeringskomitéen, kan den danske regering altså ikke bruge udtalelsen som argumentation for nødvendigheden af et generelt forbud mod eksklusivaftaler uden samtidig at opgive sin modstand mod den nyfortolkning af Socialpagten, som et stort flertal af Europarådslandene ellers er blevet enige om. Medmindre Danmark opgiver denne modstand, må en kommende „magtkamp" med arbejdstagerorganisationerne om spørgsmålet om eksklusivaftaler altså udkæmpes alene ved hjælp af *politiske* argumenter. Det *retlige* argument – nemlig eksklusivaftalernes uforenelighed med Socialpagten – som flertallet af Europarådslandene ville kunne benytte i en tilsvarende situation, er indtil videre ikke til rådighed for den danske regering.

Det skal i den forbindelse nævnes, at Udvalget om Eksklusivbestemmelser i Betænkning nr. 1419/2002 udtaler, at det „[F]oreløbigt må … antages, at foreningsfrihedsloven er i overensstemmelse med Socialpagtens art. 5." Antagelsen støttes på den omstændighed, at der i Europarådets Stedfortræderkomité (stedfortræder for Ministerkomitéen) den 7. februar 2001 ikke var det nødvendige flertal til at vedtage en henstilling om, at Danmark ikke overholder art. 5 i Socialpagten ved at tillade brugen af eksklusivaftaler.

Set under ét er situationen i forhold til opfattelsen af eksklusivaftalers konventionsmæssighed altså den, at både den „svage" Socialpagt, der under andre omstændigheder i princippet kunne have understøttet regeringens politiske program, og EMRK art. 11, som i en magtkontekst sædvanligvis anses for den „stærke" bestemmelse, indtil videre er uanvendelige som led i en argumentation for eksklusivaftalers afskaffelse.

RETTEN TIL KOLLEKTIVE FORHANDLINGER EFTER EMRK OG ESC

I naturlig forlængelse af spørgsmålet om den (formelle) organisationsfrihed står spørgsmålet om, hvad denne frihed danner rammen om. Hvad er (det materielle) indhold af organisationsfriheden, hvad enten den defineres positivt eller negativt? Centralt står her spørgsmålet om, hvorvidt der eksisterer en ret til at føre kollektive forhandlinger, og hvad denne ret i givet fald indebærer.

ESC indeholder i art. 6 en bestemmelse, som – sammenlignet med EMRK art. 11 – er ret udførlig i sin formulering af retten til at føre kollektive forhandlinger. Denne bestemmelse indgår da også i argumentationen i flere af de sager, der har været rejst ved EMD. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

> For at sikre en effektiv udnyttelse af retten til at føre kollektive forhandlinger forpligter de kontraherende parter sig til at:
>
> 1. fremme fælles forhandlinger mellem arbejdere og arbejdsgivere;
> 2. hvor det er fornødent og formålstjenligt at fremme indførelse af en fremgangsmåde til frivillige forhandlinger mellem arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer og arbejderorganisationer med henblik på en regulering af arbejdsvilkårene gennem kollektive overenskomster;
> 3. at fremme indførelse og anvendelse af en egnet fremgangsmåde til mægling og frivillig voldgift med henblik på bilæggelse af arbejdskonflikter; og anerkender
> 4. arbejderes og arbejdsgiveres ret til kollektive skridt i tilfælde af interessekonflikter, herunder strejkeretten, under iagttagelse af de forpligtelser, der måtte være indeholdt i tidligere indgåede kollektive overenskomster.

Socialpagtens bestemmelser indgik i fortolkningen af EMRK art. 11 blandt andet i sagen *National Union of Belgian Police*, som vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt art. 11 forpligter staterne til at forhandle med („consult")

fagforeninger. EMD udtalte, at en sådan ret ikke fremgår af bestemmelsens ordlyd, og den fandt heller ikke, at retten er „indispensable for the effective enjoyment of trade union freedom. It is thus not an element inherent in a right guaranteed by the Convention …".[60] Domstolen henviste som et led i sin argumentation til det forhold, at fagforeningsspørgsmål også er reguleret i Socialpagtens art. 6 (1), som forpligter staterne til at „promote consultations between workers and employers". Domstolen udtalte, at „[T]he prudence of the terms used shows that the Charter does not provide for a real right to consultation", og henviste yderligere til det forhold, at ratifikation af ESC efter art. 20 kan ske med forbehold for art. 6. Derfor mente Domstolen heller ikke, at retten kan udledes af EMRK art. 11. Domstolen udtrykte det således: „Thus it cannot be supposed that such a right derives by implication from Article 11 para. 1 of the 1950 Convention, which incidentally would amount to admitting that the 1961 Charter took a retrograde step in this domain." Logikken er altså den, at når ESC som den senest ikrafttrådte konvention accepterer ratifikation med forbehold for art. 6, da kan forhandlingsretten heller ikke anses for indeholdt i den tidligere vedtagne EMRK.

Det var dog ikke Domstolens opfattelse, at EMRK art. 11 er helt uden relevans i relation til retten til at blive hørt, jf. udtrykket „for at beskytte sine interesser" i art. 11, stk. 1. Formålet med bestemmelsen er at beskytte foreningsmedlemmers interesser, og det er derfor Domstolens opfattelse, at en fagforening „should be heard" (para. 39). Denne høringsret kan imidlertid udmøntes på forskellige måder i den enkelte stat, som altså ikke har en egentlig forpligtelse til at forhandle med fagforeninger.

På denne baggrund er det naturligvis ikke overraskende, at Domstolen i sagen *Swedish Engine Drivers' Union* nåede til den konklusion, at art.11 i EMRK heller ikke indeholder nogen forpligtelse for staterne til at indgå kollektive aftaler med fagforeninger. Også i denne sag lagde Domstolen vægt på, at forhandlingsretten efter ESC ikke er en „real right",[61] idet staterne efter art. 6, stk. 2 forpligter sig til „hvor det er fornødent og formålstjenligt at fremme indførelse af en fremgangsmåde til frivillige forhandlinger mellem arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer og arbejdstagerorganisationer med henblik på en regulering af arbejdsvilkårene gennem kollektive overenskomster". Som i sagen *National Union of Belgian Police* tilføjede Domstolen endvidere, at EMRK art. 11 indeholder en ret til at blive hørt. Det er derimod overladt staterne selv at bedømme, med hvilke midler denne høringsret bør gennemføres.

Konklusionen, at EMRK art. 11 ikke garanterer hverken forhandlingsretten eller retten til at indgå kollektive aftaler, er altså i disse sager til en vis grad bygget op på en analyse af Socialpagtens bestemmelser. Henvisningen til ESC er dog ikke så meget motiveret i et forsøg på positivt at definere henholdsvis det sociale og det civile element i fagforeningsretten. Domstolen tilstræber snarere en ensartet fortolkning af de to konventioner, og øvelsen går i en vis forstand ud på at udhule Socialpagten for positive retlige forpligtelser for derigennem at kunne fastslå, at ej heller EMRK indeholder disse forpligtelser.

I argumentationen indgår Socialpagtens mål/middel-karakter, selvom det med en vis ret kan hævdes, at Domstolen samtidig anerkender en betydelig mål/middel-rationalitet i EMRK. Domstolen begrunder jo netop sine resultater med, at staterne har en vid adgang til at vælge de midler, hvormed de vil arbejde for det overordnede mål, nemlig dette at enhver gennem tilslutning til (fag)foreninger skal have mulighed for at „beskytte sine interesser". I denne specifikke sammenhæng er reguleringsmåden i EMRK altså af samme karakter som den, der er valgt i ESC, og når Domstolen fratager retten efter ESC karakter af „real right", kan man hævde, at det samme gælder retten til at „beskytte sine interesser" efter EMRK art. 11. Helt uden retligt indhold er den dog næppe. Hvis således staterne helt fravælger midlerne, må man formentlig antage, at passiviteten udgør en krænkelse af bestemmelsen. Selvom midlerne altså i vid udstrækning er valgfri, er målet – nemlig dette at „beskytte sine interesser" – obligatorisk, og dermed indeholder bestemmelsen et retligt element.

Selvom man altså kan sige, at Domstolen til en vis grad anerkender Socialpagtens relevans for fortolkningen af EMRK, er det imidlertid værd at bemærke, at Socialpagtens beskrivelse af både mål og midler adskiller sig fra den, der er anvendt i EMRK. I den forstand er der tale om to forskellige typer af mål/middel-regulering. Således har det betydning, at målet i ESC art. 6 er beskrevet ret præcist som „en effektiv udnyttelse af retten til at føre kollektive forhandlinger", „regulering af arbejdsvilkårene gennem kollektive overenskomster" og „bilæggelse af arbejdskonflikter", mens EMRK alene taler om det mere ubestemte formål, der består i, at man skal kunne „beskytte sine interesser". Blandt de mulige midler til fremme af dette mål er kollektive forhandlinger. Det, der er målet efter art. 6 i ESC, er altså anerkendt som et (valgfrit) middel efter art. 11 i EMRK, og den relevante pendent i ESC er derfor næppe art. 6, men derimod art. 5, der på samme måde som art. 11 sigter mod beskyttelse af „økonomiske og sociale inter-

esser". Komitéen af Uafhængige Eksperter (nu Den Europæiske Sociale Komité) har således til stadighed understreget, at en efterlevelse af art. 6 i Socialpagten forudsætter respekten for art. 5, idet art. 6 bygger videre på beskyttelsen efter art. 5.[62] Endvidere indeholder ESC art. 6 i modsætning til EMRK art. 11 en oplistning af de midler, staterne skal benytte sig af for at fremme disse kollektive forhandlinger. Selvom staterne også efter Socialpagten er indrømmet et skøn, jf. udtrykket „hvor det er fornødent og formålstjenligt" i art. 6, stk. 3,[63] rækker bestemmelsen klart videre end EMRK art. 11, hvilket for så vidt ikke kan undre, al den stund den optræder i en konvention, der tager sigte på at beskytte økonomiske og sociale interesser.

Derfor er det for så vidt logisk, at EMD i den tidligere omtalte *Gustafsson*-sag anvender konventionerne om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som et supplerende argument for, at fagforeningsaktioner mod en restauratør, som ikke ville være bundet af en kollektiv overenskomst, ikke udgjorde en krænkelse af restauratørens foreningsfrihed efter EMRK art. 11.[64]

Hvor EMD i sagerne *National Union of Belgian Police* og *Swedish Engine Drivers' Union* tilstræber en ensartet fortolkning af EMRK og ESC ved at udelukke forhandlingsretten fra dem begge, er forholdet i *Gustafsson*-sagen snarere det modsatte. Domstolens afvisning af påstanden om, at retten til at føre kollektive forhandlinger er omfattet af EMRK, sker således blandt andet med henvisning til Socialpagten, og det er nærliggende at opfatte henvisningen sådan, at Domstolen (nu) er af den opfattelse, at forhandlingsretten *er* beskyttet efter Socialpagten og derfor ikke tillige kan være beskyttet efter EMRK. Den Europæiske Sociale Komités egen fortolkning af bestemmelsen er da også den, at forhandlingsretten *er* beskyttet efter Socialpagten. Komitéen har således ved flere lejligheder fundet, at manglende forhandlingsmekanismer udgjorde en krænkelse af Socialpagten og dermed for så vidt bekræftet den retlige relevans af mål/middel-regulering.[65]

At EMD rent faktisk har ændret opfattelse med hensyn til det retlige indhold af ESC art. 6, bekræftes af dommen *Wilson & the National Union of Journalists & Others*. Dommen er tillige en illustration af Domstolens anvendelse af den integrerende metode, idet fortolkningen af ESC utvivlsomt har afsmittende effekt på fortolkningen af EMRK. Forholdet var det, at britisk ret tillod en arbejdsgiver at favorisere de arbejdere, der var parate til at give afkald på at lade deres fagforening forhandle løn m.v., og dette var blevet kritiseret ikke blot af Komitéen af Uafhængige Eksperter (nu

Den Europæiske Sociale Komité) som stridende mod ESC art. 5 og 6, men også af ILO's Committee on Freedom of Association som uforeneligt med ILO-konventionerne nr. 87 og 98.

EMD indledte sin argumentation med at understrege, at EMRK også indeholder positive forpligtelser, og at udtrykket „for the protection of his interests" har et retligt indhold. Herefter gentog Domstolen, at forhandlingsretten er ét blandt flere mulige midler i bestræbelserne på at nå målet, og understregede at „[T]he Court has not *yet* been prepared to hold that the freedom of a trade union to make its voice heard extends to imposing on an employer an obligation to recognize a trade union."[66]

Anvendelsen af udtrykket „yet" lader antyde, at fortolkningen af bestemmelsen er under stadig revision – som EMD-praksis også illustrerer – og Domstolen tilføjer da også, at „[T]he union and its members must, however be free, in one way or another, to seek to persuade the employer to listen to what it has to say." Med henvisning til kritikken fra Komitéen af Uafhængige Eksperter og ILO's Committee on Freedom of Association konkluderer Domstolen herefter, at „by permitting employers to use financial incentives to induce employees to surrender important union rights, the respondent State failed its positive obligation to secure the enjoyment of the rights under Article 11 of the Convention. This failure amounted to a violation of Article 11 as regards both the applicant unions and the individual applicants."[67]

EMD har altså siden 1975 i realiteten foretaget en veritabel kovending i sin fortolkning af EMRK art. 11. I sagerne *National Union of Belgian Police* og *Swedish Engine Drivers' Union* fra 1975 og 1976 afviste Domstolen, at forhandlingsretten var omfattet af EMRK art. 11 blandt andet med henvisning til, at ratifikation af den senere vedtagne ESC kan finde sted med forbehold for den relevante bestemmelse, nemlig ESC art. 6, som efter Domstolens opfattelse i øvrigt *ikke* omfatter en „real right to consultation". I *Gustafsson*-sagen fra 1996 ser det derimod ud, som om Domstolen anerkender ESC-systemets egen fortolkning af ESC art. 6 som en bestemmelse, der faktisk beskytter forhandlingsretten. Dette at forhandlingsretten nu i 1996 anerkendes som omfattet af ESC art. 6, får imidlertid EMD til at afvise bestemmelsens relevans for fortolkningen af EMRK art. 11. Forhandlingsretten hører efter Domstolens opfattelse hjemme i ESC og ikke i EMRK. I sagen *Wilson & the National Union of Journalists & Others* fra 2002 er forholdet imidlertid det modsatte, idet ESC art. 5 og 6 nu benyttes som et led i argumentationen for at udvide fortolkningen af EMRK art. 11 til at

omfatte flere elementer af forhandlingsretten, end Domstolen hidtil har været parat til at anerkende. Forløbet illustrerer en begyndende, om end forsigtig bestræbelse på en *integreret fortolkning* af ESC og EMRK og giver grundlag for en antagelse om, at det sidste ord endnu ikke er sagt i spørgsmålet om en eventuel anerkendelse af forhandlingsretten under EMRK art. 11.

Det er derfor også svært at spå om, hvorvidt lov om Dansk Internationalt Skibsregister (DIS-loven)[68] med tiden ville kunne bedømmes under EMRK. Efter lovens § 10 er anvendelsesområdet for kollektive overenskomster begrænset til personer, der har bopæl i Danmark, et forhold som har været kritiseret gentagne gange ikke blot af ILO's Ekspertkomité, men også af Europarådets Ministerkomité – på grundlag af kritik fra Den Europæiske Sociale Komité og Regeringskomitéen.[69] Dog kan det ikke udelukkes, at spørgsmålet ville kunne bedømmes efter EMRK art. 11 set i sammenhæng med diskriminationsforbuddet i art. 14, idet den udvidede fortolkning af art. 11 muligt har som sin konsekvens, at spørgsmålet „falls within the ambit of" art. 11, jf. nærmere om denne problemstilling i kapitel 4.[70]

KONFLIKTRETTEN EFTER EMRK OG ESC

I modsætning til ESC art. 6, stk. 1-3 følger art. 6, stk. 4 ikke mål/middel-konstruktionen, idet staterne *anerkender* „arbejderes og arbejdsgiveres ret til kollektive skridt i tilfælde af interessekonflikter, herunder strejkeretten, under iagttagelse af de forpligtelser, der måtte være indeholdt i tidligere indgåede kollektive overenskomster". Bestemmelsen indgik ikke desto mindre i EMD's vurdering i sagen *Schmidt og Dahlström*,[71] idet Domstolen her udtalte, at også indrømmelsen af strejkeretten er blandt de *midler*, staterne kan tage i anvendelse for at opfylde forpligtelsen efter EMRK art. 11. Domstolen påpegede imidlertid, at der er andre midler, og at staterne har stor frihed til at vælge iblandt dem, så længe der ikke opstilles forhindringer for, hvad dommen uden nærmere forklaring i øvrigt betegner som „trade union action". Domstolen fandt ikke grundlag for at antage, at klagerne var berøvet deres adgang til at „strive through the medium of their organisations for protection of their occupational interests". I argumentationen indgik det forhold, at en indrømmelse af strejkeretten kan lovreguleres og i visse tilfælde begrænses, og at „The Social Charter … only guarantees the right to strike subject to such regulation, as well as to 'further restrictions' compatible with its Article 31, while at the same time recognising for employers too the right to resort to collective action (Article 6 para. 4 and Appendix)."[72]

Efter ESC art. 31 kan pagtens rettigheder begrænses i det omfang, det „er foreskrevet ved lov", og i den udstrækning, det er „nødvendigt i et demokratisk samfund" „til beskyttelse af andres ret og frihed eller til beskyttelse af samfundsmæssige interesser, statens sikkerhed, den offentlige sundhed eller moral". Denne bestemmelse skal imidlertid sammenholdes med EMRK art. 11, stk. 2, som opregner de hensyn, der kan begrunde en begrænsning, på omtrent samme måde. Det er således vanskeligt at forstå, hvorfor Domstolen argumenterer mod, at strejkeretten er indeholdt i EMRK art. 11 med henvisning til en begrænsningsmulighed i ESC, når samme begrænsningsmulighed tillige forekommer i EMRK. Domstolen synes at forudsætte, at begrænsningsmuligheden efter ESC er mere vidtgående end den, der eksisterer efter EMRK, og det hedder videre, at „for its part, the 1950 Convention requires that under national law trade unionists should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive through the medium of their organisations for protection of their occupational interests".[73] Ej heller her forekommer ESC art. 6 at være det relevante sammenligningsgrundlag, idet ESC art. 5 stiller ganske samme krav. Det er tillige uklart, hvorfor Domstolen finder det relevant at henvise til, at også arbejdsgivere kan tage kollektive kampskridt, jf. ESC art. 6, stk. 4. Arbejderes strejkeret er stadig en *ret*, selvom Socialpagten indrømmer arbejdsgivere samme mulighed, og Domstolens „metode" er igen at fastlægge det retlige indhold af EMRK art. 11 gennem en udhuling af det retlige indhold af Socialpagten.

Mens det utvivlsomt er korrekt, at EMRK ikke beskytter strejkeretten, er der imidlertid næppe tvivl om, at ESC art. 6, stk. 4 faktisk gør det, selvom den i visse tilfælde kan begrænses, og praksis fra Den Europæiske Sociale Komité indeholder en række eksempler på komitéens fortolkning af begrænsningernes lovlige rækkevidde.[74] Stedet er ikke her til at afsøge det præcise indhold af disse begrænsninger, men bestemmelsen er beskrevet som „a landmark in international labour law".[75] Bestemmelsen er således ikke begrænset til strejker, som har overenskomstindgåelse som deres formål, og endvidere er regeringsindgreb i den kollektive forhandlingsret af Komitéen erklæret for uforenelige med konventionen.

I forhold til Danmark har Den Europæiske Sociale Komité f.eks. udtalt, at „Denmark has been held not to comply with this provision of the Charter since the fifth cycle of supervision as civil servants employed under the Civil Servants Act are denied the right to strike".[76] Komitéen har peget på, at Danmark kunne bringe sig i overensstemmelse med Socialpagten ved

alene at undtage visse kategorier af tjenestemænd fra strejkeretten såsom politi, militær, domstole og visse højtstående embedsmænd. Den manglende strejkeret er i øvrigt et af de få eksempler på, at Europarådets Ministerkomité har støttet Den Europæiske Sociale Komités kritik af Danmark med en anbefaling.[77]

Den danske reaktion på kritikken har været en tilkendegivelse af, at man gradvist vil søge at etablere et system, hvorefter kun de, der kan anses for omfattet af Socialpagtens art. 31, ansættes som tjenestemænd. De, der allerede er ansat, kan imidlertid efter regeringens opfattelse ikke fratages deres tjenestemandsstatus.[78] Dette har Komitéen ikke bestridt, men blot peget på muligheden for at undtage særlige kategorier såsom politi, militærpersonel etc. Det fremgår ikke hverken af regeringens rapporteringer eller af Conclusions, om Komitéen er bekendt med det forhold, at den manglende strejkeret på tjenestemandsområdet ikke har noget sikkert lovgrundlag, men indfortolkes i tjenestemandslovens § 10 om tjenestemandens værdighed til stillingen.[79]

Også i andre henseender har Den Europæiske Sociale Komité stillet sig kritisk over for dansk lovgivning på arbejdsmarkedsområdet. F.eks. har Danmark ved adskillige lejligheder ved lov forlænget allerede indgåede kollektive aftaler eller ophøjet (forkastede) mæglingsforslag til lov for derigennem at forhindre eller afbryde strejker. Sådanne indgreb kan være i overensstemmelse med ESC, hvis kravene i art. 31 er opfyldt. Om disse krav har Komitéen udtalt:

> … an intervention of the public authorities to limit the exercise of the right to collective action is a very serious measure which could only be justified according to the relevant conditions laid down in Article 31 para. 1 of the Charter. Moreover, the time during which this limitation takes place should be as short as possible and in any case should not exceed that which is needed to return to a normal situation.[80]

> … there was apparently no evidence that vital service were disrupted nor that the enactment of the legislation could be justified within the terms of Article 31 of the Charter as being necessary „for the protection of the rights and freedoms of others or for the protection of public interest, national security, public health or morals".[81]

Komitéen har f.eks. vurderet – og afvist – konventionsmæssigheden af lov nr. 246 af 8. maj 1987 om ændring af arbejdstidstilrettelæggelsen m.v. for underordnede sygehuslæger og om fornyelse af og forlængelse af overenskomster for underordnede sygehuslæger m.fl., lov nr. 542 af 20. august 1987

om fornyelse af visse overenskomster inden for EDB-området og lov nr. 657 af 15. oktober 1987 om forlængelse af overenskomst mellem statsvirksomheden Bornholmstrafikken og Sømændenes Forbund i Danmark.[82]

I *Conclusions XIV-1* fandt Komitéen ikke at kunne udtale sig om konventionsmæssigheden af lovindgrebet i sygeplejerskekonflikten, jf. lov nr. 330 af 24. maj 1995, idet loven – foruden at forlænge den allerede indgåede overenskomst – muliggjorde en fortsat forhandling mellem parterne. Komitéen udbad sig derfor nærmere oplysninger om antallet af strejkende sygeplejersker og om, hvilke funktioner der var berørt af konflikten. I *Conclusions XV-1* beklagede Komiteén imidlertid, at sådanne oplysninger ikke var medtaget i den følgende rapport fra Danmark.[83]

I *Conclusions XV-1* udbad Komitéen sig tillige nærmere oplysninger om baggrunden for regeringsindgrebet på det private arbejdsmarked, jf. lov nr. 264 af 7. maj 1998 om fornyelse af visse kollektive overenskomster for derved at kunne vurdere, om betingelserne i Socialpagtens art. 31 var opfyldt. I skrivende stund har Komitéen endnu ikke haft lejlighed til at forholde sig til den danske regerings svar, men allerede de øvrige eksempler turde illustrere, at respekten for det danske aftalesystem ikke er så udpræget, som Danmark somme tider hævder, og at det i nogen grad kan forekomme modsætningsfyldt, at den danske regering er så tilbageholdende med hensyn til at forpligte sig internationalt på det social- og arbejdsmarkedspolitiske område. I de refererede eksempler er det ikke Danmark, men Den Europæiske Sociale Komité, som holder fast i, at reguleringsmagten bør tilkomme arbejdsmarkedets parter og ikke lovgivningsmagten.

AFSLUTTENDE BEMÆRKNINGER OM ORGANISATIONSRETTIGHEDER OG MAGTFORDELING

Som det fremgår, er Danmark ved flere lejligheder blevet kritiseret af Komitéen af Uafhængige Eksperter (nu Den Europæiske Sociale Komité), om end kritikken kun i enkelte tilfælde er fulgt op af anbefalinger fra Ministerkomitéen. Retsopfattelsen har imidlertid ikke i nogen af tilfældene ført til ændringer i den danske retstilstand, og det er karakteristisk, at regeringen end ikke har fundet anledning til at orientere Folketingets medlemmer om kritikken i de tilfælde, hvor dette kunne have været relevant. F.eks. indeholdt bemærkningerne til lovforslag nr. L 120/2002-03 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (Udvidet beskyttelse af den negative foreningsfrihed) ingen redegørelse for forslagets forenelighed med Socialpagten. Det

betyder, at Folketingets medlemmer har måttet forholde sig til lovforslaget på et ufuldstændigt oplysningsgrundlag, et forhold som igen har konsekvenser for magtfordelingen mellem regering og Folketing. Man kan udtrykke det på den måde, at regeringen tiltager sig en større del af lovgivningsmagten end den er tiltænkt, idet den påtager sig eneansvaret for, at lovgivningen faktisk harmonerer med Danmarks internationale forpligtelser.

Dette er ikke nogen ny problemstilling. Det forekommer ikke helt sjældent, at regeringen enten negligerer traktatforpligtelser eller undlader at omtale internationalretlige tvister over for Folketinget.[84] Når det i denne sammenhæng er særlig bemærkelsesværdigt, at de *lovgivende* politikere forholdes oplysninger om lovforslags forenelighed med international ret, beror det på, at der samtidig sker en forskydning i en anden magtrelation, nemlig magtrelationen mellem lovgivningsmagten og *aftalesystemet*. Det er i nogen grad paradoksalt, at regeringen påberåber sig aftalesystemet som argument imod ratifikation af internationale menneskeretlige forpligtelser, når samme aftalesystem samtidig bliver afsvækket via lovgivning, hvis traktatmæssighed politikerne ikke får lejlighed til at forholde sig til.

Hvad endelig angår magtforholdet mellem lovgivningsmagt og *domstole*, gør der sig særlige forhold gældende med hensyn til de organisationsrettigheder, der er behandlet i dette kapitel. Det centrale problem kommer her til udtryk i sagerne om eksklusivaftaler, idet der dels er tale om en ganske dynamisk fortolkningsvirksomhed på det internationale plan, hvor udviklingen i nogen grad præges af et samspil mellem EMRK- og ESC-organernes retsopfattelse, som ikke nødvendigvis gør implementeringen i dansk ret enklere eller mere effektiv. Dels er der allerede under indtryk af den første EMD-afgørelse, som indebar en vis beskyttelse af den negative foreningsfrihed, gennemført en særlig dansk foreningsfrihedslov, der udtrykkeligt tager sigte på at opfylde forpligtelserne i henhold til EMRK.

Disse forhold har ikke været uden indflydelse i de sager, hvor danske domstole har behandlet spørgsmål vedrørende eksklusivaftalers holdbarhed i lyset af nogle nyere afgørelser, hvorved EMD har taget stilling til fortolkningen af EMRK art. 11 med hensyn til beskyttelsen af den negative foreningsfrihed. Eksistensen af den særlige nationale lovgivning herom kan således forklare såvel landsrettens tilbageholdende prøvelsesposition som Højesterets indgående vurdering af EMD-praksis i de seneste danske retssager om eksklusivaftaler.

Den udtrykkelige lovregulering af spørgsmålet kan imidlertid samtidig betyde, at dette sagsområde er mindre velegnet som grundlag for genera-

liserende konklusioner om, hvad der kræves for, at domstolene vil tilsidesætte dansk lovgivning, der måtte komme i konflikt med en inkorporeret EMRK-bestemmelse. Domstolenes respekt for lovgivningsmagtens udtalte intentioner og meget nøje afbalancering af arbejdsmarkedsinteresser kan føre til, at man i givet fald vil søge at undgå domskonklusioner, som direkte tilsidesætter klare og éntydige lovbestemmelser. Omvendt kan der – blandt andet som følge af den aktuelt verserende danske klagesag om holdbarheden af en eksklusivaftale – tænkes at fremkomme så klare fortolkningsbidrag fra Menneskerettighedsdomstolen vedrørende rækkevidden af den negative foreningsfrihed efter EMRK art. 11, at det bliver umuligt for danske domstole at opretholde antagelsen om, at foreningsfrihedsloven er i overensstemmelse med EMRK-forpligtelserne. I så fald bliver det tilsvarende vanskeligt for domstolene at undgå en direkte konfrontation mellem de internationale forpligtelser og den nationale lovgivning.

NOTER

1 Se f.eks. Krzysztof Drzewicki, „The right to work and rights in work", i Asbjørn Eide m.fl. (red.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook,* Second Revised Edition, 2001, s. 223.

2 Se nærmere Jens Kristiansen, *Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret*, 1997, s. 77 ff.

3 ESC er særegen derved, at medlemsstaterne har en vis valgfrihed med hensyn til, hvilke og hvor mange bestemmelser de ønsker at ratificere, jf. nærmere Socialpagtens art. 20.

4 Jf. FT 1964-65, tillæg A sp. 222.

5 Danmark tog ved underskrivelsen forbehold over for art. 2 (7), art. 24, art. 27, art. 28, art. 29 og afsnit V, art. E.

6 Jf. f.eks. Arbejdsministeriets høringssvar af 24. juli 1997, j.nr. 1993-664-4 og 6. oktober 1998, j.nr. 1993-664-4, begge til Socialministeriet.

7 Art. 33 har følgende ordlyd: „*Gennemførelse ved kollektive overenskomster.* 1. I medlemsstater, hvor de forhold, der omhandles i artikel 2, stk. 1, 2, 3, 4 og 5, artikel 7, stk. 4, 6 og 7, og artikel 10, stk. 1, 2, 3 og 4, i denne pagts afsnit II, normalt er overladt til regulering ved overenskomster mellem arbejdsgivere eller arbejdsgiverorganisationer og arbejderorganisationer eller normalt reguleres på anden måde end ved lov, kan forpligtelserne med hensyn til disse bestemmelser indgås, og opfyldelsen af dem skal anses for effektiv,

såfremt de pågældende bestemmelser iværksættes gennem sådanne overenskomster eller på anden måde for de pågældende arbejdere."

8 Jf. for Europarådssystemets vedkommende EMRK art. 11 og ESC art. 5 og 6; for FN-systemets vedkommende Konventionen om civile og politiske rettigheder (CCPR) art. 22 og CESCR art. 8.

9 Se f.eks. Vienna Declaration and Programme of Action, kap. 1, para. 5 (1993).

10 Jf. navnlig Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof, *International arbejdsret*, 1998.

11 I Norge derimod var Socialpagten blandt de traktater, som udvalget bag NOU 1993:18, Lovgivning om menneskerettigheter, drøftede. Mens udvalget anbefalede en inkorporering af CESCR, var Socialpagten efter udvalgets opfattelse imidlertid ikke da egnet til inkorporering. Udvalgets vurdering fandt sted forud for vedtagelsen af Det Reviderede Sociale Charter (1996) og Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints (1995), og udvalget bemærkede, at „[d]ersom det revisjonsarbeid som nå pågår innen Europarådet gir resultater, kan vurderingen eventuelt blive en annen", betænkningens s. 122.

12 Jf. Grundlovens §§ 75 og 76 om retten til arbejde, til forsørgelse og til undervisning.

13 Der eksisterer en valgfri kollektiv klageprocedure under Socialpagten, jf. Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints (1995), som trådte i kraft i 1998. Danmark har – i modsætning til Norge, Sverige og Finland – imidlertid ikke ratificeret protokollen.

14 Decision relating to the application of the 1991 Amending Protocol adopted by the Committee of Ministers on 11 December 1991 at the 467th meeting of the Ministers' Deputies.

15 European Social Charter, *Governmental Committee 12th report (1)* (1988-89) fodnote 1.

16 Senest har Socialministeriet under behandlingen af et lovforslag om ændring af lov om aktiv socialpolitik fastholdt den opfattelse, at regeringskomitéen har kompetence til at foretage juridiske vurderinger, jf. FT 1998-99 – Socialudvalget, L 86 – bilag 19.

17 To af de fire øvrige lande (Østrig og Island), som delte den danske holdning, har senere ratificeret protokollen, og foruden Danmark er det nu kun Tyskland og Tyrkiet, der opretholder modstanden.

18 Om eksklusivaftaler og eksklusivlignende forhold og deres forskelligartede virkning, se betænkning nr. 1419/2002 fra Udvalget om Eksklusivbestemmelser, s. 10-14 og s. 42-63.

19 Det skal i den forbindelse fremhæves, at EMRK art. 11 for Danmarks vedkommende udelukkende har betydning for eksklusivaftaler på det private arbejdsmarked. For offentlige arbejdsgivere følger det af forvaltningsretlige ligheds- og saglighedsprincipper, at det ikke er lovligt at tage hensyn til ansøgeres og ansattes fagforeningsmedlemskab, hvorfor det ligeledes er ulovligt at forpligte sig til hensyntagen hertil ved indgåelse af kollektive overenskomster. Se herom nærmere Jens Garde i *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 3. udgave, 1997, s. 193-98, samt Jon Andersen i *Forvaltningsret*, 2. udgave, 2002, s. 330-32 og s. 828-29.

20 Verdenserklæringens art. 20, stk. 2: „Ingen kan tvinges til at være medlem af en forening."

21 CCPR art. 22, stk. 2 giver dog adgang til at begrænse udøvelsen af foreningsfriheden under visse betingelser, i hovedsagen svarende til EMRK art. 11, stk. 2.

22 Council of Europe, European Social Charter, *Committee of Independent Experts. Conclusions I* (1970), s. 31.

23 ILO's Ekspertkomité har til stadighed fastholdt en subjektiv fortolkning af ILO-konvention nr. 87 på grundlag af konventionens forarbejder, der udtrykkeligt tilkendegiver, at konventionen ikke regulerer den negative foreningsfrihed. Jf. ILO Convention No. 87 concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organise (1948) og Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof, *International arbejdsret,* 1998, s.136.

24 *Young, James and Webster v. UK*, dom af 13. august 1981 (*British Rail*), para. 52.

25 Ibid. para. 55 (fremhævet her).

26 Council of Europe, European Social Charter, *Committee of Independent Experts. Conclusions VII* (1981), s. 32-33.

27 Council of Europe, European Social Charter, *Committee of Independent Experts. Conclusions VIII* (1984), s. 77.

28 Lov nr. 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold, jf. lovbekendtgørelse nr. 443 af 13. juni 1990 (foreningsfrihedsloven).

29 Council of Europe, European Social Charter, *Committee of Independent Experts. Conclusions IX-1* (1985), s. 47.

30 Council of Europe, European Social Charter, *Committee of Independent Experts. Conclusions X-1* (1987), s. 67, og *Conclusions XI-1* (1989), s. 77.

31 *Young, James and Webster v. UK*, dom af 13. august 1981 (*British Rail*), para. 55 (citeret ovenfor ved note 25).

32 Ibid. para. 57.

33 „Assuming that Article 11 does not guarantee the negative aspect of that freedom on the same footing as the positive aspect, compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention." Ibid. para. 55.

34 *Sibson v. UK*, dom af 20. april 1993, para. 29.

35 „… Article 11 must be viewed as encompassing a negative right of association. It is not necessary for the Court to determine in this instance whether this right is to be considered on an equal footing with the positive right." *Sigurjónsson v. Iceland*, dom af 30. juni 1993, para. 35.

36 „Frami Automobile Association", se ibid. para. 8.

37 „… he had to be a member of a specified association – Frami – in order to satisfy the licence conditions and it was not possible for him to join or form another association for that purpose. It was further provided that a failure to meet this condition could entail revocation of the licence and liability to pay a fine." Ibid. para. 35.

38 Jf. *Young, James and Webster*-dommen (*British Rail*) para. 49, *Sibson*-dommen para. 27, og mere generelt om den horisontale virkning af statens beskyttelsesforpligtelse efter EMRK Peer Lorenzen m.fl., *EMRK-kommentar,* 2. udgave, bind 1, 2003, s. 5-6.

39 Jf. hertil Peer Lorenzen m.fl., ibid. s. 8-9 og s. 22-24. Mens positive forpligtelser typisk vil blive bedømt alene efter art. 11, stk. 1, kan privat udøvet foreningstvang dog blive anset for et indgreb, hvis holdbarhed ligesom statslig tvang må bedømmes efter bestemmelsens stk. 2, jf. *Young, James and Webster*-dommen (*British Rail*) para. 55, 57 og 58-65.

40 Som følge af den oprindeligt manglende lovhjemmel for betingelsen om Frami-medlemskab er det vanskeligt at tale éntydigt om bristede forudsætninger eller det modsatte. Sigurjónsson kunne ikke hævde, at betingelsen først var blevet stillet efterfølgende som i *British Rail*-sagen, idet han faktisk havde opfyldt betingelsen og derpå med succes

anfægtet den ved islandske domstole – hvilket dog blot resulterede i en lovændring, som skabte fornøden hjemmel til at fastholde medlemspligten. Omvendt kunne den islandske regering – henset til Højesterets underkendelse af hjemmelen herfor – ikke hævde, at der oprindeligt havde eksisteret et retligt grundlag for betingelsen om medlemskab. I stedet henviste regeringen til, at der havde været en „*de facto* obligation" til at indmelde sig i Frami, jf. straks nedenfor.

41 *Sigurjónsson v. Iceland*, dom af 30. juni 1993, para. 36, smh. para. 33. EMD's præmisser er i denne henseende ikke ganske klare, idet para. 36 rummer betragtninger angående dels medlemspligtens tidsmæssige etablering, dels klagerens eventuelle frivillige indmeldelse i foreningen, såfremt der ikke havde været stillet betingelse herom.

42 Ibid. para. 36-37.

43 Ibid. para. 40-41.

44 Jf. Erik Werlauff, „Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning", *Juristen* 1997, s. 366-67, og sagsøgernes anbringender i de nedenfor omtalte danske retssager. Se endvidere Lars Adam Rehof, „Menneskeretlige krav til den arbejdsretlige procesordning", *Ugeskrift for Retsvæsen* 1995 B, s. 49, samt Jens Garde og Michael Hansen Jensen, „Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed", *Juristen* 1998, s. 353.

45 *Gustafsson v. Sweden*, dom af 25. april 1996.

46 Se nærmere om debatten i kapitel 2 samt nedenfor i kapitel 9.

47 *Gustafsson v. Sweden*, dom af 25. april 1996, para. 44, smh. Partly dissenting opinion af dommerne Ryssdal m.fl.

48 Ibid. para. 52. Det mindretal, der fandt art. 11 uanvendelig, anførte tilsvarende: „Article 11 is not a vehicle for regulating industrial relations in general or for generally protecting against prejudice suffered as a result of industrial action taken by one of the actors in the labour-market against another. The Court has thus held that the right to collective bargaining is not an inherent component of freedom of association under Article 11… In our view, neither does compulsion aimed at making an employer enter into a collective agreement in itself – that is to say, in the absence of compulsion to join an association – come within the safeguard afforded by Article 11."

49 Ibid. para. 45 med henvisning til *Sibson*-dommen para. 29, som henviser til *Young, James and Webster* (*British Rail*) para. 55.

50 Ibid. para. 53.

51 *Chassagnou and Others v. France*, dom af 29. april 1999. Dommen omtales ikke nærmere her, da den dels har spillet en ret beskeden rolle i den danske debat, dels vedrører lovbestemt pligt til medlemskab af kommunale jagtsammenslutninger og derfor er uden umiddelbar relevans for arbejdsmarkedsforhold. Endelig må det tillægges betydning, at selve eksistensen af indgreb i den negative foreningsfrihed efter EMRK art. 11 som følge af det pligtmæssige medlemskab var uomtvistet i sagen, jf. dommens para. 103, hvorfor EMD's stillingtagen hertil ikke kan betragtes som udslag af nogen indgående – endsige retsskabende – fortolkningsvirksomhed.

52 Lov nr. 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold, jf. lovbekendtgørelse nr. 443 af 13. juni 1990 (foreningsfrihedsloven). Om baggrunden for og formålet med loven, se FT 1981-82, tillæg A sp. 1601-04.

53 Højesterets dom af 6. maj 1999, UfR 1999 s. 1316.

54 Højesterets dom af 8. juni 1999, UfR 1999 s. 1496. I denne sag er Danmark efterfølgende blevet indklaget for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, som den 20. marts 2003 antog klagesagen til realitetsbehandling, jf. EMD's Admissibility Decision *Morten Sørensen v. Denmark*, appl. no. 52562/99.

55 Højesterets dom af 12. maj 2000, UfR 2000 s. 1728. Med henvisningen til sine to tidligere domme og de *indtil da* af EMD afsagte domme og den efterfølgende bemærkning om, at heller ikke den i den aktuelle sag påberåbte *Chassagnou*-dom af 29. april 1999 giver grundlag for nogen anden vurdering af eksklusivaftaler, synes Højesteret at have bestræbt sig på at forbigå det – reelt ganske betydningsløse, jf. noten ovenfor om *Chassagnou* – forhold, at denne dom faktisk var afsagt af EMD *før* Højesterets domme af 6. maj og 8. juni 1999, men ikke taget i betragtning heri.

56 Jf. Vestre Landsrets domme af 18. november 1998 og 13. august 1998, gengivet i UfR 1999 s. 1496, henholdsvis UfR 2000 s. 1728.

57 Vestre Landsrets dom af 2. februar 1998, gengivet i UfR 1999 s. 1316.

58 „The Supreme Court thus clearly confirmed the legality of closed shop clauses in the private sector and found that the legislation on this point appeared to be in accordance with Denmark's international obligations under the European Convention on Human Rights.

The Committee recalls that according to Article 5 of the Charter there can be no sort of obligation to become or remain a member of a trade union (Conclusions XIV, p. 179). It can therefore only reiterate that the right not to join a trade union is not sufficiently protected and that Denmark is in breach of its obligations under the Charter." Council of Europe. European Social Charter. *European Committee of Social Rights. Conclusions XV-1, Vol. 1* (2000), s. 143.

59 Den 9. januar 2003 fremsatte regeringen rent faktisk lovforslag nr. L 120 om ændring af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold (Udvidet beskyttelse af den negative foreningsfrihed). Lovforslaget havde – foruden fra regeringspartierne – støtte fra Kristeligt Folkeparti og de Radikale, hvorimod Dansk Folkeparti under andenbehandlingen undlod at give forslaget sin opbakning. Det var blandt andet opfattelsen, at lovforslaget ikke i tilstrækkelig grad imødekom partiets ønske om at dæmme op for en mulig indvandring af arbejdstagere fra Østeuropa, jf. Betænkning til L 120, afgivet af Folketingets Arbejdsmarkedsudvalg den 21. maj 2003. Derfor blev behandlingen af lovforslaget stillet i bero, og forslaget blev henvist til fornyet udvalgsbehandling.

60 *National Union of Belgian Police v. Belgium*, dom af 27. oktober 1975, para. 38.

61 *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, dom af 6. februar 1976, para. 39.

62 Se f.eks. *The right to organize and to bargain collectively* (2. edition). Human rights. Social Charter monographs – No. 5 (2001), s. 56, *Conclusions XIII-3* (1996), s. 277 og *Conclusions XIV-1, Vol. 1* (1998), s. 419.

63 Se også ILO-konventionerne nr. 87, art. 3 og nr. 98, art. 4. Henrik Karl Nielsen og Lars Adam Rehof anfører, at beskyttelsen efter ESC formentlig er mindre vidtgående end efter ILO-konventionerne, idet ESC kun forpligter staterne til at fremme et system med kollektive forhandlinger, hvor det er „necessary" og „appropriate", og beklager for så vidt formuleringen i ESC, idet den indebærer, at det er „andre end de involverende parter, der skal vurdere, hvornår kollektive forhandlinger er nødvendige og i forhold til hvad". Se *International arbejdsret*, 1998, s. 156. ILO-konvention nr. 87, art. 3 stiller imidlertid alene det (negative) krav, at offentlige myndigheder „shall refrain from any

interference", og nr. 98, art. 4 taler som ESC om, at „measures *appropriate* to national conditions shall be taken, where *necessary*, to encourage and promote the full development and utilisation of machinery for voluntary negotiation …" Forskellen er derfor muligt mindre end antaget.

64 „It should also be recalled in this context that the legitimate character of collective bargaining is recognized by a number of international instruments, in particular Article 6 of the European Social Charter, Article 8 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and Conventions No. 87 and 98 of the International Labour Organisation …" *Gustafsson v. Sweden*, dom af 25. april 1996, para. 53.

65 Jf. *The right to organize and to bargain collectively* (2. edition). Human Rights. Social Charter monographs – No. 5 (2001), s. 49 ff.

66 *Wilson & the National Union of Journalists & Others v. UK*, dom af 2. juli 2002, para. 44 (fremhævet her).

67 Ibid. para. 48.

68 Lov nr. 408 af 1. juli 1988, jf. lovbekendtgørelse nr. 273 af 11. april 1997.

69 Jf. Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation No. R ChS (95) 2 on the Application of the European Social Charter by Denmark during the Period 1990-91 (13th supervision cycle – Part I) (Adopted by the Committee of Ministers on 22 June 1995 at the 541st meeting of the Ministers' Deputies).

70 Et delvist tilsvarende spørgsmål kan rejses i forhold til det indgreb i overenskomstdannelsen, som er repræsenteret ved ændringerne i Deltidsloven, jf. lov nr. 433 af 10. juni 2002 om ændring af lov om gennemførelse af deltidsdirektivet. Efter lovens § 4a har en lønmodtager og en arbejdsgiver ret til at aftale, at lønmodtageren arbejder på deltid, og enhver hindring eller begrænsning af denne ret f.eks. i medfør af kollektiv overenskomst er ugyldig.

71 *Schmidt and Dahlström v. Sweden*, dom af 6. februar 1976.

72 Ibid. para. 36. Art. 6, stk. 4 i Tillægget til Socialpagten lyder som følger: „Det forudsættes, at enhver kontraherende part for sit vedkommende kan regulere udøvelsen af strejkeretten ved lov, under forudsætning af, at en deraf følgende yderligere begrænsning af retten er berettiget i medfør af bestemmelsen i artikel 31."

73 Ibid. para. 37.

74 *The right to organize and to bargain collectively* (2. edition). Human rights. Social Charter monographs – No. 5 (2001), s. 61 ff.

75 Jf. Donna Gomien, David Harris and Leo Zwaak, *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, 1996, s. 393.

76 Council of Europe. European Social Charter. *European Committee of Social Rights. Conclusions XV-1, Vol. 1* (2000), s. 153.

77 „Having noted as well that … the Committee of Independent Experts has adopted a negative conclusion as civil servants were denied the right to strike … Recommends that the Danish Government take account in an appropriate manner of the negative conclusions of the Committee of Independent Experts, and invites it to provide information in its next report." Council of Europe. Committee of Ministers. Recommendation No. R ChS (95) 2 on the Application of the European Social Charter by Denmark during the Period 1990-91 (13th supervision cycle – Part I) (Adopted by the Committee of Ministers on 22 June 1995 at the 541st meeting of the Ministers' Deputies).

78 Se f.eks. *Denmark's 19th Report on the Application of the European Social Charter (Cycle XV-1)*, August 1999, s. 36.

79 Jf. Jens Kristiansen, *Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret*, 1997, s. 147.

80 Council of Europe. European Social Charter. *Committee of Independent Experts. Conclusions X-1* (1987), s. 74-75.

81 Jf. *The right to organize and to bargain collectively* (2. edition). Human rights. Social Charter monographs – No. 5 (2001), s. 72-73.

82 „In connection with these cases, the Committee stressed that the legislative action taken went beyond the limits fixed in Article 31 of the Charter. It hoped that due consideration will be given to such limits whenever similar action will be envisaged by the Danish Government in the future. The Committee hoped to receive full details in this respect." Council of Europe. European Social Charter. *Committee of Independent Experts. Conclusions XI-1* (1989), s. 87.

83 „The Committee regrets that the report does not contain the requested information pertaining to the Government intervention in the strike established by nurses and laboratory assistants in 1995. In the absence of this information the Committee is unable to determine whether the intervention, which in its opinion amounted to compulsory arbitration, fell within the limits provided for by Article 31 of the Charter. The situation is of particular concern in so far as the Committee has learned that the Government in May 1999 (outside the reference period) once again intervened in a strike established by nurses and laboratory assistants. It insists that the requested information be contained in the next report." Council of Europe. European Social Charter. *European Committee of Social Rights. Conclusions XV-1, Vol. 1* (2000), s. 153 f.

84 Jf. f.eks. Jens Vedsted-Hansen, „Traktatforpligtelser som parlamentarisk anliggende", i *Grundlovens nutid og fremtid. Årsberetning 1998 fra Retsvidenskabeligt Institut B*, 1999, s. 209 ff.

KAPITEL 4

BESKYTTELSE MOD DISKRIMINATION

INTRODUKTION

Det menneskeretlige krav om ikke-diskrimination betragtes som oftest som et judiciabelt krav, hvad enten det knytter sig til civile og politiske rettigheder eller til økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Kravet om ikke-diskrimination fremstår derved som en af undtagelserne fra den traditionelle kvalificering af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som ikke-judiciable rettigheder, jf. omtalen i kapitel 2.

Varetagelsen af ikke-diskriminationskravet som et judiciabelt krav – også for så vidt angår økonomiske, sociale og kulturelle spørgsmål – har imidlertid ofte ganske betydelige økonomiske implikationer, og princippets håndhævelse vil derfor indirekte kunne komme til at diktere den lovgivende magts ressourceanvendelse. Følgelig rejser varetagelsen af ikke-diskriminationsprincippet spørgsmål om den interne magtfordeling mellem lovgivningsmagt og domstole som retsanvendende organer uden den demokratiske legitimitet, der traditionelt forudsættes i forbindelse med beslutninger om ressourceallokering.

Grundloven indeholder ikke noget selvstændigt forbud mod diskrimination, hvorimod kravet om ikke-diskrimination følger af Danmarks internationale menneskeretlige forpligtelser. Den følgende fremstilling diskuterer karakteren og rækkevidden af disse internationale diskriminationsforbud og deres betydning i dansk ret.

SELVSTÆNDIGE OG ACCESSORISKE DISKRIMINATIONSGRUNDE

Visse ikke-diskriminationsbestemmelser er *selvstændige* i den forstand, at beskyttelsen vedrører *enhver* ret, altså også rettigheder, der ikke i øvrigt er beskyttede efter den pågældende konvention. Et sådant selvstændigt diskriminationsforbud optræder f.eks. i FN-konventionen om civile og politiske

rettigheder (herefter CCPR) art. 26, som stiller krav om lige beskyttelse ikke bare „*before* the law", men også „*of* the law". Mens lige beskyttelse „before the law" relaterer sig til lovens forvaltning og håndhævelse ved administrative og judicielle organer, giver udtrykket „of the law" en mere omfattende beskyttelse, idet adressaten her er lovgiver.

Kravet om beskyttelse „of the law" rækker ikke bare ud over konventionen selv og ind i områder, der er beskyttet af andre konventioner, i dette tilfælde navnlig FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (herefter CESCR). Forbuddet er endnu mere vidtrækkende, idet beskyttelsen ikke knytter sig til det *traktat*regulerede, men til det, som staten har valgt at regulere ved hjælp af lovgivning eller på anden måde.[1] I den udstrækning staterne har valgt at regulere et bestemt område som f.eks. spørgsmålet om beskyttelse af ejendomsretten, falder dette område altså inden for beskyttelsen efter CCPR art. 26, selvom ejendomsretten hverken er beskyttet efter CCPR eller CESCR.[2] Valget – eller forpligtelsen til at regulere, som den kan følge af andre traktatforpligtelser – fører altså med sig en forpligtelse til at sikre ikke-diskrimination såvel generelt som i den konkrete administration. Da Danmark har ratificeret CCPR og i øvrigt er et gennemreguleret samfund, dækker ikke-diskriminationsforbuddet derfor overordentlig bredt.

En omtrent tilsvarende bestemmelse findes i art. 1 i Protokol Nr. 12 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (herefter EMRK). Den væsentligste forskel er den, at CCPR art. 26 fastslår princippet om lighed for loven, hvorimod lighedsprincippet alene er indeholdt i præamblen til Protokol Nr. 12. Protokollen blev i november 2000 åbnet for undertegnelse og ratifikation, men er endnu ikke trådt i kraft. Danmark har indtil videre hverken undertegnet eller ratificeret protokollen.[3]

I modsætning hertil er et diskriminationsforbud *accessorisk*, når det alene knytter sig til de rettigheder, der er beskyttet efter den pågældende konvention. Diskrimination med hensyn til rettigheder, der er omfattet af andre konventioner, falder altså i princippet uden for beskyttelsen. Et sådant accessorisk diskriminationsforbud findes f.eks. i CCPR art. 2 (1), CESCR art. 2 (2) og i EMRK art. 14, hvorefter forbuddet knytter sig henholdsvis til „the rights recognized in the present Covenant" og „the rights and freedoms set forth in this Convention". Tilsvarende knytter diskriminationsprincippet i præamblen til Det Europæiske Sociale Charter (herefter ESC) sig alene til sociale rettigheder, og det samme gælder art. E i Det Reviderede Sociale Charter, som endnu ikke er ratificeret af Danmark.

At et diskriminationsforbud har karakter af at være accessorisk, indebærer imidlertid ikke nødvendigvis, at det alene kan påberåbes i de situationer, hvor der foreligger en selvstændig krænkelse af den bestemmelse i den pågældende konvention, som i øvrigt påberåbes. Visse ikke-diskriminationsbestemmelser – som f.eks. EMRK art. 14 – har *autonom* karakter i den forstand, at det er tilstrækkeligt, at faktum kan bedømmes i lyset af en af konventionens materielle bestemmelser. Domstolen stiller alene det krav, at klagen „falls within the ambit" af den pågældende bestemmelse. Denne kobling til en anden konventionsbestemmelse kan i praksis foretages med betydelig kreativitet og kan i realiteten føre til en ganske omfattende beskyttelse, jf. nærmere herom nedenfor.

OPLISTNINGEN AF IKKE-DISKRIMINATIONSGRUNDE

Oplistningen af ikke-diskriminationsgrundene varierer kun i ubetydelig grad i de konventioner, Danmark har forpligtet til sig at overholde. Ydermere dækker de afvigende formuleringer næppe over nogen reel forskel i den tilsigtede beskyttelse. Ifølge CCPR art. 26 skal staterne sikre beskyttelse mod forskelsbehandling af nogen grund, herunder „race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status". Formuleringen i CCPR art. 2 (1) og CESCR art. 2 (2) er enslydende.

EMRK art. 14 omhandler „discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status." Oplistningen i Protokol Nr. 12, som Danmark altså endnu ikke har ratificeret, er identisk.

ESC indeholder ikke nogen separat bestemmelse, der forbyder diskrimination. Socialpagten refererer dog til diskriminationsforbuddet som et generelt princip både i præamblen og i visse af pagtens enkeltbestemmelser. Flere af Socialpagtens bestemmelser gælder dog som udgangspunkt kun for udlændinge, såfremt de er statsborgere i andre kontraherende parters lande, jf. nærmere Tillæg til Socialpagten (Socialpagtens område (personkreds)). Den Reviderede Socialpagt, derimod, medtager i art. E et generelt ikke-diskriminationsprincip for Socialpagtens gennemførelse. Den Reviderede Socialpagt er imidlertid som nævnt ikke ratificeret af Danmark, og netop

ikke-diskriminationsprincippet er et af diskussionsemnerne i forbindelse med en eventuel ratifikation, jf. nærmere nedenfor.

Fælles for ikke-diskriminationsbestemmelserne i EMRK, CCPR og CESCR er også, at oplistningen ikke er udtømmende. Der er da også i konventionsorganernes praksis flere eksempler på, at andre diskriminationsgrunde såsom statsborgerskab, seksuel orientering og alder efter omstændighederne kan anerkendes som forbudte diskriminationsgrunde.[4]

SELVE BEGREBET DISKRIMINATION

De forskellige konventioner afgrænser begrebet diskrimination på nogenlunde samme måde. I General Comment No. 18 udtaler Menneskerettighedskomitéen (det organ, der overvåger overholdelsen af CCPR), f.eks. at diskrimination „should be understood to imply any distinction, exclusion, restriction or preference based on any ground such as … and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms." Komitéen tilføjer, at „not every differentiation of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant."[5]

Tilsvarende har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter EMD) udtalt, at en forskelsbehandling er diskriminerende, hvis den ikke har en „objective and reasonable justification", hvilket igen kan være tilfældet, „if it does not pursue a legitimate aim" eller, hvis der ikke er nogen „reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized."[6] En lignende formulering fremgår af Appendix til art. E i Det Reviderede Sociale Charter, hvor det hedder, at „a differential treatment based on an objective and reasonable justification shall not be deemed discriminatory."

I denne vurdering er staterne indrømmet en vis *margin of appreciation*, en margin, som ikke nødvendigvis er den samme i alle sager. F.eks. har EMD indrømmet en betydelig skønsmargin på retsområder, der vedrører familielivet og privatsfæren og i øvrigt også i moralske spørgsmål og i vurderingen af, hvad der er i samfundets interesse. Endvidere antages det, at staternes skønsmargin er vid, hvis sagen vedrører positive forpligtelser (*positive obligations*). Derimod er staternes skønsmargin – såvel i en regional som i en global

sammenhæng – formentlig ret begrænset i spørgsmål om ligestilling mellem kønnene. Det gælder „begge veje", jf. udtrykket „mainstreaming", idet forskelsbehandling mod mænd også er blevet anset for diskriminerende.[7]

Diskriminationsforbuddet tager utvivlsomt sigte på den (direkte) diskrimination, der finder sted på grundlag af et af de opregnede kriterier. Forskelsbehandling på grundlag af et isoleret set lovligt kriterium kan imidlertid efter omstændighederne ramme forskellige befolkningsgrupper så uensartet, at den faktiske virkning kommer til at svare til virkningen af en direkte diskrimination mellem samme befolkningsgrupper. Denne forståelse af ikke-diskriminationsprincippet som også omfattende den indirekte diskrimination kan anses for omfattet af udtryk som „any discrimination" og „any ground", jf. f.eks. CCPR art. 26.[8]

Forbuddet mod indirekte diskrimination kommer tydeligst til udtryk i Racediskriminationskonventionens art. 1 (1) og 2 (1) c, som lægger vægt på den faktiske *virkning* af en forskelsbehandling. Racediskriminationskomitéen udtaler f.eks. følgende:

> In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention it will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent or national or ethnic origin.[9]

I General Comment No. 18 henviser Menneskerettighedskomitéen til Racediskriminationskonventionens ordlyd og understreger, at det afgørende er, om forskelsbehandlingen „has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedoms."[10]

Endelig skal henvises til definitionen i EU-direktivet om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse. Ifølge direktivet foreligger der

> indirekte forskelsbehandling, hvis en tilsyneladende neutral bestemmelse, betingelse eller praksis vil stille personer af en bestemt race eller etnisk oprindelse særlig ufordelagtigt i forhold til andre personer, medmindre den pågældende bestemmelse, betingelse eller praksis er objektivt begrundet i et legitimt mål, og midlerne til at opfylde det er hensigtsmæssige og nødvendige.[11]

KOBLING TIL SOCIALE RETTIGHEDER VIA SELVSTÆNDIGE DISKRIMINATIONSFORBUD

Som tidligere nævnt fastslår art. 26 i CCPR princippet om lighed for loven og indeholder tillige et selvstændigt eller generelt diskriminationsforbud. Det indebærer, at konventionens overvågningsorgan, Menneskerettighedskomitéen, også kan udtale sig om klager over andre spørgsmål end de, der er knyttet til konventionens materielle bestemmelser, forudsat staterne rent faktisk har valgt at regulere det pågældende område.

Denne fortolkning af bestemmelsen går tilbage til 1987, da Menneskerettighedskomitéen blev præsenteret for tre sager vedrørende forskelsbehandling med hensyn til sociale ydelser. I alle tre sager overvejede komitéen indgående spørgsmålet om, hvorvidt art. 26 måtte fortolkes som en bestemmelse, der alene relaterer sig til de rettigheder, der er beskyttede efter CCPR, eller om den har en mere generel karakter. Argumentationen skal ikke gengives i sin helhed her.[12] Det rækker at sige, at komitéen understregede, at art. 26 har en længere rækkevidde end ikke-diskriminationsbestemmelsen i konventionens art. 2, som udtrykkeligt henviser til „the rights recognized in the present Covenant". Art. 26 taler tillige om „equal protection of the law" og kræver, at loven skal forbyde enhver forskelsbehandling af de samme grunde som nævnt i art. 2 i CCPR og CESCR.

I sagen *Danning v. the Netherlands* om forskelsbehandling mellem gifte og samlevende i relation til arbejdsudygtighedspension konstaterede komitéen først og fremmest, at Holland havde reguleret det område, klagen vedrørte. Den konkrete forskelsbehandling mellem gifte og samlevende var derimod efter komitéens opfattelse „reasonable and objective" og derfor ikke i strid med art. 26. Komitéen lagde vægt på, at der var forskel på samlevendes og giftes økonomiske forpligtelser (herunder forsørgerforpligtelser), og at det i øvrigt er parterne selv, der bestemmer, om de ønsker den ene eller den anden status.[13]

De to andre sager, *Zwaan-de-Vries v. the Netherlands* og *Broeks v. the Netherlands*, drejede sig om lovgivning, hvorefter gifte kvinder i modsætning til mænd og ugifte kvinder skulle bevise deres forsørgerforpligtelser for at opnå arbejdsløshedsunderstøttelse. Om dette spørgsmål udtalte komitéen derimod, at „such a differentiation is not reasonable". Der var derfor efter komitéens opfattelse tale om en krænkelse af art. 26. Selvom udtalelser fra Menneskerettighedskomitéen ikke er bindende, jf. udtrykket *views*, fandt

Holland sig nødsaget til at ændre sin lovgivning, således at mænd og kvinder fik den samme retsstilling i relation til arbejdsløshedsunderstøttelse.

Selvom den lovgivning, der blev underkendt ved komitéens udtalelse, i dag kan forekomme aldeles ude af trit med samfundsudviklingen i Europa og store dele af den øvrige verden, indvarslede komitéens udtalelser et helt nyt perspektiv på rækkevidden af diskriminationsforbuddet i art. 26. Udtalelserne illustrerer, at forestillingen om menneskerettighedernes udelelighed faktisk har et retligt indhold, og ikke mindst åbner fortolkningen for en ellers ikke eksisterende klageadgang med hensyn til fordelingen af sociale sikrings- og velfærdsgoder. Som følge heraf pålægger den også staterne nogle ganske vidtgående forpligtelser, som griber langt ind i det område, som traditionelt er blevet opfattet som politikernes eksklusive domæne.

Siden har Menneskerettighedskomitéen i et antal sager efter art. 26 forholdt sig til spørgsmål, som griber ind i det område, der i øvrigt er beskyttet efter konventionerne om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder eller slet ikke omgærdet med menneskeretlig beskyttelse. I nogle sager har komitéen vurderet, at den kritiserede forskelsbehandling var diskriminerende,[14] i andre at forskelsbehandlingen var rimelig og objektiv. I de sager, hvor komitéen har afvist, at der var tale om diskrimination, er resultatet imidlertid ikke nødvendigvis sammenhængende med hensynet til staternes råderum i økonomiske spørgsmål.

I sagen *Hendrika S. Vos v. the Netherlands*[15] har således gennemsnitsbetragtninger og hensyn til administrativ konveniens haft betydning for resultatet. Klageren, en fraskilt kvinde, modtog en pensionsydelse på grund af uarbejdsdygtighed. Da den tidligere mand døde, blev ydelsen imidlertid erstattet af en enkepensionsydelse efter en anden lov. Denne ordning var indført for at undgå regelsammenstød og medførte i langt de fleste tilfælde, at pensionisten fik bedre forhold. Faktisk var ordningen vedtaget på et tidspunkt, hvor gifte kvinder formodningsvis var helt eller delvis hjemmegående, og hvor tabet af ægtefælle var ensbetydende med tabet af forsørger. Klagerens situation blev imidlertid (utilsigtet) forringet. Hun gjorde derfor gældende, at hun burde betragtes som uarbejdsdygtig snarere end som enke, og at der var tale om kønsdiskrimination. Komitéen afviste imidlertid, at der var tale om diskrimination på grund af lovens baggrund og formål og lagde yderligere vægt på, at begge ydelser lå over „subsistence level income".[16]

Udtalelsen i sagen *Snijders et al. v. the Netherlands*[17] synes at være motiveret ud fra en vurdering af parternes egne behov og muligheder. Sagen vedrørte en gruppe enlige mænd, som klagede over, at de måtte betale et

indtægtsbestemt bidrag til hospitalsbehandling. De fandt, at der var tale om diskrimination, idet gifte og samlevende, hvis partner ikke samtidig var i behandling, kun betalte et fast beløb. Hvis partneren derimod også var i behandling, gjaldt de samme betalingsvilkår som for enlige. Komitéen fandt, at statens begrundelse for forskelsbehandlingen var rimelig og objektiv, idet enlige og par i hospitalsbehandling typisk har færre udgifter end et par, hvor den ene er i behandling, mens den anden må opretholde en husholdning i det fælles hjem.

Mindre klar er komitéens afgørelse i en sag om et hollandsk par af marokkansk afstamning, som havde påtaget sig det økonomiske ansvar for deres slægtninges fire børn, som var blevet forældreløse. Da børnene boede i Marokko, blev parret nægtet retten til børnefamilieydelse og indgav derfor en klage til Menneskerettighedskomitéen. Komitéen afviste, at der var tale om diskrimination. Den hæftede sig ved, at bopælskravet var objektivt, og ved, at der ikke var tale om forskelsbehandling mellem statsborgere og ikke statsborgere.[18] Indvendingen, at der var tale om indirekte diskrimination, fordi reglen ramte vandrende arbejdstagere hårdere end indfødte hollændere, kunne således ikke tages til følge. Komitéens udtalelse var imidlertid også baseret på „lack of substantiation", hvilket kan tolkes derhen, at komitéen savnede bevis for, at de forældreløse børn faktisk var klagernes familiemedlemmer.

Den Europæiske Sociale Komité har bedømt et noget tilsvarende spørgsmål på grundlag af ESC. Den Europæiske Sociale Komité har således udtalt, at et dansk bopælskrav i forbindelse med udbetaling af børnefamilieydelse og børnetilskud faktisk *er* udtryk for indirekte diskrimination. Det forhold, at der ikke er indgået særlige bilaterale aftaler med blandt andet Cypern og Malta fører således efter komitéens opfattelse til, at herboende statsborgere fra disse lande i højere grad bliver ramt af bopælskravet. Det strider efter komitéens opfattelse imod bestemmelsen i ESC art. 12 (4), hvorefter staterne forpligter sig til at tage skridt til at skabe ligestilling mellem egne og andre kontraherende parters statsborgere i henseende til social tryghed.[19]

Menneskerettighedskomitéen synes endvidere ikke at lægge vægt på motivet til forskelsbehandlingen. Komitéen ser på effekten som f.eks. i to sager vedrørende forhenværende tjekkoslovakiske statsborgere, som i 1949 var flygtet af politiske årsager fra det daværende Tjekkoslovakiet.[20] I begge sager blev klagerne nægtet retten til kompensation for konfiskeret ejendom, idet de ikke opfyldte et lovbaseret krav om statsborgerskab og bopæl. At den pågældende lov ikke – som det blev anført af den tjekkiske stat – havde noget diskriminerende sigte, var efter komitéens opfattelse ikke afgørende.

I begge sager fandt komitéen, at der var tale om en krænkelse af art. 26. Sagerne illustrerer samtidig rækkevidden af art. 26, idet ejendomsretten hverken er beskyttet efter CCPR eller CESCR.

Forskelsbehandling på grundlag af nationalitet blev også anset for diskriminerende i sagen *Gueye et al v. France*.[21] Sagen vedrørte en senegalesisk statsborger, som efter sin afsked fra den franske hær fik mindre i pension end franske statsborgere i samme situation. Komitéen fandt ikke, at der var tale om diskrimination på grund af race – som er et af de udtrykkeligt oplistede diskriminationsforbud i CCPR art. 26 – men derimod, at forskelsbehandling med hensyn til nationalitet var omfattet af udtrykket „anden stilling" i bestemmelsen. Da den konkrete forskelsbehandling efter komitéens opfattelse ydermere ikke var rimelig og objektiv, var der tale om en krænkelse af art. 26.

KOBLING TIL SOCIALE RETTIGHEDER GENNEM DYNAMISK ANVENDELSE AF ACCESSORISKE FORBUD

Også diskriminationsforbuddet i art. 14 kan i realiteten komme til at række ud over EMRK, idet bestemmelsen som nævnt ikke forudsætter en krænkelse af den anden bestemmelse i konventionen, som påstanden om diskrimination knyttes til. Det forhold, at faktum blot skal kunne bedømmes i lyset af en anden af konventionens bestemmelser, udvider i realiteten konventionens beskyttelsesområde til også at dække problemstillinger, som traditionelt diskuteres i lyset af konventionerne om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Tre sager fra EMD skal gengives her.

Den første sag, *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*[22], vedrørte en kvinde, som på grund af tuberkulose fik tilkendt arbejdsudygtighedspension. Efter at have født et barn fik hun imidlertid frataget pensionen. Den schweiziske forsikringsdomstol begrundede afgørelsen med „an 'assumption based on experience of everyday life', namely that many married women give up their jobs when their first child is born and resume it only later" (para. 64). Ræsonnementet var altså, at kvinden ville have opgivet sit arbejde under alle omstændigheder, da hun fik sit barn, og at pensionsydelsen var tænkt som kompensation for manglende arbejdsindtægt. Schuler-Zgraggen gjorde blandt andet gældende, at afgørelsen var udtryk for ulovlig forskelsbehandling, idet formodningen om arbejdsophør i forbindelse med erhvervelse af forældrestatus kun vedrørte kvinder.

Domstolen fandt, at pensionsspørgsmålet faldt ind under området for art. 6 (1). Vurderingen var baseret på tidligere case law, hvorefter både „social insurance" og „welfare assistance" er anset for omfattet af udtrykket „civil rights and obligations"[23], hvad enten ydelsen udspringer af en (privatretlig) arbejdskontrakt eller er af offentligretlig karakter.[24] Selvom der ikke var tale om krænkelse af art. 6, kunne spørgsmålet derfor bedømmes efter art. 14, og domstolen udtalte som følger:

> The advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would have to be put forward before such a difference of treatment could be regarded as compatible with the Convention … The Court discerns no such reason in the instant case. It therefore concludes that for want of any reasonable and objective justification there has been a breach of Article 14 taken together with Article 6 para. 1 … (para. 67).

Det er altså ikke alene processuelle spørgsmål, men også selve den materielle rettighed, som „falls within the ambit" af art. 6. Med afgørelsen bygger EMD således bro til Menneskerettighedskomitéens case law efter det selvstændige diskriminationsforbud i CCPR art. 26, jf. sagerne *Zwaan-de-Vries v. the Netherlands* og *Broeks v. the Netherlands* omtalt ovenfor. Selvom beskyttelsen efter det selvstændige diskriminationsforbud i CCPR art. 26 i princippet er mere vidtgående, opnåede Schuler-Zgraggen i realiteten et resultat, som indholdsmæssigt svarer til, hvad hun kunne have opnået efter art. 26 i CCPR. I en sådan situation er en dom fra EMD dog naturligvis at foretrække for den enkelte frem for et folkeretligt uforbindende *view* fra Menneskerettighedskomitéen.

Som det fremgår af citatet var dommen motiveret i den fælleseuropæiske bestræbelse på at sikre ligestilling mellem kønnene, men *den integrerende metode*[25] er også taget i anvendelse i forhold til andre diskriminationsgrunde. I sagen *Gaygusuz v. Austria*[26] havde de østrigske myndigheder således nægtet en tyrkisk statsborger retten til en særlig ydelse (emergency assistance), som på forskellige betingelser kunne udbetales til personer, der havde opbrugt retten til arbejdsløshedsunderstøttelse. Blandt disse betingelser var østrigsk statsborgerskab. Ydelsen var delvis finansieret af indbetalte bidrag fra de arbejdsløshedsforsikrede, og Gaygusuz opfyldte alle tildelingskriterier bortset fra statsborgerskabskriteriet.

Eftersom retten til sociale forsikringsydelser ikke er direkte beskyttet af EMRK, var spørgsmålet for det første, om sagens faktum overhovedet

faldt ind under konventionens beskyttelse, idet forskelsbehandlingen kun i bekræftende fald kunne bedømmes af EMD. Gaygusuz selv gjorde gældende, at situationen burde bedømmes efter bestemmelsen om beskyttelse af ejendomsretten i art. 1 i Protokol Nr. 1 sammenholdt med art. 14.

Domstolen konstaterede, at retten til den pågældende ydelse var betinget af bidragsindbetaling, men byggede – i modsætning til Menneskerettighedskommissionen – ikke sin argumentation på dette forhold. Domstolen fastslog kort og godt, at ydelsen var en „pecuniary right", og at art. 1 i Protokol Nr. 1 var anvendelig „without it being necessary to rely solely on the link between entitlement to emergency assistance and the obligation to pay 'taxes or other contributions'" (para. 41). Denne noget kryptiske tilføjelse – hvorved domstolen i realiteten lægger afstand til kommissionens ræsonnement – har naturligvis givet anledning til spekulationer over domstolens eventuelle villighed til i senere sager at fortolke ejendomsretsbegrebet på en sådan måde, at det også omfatter sociale (sikrings)ydelser, som ikke er betinget af bidragsindbetaling, jf. nedenfor om sagen *Koua Poirrez v. France*.

Anderledes klar var domstolen i sin vurdering af diskriminationsspørgsmålet, selvom statsborgerskab ikke er et af de oplistede kriterier i art. 14. Domstolen fandt det således ikke nødvendigt at fremhæve, at statsborgerskab efter omstændighederne kan være omfattet af udtrykket „andet forhold", men udtalte simpelthen, at „very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention" (para. 42). I betragtning af at Gaygusuz havde haft opholds- og arbejdstilladelse i Østrig og i øvrigt indbetalt sine bidrag til arbejdsløshedskassen på samme måde som østrigske statsborgere, fandt domstolen ikke, at forskelsbehandlingen var „based on any objective and reasonable justification" (para. 50). Forskelsbehandlingen udgjorde følgelig en krænkelse af art. 14 sammenholdt med art. 1 i Protokol Nr. 1.[27]

Også *Gaugusuz-sagen* har visse fællestræk med en sag afgjort af Menneskerettighedskomitéen, nemlig sagen vedrørende *Gueye et al v. France*, omtalt ovenfor. *Gaygusuz-sagen* illustrerer, at diskriminationsforbuddet i art. 14 rækker ganske langt, og forklarer formentlig samtidig en del af den danske skepsis med hensyn til at ratificere ikke bare Protokol Nr. 12 til EMRK, men også Det Reviderede Sociale Charter med dets artikel E, jf. nedenfor i afsnittet om Ikke-diskriminationsprincippet og dansk ret.[28]

Denne skepsis er næppe blevet mindre efter domsafsigelsen den 30. september 2003 i sagen *Koua Poirrez v. France*, som i realiteten besvarer nogle

af de tvivlsspørgsmål, som *Gaygusuz-sagen* har rejst. I *Koua Poirrez* sagen har domstolen således fundet, at begrebet ejendom i Protokol Nr. 1 efter omstændighederne kan udstrækkes til også at omfatte sociale ydelser, der *ikke* er betinget af bidragsindbetaling, i det konkrete tilfælde en særlig ydelse til handicappede personer, og – som i *Gaygusuz-sagen* – fundet det uforeneligt med art. 14, at denne ydelse havde været forbeholdt statsborgere.[29]

Domstolen gør sig ingen særlige anstrengelser for at begrunde resultatet, men udtaler blot med henvisning til *Gaygusuz-sagen*, at

> … the fact that, in that case, the applicant had paid contributions and was thus entitled to emergency assistance (ibid., §39) does not mean, by converse implication, that a non-contributory social benefit […] does not also give rise to a pecuniary right for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1. (para 37).

Man må antage, at domstolen har lagt vægt på det forhold, at finansieringen af sociale ydelser i medlemsstaterne er temmelig forskellig, og ikke fundet det rimeligt at sondre mellem den direkte (med)finansiering, der finder sted gennem bidragsindbetaling, og den indirekte medfinansiering, der finder sted gennem skatteindbetaling. Under alle omstændigheder er dommen interessant, idet den udvider beskyttelsen af sociale rettigheder under EMRK i betydelig grad.

Endelig skal omtales sagen *Petrovic v. Austria*[30], som også omhandlede spørgsmålet om, hvorvidt forskelsbehandling med hensyn til tildeling af en social ydelse kunne bedømmes efter EMRK. Forholdet var det, at nybagte fædre – i modsætning til mødrene – ikke efter loven var berettiget til betalt forældreorlov. Domstolen udtalte ikke overraskende, at forældreorlov ikke er beskyttet efter art. 8, idet bestemmelsen ikke forpligter staterne til at stille sådanne positive ydelser til rådighed for borgerne. Domstolen fandt imidlertid, at ydelsen „is intended to promote family life and necessarily affects the way in which the latter is organised, as in conjunction with parental leave, it enables one of the parents to stay at home to look after the children" (para. 27). Ved at tildele betalt forældreorlov udtrykker staterne deres respekt for familielivet, og forholdet kunne derfor efter domstolens opfattelse bedømmes efter art. 14 set i sammenhæng med art. 8.

Mens kommissionen var af den opfattelse, at forskelsbehandlingen var diskriminerende, var domstolen noget mere forsigtig i sin vurdering. Domstolen udtalte ganske vist, at mens barselsorlov også havde som et formål at give moderen mulighed for at komme til kræfter efter fødslen, var fædre og

mødre i relation til forældreorlov „similarly placed" (para. 36). Endvidere måtte staterne have meget tungtvejende grunde for at forskelsbehandle, al den stund ligestilling anses for et vigtigt mål for Europarådsstaterne. Ikke desto mindre måtte staterne indrømmes en betydelig skønsmargin i spørgsmål, om hvilke der ikke var nogen fælles holdning i medlemsstaterne. Da der på afgørelsestidspunktet rent faktisk *var* betydelige variationer i lovgivningen om forældreorlov, fandt domstolen ikke at kunne kritisere den østrigske lovgivning.

Dommens sprogbrug udtrykker imidlertid en vis tvivl eller utilfredshed med resultatet, idet domstolen udtaler, at „it therefore appears difficult to criticise the Austrian legislation" (para. 41). Det antydes videre, at dommen har en begrænset „levetid", eftersom den fælles-europæiske opfattelse af spørgsmålet om fædres rettigheder og forpligtelser er i stadig udvikling, og de to dissentierende dommeres opfattelse af diskriminationsspørgsmålet er muligvis allerede nu mere tidssvarende.

POSITIVE OG NEGATIVE FORPLIGTELSER

Af konventionerne om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder kan ikke udledes noget eksplicit krav om judiciel kontrol. Kravet ligger dog implicit i CESCR, for så vidt angår visse af forpligtelserne, og kommer i øvrigt til udtryk i følgende passus fra General Comment No. 9 fra Komitéen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder:

> … there are some obligations, such as (but by no means limited to) those concerning non-discrimination … in relation to which the provision of some form of judicial remedy would seem indispensable in order to satisfy the requirements of the Covenant. In other words, whenever a Covenant right cannot be made fully effective without some role for the judiciary, judicial remedies are necessary.[31]

Kravet om judiciel kontrol følger derimod både direkte og indirekte af konventionerne om civile og politiske rettigheder.[32] Eftersom både det accessoriske diskriminationsforbud i EMRK art. 14 og det selvstændige forbud i CCPR art. 26 griber langt ind området for økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, er det derfor forsvarligt at konkludere, at ikke-diskriminationskravet er et judiciabelt krav, også for så vidt angår økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.

De afgørelser og *views*, der er omtalt ovenfor, illustrerer ikke blot, at

ikke-diskriminationsprincippet er judiciabelt også i forhold til sociale krav, men tillige at diskriminationsforbuddet kan have positive ressourcemæssige implikationer for staterne af endog ganske betydeligt omfang. Ligestillingen af henholdsvis mænd og kvinder, statsborgere og ikke statsborgere i relation til de omdiskuterede ydelser forudsætter således enten, at der afsættes ekstra ressourcer, eller at de allerede afsatte omfordeles på en sådan måde, at ikke-diskriminationskravet bliver tilgodeset.

En sådan omfordeling vil efter omstændighederne kunne støde an mod hensyn til berettigede forventninger, ligesom ydelsesniveauet vil skulle respektere menneskeretlige krav om kvalitative mindstestandarder, jf. kapitel 7. Det er derfor næppe for meget at sige, at en håndhævelse af ikke-diskriminationsprincippet kan have som sin konsekvens, at konventionsorganerne indirekte kommer til at påvirke den interne magtbalance mellem domstole og lovgivningsmagt i den forstand, at lovgivningsmagtens rolle begrænses. Menneskerettighedskomitéens *views* er ganske vist ikke bindende, men EMD afsiger i realiteten dom om, at lovgivningsmagten må ændre sociallovgivningen med de økonomiske konsekvenser, dette måtte have på de forskellige administrative niveauer, alt afhængig af den nærmere ansvarsfordeling i hvert enkelt tilfælde.

Netop derfor kunne man også forvente en betydelig forsigtighed i prøvelsen af sådanne diskriminationsspørgsmål. De afgørelser, der er gengivet ovenfor, vidner imidlertid ikke om nogen udpræget tilbageholdenhed, og i den udstrækning, der er varetaget magtbalancehensyn i afgørelserne, har det ikke fået noget sprogligt udtryk. Selvom Menneskerettighedskomitéens *views* ikke er folkeretligt bindende, er der i øvrigt ingen grund til at mene, at komitéens prøvelse afviger fra EMD's.

De nævnte afgørelser og udtalelser rummer altså i realiteten klare positive aspekter, idet de indirekte stiller krav til det politiske niveau om ændringer i ressourcefordelingen mellem forskellige grupper af befolkningen. Da ligebehandlingskravet i disse tilfælde juridisk/teknisk har karakter af forbud – ikke-diskrimination – bliver denne del af kravet imidlertid traditionelt betegnet som et negativt krav. Betegnelsen „positive forpligtelser" reserveres typisk til den aktive beskyttelse mod forskelsbehandling, som består i, at staterne efter omstændighederne kan blive pålagt en pligt til at gøre noget særligt for at sikre den lige behanding, jf. f.eks. udtrykket „secured" i EMRK art. 14 og udtrykket „effective protection" i CCPR art. 26. En sådan effektiv beskyttelse kan f.eks. bestå i, at staten iværksætter særlige foranstaltninger med henblik på at sikre ligestillingen mellem mænd og kvinder eller for

at imødekomme særlige behov hos svage og udsatte grupper af befolkningen. I forbindelse med behandlingen af landerapporteringer spørger Menneskerettighedskomitéen således flittigt til, hvilke positive foranstaltninger staterne har iværksat for at sikre ligestillingen, og i General Comment No. 18 understreges det, at lighedsprincippet også forpligter staterne til at „take affirmative action" og til at yde visse grupper „preferential treatment."

EMD har i flere sager udtalt, at denne form for „omvendt diskrimination" eller positiv særbehandling er *forenelig* med art. 14. Der er imidlertid kun i meget begrænset udstrækning tale om nogen *retlig forpligtelse* til positiv særbehandling, og i den juridiske litteratur er der betydelig enighed om, at udtrykkene „secure" og „effective protection" kun i meget beskedent omfang indebærer positive forpligtelser. Case law vedr. art. 14 er da også beskeden[33], og EMD foretrækker at behandle påstande om positive forpligtelser under de materielle bestemmelser i konventionen. Det var f.eks. tilfældet i sagen *Airey v. Ireland*, hvor et krav om positiv særbehandling på grund af manglende økonomisk formåen med henblik på lige adgang til en retfærdig rettergang blev afgjort alene på grundlag af art. 6.[34]

Endvidere fremhæves ofte relativiteten i forpligtelsen, jf. f.eks. Manfred Nowak, som i kommentaren til CCPR art. 26 skriver som følger:

> As with all positive measures to ensure rights, these are of only a relative nature, i.e. it is the province of the States parties to decide in what way and to what degree they wish to counteract specific discrimination.[35]

De positive forpligtelser, der følger af kravet om ikke-indgreb er imidlertid ikke af „relative nature". Kravet om ikke-diskrimination er i denne sammenhæng absolut i den forstand, at de grupper, sammenligningen vedrører, skal stilles lige. I øvrigt vil staterne i praksis være underlagt visse begrænsninger, når de skal træffe afgørelse om, på hvilket niveau den pågældende rettighed skal gennemføres. Staterne vil således i vid udstrækning være bundet af tidligere vurderinger af ydelsesniveauet til den gruppe, i forhold til hvem den påberåbte forskelsbehandling blev vurderet. De ændringer, der er nødvendige f.eks. på grund af afgørelsen om, at også ikke-østrigske statsborgere skal have ret til „emergency measures"[36], vil således kun i begrænset omfang kunne gennemføres ved hjælp af generelle nedsættelser af ydelsesniveauet. Retlige hensyn som berettigede forventninger vil kunne stille sig hindrende i vejen, og generelle nedsættelser af serviceniveauet er ofte udelukket også ud fra politiske hensyn.

Ikke-diskriminationskravet er således en af undtagelserne fra hovedreglen,

der siger, at sociale (positive) rettigheder er undergivet progressiv realisation, jf. f.eks. CESCR art. 2 (1). I den forstand er denne del af ligebehandlingskravet, der sædvanligvis betegnes som negativt, i realiteten mere positivt end den del, som traditionelt omtales som den positive forpligtelse. Negative forpligtelser kan have betydelige ressourcemæssige (og dermed positive) implikationer for staterne, og ikke-diskriminationsprincippet er ikke bare et af de mest fundamentale menneskeretlige principper. Det illustrerer også, at magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole – herunder EMD – er langt mindre entydig, end det ofte antages. En inkorporering af CCPR i dansk ret kan risikere at begrænse lovgivers rolle, ligesom naturligvis en ratifikation og efterfølgende inkorporering af Protokol Nr. 12 til EMRK vil kunne det. Blandt andet disse spørgsmål behandles nedenfor.

IKKE-DISKRIMINATIONSPRINCIPPET OG DANSK RET

Grundloven indeholder som nævnt ikke noget selvstændigt ikke-diskriminationsprincip, hvorimod det sædvanligvis antages, at en speciel lighedsgrundsætning gælder på ulovbestemt grundlag – om end ikke på forfatningsniveau. Det betyder, at den del af ikke-diskriminationskravet, der vedrører ligelig beskyttelse „before the law", for så vidt allerede er en del af dansk ret.[37] Noget klart krav om lige beskyttelse „of the law" følger derimod ikke af dansk ret.

Danmark har imidlertid ratificeret CCPR, og er altså folkeretligt forpligtet også efter art. 26. Det er derfor hævet over enhver tvivl, at Danmark ville kunne risikere at blive udsat for kritik fra Menneskerettighedskomitéen, hvis denne måtte finde, at en dansk lov strider imod art. 26 med dens krav om lige beskyttelse også „of the law". Den teoretiske mulighed foreligger vel også, at en dansk domstol allerede i dag ville kunne underkende en lovbestemmelse som stridende mod kravet om lige beskyttelse „of the law".[38] Spørgsmålet mister derimod sin teoretiske karakter i tilfælde af en inkorporering af CCPR, således som det har været foreslået af udvalget bag betænkning nr. 1407 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret.

For at opfylde sin folkeretlige forpligtelse efter CCPR og også CESCR har lovgivningsmagten en forpligtelse til løbende at sikre, at dansk ret er i overensstemmelse med kravet om ligelig beskyttelse „of the law". I den udstrækning, denne forpligtelse rent faktisk efterleves, burde der således

ikke være nogen forhindringer for dansk ratifikation hverken af Protokol Nr. 12 til EMRK med dens selvstændige diskriminationsforbud eller af Det Reviderede Sociale Charter med dets ikke-diskriminationsprincip i art. E. Art. 26 i CCPR er dog både efter sin ordlyd og efter Menneskerettighedskomitéens fortolkning den mest vidtgående af de tre bestemmelser, dels fordi der er tale om et selvstændigt forbud, dels fordi lighedsprincippet kommer til udtryk i selve artiklen og ikke – som i protokollen til EMRK – alene i præamblen.

Modviljen mod ratifikation både af protokollen til EMRK og Det Reviderede Sociale Charter skyldes ikke desto mindre en usikkerhed med hensyn til, om visse love – ikke mindst inden for det sociale område – rent faktisk er i overensstemmelse med diskriminationsforbuddet, således som det kommer til udtryk i de nævnte instrumenter. I brev af 28. februar 2002 til Justitsministeriet om eventuel dansk ratifikation af Protokol Nr. 12 til EMRK begrunder Socialministeriet således sin betænkelighed på følgende måde:

> … I den forbindelse skal vi gøre opmærksom på, at dele af sociallovgivningen indeholder bestemmelser, der indeholder krav om dansk indfødsret eller særlige bopælskrav for udlændinge for at åbne ret til ydelser.
>
> I den forklarende rapport til tillægsprotokollen kommenteres en sådan diskrimination i lovgivningen. Det fremgår heraf, at det kan være acceptabelt at diskriminere i sådanne tilfælde, såfremt der er en „objective and reasonable justification." Hertil kommer, at de nationale myndigheder har „a certain scope of appreciation" i forbindelse med forskelsbehandling i lovgivningen.
>
> Man kunne på den baggrund konkludere, at Danmarks sociallovgivning lever op til kravet i artikel 1. Problemet er imidlertid, at det i sidste ende er Menneskerettighedsdomstolen og ikke de nationale myndigheder, der afgør, hvorvidt lovgivningen er i strid med artikel 1. Erfaringen fra Den Europæiske Socialpagt er, at man ikke kan være sikker på, at et internationalt juridisk kontrolorgan vil have forståelse for den manglende ligebehandling af udenlandske statsborgere i den danske lovgivning …[39]

Socialministeriets udgangspunkt synes at være, at den nationale vurdering altid er „den rigtige", og at ratifikation kun bør finde sted, hvis den eksisterende retstilstand med sikkerhed vil finde nåde for kontrolorganernes strenge blik. Henvisningen til erfaringerne med ESC lader imidlertid antyde, at dette ikke altid er tilfældet, og der er som tidligere nævnt rent

faktisk flere eksempler på, at Den Europæiske Sociale Komité har bedømt den danske retstilstand som værende i strid med Socialpagtens bestemmelser, om end kritikken kun undtagelsesvist er fulgt op af henstillinger fra Ministerkomitéen.[40]

Det hører imidlertid med til historien, at Danmark allerede *er* forpligtet efter CCPR art. 26,[41] og der er næppe nogen grund til at mene, at EMD og Menneskerettighedskomitéen ville vurdere dansk lovgivning væsensforskelligt i relation til diskriminationsforbuddets rækkevidde.

Socialministeriet mener altså ikke, at Danmark bør løbe nogen risiko for at blive *dømt* ved EMD for krænkelse af det ikke-diskriminationsprincip, som gælder tilsvarende efter en konvention, hvis kontrolorgan alene har kompetence til at afgive folkeretligt uforbindende *views*. Der er imidlertid forskel på at blive *dømt* og på at blive *kritiseret*, og i øvrigt er der i Danmark indtil videre ingen tradition for at indgive klager til Menneskerettighedskomitéen, selvom denne komité f.eks. ville være et oplagt forum for en klage over den meget kritiserede „starthjælp". Trods den formelle ligestilling mellem danske og udlændinge er det således gjort gældende, at opholdskravet i aktivlovens § 11 i praksis rammer udlændinge langt hårdere end danske, og at der følgelig foreligger indirekte diskrimination.[42]

Om Danmark allerede i dag *er* i farezonen for at blive dømt ved EMD på grundlag af EMRK art. 14, må bero på en nøjere gennemgang af sociallovgivningens bestemmelser om forskelsbehandling. På baggrund af domstolens meget kreative kobling af art. 14 med konventionens materielle bestemmelser kan dette næppe fuldstændig afvises. En indsigelse mod starthjælpens diskriminerende virkninger kunne muligt kobles med art. 1 i Protokol Nr. 1, jf. sagen *Koua Poirrez v. France*. Ej heller kan det udelukkes, at domstolen ville kunne forholde sig til spørgsmålet om starthjælpens virkninger gennem en kobling af EMRK art. 14 og art. 6 om retten til retfærdig rettergang – f.eks. fordi reglerne om fri proces stiller sagsøgers advokat ringere i økonomisk henseende end sagsøgte (staten ved Kammeradvokaten) – jf. herved sagen *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*.[43]

Sandsynligvis har det også betydning, *hvilken udsigt* der er til at blive kritiseret. Danmark har således gennem flere år tøvet med at ratificere Det Reviderede Sociale Charter blandt andet på grund af Socialpagtens artikel E. Som det fremgår af citatet fra Socialministeriets høringssvar til Justitsministeriet om mulig ratifikation af Protokol Nr. 12 til EMRK, er ministeriet usikker på, om Socialpagtens kontrolorgan(er) har den fornødne forståelse for den manglende ligebehandling i dansk sociallovgivning.

Eftersom navnlig Den Europæiske Sociale Komité ved flere lejligheder har givet udtryk for, at dansk sociallovgivning ikke opfylder de ikke-diskriminationsbestemmelser, der allerede eksisterer i den gældende Socialpagt, er det rimeligt at antage, at en vedtagelse af den mere vidtgående art. E vil medføre yderligere kritik. Blandt andet har Søfartsstyrelsen plæderet for en „holdbar løsning vedrørende artikel E".[44] Søfartsstyrelsen er således betænkelig ved en udvidelse af diskriminationskriterierne til også at omfatte bopælskriteriet, idet kritikken af DIS-loven derved også ville kunne støttes på art. E, jf. om DIS-loven foran i kapitel 3, hvor den mulighed også antydes, at spørgsmålet om DIS-lovens diskriminerende karakter ville kunne bedømmes på grundlag af (en udvidende fortolkning af) EMRK art. 11 set i sammenhæng med art. 14. Tilsvarende har en række myndigheder udtrykt betænkelighed ved en dansk ratifikation, idet opregningen af de forbudte kriterier i art. E ikke er udtømmende.[45]

Eftersom det er svært at forestille sig, at Danmark vil ratificere Det Reviderede Sociale Charter uden samtidig at ratificere Protocol Amending the European Social Charter, vil kritik fra Den Sociale Komité være vanskeligere at sidde overhørig, uanset om den måtte blive fulgt op af henstillinger fra Ministerkomitéen, jf. om denne problemstilling foran kapitel 3.

Fra Menneskerettighedskomitéen har derimod (endnu) ikke lydt kritik af dansk sociallovgivning, og det er derfor (politisk) muligt at opretholde indtrykket af, at dansk lovgivning er i overensstemmelse med CCPR art. 26. Det bliver spændende at se, om denne optimisme er stærk nok til, at der kan træffes en politisk beslutning om at inkorporere konventionen i dansk ret.

NOTER

1 CCPR General Comment No. 18, *Non-discrimination*, 1989, pkt. 12, som afgrænser området til det, som er „regulated and protected by public authorities".

2 Jf. *Alina Simunek et al.* Communication No 516/1992: Czech Republic. 31/07/95. CCPR/C/54/D/516/1992 og *Joseph Frank Adam*. Communication No 586/1994: Czech Republic. 25/07/96. CCPR/C/57/D/586/1994. Sagerne omtales nærmere nedenfor i afsnittet Kobling til sociale rettigheder via selvstændige diskriminationsforbud.

3 *Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, European Treaty Series (ETS) No 177 (2000). Til ikrafttræden kræves 10 ratifikationer, jf. protokollens art. 5. Pr. 27. januar 2004 har 5 stater ratificeret protokollen, mens 28 har undertegnet.

4 Jf. f.eks. *Gueye et al.* Communication No. 196/1985: France. 06/04/89. CCPR/C/35/D/196/1985, *Young.* Communication No. 941/2000: Australia. 18/09/03. CCPR/C/78/D/941/2000 og *Love et al.* Communication No. 983/2001: Australia. 28/04/03. CCPR/C/77/D/983/2001.
Gaygusuz v. Austria, dom af 16. september 1996, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, dom af 21. december 1999.

5 CCPR General Comment No. 18, *Non-discrimination*, 1989 pkt. 7 og 13.

6 Jf. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the UK*, dom af 28. maj 1985, para. 72.

7 Jf. f.eks. *Pauger v. Austria* (om en løbende pensionsydelse). Communication No. 415/1990: Austria. 30/03/92. CCPR/C/44/D/415/1990 og *Pauger* (om en engangsydelse). Communication No. 716/1996: Austria. 30/04/99. CCPR/C/65/D/716/1996.

8 Jf. også Den Europæiske Sociale Komité i *Conclusions of the Committee of Independent Experts of the European Social Charter – Conclusions XIII-4,* 1996, s. 44.

9 Racediskriminationskomitéens *General Recommendation XIV*, 1993, FN-dokument: HRI/GEN/1/Rev.2, s. 95.

10 CCPR General Comment No. 18, *Non-discrimination*, 1989, pkt. 7. Jf. også *Bhinder*-sagen, som anvender udtrykket „discrimination in fact". Communication No. 208/1986: Canada. 28/11/89. CCPR/C/37/D/208/1986. Begrebet indirekte diskrimination anerkendes også i *Althammer*-sagen. Communication No. 998/2001: Austria. 22/09/03. CCPR/C/78/D/998/2001.

11 Jf. art. 2, nr. 2 b i Rådets Direktiv 2000/43/EF af 29. juni 2000 om gennemførelse af princippet om ligebehandling af alle uanset race eller etnisk oprindelse. Direktivet, som skal implementeres senest den 19. juli 2003, har hjemmel i TEF art. 13. Om begrebet indirekte diskrimination se tillige *Betænkning 1422 om Gennemførelsen i dansk ret af direktivet om etnisk ligebehandling*, 2002, navnlig s. 36-39.

12 Der henvises til den udførlige redegørelse hos Craig Scott, „The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a partial Fusion of the International Covenants on Human Rights", *Osgoode Hall Law Journal*. Vol. 27, No 4, 1989, s. 833. Om forarbejderne til art. 26 se endvidere Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 1993, s. 462 ff.

13 Se tilsvarende i sagen *M. Th. Sprenger.* Communication No. 395/1990: Netherlands. 08/04/92. CCPR/C/44/D/395/1990.

14 Jf. f.eks. *Pauger* (om en løbende pensionsydelse). Communication No. 415/1990: Austria. 30/03/92. CCPR/C/44/D/415/1990 og *Pauger* (om en engangsydelse). Communication No. 716/1996: Austria. 30/04/99. CCPR/C/65/D/716/1996, *A. P. Johannes Vos*. Communication No. 786/1997: Netherlands. 29/07/99. CCPR/C/66/D/786/1997 og *Young*. Communication No. 941/2000: Australia. 18/09/03. CCPR/C/78/D/941/2000.

15 *Hendrika S. Vos*. Communication No. 218/1986: Netherlands. 02/05/89. CCPR/C/35/D/218/1986.

16 To medlemmer af komitéen var imidlertid af den opfattelse, at den manglende fleksibilitet i loven konstituerede en krænkelse. De understregede, at klagerens situation langtfra var

enestående, og at forskelsbehandlingen faktisk havde givet anledning til overvejelser om at ændre loven.

17 *Snijders et al.* Communication No 651/1995: Netherlands. 27/07/98. CCPR/C/63/D/651/1995.

18 *Lahcen B. M. Oulajin and Mohamed Kaiss*. Communication No. 406/1990: Netherlands. 23/10/92. CCPR/C/46/D/406/1990.

19 Jf. senest *Conclusions of the Committee of Independent Experts of the European Social Charter – Conclusions*, *Conclusions in respect of Denmark XIV-1*, Vol. 1, 1998, s. 190.

20 Jf. *Alina Simunek et al.* Communication No 516/1992: Czech Republic. 31/07/95. CCPR/C/54/D/516/1992 og *Joseph Frank Adam*. Communication No 586/1994: Czech Republic. 25/07/96. CCPR/C/57/D/586/1994.

21 *Gueye et al.* Communication No. 196/1985: France. 06/04/89. CCPR/C/35/D/196/1985.

22 *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, dom af 24. juni 1993.

23 Jf. *Feldbrügge v. the Netherlands*, dom af 29. maj 1986, *Deumeland v. Germany*, dom af 29. maj 1986 og *Salesi v. Italy*, dom af 26. februar 1993.

24 Trods de åbenlyse offentligretlige træk ved en række af medlemsstaternes sociale sikrings- og velfærdssystemer, har domstolen valgt at lægge vægten på de privatretlige. Årsagen er den, at beskyttelsesbehovet for den enkelte er det samme, hvad enten ydelsen er skattefinansieret eller helt eller delvis finansieret ved private bidrag, jf. f.eks. *Feldbrügge v. the Netherlands*, para. 26-39 og *Salesi v. Italy*, para. 19.

25 Jf. f.eks. Martin Scheinin, „Economic and Social Rights as Legal Rights", i Asbjørn Eide et. al (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook. Second Revised Edition*, 2001, s. 29-54.

26 *Gaygusuz v. Austria*, dom af 16. september 1996.

27 Se senere også *Wessels-Bergervoet v. the Netherlands*, dom af 4. juni 2002 og *Willis v. United Kingdom*, dom af 11. juni 2002 (begge om diskrimination på grundlag af køn).

28 Gaygusuz-dommen er udførligt behandlet i publikationen Stefaan Van den Bogaert (ed.), *Social Security, Non-Discrimination and Property. The consequences of the judgment of the European Court of Human Rights of 16 September 1996 in the Gaygusuz case*, 1997.

29 *Koua Poirrez v. France*, dom af 30. september 2003.

30 *Petrovic v. Austria*, dom af 27. marts 1998.

31 CESCR General Comment 9, *The domestic application of the Covenant*, 1998, pkt. 9.

32 Jf. EMRK art. 6 og 13 og CCPR art. 14.

33 Fremhæves kunne sagen *Thlimmenos v. Greece*, dom af 6. april 2000 om et medlem af Jehovas Vidner, som blev nægtet ansættelse efter en straffedom for nægtelse af militærtjeneste. Domstolen statuerede krænkelse af art. 14 smh. med art. 9 om religionsfrihed, idet de græske myndigheder ikke havde sondret mellem personer, der var straffet for „almindelig" kriminalitet, og personer, der var straffet, fordi de – med henvisning til deres religion – havde nægtet at udøve militærtjeneste.

34 *Airey v. Ireland*, dom af 9. oktober 1979.

35 Jf. Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 1993, s. 476.

36 Jf. *Gaygusuz v. Austria*, dom af 16. september 1996.

37 Jf. f.eks. Højesterets dom af 22. febr. 2000, UfR 2000 s. 1196 om IVF-behandling i offentligt regi mod uforklaret barnløshed. Begge instanser henviser til ligebehandlings-

princippet, men hverken landsretten eller Højesteret anså det imidlertid for uberettiget, at „uforklaret barnløse" blev behandlet anderledes end visse andre grupper af barnløse med hensyn til vederlagsfri IVF-behandling.

38 Derimod er der eksempler på, at danske domstole har afvist konflikt mellem danske lovbestemmelser og CCPR og CERD, jf. f.eks. Højesterets dom af 21. maj 2002, UfR 2002 s. 1789 om forholdet mellem statsborgerskabskravet i § 3 i lov nr. 329 af 14. maj 1997 om taxikørsel m.v. og ikke-diskriminationsbestemmelserne i CCPR art. 26 og CERD art. 5.

39 Socialministeriets brev af 28. februar 2002 til Justitsministeriet, j.nr. ARM/ 43-7.

40 Se eksemplerne i kapitel 3, særligt afsnittene om ESC's status i dansk ret og Konfliktretten efter EMRK og ESC. Den Europæiske Sociale Komité har endvidere blandt andet kritiseret, at bopælskrav i forbindelse med udbetaling af børnefamilieydelse kan være diskriminerende, og at aktivloven i visse henseender stiller ikke-danske ringere end danskere, jf. senest *Conclusions of the Committee of Independent Experts of the European Social Charter – Conclusions, Conclusions in respect of Denmark XIV-1*, Vol. 1, 1998, s. 192.

41 Danmark har ratificeret CCPR *forud for* Menneskerettighedskomitéens fortolkning i 1987 af art. 26 som en bestemmelse, der rummer et selvstændigt diskriminationsforbud.

42 Jf. lovbekendtgørelse nr. 125 af 25. februar 2003 om aktiv socialpolitik § 11, stk. 3 smh. med § 25, stk. 2. Se også *Notat af 12. marts 2002 fra Det Danske Center for Menneskerettigheder om forslag til lov om ændring af lov om aktiv socialpolitik og integrationsloven*, www.humanrights.dk.

43 Jf. *Schuler-Zgraggen v. Switzerland*, dom af 24. juni 1993.

44 Søfartsstyrelsens brev af 18. juni 2002 til Socialministeriet, sag nr. 199925242, Arkivkode 02.80.05.

45 I modsætning til både EMRK art. 14 og Det Reviderede Sociale Charters art. E synes præamblen i det nuværende charter efter sin ordlyd at indeholde en udtømmende og i øvrigt begrænset opregning af de forbudte kriterier.

KAPITEL 5

KONKRET RETTIGHEDSANALYSE: YTRINGSRETTIGHEDER

YTRINGSFRIHED SOM EN NØDVENDIGHED

Den franske menneske- og borgerretserklæring fra 1789 angiver, at ytringsfriheden er en af de vigtigste frihedsrettigheder overhovedet. („La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme", art. 11). Man kan overveje, hvorfor retten til liv eller beskyttelse mod tortur ikke sættes i en sådan særlig kategori, eftersom indgreb i disse rettigheder – aflivning og tortur – er af en helt anden alvorlig karakter end indgreb i ytringsfriheden, hvor en person blot forhindres i at sige sin mening.

Når ytringsfriheden alligevel fremhæves som noget særligt, selvom indgreb i denne frihed ikke har samme alvorlige karakter, hænger det sammen med, at ytringsfriheden i en vis forstand udgør en forudsætning for de andre rettigheder. Tortur kan foregå i hemmelighed, hvis der er forbud mod overhovedet at omtale tortur, hvad enten i generelle vendinger eller med videregivelse af information om faktisk udført tortur. Og en offentlig meningstilkendegivelse kan være en forudsætning for at gennemføre ændringer i situationer, hvor tortur er udbredt, f.eks. som afhøringsmetode.

Ytringsfrihed er således mere end en borgerlig rettighed, her forstået som en sfære fri for statslige indgreb, den er mere end blot en „tilfredsstillelse af en personlig tilbøjelighed", som det hedder i en 50 år gammel fremstilling af dansk forfatningsret.[1] Ytringsfrihed er tillige en politisk rettighed – en forudsætning for, at det politiske overhovedet kan fungere. Dens kerne er ikke retten til råbe op, men retten til at indgå i et kommunikativt fællesskab med fri udveksling af både informationer og meninger. Det problematiske i diktaturers undertrykkelse af ytringsfriheden er således ikke kun, at enkeltpersoners frihed indskrænkes, men i høj grad, at den begrænsede mængde information og meninger giver et utilstrækkeligt grundlag for beslutninger og derved i sidste ende resulterer i et dårligere samfund for alle.

Pointen er udtrykt meget klart hos John Stuart Mill:

> For det *første*: Hvis en mening tvinges til tavshed, kunne denne mening, uden at vi med sikkerhed tør påstå det modsatte, være sand. At nægte dette ville være at gøre krav på vor egen ufejlbarlighed.
> For det *andet*: Selvom den mening, der tvinges til tavshed, er en vildfarelse, kan den muligvis, og indeholder den meget ofte en del af sandheden; og da den almindelige eller rådende mening i et hvilket som helst spørgsmål sjældent eller aldrig er hele sandheden, er det kun ved brydning af de forskellige meninger, at den resterende del af sandheden har nogen udsigt til at vinde frem.
>
> For det *tredje*: Selvom den almindelige mening ikke alene er sand, men indeholder hele sandheden, vil den dog af de fleste, der deler den, blive opfattet som en fordom, uden at den fornuftsmæssige grund ret fattes og føles, – medmindre det tillades, at den kraftigt og alvorligt bekæmpes, og medmindre dette faktisk sker. Dog ikke nok hermed, men
>
> For det *fjerde*: Selve lærens betydning står i fare for at glemmes eller svækkes og vil miste sin oplivende indflydelse på karakteren og opførslen, thi dogmet går over til at blive slet og ret formel bekendelse, der ikke formår at udrette noget godt, men som spærrer grunden og forhindrer, at der ud af fornuften eller den personlige erfaring fremvokser en virkelig og dybfølt overbevisning.[2]

Bemærk, at Mill ikke afviser, at nogle meninger og vurderinger kan være rigtigere end andre – en mulighed, der næppe synes til stede i det Poul Andersen'ske univers, hvor meninger blot er subjektive tilbøjeligheder, helt på samme måde som den samtidige retsfilosof Alf Ross mente, at „retfærdighed" var en subjektiv præference, „som at slå i bordet".[3] Pointen hos Mill er, at kun med en ytringsfrihed kan rigtigere meninger udvikle sig og styrkes – og kun dermed kan samfundet udvikle sig til fælles bedste.

Den tyske sociolog og filosof Jürgen Habermas har kaldt dette idealet om „den borgerlige offentlighed". Han sporer fremkomsten af en sådan offentlighed til 1600- og 1700-tallets Europa, hvor der opstod en sfære eller et rum for offentlig meningsudveksling mellem ligestillede mennesker, i modsætning til feudaltidens hierarkiske kommunikation, hvor nogle på grund af status havde en særlig autoritet. Denne kommunikation mellem ligestillede indeholder en særlig rationalitet, en fornuft, da det, der tæller mere, er det, der siges, det bedre argument, snarere end den, der siger det, dvs. personens autoritative status.[4]

Denne frie kommunikation, den borgerlige offentlighed, opstod først på det litterære marked, hvor erfaringerne fra den private sfære blev diskuteret i form af bøger, anmeldelser etc. Men efterhånden blev den borgerlige

offentlighed også politisk og kan for så vidt siges at have erobret magten på den måde, at statens lovgivende magt blev et sådant forum af fritstillede og ligestillede individer, der via en meningsudveksling finder frem til den rigtigst mulige opfattelse af, hvad der skal være gældende lovgivning – langt bedre end tidligere tiders enevældige konge, hvis meninger ikke havde samme mulighed for at blive prøvet i en kommunikativ rationalitet.

Det er klart, at den borgerlige offentlighed i høj grad var et ugennemført ideal på den måde, at deltagerne var en relativt lille skare formuende, uddannede personer, væsentligst mænd. Dette er der siden rådet bod på med det resultat, at den umiddelbare kommunikation ikke længere er mulig. Den offentlige debat kan ikke længere foregå i kaffehusene,[5] men må foregå via medierne, der på denne måde får en særlig rolle, også på det retlige område. Men idealet er fortsat virksomt som ideal[6] og kommer bl.a. til udtryk i ytringsfriheden som en grundrettighed.

Set på denne baggrund er ytringsfriheden ikke blot en éndimensional størrelse, hvor den enkeltes ret til at ytre sin mening er det eneste element. Ytringsfriheden er mangefacetteret og omfatter ikke kun meninger, men også information, ikke kun den udadgående kommunikation, men også den indadgående, altså det at kunne modtage informationer og meninger, og består ikke blot i den enkeltes ret til at råbe op, men i fællesskabets ret til at kommunikere. Det er kun muligt for den enkelte at danne sig en kvalificeret mening, hvis det også er muligt at modtage information og høre andres vurderinger af fakta, og rigtigere meninger kan kun udkrystallisere sig, hvis både meninger og informationer kan brydes offentligt.

På denne måde omfatter ytringsfrihed også offentlighed i betydningen åbenhed. Når ytringsfrihed ikke kun er retten til at sige noget, men også omfatter retten til at få noget at vide, bliver det af betydning, at oplysninger overhovedet er tilgængelige. Dette gælder ikke mindst i statsadministrationen, hvor informationer som udgangspunkt må være offentlige. På det retlige plan har dette været bedst sikret, hvad angår lovgivningsmagten, idet offentligheden som ovenfor nævnt netop kan siges at være institutionaliseret i den lovgivende magt. Også åbenhed hos domstolene fremstår som en grundrettighed, mens åbenhed hos den udøvende myndighed – offentlighed i forvaltningen – nyder en mere beskeden beskyttelse.

I det følgende vil den klassiske ytringsfrihed stå i centrum for fremstillingen, mens offentlighed – og her især offentlighed i retsplejen – vil blive inddraget.

YTRINGSFRIHED SOM GRUNDRETTIGHED

Ytringsfriheden er en grundrettighed på den måde, at den er retligt beskyttet som en mere grundlæggende værdi – en beskyttelse, der kommer til udtryk på forskellige niveauer.

I *FN-regi* er ytringsfriheden nævnt i Verdenserklæringens[7] art. 19: „ Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers", fulgt op med en nogenlunde tilsvarende formulering i CCPR,[8] art. 19 (om indskrænkninger, se nedenfor).

Bemærk, at retten er formuleret *både* som en privatsfære-ret, som en beskyttelse af privatsfæren, hvor staten ikke må intervenere („hold opinions without interference"), *og* som en politisk ret, der omfatter såvel udadgående som indadgående ytringer vedrørende både information og meninger („ideas").

Verdenserklæringen er som erklæring i princippet ikke bindende, om end man kan argumentere for, at den efterhånden har fået en mere forpligtende status, bl.a. via de talrige henvisninger i senere tilkomne, juridisk bindende instrumenter. CCPR er bindende for de 151 lande, der har tilsluttet sig.[9]

Man kan imidlertid hævde, at regler i sig selv ikke er tilstrækkelige, men at det er nødvendigt med et organ, der på autoritativ vis kan fastlægge, hvad de generelt formulerede regler nærmere skal betyde i konkrete situationer.[10] Til CCPR er der via First Optional Protocol, som Danmark har tilsluttet sig, en mulighed for individuel klageadgang.

Ud over den egentlige ytringsfrihedsbeskyttelse indeholder både Verdenserklæringen og CCPR krav om offentlighed i retsplejen (henholdsvis art. 10 og 14), mens kravet om offentlighed i lovgivningen fremgår mere indirekte. Verdenserklæringens art. 11, stk. 2, og CCPR, art. 15 bestemmer, at man ikke kan straffes for en handling, der ikke var ulovlig på gerningstidspunktet. Denne beskyttelse forudsætter, at lovgivningen er offentligt tilgængelig, da det er uden betydning, om en lovgivning gælder med tilbagevirkende kraft, hvis man alligevel ikke har nogen mulighed for at kende dens indhold. Endvidere kan man argumentere for, at Verdenserklæringens krav om ret for den enkelte til at deltage i sit lands regering, og for, at regeringen hviler på folkets vilje (art. 21 med en nogenlunde tilsvarende formulering i CCPR, art. 25), indeholder en forudsætning om en vis offentlighed i lovgivningen. En sådan er dog snarere forudsat end egentlig omfattet af nogen beskyttelse.

Hvad angår offentlighed i forvaltningen, må denne være beskyttet af henholdsvis Verdenserklæringens art. 19 og CCPR, art. 19, der begge indeholder en ret til at *søge* informationer m.v., og heri må ligge et vist krav om, at store mængder information ikke kan hemmeligholdes, uden at dette er begrundet i undtagelserne i CCPR, art. 19 (3). (Om indskrænkninger, se nedenfor).[11]

I *Europarådets regi* trådte Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i kraft i 1951, for Danmarks vedkommende i 1953. I nærværende sammenhæng udmærker Konventionen sig især ved en rimeligt specifik formulering af indskrænkninger (jf. nedenfor) samt effektive organer, der i konkrete sager kan tage stilling til, hvorvidt rettigheder er krænket. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har truffet afgørelser i omkring 100 sager vedrørende art. 10 (den egentlige ytringsfrihedsbestemmelse) og i omkring 35 sager vedrørende offentlighed i retsplejen efter art. 6, stk. 1.

Praksis kan opsummeres som følger:[12]

- Domstolen lægger vægt på en effektiv beskyttelse og lader sig ikke nøje med, at formelle forskrifter ser acceptable ud og er fulgt, hvis disse ikke giver en reel og effektiv beskyttelse.[13]
- Der er tale om en egentlig grundrettighed, forstået på den måde, at beskyttelsen ikke blot gælder på det traditionelle område for tilkendegivelse af meninger, men også på områder, man måske ikke umiddelbart vil forbinde med ytringsfrihed. Således kan f.eks. afskedigelser som følge af kritiske ytringer være EMRK-stridige,[14] ligesom den journalistiske kildebeskyttelse er omfattet af art. 10.[15]
- Ikke kun konforme ytringer, men også ytringer, der kan „offend, shock and disturb", er omfattet.[16] Domstolen angiver ved flere lejligheder, at den nok ville foretrække en mere moderat sprogbrug, men at netop også mere kraftige udtryk er omfattet af den retlige beskyttelse.[17]
- Det er af afgørende betydning, om et emne er af offentlig interesse.[18] Er dette tilfældet, er beskyttelsen bred og omfattende, mens ytringer, der kun vedrører noget privat, ikke har samme beskyttelse – hvilket bl.a. hænger sammen med, at privatlivsbeskyttelsen i sig selv er en grundrettighed, omfattet af EMRK, art. 8.
- Politikere må tåle mere.[19] Især er Domstolen meget restriktiv over for regeringers forfølgelse af politiske modstandere ved hjælp af strafferetlige indgreb i ytringsfriheden.[20]

- Pressen har en særlig status som „public watchdog" med en meget vidtgående ret til at videregive ytringer, uanset om fremsættelsen i sig selv måtte være ulovlig.[21]
- Et hovedværktøj for Domstolen i afgørelsen af sager efter EMRK, art. 10 har været kravet om, at indgrebet (det være sig straffen, erstatningen, forbuddet etc.) skal være „nødvendigt i et demokratisk samfund". Det er således (selvfølgelig) ikke tilstrækkeligt, at indgrebet er opportunt; men ikke engang et velovervejet indgreb foretaget i god tro er tilstrækkeligt. Staten skal kunne påvise et presserende samfundsmæssigt behov („a pressing social need"), hvilket ikke altid falder let.[22]
- For kravet om offentlighed i retsplejen gælder også, at dette skal være effektivt. Det skal være en reel mulighed for offentligheden, og her ikke mindst pressen, at have adgang til retssager og domme.[23]

Hvad angår kravet om offentlighed i forvaltningen, er der ikke i EMRK formuleret noget udtrykkeligt krav; men en ret til indsigt i forvaltningen kan i et vist omfang følge af andre bestemmelser. Hvad indsigt i egne sager angår, kan dette følge af art. 8.[24] Som ovenfor nævnt har EMD lagt stor vægt på pressens rolle som public watchdog, og en hemmeligholdelse, der ikke er velbegrundet ud fra f.eks. beskyttelse af privatlivets fred m.v., kunne vel tænkes at stride mod art. 10. Det bemærkes, at EMD har afvist en egentlig positiv oplysningsforpligtelse i forbindelse med miljøspørgsmål.[25]

I *Danmark* beskytter også *grundloven* retten til at ytre sig. § 77 er sålydende: „Enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale, at offentliggøre sine tanker, dog under ansvar for domstolene. Censur og andre forebyggende forholdsregler kan ingensinde på ny indføres."

Formuleringen er i hovedsagen over 150 år gammel (ud over retskrivningsændringer tilføjedes „i skrift og tale" ved 1953-ændringen), og bestemmelsen var væsentligst vendt mod censurinstitutionen fra enevældens tid. På den grundlovgivende forsamling i 1848-49 beskæftigede man sig ikke særligt med formuleringen af indskrænkningen, og den løse formulering („dog under ansvar for domstolene") angiver, *at* man anså indskrænkninger som noget selvfølgeligt og nødvendigt, og *at* man ikke så større problemer i den nærmere afgrænsning, men blot, at spørgsmålet skulle forelægges domstole på baggrund af vedtagne love og ikke afgøres af en forvaltningsmyndighed, f.eks. politimesteren, der indtil da havde stået for censuren.[26] Ideen var uden tvivl, at lovgivningsmagten nu efter grundloven skulle vælges af folket

og følgelig kun ville lovgive til gavn for almenvellet og ikke til varetagelse af særinteresser.

Set i bakspejlet var en sådan forventning både rigtig og forkert. På den ene side har danske politikere haft respekt for grundlæggende rettigheder, herunder ytringsfrihed. På den anden side har dette ikke været uden undtagelser, hvilket i nogen grad hænger sammen med ændringer i offentlighedens struktur (jf. nærmere nedenfor om udviklingen i dansk ytringsfrihed). På tidspunktet for grundlovens vedtagelse herskede idealet om den borgerlige offentlighed fortsat. Medlemmerne af den lovgivende forsamling skulle udelukkende bindes af deres overbevisning, jf. § 56 og formodedes at handle til gavn for almenvellet. Men idealet om den fri udveksling af meninger og ideer og den fri diskussion i Folketinget tabte hurtigt terræn til en interesserepræsentation, hvor man i Folketinget ikke stemte efter overbevisning, men efter repræsentativt tilhørsforhold (partier), og hvor lovene – snarere end at være det fornuftige resultat af en meningsudveksling – blev kompromiser mellem forskellige interesser.[27] I denne interessevaretagelse stod ytringsfriheden m.v. ikke nødvendigvis øverst på ønskesedlen.

Denne udvikling blev støttet af retsvidenskaben, først med professor Carl Goos (1835-1917), der underminerede den beskyttelse, som kunne have ligget i Grl § 77 med sin retsstridighedslære, hvorefter grundloven naturligvis ikke skulle beskytte noget retsstridigt. Når det retsstridige så i øvrigt blev defineret i loven, dvs. af lovgivningsmagten – og i provisorietiden af regeringen, havde man tømt grundloven for enhver indholdsmæssig beskyttelse. Senere og især med professor Alf Ross (1899-1979) blev begrundelsen ændret: Værdier er politiske og skal som sådan afgøres i det politiske system. Domstolene og retssystemet skal blot administrere gældende ret, uden selvstændigt at inddrage værdier eller grundrettigheder. For Ross førte dette til, at der efter grundloven ikke var noget i vejen for lovgivningsmæssigt f.eks. at forbyde offentliggørelse af resultater fra fodboldkampe eller kritik af regeringen.[28] Beskyttelsen mod sådanne urimeligheder skulle efter Ross' mening ikke ligge i det retlige system, men i det politiske, i den politiske kultur.

Med en svag formulering af ytringsfrihedsbeskyttelsen i grundloven og en stærk tradition for at afvise nogen grundrettighedsbeskyttelse kan det ikke undre, at grundloven kun har spillet en meget lille rolle på området for ytringsfrihed.

Situationen er endnu klarere, hvad angår offentlighed i retsplejen, hvorom det blot hedder, at „i retsplejen gennemføres offentlighed og mundtlighed i videst muligt omfang", jf. Grl § 65, stk. 1. Lovgivningsmagten har et over-

ordentligt vidt skøn, og bestemmelsen angiver ikke retningslinjer, hvorefter der kan trækkes en grænse, blot at der et sted må være en sådan.[29]

Ud over disse tre niveauer: FN, Europarådet og den danske grundlov, er det på sin plads at nævne yderligere to niveauer for beskyttelse af ytringsfrihed som en grundrettighed.

Der ligger, som antydet, en beskyttelse i *det politiske system* på den måde, at dette faktisk har og har haft en opfattelse af ytringsfrihed som noget grundlæggende, der ikke uden videre kunne indskrænkes.

Som illustration kan nævnes overvejelserne i forbindelse med gennemførelse af forpligtelserne efter den internationale konvention om racediskrimination.[30] Under formuleringen af Konventionen var der på nordisk initiativ indføjet en formulering om, at et forbud mod racediskriminerende ytringer skulle tage hensyn til ytringsfriheden („with due regard"-klausulen i CERD, art. 4). Endvidere blev det i Betænkning 553/1969 vedrørende gennemførelse af de internationale forpligtelser i dansk ret anført, at der i dansk tradition lå en respekt for ytringsfriheden, som måtte tages i betragtning, når dansk lov skulle udformes.[31]

Som andet illustrerende eksempel kan nævnes, at justitsministeren i forbindelse med gennemførelse af anti-terrorlovgivningen, der i øvrigt er kritiseret for at være restriktiv, bemærkede, at rene meningstilkendegivelser *ikke* var omfattet af kriminaliseringen.[32]

Sammenlignet med i hvert fald mange andre lande har Danmark ligget pænt i forhold til en politisk grundet anerkendelse af ytringsfriheden. Nabolandet mod syd fik således først en bredt politisk accepteret ytringsfrihed, efter at denne var påtvunget af de tre besættelsesmagter.

På den anden side har der stedse været modsatrettede tilbøjeligheder. Straffelovsprovisoriet af 2. november 1885 lyser ikke langt væk af respekt for ytringsfrihed med kriminalisering af ytringer, der kunne bringe „forbitrelse imod andre klasser", og ytringer, som „forvanskede kendsgerninger" om regeringen, og i 1939 fik daværende justitsminister Steincke indsat en særlig paragraf i straffeloven, § 267a, efter at have tabt en injuriesag, hvor retten henviste til det frisprog, der herskede med hensyn til kritik af politikere. Denne frihed ønskede Steincke indskrænket – uden større held, må man tilføje, jf. nedenfor.

Aktuelt har et regeringsbærende parti gjort sig bemærket ved en relativt hyppig brug af injuriesager mod politiske modstandere (om end lysten hertil formentlig er aftaget efter Højesterets dom af 17. juni 2003), ligesom partiets repræsentant i DR's bestyrelse har ønsket direkte indflydelse på indholdet af

udsendelser – i modstrid med radiolovens alsidighedsprincip, der kan siges at være ytringsfrihedens gennemslag i en statslig medievirksomhed.[33]

På denne baggrund kan man formentlig konkludere, at ytringsfriheden også er grundet i en politisk kultur, og at en sådan forankring er nødvendig, men ikke tilstrækkelig. En grundrettighed må også have en retlig beskyttelse, og gerne på flere niveauer.

Ytringsfriheden har da også nydt sådan en beskyttelse på det *judicielle niveau*, uden at denne beskyttelse juridisk har været knyttet til grundloven eller – indtil omkring 1990 – til EMRK.

I ovennævnte injuriesag anlagt af justitsminister Steincke (UfR 1938.576V) frifandt landsretten den sagsøgte hofjægermester for udtalelser om, *at* Steincke havde stemt for en lov, selvom han vidste, den var grundlovsstridig, *at* der var tilfælde, hvor der var udøvet uret under Steinckes direkte ansvar, og *at* Steincke var skadelig, udviste foragt for grundloven og påførte befolkningen ulovlige tab mm. I begrundelsen hedder det: „Efter hvad der er oplyst for Landsretten og i øvrigt maa antages at være almindeligt bekendt, har der gennem mange Aar i offentlige Drøftelser – baade skriftlige og mundtlige – været brugt en særdeles kraftig Udtryksmaade til Kritik af politiske Partiers og Ministres Handlemaade, uden Indskriden herimod i Almindelighed er sket, og der har som Følge heraf paa disse Omraader udviklet sig en saadan Ytringsfrihed, at de nu omhandlede trende Udtalelser ikke kan ansees at indeholde nogen Haan eller fornærmelig Tiltale mod Justitsminister Steincke." Landsretten kan her siges at henvise til den politiske kultur som begrundelse for at støtte en ytringsfrihed, men uanset begrundelse støttes ytringsfriheden således også af den judicielle magt.

Som nævnt blev der efterfølgende indført en lex Steincke, Strl § 267a, i hvad der vel ikke kan forstås som andet end et forsøg på at indskrænke den politiske ytringsfrihed. Forsøget må siges at være mislykket, da domstolene formentlig aldrig har anvendt bestemmelsen. Retstilstanden er tværtimod udvidet ytringsfrihed i politiske spørgsmål.[34]

Sidst i 1970'erne udgav kunstneren Mikael Witte en plakat med en tegning af en slagtegris med teksten: „Danske svin er sunde, de strutter af penicillin." Nogle slagterier anlagde sag med henblik på nedlæggelse af forbud, men Højesteret afviste med henvisning til „hensynet til den frie meningsudveksling om et sådant væsentligt samfundsanliggende" (UfR 1980.1037H). Der henvises hverken til grundlov eller EMRK – disse var ikke påberåbt – men ytringsfriheden konstrueres som en grundrettighed, der må tages hensyn til.

Også pressefrihed, her forstået som en del af ytringsfriheden, kan siges at være konstrueret som en grundrettighed. I en knap så omtalt sag, refereret i UfR 1980.1065V, havde en læserbrevsskribent fremsat raceforhånende udtalelser i „Danske Tidende", for hvilke der blev indgivet politianmeldelse for overtrædelse af Strl § 266b. Redaktøren af Midtjyllands Avis inviterede herefter læserbrevsskribenten og anmelderen til en diskussion i avisen, hvorved der igen fremkom raceforhånende udtalelser. Både læserbrevsskribenten, redaktøren af Danske Tidende samt redaktøren af Midtjyllands Avis blev tiltalt for overtrædelse af § 266b; men sidstnævnte blev frifundet med henvisning til, *at* den første artikel allerede havde vakt en del debat, og *at* der i interview-artiklen var sket en konfrontation med de raceforhånende udtalelser. Landsretten anvender her samme princip, som senere blev fastslået af EMD i Jersild-sagen:[35] Medierne har en udvidet frihed til at referere i øvrigt strafbare ytringer, når der er tale om en rimeligt afbalanceret videregivelse, der ikke bærer præg af, at mediet (eller journalisten) selv bringer ytringen til torvs.

I en sag om videregivelse af billeder af psykiske patienter på institutionen Nordvang lagde Højesteret vægt på, at der var tale om „saglig reportage af betydelig nyheds- og informationsværdi", og frifandt Ekstra Bladet for overtrædelse af straffebestemmelserne om privatlivets fred (UfR 1989.726H). Billederne blev brugt i en kritisk reportage om forholdene på Nordvang og var optaget efter aftale med lægerne, men ikke med den administrative ledelse. Nogle af de afbildede patienter var ikke i stand til at give samtykke, hvilket fik Østre Landsret til at straffe for videregivelse af de private billeder. Men Højesteret frifandt – igen med en begrundelse, der må siges at indeholde en konstruktion af ytringsfriheden og pressefriheden som et grundlæggende hensyn, en grundlæggende værdi eller en grundrettighed, der skal inddrages.

De ovennævnte eksempler er alle fra en tid, inden EMRK blev et almindeligt kendt referencepunkt i den (danske) juridiske verden, og det kan derfor konkluderes, at der i det judicielle system er en tradition for at tillægge ytringsfriheden vægt – en tradition, der formentlig blev forstærket fra sidst i 1970'erne.[36]

Ytringsfrihedsbeskyttelsen har dog ikke været entydig. I UfR 1982.750H stadfæstede Højesteret et forbud mod en rekonstruktion af Frimurernes optagelsesceremonier, uanset at ingen personer blev omtalt, og uanset at ceremonierne tidligere havde været relativt udførligt omtalt i dagspressen. I to sager fra 1987 ville et flertal i Højesteret straffe mediemedarbejdere, der

i forbindelse med dækning af en begivenhed trængte ind på privat grund (UfR 1987.934 og 937H), og i 1989 blev tv-journalisten Jersild dømt for overtrædelse af Strl § 266b ved at videregive nogle forhånende udtalelser, fremsat af en gruppe „grønjakker". Ingen af sagerne kan nu fremstå som gældende ret, sidstnævnte fordi den blev tilsidesat af EMD; men eksemplerne viser, at beskyttelsen af ytringsfriheden som en grundrettighed kun har haft et vist begrænset eller måske snarere et upræcist omfang.

LEGITIME INDSKRÆNKNINGER

Lige så vel som ytringsfrihed er en nødvendighed, er begrænsningerne det også. Det har man for så vidt været klar over hele tiden, og allerede den franske erklæring, der som ovenfor nævnt anså ytringsfriheden for en af de vigtigste rettigheder, understreger, at friheden ikke må misbruges, og at grænserne skal fastsættes ved lov.

Indskrænkningerne vedrører *både* informationer som f.eks. videregivelse af oplysninger fra privatlivet, videregivelse af erhvervshemmeligheder samt videregivelse af oplysninger, der kan skade statens sikkerhed, *og* vurderinger, de egentlige meningsytringer, såsom forhånende udtalelser over for grupper af personer, opfordring til (f.eks. voldelige) handlinger, vurderinger inden dom (f.eks. „morder" om en mistænkt) og i et vist omfang æresretten.

På samme måde som ytringsfriheden ikke bare er en beskyttelse af den enkeltes subjektive tilbøjelighed, er indskrænkninger ikke kun en beskyttelse af personers subjektive ulyst til at få deres forhold omtalt i offentligheden, og æresrettens primære formål er ikke blot at beskytte den enkelte mod at blive sur.[37]

Indskrænkningerne i ytringsfriheden udgør i sig selv – i hvert fald i et vist omfang – forudsætninger for, at ytringsfriheden og offentligheden kan fungere: Ifølge Habermas bundede fremkomsten af den borgerlige offentlighed med dens ideal om offentlig diskussion blandt ligestillede personer først og fremmest i dannelsen af en privatsfære. Her var der i 1600-1700- tallets borgerlige familie et liv uden for økonomi og politik, et sted hvor man bare kunne være menneske, og denne erfaring kom til udtryk i offentligheden som litteratur og litteraturanmeldelser. Til at begynde med var den offentlige diskussion således en litterær offentlighed med privatsfæren som sin forudsætning. Først senere blev offentligheden politisk. Beskyttelse af privatliv og familieliv udgør nu i sig selv en grundrettighed, der til tider kan kollidere med ytringsfriheden.

Også beskyttelse af erhvervshemmeligheder er i et eller andet omfang nødvendig, i første omgang for at en markedsøkonomi kan fungere, og i anden omgang indirekte for at offentligheden, der i nogen grad kræver en markedsøkonomi, kan fungere. På samme måde kan beskyttelse af statens sikkerhed være en forudsætning for hele retsapparatet, der i høj grad er tilknyttet den enkelte stat og i sig selv udgør en forudsætning for netop beskyttelse af grundlæggende rettigheder som f.eks. ytringsfriheden.

På injuriernes område ville en total frihed formentlig i en vis forstand underminere sig selv: Hvis man uden retlige problemer kunne skrive, at en minister er pædofil, en anden korrupt etc., ville videregivelse af belastende oplysninger i tilfælde, hvor der var noget om snakken, næppe have nogen særlig gennemslagskraft. Offentlighedens struktur og idealet om udveksling af ideer og informationer til – i sidste ende – fælles bedste ville næppe kunne fungere uden et vist minimum af krav til sandhed og relevans. På samme måde indeholder også den grundlæggende rettighed i et retssamfund: At man er uskyldig, indtil det modsatte er bevist, en indskrænkning i ytringsfriheden.

I Verdenserklæringen er indskrænkninger i de listede rettigheder ikke knyttet til hver enkelt rettighed, men samlet i én generel formulering: „In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society" (art. 29, stk. 2). Verdenserklæringen opstiller således tre betingelser for de nødvendige undtagelser: 1) bestemt ved lov – i modsætning til beslutninger fra den udøvende myndighed, 2) hensynet til andres rettigheder, til moral, til offentlig orden og til velfærd, og 3) i et demokratisk samfund.

I CCPR er de nødvendige indskrænkninger formuleret i relation til hver enkelt rettighed, hvilket giver den fordel, at indskrænkninger kan tilpasses den relevante rettighed, hvoraf nogle, f.eks. forbuddet mod tortur, er formuleret som en absolut ret uden undtagelsesmuligheder, og ytringsfriheden er formuleret med en relativ ret med betydelige undtagelser. På den anden side risikerer man, at man ikke har noget klart mønster eller nogen klar idé med indskrænkningerne, hvilket kan være mindre heldigt, fordi det er formuleringen af indskrænkningerne, der i realiteten bestemmer rækkevidden af rettigheden. Hvad ytringsfrihed angår, opererer CCPR, art. 19, stk. 3, med stort set de samme begrænsninger som kategori 1) og 2) i

Verdenserklæringen, mens kravet om „et demokratisk samfund" ikke er medtaget.[38]

I EMRK, der tidsmæssigt kun ligger et par år senere end Verdenserklæringen og knap 15 år tidligere end CCPR, opererer man med de samme tre grupper som Verdenserklæringen, og især kravet om, at indskrænkningen skal være „nødvendig i et demokratisk samfund", som det hedder i EMRK, art. 10, stk. 2, har via Kommissionens og (nu kun) Domstolens praksis vist sig at være en effektiv begrænsning i staternes anvendelse af indskrænkninger i ytringsfriheden. Staterne har således i ytringsfrihedssager stået med bevisbyrden for: For det *første* at indgrebet er i overensstemmelse med lov, hvilket kun sjældent har givet anledning til problemer, og for det *andet* at indgrebet relaterer sig til en nærmere angivet liste af hensyn – en liste, der er mere omfattende end både Verdenserklæringens og CCPR, og som endda ikke betragtes som udtømmende,[39] dvs. ikke et krav, der normalt volder staterne vanskeligheder. Endelig for det *tredje* skal indgrebet være nødvendigt i et demokratisk samfund. Efter en nu ganske omfattende praksis betyder dette, at der skal foreligge et presserende samfundsmæssigt behov, og at indgrebet skal være relevant, formålstjenligt, tilstrækkeligt og proportionalt.

Netop i afgrænsning af hovedregel og undtagelse på baggrund af generelt formulerede principper kommer domstolene på banen som en mere velegnet instans til at sikre grundrettigheder med støtte i nogle grundlæggende værdier. Lovgivningsmagten synes mindre velegnet med dens fokus på demokrati (hvor flertallet let kan komme i modstrid med beskyttelsen af den enkelte eller af mindretal), med en mangfoldighed af relevante politiske hensyn og med anvendelse af politiske kompromiser snarere end mere principielle, værdibaserede overvejelser. Hermed er ikke sagt, at lovgivningsmagten ikke kan spille nogen positiv rolle, men blot, at arbejdsdelingen mellem de to magter synes at pege på en model med generelt formulerede principper, med bredt rum for den judicielle magt til at udfylde, som en mere effektiv beskyttelse af grundrettigheder.

Sammenligner man EMRK med grundloven, er det iøjnefaldende, at indskrænkningerne i den grundlovssikrede ytringsfrihed stort set er indholdstomme, hvilket gør beskyttelse vanskelig. Eneste krav er, at der ikke må indføres censur (en forudgående prøvelse), og at et indgreb skal kunne prøves for en domstol. Der er ikke, som i EMRK, art. 10, stk. 2, formuleret materielle betingelser, hvilket som ovenfor nævnt formentlig hænger sammen med, at man på den grundlovgivende forsamling ikke kunne forestille

sig, at den fornuftige folkerepræsentation ville finde på at vedtage love, der indskrænkede ytringsfriheden til fordel for særinteresser som f.eks. den siddende regering eller den siddende justitsminister. Under alle omstændigheder har det betydet, at danske domstole har haft vanskeligt ved at anvende den grundlovssikrede ytringsfrihed som en grundrettighed, netop fordi der ikke forelå nogen brugbare kriterier til brug ved formuleringen af de nødvendige indskrænkninger. Resultatet har været, at danske domstole i vidt omfang ikke har fungeret som modspillere til lovgivningsmagten på dette område. Tendensen er ikke ganske entydig; men det er bemærkelsesværdigt, at landsretten i UfR 1938.576V (Steincke) henviste til en bestående politisk praksis som grundlag for ytringsfrihed på det politiske område og ikke til noget retligt princip. Denne tendens til ikke at forstå ytringsfriheden som en grundrettighed blev uden tvivl forstærket af, at domstolene ikke fra anden side blev forsynet med materiale, der kunne anvendes som støtte til egentlige grundrettigheder. Fra retsvidenskabens side blev der tværtimod lagt op til, at lovgivningsmagten skulle foretage den nærmere indholdsmæssige bestemmelse uden indblanding fra domstolenes side. Først fra 1970'erne begyndte der så småt at vise sig tegn på ændringer i denne opfattelse. (Se nærmere om udviklingen nedenfor.)

INDSKRÆNKNINGERS PROBLEMATIK

Problemet med indskrænkninger i ytringsfriheden er, at de på den ene side er nødvendige – en absolut ytringsfrihed er ikke af det gode, jf. ovenfor; men at de på den anden side kan indeholde en udhuling af rettigheden, hvis de ikke netop beholder karakteren af en indskrænkning, en begrænsning, en undtagelse, men omvendt bliver til den faktiske hovedregel med ytringsfriheden som kun den ideologiske legitimation. I realiteten er det således indskrænkningerne, der konstruerer ytringsfriheden. Friheden hverken er eller bør være absolut, og afgrænsningen bliver således af afgørende vigtighed.

Problemet er for så vidt, at så snart man taler om nødvendige og legitime indskrænkninger, har man balladen. Alle legitime begrænsninger kan blive tvivlsomme, hvis de udvides for meget. Enhver indskrænkning indeholder en risiko for overdrivelse: Hensynet til statens sikkerhed er brugt af regimer til at undertrykke meninger, der ikke stemte overens med det siddende regimes; men også f.eks. hensynet til privatlivet kan hindre offentligt interessante oplysninger i at komme frem. Men hvornår udvides begrænsninger „for meget"?

Man kan i hvert fald operere med tre modeller for formulering af undtagelser: 1. den nærmere afgrænsning overlades væsentligst til lovgivningsmagten, 2. frihedsområdet formuleres så klart afgrænset som muligt og 3. afgrænsningen styres af nogle overordnede principper.

Den franske erklæring af 1789 følger *model 1,* indskrænkninger via lovgivning: „Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"[40] (art. 11), og dette gælder også den danske grundlov, om end det er formuleret en smule anderledes: „dog under ansvar for domstolene", hvor der med denne formulering ikke er sagt noget præcist om, efter hvilke kriterier domstolene så skulle afgøre et sådant ansvar. I praksis er det væsentligt – forstået således, at det ansvar, domstolene skulle prøve, skulle afgøres efter den almindelige lovgivning.

Som ovenfor nævnt hviler disse to formuleringer på den forudsætning, at lovgivningen udtrykker folkets vilje og interesser, fremkommet i en repræsentativ, diskuterende forsamling. Dette kommer tydeligt til udtryk i den franske erklæring, der taler om loven som udtryk for almenviljen (art. 6), og om, at rettigheder kun afgrænses af andre personers tilsvarende rettigheder, og at denne afgrænsning kun kan fastsættes nærmere ved lov (art. 4).

Set i bakspejlet er lovgivningsmagten ikke det bedste sted, eller mere præcist: ikke egnet som det eneste forum for beskyttelse af rettigheder. I den løbende lovgivning vil der være en lang række hensyn at tage, hvoraf beskyttelse af rettigheder ikke nødvendigvis altid står i første række, og forudsætningen om den fornuftige lovgivning på baggrund af en fri diskussion har heller ikke altid været en realitet. Med den engelsk-amerikanske retsfilosof Dworkin kan man pege på, at lovgivningsmagten mere er policy-orienteret, dvs. orienteret mod at gennemføre nogle politikker, mens domstolene er mere princip-orienteret[41] og på den måde mere velegnet til den løbende kontrol med grundrettigheder.

Model 2: at friholde et klart afgrænset område for undtagelser, blev forsøgt introduceret som en mere adækvat forståelse af Grl § 77. Med sin *Ytringsfrihedens væsen*[42] argumenterede Peter Germer for en fuld ytringsfrihed om offentlige anliggender, inden for hvilket område det så ikke skulle være muligt for lovgivningsmagten at opstille sanktioner. En sådan klar afgrænsning indeholder en bedre beskyttelse af ytringsfrihed som en grundrettighed – der vil være områder, hvor et politisk flertal ikke kan begrænse ytringsfriheden – og indebærer netop ved sin klare afgrænsning den fordel, at det på forhånd er rimeligt let at afgøre, hvorvidt en ytring falder i det tilladte

område, altså en høj grad af retssikkerhed. En sådan klar afgrænsning er af stor betydning, ikke mindst på ytringsfrihedsområdet, da en mere uklar retstilstand meget let kan have en „chilling effect", altså at der udvises tilbageholdenhed med kontroversielle synspunkter og oplysninger af skræk for en retlig sanktion.

På den baggrund kan man undre sig over den temmeligt negative reaktion, bogen modtog, især fra retsvidenskabelig side. Alf Ross kaldte det hånligt for „fortolkningskunster",[43] og opfattelsen afvises fortsat at have nogen forbindelse med gældende ret.[44] Selvom den fremførte opfattelse ikke kan siges at have vundet tilslutning og ikke anvendes direkte i retspraksis, er der på den anden side ingen tvivl om, at den har haft en ganske pæn indflydelse. Med afgørelser som f.eks. UfR 1977.872V (Langelandsgades Kaserne) og UfR 1980.1037H (Witte) tages ytringsfriheden seriøst, og det er vanskeligt ikke at se en markant større vægt på ytringsfrihed vedrørende offentlige anliggender, om end denne ikke formuleres som et område med absolut og undtagelsesfri ytringsfrihed.

Det ligger uden for nærværende fremstilling at lave en komparativ undersøgelse med andre retssystemer, der måtte have en sådan tilgang med undtagelsesfri ytringsfrihed på et afgrænset område. For dansk rets vedkommende kan man konstatere, at et forsøg på at konstruere den danske forfatningsretlige beskyttelse ud fra en sådan forståelse ikke lykkedes direkte, men omvendt har haft en væsentlig betydning for retspraksis og for forståelsen af ytringsfrihedens vigtighed.

International menneskeret anvender i høj grad *model 3* med bredt formulerede regler og domstolsafgrænsning.[45] Modellen synes velegnet, når der til de generelle principper er tilknyttet en effektiv domstol, der kan omsætte de bredt formulerede retningslinjer til en operationel beskyttelse af grundrettigheder. Kombinationen af bredt formulerede principper *og* en aktiv domstol, der har mulighed for og er villig til at udvikle en grundrettighedsbeskyttelse, synes således at være heldig. Det skal dog bemærkes, at den effektive beskyttelse ikke kun følger af denne kombination, men tillige er afhængig af en række andre faktorer, herunder f.eks. de enkelte landes faktiske respekt for Domstolens afgørelser, hvilket ikke er nogen selvfølge set i international sammenhæng.[46]

I hvert fald når de bredt formulerede principper følger af internationale bestemmelser, indebærer dette en vis forskydning af magtadskillelsen mellem den lovgivende og den dømmende magt. Også de nationale domstole får en platform for beskyttelse af rettigheder, hvilket i et vist omfang kan

kollidere med lovgivningsmagtens politiske intentioner. Hertil kan siges, at det for så vidt er det, der er meningen med grundrettigheder: At disse ikke blot kan tilsidesættes i det politiske spil. Rettigheder udgør på den måde en indskrænkning af demokratiet. Eller sagt på en anden måde: I det absolutte demokrati, hvor intet andet tæller end folkeviljen, er der ikke plads til rettigheder og beskyttelse af enkeltpersoner eller minoriteters interesser. „La volonté generale" duer ikke som eneste princip.[47]

Man må være opmærksom på, at begrænsninger i ytringsfriheden ikke kun fremkommer som følge af retligt formulerede afgrænsninger. Mange andre indskrænkninger kan forekomme, og her skal blot nævnes tre:

For det *første* kan det politiske være konstrueret således, at en retligt garanteret ytringsfrihed ikke har nogen særlig gennemslagskraft. Der kan være andre ekstra-legale normer, som i realiteten bestemmer omfanget af ytringsfriheden, uanset hvordan det retlige system er skruet sammen. Man kan tale om forskellen på det holdbare (det retlige) og det gangbare: Det som duer i en daglig sammenhæng. Med juristen og antropologen Sally Falk Moores terminologi kan man tale om forskellige, delvis selvstændige normative felter,[48] hvoraf det statslige og retlige kun udgør ét sådant felt, og hvor andre felter efter omstændighederne kan have stor indflydelse. Man kunne forestille sig en situation, hvor en forretningsindehaver opkræves „beskyttelsespenge" af nogle barsk udseende personer. Forretningsindehaveren overvejer, hvorledes han kan undgå en så urimelig behandling, og her nytter det ikke nødvendigvis meget, at der i det statslige retssystem er fuld ytringsfrihed. Det er helt andre normer, der er på spil. Situationen er i princippet den samme, selvom sanktioner fra det extra-legale system ikke er voldelige. Spørgsmålet vil være, om der er sådanne andre normerende aktører, og om disse står stærkt i forhold til staten og den statslige ret.

For det *andet* spiller det økonomiske ind. Medier er forretninger, og hvor dette på den ene side har dannet forudsætningen for ytringsfriheden – meninger og informationer er varer, der udveksles på et marked – kan det på den anden side blive en hæmsko, hvis f.eks. ubehagelige informationer eller ukonventionelle meninger ikke har noget lukrativt marked, eller hvor økonomiske interesser bliver dominerende i forhold til indholdet af medierne.

Endelig kan man for det *tredje* pege på vigtigheden af enkeltpersoners civil courage. Ytringsfriheden garanterer ikke, at der faktisk er nogen, der ytrer sig, men giver en retlig beskyttelse af de ytringer, der faktisk bringes til torvs. Det fremgår ikke af *Kejserens nye klæder*, at der skulle være nogen retlig indskrænkning i borgernes ret til at påpege visse faktuelle forhold; men

der var kun én, der turde. Og vi hører ikke noget om, hvordan det senere gik det åbenmundede barn, jf. ovenfor om ikke-retlige sanktioner.[49]

UDVIKLINGEN I DANSK YTRINGSFRIHED

OFFENTLIGHEDENS UDVIKLING

Som ovenfor nævnt kan man tale om, at der i det 17. og 18. århundrede opstod en „borgerlig offentlighed" – „borgerlig", fordi den bestod af ligestillede borgere i modsætning til hierarkisk organiserede fyrster og adelige. I denne offentlighed – den i princippet fri udveksling af meninger mellem ligemænd – opstod der en slags overordnet fornuft, hverken som et på forhånd givet resultat eller som enkelte personers beslutninger, men som et resultat netop af den frie meningsudveksling, hvor det bedre argument var i højsædet. Der var tale om et virksomt ideal, virksomt fordi det faktisk havde indflydelse f.eks. på udformningen af den lovgivende magt, og ideal fordi det aldrig fuldt ud blev realiseret.

Et afgørende problem i den historiske borgerlige offentlighed var, at den kun var for ejendomsbesiddere, for de dannede og normalt kun for mænd. Dette søger man at råde bod på ved gradvis at inkludere alle i offentligheden, altså også de ikke-formuende, de uuddannede og kvinderne. På denne måde indfries idealet om offentlighed, at der ikke er tale om en lukket kreds, men netop om en offentlig, dvs. åben sfære. Imidlertid opstår der samtidig andre problemer: Hvor den borgerlige offentlighed forstod sig selv som et interesseløst fællesskab, bliver denne ændrede offentlighed så en arena for varetagelse af særinteresser, formuende mod uformuende, store ejendomsbesiddere mod mindre ejendomsbesiddere etc. Partierne gør deres indtog, og det, der efter idealet skulle have været den fri debat med udkrystallisering af en rigtigere mening, bliver en interessekamp, og den overordnede fornuft bliver afløst af kompromiser mellem særinteresser. Folketingsmedlemmer stemmer ikke efter deres overbevisning, som foreskrevet i Grl § 56, men stemmer efter partidisciplin, talerne i Folketinget er ikke beregnet på at overbevise de andre, men på at profilere sig i forhold til et publikum, og parlamentet bliver i det hele taget et sted, partifolk mødes for at registrere afgørelser, der allerede er truffet.

Samtidig med at offentligheden liberaliseres – den udvides til ikke kun at omfatte „borgere", men alle – kan man også sige, at den industrialiseres. Informationer og meninger masseproduceres, og politikken foregår inden for

og imellem interesseorganisationer og partier, snarere end i en offentlig diskussion. I denne fase er det typisk, at aviserne – som et væsentligt medie for offentligheden – er partimedier med tilknytningsforhold til særinteresser.

Denne liberale eller industrielle offentlighed udvikles i løbet af 1800-tallet, og samtidig vokser den opfattelse frem, at den offentlige mening ikke kun er frigørende – hvad den var i forhold til enevældens hierarkiske meningsdannelse – men i et vist omfang frihedstruende og i sig selv et åg med konformitetstvang. Centrale 1800-talsfilosoffer peger på, at den offentlige mening ikke må have ubegrænset magt, men at staten skal sikre rettigheder – i et vist omfang imod demokratiet og flertallet.[50]

Fra omkring 1970 sker der imidlertid noget nyt.[51] I sit bidrag til magtudredningen kalder Anker Brink Lund det for „den journalistiske offentlighed".[52] Offentlighedens organisering i interesseorganisationer og partier er under opløsning, avisernes tilknytning til partier bliver uden betydning, og i stedet bliver der tale om en indbyrdes konkurrence om de samme læsere og en rutinepræget tosidighed[53] i dækningen af politiske nyheder. Dette betyder, at medierne bliver mere kritiske, at de f.eks. også fokuserer på modsætninger inden for partier og interesseorganisationer, og at de ikke i nær samme omfang som tidligere fungerer som mikrofonholdere for centralt placerede politikere.

Hvor der i den klassiske, borgerlige offentligheds periode skete en sammensmeltning af offentligheden og det politiske: Offentligheden etablerede sig som lovgivende magt, udskiller den journalistiske offentlighed sig som en selvstændig sfære. Den udgør ikke en afspejling af publikums interesser, men er snarere et filter eller et prisme, hvor nogle emner forstørres, mens andre ikke slipper igennem. Medierne kommer i højere grad til at sætte dagsordenen – ikke på den måde, at medierne bestemmer, hvad der skal menes, men på den måde, at medierne i høj grad bestemmer, hvad der skal menes noget om.[54]

Den journalistiske offentlighed indeholder således en redigerende magt, der på en måde er nødvendig, da det med den stadig stigende mængde af informationer og meninger ikke er muligt at vide alt, men nødvendigt at forlade sig på andres, og her altså mediernes, fortolkning og udvælgelse. Vurderet positivt indeholder denne redigerende magt et nødvendigt korrektiv til den politiske magt (man taler noget upræcist om pressen som den fjerde statsmagt); men det er også klart, at denne redigering ikke nødvendigvis altid er lige vellykket. Der er formentlig tale om en overfokusering på det nationale, på Christiansborg, og en tilsvarende mangel på fokus på andre

relevante centre, ikke mindst EU/Europa.[55] Nogle vil mene, at pressen snarere fungerer som en slags hyrdehund, der holder orden i flokken og afgrænser denne i forhold til andre – mere end som vagthund (jf. om public watchdog nedenfor). Mediernes (mulige over)fokusering på det nationale hænger til en vis grad sammen med, at medierne netop selv er nationale. Der er (endnu) ikke nogen egentligt international offentlighed.

Den journalistiske offentlighed kan således siges at have udsondret medierne som en adskilt faktor – ikke som en egentlig (stats)magt, men dog som en redigerende magt. I forhold til den industrielle offentlighed betyder dette bl.a., at politikere behandles hårdere i offentligheden og må deltage i kampen om at være på. Medierne vil derfor være under beskyldning for at udgøre en magt i samfundet, der ikke har nogen egentligt demokratisk legitimation. Anker Brink Lund antyder, at nogle politikeres foragt for selvbestaltede smagsdommere og fanebærere i bekymringsindustrien er et forsøg på at beholde eller generobre den mediepolitiske scene.[56]

Der er således foregået en udvikling fra den klassiske, borgerlige offentlighed over den industrielle og til den journalistiske offentlighed, med den interessante pointe, at den borgerlige offentlighed – her forstået som den frie udveksling af informationer og meninger mellem principielt ligestillede personer – fortsat er et virksomt ideal eller en normativ målestok i den forstand, at den vil være et mål, man stræber efter og sammenligner med, uden mulighed for fuldt ud at realisere idealet.

UDVIKLINGEN I DANSK RET

På det retlige plan kan man sige, at grundloven er formuleret med den klassiske offentlighed som ideal, men kom til at fungere i den industrielle offentlighed, hvor der ikke er meget plads til grundrettigheder. Meninger blev set som noget rent privat eller knyttet til særinteresser, og værdier ordnes i det politiske system, ikke ud fra en opfattelse af, at der eksisterer nogle mere grundlæggende værdier, men som resultat af kompromiser mellem de forskellige politiske interesser. Ytringsfriheden var ikke uvirksom; men den blev i højere grad sikret af det politiske system, ikke af det juridiske.

Den journalistiske offentlighed synes at give større rum for ytringsfriheden som grundrettighed, og man kan se en klar udvikling fra omkring 1970 – en udvikling, der ikke er båret af en enkelt aktør; men hvor både lovgivningsmagten, internationale domstole, nationale domstole og retsvidenskaben har deltaget.

I 1973 udkom som nævnt *Ytringsfrihedens væsen*, der kan ses som et forsøg på i grundlovens § 77 at etablere ytringsfriheden som en grundrettighed med et mere præcist indhold og med en klar begrænsning af lovgivningsmagtens muligheder. Selvom princippet om fuld ytringsfrihed om offentlige anliggender ikke blankt blev accepteret, og i hvert fald ikke accepteret som en del af Grl § 77, kan man i efterfølgende dansk domspraksis – og for øvrigt også ombudsmandspraksis – se en klar tendens til at tillægge ytringsfriheden og hensynet til fri meningsudveksling om offentlige anliggender en større vægt, end det tidligere havde været tilfældet.

I 1988 skrev Preben Stuer Lauridsen *Pressefrihed og personlighedsret*,[57] der kan ses som et forsøg på at styrke personlighedsbeskyttelsen og pressefriheden på én gang – med andre ord en styrkelse af to grundrettigheder, som Stuer Lauridsen fandt var for svagt beskyttet efter dagældende ret. Også denne bog har haft betydning for forståelsen af området og har i hvert fald haft direkte betydning for dommen UfR 1989.726H (Nordvang).

På lovgivningsområdet er der også sket en del, især i 1990'erne:

1. januar 1992 trådte medieansvarsloven i kraft. Herved blev det „kunstige ansvarssystem" – med store begrænsninger i kredsen af muligt ansvarlige og med objektivt ansvar for redaktøren – udvidet fra kun at gælde den trykte presse til også at gælde andre medier, især radio og TV. Ved samme lovgivning blev reglerne om vidnefritagelse udvidet, både hvad angår personkredsen, der på samme måde som det kunstige ansvarssystem hidtil kun havde vedrørt den trykte presse, og hvad angår de materielle betingelser. Både det kunstige ansvarssystem og muligheden for at beskytte kilder betragtes som en væsentlig, retlig forudsætning for en velfungerende presse.[58]

I 1999 blev vidnefritagelsen udvidet, og hele området for kildebeskyttelse, dvs. ikke kun vidnefritagelse, men også reglerne for ransagning, beslaglæggelse og editionspligt, blev opdateret og harmoniseret. Endvidere blev der indført regler, der væsentligt styrkede pressens (mediernes) adgang til retssager, i form af udtaleret og kæremulighed ved dørlukning m.v. og en udvidet adgang til sagens dokumenter, inklusive den endelige dom. Adgangen til retsmaterialet foreslås yderligere udvidet i Betænkning 1437/2003 om offentlighed i straffesager og civile sager.

Lidt mere generelt, men bestemt ikke uden betydning på ytringsfrihedens område, blev EMRK inkorporeret i dansk ret med virkning fra 1. juli 1992.

Også inden inkorporeringen – og inden det danske juridiske miljø helt var begyndt at inddrage europæisk menneskeret – afsagde danske domstole domme, der klart inddrog hensynet til ytringsfriheden som grundlæggende

værdi, jf. de ovenfor nævnte domme UfR 1977.872V (Langelandsgades Kaserne), UfR 1980.1037H (Witte), UfR 1980.1065V (Midtjyllands Avis) og UfR 1989.726H (Nordvang).

Inkorporeringen af EMRK skete som nævnt i 1992, og 23. september 1994 traf Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) afgørelse i sagen *Jersild mod Danmark*,[59] hvorefter den danske domfældelse af en journalist for videregivelse af raceforhånende ytringer, Strl § 266b, jf. § 23 om medvirken (UfR 1989.399H), blev kendt i strid med EMRK, art. 10. Efter denne dom forstærkedes opfattelsen af ytringsfrihed, herunder pressefrihed, som en grundrettighed:

- Således frifandt Højesteret mediemedarbejdere for under dækning af en begivenhed at følge med ind på fremmed grund, jf. UfR 1994.988H (Aukens have) og UfR 1999.1675H (Peberholmen), i modsætning til tidligere domfældelser i tilsvarende sager, UfR 1987.934H (Mærsk McKinney Møllers have) og UfR 1987.937H (Weidekamps kontor).
- Østre Landsret accepterede en relativt barsk kritik af politiet, UfR 1999.509Ø (Politiets gale hunde), i modsætning til tidligere, hvor man end ikke tillod bevisførelse for de fremsatte ytringer, jf. utrykt ØLD af 17. oktober 1986 (Politikorpsets halvfascister).
- En avis' videregivelse af fornærmende ytringer blev kendt straffri med UfR 1997.259H (Vejle Amts Folkeblad).
- Som begrundelse for ikke at kræve udlevering af materiale (såkaldt edition), selvom situationen ikke var dækket af kildebeskyttelse efter loven, henviste Østre Landsret til hensynet til pressens mulighed for at reportere om samfundsmæssigt vigtige anliggender, UfR 2000.1005/2 (Uroligheder på Nørrebro).
- Seneste afgørelse i samme retning er Højesterets dom af 17. juni 2003, hvor Karen Sunds, medlem af Folkebevægelsen mod EU, blev frifundet for overtrædelse af Strl § 267 for en beskyldning mod Pia Kjærsgaard for at have „racistiske synspunkter", bl.a. med henvisning til en betydelig ytringsfrihed både for og imod politikere i spørgsmål af samfundsmæssig interesse.
- Ytringsfriheden er naturligvis ikke ubegrænset, jf. ovenfor, og der stilles f.eks. relativt store krav til rigtigheden af beskyldninger fremsat mod enkeltpersoner, jf. UfR 1999.122H (Politiets blinde øje) – en dom, der blev accepteret af EMD med stemmerne 4-3.[60] Også den danske Højesteret var splittet, og sagen illustrerer de involverede principper.

Der var tale om en sag af offentlig interesse (mulige fejl ved en tidligere straffesag for mord), og ytringen havde et vist faktuelt grundlag (den pågældende politikreds levede ikke ganske op til retsplejelovens krav, og den morddømte blev efter udstået straf frikendt), men ytringen blev fremsat selvstændigt af mediet mod en konkret, navngiven person. Det sidste hensyn vejede tungere både i Højesteret og i EMD. Se endvidere UfR 2003.624H, hvor en plejehjemsassistent fik en godtgørelse for en overskrift: „Hun myrdede seks", som refererede til politiets daværende vurdering – en vurdering, der viste sig ikke at holde.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udviklet sig til en effektiv beskytter af ytringsfrihed som en grundrettighed. Interessant nok falder dens operative periode sammen med den journalistiske offentligheds gennembrud. De første domme vedrørende art. 10 kom i 1976, siden med en stigende intensitet.[61] Domstolen opererer med pressen som public watchdog med en udvidet ytringsfrihed for medierne om offentlige anliggender og en udvidet referatfrihed, også selvom den egentlige fremsættelse, f.eks. en æreskrænkelse, ikke er omfattet af ytringsfriheden. Selvstændiggørelsen af pressen som offentlighedens forum har således sin retlige pendant i en meget vid beskyttelse. Det skal pointeres, at beskyttelsen ikke er ubegrænset, og Domstolen har opstillet nogle krav til efterprøvning, kontradiktion og i det hele taget overholdelse af journalistisk etik som pressens modydelse for den større frihed.

Også politikere er omgivet af en udvidet ytringsfrihed, både udadgående (hvad de må sige) og indadgående (hvad der må siges om dem). Den korporative offentlighed, hvor pressen i højere grad var mikrofonholdere for de forskellige interesser, har måttet vige for den journalistiske offentlighed, hvor medierne i langt højere grad sætter dagsordenen, og hvor politikerne ikke bliver behandlet med fløjlshandsker.[62] Også her har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol styrket ytringsfriheden, som denne udspiller sig i den journalistiske offentlighed.

Grundlaget for denne relativt entydige styrkelse af ytringsfriheden i den journalistiske offentlighed – som vel at mærke ikke er en uindskrænket ytringsfrihed, men som forstår ytringsfriheden som en grundrettighed med stærkt fokus på, hvad der er offentlige anliggender – er en bredt formuleret bestemmelse med materielle betingelser for indskrænkningerne (art. 10) og en instans, der kan og vil træffe beslutninger.

Udviklingen på området har skabt nogle særlige problemer af retskildemæssig art. På den ene side har udviklingen vist en styrkelse af ytringsfrihed som grundrettighed, i høj grad hjulpet på vej af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Domstolens aktive fortolkning heraf, jf. ovenfor. På den anden side har man fortsat på nogle områder en lovgivning, der ikke tillægger ytringsfriheden nogen særlig vægt. Dette kan siges at gælde straffelovens regler om æreskrænkelser med stort set uændrede formuleringer tilbage til straffeloven af 1930 og forarbejder, der går tilbage til begyndelsen af århundredet.[63]

Sammenstødet kommer til udtryk på følgende tre områder: 1) Straffeloven opererer med en sondring mellem sigtelser og ringeagtsytringer – en sondring, som ikke stemmer overens med europæisk menneskeret, og som kan lede til menneskeretsstridige afgørelser. 2) Ved en vurdering efter straffeloven er sandhedsbevis ofte afgørende, mens dette spiller en langt mere tilbagetrukken rolle inden for europæisk menneskeret, der lægger mere vægt på relevans og rimelighed. 3) Endelig kræver straffeloven skærpet straf, hvis den pågældende ytring fremsættes i et medie, mens den europæiske menneskeret lægger afgørende vægt på ytringsfrihed, netop hvad angår medier og diskussion og omtale af offentlige spørgsmål.

Hvad angår sondringen mellem *sigtelser* og *ringeagtsytringer*, spiller denne en central rolle i straffelovens bestemmelser. Sondringen er for så vidt logisk og i princippet let at operere med, og kategoriseringen er afgørende for en række spørgsmål: Kun sigtelser kan være fremsat mod bedrevidende og dermed medføre hårdere straf efter § 268 om bagvaskelse, kun sigtelser kan være straffri eller indeholde strafbortfald efter § 269 i tilfælde af bevis eller god tro, og kun sigtelser kan kendes ubeføjede efter § 273.

Sigtelser er påstande om faktiske forhold, som f.eks. en påstand om, at en navngiven person har begået mord, bankrøveri osv. En sigtelse er enten sand eller falsk, enten har personen faktisk begået det pågældende mord, eller også er det usandt. Sande sigtelser er som udgangspunkt straffri. Ringeagtsytringer på sin side angår ikke noget faktuelt. Man kan måske mene, at en person er et grødhoved; men det er ikke noget, der kan bevises, og en ringeagtsytring vil derfor som udgangspunkt være strafbar uden mulighed for at føre bevis eller fremføre, at man var i god tro.

Det skal bemærkes, at danske domstole allerede havde problemer med sondringen, inden den europæiske menneskeret for alvor slog igennem i dansk ret. Sondringen er ikke så klar, som det ved første øjekast ser ud til

– ord vil ofte indeholde såvel noget faktuelt som noget rent vurderende (som f.eks. fascistsvin, bolighaj og feltmadras) – og problemet er, som påpeget af Preben Stuer Lauridsen,[64] at domstole ikke er sproganalytikere, men løser konkrete retstvister. Afgørende for domstolene er således ikke at kategorisere en ytring i den rette kategori, men at finde frem til den rette afgørelse. Dette har også tidligere voldt problemer, se f.eks. UfR 1958.1182H, hvor Højesteret ikke kunne blive enige om kategoriseringen af ord som citatfusker, ordbedrager og skødehund.

Hvis en ytring er ringeagtende, vil den efter straffeloven som udgangspunkt være strafbar. Er der derimod tale om en sigtelse, bliver det næste spørgsmål, om sigtelsen kan bevises eller noget, der ligger tæt herpå (fremsættelse i god tro til varetagelse af bestemte, angivne interesser, jf. § 269). Danske domstole har haft en tendens til at klassificere udtryk som sigtelser, formentlig fordi man så lettere efterfølgende kunne frifinde, f.eks. på grund af sandhed eller god tro. Dette har medført, at Højesteret har kategoriseret udtryk som „snusket muldvarpearbejde" som en sand sigtelse,[65] uanset at det ud fra en mere strikt sproglig analyse vel er vanskeligt at vurdere, hvorvidt en politisk ytring (om genforhandling i tilfælde af et irsk nej ved afstemningen om den såkaldte EF-pakke sidst i 1980'erne) kan karakteriseres som muldvarpearbejde, endog snusket muldvarpearbejde.

Endelig følger det af straffelovens § 267, at fremsættelse af ytringer (og her gælder det både sigtelser og ringeagtsytringer) i et medie udgør en skærpende omstændighed, ud fra den rimelige betragtning, naturligvis, at det umiddelbart er mere krænkende at læse en fornærmelse på forsiden af en avis end at høre den sagt over frokosten i kantinen.

Problemet er, at straffeloven på disse områder stemmer meget dårligt overens med europæisk menneskeret, således som den er udviklet på ytringsfrihedsområdet med nu omkring 100 afgørelser fra Domstolen.[66]

For det *første* sondrer EMD mellem value judgments (værdidomme) og statements eller allegations of facts (påstande om faktuelle forhold), og denne sondring er ikke identisk med skellet mellem sigtelser og ringeagtsytringer, og retsvirkningerne af kategoriseringen er ikke de samme.

En value judgment vil typisk være en vurdering af et faktuelt forhold, og det har været helt afgørende for EMD, at værdidomme med et vist faktuelt grundlag var omfattet af ytringsfrihedsbeskyttelsen i situationer, hvor emnet havde en vis offentlig interesse.[67] Hvor danske domstole har haft en tilbøjelighed til at udvide området for sigtelser og tilsvarende indskrænke

området for ringeagtsytringer, er området for allegations of fact efter europæisk menneskeret relativt snævert.[68]

For det *andet* – og som følge af det første – er det centrale i den menneskeretlige vurdering sjældent et spørgsmål om sandhed, men mere et spørgsmål om relevans og rimelighed. Den ovenfor nævnte dom, UfR 1991.269H, ville efter en menneskeretlig vurdering have fået samme resultat, men med en langt mere overbevisende begrundelse: Der var tale om en værdidom (snusket muldvarpearbejde) fremsat på baggrund af noget faktuelt (en udtalelse i Irland om mulighed for genforhandling) om et emne af offentlig interesse (en afstemning om EF) fremsat af en politiker (Uffe Ellemann-Jensen, dav. udenrigsminister) mod en anden politiker (Else Hammerich fra Folkebevægelsen mod EF). På denne måde bliver det afgørende ikke, om ytringen er sand, men om den i den konkrete sammenhæng er omfattet af ytringsfrihedsbeskyttelsen. En af Domstolens begrundelser for ikke at tillægge sandhed nogen særlig afgørende betydning er, at man i den offentlige debat typisk ikke kan forlange samme grundighed i vurderingen, som når et spørgsmål er forelagt en domstol til overvejelse.[69]

Endelig for det *tredje* tillægger EMD pressen en afgørende betydning, således at videregivelse i et medie kan være beskyttet af ytringsfriheden, mens selve fremsættelsen ikke er. Dette kan illustreres ved Jersild-sagen,[70] hvor de fremsatte ytringer var i strid med § 266b, og hvor selve udtalelserne ikke var beskyttet af EMRK, art. 10, mens videregivelsen i TV prime time efter en menneskeretlig betragtning ikke måtte straffes, således som den danske Højesteret havde gjort (jf. UfR 1989.399H).

Sammenstødet mellem den danske straffelov og europæisk menneskeret kan illustreres ved Højesterets dom af 17. juni 2003. Her havde Karen Sunds, som repræsentant for Folkebevægelsen mod EU, udtalt følgende til Radioavisen: „…og jeg vil meget nødigt identificeres med Pia Kjærsgaards racistiske synspunkter…".

For den udtalelse blev Karen Sunds dømt både i by- og landsret. Begge retter lagde vægt på, *at* der var tale om en sigtelse – „racistiske synspunkter" er ikke blot en ringeagtsytring, men har et påstandsindhold, og *at* der ikke kunne føres bevis for denne sigtelse. At dømme efter udskriften fra landsretten gik en stor del af anstrengelserne ud på at henholdsvis bevise eller modbevise de påståede racistiske synspunkter, hvorefter spørgsmålet om den præcise betydning af „racisme" blev centralt.

Højesteret starter med en relativt lang gengivelse af dommen „Unab-

hängige Initiative", hvor EMD statuerer, at en østrigsk domfældelse for udtrykket „racistisk hetz" mod Jörg Haider var i strid med menneskeretten, da udtrykket var en værdidom, der byggede på visse faktuelle forhold. Herefter bemærkes det, at Pia Kjærsgaard ikke er racist i den gamle betydning (raceoverlegenhed), og at det heller ikke kan have været det, Karen Sunds mente. Højesteret fortsætter med at henvise til, at udtalelsen var faldet som reaktion på Pia Kjærsgaards politiske forslag. Der er således tale om en værdidom, fremsat på baggrund af faktuelle forhold, fremsat af en politiker mod en anden, i øvrigt i et telefoninterview. Den domfældelse, der for så vidt klart fulgte af ordlyden i straffeloven, ville lige så klart være i modstrid med europæisk menneskeret.

Problemet med delvis modstridende retskilder er ikke ukendt; men problemet accentueres, når det ene sæt kommer fra national lovgivning og det andet fra international ret i høj grad dannet ved domstolsfortolkning. De nationale domstole får herved en mere fremskudt rolle i retsdannelsen, når retskilderne er modstridende.

Det skal bemærkes, at det ved inkorporeringen af EMRK var en forudsætning, at lovgivningsmagten var den primært ansvarlige for den løbende tilpasning. Således hed det i betænkningen: „… og udvalget finder, at det er meget vigtigt, at lovgivningsmagten uanset en inkorporeringslov fortsat foretager en sådan løbende tilpasning af lovgivningen."[71] En sådan løbende tilpasning er dog næppe fuldt ud realistisk med de utallige ældre love, der er affattet uden tanke på fremtidige, herunder menneskeretlige, problemstillinger, og danske domstole kan følgelig ikke undgå til tider at spille en aktiv rolle.[72]

DOMSTOLENES ROLLE (JUDICIEL MAGT)

Der sker to udviklinger, der har betydning for en ændring af forholdet mellem den lovgivende og den dømmende magt:

For det *første* lægger den journalistiske offentlighed op til en mere aktiv rolle for domstolene. De skal ikke bare konstatere, om straffelovens kriterier er opfyldt, men skal inddrage værdier som f.eks. hensynet til den offentlige debat om vigtige samfundsanliggender. I dansk ret er UfR 1989.726H (Nordvang) belysende: Landsretten afgjorde sagen efter en tæt, men i øvrigt ikke særligt overbevisende læsning af straffeloven. Højesteret derimod synes mere at have overvejet, hvad sagen drejede sig om: offentlig diskussion af forholdene på en psykiatrisk afdeling, og indlagde herved nogle værdier i

afgørelsen, som ikke nødvendigvis kommer til udtryk i straffelovens regler. I den journalistiske offentlighed er det ikke kun op til interesserepræsentanterne at afgøre, hvilke værdier der gælder, værdier som på denne måde i en vis forstand bliver indiskutable, fordi de er resultat af politiske forhandlinger og kompromiser. I den journalistiske offentlighed er politikerne udsat for større kritik, og værdier kan skabes andre steder i systemet, som på denne måde bliver mere pluralistisk.

I den industrielle offentlighed var der ikke så meget plads til grundrettigheder: Værdierne blev fastsat i det politiske system som kompromiser mellem forskellige interesser. I den journalistiske offentlighed har det politiske system ikke samme privilegerede status, værdier er ikke indiskutable og må fastsættes af en længere række aktører.

For det *andet* lægger internationaliseringen op til en ændret rolle for lovgivningsmagten. Det er ikke længere det suveræne folk, der bestemmer suverænt. Lovgivningsmagten må indgå i et net af internationale forpligtelser, hvilket igen bringer domstolene – nationale såvel som internationale – på banen som en mere aktiv med- og modspiller til lovgivningsmagten. Grundrettigheder – eller grundværdier – kan funderes internationalt, og dette er en nødvendighed, da man ikke ubetinget kan overlade det til den enkelte stat at definere sine værdier. Den statslige suverænitet led et afgørende skibbrud, både juridisk og filosofisk, med Nazi-Tyskland og anden verdenskrig. Som Hannah Arendt bemærkede: Hvis det overlades til den enkelte stat at beskytte sine borgere, risikerer man bare, at de tænder for gassen.[73] Internationale menneskerettigheder er derfor en nødvendighed og må – ligeledes med nødvendighed – indeholde en begrænsning i den enkelte stats formelle suverænitet.

Ikke mindst den økonomiske udvikling i tiden fra anden verdenskrig har understreget nødvendigheden af at have overnationale regler, hvoraf menneskeretlige grundrettigheder udgør en del. Hvis ret betragtes som en uomgængelig del af menneskelig interaktion,[74] er det oplagt, at der også i det stedse mere sammenknyttede internationale samfund må være retsregler og retssystemer til den mangfoldighed af mellemmenneskelige aktiviteter, der ikke er bundet særligt af statslige grænser.

Det internationale niveau udmærker sig herudover ved ikke at have en egentlig lovgivende magt. Dette betyder, at domstole får – eller har mulighed for at få – en mere fremskudt rolle i retsdannelsen, end tilfældet er, hvor lovgivningsmagten er veletableret og effektiv.

Vurderet på baggrund af grundrettigheden ytringsfrihed kan man således

konstatere en vis forskydning i relationerne mellem den dømmende magt og den lovgivende. Udviklingen kan dog ikke beskrives som den judicielle magts ekspansion på den lovgivende magts bekostning, men mere som en ændring.

For det *første* er domstolene afhængige af regelgrundlaget. Bredt formulerede rettigheder med principielle, materielle begrænsninger synes som ovenfor nævnt at udgøre et velegnet grundlag for en aktiv domstol, mens det er mere vanskeligt, hvis der ikke er formuleret nogen mere grundlæggende værdier, som sager vedrørende ytringsfrihed kan afgøres ud fra.

For det *andet* er den stigende beskyttelse af ytrings- og pressefriheden ikke noget entydigt judicielt fænomen. Impulserne kommer mange steder fra, herunder også fra lovgivningsmagten.

For det *tredje* er det ikke nødvendigvis en indskrænkning i den lovgivende magt, at den skal tage hensyn til grundrettigheder. Tværtimod kan man sige, at netop denne hensyntagen er en forudsætning for lovgivningens legitimitet. Når dansk lovgivning har en så relativt høj grad af legitimitet, er det nærliggende at tænke dette sammen med en høj (men altså ikke altid allestedsnærværende) respekt for grundrettigheder.

Endelig bemærkes, at forskydningen måske i højere grad har ramt ledende politikere, hvilket her vil sige regeringen som den politiske ledelse af den udøvende magt og ledende medlemmer af Folketinget. Pressen fungerer ikke ligesom tidligere som mikrofonholder, men er mere pågående og respektløs, og politikere må finde sig i kritiske ytringer i kraft af ytringsfriheden som en mere veletableret grundrettighed.

NOTER

1 Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret,* 1954, s. 652.

2 John Stuart Mill, *On Liberty*. Her citeret fra Vilhelm Arntzens oversættelse, *Om Friheden*, Høst og Søns Forlag, 1876, s. 69-70, i lettere moderniseret udgave.

3 Alf Ross, *Om ret og retfærdighed*, Nyt Nordisk Forlag, 1971, s. 358.

4 *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft.* Suhrkamp, 1962. I den norske udgave blev titlen – en smule upræcist – til: *Borgerlig offentlighet. Henimot en teori om det borgerlige samfunn*, Fremad, 1980. Sidehenvisningerne refererer til denne udgave.

5 I begyndelsen af 1700-tallet var der f.eks. i London over 3.000 kaffehuse, jf. Habermas, op. cit., s. 30. Her kunne man mødes, læse aviser og diskutere.

6 Anker Brink Lund kalder det et „ideologisk vilkår", jf. *Den redigerende magt*, Aarhus Universitetsforlag, 2002, s. 18.

7 Universal Declaration of Human Rights af 10. december 1948.

8 International Covenant on Civil and Political Rights, klar til underskrift i 1966, trådt i kraft 1976. Danmark underskrev konventionen i 1968 og ratificerede i 1972. I Betænkning 1407/2001 foreslås konventionen inkorporeret i dansk ret.

9 Status for ratifikation, se f.eks. www1.umn.edu/humanrts.

10 I hvert fald én retsfilosofisk retning vil hævde, at regler er af underordnet betydning, og at det først er i og med anvendelsen ved domstole, at retten skabes. Se f.eks. J.C. Gray, *The Nature and Sources of the Law*, Peter Smith, 1972 (2nd Edition).

11 Manfred Nowak bemærker, at retten er mere vidtgående, hvad angår informationer om den pågældende selv, og at journalisters eventuelle videregående ret ikke er klar efter CCPR, art. 19, *UN Covenant on Civil and Political Rights. A Commentary*. NP Engel Publishers, 1993, s. 343.

12 Se for en nærmere gennemgang f.eks. Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske menneskerets-konvention,* 2. udg., 2003, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, og Sten Schaumburg-Müller, *Presseret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, kap. 4.

13 Se f.eks. *Christine Goodwin v UK*, dom af 11. juli 2002, para. 74: „It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory".

14 *Fuentes Bobo v Spanien*, dom af 29. februar 2000.

15 *Goodwin v UK*, dom af 27. marts 1996.

16 Allerede fastslået ved *Handyside v UK* (om Den lille røde bog for skoleelever), dom af 7. december 1976.

17 Se f.eks. *Nikula v Finland*, dom af 21. marts 2002, para. 51, hvor de anvendte ord blev betegnet som „inappropriate".

18 Se f.eks. *Fressoz og Roire v Frankrig*, dom af 21. januar 1999, og *Tammer v Estland*, dom af 6. februar 2001.

19 Princippet er allerede slået fast i *Lingens v Østrig*, dom af 8. juli 1986.

20 Den danske Højesterets dom af 17. juni 2003, hvor Karen Sunds blev frifundet for udtalelsen „racistiske synspunkter" vedrørende Pia Kjærsgaard, er efterfølgende i høj grad kommet til at fremstå som en diskussion af, hvad udtrykket „racisme" betyder. Sagen drejer sig dog mere om, at ytringer, fremsat af én politiker mod en anden politiker i et emne af offentlig interesse, har en meget vidtgående beskyttelse.

21 Public watchdog-beskyttelsen er bl.a. brugt i *Jersild v Danmark*, dom af 23. september 1994, og *Bergens Tidende v Norge*, dom af 2. maj 2000.

22 Kravet fastslået i *Handyside v UK*, jf. note 15.

23 Se f.eks. *Riepan v Østrig*, dom af 14. november 2000: At forlægge en rettergang til et fængsel uden forsøg på at løse de adgangsproblemer, dette medførte, fandt EMD i strid med kravet om offentlig rettergang.

24 Se *Gaskin v UK*, dom af 23. juni 1989. En person, der havde været anbragt uden for hjemmet i sin barndom, søgte, da han blev voksen, indsigt i sagsakterne, hvilket blev nægtet. EMD statuerede krænkelse af art. 8, men ikke af art. 10, hvilket begrænser indsigtsretten til egne sager.

25 *Guerra v Italien*, dom af 19. februar 1998.

26 Se nærmere Astrid Lohmann Knudsen og Sten Schaumburg-Müller, „Ytringsfrihed", *Justitia*, 1983, nr. 1, s. 11-13, og Peter Germer, *Ytringsfrihedens væsen*, Juristforbundets Forlag, 1973, s. 12 ff.

27 Habermas, op. cit., s. 192.

28 Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret 2*, Nyt Nordisk Forlag, 1980 (seneste udgave), s. 724.

29 Retsplejerådets forslag i Betænkning 698/1973 om, at parterne i civile sager skulle kunne vedtage lukkede døre, og at dommen derefter først måtte offentliggøres ét år efter og i anonymiseret form, blev ikke til noget, bl.a. på grund af betænkeligheder i forhold til grundloven, jf. Betænkning 1427/2003, s. 41.

30 Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret 2*, Nyt Nordisk Forlag, 1980 (seneste udgave), s. 724.

31 Betænkning 553/1969, Forbud mod racediskrimination, s. 26.

32 Skriftlig fremsættelse af L 35 om ændring af straffelov, retsplejelov mv., 13. december 2001: „Efter regeringens opfattelse indeholder lovforslaget ingen begrænsninger i ytringsfriheden. Det er således vigtigt at slå fast, at rene sympatitilkendegivelser i forhold til terrororganisationer ikke er omfattet af den foreslåede § 114b om medvirken."

33 Henrik Zahle, *Dansk Statsforfatningsret 3. Menneskerettigheder*, Chr. Ejlers' Forlag, 2003, s. 103.

34 Se Preben Stuer Lauridsen om bestemmelsen, *Pressefrihed og personlighedsret*, s. 242, og Greve m.fl., *Speciel Del*, s. 365, og nærmere nedenfor.

35 *Jersild v Danmark*, dom af 23. september 1994.

36 I UfR 1977.872V statuerede landsretten et skærpet hjemmelskrav i forhold til indgreb i ytringsfriheden.

37 I en nu næsten 30 år gammel artikel forstås æresretten i høj grad som en beskyttelse mod at blive sur, hvorfor den foreslås afskaffet. Vagn Greve, „Æreskrænkelser. Et diskussionsoplæg på grundlag af nyere retspraksis", *Juristen* 1975, s. 478.

38 Forarbejderne er meget klare. Et forslag om at medtage kravet om „nødvendigt i et demokratisk samfund" blev nedstemt to gange. (Manfred Nowak, *UN Covenant on civil and political rights. CCPR Commentary*, NP Engel Publisher, 1993, s. 352). Til gengæld er logikken mildest talt uklar, da netop ytringsfrihed er tæt forbundet med demokrati.

39 Jf. *Ahmed m.fl. v UK*, dom af 2. september 1998.

40 Enhver borger må tale, skrive og trykke frit, dog med ansvar for misbrug af denne frihed som fastsat af loven.

41 Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworths, 1977.

42 Juristforbundets Forlag, 1973.

43 Alf Ross, „Om ytringsfrihed og grundlovsfortolkning", *UfR* 1973B.204-5.

44 F.eks. Knud Aage Frøbert, *Massemediernes frihed og ansvar*, 3. udg., red. af Henriette Schjøth, Greens§Jura, 2000, s. 34, og Heine, Grønbæk og Holdt, *Internet.Jura*, s. 283.

45 African Charter on Human and Peoples' Rights udgør en undtagelse. I art. 9, stk. 2, hedder det blot: „Every individual shall have the right to express and disseminate his opinions *within the law*" (min kursivering).

46 Respekt for en regional menneskerettighedsdomstol er ikke nogen selvfølge. Op til omkring 1990 svarede de amerikanske lande normalt slet ikke på forespørgsler fra den amerikanske menneskerettighedsdomstol, for slet ikke at tale om efterlevelse af dens afgørelser. Se Rhona K.M. Smith, *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, 2003, s. 127.

47 Den franske erklæring har både henvisning til naturlige rettigheder, art. 2 og 4, (fra den engelske filosof John Locke) og til „la volonté generale", art. 6 (fra den franske filosof Jean-Jaques Rousseau). Forestillinger om individets naturlige rettigheder og om almenviljens suverænitet er i en vis forstand hinandens modsætninger.

48 Sally Falk Moore, *Law as Process*, Routledge and Kegan Paul, 1978.

49 I Brixtofte/Farum-sagen, der har visse ligheder med H.C. Andersens historie, kostede det et års arbejdsløshed. Se „Hjælp til at blæse i fløjten", *DJØFbladet*, nr. 12, 2003.

50 Såvel den tyske Hegel som den franske Tocqueville og den engelske Mill kritiserer fra hver deres vinkel den offentlige mening som ufejlbarlig rettesnor. For Mills vedkommende jf. citatet ovenfor, hvor der advares imod, at meninger skal udvikle sig til fordomme. Se i øvrigt nærmere Sten Schaumburg-Müller, *Presseret*, kap. 1.

51 Habermas skriver sin *Strukturwandel der Öffentlichkeit* i 1961 og har således ikke denne udvikling med i analysen. Hans konklusioner med hensyn til offentligheden bliver derfor temmeligt negative, idet han hæfter sig ved den industrielle offentligheds til tider meget korporative struktur.

52 Anker Brink Lund, *Den redigerende magt*. Aarhus Universitetsforlag, 2002, særligt kap. 11.

53 Ibid., s. 190.

54 Ibid., bl.a. s. 184.

55 I *Den redigerende magt* af Anker Brink Lund er der refereret nogle interessante undersøgelser af pressens, politikeres og publikums noget forskellige opfattelse af, hvad der er relevant, se særligt kap. 12, s. 203 ff.

56 Ibid., s. 210.

57 Gyldendal, 1988.

58 Frøbert, op. cit., s. 17-18.

59 Dom af 23. september 1994.

60 *Pedersen og Baadsgaard v Danmark*, dom af 19. juni 2003.

61 Jeg har noteret 4 domme fra 1970'erne, 8 fra 1980'erne, 45 fra 1990'erne og allerede nu medio 2003 40 fra 2000'erne. Se en oversigt i Sten Schaumburg-Müller, *Presseret*.

62 Lund, op. cit. s. 201.

63 Se for en nærmere analyse af retsområdet Sten Schaumburg-Müller, *Presseret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003, kap. 7, s. 221-250.

64 Preben Stuer Lauridsen, *Pressefrihed og personlighedsret*, Gyldendal, 1988, s. 260.

65 UfR 1991.269H.

66 Se en oversigt i Sten Schaumburg-Müller, *Presseret*, s. 383-389.

67 Princippet er fastslået allerede i *Lingens v Østrig*, dom af 8. juli 1986, og brugt utallige gange siden.

68 Som eksempel se *Pedersen og Baadsgaard v Danmark*, dom af 19. juni 2003, hvor et spørgsmål om, hvorvidt en kriminalinspektør havde holdt et vidneudsagn skjult, ansås at angå fakta og ikke var en værdidom.

69 *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v Østrig*, dom af 26. februar 2002, para. 46.

70 *Jersild v Danmark*, dom af 23. september 1994.

71 Betænkning 1220/1991, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 148.

72 Straffelovens regler om æreskrænkelser er dog så markant ude af trit med gældende ret, at reglerne snarere virker vildledende end vejledende, og retspolitisk kunne man godt ønske en opdatering af reglerne.

73 Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 1951, s. 292.

74 Der ligger et større retsfilosofisk problem gemt i denne sætning. Her forudsættes det uden yderligere diskussion, at retsnormer er en integreret del af menneskelig interaktion. Se for en nærmere argumentation Sten Schaumburg-Müller, *Internationale handelsrelationer i retsteoretisk belysning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, kap II.3, „Det er menneskeligt at burde", s. 82 ff.

KAPITEL 6

UDVISNING AF UDLÆNDINGE

NATIONAL SUVERÆNITET MED INTERNATIONALE BEGRÆNSNINGER

Selvom de retsregler, der regulerer adgangen til at udvise udenlandske statsborgere, kun vedrører forholdsvis få personer i en nok så undtagelsespræget situation, er disse regler af flere grunde velegnede til at illustrere spændingsforholdet mellem politisk og judiciel magt. De enkelte stater er underlagt retlige begrænsninger i den adgang til at udvise udlændinge, der som udgangspunkt følger af staternes suverænitet. Begrænsningerne er selvpålagte, for så vidt som det er bestemmelser i de af staterne indgåede internationale konventioner om menneskerettigheder, der indebærer en vis beskyttelse af ikke-statsborgere imod udvisning fra det land, hvori de har ophold. Denne beskyttelse fremgår dog kun indirekte af konventionernes ordlyd, som er præget af generelle termer og vage begreber, hvis indhold må fastlægges ved fortolkning. Som følge heraf er beskyttelsens omfang og gennemslagskraft i forhold til staternes suverænitet blevet fastlagt og udviklet gennem den løbende praksis fra de internationale organer, der er oprettet for at kontrollere staternes overholdelse af konventionerne.

I forhold til de politiske strømninger, der i en række lande har medført krav om stramning af kriminalpolitikken og i forbindelse hermed øget adgang til udvisning af kriminelle udlændinge, har denne internationale konventionspraksis betydet en ikke uvæsentlig indskrænkning af lovgivningsmagtens råderum. Når dette har været betragtet som en manifestation af *judiciel magt* over for de politiske beslutningstagere, skyldes det først og fremmest, at indskrænkningen af disses lovgivningsmæssige råderum er blevet markeret gennem afgørelser fra juridiske kontrolinstanser, herunder de nationale domstole. Det forhold, at konventionernes virkning som skranke for lovgivningsmagten i betydelig grad er blevet fastslået af *internationale organer*, ikke mindst Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, har formentlig yderligere bidraget til dette indtryk.

Her i landet har denne dobbelte magtfordelingsproblematik – politisk kontra judiciel, national kontra international – ligeledes vist sig på det nationale niveau, idet de politiske beslutninger om øget udvisningsadgang har været ledsaget af forudsætninger om, at Danmarks internationale forpligtelser skulle overholdes. Sikringen af, at disse forudsætninger løbende blev opfyldt, er derved blevet henskudt fra lovgivningsmagten til domstolene.[1] Det har navnlig fra Højesteret ført til en udvikling i retspraksis, der undertiden udlægges som en reduktion af lovgivningsmagtens indflydelse. Visse iagttagere har endog hævdet, at der var tale om en slags underminering fra domstolsside af regeringens og Folketingets politiske bestræbelser. Dette samspil mellem lovgivningsmagt og domstole skal her søges belyst ved en gennemgang af de relevante ændringer i den danske udlændingelovs udvisningsregler, efterfulgt af en omtale af hovedelementerne i den menneskeretlige beskyttelse mod udvisning. På den baggrund beskrives anvendelsen af de skærpede lovregler i retspraksis, hvor domstolene med lovgiverforudsætningerne om overholdelse af internationale normer er blevet pålagt opgaven som menneskerettighedsgarant på et nok så kontroversielt sagsområde.

Hvad først angår selve princippet i de internationale begrænsninger af staternes suverænitet må det holdes for øje, at menneskerettighedsforpligtelserne er påtaget af staterne som udslag af deres suveræne ret til at indgå internationale aftaler. På den anden side tager konventionerne kun i ringe omfang stilling til spørgsmål vedrørende ikke-statsborgeres ret til indrejse og ophold på de enkelte staters territorium. Det er utvivlsomt, at internationale normer begrænser staternes ret til at regulere disse udlændingepolitiske spørgsmål, men begrænsningernes rækkevidde lader sig ikke fastlægge entydigt ud fra konventionernes ordlyd. Fortolkningen er båret af det principielle synspunkt, at den statslige suverænitet med hensyn til gennemførelse af immigrationskontrol må udøves med respekt for bestående internationale forpligtelser, ikke mindst de der følger af ratificerede konventioner om menneskerettigheder. Synspunktet er blevet formuleret på følgende måde af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol:

> The Court recalls at the outset that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and *subject to their treaty obligations including the Convention*, to control the entry, residence and expulsion of aliens … in exercising their right to expel such aliens Contracting States must have regard to Article 3 of the Convention, which enshrines one of the fundamental values of democratic societies.[2]

> The Court acknowledges that it is for the Contracting States to maintain public order, in particular by exercising their right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations, to control the entry, residence and expulsion of aliens. … However, their decisions in this field must, *in so far as they may interfere with a right protected* under … Article 8, be necessary in a democratic society, that is to say, justified by a pressing social need and, in particular, proportionate to the legitimate aim pursued.[3]

Mens begge de nævnte bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) – art. 3 om tortur og umenneskelig behandling og art. 8 om respekt for familie- og privatliv – er relevante som normative begrænsninger af staternes immigrationskontrol, vil fremstillingen nedenfor fokusere på art. 8, som har vist sig at have særlig betydning for de udvisningsspørgsmål, hvori magtfordelingsproblemet er opstået i praksis i Danmark.

UDLÆNDINGELOVENS UDVISNINGSREGLER: FRA NATIONAL TIL INTERNATIONAL BESKYTTELSE

1983-LOVENS TRINSYSTEM: PROPORTIONALITET OG HUMANITÆRE MODHENSYN

Bestemmelserne om udvisning i lovens kapitel 4 var blandt de dele af udlændingeloven fra 1983, som mest direkte afspejlede Danmarks internationale forpligtelser, navnlig i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Udvisningsreglerne var i 1983-loven opbygget efter et trinsystem, som indebar *gradvist øget beskyttelse* mod udvisning på grund af kriminalitet og forstyrrelse af den offentlige orden, alt efter varigheden af den enkelte udlændings ophold her i landet.[4] Den bedst beskyttede personkategori var udlændinge, som lovligt havde boet i landet i mere end syv år og aktuelt havde opholdstilladelse med henblik på varigt ophold, samt flygtninge med asyl i Danmark. Disse grupper af udlændinge kunne alene udvises, hvis det fandtes påkrævet af hensyn til statens sikkerhed, samt i tilfælde af meget alvorlig kriminalitet.[5] De øvrige beskyttelsesniveauer var baseret på opholdsperioder på henholdsvis fire år, to år og et år.[6]

I tillæg til det trinsystem, der således – som udslag af et proportionalitetssynspunkt – begrænsede selve hjemlen for udvisning med udlændingens øgede opholdstid i landet, skulle der i hver enkelt sag foretages en afvejning af formålet med og begrundelsen for udvisning over for de *konkret indgribende*

virkninger, en sådan beslutning ville få for den udviste og dennes pårørende. For at sikre overholdelse af internationale menneskerettighedsnormer, særligt EMRK art. 8 om respekt for den enkeltes privatliv og familieliv, var der i 1983-loven blevet indsat en bestemmelse, hvorefter man ved afgørelse om udvisning skulle tage hensyn dels til udlændingens tilhørsforhold til det danske samfund, herunder varigheden af opholdet her i landet, dels til om udvisning måtte antages at virke særligt belastende. Det sidste skulle navnlig vurderes ud fra en ikke-udtømmende opregning af humanitære modhensyn:

1. udlændingens alder, helbredstilstand og andre personlige forhold,
2. udlændingens personlige eller familiemæssige tilknytning til herboende danske eller udenlandske statsborgere,
3. udlændingens tilknytning til landet i øvrigt, herunder at udlændingen er kommet hertil som barn eller ganske ung og dermed helt eller delvis har haft sin opvækst her i landet,
4. udlændingens manglende eller ringe tilknytning til hjemlandet eller andre lande, hvor udlændingen kan ventes at tage ophold,
5. risikoen for, at udlændingen vil lide overlast i hjemlandet eller andre lande, hvor udlændingen kan ventes at tage ophold.[7]

Efter 1983-lovens ikrafttræden, som tillige indebar overførsel af kompetencen til at træffe afgørelse vedrørende udvisning i forbindelse med kriminalitet fra udlændingeadministrationen til domstolene, kom betydningen af denne afvejningsbestemmelse hurtigt til at vise sig. Det falder uden for denne fremstillings rammer at gå i detaljer med konkrete udvisningssager fra 1980'erne, men det er næppe nogen overdrivelse at sammenfatte virkningerne af lovændringen på den måde, at domstolene gennem indgående vurdering af forholdene i de enkelte sager anvendte afvejningsbestemmelsen i udlændingelovens § 26 således, at retspraksis i ganske høj grad realiserede lovgivningsmagtens intentioner om at sikre overholdelse af de internationale forpligtelser.[8] I relation til de magtfordelingsspørgsmål, der er i fokus på dette sted, er der navnlig grund til at hæfte sig ved, at det var bestemmelser vedtaget af den *nationale lovgivningsmagt*, der rummede gennemførelsen af internationale konventioner om menneskerettigheder, og at de danske domstole ved anvendelsen af disse lovbestemmelser synes at have efterlevet lovgivningsmagtens intentioner i den henseende.

1990'ERNES STRAMNINGER: NUL-TOLERANCE OG AFSVÆKKEDE MODHENSYN

I 1990'erne blev der ad to gange foretaget ændringer i udlændingelovens udvisningsregler, som for bestemte kriminalitetsformer gav adgang til udvisning af enhver udlænding, der idømmes ubetinget frihedsstraf (eller anden strafferetlig retsfølge af frihedsberøvende karakter), *uanset* både længden af denne frihedsstraf og varigheden af den pågældende udlændings ophold i Danmark.[9] Ud over indførelsen af skærpede bestemmelser vedrørende selve hjemlen for udvisning, der kan beskrives som en art kortslutning af det ovenfor omtalte trinsystem, skete der for de samme kriminalitetsformer en væsentlig afsvækkelse af de humanitære modhensyn i udlændingelovens § 26. Ifølge en ny bestemmelse i § 26, stk. 2 skulle udvisning efter disse særregler kunne finde sted, medmindre de humanitære hensyn, der er opregnet i § 26, stk. 1, taler *afgørende* derimod.

De former for kriminalitet, der kom til at danne grundlag for den skærpede udvisningsadgang med et stærkt præg af *nul-tolerance*, var i første omgang – efter et lovindgreb i efteråret 1996 – overtrædelse af lov om euforiserende stoffer eller straffelovens §§ 191 og 191 a, dvs. narkotikakriminalitet.[10] Ved den generelle revision af udlændingelovens udvisningsbestemmelser i 1998 blev trinsystemet som sådant opretholdt, hvorimod der blev gennemført en væsentlig udvidelse af anvendelsesområdet for de særregler, der afviger fra trinsystemet. Dette skete i form af indsættelse af yderligere to bestemmelser i loven, som gav hjemmel til udvisning ved ubetinget frihedsstraf for dels menneskesmugling efter udlændingelovens § 59, stk. 5 eller straffelovens § 125 a, dels overtrædelse af en lang række andre bestemmelser i straffeloven.[11]

Den politiske begrundelse for således at afvige fra det proportionalitetsprincip, der havde afspejlet sig i 1983-lovens trinsystem og i den forudsatte afvejning over for humanitære modhensyn, blev i bemærkningerne til det første lovforslag om indførelse af skærpet udvisningsadgang formuleret således:

> Det er regeringens opfattelse, at det ikke er tilstrækkeligt at se på narkotikakriminaliteten som et nationalt problem. Der er typisk tale om international, organiseret kriminalitet, som bl.a. er afhængig af internationale netværk af bagmænd, kurerer og sælgere på gadeplan.
>
> En bekæmpelse af narkotikakriminaliteten på nationalt plan indebærer således også, at der sættes ind mod kriminalitetens internationale forgre-

ninger. Dette kan bl.a. ske ved at skærpe reaktionerne over for udlændinge, der under ophold her i landet dømmes for narkotikakriminalitet.

På den baggrund foreslår regeringen, at reglerne i udlændingeloven skærpes, således at der bliver lettere adgang til at udvise udlændinge, der er dømt for narkotikakriminalitet. Herved tilgår der de „rejsende i narkotikakriminalitet" et tydeligt signal om, at vi ikke accepterer denne virksomhed …

Narkotikakriminalitetens internationale karakter og samfundsfarlige karakter i øvrigt giver efter regeringens opfattelse grundlag for at bryde med det hidtidige princip i udlændingeloven, hvorefter en udlændings beskyttelse mod udvisning styrkes, jo længere den pågældendes lovlige ophold her i landet har varet.

Regeringen har derfor besluttet, at narkotikakriminalitet underkastes en særlig regulering i tillæg til de eksisterende udvisningsregler, således at dom for narkotikakriminalitet vil kunne medføre udvisning, selvom de almindelige udvisningsbetingelser ikke er opfyldt.[12]

INTERNATIONALE FORPLIGTELSER SOM USPECIFICERET FORBEHOLD

Som det fremgår ovenfor, indebar den skærpede udvisningsadgang et brud med de principper bag 1983-loven, som havde tilsigtet at opfylde Danmarks internationale forpligtelser gennem nationale lovbestemmelser, der skulle sikre iagttagelse af proportionalitetshensyn i de konkrete udvisningsbeslutninger. I sager om de nærmere angivne kriminalitetsformer kunne der på grundlag af de nye særregler ske udvisning af langvarigt bosiddende udlændinge på grundlag af lovovertrædelser, som i selve straffastsættelsen var vurderet til at være forholdsvis ubetydelige. Det var endvidere tanken, at det kun skulle være i undtagelsestilfælde, at man undlod at benytte en eksisterende udvisningsadgang, fordi den blev opvejet af humanitære modhensyn. Dette sidste blev udtrykkeligt fremhævet i forarbejderne til ændringsloven fra 1996:

Der foreslås indsat en ny bestemmelse i § 26, stk. 2. Baggrunden herfor er, at det ønskes markeret, at undladelse af udvisning i de i § 22, nr. 4, omhandlede tilfælde *kun undtagelsesvis* kan finde sted …

Narkotikaforbrydelser må anses for at være en kriminalitet af en sådan grov og samfundsfarlig karakter, at hensynene nævnt i den gældende § 26 *kun undtagelsesvis* skal tillægges afgørende betydning ved en afgørelse om udvisning.[13]

Samtidig med fremhævelsen af behovet for skærpede udvisningsregler var lovgivningsmagten i og for sig opmærksom på, at man herved reducerede eller fjernede betydningen af de lovbestemmelser, der skulle sikre opfyldelse af internationale forpligtelser. På den baggrund blev disse forpligtelser i stedet anført som et mere uspecifikt forbehold i relation til de retsanvendende myndigheders udnyttelse af den øgede udvisningsadgang. Det hed således i bemærkningerne til lovforslaget fra 1996, at afgørelser vedrørende udvisning efter de foreslåede bestemmelser – ligesom afgørelser vedrørende udvisning efter de almindelige udvisningsbestemmelser – skulle træffes under hensyntagen til Danmarks internationale forpligtelser, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.[14] Specielt om den reducerede betydning af de humanitære modhensyn anførtes det:

> Om der foreligger sådanne særlige forhold, at hensynene som nævnt i § 26 kan føre til, at der *undtagelsesvis* ikke sker udvisning efter § 22, nr. 4, afhænger af en konkret vægtning af på den ene side arten og grovheden af den … nævnte kriminalitet og på den anden side styrken af de i § 26 nævnte hensyn. De i denne bestemmelse nævnte hensyn til udlændingens familiemæssige tilknytning til Danmark vil således i givet fald tale mod udvisning, *i det omfang dette følger af internationale forpligtelser*, jf. art. 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.[15]

I og med at kompetencen i sager om udvisning i forbindelse med kriminalitet ligger hos domstolene, indebar disse lovgiverforudsætninger, at ansvaret for overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser ved håndhævelsen af de skærpede udvisningsbestemmelser reelt blev delegeret fra den legislative til den judicielle magt. Efter omtale af den menneskeretlige beskyttelse mod udvisning vil det blive nærmere beskrevet, hvordan domstolene har levet op til disse – til dels modsætningsfyldte – forventninger fra lovgivningsmagtens side.

DEN MENNESKERETLIGE BESKYTTELSE MOD UDVISNING

MENNESKERETLIGE NORMER TIL BESKYTTELSE AF FAMILIELIV OG PRIVATLIV

Den internationale beskyttelse af retten til respekt for familieliv og privatliv har betydning for de enkelte staters udlændingelovgivning på to forskellige,

men delvist sammenfaldende områder. For det første begrænser de menneskeretlige normer adgangen til at *udvise* udlændinge, der har familiemæssig tilknytning til andre personer, som er bosat i de pågældendes opholdsland. Denne side af beskyttelsen af familielivet bliver i et vist omfang suppleret af retten til respekt for privatliv, som kan blive aktualiseret af den pågældende udlændings mere generelle tilknytning til opholdslandet. For det andet indebærer reglerne om respekt for familielivet, at staterne i et vist omfang er forpligtet til at give ikke-statsborgere, som har nær familiemæssig tilknytning til personer bosat på territoriet, *opholdstilladelse* af hensyn til de berørte personers reelle mulighed for at udøve retten til familieliv.

De internationale normer, der begrænser staternes suverænitet med hensyn til at tillade indrejse og ophold for udlændinge, findes både globalt[16] og regionalt i det europæiske menneskerettighedssystem. Hvad det sidste angår, er det navnlig EMRK art. 8, der er af betydning for dette reguleringsområde, hvorfor den følgende fremstilling vil fokusere på denne bestemmelse. Art. 8 har følgende ordlyd:

> (1) Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.
> (2) Ingen offentlig myndighed kan gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, undtagen for så vidt det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres ret og frihed.

Selvom heller ikke EMRK direkte regulerer udlændinges opholdsret, følger det som tidligere nævnt af konventionsorganernes fortolkning, at opholdsretten under visse omstændigheder kan være beskyttet i henhold til art. 8. Både udvisning af udlændinge, der allerede befinder sig i en konventionsstat, og nægtelse af indrejse- og opholdstilladelse til udlændinge, der ønsker at tage ophold dér med henblik på at leve sammen med derboende familiemedlemmer, kan således komme i strid med statens forpligtelse til at respektere de pågældendes ret til familieliv.[17] I denne sammenhæng er det alene de menneskeretlige begrænsninger i udvisningsadgangen, der skal omtales som baggrund for drøftelsen af den danske domstolspraksis, der har skullet realisere de skærpede udvisningsbestemmelser i udlændingeloven under samtidig respekt for internationale normer.

Det første spørgsmål, der skal tages stilling til i sager med krav om udvisning, er om en udvisningsbeslutning vil udgøre et *indgreb* i en beskyttet rettighed i henhold til EMRK art. 8. I relation til udlændinge med fast bopæl og stabil tilknytning til opholdslandet – ofte betegnet som „integrated aliens" – vil det sjældent volde vanskeligheder at fastslå, at der foreligger et sådant indgreb. I tidligere praksis fra konventionsorganerne blev der normalt foretaget en nøjere vurdering af dette spørgsmål, hvilket jævnligt resulterede i statuering af ikke-indgreb som følge af, at der fandtes at være mulighed for at fortsætte familielivet i den udvistes hjemland. Til forskel herfra efterlader Menneskerettighedsdomstolens nyere afgørelser ikke større tvivl om, at udvisning af fastboende udlændinge rummer et indgreb i en beskyttet rettighed.

Spørgsmålet er snarere, *hvilken rettighed* under EMRK art. 8 der med en eventuel udvisning vil blive foretaget indgreb i. Dette udgør en ændring i vurderingstemaet, der givetvis afspejler forandringer i de sociale og personlige forhold for mange af de udlændinge, der er bosat i de europæiske lande. Problemet er i en del tilfælde, om det for en fastboende udlænding efter lang tids ophold i et bestemt land alene drejer sig om beskyttelse af *familielivet*, eller om en udvisning (tillige) vil berøre den pågældendes *privatliv*. Nogle af de første svar blev givet af Menneskerettighedsdomstolens mindretal i *Nasri*-dommen fra 1995, idet man her henviste til, at privatlivet udgør et bredere begreb, hvoraf familielivet må betragtes som et delelement:

> This approach is somewhat artificial, because the element of the respect of his private life is missing. In such cases, it would be more realistic to look at the whole social fabric which is important to the applicant, and the family is only part of the entire context, albeit an essential one.
>
> …
>
> Deportation from a country in which the person concerned has lived from birth or from childhood constitutes an interference with this private and personal sphere where it entails, as in this case, the separation of the person concerned from his essential social environment, his emotional and „social circle", including his family.[18]

I nyere praksis vedrørende udlændinge med tilsvarende tilknytningsgrad har der været en tendens til, at Menneskerettighedsdomstolen som helhed medtager privatliv på linje med familieliv i angivelsen af de individuelle interesser, som vil blive berørt af den omstridte udvisningsbeslutning.[19] Uanset

denne bredere vurdering af de beskyttede rettigheder under art. 8, stk. 1 skal der under alle omstændigheder foretages en proportionalitetsafvejning i henhold til art. 8, stk. 2, jf. nedenfor. Angivelsen af privatliv kan dog her være udtryk for andet og mere end en afspejling af sagens faktiske forhold eller en pragmatisk løsning af det juridiske subsumptionsproblem. Særskilt henvisning til denne beskyttelsesinteresse kan desuden tænkes at influere på den samlede afvejning i individets favør over for de offentlige hensyn, der er anført til støtte for kravet om udvisning.[20]

Ved afvejningen i henhold til art. 8, stk. 2 bliver det springende punkt almindeligvis *proportionaliteten* af det indgreb i familieliv eller privatliv, som udvisningen vil indebære, i forhold til de udvisningsbegrundende hensyn. Det bliver næsten aldrig bestridt, at en beslutning om udvisning har fornøden lovhjemmel, som det kræves efter bestemmelsen. Normalt er det også på det rene, at sådanne beslutninger er truffet for at forebygge uro eller forbrydelse og eventuelt tillige ud fra andre offentlige hensyn, der er opregnet i art. 8, stk. 2.

I den forbindelse kan det bemærkes, at hvis staten udelukkende henviser til generelle *indvandringspolitiske* hensyn – f.eks. som begrundelse for at nægte fortsat ophold til en udlænding, som har fået opholdstilladelse på grundlag af ægteskab, men som i mellemtiden er blevet skilt eller separeret – vil det relevante offentlige hensyn ikke være forebyggelse af uro eller forbrydelse, men beskyttelsen af landets økonomiske velfærd. Dette har sandsynligvis som konsekvens, at proportionalitetsafvejningen bliver forrykket i individets favør. En udvisningsbeslutning, der griber ind i én eller flere fastboende personers familie- eller privatliv, kan formentlig sjældent anerkendes som proportional i forhold til rent generelle kontrolhensyn af denne art.[21]

Begrundes en beslutning om udvisning derimod med *kriminalitet*, tyder praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på, at der er temmelig vidt spillerum for staterne til at benytte udvisning som kriminalpolitisk håndhævelsesmiddel. Domstolens praksis bygger på en række kriterier, der indgår i en samlet afvejning efter art. 8, stk. 2. De enkelte kriterier kan være vanskelige at fastlægge entydigt, og den samlede afvejning er ofte kompleks. Det forekommer nogenlunde dækkende at sammenfatte praksis i følgende hovedpunkter:

- Den pågældende udlændings tilknytning til opholdslandet, herunder opholdstiden, alderen på ankomsttidspunktet, ægteskab, eventuelt med statsborger i opholdslandet, eventuelle børn og deres situation i opholds-

landet, andre familiemedlemmer bosat i opholdslandet samt øvrige tilknytningsfaktorer i form af arbejde, uddannelse eller lignende.
- Den pågældende udlændings tilknytning til oprindelseslandet, herunder ophold og besøg dér samt disses varighed og karakter, hvorvidt han eller hun forstår og taler sproget, har fået uddannelse dér, er fortrolig med kulturen, samt om der findes familiemedlemmer eller anden form for tilknytning til personer i oprindelseslandet.
- Arten og frekvensen af begået kriminalitet i opholdslandet, herunder ikke mindst spørgsmål om recidiv og omfanget af den samlede strafudmåling.[22]

Når den enkelte afgørelse forudsætter konkrete afvejninger, baseret på kriterier som disse, vil det ofte være vanskeligt at træffe afgørelserne og endnu vanskeligere at efterprøve dem på nogenlunde konsistent måde. Dermed bliver udfaldet af sådanne afgørelser også vanskeligt at forudsige. Dette forudsigelighedsproblem har ført til diskussioner – både i den fagjuridiske debat og inden for Menneskerettighedsdomstolen i form af dissenser i nogle af de afsagte domme – om, hvorvidt og hvordan man kunne opstille mere operationelle kriterier, der kunne være egnet til at opnå højere grad af konsistens. Dette har ikke mindst gjort sig gældende med hensyn til behandlingen af udvisningssager vedrørende indvandrere af anden generation og andre „integrated aliens".[23]

Det må sandsynligvis ses på denne baggrund, at Menneskerettighedsdomstolen i nogle nyere afgørelser har angivet retningslinjer for proportionalitetsafvejningen i sager, hvor familiemedlemmer som følge af en udvisning vil have vanskeligt ved at forblive sammen, særligt på grund af problemer for den anden ægtefælle eller børnene med at tage ophold i den udvistes oprindelsesland. Domstolen har tilkendegivet, at man i sådanne tilfælde vil inddrage faktorer som den begåede kriminalitets art og grovhed, varigheden af den udvistes ophold i bopælslandet, tiden efter den begåede kriminalitet og den pågældendes adfærd i denne periode, den udvistes familiesituation, herunder ægteskabets varighed og andre faktorer, der viser familielivets effektivitet, samt om ægtefællen havde kendskab til kriminaliteten ved forholdets etablering, om der er børn i ægteskabet og i så fald deres alder, og alvorligheden af de problemer den medfølgende ægtefælle i givet fald vil blive udsat for i den udvistes oprindelsesland. I forbindelse med det sidstnævnte kriterium har Domstolen dog bemærket, at selve dette, at ægtefællen vil komme ud for visse vanskeligheder, ikke i sig selv kan udelukke muligheden for udvisning.[24]

Forudsigelighedsproblemet i relation til Menneskerettighedsdomstolens praksis efter EMRK art. 8 er næppe løst med disse retningslinjer, som ikke angiver de enkelte kriteriers indbyrdes vægt. Og problemet rummer selvsagt en betydelig retssikkerhedsmæssig udfordring også på det nationale plan. Der er på den baggrund behov for, at de enkelte stater gennem regulering med yderligere kriterier og måske især afvejningsregler udfylder det skønsmæssige råderum, som Menneskerettighedsdomstolens praksis hidtil har efterladt, for at de konkrete sager kan blive afgjort ud fra rimeligt præcise regler. De danske erfaringer gennem de seneste år illustrerer nok så tydeligt, hvad mangelfuld stillingtagen fra lovgivningsmagtens side i den sammenhæng kan føre til.

AKTIVERING AF DANSKE DOMSTOLE SOM MENNESKERETTIGHEDSGARANT

TYDELIGGØRELSE AF EMRK'S PROPORTIONALITETSPRINCIP

Siden den skærpelse af udlændingelovens regler om udvisning ved narkotikakriminalitet og en række andre kriminalitetsformer, som er beskrevet ovenfor, har EMRK art. 8 og Menneskerettighedsdomstolens praksis fået en central plads som retskildegrundlag i forbindelse med udvisningsbeslutninger i dansk retspraksis. Mens by- og landsretterne i første omgang i betydelig grad fulgte krav om udvisning i de sager, der skulle afgøres efter den nyindførte bestemmelse i udlændingelovens § 22, nr. 4 – i visse tilfælde uden nærmere refleksioner med hensyn til forudsætningen om overholdelse af internationale forpligtelser – blev der foretaget en mere indgående vurdering af udvisningsgrundlaget i de sager, der kom for Højesteret. Resultatet heraf blev en temmelig markant justering af den kurs, der var lagt af de underordnede domstolsinstanser.

I den første sag, hvori Højesteret tilsidesatte en udvisningsbeslutning, synes hverken byretten eller Østre Landsret at have været inde på forholdet til EMRK art. 8. Byretten fandt „ikke oplyst omstændigheder, som afgørende taler mod udvisning", hvorved man henviste til formuleringen i udlændingelovens § 26, stk. 1, jf. stk. 2. Heller ikke landsrettens flertal fandt, at afgørende hensyn talte imod udvisning, og både flertallet og det mindretal, der ville undlade udvisning, lagde vægt på en række konkrete forhold vedrørende den dømte udlænding og hans kriminalitet, som i den aktuelle sag angik salg af 0,11 gram heroin, hvilket var blevet straffet

med 14 dages hæfte. Efter at have citeret fra lovforarbejderne, herunder disses omtale af Danmarks internationale forpligtelser, udtalte Højesteret følgende:

> Tiltalte kom til Danmark som 4-5-årig og må dermed anses som andengenerationsindvandrer. Selv om han er opvokset i et hjem præget af forældrenes oprindelige livsform, deres medbragte sprog og kultur samt deres fortsatte tilknytning til fødestedet, har tiltalte boet næsten hele sit liv i Danmark og haft hele sin skolegang og hele sin – om end beskedne – arbejdsmarkedstilknytning her, hvor hans forældre og søskende fortsat bor. Med denne baggrund har tiltalte … en sådan tilknytning til Danmark, at udvisning indebærer et indgreb i hans privatliv og familieliv og derfor kun kan ske, hvis indgrebet er nødvendiggjort af samfundsmæssige hensyn, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8.
>
> På baggrund af tiltaltes tilknytning til Danmark finder Højesteret, at den kriminalitet, herunder narkotikakriminalitet, som tiltalte har gjort sig skyldig i … ikke er af en sådan grovhed, at udvisning af tiltalte kan anses for nødvendiggjort af samfundsmæssige hensyn. Udvisning til derfor være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8.[25]

I betragtning af den milde straf, som den udviste udlænding var blevet idømt, virker det ikke overraskende, at udvisningen her blev anset for uproportional. Dette var vel knap så oplagt i den næste sag, som blev pådømt af Højesteret vedrørende en andengenerationsindvandrer med fast og langvarig tilknytning til Danmark. I denne sag havde byretten undladt at udvise den dømte udlænding med henvisning til, at udlændingelovens betingelser herfor ikke var til stede på grund af den dømtes personlige forhold. Østre Landsret var nået til det modsatte resultat, idet man fandt den kriminalitet, som havde medført fire måneders fængselsstraf, af en sådan grovhed, at udvisning måtte anses for nødvendiggjort af samfundsmæssige hensyn. Når landsretten her nøje omtalte betingelserne i EMRK art. 8, er det nærliggende at se det som udslag af, at afgørelsen i Østre Landsret blev truffet 14 dage efter ovennævnte højesteretsdom. I Højesteret faldt afvejningen dog anderledes ud, og udvisningsbeslutningen blev ophævet. Samtidig fandt Højesteret anledning til at formulere nogle mere generelle retningslinjer for afgørelsen af udvisningsspørgsmål i sager af denne art. Efter at have konstateret, at den dømte udlænding var kommet til Danmark som 10-årig og havde opholdt sig her i ca. 23½ år, da sagen kom op, samt at han havde hustru, forældre og søskende i Danmark og ingen væsentlig tilknytning til oprindelseslandet, anførte Højesteret:

> I et sådant tilfælde indebærer kravet om proportionalitet, at udvisning efter udlændingelovens § 22, nr. 4, kun kan komme på tale, såfremt den begåede narkotikakriminalitet er af en sådan grovhed, at den pågældende idømmes en langvarig fængselsstraf eller nu flere gange er idømt fængselsstraffe af betydelig længde.[26]

Interessant er også en principiel udtalelse i højesteretsdommen angående forholdet mellem udlændingelovens skærpede udvisningsbestemmelse og EMRK. Højesteret henviste til bestemmelsens forarbejder og anførte, at kravet i EMRK art. 8 om, at et indgreb skal være „nødvendigt i et demokratisk samfund", ifølge Menneskerettighedsdomstolens praksis indebærer, at der gælder et krav om *proportionalitet*, således at en udvisning ikke må medføre et indgreb i den pågældende udlændings privatliv og familieliv, som ikke står i rimeligt forhold til de formål, udvisningen skal varetage, og til den begåede kriminalitet. Udlændingelovens § 26, stk. 2 måtte herefter „forstås i overensstemmelse med artikel 8's krav om proportionalitet", hvorpå Højesteret fremkom med følgende forholdsvis markante bemærkning:

> I forarbejderne … udtales vedrørende § 26, stk. 2, at det med denne bestemmelse „ønskes markeret, at undladelse af udvisning i de i § 22, nr. 4, omhandlede tilfælde kun undtagelsesvis kan finde sted". Efter det anførte kan denne udtalelse ikke tillægges selvstændig betydning.[27]

FORTRÆNGNING AF DEN NATIONALE LOVBESTEMMELSE?

I en lang række efterfølgende afgørelser har Højesteret taget stilling til udvisningsspørgsmål under andre kombinationer af kriminalitet, tilknytning og øvrige personlige forhold end dem, der forelå i de ovenfor omtalte sager.[28] Også i de senere års landsretspraksis findes der eksempler på, at det ud fra en konkret vurdering af den begåede kriminalitet, den idømte straf og tiltaltes personlige forhold er blevet lagt til grund, at udvisning af en udlænding ville være uforenelig med proportionalitetskravet i henhold til EMRK art. 8.[29] Ligeledes har landsretterne nu mere konsekvent inddraget EMRK i retsgrundlaget for afgørelser, hvor en udvisningsbeslutning ikke er anset for at være uproportional.[30]

På den baggrund kan det konstateres, at EMRK art. 8 har erstattet eller i hvert fald suppleret bestemmelsen i den danske udlændingelovs § 26 som retsgrundlag for den proportionalitetsafvejning, hvorved tilknytning og andre personlige forhold vægtes over for de offentlige hensyn, der begrunder kravet om udvisning. Nogle nyere højesteretsdomme kan dog ses som

tegn på, at man i klare tilfælde nøjes med henvisning til udlændingeloven enten som tilstrækkeligt grundlag for, at udvisning findes proportional,[31] eller som grundlag for at statuere, at afgørende hensyn taler imod udvisning, jf. udlændingelovens § 26, stk. 2.[32]

Mens man således rent teknisk i høj grad kan tale om, at den nationale lovbestemmelse er blevet fortrængt af internationale normer – hvilket i praksis vil sige EMRK art. 8, således som denne bestemmelse må forstås ud fra Menneskerettighedsdomstolens praksis – er det et andet og mere komplekst spørgsmål, hvorledes dette forholder sig til den danske lovgivningsmagts intentioner med de foretagne ændringer af udvisningsreglerne.

TILSIDESÆTTELSE AF LOVGIVNINGSMAGTENS HENSIGT?

Gennem den ovenfor omtalte retspraksis har man søgt ad judiciel vej at udfylde det normative tomrum, der umiddelbart synes at være opstået i kraft af de nye bestemmelser i udlændingeloven, idet disse på én gang rummer vidtgående udvisningsbeføjelser og er blottet for stillingtagen til, hvor langt udvisningsadgangen kan udnyttes uden at komme i strid med de internationale forpligtelser, som forudsættes respekteret. På baggrund af denne retspraksis – herunder ikke mindst den citerede udtalelse i Højesterets dom af 19. maj 1999, hvorefter lovforarbejdernes anvisning om kun undtagelsesvist at undlade udvisning efter den nye bestemmelse „ikke kan tillægges selvstændig betydning" – melder det spørgsmål sig, om domstolene herved har tilsidesat lovgivningsmagtens intentioner med de skærpede udvisningsregler.

Et bekræftende svar på dette spørgsmål er givet af Jens Elo Rytter, som finder, at højesteretsdommene illustrerer, at en selvstændig og konkret afvejning ofte vil være nødvendig, når danske domstole håndhæver EMRK. Dette kan efter hans opfattelse resultere i en tilsidesættelse af lovgivers intentioner. I lyset af Højesterets afgørelser er udvisning af udlændinge med fast tilknytning til Danmark for narkotika- og voldskriminalitet blevet undtagelsen og ikke – som det var lovgivers hensigt – hovedreglen.[33]

Det er i og for sig rigtigt, at lovgivningsmagtens intention var at gøre udvisning efter de skærpede bestemmelser til hovedreglen. Imidlertid bør det ikke overses, at der samtidig hermed blev tilkendegivet en klar forudsætning om overholdelse af Danmarks internationale forpligtelser. Det blev i den forbindelse udtrykkeligt anført i lovforarbejderne, at § 26-hensynene selv efter den strammere afvejning i henhold til § 26, stk. 2 ville tale imod udvisning, i det omfang dette følger af sådanne forpligtelser, idet man her

særligt henviste til EMRK art. 8. Det må derfor betragtes som en lettere overdrivelse, når Jens Elo Rytter senere anfører, at Højesterets domme om udvisningsspørgsmålet „i strid med udlændingelovens ordlyd og lovgivers intentioner" har ført til underkendelse af myndighedernes udvisningsbeslutning som stridende mod EMRK,[34] og at udlændingelovens regler her er blevet fortolket indskrænkende „i strid med lovens ordlyd og Folketingets intentioner, under hensyn til EMRK artikel 8".[35]

Der foreligger ingen modstrid med ordlyden, da udlændingelovens § 22, nr. 4-6 såvel som afvejningsreglen i § 26, stk. 2 er fakultative („en udlænding *kan* udvises …"). Det kan derfor diskuteres, om der er tale om indskrænkende fortolkning, når man i retsanvendelsen blot afstår fra at udnytte en sådan fakultativ beføjelse. Hvis man i retspraksis har fortolket lovens bestemmelser indskrænkende – dvs. anvendt dem med tilbageholdenhed – skyldes det således ikke, at domstolene på egen hånd foretrak dette „under hensyn til" EMRK art. 8, men derimod at konventionshensynet udgjorde et integreret led i de skærpede udvisningsregler, som de måtte fortolkes ud fra klare og entydige forarbejder.

Ganske vist illustrerer dommene, som påpeget af Jens Elo Rytter, at der kan være behov for selvstændig afvejning, når danske domstole skal anvende EMRK-bestemmelser. Det beror imidlertid først og fremmest på, at der på et område som dette skal træffes afgørelse ud fra yderst konkrete vurderinger i henhold til art. 8, stk. 2, hvorfor det kan være vanskeligt at finde direkte sammenlignelige sager fra Menneskerettighedsdomstolen. Når lovgivningsmagten udtrykkeligt har tilkendegivet, at konventionen skal overholdes, bliver en vis selvstændig afvejning fra domstolenes side formentlig et nødvendigt led i dannelsen af en slags sikkerhedsmargin i forhold til EMRK-praksis, en margin der dannes for at sikre staten mod ansvar for konventionskrænkelse.

På den ovenfor omtalte baggrund forekommer det mere dækkende at beskrive forløbet på den måde, at lovgivningsmagten har benyttet sig af en tvetydig reguleringsmetode – eller med andre ord „redet to heste" ved på den ene side at ville vise handlekraft gennem stramning af udlændingelovens tekst og på den anden side at gøre indrømmelse over for de internationale forpligtelser ved at understrege, at udvisning ikke må finde sted, hvis den vil være i strid med disse.[36] Det har tydeligvis været et centralt led i lovgivningsmagtens intentioner ved indførelsen af de skærpede udvisningsregler, at man ville undgå at tage stilling til, hvorvidt de ville kunne gennemføres fuldt ud under hensyn til de bestående internationale forpligtelser. Det

kan betragtes som problematisk, at man på den måde har undladt at foretage konkret vurdering af de relevante menneskeretlige normer og deres betydning i relation til et lovgivningsinitiativ, der ganske oplagt ville have implikationer for Danmarks efterlevelse af disse normer.[37] Dette er dog i så fald et legislativt problem. Den anvendte reguleringsmetode må tilskrives lovgivningsmagten, ikke de domstole der har søgt at løse en opgave, som netop ved lovgivning var blevet gjort til et judicielt anliggende.

Et særligt spørgsmål i denne sammenhæng er, hvilken betydning det har haft for domstolenes praksis, at det ved gennemførelsen af de skærpede udvisningsregler i udlændingeloven udtrykkeligt af lovgivningsmagten blev tilkendegivet, at disse regler skulle anvendes med respekt for internationale forpligtelser. Det kan være nærliggende at mene, at en sådan særlig fremhævelse af, at navnlig EMRK skal overholdes, turde være overflødig. Den generelle inkorporering af EMRK må udgøre tilstrækkeligt grundlag for at antage, at anden lovgivning skal anvendes under iagttagelse af denne konvention, medmindre afvigelse herfra er udtrykkeligt tilkendegivet.[38] Heroverfor kan det dog anføres, at den særligt gentagne forudsætning om konventionsmæssig anvendelse af de nye lovbestemmelser har skærpet opmærksomheden om den potentielle normkonflikt. Som en ikke mindre væsentlig virkning har den specielle fremhævelse af EMRK-forpligtelserne bidraget til at tydeliggøre grundlaget for, hvordan den latente konflikt mellem den umiddelbare politiske intention om skærpet udvisningspraksis og lovbestemmelsernes reelle indhold og rækkevidde – som fastlagt under inddragelse af de internationale normer – skulle løses. Man kan derfor næppe udelukke, at det har haft en vis betydning for den judicielle kontrol med udvisningsbeslutningerne, at den i forvejen bestående, generelle forudsætning om konventionsmæssighed var blevet gentaget og fremhævet på dette i mere end én forstand specielle lovgivningsområde.

1 Se om denne tendens i lovgivningspraksis – og om kritikken heraf – ovenfor i kapitel 2.
2 *D. v. UK*, dom af 2. maj 1997, para. 46-47 (fremhævet her).
3 *Beldjoudi v. France*, dom af 26. marts 1992, para. 74 (fremhævet her).
4 Se herom nærmere Gunnar Homann i Lone B. Christensen m.fl., *Udlændingeret*, 1995, s. 399-422.
5 Jf. 1983-udlændingelovens § 22, nr. 1-3.
6 Jf. 1983-udlændingelovens §§ 23-25.
7 1983-udlændingelovens § 26, nr. 1-5. Om den menneskeretlige baggrund for denne afvejningsbestemmelse, se Betænkning nr. 968/1982 om udlændingelovgivningen. Udkast til ny udlændingelov, s. 42-44, jf. s. 30-31 og s. 299-303.
8 Jf. hertil Gunnar Homann i Lone B. Christensen m.fl., *Udlændingeret*, 1995, s. 438-42.
9 Se om baggrunden for disse lovændringer Gunnar Homann i Lone B. Christensen m.fl., *Udlændingeret*, 2. udgave, 2000, s. 607-11.
10 Jf. udlændingelovens § 22, nr. 4, indsat ved lov nr. 1052 af 11. december 1996.
11 Jf. udlændingelovens § 22, nr. 5 og 6, indsat ved lov nr. 473 af 1. juli 1998.
12 Bemærkninger til lovforslag nr. L 24 af 3. oktober 1996 om ændring af udlændingeloven, FT 1996-97, tillæg A s. 1016.
13 Ibid., FT 1996-97, tillæg A s. 1018 (fremhævet her).
14 Ibid., FT 1996-97, tillæg A s. 1016.
15 Ibid., FT 1996-97, tillæg A s. 1018 (fremhævet her). En næsten enslydende henvisning til internationale forpligtelser findes i bemærkningerne til lovforslag nr. L 59 af 16. april 1998 om ændring af udlændingeloven og straffeloven (Tidsubegrænset opholdstilladelse, asyl, familiesammenføring og udvisning m.v.), FT 1997-98, 2. samling, tillæg A s. 1567 og s. 1583. Dette lovforslag førte til den ovenfor ved note 11 omtalte udvidelse af anvendelsesområdet for de skærpede udvisningsregler.
16 Jf. Verdenserklæringen om Menneskerettigheder, art. 12 og art. 16, stk. 3. Disse som udgangspunkt kun politisk forpligtende normer blev traktatfæstet i art. 17 og art. 23 i FN-konventionen om borgerlige og politiske rettigheder (CCPR). Selvom CCPR ikke udtrykkeligt omhandler udlændinges indrejse og ophold, antages konventionen implicit at forpligte staterne til i visse tilfælde at give opholdstilladelse til udlændinge som udslag af forpligtelsen til at respektere familielivet, jf. Human Rights Committee, General Comment 15/27 (The position of aliens under the Covenant), para. 5, gengivet i Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 1993, s. 861-63.
17 Se herom nærmere Peer Lorenzen m.fl., *EMRK-kommentar*, 2. udgave, bind 1, 2003, s. 412-19.
18 *Nasri v. France*, dom af 13. juli 1995, særudtalelser fra henholdsvis dommer Wildhaber og dommer Morenilla.
19 Se f.eks. *Boughanemi v. France*, dom af 24. april 1996, para. 35, *Bouchelkia v. France*, dom af 29. januar 1997, para. 41, *Boujlifa v. France*, dom af 21. oktober 1997, para. 36.
20 Foreligger der derimod alene indgreb i privatlivet, fordi udlændingen ikke har familiemæssig tilknytning til opholdslandet, vil afvejningen formodentlig blive forrykket i modsat retning og udvisning i videre omfang være proportional. Jf. hertil Mohammed

Ahsan og Andreas Christensen, „Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udvisningspraksis", *Juristen* 2000, s. 372-73.

21 Jf. *Berrehab v. Netherlands*, dom af 21. juni 1988, para. 26 og 29.

22 Se herom nærmere Mohammed Ahsan og Andreas Christensen, „Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udvisningspraksis", *Juristen* 2000, s. 365-81, samt Peer Lorenzen m.fl., *EMRK-kommentar*, 2. udgave, bind 1, 2003, s. 413-16.

23 Jf. P. van Dijk, „Protection of 'Integrated' Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights", *European Journal of Migration and Law* Vol. 1, 1999, s. 293-312. En række dissenser i afgørelser fra Menneskerettighedsdomstolen er omtalt af Mohammed Ahsan og Andreas Christensen, *Juristen* 2000, s. 371-72.

24 Jf. *Boultif v. Switzerland*, dom af 2. august 2001, para. 48 og *Amrollahi v. Denmark*, dom af 11. juli 2002, para. 35.

25 Højesterets dom af 24. november 1998, UfR 1999 s. 271.

26 Højesterets dom af 19. maj 1999, UfR 1999 s. 1394.

27 Ibid. s. 1397.

28 Se f.eks. domme, der undlader udvisning, i UfR 1999 s. 1503, UfR 1999 s. 1507, UfR 2000 s. 820, UfR 2000 s. 822, UfR 2000 s. 1499, UfR 2000 s. 1600, UfR 2002 s. 736 (T1 og T2). Derimod anså Højesteret ikke udvisning for at være i strid med EMRK art. 8 i domme som UfR 1999 s. 1500, UfR 1999 s. 1591, UfR 1999 s. 1818, UfR 1999 s. 1842, UfR 1999 s. 2032, UfR 2000 s. 546, UfR 2000 s. 1499, UfR 2001 s. 336, UfR 2001 s. 856 og UfR 2002 s. 736 (T3) samt UfR 2003 s. 56.

29 Se f.eks. UfR 1999 s. 1883, UfR 2000 s. 1627, UfR 2000 s. 2306, UfR 2001 s. 444, UfR 2001 s. 1150 og UfR 2003 s. 490.

30 Se f.eks. UfR 1999 s. 1472, UfR 1999 s. 1637, UfR 1999 s. 2085, UfR 2001 s. 2264 og UfR 2002 s. 1393.

31 Se UfR 2002 s. 1051 og UfR 2003 s. 644.

32 Se UfR 2002 s. 1411 og UfR 2003 s. 622.

33 Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, 2000, s. 124.

34 Ibid. s. 404.

35 Ibid. s. 425-26.

36 Jf. Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 42.

37 Se nærmere herom i kapitel 2.

38 Jf. hertil Jens Vedsted-Hansen, „Er politiske skøn blevet henlagt til Højesteret?", *Juristen* 2001, s. 47.

KAPITEL 7

POSITIVE FORPLIGTELSER: RESSOURCEAFVEJNINGER OG MINIMUMSTANDARDER

INTRODUKTION

I kapitel 2 er omtalt to mulige undtagelser fra den almindelige antagelse om, at økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder ikke er judiciable rettigheder. Den ene undtagelse – nemlig kravet om ikke-diskrimination – er nærmere diskuteret i kapitel 4. Dette kapitel tjener navnlig det formål at etablere rammerne for en meningsfuld diskussion af den anden mulige undtagelse, nemlig kravet om minimumstandarder. Også her er omdrejningspunktet for diskussionen spørgsmålet om, hvorvidt domstolene – uden at gribe ind i den politiske proces – kan spille en rolle i forbindelse med ressourceafvejningsspørgsmål.

SONDRINGEN MELLEM POSITIVE OG NEGATIVE FORPLIGTELSER

I drøftelser af grænserne for judiciel overprøvning af politiske og administrative standardfastlæggelser foretages ofte en sondring mellem positive og negative forpligtelser, en sondring, som er snævert knyttet til kompetencespørgsmålet i forbindelse med ressourceafvejninger. Opdelingen af forpligtelserne i positive og negative afspejler henholdsvis det ressourcekrævende og det omkostningsfri, som igen er repræsenteret ved økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder på den ene side og civile og politiske rettigheder på den anden. Det er blandt andet denne tænkemåde, der har været styrende for en del af Inkorporeringsudvalgets medlemmers opfattelse af judiciabiliteten af de to typer af rettigheder, jf. kapitel 2. Økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder bedømmes i denne sammenhæng som ikke-judiciable, fordi „de pålægger medlemsstaterne positive forpligtelser af vidtrækkende økonomisk og social karakter".[1]

Dikotomien giver imidlertid et fortegnet billede både af karakteren af de to typer af rettigheder og af ressourcedimensionens betydning for de forskel-

lige rettigheder. Problemstillingen lader sig ikke opfange i positiv/negativ dikotomien, idet begge typer af rettigheder har såvel positive som negative elementer i sig. Disse elementer fremstår imidlertid med varierende styrke afhængig af den konkrete kontekst og afhængig af, hvilken ret der er tale om. En social forpligtelse kan have form af en forpligtelse til ikke-indgriben, ligesom en civil forpligtelse kan rumme positive opfyldelseselementer. Den integrerende tilgang, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (herefter EMD) og Menneskerettighedskomitéen har introduceret turde tjene som illustration, jf. eksemplerne i kapitlerne 2 og 4. I forlængelse heraf kan det anføres, at opfattelsen af nogle rettigheder som ressourceneutrale er stærkt forenklet. Retten til retfærdig rettergang – som ingen har problemer med at betegne som en judiciabel ret – er overordentlig omkostningskrævende, og omvendt er visse af de rettigheder, der er beskyttet efter konventionerne om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, kun i begrænset omfang ressourcekrævende. Det gælder f.eks. foreningsfriheden, som både er beskyttet efter konventionerne om civile og politiske rettigheder og efter FN-konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (herefter CESCR) og Den Europæiske Socialpagt (herefter ESC).

Blandt andet Asbjørn Eide foretrækker at omtale den menneskeretlige forpligtelse som en tredelt forpligtelse til henholdsvis at *respektere, beskytte og opfylde*. Forpligtelsen til at *respektere* indebærer, at staterne må afholde sig fra at foretage arbitrære indgreb i retten; forpligtelsen til at *beskytte* vedrører indgreb foretaget af tredjemand, mens forpligtelsen til at *opfylde* kræver, at staterne træffer foranstaltninger: lovgivningsmæssige, administrative, finansielle etc. med henblik på at sikre den fulde realisation af den pågældende ret, som altså kan være såvel social som civil.[2] Det er klart, at forpligtelsen til at *opfylde* er mest ressourcekrævende, men hverken forpligtelsen til at *respektere* eller *beskytte* kan betegnes som ressourceneutral. Det vil derfor være ukorrekt at hævde, at f.eks. foreningsfriheden slet ikke koster, ligesom det koster at respektere andre *frihed*srettigheder, hvad enten de optræder i den ene eller den anden konvention. Der kan tillige være udgifter forbundet med deres beskyttelse, som det f.eks. kan være tilfældet med ytringsfriheden eller forsamlingsfriheden, hvis udøvelsen af retten er truet af tredjemand, og selv respekten for frihedsrettighederne i form af ikke-indgriben kan kun dårligt betegnes som udgiftsneutral. Respekten for retten til privat- og familieliv eller for forbuddet mod tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf forudsætter f.eks., at bevogtnings- og plejepersonale i fængsler og psykiatriske sygehuse oplæres i, hvad retten indebærer,[3] og

under alle omstændigheder er der udgifter forbundet med rettighedernes administration og håndhævelse.

Selvom sociale rettigheder typisk hører til blandt de mest udgiftstunge, må udgangspunktet derfor være, at ingen rettigheder er helt ressourceneutrale.[4] Det kan af fremstillingsmæssige årsager være praktisk at betegne nogle som positive og andre som negative, men det må understreges, at begge sondringer går på tværs af konventionerne.

POLITISK-ADMINISTRATIV STANDARDFASTLÆGGELSE

FORSKELLIGE REGULERINGSMÅDER

Når en række økonomiske, sociale og kulturelle menneskeretlige standarder opfattes som ikke-judiciable rettigheder, er det navnlig, fordi de er formuleret som forpligtelser for staten og ikke som rettigheder for den enkelte. Der er tale om en mål/middel-regulering, idet forpligtelsen består i at skulle iværksætte nærmere beskrevne foranstaltninger, der hver især anses for egnede til at opnå en progressiv målrealisation. Målet kan f.eks. være beskrevet som den højst opnåelige fysiske og psykiske sundhed, jf. CESCR art. 11 (1). Den enkelte har altså i bedste fald en ret til, at staten iværksætter foranstaltninger, som er nødvendige f.eks. for at mindske antallet af dødfødsler, forbedre miljøet på arbejdspladser, forebygge og behandle epidemiske sygdomme og skabe betingelser for at sikre lægehjælp samt kur og pleje, jf. CESCR art. 11 (2). I Amartya Sens terminologi er der tale om *metarettigheder*. Han forklarer, at

> a *metaright* to something *x* can be defined as the right to have *policies* p*(x)* that genuinely pursue the objective of making the right to *x* realisable.

Metaretten tjener det formål, at

> give a person the right to demand that policy be directed towards securing the objective of making the right to adequate means a realisable right, even if that objective cannot be immediately achieved. It is a right of a different kind: not to *x* but to p*(x)*. I propose to call a right to p*(x)* a *metaright* to *x*.[5]

Terminologien knytter an til den sondring mellem *obligations of result* og *obligations of conduct*, som ofte benyttes i beskrivelsen af den normative karakter af økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder.[6] Mens *obligations of result* knytter an til målet, relaterer *obligations of conduct* til midlet, men pointen er – som Amartya Sens – at understrege den *retlige* karakter af mål/middelregulering.

I den socialretlige terminologi foretages endvidere ofte en sondring mellem *rettigheder* og *ret til rationerede ydelser*.[7] Lovregler, som vedrører privates krav imod det offentlige, kan f.eks. formuleres som bestemmelser, der giver borgerne *rettigheder* i den forstand, at kravet skal imødekommes med det samme, hvis lovens betingelser er opfyldt. Et krav, der er reguleret på denne måde, kan ikke afslås af ressourcemæssige grunde, men kun fordi lovens (eventuelt skønsmæssige) betingelser ikke er opfyldt. Lovregler kan også formuleres som bestemmelser, der alene forpligter det offentlige til at imødekomme krav fra borgerne i den udstrækning, der er ressourcer til det, og angiver derved en *ret til en rationeret ydelse*. Dikotomien er – som dikotomier flest – ikke særlig nuanceret, men opfanger ikke desto mindre noget af det, der er væsentligt i forhold til diskussionen af sociale rettigheders judiciabilitet.

VALGET MELLEM DE FORSKELLIGE REGULERINGSMÅDER

Fastlæggelsen af standarder, der rummer positive og ressourcekrævende forpligtelser, finder i realiteten sted i et samspil mellem politiske og administrative organer på flere niveauer, og opgavefordelingen mellem disse niveauer er i nogen grad beroende på karakteren af forpligtelsen. Endvidere kan nationale og internationale menneskerettigheder være afgørende for valget af reguleringsform, idet nogle menneskerettigheder stiller særlige krav til den nationale hjemmel. Det gælder navnlig civile rettigheder, men også enkelte økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. F.eks. er både grundlovens og CESCR's ret præcise bestemmelser om gratis og pligtmæssig grundskoleundervisning styrende for den tilsvarende præcise udformning af folkeskoleloven. Her er ikke bare tale om *rettigheder*, men også om forpligtelser.

Når lovgivningsmagten tilsvarende har foretaget en relativt præcis og udtømmende regulering af f.eks. sociale sikringsydelser som sygedagpenge og arbejdsløshedsdagpenge, skyldes det imidlertid ikke hensynet til Danmarks internationale forpligtelser endsige grundlovens sociale menneskerettigheder, som begge er formuleret vagt og upræcist. Der er tale om et frit valg, og

man kan med en vis ret spørge, hvorfor lovgivningsmagten ikke i højere grad vælger en præcis og udtømmende reguleringsmåde. Præcise regler – *rettigheder* – begrænser både behovet og mulighederne for administrativ standardfastlæggelse, og traditionelle retssikkerheds- og også styringshensyn kan i høj grad tale for, at lovgivningsmagten udnytter sine beføjelser i den fulde udstrækning, det er muligt. Præcisionen begrænser det administrative spillerum og har normalt den samtidige ressourceøkonomiske fordel, at behovet for efterprøvelse ved administrative klageorganer, ombudsmandsinstitutionen og domstolene reduceres.

Når lovgivningsmagten ikke desto mindre undlader at foretage en præcis regulering af visse positive, ressourcetunge retsområder, er det næppe heller ud fra et erklæret ønske om at reducere hverken retssikkerheden for borgeren eller lovgivningsmagtens styringsmuligheder. Bent Christensen giver da også helt andre bud på en forklaring, som han sammenfatter under følgende overskrifter: 1) der er ikke anden udvej; 2) der er ikke tid; 3) der er tale om et bevidst valg.[8] Det er navnlig den første og den sidste forklaring, der kan have relevans i forhold til det sociale område, som er et af de områder, der ofte diskuteres under overskriften positive forpligtelser. F.eks. kan ønsket om at fremme individualisering resultere i en reguleringsform, der giver muligheden for et frit valg af bistand og service. Det var da også denne målsætning, der var styrende for Socialreformkommissionens lovforberedende arbejde i 1960'erne og 1970'erne.[9]

Dette „outrerede krav om individualisering", som Bent Christensen udtrykte det i sin oprindelige forvaltningsretlige fremstilling[10], er imidlertid i meget vid udstrækning forladt. F.eks. er individualiseringsønsket med hensyn til udmåling af kontanthjælp for længst opgivet, og skønsprincippet i vidt omfang erstattet af et retsprincip. Når dele af social- og sundhedslovgivningen i dag er reguleret i vage mål/middel kategorier – som *ret til rationerede ydelser* eller som *metarettigheder* – skal forklaringen derfor ikke udelukkende søges i individualiseringshensyn. De kan meget vel være en del af forklaringen, men næppe den eneste. Forklaringen på den vage og upræcise affattelse af store dele af sundhedslovgivningen og servicelovgivningen er formentlig også af mere praktisk og teknisk karakter, idet visse spørgsmål kun vanskeligt lader sig regulere på en sådan måde, at der ikke overlades noget spillerum til forvaltningen. De faktiske behov varierer, og det samme gælder måden, hvorpå behovene kan afhjælpes. Man kan være svag eller syg på utallige måder og i varierende grader, og det behov for hjemmehjælp og pleje, en sygdomstilstand kan afføde, kan igen imødekommes på mange

forskellige niveauer. Endvidere giver den teknologiske udvikling stadig nye muligheder, som kun dårligt lader sig beskrive i en lovtekst. Der er derfor somme tider ikke andre udveje for lovgivningsmagten end at overlade det til administrative professionsudøvere gradvist at foretage regeldannelsen, selvom traditionelle retssikkerhedsmæssige hensyn kunne tale for en større grad af forudsigelighed.

Endvidere er visse opgaver som f.eks. daginstitutionsdækningen så ressourcekrævende, at lovgivningsmagten vælger at overlade det til det kommunale niveau at fastlægge serviceniveauet under hensyn til det lokale behov og den lokale formåen, selvom det i og for sig næppe ville volde lovtekniske problemer at formulere en regel om, at den, der har et behov for det, også har et retskrav på at få sit barn passet. Det ville derimod være dyrt, og problemet skydes derfor videre til de kommunale beslutningstagere, hvis administration af den vage lovgivning staten derefter mere eller mindre ansvarsfrit kan kritisere. Det har i den forbindelse været påpeget, at det kan være fordelagtigt for staten at slippe af med udgiftskrævende opgaver, og tilsvarende bekvemt at gøre det „under dække" af hensynet til det lokale selvstyre.[11]

Når visse positive forpligtelser er formuleret vagt og upræcist, er forklaringen derfor ikke entydig. Individualiseringshensyn kan spille en rolle, men også praktiske, lovtekniske hindringer kan føre til, at lovgivningsmagten så at sige giver op og vælger at overlade det til administrative organers sagkyndige at skabe retten lidt efter lidt. Der er ikke anden udvej, så at sige. Men også ressourceøkonomiske betragtninger spiller en rolle, idet lovgivningsmagten somme tider undlader at foretage en præcis regulering af opgaver, der i princippet kunne undergives en central detailstyring. Det er næppe muligt at sige noget dækkende om, hvilken rolle de forskellige forklaringsmodeller spiller i praksis, og i denne sammenhæng ej heller væsentligt. Det, der er afgørende i denne sammenhæng, er, at positive ressourcetunge opgaver – ofte af vital betydning for borgerne – reguleres i vendinger, som giver myndighederne et meget vidt spillerum og borgerne en tilsvarende begrænset retssikkerhedsmæssig beskyttelse, idet myndighederne alene forpligtes på grundlag af udtryk som „nødvendig", „rimelig", „hensigtsmæssig" etc. Den enkelte borger er i meget vid udstrækning afhængig af, at „den gode vilje" rækker langt nok.

I erkendelsen af, at administrationen af disse uklart formulerede bestemmelser kun i begrænset omfang er reguleret, er det da også blevet almindeligt, at professionerne udvikler egne regelsæt – professionsetiske regler – som tilsigter at fungere som standens egen interne kontrol. Disse regelsæt

er sjældent udformet på en sådan måde, at de kan give detaljerede svar på konkrete tvivlsspørgsmål. Snarere har de karakter af overordnede værdisæt, som kan fungere som vejledende rettesnore i de vanskelige og lidet misundelsesværdige afvejninger, som professionerne er sat til at foretage. Interesant er det imidlertid at konstatere, at mange af disse etiske regelsæt har en umiskendelig lighed med menneskerettighederne. F.eks. har socialrådgiverne i Danmark vedtaget følgende 10 etiske principper, som i realiteten udgør en sammenfatning af Verdenserklæringen (UDHR).[12]

1. Selvstændighed gennem gensidighed
2. Frigørelse gennem solidaritet
3. Ikke-diskriminering
4. Demokrati og menneskerettigheder
5. Menneskers ukrænkelighed
6. Medvirken
7. Selvbestemmelse
8. Afvisning af brutalitet
9. Faglig dialog og faglig udvikling
10. Personligt ansvar

JUDICIEL KONTROL MED RETSREGLER, DER ER UDFORMET SOM RETTIGHEDER

Spørgsmålet om judiciel kontrol med administrationen af positive forpligtelser er primært omdiskuteret, når det drejer sig om ressourcetunge forpligtelser reguleret i vage og upræcise mål/middelkategorier. Næppe nogen vil således rejse tvivl om, at domstolene kan efterprøve administrationen af de dele af f.eks. den sociale lovgivning, som er udformet præcist som retskrav for den enkelte. At socialretlige tvister ikke „fylder" meget i domspraksis, har således ikke nødvendigvis sammenhæng med reglernes manglende judiciabilitet, men skyldes snarere, at disse tvister typisk finder deres løsning i det administrative klagesystem eller gennem klage til ombudsmanden. En anden forklaring kan være, at adressaterne for socialretlige afgørelser typisk hører til blandt den mest ressourcesvage del af befolkningen. Når sagerne indbringes, viser domstolene imidlertid ikke nogen udpræget tilbageholdenhed i prøvelsen, og muligvis kan man endog tale om en øget tilbøjelighed til at indbringe socialretlige tvister for domstolene.

Når det ofte antages, at økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder ikke

er judiciable, sigtes der således ikke til de rettigheder, der i den nationale lovgivning er udformet som individuelle retskrav om f.eks. kontanthjælp efter aktivloven, sygedagpenge eller arbejdsløshedsdagpenge. Her er både retsfaktum og retsfølge beskrevet så tilpas præcist, at den judicielle overprøvning ikke rejser særlige spørgsmål om magtfordeling mellem domstole og lovgivningsmagt. Lovgivningsmagten har tilkendegivet sin vilje på en så klar og utvetydig måde, at domstolenes opgave med rimelighed kan beskrives som den at kontrollere, at forvaltningen har respekteret denne vilje. Montesquieu har udtrykt det på den måde, at domstolene skal fungere som „lovens mund".[13]

Specielt i denne sammenhæng spiller internationale konventioner om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder næppe heller nogen større rolle. I konventionerne er kravene beskrevet langt mere vagt end i den danske lovgivning, som utvivlsomt (over)opfylder de internationale krav. F.eks. indskrænker art. 9 i CESCR sig til at „anerkende[r] ethvert menneskes ret til social tryghed, herunder social forsikring." Her kan man med rette sætte spørgsmålstegn ved, om en inkorporering af CESCR i dansk ret ville tilføje noget som helst til det retlige bedømmelsesgrundlag, og næppe nogen ville drømme om at procedere sin dagpengesag på CESCR art. 9. Lovgiver har indrettet den nationalretlige lovgivning i smuk overensstemmelse med det internationale budskab, og det forhold, at judiciabiliteten af CESCR art. 9 kan diskuteres, har derfor ikke nogen betydning i det praktiske retsliv.

Vedtagelsen af lovgivning om sociale sikringsydelser er således et eksempel på, at lovgivningsmagten „har taget stilling til, hvilke konkrete og positive foranstaltninger der skal træffes for at sikre virkeliggørelsen af konventionens rettigheder", som det udtrykkes i Betænkning 1407/2001.[14] Det samme gælder vedtagelsen af folkeskoleloven, som har en sådan præcision, at det normalt vil være helt overflødigt at henvise til CESCR art. 13 (2) a, selvom denne bestemmelse hører til blandt de af konventionens rettigheder, der omvendt anses for judiciabel.[15] Og social- og sundhedslovgivningen rummer talrige andre eksempler på, at lovgiver har overvejet valget mellem flere forskellige mulige gennemførelsesmåder og truffet de valg, der under hensyn til blandt andet ressourcesituationen har været anset for de mest hensigtsmæssige.

JUDICIEL KONTROL MED VAGT UDFORMEDE STANDARDER

LOVGIVNING SOM MELLEMLED MELLEM KONVENTION OG RETSANVENDELSE

At den konkrete stillingtagen til gennemførelsesforanstaltningerne som udgangspunkt bør forbeholdes lovgivningsmagten, er for så vidt indlysende, og CESCR forudsætter da også med sit ordvalg, at den nærmere gennemførelse i national ret skal ske ved lov og ikke ved dom. Ikke desto mindre kan man med rimelighed rejse det spørgsmål, om eller i hvilken udstrækning forudsætningen om lovgivning som mellemled mellem konvention og retsanvendelse altid er en realistisk forudsætning, al den stund lovgiver somme tider undlader at tage stilling eller begrænser sig til at tage stilling ved brug af formuleringer, som er lige så upræcise som formuleringen i konventionerne. Det gælder som nævnt i forhold til dele af service- og sundhedslovgivningen.

Forudsætningen om lovgiver som mellemled mellem de vagt udformede sociale menneskerettigheder og den faktiske forvaltning i amter og kommuner fører i hvert fald til en cirkularitet, for så vidt angår argumentationen omkring domstolskontrollens muligheder og begrænsninger. På den ene side hedder det, at domstolene bør udvise tilbageholdenhed med efterprøvelsen af ressourcetunge positive opgaver, fordi de mangler den demokratiske legitimitet, som kun lovgiver er udstyret med. Når samme lovgiver imidlertid undlader at tage stilling eller kun tager stilling i form af vage og upræcise standarder, opstår imidlertid et rum, som hverken lovgiver eller domstolene har kontrol med. Lovgiver har endvidere i vid udstrækning afskrevet sig sine styringsmuligheder i form af sektor- og kommunaltilsyn, og også rekursordningerne er afsvækkede.[16] Rummet udfyldes i stedet af ikke demokratisk valgte professioner, som skal udføre deres opgaver inden for det lokale selvstyres rammer. Sin demokratiske legitimitet til trods er dette selvstyre ikke udstyret med lovgivende beføjelser, og det skal varetage sine opgaver med respekt for grundlæggende menneskerettigheder. I den forbindelse er det naturligvis et ubetinget gode, at de professionsetiske normer i vid udstrækning faktisk bygger på samme menneskerettigheder. Professionerne udfylder imidlertid deres rolle inden for de økonomiske rammer, som det lokale selvstyre sætter, og historien viser, at professionsetik og ressourceafvejninger ikke nødvendigvis går hånd i hånd. Som en konsekvens opstår risikoen for, at professionsetikken må indordne sig under

den kommunalpolitiske prioritering, og det er i dette lys, at behovet og grænserne for domstolskontrollen bør diskuteres.

Og *den* rolle, som domstolene her kan spille, er ikke kun at fungere som „lovens mund". Udgangspunktet er, at det er vanskeligt eller ligefrem umuligt at artikulere lovens intention i andet end generelle vendinger, og lovgiverintentionen må følgelig have en generel karakter. Den kan ikke tage sigte på den konkrete retsanvendelse, al den stund det er umuligt at forudsige de faktiske og forskelligartede situationer, som loven skal regulere. Lovgivning og retsanvendelse er således to forskellige ting. Et er at enes om en tekst, et andet at anvende den i en konkret kontekst, og det er netop gennem anvendelsen, at retten materialiserer sig. Af samme grund giver det kun ringe mening at diskutere, hvem der har det sidste ord – lovgiver eller domstolene. De har i realiteten forskellige opgaver, og situationen her er væsensforskellig fra den, der giver grundlag for den „klassiske" bekymring for, at domstolene tiltager sig politisk magt. Det legalitetskrav, der traditionelt stilles – f.eks. i strafferetten og på andre områder, hvor der foretages indgreb over for borgerne – *kan* ikke opfyldes i en sådan grad, at borgerens retssikkerhed i snæver forstand kan tilgodeses.[17] Det retssikkerhedsbehov, der eksisterer, har i øvrigt en anden karakter, al den stund reguleringen ikke omhandler indgreb, men positive ydelser, og behovet må tilgodeses på anden vis blandt andet gennem formelle krav til den administrative sagsbehandling og gennem opstilling af professionsnormer.[18]

DE MENNESKERETLIGE KRAV OG DOMSTOLSKONTROLLEN

Den videre diskussion af behovet og mulighederne for domstolskontrol med vagt udformede (meta)rettigheder kan naturligt tage sit udgangspunkt i art. 2 i CESCR, som har følgende ordlyd:

> 1. Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.
>
> 2. The States Parties to the present Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the present Covenant will be exercised without discrimination of any kind as to race, colour, sex, language,

> religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

I denne sammenhæng er det navnlig bestemmelsens stk. 1, der skal diskuteres, idet spørgsmålet om judiciabiliteten af kravet om ikke diskrimination i stk. 2 allerede er behandlet ovenfor i kapitel 4.

Bestemmelsens udformning reflekter den kendsgerning, at de 148 FN-medlemsstater, som indtil videre[19] har ratificeret konventionen, befinder sig på endog meget forskellige udviklingsstader. I erkendelsen af, at de faktiske muligheder for at opnå den fulde realisation af konventionens rettigheder er forskellige, er forpligtelsen følgelig relativ, og det giver kun ringe mening at foretage sammenligninger over landegrænserne. Det er den progressive realisation, der er i fokus, og de enkelte stater er ikke forpligtet ud over deres faktiske økonomiske formåen. Til gengæld afføder økonomisk vækst et krav om bedre realisation af konventionens rettigheder, medmindre de sociale behov er dalende. Det er derfor den nationale sammenligning over tid, der er relevant – f.eks. situationen i Danmark i 2000 sammenlignet med 2004 – og spørgsmålet er, om domstolene er rustet til at foretage denne bedømmelse.

Svaret er formentlig som udgangspunkt nej. En klage over, at det generelle serviceniveau inden for social- eller sundhedssektoren er utilfredsstillende, kan ikke behandles i det administrative klagesystem[20], og tilsvarende søgsmål vil formentlig også blive afvist med henvisning til manglende retlig interesse. Procesreglerne inviterer således ikke til søgsmål om det generelle niveau, og det er også mere end tvivlsomt, om domstolene vil kunne forholde sig til materien. Det adækvate måleapparat er ikke på plads, og selvom relevante indikatorer og benchmarks i princippet kunne udvikles,[21] er monitoreringsopgaven formentlig bedre placeret hos quasi-judicielle organer som f.eks. FN-komitéen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder. Komitéens målestok er anderledes og bredere, og den har andre og blidere reaktionsmuligheder end domstolene. Dermed ikke være sagt, at domstolene ikke ville kunne reagere på egentlige forringelser af serviceniveauet. Komitéen for økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder udtaler om dette spørgsmål, at

> any deliberately retrogressive measures in that regard would require the most careful consideration and would need to be fully justified by reference to the totality of the rights provided for in the Covenant and in the context of the full use of the maximum available resources.[22]

Der synes ikke at være afsagt danske domme om forringelser af serviceniveauet, hvorimod to norske domme om ægtefællebidrag og pension åbner op for, at klart urimelige ændringer med tilbagevirkende kraft vil kunne anses for uforenelige med § 97 i den norske grundlov.[23] Når den norske Høyesterett ikke anså forholdene for forfatningsstridige, var det blandt andet, fordi den ikke fandt, at der var tale om en krænkelse af det internationale minimumskrav, som er forankret i den norske grundlovs § 110c.[24]

De to domme illustrerer samtidig, at sondringen mellem konkrete klager og klager over det generelle serviceniveau giver et unuanceret billede af situationen. Udgangspunktet er ofte en vag og uklar regulering af ressourcetunge forpligtelser, og en individuel klage over f.eks. niveauet for hjemmehjælp eller over ventetiden på en daginstitutionsplads udspringer typisk af en generel utilfredshed med det serviceniveau, som én ud af en række utilfredse borgere vælger at reagere på. Følgelig vil en konkret stillingtagen kunne få generelle konsekvenser, og det er i det lys en prøvelse på grundlag af udtrykket „take steps" i art. 2 i givet fald skal finde sted.

I udtrykket indfortolker komitéen et krav om en kvalitativ mindstestandard, som de deltagende stater skal respektere allerede fra ratifikationstidspunktet. I General Comment No. 3 beskriver komitéen denne standard på følgende måde:

> Thus, for example, a State party in which any significant number of individuals is deprived of essential foodstuffs, of essential primary health care, of basic shelter and housing, or of the most basic forms of education is, *prima facie*, failing to discharge its obligations under the Covenant. If the Covenant were to be read in such a way as not to establish such a minimum core obligation, it would be largely deprived of its *raison d'être*.[25]

Det er indlysende, at et land som Danmark opfylder dette helt basale mindstekrav, og set som en fælles standard er kravet ganske uinteressant i en dansk kontekst. Sammenholdt med kravet om progressiv realisation giver det imidlertid mening at operere med et krav om nationale mindstestandarder, og disse standarder vil naturligvis variere i overensstemmelse med ressourcesituationen i den enkelte medlemsstat. Det er formentlig også denne tankegang, der ligger bag følgende citat.

> By the same token, it must be noted that any assessment as to whether a State has discharged its minimum core obligations must also take account

> of resource constraints within the country concerned. Article 2 (1) obligates each State party to take the necessary steps „to the maximum of its available resources". In order for a State party to be able to attribute its failure to meet at least its minimum core obligations to a lack of available resources it must demonstrate that every effort has been made to use all resources that are at its disposition in an effort to satisfy, as a matter of priority, those minimum obligations.[26]

Mens Komitéen for økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder bedre end de nationale domstole vil kunne bedømme, om kravet om progressiv realisation er opfyldt, gælder det modsatte formentlig kravet om kvalitativ mindstestandard, idet dog fortsat bemærkes, at både målestok og reaktionsmuligheder varierer i betydelig grad. Danske domstole har ganske vist ikke været udfarende i den henseende, om end flere danske domme i realiteten kan siges at rumme illustrationer af en sådan prøvelse. Det gælder f.eks. den velkendte sag om „det nødvendige antal daginstitutioner" og også en senere sag om tilbagebetaling af sociale ydelser på grundlag af en bestemmelse, hvorefter der skulle levnes den pågældende „det nødvendige til sit eget eller familiens underhold".[27] Fremhæves kan også den meget omtalte *Odder-dom* om et sygehus' erstatningsansvar for utilstrækkelige postoperative tilsynsforanstaltninger.[28] Sådanne domme er af flere forfattere blevet taget til indtægt for den mere eller mindre kategoriske opfattelse, at der ikke gælder nogen mindstestandard for det kommunale ydelsesniveau, og at afgørelser, der vedrører ressourceallokeringen bør træffes af politikere og ikke af dommere.[29] Denne opfattelse er utvivlsomt rigtig som et udgangspunkt, men det er ikke givet, at den kan opretholdes i mere grelle tilfælde, og andre forfattere er da også mere tilbøjelige til at anerkende eksistensen af en nedre grænse for det acceptable ydelsesniveau.[30] Det forhold, at domstolene i de konkrete sager ikke fandt nogen tilsidesættelse af krav om mindstestandarder, betyder således ikke nødvendigvis, at de ikke eksisterer. I dommene kan meget vel indfortolkes en principiel accept af begrebet kvalitativ mindstestandard, om end den ikke ansås for tilsidesat i de konkrete tilfælde.

Den velkendte *Fusa-dom* er vel indtil videre den bedste nordiske illustration af domstolenes anerkendelse af begrebet kvalitativ mindstestandard som den nedre grænse for det acceptable ydelsesniveau.[31] Dommen vedrørte den skønsmæssige udmåling af hjælp til en stærkt handicappet kvinde på grundlag af den norske socialomsorgslov. Hjælpen havde oprindelig været udmålt til 66 timers hjælp pr. uge, men nedsattes til 20 timer ugentligt, da kvinden afviste et tilbud om optagelse i en institution. I sagen fandt

Høyesteret ikke, at den tilbudte pleje og omsorg „tilfredsstilte livsviktige behov for stell og pleie" og underkendte altså den kommunale udmåling som åbenbart urimelig.

Var det ikke, fordi begrebet kvalitativ mindstestandard er et anerkendt menneskeretligt begreb, var der nok grænser for, hvor megen suppe der kan koges på *Fusa-dommen*. I en nordisk kontekst er den en enlig svale, om end ingen har formastet sig til at sige, at den er forkert. Carsten Henrichsen forklarer dommen med henvisning til norsk retstradition, der i modsætning til dansk forvaltningsretlig doktrin tillader en tilsidesættelse af den åbenbart urimelige afgørelse. Dommen afspejler derfor efter Carsten Henrichsens opfattelse forskellen mellem dansk og norsk retstradition.[32] Hvad den muligvis også afspejler, er en forskel i opfattelsen af sociale rettigheders judiciabilitet. Mens Norge nogle år efter afsigelsen af *Fusa-dommen* valgte at inkorporere CESCR i norsk ret, er Danmark som nævnt indtil videre afvisende.

Tager man sit udgangspunkt i det menneskeretlige krav om kvalitativ mindstestandard, er det imidlertid mindre væsentligt, at der er forskelle mellem dansk og norsk forvaltningsretlig doktrin. Gælder der et sådant krav, må doktrinen tilpasse sig, som den i øvrigt gør det, når f.eks. EMD når frem til konklusioner, der ikke umiddelbart er forenelige med dansk retstradition. Vi er derfor atter tilbage ved spørgsmålet om, hvorvidt kravet gælder, hvad det i givet fald består i, og hvem der skal tage stilling til spørgsmålet om dets overholdelse.

I den henseende er der ikke megen hjælp at hente hos Komitéen for økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, jf. citatet ovenfor fra General Comment No. 3. Hvad komitéen gør, er i og for sig blot at fastslå kravet som et menneskeretligt princip. Der *er* efter komitéens opfattelse denne nedre grænse for det acceptable, om end der er tale om en svært udefinerbar størrelse. Komitéen forsøger i andre af sine General Comments at nærme sig en afgrænsning, men disse forsøg er kun til begrænset hjælp i denne diskussion, idet komitéen som udgangspunkt opererer med et globalt begreb. De størrelser, der skal forenes, er altså på den ene side et postuleret menneskeretligt princip og på den anden side en uendelig begrænset domspraksis, en diskrepans der selvsagt ikke indbyder til dristige konklusioner.

Men måske er det alligevel i domspraksis, at konturerne af en begyndende forenelighed skal søges, og netop *Fusa-sagen* er illustrativ i så henseende. Hvad den norske Høyesterett gjorde var således ikke at *definere* den kvalitative mindstestandard, men alene at påpege, at den ikke var respekteret i den konkrete sag. Domstolen begrænsede sig til at udtale, at kapacitets-

pligtens omfang må „vurderes på bakgrun af den økonomiske situasjon i helsesektoren generelt og i den enkelte kommune spesielt, slik den til enhver tid fortoner seg". Frem for at definere mindstekravet positivt og derved bevæge sig ind i den sfære, der traditionelt opfattes som forbeholdt politikerne, valgte domstolen at afgive den negative meddelelse. „Dette er ikke godt nok. Prøv igen."

En på mange måder tilsvarende fremgangsmåde blev anvendt af den sydafrikanske forfatningsdomstol i *Grootboom-sagen*.[33] Sagen vedrørte en stor gruppe hjemløse, som udfordrede regeringens boligpolitik ved at hævde, at den var i strid med forfatningens art. 26 om retten til en bolig. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

> (1) Everyone has the right to have access to adequate housing. (2) The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of this right.

Bestemmelsen er altså opbygget efter den mål/middel-model, som er karakteristisk for mange sociale menneskerettigheder, og det i øvrigt omfattende sociale rettighedskatalog i den sydafrikanske forfatning er da også i vid udstrækning modelleret efter CESCR.

De hjemløse, som i bogstaveligste forstand stod uden tag over hovedet, påstod principalt at have individuelle minimumkrav på en bolig, mens regeringen omvendt påberåbte sig rettens progressive karakter og det forhold, at den faktisk havde iværksat ganske radikale foranstaltninger for at afhjælpe den omfattende bolignød. Forfatningsdomstolen vægrede sig imidlertid ved at gøre forsøg på at definere en mindstestandard. Den udtalte blandt andet følgende:

> There are difficult questions relating to the definition of minimum core in the context of a right to have access to adequate housing, in particular whether the minimum core obligation should be defined generally or with regard to specific groups of people. As will appear from the discussion below, the real question in terms of our Constitution is whether the measures taken by the state to realise the right afforded by section 26 are reasonable. There may be cases where it may be possible and appropriate to have regard to the content of a minimum core obligation to determine whether the measures taken by the state are reasonable. However, even if it were appropriate to do so, it could not be done unless sufficient information is placed before a court to enable it to determine the minimum core in any given context. In this case, we do not have sufficient information to determine what would comprise the minimum

> core obligation in the context of our Constitution. It is not in any event necessary to decide whether it is appropriate for a court to determine in the first instance the minimum core content of a right (para. 34).

Domstolen udtalte videre, at

> [T]he state is not obliged to go beyond available resources or to realise these rights immediately. I stress, however, that despite all these qualifications, these are rights, and the Constitution obliges the state to give effect to them. This is an obligation that courts can, and in appropriate circumstances, must enforce (para. 94).

Domstolen mente altså ikke at kunne definere den kvalitative mindstestandard og anerkendte endvidere forpligtelsens progressive karakter. Tilbage var den mulighed at forholde sig til spørgsmålet om, hvorvidt de iværksatte initiativer var „reasonable", og det var netop, hvad domstolen valgte.

For at kunne anses for rimelig måtte boligpolitikken efter domstolens opfattelse være fuldstændig (*comprehensive*) i den forstand, at den ikke bare omfattede hele landet, men også alle relevante befolkningsgrupper. Endvidere måtte den være fleksibel og afbalanceret og egnet til at afhjælpe bolignøden både på kort og på lang sigt. Domstolen anerkendte i den forbindelse, at den sydafrikanske regering havde iværksat et meget omfattende og i realiteten ganske ambitiøst boligprogram. Eftersom dette program ikke omfattede kortsigtede løsninger for de, der stod helt uden tag over hovedet, var rimelighedskravet imidlertid ikke opfyldt. Domstolen fandt, at programmet

> failed to make reasonable provisions within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations (para. 99).

Selvom boligprogrammet blev underkendt som forfatningsstridigt, fik de bolígløse dog ikke medhold i deres påstand om, at forfatningen hjemlede individuelle retskrav. Dommen havde ganske vist til følge, at der blev indgået en frivillig aftale, hvorefter en række faciliteter blev stillet til rådighed for de bolígløse, men dommen bestod i realiteten alene i en konstatering af, at rimelighedstesten var faldet negativt ud. Dermed er dommen for så vidt på linje med den norske *Fusa-dom*, selvom denne dom sædvanligvis diskuteres i sammenhæng med begrebet kvalitativ mindstestandard. Det retlige bud-

skab i de to domme er imidlertid det samme, nemlig dette, at iværksatte foranstaltninger kan være utilstrækkelige til at møde nogle grundlæggende behov. Den nærmere afgørelse af, hvad der bør gøres, opfattes imidlertid i begge sager som et politisk anliggende.

Hvad *Grootboom-sagen* illustrerer, er, at metarettigheder kan være judiciable rettigheder i den forstand, at den enkeltes retskrav kan bestå i en ret til at få iværksat foranstaltninger, der kan fremme realisationen af den grundlæggende ret – i dette tilfælde til husly. I en magtfordelingskontekst er det interessante ved dommen imidlertid nok så meget, at den illustrerer, hvorledes det er muligt at give substans til vagt og upræcist formulerede rettigheder, uden at det af den grund bliver nødvendigt at bevæge sig ind i det socialpolitiske felt. Dommen respekterer således, at ressourceprioriteringen og det nærmere valg mellem flere forskellige gennemførelsesmåder bør overlades til politisk valgte, samtidig med at den stiller krav til politikken.

Tættere på den politiske sfære kom forfatningsdomstolen i sagen *Minister of Health and Others vs Treatment Action Campaign and Others (TAC-dommen)* fra 2002.[34] Spørgsmålet var her, om det var foreneligt med § 27 i den sydafrikanske forfatning, at regeringen havde undladt at tilbyde gravide HIV-positive kvinder og deres nyfødte børn behandling med medikamentet Nevirapine, som kan modvirke, at smitten overføres fra mor til barn under fødslen. Nevirapine blev således kun stillet til rådighed på et begrænset antal klinikker i Sydafrika, selvom langt flere faktisk havde den fornødne kapacitet til både at teste og rådgive gravide kvinder. Forholdet var videre det, at producenten af lægemidlet havde tilbudt at stille det til rådighed i en femårig periode uden vederlag, og de ressourcemæssige implikationer for regeringen var derfor begrænsede. Det var da heller ikke økonomiske hensyn, der lå bag forbuddet, men snarere præsident Mbekis mere ideologisk motiverede modvilje mod at anerkende problemets omfang og lægevidenskabens anbefalinger.

Også § 27 i den sydafrikanske forfatning følger mål/middel-konstruktionen, idet det i stk. 1 hedder, at „[e]veryone has the right to have access to a) health care services, including reproductive health care …"

Om statens forpligtelser til at fremme blandt andet dette mål hedder det herefter i stk. 2, at „[t]he state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of each of these rights."

I rimelighedsvurderingen tog domstolen på samme måde som i *Grootboom-sagen* udgangspunkt i kravet om, at sundhedsplanlægningen måtte være

comprehensive og konkluderede, at dette ikke var tilfældet, idet flertallet var afskåret fra at modtage Nevirapine. Regeringen havde nedlagt forbud mod, at Nevirapine blev stillet til rådighed, og i den forstand illustrerer dommen, at sociale forpligtelser efter omstændighederne kan have en negativ karakter i form af ikke-indgriben, jf. den tidligere omtalte sondring mellem *respekt*, *beskyttelse* og *opfyldelse*. I *TAC-sagen* gik forfatningsdomstolen imidlertid videre end til den blotte konstatering af, at rimelighedsvurderingen var faldet negativt ud. Domstolen fandt ikke blot, at regeringen måtte fjerne restriktionerne, men også tillade og fremme (*facilitate*) brugen af Nevirapine, hvor det var lægeligt indiceret. Efter dommen måtte regeringen også tage skridt til, at personalet på klinikkerne modtog den nødvendige oplæring i rådgivning af HIV-smittede kvinder, og træffe rimelige foranstaltninger med henblik på at udvide test- og rådgivningsfaciliteterne på hospitaler og klinikker med det formål at fremme brugen af Nevirapine.

Når forfatningsdomstolen i *TAC-dommen* kunne kræve, at regeringen tog initiativ til at gennemføre bestemte foranstaltninger, mens den i *Grootboom-sagen* begrænsede sig til at pege på de hensyn, der skulle tilgodeses, kan det i princippet skyldes, at de ressourcemæssige implikationer var begrænsede. Medikamentet Nevirapine var som nævnt stillet til rådighed vederlagsfrit, og de ressourcemæssige implikationer knyttede sig primært til test- og rådgivningsvirksomheden.

Forklaringen kan også være den, at problemet i *TAC-sagen* knyttede sig til den vilkårlige administration af en (i øvrigt ikke anfægtet) politik, idet denne administration udelukkede store befolkningsgrupper.[35] Man kan sige, at domstolen tager udgangspunkt i det, som regeringen allerede har besluttet sig til, og for at understrege, at regeringen senere kan ændre sin politik, konkluderer dommen som følger:

> The orders made … do not preclude government from adapting its policy in a manner consistent with the Constitution if equally appropriate or better methods become available to it for the prevention of mother-to-child transmission of HIV (para. 135 (4)).

TAC-dommen skal derfor ikke nødvendigvis ses som udtryk for en mere intensiveret prøvelse end *Grootboom-dommen*, men illustrerer snarere, at forskellige faktiske forhold kræver forskellige retlige løsninger. Under alle omstændigheder gør forfatningsdomstolen sig i begge de to sager store anstrengelser for ikke at politisere retsapparatet, uden at det af den grund bliver nødvendigt at give køb på det forfatningsmæssige beskyttelsesbehov.

Rettighederne får et materielt indhold, samtidig med at regeringen bevarer sin magt til at udforme boligpolitikken og sundhedspolitikken.

GRÆNSERNE FOR JUDICIABILITET?

Det må indrømmes, at man skal langt omkring for at finde domsafgørelser, som tager stilling til administrative foranstaltninger iværksat på grundlag af vag og uklar lovgivning. Domspraksis er beskeden[36], prøvelsen forsigtig, og i Danmark har den gryende internationale anerkendelse af sociale rettigheders judiciabilitet endnu ikke sat sig tydelige spor. Det ændrer imidlertid ikke ved det faktum, at der på globalt plan ser ud til at være en voksende forståelse af sociale rettigheder som judiciable rettigheder, og det må forventes, at denne udvikling på sigt vil sætte sig spor også i Danmark. Danmark er forpligtet af en række internationale konventioner, som på forskellig vis rummer sociale elementer – som f.eks. EMRK – og selvom hverken CESCR eller ESC er inkorporeret i dansk ret, er retten og i særdeleshed menneskeretten ikke længere et rent nationalt anliggende.

Det er selvsagt ikke muligt at forudsige, i hvilken udstrækning domstolene fremover vil finde sig fagligt rustede og i øvrigt kompetente til at binde an med problemstillinger, som har ressourcemæssige implikationer. Givet er det, at magtfordelingshensyn sætter sine grænser, men grænserne er ikke faste, og det må forventes, at de vil blive prøvet af i en dialog mellem nationale og internationale retsanvendende organer. Hensynet til lovgivningsmagten som det kompetente politikfastsættende organ kan varetages, uden at det af den grund bliver nødvendigt helt at afstå fra en prøvelse, og opgaven bliver at forene menneskeretlige og magtfordelingsmæssige hensyn på en afbalanceret måde. Her bliver domstolenes motivation for overprøvningen helt afgørende. Sker prøvelsen af ressourceallokeringen ud fra et ønske om at ændre på de økonomiske prioriteringer i samfundet, har domstolene utvivlsomt overskredet deres kompetence. Er prøvelsen omvendt motiveret i et ønske om at beskytte grundlæggende rettigheder er den ikke bare legitim, men uomgængelig.

1 Jf. Betænkning 1407, s. 215 f.
2 Jf. Asbjørn Eide, i *The Right to Food as a Human Right*. UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23.
3 Eksemplet leverer en anden illustration af sammenhængen mellem de to typer af rettigheder, idet retten (og pligten) til uddannelse og oplæring er afgørende for respekten for den personlige integritet i bred forstand.
4 Jf. Stephen Holmes and Cass R. Sunstein, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, 1999, kapitel 1.
5 Jf. Amartya Sen, „The right not to be hungry", i P. Alston et al. (eds.), *The Right to Food*, 1984, s. 70.
6 Jf. f.eks. Asbjørn Eide, „Future Protection of Economic and Social Rights in Europe", i A. Bloed et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe: Comparing International Procedures and Mechanisms*, 1993, s. 195.
7 Se f.eks. Ståle Eskeland, „Ressurser, rettssikkerhet og forvaltningens ansvar", i A. Bratholm; T. Opsahl & M. Aarbakke (red.), *Festskrift til Torstein Eckhoff*, 1986, s. 293 ff.
8 Jf. Bent Christensen, *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, 1997, s. 170 ff.
9 Jf. Socialreformkommissionens Betænkning 543/1969: *Det sociale tryghedssystem, struktur og dagpenge* og Betænkning 664/1972: *Det sociale tryghedssystem, service og bistand*.
10 Jf. Bent Christensen, *Forvaltningsret – Hjemmelspørgsmål*, 1980, s. 167.
11 Det er denne problemstilling, Jan Fridthjof Bernt behandler i sin artikel „Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?", *Lov og rett*, 1994, s. 89 ff.
12 Jf. *Vejledning om etiske principper i socialt arbejde*, 1995. Vejledningen er baseret på „*The International Declaration of Ethical Principles*" vedtaget i 1990 af Den internationale sammenslutning af socialrådgivere, IFSW.
13 Jf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748.
14 Jf. betænkningens s. 213.
15 Jf. CESCR General Comment No. 3, *The Nature of States Parties obligations (Article 2, para. 1)*, 1990, pkt. 5 og *No. 9, The domestic application of the Covenant*, 1998, pkt. 10.
16 Denne afsvækkelse af den statslige styring og kontrol er beskrevet i mangfoldige sammenhænge, se senest Carsten Henrichsen, *Retssikkerhed og moderne forvaltning: et retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger*, 1997, s. 254 ff.
17 Jf. f.eks. Gorm Toftegaard Nielsen, „Domstolene som den tredje statsmagt", i Gorm Toftegaard Nielsen et al. (red.) *Parlamentarismen – hvem tog magten?*, 2001, s. 147 ff.
18 Om professionsnormer se f.eks. Carsten Henrichsen, ibid, navnlig kapitel 6.
19 Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Status of ratifications of the principal international human rights treaties as of 2 November 2003*, www.unhchr.ch
20 Jf. § 60, stk. 2 i lovbekendtgørelse nr. 697 af 5. august 2003 om retssikkerhed og administration på det sociale område.
21 Om indikatorer og benchmarks, se f.eks. Paul Hunt, „State Obligations, Indicators, Benchmarks and the Right to Education", *Human Rights – Law and Practice*, 1998, Vol 4, s. 109.
22 CESCR General Comment No. 3, *The Nature of States Parties obligations (Article 2, para. 1)*, 1990, pkt. 5 og *No. 9 The domestic application of the Covenant*, 1998, pkt. 9.

23 Jf. Høyesteretts domme af 8. nov. 1996, Rettstidende 1996 s. 1415, *Borthen-sagen*, og 1996 s. 1440, *Thunheim-sagen*.

24 *Borthen-sagen* s. 1424. Den norske grundlovs § 110c har følgende ordlyd: „Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettigheterne. Nærmere Bestemmelser om Gjennemførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov."

25 CESCR General Comment No. 3, pkt. 10.

26 Ibid. Se også T.C. van Boven et al (eds.), *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 20, Utrecht, 1998, princip 9, 11 og 13 om sondringen mellem evne og vilje til at respektere retlige forpligtelser.

27 Jf. Østre Landsrets dom af 23. juni 1980, UfR 1980 s. 970 og Højesterets dom af 2. juli 1999, UfR 1999 s. 1700. Om retsgrundlaget, se nu lovbekendtgørelse nr. 417 af 10. juni 2003 om social service § 7 og lovbekendtgørelse nr. 709 af 13. august 2003 om aktiv socialpolitik § 95, stk. 1.

28 Højesterets dom af 19. marts 1985, UfR 1985 s. 368.

29 Jf. Niels Pontoppidan, *UfR*, 1985 B, s.248 ff., Bent Christensen, „Domstolene og lovgivningsmagten", *UfR* 1990 s. 82 B ff. Karsten Revsbech, „*Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed*", 1992, s. 38. Mogens Heide Jørgensen, „*Den kommunale interesse: studier over kommunalrettens udvikling*", 1993, s. 205 ff., Bo von Eyben et al., *Lærebog i erstatningsret*, 3. udg., 1995, s. 130.

30 Jf. f.eks. Kirsten Ketscher, *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, 1990, s. 352.

31 Høyesteretts dom af 25. september 1990, Rettstidende 1990 s. 874.

32 Carsten Henrichsen, „*Retssikkerhed og moderne forvaltning: et retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger*", 1997, s. 199.

33 Constitutional Court of South Africa, *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and others*. CCT 11/00 of 4 October 2000, www. concourt.gov.za

34 South African Constitutional Court, *Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others*. CCT 8/02 of 5 July 2002, www. concourt.gov.za

35 Om de to sydafrikanske domme kan det i øvrigt anføres, at resultatet muligt kunne være begrundet i lighedsbetragtninger, idet faktum i begge tilfælde var det, at visse befolkningsgrupper – de hjemløse og visse HIV-smittede kvinder – var afskåret fra goder, som andre befolkningsgrupper havde fået stillet til rådighed, jf. kapitel 4 om diskrimination.

36 Sandra Liebenberg gengiver en række andre domme af interesse i denne sammenhæng i „The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems" i Asbjørn Eide et al. (eds.), „*Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook. Second revised Edition*", 2001, s. 55 ff. Se også Siri Gloppen, „Kampen for sosiale rettigheter – er rettssalen riktig arena?", *Mennesker&Rettigheter. Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter. Nordic Journal of Human Rights*. Vol. 21, 2003, No 1.

KAPITEL 8

MENNESKERETTIGHEDSDEBATTEN I STORBRITANNIEN

Dette kapitel har til formål at bidrage til de danske inkorporeringsdiskussioner med et aktuelt udenlandsk eksempel, nemlig Storbritannien, hvis parlament i 1998 besluttede at inkorporere Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i britisk ret. Inkorporeringen fandt formelt sted i 2000 med „The Human Rights Act 1998".

Udenlandske erfaringer og diskussioner kan være med til at skabe forståelse for, hvilke problemer inkorporering af menneskerettigheder skaber i den enkelte stat, og hvorfor der bliver sat særlig fokus på enkelte elementer, f.eks. domstolenes rolle i forhold til det folkevalgte parlament. Det vil vise sig, at historie og tradition spiller en stor rolle for menneskerettighedsdebatten, men også at problemerne og deres løsninger er sammenlignelige.

Kapitlet gør rede for baggrunden for den britiske inkorporering og fremlægger indholdet og de forbehold, der knytter sig til The Human Rights Act. Denne baggrund er vigtig for forståelsen af de diskussioner, bl.a. om magtfordeling, som inkorporeringen har medført. På baggrund af historien og status i dag kan man fremlægge en række kvalificerede bud på udviklingstendensen i Storbritannien.

Dette kapitels fokus er særligt rettet på forholdet mellem de britiske domstole og det lovgivende parlament før og efter inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention samt på de særlige forhold, der gør sig gældende for britisk common law.

INKORPORERING AF DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSKONVENTION I BRITISK RET

„BRINGING RIGHTS HOME"

I oktober 1997 udformede den britiske regering en hvidbog kaldet „The White Paper – *Rights Brought Home*",[1] der indeholder en redegørelse for The

Human Rights Act 1998's tiltænkte indhold og rækkevidde.[2] (The Human Rights Act 1998) HRA 1998 er den lov, der inkorporerer Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i britisk ret. Hvidbogen kan sammenlignes med en dansk betænkning.

Hvidbogen beskriver den britiske retsudvikling og konstaterer herefter, at den allerede eksisterende nationale lovgivning på menneskerettighedsområdet ikke længere er tilstrækkelig til at opfylde internationale krav. På baggrund af dette forhold fandt regeringen, at det var nødvendigt at „bringe rettighederne hjem" til de nationale domstole. Det bliver i hvidbogen understreget, at det efter flere års erfaringer med menneskerettigheder nu er på tide at gøre dem til en retlig standard på højde med national lovgivning. Hermed indrømmes det samtidig, at det ikke længere er tilstrækkeligt at sætte sin lid til traditionel common law og allerede eksisterende britisk lovgivning. Argumentet herfor går på, at Storbritanniens hidtidige tilgang til EMRK ikke i tilstrækkelig grad afspejler EMRK's vigtighed. Beviset herfor er de mange sager, hvori den tidligere Menneskerettighedskommission og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har dømt Storbritannien for overtrædelse af konventionsrettighederne.[3]

Det bliver i hvidbogen forklaret, hvad konventionsrettighederne medfører, og det gøres samtidig klart, at EMD med en afgørelse ikke umiddelbart kan ændre national lovgivning og retspraksis; dette forbliver en særrettighed for det britiske parlament og regeringen. Dermed skulle den parlamentariske suverænitet være sikret.[4]

Vedrørende inkorporering af EMRK lægger hvidbogen særlig vægt på, at de britiske borgere efter inkorporering kan føre menneskerettighedssager direkte for de nationale domstole og ikke udelukkende for Domstolen i Strasbourg.[5] Det pointeres ligeledes, at inkorporering ikke alene medfører en påvirkning af hjemlig retspraksis; britisk retspraksis vil ligeledes påvirke EMD-praksis på en tilsvarende måde, i og med at EMD lader sig påvirke af medlemsstaternes egen praksis.[6]

I hvidbogens kapitel 2 beskrives gennemførelsen af konventionsrettighederne. For det første forbydes det offentlige myndigheder at handle på en konventionsstridig måde.[7] Samtidig kræves det, at alle retsinstanser inddrager relevant praksis fra Strasbourg-organerne (Domstolen og den tidligere kommission) i deres afgørelser og domme. Herved vil de britiske dommere bidrage til udviklingen af den dynamiske konventionsfortolkning, der tager hensyn til den enkelte stats særlige forhold, samtidig med at der opbygges national retspraksis, der hviler på konventionsrettighederne.

Vedrørende lovfortolkning får vedtagelsen af The Human Rights Bill (lovforslaget til inkorporeringsloven) den konsekvens, at al lovgivning skal fortolkes i overensstemmelse med EMRK i den udstrækning, det er muligt. Samtidig understreges det, at regeringen som skaber af lovforslaget er kommet til den konklusion, at domstolene ikke skal gives kompetence til at tilsidesætte en lov på grund af konventionsstridighed. Også på dette punkt forbliver den parlamentariske suverænitet intakt.[8]

Britiske domstole kan afgive en inkompatibilitetserklæring[9] til den relevante fagminister, hvis de finder, at der er uoverensstemmelse mellem en national bestemmelse og en konventionsbestemmelse. Resultatet heraf bliver, at ministeren får mulighed for at ændre den nationale bestemmelse i overensstemmelse med konventionen, men der er ikke noget krav herom i HRA 1998. Endelig indføres der en „*fast track*" procedure, der hurtigt kan ændre lovgivning enten som følge af statueret inkompatibilitet eller på grund af en EMD-dom, der statuerer brud på konventionen. Proceduren indebærer, at den relevante fagminister forespørges, om en afgørelse umiddelbart kræver en national lovændring, og i bekræftende fald sker lovændringen hurtigere end ved andet lovarbejde.

I hvidbogens kapitel 3 er det fremhævet, at håndhævelsen af konventionsrettighederne er en domstolsopgave, hvorimod regering og parlament har ansvaret for lovændringer, der sker for at sikre overensstemmelse med konventionen.[10] Ministrenes pligt vil bestå i at sørge for konventionsreglernes gennemskuelighed i den lovforberedende fase.

Derudover nedsættes der en menneskerettighedskomité, der skal beskæftige sig med menneskerettighedsproblematikker i form af udarbejdelse af rapporter samt rådgivning af parlament og regering.[11]

HUMAN RIGHTS ACT 1998

Det væsentligste indhold i HRA 1998 fremgår af ovenstående gennemgang af hvidbogen. Med sine 22 paragraffer er HRA 1998 en relativt kort parlamentslov. Dog indeholder den en stor detailrigdom og har en række forfatningsmæssige implikationer.

En af de vigtigste paragraffer er section 6(1), hvoraf det fremgår, at det ikke er tilladt en offentlig myndighed at handle på en konventionsstridig måde („*unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a convention right*"). Denne paragraf sikrer, at alle offentlige myndigheder, undtagen parlamentet, er bundet af Den Europæiske Menneskerettigheds-

konventions normer og de accepterede tillægsprotokoller.[12] Staten er dog folkeretligt bundet af EMRK og således ansvarlig for mulige folkeretsbrud foretaget af parlamentet.

Definitionen af en „offentlig myndighed" findes også i section 6(3). Heraf fremgår det, at domstole og enhver person eller ethvert organ, der udøver et offentligt hverv, er omfattet. Parlamentet er som nævnt ikke omfattet, medmindre the House of Lords udøver sin juridiske funktion som øverste appeldomstol.

De andre hovedsektioner i HRA 1998 er section 2 og 3. Section 2 bestemmer, at de nationale domstole i konventionsspørgsmål skal tage hensyn til („*take into account*") Menneskerettighedsdomstolens praksis. Det er vigtigt at bemærke, at de britiske domstole ikke bindes af denne domstols praksis, hvilket ellers er det gældende princip i sager med nationalt retsindhold. Dette medfører, at de britiske domstole kan vælge en anden fortolkning af national retspraksis i sager med menneskerettighedsspørgsmål, dog med risiko for efterfølgende at blive korrigeret af Menneskerettighedsdomstolen.

HRA 1998 er i sig selv ganske kontroversiel set med britiske øjne, og nogle mener endda, at den forstyrrer den parlamentariske suverænitet. Det er grundlæggende, at parlamentet kan vedtage enhver lov, det måtte ønske, og at domstolene på den anden side ikke kan udfordre disse loves gyldighed. HRA 1998 har betydning for denne doktrin, og et af de vigtigste spørgsmål er, i hvor høj grad – hvis overhovedet – doktrinen om den parlamentariske suverænitet vil undergå en forandring.[13]

Section 3 i HRA 1998 angiver, at domstolene har en pligt til at fortolke lovgivningen i overensstemmelse med konventionen i den udstrækning, det er muligt („*so far as it is possible to do so*"). Denne paragraf skal træde i kraft i tilfælde af usikkerhed omkring den rette forståelse af konventionens indhold. Tanken bag valget af denne formulering er, at parlamentet under tidligere omstændigheder ikke ville have til hensigt at handle i strid med konventionen. Hvor der er tvetydighed i forhold til kompatibilitetsspørgsmålet, bør domstolene derfor komme frem til den afgørelse, at parlamentet ikke ville have handlet i strid med konventionen. Dette medfører, at en given lovtekst skal læses og forstås i overensstemmelse hermed, også selv om ordlyden i sig selv ikke fører til dette resultat. Disse mekanismer svarer til den danske fortolknings- og formodningsregel. *Fortolkningsreglen* betyder, at danske regler i tilfælde af fortolkningstvivl skal fortolkes i overensstemmelse med internationale forpligtelser. *Formodningsreglen* indebærer, at domstolene som udgangspunkt skal antage, at Folketinget ikke har villet handle i strid

med landets folkeretlige forpligtelser, og at domstolene derfor skal anvende nationale regler således, at brud på international ret undgås. Kun i tilfælde af at Danmark klart har tilsigtet et brud på internationale regler, har den danske regel forrang, hvorefter formodningsreglen ikke kan bruges.[14]

UDFORDRINGEN TIL DOMSTOLENE

Man kan dårligt forestille sig et retssystem, hvori retspraksis ingen rolle spiller som retskilde. Et af de mest fundamentale karaktertræk ved retten er da også, at lige sager skal behandles lige. Det er derfor naturligt, at en domstol følger en tidligere afgørelse, hvis de to sager ellers er sammenlignelige, og fakta forekommer ens. I common law-systemet har retspraksis/præcedens en vidtrækkende betydning og tjener som andet og mere end blot en vejledende skabelon for senere retspraksis. Common law-reglen vedrørende bindende præcedens – *stare decisis*-doktrinen – kræver ligefrem, at en tidligere afgørelse under visse omstændigheder skal følges, ligegyldigt om den aktuelle domstol bifalder denne afgørelse eller ej. Derimod gælder det for lande, hvis retssystemer er baseret på den civilretlige romerret, at selvom domstolene som hovedregel støtter ret på præcedens, så er der ingen regel, der foreskriver dette. For Storbritanniens vedkommende er det vigtigt at pointere, at reglen om bindende præcedens kan tilsidesættes i sager, der er underlagt The Human Rights Act 1998, da der her er tale om international ret. Heraf følger, at domstole, der normalt ville være bundet af tidligere retspraksis, i disse tilfælde kan sige sig fri af *stare decisis*-doktrinen.

Den første essentielle del af doktrinen om den bindende præcedens er et hierarkisk opbygget domstolssystem, der bestemmer det interne forhold mellem de forskellige domstole. Dernæst er der nogle få begreber, som bruges i behandlingen af retspraksis, der bør introduceres for at opnå en bedre forståelse for, hvordan denne del af det britiske common law-system hænger sammen. Det drejer sig om begreberne *ratio decidendi* og *obiter dicta*, der ikke er fremmede for danske domstole, men som i sammenhæng med bindende præcedens er værd at præcisere.

De britiske domstole er bygget op omkring tre retsinstanser. Sidste retsinstans og appelmulighed er the House of Lords' juridiske afdeling (*The Judicial Committee of the House of Lords*), der dækker både England, Wales, Skotland og Nordirland. Magistrates' Court, Crown Courts, County Courts og High Court udgør retten i første instans, og i anden instans finder man The Court of Appeal (strafferetlig og civil afdeling). Begge dækker kun England.

Hvis man et øjeblik ser bort fra de internationale domstole, som Storbritannien er underlagt, nemlig EF-domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, så gælder følgende regler efter *stare decisis*-doktrinen: Afgørelser fra the House of Lords er bindende for appelretten (Court of Appeal) og alle lavere retsinstanser og følges som altovervejende hovedregel også af the House of Lords selv. Afgørelser fra appelretten er bindende for lavere retsinstanser og med visse undtagelser også for appelretten selv.[15] Afgørelser fra High Court er bindende for retsinstanser på samme niveau (magistrates' courts og county courts), hvorimod afgørelser fra disse instanser ikke kan skabe en bindende præcedens.

En lavere retsinstans er ikke bundet af alle aspekter af en tidligere dom fra en højere instans, men kun af de dele af dommen, der udgør og fastlægger dommens principper (*ratio decidendi*), og dermed ikke også andre, måske uddybende, udtalelser fra dommerens side (*obiter dicta)*.[16]

Ratio decidendi (afgørelsesbegrundelse) er betegnelsen for det retsprincip eller de retsprincipper, som en domstol bygger sin afgørelse på. En afgørelses *ratio* skal udledes af dens fakta, afgørelsesargumenterne og afgørelsen i sig selv, og det er afgørelsens *ratio* og kun dens *ratio*, der er bindende for lavere retsinstanser. Ratioen består af fakta og jus, og derfor kan en sags fakta ikke i sig selv være bindende.

Obiter dicta (forbigående bemærkninger) har som udgangspunkt ingen værdi for en afgørelses præcedensvirkning. Begrebet dækker over en dommerudtalelse, der fremsættes samtidig med, at selve dommen afgives, men som ikke i sig selv er essentiel for dommen. Dog kan *dicta* have en vis overbevisende effekt, og derfor sker det ofte, at *dicta* citeres i senere afgørelser, men det kan aldrig være et bærende hovedargument.

Doktrinen om den bindende præcedens er et særegent træk ved den britiske common law. I et lukket retssystem som det britiske fungerer doktrinen som sådan, uden at der opstår uløselige konflikter. Det hænder selvsagt, at doktrinen resulterer i en meget konsekvent og til tider uforudset anvendelse af praksis i nyere afgørelser, men bortset fra nogle få undtagelser[17] er der i princippet ikke noget at stille op heroverfor. Et andet problem opstår først i det øjeblik, et fremmed retssystem introduceres i det nationale.

Med The Human Rights Act 1998 opgives *stare decisis*-doktrinen i sager med EMRK-aspekter. Dette må anses for at være et naturligt led i inkorporeringen af konventionen, da man ikke kun inkorporerer konventionsteksten, men også både den betydelige praksis, der findes fra EMD og den tidligere Kommission,[18] samt den fortolkningsstil, EMD benytter sig af. I

Danmark har det været diskuteret, om danske domstole i tilfælde af konflikt mellem EMD's fortolkningsresultat og en dansk lovbestemmelse er underlagt en ubetinget forpligtelse til at tilsidesætte den danske lovbestemmelse,[19] eller om konflikten skal løses med fortolknings- og formodningsreglen.[20] Det må dog stå klart, at hvis konventionen skal have nogen gennemslagskraft i et land – det være sig Danmark eller Storbritannien – er det nødvendigt at medtage praksis også i tilfælde af konflikt, idet praksis er udtryk for indholdet af konventionsreglerne som fortolket af EMD. Det er tillige en del af EMRK's indhold, at praksis fra EMD ikke kun har retsvirkning for de implicerede parter/stater, men også for andre stater, der har ratificeret EMRK. Dette kan også ses i lyset af, at menneskerettighederne ingen grænser kender, og hvis én stat som part er bundet af EMD-praksis, så må en anden stat også kunne være det. Konsekvensen for Storbritannien er, at *stare decisis*-dokrinen sættes ud af spil i EMRK-sager. Det betyder, at britiske dommere skal benytte sig af nye fortolkningsmetoder. På et punkt har de allerede en fordel: Grundet EMRK's vage principper, standarderklæringer og manglende forarbejder er EMD-praksis et afgørende værktøj i EMD's fortolkningsarbejde. Dette arbejde minder om det britiske, hvor der er få lovregler og en betydelig mængde retspraksis.

MAGTFORDELING I DET BRITISKE COMMON LAW-SYSTEM

Der er ingen skreven konstitution og derfor ingen nedfældede regler om magtens deling og statens interne juridiske forhold i Storbritannien. I Danmark er det formelt grundloven – særligt § 3 om magtens tredeling – der sætter de interne og eksterne grænser for statens embedsmænds kompetence i forhold til stat og borgere. I Storbritannien er der altså intet tilsvarende dokument, der gør rede for, hvilke kompetencer statens organer har.

Grunden til, at en magtopdeling kan opretholdes i Storbritannien uden en skreven konstitution, skal findes i domstolenes anerkendelse og accept af parlamentets lovgivningsmæssige og politiske overhøjhed.[21]

DEN PARLAMENTARISKE SUVERÆNITET

Begrebet „suverænitet" dækker over den øverste interne myndighed i en stat. Det gælder for alle stater, at suverænitet er givet til den institution, den person eller det organ, der har den endelige myndighed til at underlægge

alle andre statens lov samt til at ændre en hvilken som helst eksisterende lov. Hvordan og af hvem denne myndighed er udøvet, er forskelligt alt efter den enkelte stats forfatningsmæssige struktur. I nogle lande er institutionernes magt omhyggeligt afbalanceret ved hjælp af en konstitution, en grundlov, som f.eks. i Danmark, og i andre er det ikke tilfældet, som i f.eks. Storbritannien.

I Storbritannien ligger suveræniteten hos parlamentet. Parlamentets lovgivningskompetence er ubegrænset, hvilket indebærer, at ingen domstol i landet kan sætte spørgsmålstegn ved parlamentets magt til at vedtage en hvilken som helst lov. Blackstone har i 1765 beskrevet parlamentets kompetence således: „*What the parliament doth, no authority upon earth can undo*".[22] Det danske sidestykke er Folketingets stilling og devisen om, at der ingen er over og ingen ved siden af Folketinget.

Doktrinen om den parlamentariske suverænitet kan anskues på en række forskellige måder. Historisk set repræsenterer den en begrænsning af et vilkårligt kongestyre. Senest i Storbritannien repræsenterer den briternes krav om at regulere egne foretagender uden indblanding fra såkaldte Europa-bureaukrater. Denne holdning fandt særligt markant udtryk i processen i den vigtige Factortame-sag[23] ved EF-domstolen i 1991. I denne sag blev britiske lovgivningsmæssige forsøg på at beskytte de hjemlige fiskekvoter mod spanske fartøjer suspenderet, indtil spørgsmålet om overensstemmelse med EF-lovgivningen kunne afgøres. I forvaltningssager, på den anden side, tillader doktrinen parlamentet at ændre loven efter behag. Dommere kan efterprøve den offentlige administrations overholdelse af loven, men det er parlamentet, der skaber rammerne for denne kontrol.

Det er ofte blevet fremført, at en skreven forfatning er unødvendig. Hovedargumentet i Storbritannien går på, at borgerlige og politiske rettigheder allerede eksisterer i den forstand, at grundlæggende rettigheder – såsom ytringsfrihed, foreningsfrihed og tankefrihed – er tilladt efter gældende ret, og at disse rettigheders stilling alligevel ikke vil blive ændret med en rettighedserklæring. Dette argument misforstår dog betydningen af tilsvarende skrevne, positive rettigheder, for idet man erkender, at individer har rettigheder, kræver det en særlig begrundelse at gribe ind i disse rettigheder. Hensigten med en rettighedserklæring er derfor, at den garanterer rettigheder ved både at begrænse lovgivers indgriben i individets rettigheder og stille krav til lovgiver. Deraf følger, at domstolene får en ny nøglerolle som forfatningsmæssig garant for overholdelsen af grundrettighederne. Heroverfor er der fremført en række indvendinger. Nogle argumenter slår

på, at engelske dommere muligvis vil være for konservative til at udnytte en rettighedserklæring til fulde, og andre er bekymrede for, om en sådan erklæring vil få utilsigtede bivirkninger, f.eks. hvis den udnyttes af magtfulde interessegrupper. Dertil kommer en bekymring for, at domstolene givetvis bliver nødt til at påtage sig en mere politisk rolle i udfyldningen af forfatningens indhold – en rolle, der muligvis kan medføre en svigtende tillid til domstolenes virke.[24]

Ovenstående situation kan sammenlignes med de problemstillinger, der kan forventes at følge af inkorporeringen af EMRK i britisk ret. Denne sammenligning kan være nyttig, på trods af at HRA 1998 ikke tillader domstolene at erklære en konventionsstridig national lov for ugyldig.

MAGTFORDELING EFTER INKORPORERING

Med den udformning, som HRA 1998 har fået, er der ikke meget, der sammenlignet med senere erfaringer tyder på, at den parlamentariske suverænitet vil blive opgivet på grund af menneskerettighedernes nye status. Det afgørende er, at domstolene med HRA 1998 ikke har fået myndighed til at tilsidesætte national lovgivning på grund af konventionsstridighed. I Danmark har muligheden for domstolenes tilsidesættelse af national lovgivning også foreligget før den danske inkorporering i 1992, og selv om muligheden kun er blevet udnyttet en enkelt gang, nemlig i Tvind-sagen,[25] så er adgangen til tilsidesættelse af stor betydning for opfattelsen af magtens tredeling: Folketinget kan ændre på fremtidige domstolsafgørelser ved at vedtage ny lovgivning, men domstolene kan også tilsidesætte en af Folketinget vedtaget lov. Dermed er magtbalancen mellem disse to organer opretholdt. Dog bliver man nødt til at sondre mellem tilsidesættelse og tilpasning af en lov. En klokkeklar tilsidesættelse af et helt stykke lovgivning skete i Tvind-sagen, men til „hverdag" ved domstolene sker der en løbende tilpasning og delvis tilsidesættelse af lovgivningen. Det sker f.eks. når en person, der efter den danske udlændingelov står til udvisning af landet, opnår at blive i landet i medfør af eksempelvis EMRK art. 8 om retten til opretholdelse af familieliv. I denne situation tilpasses den danske udlændingelov til fordel for en international traktatbestemmelse. Se i øvrigt kapitel 6.

Argumenter for, at den parlamentariske suverænitet forbliver intakt, begrundes med, at hvis parlamentet ønsker at handle i strid med konventionen, kan det uden videre gøre dette. Det eneste, der kræves efter HRA 1998, er, at dette bekendtgøres.[26] Et andet argument fra denne side er, at

HRA 1998 ikke giver domstolene magten til at erklære en parlamentsvedtaget lov for ugyldig. Det eneste, domstolene kan gøre, er at afgive en inkompatibilitetserklæring („*declaration of incompatibility*"),[27] som udløser en proces, der indebærer, at lovgiver hurtigt kan afhjælpe manglen eller rette fejlen, hvis den ønsker det,[28] eller lade være og lade loven stå uforandret.

Andre vil hævde, at domstolene med lethed og til enhver tid kan tilsidesætte lovgivning, og at HRA 1998 og section 3 tillader det. Argumentet for denne påstand er, at domstolene ikke vil benytte sig af muligheden af en inkompatibilitetserklæring og blot fortsætte deres lovfortolkende virksomhed, da section 3 fastslår, at lovgivning skal fortolkes i den udstrækning, det er muligt. Dog må der være grænser for, hvor langt formodnings- og fortolkningsreglen kan strækkes.

I Storbritannien har HRA 1998 ikke ændret ved det faktum, at parlamentet er enerådigt. Man kunne fra politisk hold have valgt at udstyre de britiske domstole med en mulighed for i sidste instans at tilsidesætte konventionsstridig lovgivning. Men man valgte den forfatningsmæssigt mindre omkostningstunge løsning og udrustede domstolene med muligheden for at afgive en „inkompatibilitetserklæring", som tidligere beskrevet. Det er en på mange måder udmærket løsning, hvis man som briterne ønsker at opretholde forfatningsmæssig status quo.

DOMSTOLENES ROLLE

I forhold til selve domstolsafgørelserne og dommernes rolle er der en mere synlig og vidtrækkende forandring at spore i Storbritannien. Det er allerede blevet nævnt, men det er vigtigt at understrege, at de britiske dommeres råderum er blevet udvidet med HRA 1998. Der er sket en forandring på to meget betydelige områder eller niveauer: For det første er der sket en forandring i praksis, idet det efter den formelle inkorporering i 2000 er op til de britiske dommere at tage stilling til og afgøre menneskerettighedsspørgsmål i deres egne retssale. For det andet skal dommerne være indstillet på en mentalitetsændring på grund af den ændring i retskulturen, som inkorporeringen har medført og stadig vil medføre.[29]

På det praktiske plan handler det for dommerne om bl.a. at søge information om EMRK i form af afgørelser fra EMD og relevant litteratur og i det hele taget sætte sig ind i EMRK's indhold og systematik, således at de er i stand til at tage juridisk stilling til de spørgsmål, der fremover vil blive forelagt dem i deres egne retssale. Dertil kommer det nye lovfortolknings-

aspekt, der medfører, at sager med konventionsaspekter skal afgøres, som Domstolen i Strasbourg ville have gjort det. Det vil sige, at den dynamiske, formålsorienterede fortolkningsstil skal lægges til grund ved behandlingen af konventionsspørgsmål.

Den mentale forandring er en helt anden proces, der givetvis er mere kompleks at gennemføre. Den fremmeste grund hertil er, at det er svært at ændre traditioner fra den ene dag til den anden, det være sig retlige eller andre. Det er et spørgsmål om, at menneskerettighederne skal gøres til et naturligt element i den juridiske tænkning hos de britiske dommere, samt et spørgsmål om at gøre op med en bagudrettet tænkemåde (common law) til fordel for en mere fremadrettet (EMD). Med bagudrettet eller retrospektiv henvises der til, at common law opererer bagud i tid i den forstand, at tidligere retspraksis bruges som grundlag for ny praksis. EMD's fortolkningsstil, derimod, arbejder sig fremad i tid, idet afgørelser herfra er truffet på et meget fleksibelt grundlag, typisk retsstandarder og retsprincipper, der gør det muligt at tage højde for ikke alene gårsdagens og dagens retstilstand, men også morgendagens. Det er denne fortolkningsstil, der kaldes dynamisk.

Trods denne komplekse magtbalancering og det generelle indtryk af mådehold, der findes i HRA's ord og hensigter, er det muligt, at HRA's gennemslagskraft vil blive årsag til en forringet parlamentarisk autoritet og indflydelse. Dette forhold skjules af det faktum, at domstolene stilles over for et krav om at fortolke, men ikke tilsidesætte en lov. Imidlertid har fortolkningskravet et tilstrækkeligt stort omfang til at medføre inkorporering af EMD i et omfang, der betyder, at de britiske domstole i praksis er i stand til at tilsidesætte lovgivning, som de mener er i strid med deres forståelse af EMRK. At det forholder sig sådan, fremgår hvis man anskuer fortolkningskravet i lyset af de fortolkningsteorier, der følger med menneskerettighedernes ophøjelse til lov. Her tænkes særligt på den dynamiske fortolkningsmetode, der indebærer, at EMRK's principper og retlige standarder skal fortolkes på baggrund af aktuelle og relevante omstændigheder. Denne fortolkningsmetode giver domstolene et stort område, inden for hvilket de kan fortolke en konventionsbestemmelse. Det er dog EMD-praksis, der fastlægger retningslinjerne for de enkelte bestemmelser, og de nationale domstoles opgave er herefter at tilpasse deres afgørelser efter disse retningslinjer inden for en skønsmargin, der tillader konventionsstaterne visse særegenheder, den såkaldte „*margin of appreciation*".

Rækkevidden og omfanget af de fortolkningsteknikker, som HRA tillader, vil indebære, at britiske domstole bliver det afgørende og bestemmende

organ i forhold til en række politiske emner, som hidtil har ligget inden for parlamentets ansvarsområde. HRA inkorporerer altså EMRK effektivt i britisk ret gennem de fortolkningsnormer, EMRK medfører.

STATUS I DAG

The Human Rights Act 1998 er udtryk for et kompromis. Kompromiset er opnået ved på den ene side at give menneskerettigheder mere indflydelse på den britiske lovgivning og på den anden side at bevare parlamentets forfatningsmæssige forrang. Således giver HRA domstolene bemyndigelse til at erklære en parlamentsvedtaget lov for uforenelig med EMRK, men ikke bemyndigelse til at erklære loven for ugyldig eller uvirksom. Det er alene parlamentet, der kan ændre sin egen lovgivning, og denne ubegrænsede forfatningsmæssige rettighed forbliver i teorien intakt med HRA. Ej heller er domstolene bundet til at følge retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol; de skal blot kende til dennes praksis, således at utilsigtede konventionsbrud undgås.

Kompromiset kommer også til udtryk ved, at domstolene er forpligtet til at være opmærksomme på EMRK, når de fortolker en parlamentsvedtaget lov. Som allerede nævnt skal dette gøres ved, at loven fortolkes på en måde, der er i overensstemmelse med EMRK, for så vidt det er muligt.[30] Dette fortolkningskrav opfordrer domstolene til at forudsætte, at parlamentet agter at lovgive i overensstemmelse med EMRK; men domstolene kan altså ikke ignorere eller tilsidesætte bestemmelser, som de finder er i tilsigtet strid med konventionen. Den eneste mulighed, domstolene har i denne situation, er altså at afgive en inkompatibilitetserklæring, som gør regeringen i stand til at sætte en parlamentarisk procedure i gang, der kan udmønte sig i en lovændring, hvis regeringen ønsker det.

Den statsretlige og rent juridiske betydning er én ting, noget andet er den holdningsændring, som HRA 1998 givetvis har medført, både hos dommerstanden og hos den almindelige borger. Det er nemlig ikke kun vigtigt, at menneskerettighederne gøres til en del af national ret – det drejer sig også om at opnå en vis gennemslagskraft i befolkningen. Sidstnævnte opnår man netop ved at sætte fokus på menneskerettighederne gennem den politiske og folkelige debat, der følger i kølvandet på inkorporeringsdiskussionerne, og ikke mindst ved at give borgerne adgang til at få prøvet konventionsspørgsmål ved deres lokale domstol.

Det kan virke formålsløst at tale om ulemperne ved inkorporering af EMRK i Storbritannien, når faktum er, at inkorporering har fundet sted.[31] Dog kan kritiske røster advare mod nogle af de problemer, der kan ventes at opstå i fremtiden. Dermed kan man tage stilling til spørgsmålene, før de opstår.

Det vægtigste argument fra modstanderne af inkorporering har været, at common law-systemet allerede sikrer friheder og rettigheder, og at det gør det bedre end de brede principerklæringer i EMKR. Dette forklares med, at common law indeholder en meget stor erfaringsrigdom med hensyn til retsafgørelser akkumuleret over mange hundrede år. Argumentet er derfor, at erfaring og tradition i forening har mere at tilbyde end „moderne" retsprincipper, der ikke har nogen sikker forankring i historien. Derudover opfattes inkorporering som en trussel mod den britiske tradition, siden parlamentets suverænitet er bestemt af tradition og historie. Vedrørende konsekvenserne for common law-dommerne anføres det, at deres ellers uafhængige institution risikerer at blive hjemsted for politiske afgørelser, hvis parlamentets suverænitet opgives. Hvis det sker, bliver konsekvensen, at skellet mellem parlamentets lovgivende magt og domstolenes dømmende magt opblødes, således at det bliver svært at se, hvad der er politik, og hvad der er jura.

Tanker vedrørende demokratiet er også blevet fremført i inkorporeringsdebatten. Det er blevet hævdet, at rettighedsbeskyttelse er et parlamentarisk prærogativ af den simple grund, at parlamentet, modsat domstolene, er valgt. Domstolene har derfor ingen demokratisk legitimitet til at skabe ret, og derfor bør de ikke skabe generelle rettigheder ud fra konventionsbestemmelserne. Modargumentet er, at lovfortolkning er en domstolsopgave, og at retsskabelse derfor altid vil finde sted ved domstolene.

Med henvisning til ovenstående argumenter er det åbenlyst, at de koncentrerer sig mest om parlamentets fremtid, hvilket er forståeligt, da doktrinen om den parlamentariske suverænitet er central i den britiske stats- og statsforvaltningsret. Med inkorporeringsloven HRA 1998 føres konventionen over i de nationale domstoles regi, men spørgsmålet er, om det ikke også er her, brugen af konventionen bedst kan kontrolleres.

Andre argumenterer med, at HRA i praksis kun vil medføre små forandringer af det britiske retssystem, såsom en opstramning af procedurereglerne i kriminalsager. Det fastholdes endvidere, at der ikke vil ske en stor ændring i forhold til at beskytte og fremme menneskerettighederne, selv om der opstår en øget juridisk aktivitet og kompleksitet i det britiske retssystem gennem et større juridisk argumentationsgrundlag.[32]

En anden fremtrædende skepsis over for HRA kommer til udtryk ved argumenter, der modsat ovenstående drejer sig om sandsynligheden for en øget domstolsaktivitet, hvis omfang og konsekvenser man ikke kan forudsige, og som borttager parlamentskontrollen over en række politiske områder, der traditionelt ikke vedrører retlige spørgsmål.

Hvad der faktisk vil ske, afhænger af de britiske domstoles brug af de centrale bestemmelser i HRA. Hvor det førhen var almindeligt at sige, at parlamentets absolutte juridiske suverænitet kun er begrænset af politiske betragtninger og hensyn, er de nye fortolkningsmuligheder, som HRA giver domstolene, nu en magt, der kun er underlagt politiske faktorer, såsom negative offentlige reaktioner på domstolsafgørelser og eventuel reaktion fra parlamentet i form af lovgivningsændringer.

HVORDAN TEGNER FREMTIDEN SIG?

I dag kan man se de første indikationer på, hvordan de britiske domstole og andre myndigheder vil reagere i fremtiden, når de bliver stillet over for problematikker, der kræver en stillingtagen til den parlamentariske suverænitet. Og der er noget, der tyder på, at HRA 1998 ikke har revolutioneret det britiske retssystem. I en nylig artikel[33] bliver de vigtigste udviklingstendenser trukket frem, og HRA synes herudfra ikke at have resulteret hverken i flere sagsanlæg ved de nationale domstole eller i den enkelte menneskerettighedssags øgede omfang. Dette kan også udledes af EMD-sagen Saunders v. UK[34] og den efterfølgende britiske dom. Sagsforløbet viser, at HRA 1998's mål om at opretholde den parlamentariske suverænitet er nået – ikke kun i teorien, men også i praksis. Dette kan begrundes med, at selvom EMD fandt, at den anvendte procedure i den nationale sag var i strid med art. 6, så kunne den britiske appelret ikke erklære proceduren for utilstrækkelig eller hvilende på et forkert grundlag. En sådan erklæring ville nemlig kompromittere parlamentets suverænitet. Da sagen atter blev taget op nationalt, efter domfældelsen i Strasbourg, blev det på ny fastslået i appelretten i december 2002, at parlamentets vilje altid har forrang for en international forpligtelse.[35]

Sagen viser, at de britiske domstole er underlagt parlamentet – også i menneskerettighedssager efter inkorporeringen af EMRK i november 2000.

Som omtalt angår de britiske diskussioner om inkorporering af EMRK hovedsageligt forholdet mellem domstole og det folkevalgte parlament. Der findes en lang række artikler og anden litteratur både for og imod inkor-

porering og således en vis uenighed omkring, hvilke konsekvenser denne handling vil få.[36] Kritikere slår generelt på det forhold, at domstolene savner demokratisk grundlag for at udfylde EMRK's rammer og dermed skabe ret og politik, hvorimod tilhængere er mere fokuseret på, at borgerne opnår en bedre retsbeskyttelse ved de hjemlige domstole. Billedet er dog ikke nødvendigvis så skarpt, som disse argumenter giver udtryk for. Der er snarere tale om, at begge typer argumenter er holdbare, men svært forenelige, når det er forskellige interesser, man ønsker at beskytte eller fremhæve, og når én interesse kun kan opfyldes på bekostning af en anden.

Udgangspunktet er, at den offentlige politiske debat foregår hos de af befolkningen valgte repræsentanter: parlamentet, og teoretisk set ændrer inkorporeringen af EMRK i britisk ret ikke på dette forhold. Dog hævdes det fra flere sider, at det ikke kan undgås, at domstolene vil komme til at løse politisk betonede konflikter som resultat af inkorporeringen, selvom inkorporeringsloven efter sit bogstav ingen indflydelse har på den parlamentariske suverænitet. Spørgsmålet er dog, hvad den politiske realitet er efter inkorporeringen, om domstolene stadig vil være underlagt parlamentet, eller om det i fremtiden vil være domstolene, der styrer parlamentet.[37] Allerede af hvidbogen „*The Human Rights Act – Rights Brought Home*" fremgår det, at en inkompatibilitetserklæring afgivet af en domstol i medfør af HRA 1998 section 4(2) højst sandsynligt vil medføre, at parlamentet ændrer den pågældende lov.[38] Det er endnu svært at sige med sikkerhed, hvordan udviklingen vil blive; men det virker realistisk at forestille sig, at domstolenes mulighed for at sætte spørgsmålstegn ved parlamentets lovgivningsarbejde vil medføre en svækkelse af parlamentet på dets mest fremtrædende område, nemlig lovgivningsområdet. At dette vil ske, kan måske ses af det forhold, at skiftende britiske regeringer har vist sig villige til at effektuere afgørelser, der er truffet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol allerede før inkorporeringen.

Med hensyn til den centrale section 3 i HRA 1988, der siger, at fortolkning af nationale regler, så vidt det er muligt, skal finde sted i overensstemmelse med EMRK's regler, kan den også anskues fra flere vinkler. Problemet ligger i, hvor bredt eller hvor snævert denne bestemmelse skal bruges, for jo bredere anvendelse, desto mere domstolsindflydelse eller -magt i forhold til parlamentet. Noget tyder på, at section 3 skal opfattes som en bred bestemmelse,[39] og hvis det er udgangspunktet, så står man i en situation, hvor det er muligt at bøje en bestemmelses ordlyd så kraftigt, at den vil komme i overensstemmelse med konventionen. Dette vil være tilfældet, hvor dom-

stolene ikke ønsker at afgive en inkompatibilitetserklæring, som parlamentet skal tage stilling til, men som parlamentet ikke er forpligtet til at tage til efterretning. Denne situation lægger op til, at domstolene i deres fortolkning måske vælger en anstrengt tilpasning af en bestemmelse til konventionen frem for at lade parlamentet overtage sagen. Dette er problematisk af mindst to grunde: Dels fordi domstolen vil foretage en fortolkning i tvivlsspørgsmål, som den uden kompatibilitetsbestemmelsen i nogle tilfælde ikke ville have foretaget, dels fordi anvendelsen af konventionens bestemmelser kan komme til at ske på et forkert grundlag som følge af en eller flere anstrengte fortolkninger af loven på et enkelt retsområde.

Om denne udvikling af EMRK's status i Storbritannien er betænkelig eller endog „farlig", vil altså afhænge af, om man er tilhænger af, at domstolene skal indtage en aktiv (politisk) rolle i menneskerettighedsspørgsmål, eller om man mener, at domstolene i for høj grad savner den demokratiske legitimitet til at træffe afgørelser, der vil være retsskabende inden for dele af den britiske lovgivning.

Den britiske terrorlovgivning illustrerer rækkevidden af og grænserne for domstolenes fortolkningsmuligheder. I år 2000 blev The Terrorism Act vedtaget, men efter begivenhederne 11. september 2001 blev den anset for ikke længere at være tilstrækkelig. Derfor blev The Anti-terrorism, Crime and Security Act vedtaget i 2001, hvilket også medførte implementering af Den internationale konvention til bekæmpelse af finansiering af terrorisme af 9. december 1999. Loven giver indenrigsministeren (The Home Secretary) mulighed for at udstede et certifikat til en ikke-britisk statsborger, hvis vedkommende skønnes at udgøre en trussel mod den nationale sikkerhed, og hvis vedkommende formodes at være terrorist. Den formodede terrorist får givet muligheden for frivilligt at rejse til sit hjemland, og samtidig kan regeringen ikke tillade, at vedkommende færdes frit i Storbritannien. Tilbagerejse er ikke muligt i alle tilfælde, da EMRK forbyder udsendelse, hvis der foreligger fare for alvorlig mishandling af den udsendte (art. 3). Derfor skabte man en mulighed for præventiv tilbageholdelse ved derogation efter EMRK art. 15, hvorefter konventionsforpligtelser kan fraviges under offentlige faretilstande, da EMRK ellers ikke tillader denne form for tilbageholdelse. Den britiske menneskerettighedskomité mente ikke, at derogation efter art. 15 ville være lovligt, og sagen blev indbragt for The Special Immigration Appeals Commission, der ikke var overbevist om, at præventiv detention var forenelig med art. 14, der forbyder diskrimination, dog fandt kommissionen, at der forelå en „offentlig faretilstand" i art. 15's

forstand. Sagen blev derfor behandlet og afgjort af den ordinære appelret, der i efteråret 2002[40] fandt, at derogation var retfærdiggjort efter art. 15, og at der ikke var tale om diskrimination efter art. 14, da ikke-statsborgere ikke kunne sammenlignes med statsborgere.[41]

I denne sag har den britiske appelret ikke villet bruge EMRK imod en nationalt vedtaget lov, og det viser, at der er en grænse for domstolenes fortolkningsmuligheder, også selvom der var blevet udtrykt stor bekymring for overholdelsen af EMRK art. 5 og 6 om retten til hhv. personlig frihed og retfærdig rettergang.

INKORPORERINGSMETODER I CIVIL LAW-SYSTEMER

Storbritannien er det eneste land i Europa, der benytter sig af common law. Ret beset er det alene England og Wales, der anvender common law, men da den øverste domstol (House of Lords) dækker hele Storbritannien, kan der med rette tales om britisk common law. De øvrige lande benytter sig af civil law-traditioner med rødder i den klassiske romerret. Common law kan i denne sammenhæng defineres som domstolsskabt ret, hvilket indebærer, at loven findes i retspraksis fra domstolene og ikke i skreven lov eller lov vedtaget af parlamentet.

Traditionelt er europæiske og andre staters forhold til folkeretten enten *dualistisk* eller *monistisk*. Den dualistiske retsopfattelse indebærer, at national ret og folkeret principielt udgør to væsensforskellige og adskilte retssystemer. Det betyder, at konventioner, som staten er bundet af, ikke umiddelbart er en del af den nationale retsorden. Der kræves et nationalt opfyldelsesskridt, for at folkeretten (traktaten) bliver en del af den nationale ret, og før dette sker, kan folkeretten ikke anvendes og påberåbes direkte i staten. Opfyldelsesskridtet kan antage forskellige former, hvoraf inkorporering er en mulighed. Andre metoder kan være omskrivning, hvorved der forstås ophævelse, ændring eller tilføjelse af eksisterende regler, således at den folkeretlige regel gøres internretlig, samt en vurdering, der fastslår overensstemmelse mellem nationale regler og de materielle traktatbestemmelser, såkaldt konstatering af normharmoni. Folkeretten indeholder ikke regler for, med hvilke metoder en stat skal opfylde sine traktatmæssige forpligtelser.[42]

Den monistiske retsopfattelse indebærer, at national ret og folkeret anses for at være to dele af det samme retssystem. Således er folkeretlige regler, f.eks. konventioner og traktater, som staten er bundet af, en del af den natio-

nale retsorden, hvorefter de folkeretlige regler kan påberåbes og anvendes direkte i den monistiske stat.

Uanset hvilken metode en stat benytter sig af, skal den altid opfylde og efterleve de folkeretlige regler, som den har påtaget sig. Det fremgår af Wienerkonventionen om Traktatretten, der fastslår, at nationale regler ikke må hindre opfyldelse af folkeretlige regler, som staten har påtaget sig.[43]

DANSKE INKORPORERINGSDISKUSSIONER

I Danmark gælder det ligesom i Storbritannien, at forfatningen indeholder et princip om, at indgåede traktater ikke uden videre bliver en del af national ret (dualisme).[44]

I 1992 vedtog Folketinget Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention,[45] og den trådte i kraft senere samme år. Loven regulerer menneskeretsområdet, og det blev understreget i betænkningen,[46] at det er særdeles vigtigt, at lovgiver foretager en løbende tilpasning af lovgivningen, f.eks. ved lovændringer, til konventionsforpligtelserne i overensstemmelse med fortolkningen ved konventionsorganerne, Menneskerettighedsdomstolen og den tidligere Menneskerettighedskommission. Formålet er, at domstolene skal kunne arbejde ud fra en formodning om, at den danske retstilstand er i overensstemmelse med EMRK. Betænkningen lægger fast, at domstolene – også efter inkorporeringen – skal være tilbageholdende med at anlægge en selvstændig og vidtrækkende fortolkning af konventionen, da man med inkorporeringsloven ikke har ønsket at øge domstolenes retsskabende virksomhed.[47]

Inkorporeringsdiskussionerne i Danmark minder meget om de britiske. Her er det også magtbalancen mellem domstolene og lovgiver (Folketinget), der har været mest fokus på. Ændringen ligger både hos Folketinget og hos domstolene, der med EMRK har fået et større kompetenceområde. Hver dag kommer der nye love til, som gør domstolenes ansvarsområde stadig større; men EMRK er speciel på en række punkter. Bestemmelserne er udtryk for mindstekrav og udformet således, at der er plads til staternes juridiske og ikke mindst moralske/etiske forskelligheder inden for de rammer, som bestemmelserne angiver. Retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen giver domstolene retligt grundlag for, hvordan sager med menneskerettighedsaspekter skal behandles ved de danske domstole, da det er hensigten, at danske domstole skal dømme, ligesom Menneskerettighedsdomstolen ville have gjort det.

Det, der giver anledning til diskussion, er, at de danske domstole trods vejledende retspraksis også tilpasser den danske retstilstand til konventionsbestemmelserne. Stadig mange bestemmelser er forholdsvis uprøvede, og dertil kommer, at konventionens vage bestemmelser kræver en selvstændig stillingtagen fra de danske domstoles side, og dermed skaber dommerne ret på baggrund af et internationalt dokument. Derfor sker det, at danske domstole tilpasser dansk lovgivning med henvisning til de internationale konventionsbestemmelser. Dermed påtager domstolene – særligt Højesteret som sidste retsinstans – sig en retsskabende rolle, der ikke stemmer overens med domstolenes manglende demokratiske mandat til at skabe ret; dommerne er ikke folkevalgte som folketingspolitikerne.

Et andet stridspunkt udspringer af ovenstående, nemlig det at EMRK's bestemmelser har indflydelse på den danske politik, idet de indeholder en række rettigheder, som borgerne kan påberåbe sig over for staten. Generelt går kritikken på, at domstolene ved brugen af konventionsbestemmelserne træffer afgørende beslutninger om gennemførelsen af internationale forpligtelser i dansk ret – en kompetence, som formelt tilkommer Folketinget som lovgivende organ. Denne situation er der taget afstand fra i motiverne til inkorporeringsloven, men spørgsmålet er altså, om denne forudsætning vil holde. Indtil videre har Højesteret ikke tilsidesat en dansk lov som stridende mod EMRK, men blot foretaget en løbende tilpasning. I det hele taget er det kun sket en enkelt gang, at en dansk lov (Tvind-loven) er blevet tilsidesat af Højesteret som grundlovsstridig. Den teoretiske mulighed for tilsidesættelse, både efter grundloven og inkorporerede konventioner, er dog meget vigtig alligevel, da den giver Højesteret en vid adgang til at beskytte det enkelte individ mod overgreb fra statens side. Spørgsmålet er, om man i fremtiden vil se en øget anvendelse af Højesterets tilsidesættelsesadgang på grund af inkorporeringen af EMRK. Man må her sondre mellem tilsidesættelse af en hel lov og den tilsidesættelse, der dagligt finder sted, når domstolene giver en regel forrang for en anden, f.eks. når en konventionsbestemmelse bruges i stedet for en national regel.

Særligt i forbindelse med EMRK diskuteres det altså allerede nu i Danmark, om der er en tendens i retning af, at domstolene, særligt Højesteret, træffer flere og flere politisk betonede afgørelser. Denne diskussion er et led i debatten vedrørende de danske domstoles rolle som part i den statslige magt.[48]

SAMMENLIGNENDE ANALYSE AF FORSKELLE OG FÆLLESTRÆK

Selvom det danske og det britiske retssystem er væsensforskellige, er de ikke usammenlignelige, særligt ikke efter at inkorporering af EMRK har fundet sted i begge lande. Systemernes forskellighed træder i baggrunden, når det drejer sig om virkningerne af at implementere et internationalt juridisk dokument i national ret, og det viser sig, at både Danmark og Storbritannien koncentrerer de juridiske debatter omkring forholdet mellem statens magtindehavere, nemlig den lovgivende og den dømmende magt.

EN SAMMENLIGNING AF DANMARK OG STORBRITANNIEN

I Danmark benytter domstolene sig af en række fortolkningsmetoder, der i anvendelse ikke ligger så langt fra Menneskerettighedsdomstolens praksis, som de britiske metoder gør. Når man først har lagt sig fast på, hvilken lovregel der er anvendelig ud fra almindelige fortolkningsprincipper, kan en regels mening bestemmes, og dens anvendelsesområde præciseres.

Udgangspunktet for fortolkning af en retlig tekst – en lovtekst[49] – i Danmark er ligesom i Storbritannien en *ordlydsfortolkning*, der tager afsæt i den sædvanlige eller naturlige juridiske forståelse af en tekst eller et begreb. Dette hænger sammen med konsekvens og forudberegnelighed – retssikkerhed – i retssystemet. Ordlydsfortolkningen anvendes til forståelse af en regels hovedområde – det grundlæggende, som reglen gør op med, hvorimod der benyttes andre typer af fortolkningsmetoder til at bestemme de forhold, der ligger uden om kernen. *Formålsfortolkning* kommer i betragtning, når ordlydsfortolkningen ikke er tilstrækkelig til at finde meningen med loven, det vil sige, når der er flere mulige og acceptable forståelser af loven. Ofte vil formålsfortolkningen hurtigt blive aktuel, da der i Danmark er bred forståelse for, at en lovs kontekst, det vil sige de rammer, den er givet i, meget muligt kan være afgørende for den rette forståelse af loven og fastlæggelse af lovens formål. Modsat de britiske dommere har det altid været tilladt danske dommere at benytte sig af en lovs forarbejder og tage hensyn til dem i deres afgørelser, såkaldt *subjektiv formålsfortolkning*.[50]

Den vigtigste forskel i forhold til domstolenes magt er dog at finde i forholdet mellem domstolene og parlamentet/Folketinget. Den parlamentariske suverænitet har domineret den britiske statsret, både før og efter inkorporeringen af EMRK, og har været afgørende for forholdet mellem folkeret og national ret, idet det alene er lovgivning godkendt af parlamentet, der kan

påberåbes ved domstolene.[51] Derfor havde de britiske domstole – modsat de danske – ingen erfaring med EMRK og dens retskildemæssige status forud for inkorporeringen, og det er en af grundene til, at inkorporeringen i Storbritannien vil blive realiseret i et forholdsvis langsomt tempo. Forud for inkorporeringen i Danmark var EMRK's status allerede afklaret på grundlag af en række domme,[52] der viste „… *at der består en pligt for danske domstole og andre myndigheder til så vidt muligt at lægge Den europæiske Menneskerettighedskonvention og den praksis, som knytter sig hertil, til grund ved fortolkningen af dansk ret*".[53] Modsat Storbritannien har Danmark haft mulighed for at benytte sig af harmoniseringsregler i domstolsarbejdet, hvilket har betydet en mere fleksibel imødekommelse af de ændringer, som inkorporering medfører. Derudover har den bindende præcedens også gjort det sværere for den britiske retskultur at tilpasse sig de ændrede forhold.

Danske domstole har med grundloven hele tiden haft muligheden for at tilsidesætte en af Folketinget vedtaget lov. Noget tilsvarende ville aldrig – med eller uden HRA 1998 – kunne finde sted i Storbritannien. Dette står klart både med den traditionelle opfattelse af parlamentarisk suverænitet og med den begrænsede magt, som domstolene er blevet tildelt i forbindelse med inkorporeringen af Menneskerettighedskonventionen. Med inkorporeringsloven forelå netop en oplagt mulighed for at gøre op med århundreders parlamentariske suverænitet, og det må antages at være et ganske klart signal at sende, at man fra britisk side valgte ikke at benytte sig af denne mulighed.

En anden væsentlig forskel på Danmark og Storbritannien er, at der ikke findes nogen skreven konstitution/grundlov i det britiske system. I Danmark reguleres statens interne forhold af grundloven, men i Storbritannien kender man ikke noget tilsvarende. Reglerne omkring statens virke og begrænsninger udgøres alene af tradition og retspraksis, det vil sige common law. Og det er dermed også traditionen, der kort sagt betyder, at parlamentet udfylder den lovgivende funktion ved at skabe og vedtage love, og at domstolene udfylder en judiciel/dømmende funktion ved at løse konflikter ved hjælp af loven og ved at skabe retspraksis. Den dømmende magt er uafhængig, men domstolsafgørelser kan omstødes af parlamentet, og lovgivning vinder over præcedens i tilfælde af konflikt mellem de to.

Det er svært at måle magt og dermed afgøre, hvem eller hvilket organ der er mest magtfuldt. Det afgørende i denne forbindelse må være, hvem der har det sidste ord:[54] Er det den lovgivende, udøvende eller dømmende magt? Svaret på dette spørgsmål vil afsløre, hvilket organ eller hvilken institution der har størst indflydelse. I det følgende vil spørgsmålet angå både den danske og den britiske stat med særlig vægt og henblik på domstolenes stilling.

I Danmark taler man om, at domstolene i de senere år har fået en betydeligt øget indflydelse på den førte politik.[55] Det drejer sig ikke om, at domstolene blot ved at træffe en afgørelse på et politisk omtåleligt område melder ud til fordel for den ene eller den anden politik. Problemets kerne ligger i, at særligt Højesterets afgørelser virker præjudicerende, det vil sige retsskabende for fremtiden. Dermed opstår der et demokratisk legitimitetsdilemma, idet domstolene og deres embedsmænd ikke er folkevalgte som den lovgivende forsamling, Folketinget. Ud fra et magtfordelingssynspunkt bør det altså være Folketinget, der bestemmer en domstolsafgørelses materielle indhold, og ikke domstolene, der bestemmer indholdet af en given politisk beslutning.

Ifølge betænkningen til domstolsreformen fra 1998[56] har domstolene en række hovedfunktioner, som man ville styrke med den nye reform. Styrkelsen går først og fremmest på at forstærke domstolenes stilling både over for andre magthavere og over for befolkningen. Heri ligger også, at domstolene skal have en øget retsskabende funktion. I takt med Højesterets politiske udmeldinger – f.eks. Maastricht-sagerne[57] og Tvind-dommen[58] – har det i stigende grad været diskuteret, hvorvidt man i Danmark skulle overveje en forfatningsdomstol, eventuelt efter tysk forbillede. Diskussionerne har indtil videre ikke medført noget politisk tiltag, givetvis fordi man antager, at Højesterets beføjelser er tilstrækkelige til at varetage tilsynet med forvaltningsinstitutionernes afgørelser jf. grundlovens § 63, der siger, at domstolene skal kunne prøve lovligheden af forvaltningens afgørelser. Man kan dermed betragte domstolsbetænkningen og domstolsreformen som et udtryk for, at Højesteret accepteres som magtindehaver af de andre magtinstanser i den danske stat. Dertil kommer, at domstolene med reformen ikke længere hører under Justitsministeriets administration, men under en selvstændig Domstolsstyrelse. Denne organisatoriske uafhængighed skal også være med til at styrke domstolenes uafhængighed af regering og folketing, en uafhængighed, der er en forudsætning for det grundlæggende princip, at domstolene skal kunne efterprøve loves overensstemmelse med grundloven.

Det kan diskuteres, hvor hensigtsmæssigt det er at ønske at styrke dom-

stolenes retsskabende funktion, som betænkningen bag domstolsreformen lægger op til. Den første og største indvending er helt klart den manglende demokratiske legitimitet, som berørt flere gange ovenfor. Dommerne er ikke folkevalgte, og det er ikke deres rolle at stå for lovgivningsarbejdet. Udgangspunktet må være, at Folketingets og domstolenes funktion ikke er den samme, selv om domstolene til dels er retsskabende. Men retsskabelse ved domstolene er kun en del af den dømmende magt „*i det omfang, det er nødvendigt, for at retsplejen kan fungere på tilfredsstillende måde*"[59]. Det er endvidere med til at øge retsusikkerheden, idet domstolenes afgørelser for det første ikke kundgøres som lovgivningen, og for det andet ikke er nær så gennemskuelige som en egentlig lovtekst. Oven i købet skabes domstolenes ret først efter, at den pågældende begivenhed har fundet sted; der er altså ingen umiddelbar forudsigelighed. Domstolsreformen i 1998 tager højde for, at både EU-retten og EMRK stiller større krav til den enkelte dommer, og man derfor måtte forvente en øget selvstændig retsskabelse fra dommernes side, herunder en bredere fortolkningsstil og retskildelære[60].

I det britiske common law-system er retspraksis at sidestille med dansk lovgivning, og det synes ikke at medføre nogen konstitutionelle overvejelser. Her kalder man blot ikke domstolenes afgørelser for retsskabende; man hævder derimod, at den lov, som en domstol statuerer med en afgørelse, er iboende i systemet, og har været der hele tiden. Der er altså ikke tale om, at domstolene skaber ret, men snarere at de udtaler en ret, som allerede findes. Umiddelbart lyder det, som om de britiske domstole har mere magt end de danske, idet retspraksis har så afgørende betydning i Storbritannien. Men når man kigger nærmere på substansen, er der noget, der tyder på, at det ikke er tilfældet, og at det nærmere er de danske domstole, der i en sammenligning må kaldes de mest selvstændige og dermed mest magtfulde.

At det forholder sig sådan, hænger sammen med den parlamentariske suverænitet, som fastholdes i Storbritannien. Det folkevalgte parlaments ret til til enhver tid at tilsidesætte en retsafgørelse eksisterer også i Danmark, men reelt kan denne ret ikke bruges som „trussel" mod domstolene, da konsekvenserne af en sådan beslutning vil føre relativt vidt rent politisk.

Det britiske retssystem har en tendens til at låse sig selv som følge af doktrinen om den bindende præcedens. Systemet griber bagud for at afgøre gældende ret og holdes fast af sammenlignelig praksis. Der er få muligheder for at afvige fra *stare decisis*-doktrinen, og derfor kan man anskue common law-systemet som et særdeles selvforstærkende og indgroet retssystem. Dermed forsvinder domstolsmagten i forhold til de andre statslige organer.

SAMMENFATNING

I Storbritannien diskuteres domstolenes rolle som følge af inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 2000. Der ses tegn på, at domstolene har opnået mere magt – både politisk og i forbindelse med retsskabelse – i forhold til parlamentet, på trods af forbehold herfor i inkorporeringsloven. Dette er sket pga. et øget kompetenceområde og et bredere retligt grundlag i form af EMRK for domstolene, samt muligheden for at fortolke sig ud af uoverensstemmelser mellem national ret og EMRK. Inkorporeringsdebatten i Storbritannien er på denne baggrund sammenlignelig med inkorporeringsdebatten i Danmark, hvor det indbyrdes magtforhold mellem lovgiver og domstole også diskuteres.

Det forekommer usandsynligt, at den britiske parlamentariske suverænitet opgives som følge af inkorporeringen af EMRK, selvom parlamentets magt svækkes i forhold til domstolenes. Suveræniteten bygger på tradition og udgør en uskreven konstitution, og på trods af at de britiske domstole får en mere fremtrædende og politisk rolle med The Human Rights Act, så vil parlamentet ikke opgive retten til at formulere love og tilsidesætte domme og heller ikke give domstolene mulighed for at tilsidesætte en parlamentsvedtaget lov.

NOTER

1 Rights Brought Home: the Human Rights Bill. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department. By Command of Her Majesty. October 1997, CM 3782.

2 Lovens fulde titel: „An act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes", 19 November 1998.

3 Hvidbogen, kap. 1, pkt. 1.15-1.16.

4 Mere herom i afsnittet om den parlamentariske suverænitet.

5 Hvidbogen, kap. 1, pkt. 1.14.

6 Ibid. kap. 1, pkt. 1.18.

7 Ibid. kap. 2, pkt. 2.2.

8 Ibid. kap. 2, pkt. 2.7.
9 Ibid. kap. 2, pkt. 2.9.
10 Ibid. kap. 3, pkt. 3.1.
11 Ibid. kap. 3, pkt. 3.6.
12 Protokol 1 og 6 vedr. hhv. retten til ejendomsbeskyttelse, uddannelse samt frie valg, og afskaffelse af dødsstraf.
13 Se næste hovedafsnit.
14 Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 26.
15 Undtagelserne er, hvor der findes to modstridende tidligere afgørelser; hvor en tidligere dom fra appelretten ikke kan forventes at blive opretholdt i House of Lords; og hvor en dom er afsagt på et forkert grundlag (*per incuriam*).
16 Terence Ingman, *The English Legal Process*, 2002. s. 385 ff.
17 For the Court of Appeal gælder ovenstående i note 15, og for House of Lords gælder det som hovedregel, at retspraksis kun fraviges „*when it appears right to do so*", jf. *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R 1234.
18 Med EMRK's 11. tillægsprotokol blev klagesystemet forenklet, bl.a. ved at afskaffe Menneskerettighedskommissionen.
19 Se eksempelvis Erik Werlauff, „Inkorporering af en konvention eller en konventionstekst", *Juristen* 1999, s. 73; Peer Lorenzen, „Danske domstole og menneskerettighederne", *Lov & Ret*, 1999, nr. 3, s. 4-10 og Jens Vedsted-Hansen, „Er politiske skøn blevet henlagt til Højesteret?", *Juristen* 2001, s. 44.
20 Jens Garde og Michael Hansen Jensen, „ Den europæiske menneskerettighedsdomstols praksis", *Juristen* 2002, s. 76.
21 Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy*, 2001, s. 239.
22 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 1862, Book 1, s. 160.
23 EF-dom C-213/89.
24 N.W. Barber, „Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2000, vol. 20, nr. 1, s. 151.
25 Tvind-sagen, UfR 1999 s. 841.
26 Section 19(1)(b).
27 Section 4.
28 Section 10.
29 Kristine Røberg, „Common Law and the Human Rights Act 1998", *Rettid*, 3. årgang, (2003). www.rettid.dk
30 „As far as it is possible to do so" jf. HRA 1998 section 3.
31 James Young, „The Politics of the Human Rights Act", *Journal of Law and Society*, 1999, vol. 26, s. 29-30.
32 Tom Campbell, „Incorporation through Interpretation", i Tom Campbell, K.D. Ewing og Adam Tomkins (red.), *Sceptical Essays on Human Rights*, 2001, s. 80.
33 Gill Phillips, *Still waiting for the outrageous and bizarre*. TimesOnline d. 1. oktober 2002. www.timesonline.co.uk/law
34 EMD-sag nr. 19187/91 afsagt d. 17. december 1996.
35 Primacy of Parliament reigns supreme, *Law Report*, TimesOnline, d. 1/2/2002.

36 Bogen „*Sceptical Essays on Human Rights*“ fra 2001 (Tom Campbell, K.D. Ewing og Adam Tomkins (red.)) antager et kritisk, men nuanceret syn på menneskerettighedsudviklingen i Storbritannien og internationalt. Mange andre forfattere argumenterer både for og imod inkorporering. Gode eksempler er: Ian Loveland, „Incorporating the European Convention on Human Rights into UK law“, *Parliamentary Affairs*, 1999, vol. 52, s. 113; David Feldman, „The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles“, *Legal Studies*, 1999, vol. 19, s. 165; K.D. Ewing, „Legislation – The Human Rights Act and Parliamentary Democracy“, *The Modern Law Review*, 1999, vol. 62, s. 79; C.A. Gearty, „Reconciling Parliamentary Democracy and Human Rights“, *Law Quarterly Review*, 2002, vol. 118, s. 248; Elizabeth Wicks, „The United Kingdom Government's Perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry“, *Public Law*, 2000, s. 438; Stephen Sedley, „The Common Law and the Political Constitution“, *Law Quarterly Review*, 2001, vol. 117, s. 42.

37 Se f.eks. Jonathan Morgan, „Law's British Empire“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, vol. 22, s. 737 ff.

38 Hvidbogen kap. 2, pkt. 2.10.

39 Se f.eks. Jonathan Morgan, „Law's British Empire“, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2002, vol. 22, s. 737 ff.

40 *A, X, Y and Others v. Secretary of State for the Home Department*, Court of Appeal, afsagt 25. oktober 2002.

41 Colin Warbrick og Dominic McGoldrick, „September 11 and the UK Response“, *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, vol. 52, s. 253-255.

42 Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 24.

43 Wienerkonventionen om Traktatretten art. 26-27.

44 Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 23 og 119. Jf. hertil ovenfor i kap. 1.

45 Lov nr. 285 af 29. maj 1992.

46 Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret.

47 Ibid. s. 196-197. Jf. hertil drøftelsen i kap. 2.

48 Der kan f.eks. henvises til *Juristen*, 2001, s. 41 ff. med et særligt tema om Højesteret, samt Gorm Toftegaard Nielsen, „Domstolene som den tredje statsmagt“, i Gorm Toftegaard Nielsen (red.), *Hvem tog magten?*, 2001.

49 Lovfortolkningens systematik vil være forskellig alt efter, hvilken retsdisciplin og hvilket retligt dokument man taler om. F.eks. er analogislutninger ikke udelukket i civilretlige sager, hvorimod strafferetten udelukker dem, jf. princippet om ingen straf uden lov, *nulla poena sine lege*, i Strl § 1. Et testamente er et særligt retligt dokument, idet det modsat en lovtekst er ensidigt udformet, og derfor kræves en anden type fortolkning.

50 I takt med en større og større lovregulering og dermed mindre overskuelighed, er forarbejder blevet et middel til afhjælpning af denne uoverskuelighed. Først efter 1993 blev det tilladt de britiske domstole at orientere sig i loves forarbejder. Det skete med sagen Pepper v. Hart [1993] AC 593, 1 All ER 42.

51 Jens Elo Rytter, „Legal Integration British Style – The Impact of the ECHR on UK Law in a Danish Comparison“ i Agnete Weis Bentzon, Byriel Bjørst og Henning Koch

(red.), *Retskulturer*, Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet, 2002, s. 55.

52 UfR 1989 s. 928 (Tvangsanbringelse af barn), UfR 1990 s. 13 (Jydebrødre-sagen) og UfR 1990 s. 181 (Hørsholm-sagen).

53 Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret, s. 146.

54 Jeffrey Goldsworthy, *The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy*, 2001, s. 3.

55 Bl.a. Gorm Toftegaard Nielsen, „Domstolene som den tredje statsmagt", i Gorm Toftegaard Nielsen (red.), *Hvem tog magten?*, 2001, s. 147 ff. og Henrik Zahle, „Domstolene skal ikke (længere) være upolitiske, *Lov & Ret*, 1997, nr. 5, s. 26-28.

56 Betænkning nr. 1319/1996. Domstolsudvalgets betænkning.

57 UfR 1996.1300 og UfR 1998.800 om 20 danske borgeres ret til at føre sag ved Højesteret vedr. Maastricht-traktaten.

58 UfR 1999.841.

59 Bernhard Gomard, „Et retspolitisk program for dommerskabt ret", Torben Jensen, W.E. von Eyben og Mogens Koktvedgaard (red.), *Højesteret 1661-1986*, 1986, s. 59.

60 Henrik Zahle, „Domstolene skal ikke (længere) være upolitiske", *Lov&Ret*, nr. 5, 1997, s. 26.

KAPITEL 9

MENNESKERETTIGHEDER SOM BESKYTTELSE OG MAGTFAKTOR

INKORPORERINGENS BETYDNING FOR RETSPRAKSIS

Debatten om magtfordeling i relation til inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i dansk ret i 1992 udsprang af problemstillinger, som drejer sig om afgrænsningen af den judicielle kompetence over for den legislative – altså domstolsmagten over for lovgivningsmagten – i et demokratisk samfund. Der blev i denne debat fokuseret på to forskellige aspekter af magtproblematikken: For det første var man optaget af risikoen for, at inkorporering af EMRK ville reducere *lovgivningsmagtens* indflydelse på den måde, hvorpå konventionsforpligtelserne gennemføres i dansk ret. For det andet var der en vis bekymring for, at *domstolenes* beføjelser ville blive øget ikke alene som følge af lovgivningsmagtens svækkede indflydelse, men tillige i kraft af muligheden for, at danske domstole gennem selvstændig fortolkning af EMRK kunne komme til at tillægge konventionsnormerne et videregående indhold end det, der følger af den internationale normudvikling, som Danmark er bundet af.[1] Det overordnede budskab fra lovgivningsmagten i forbindelse med inkorporeringslovens vedtagelse var derfor *judiciel tilbageholdenhed* – et budskab, som dog indgik i en ganske kompleks sammenhæng, og som undertiden synes at være blevet overfortolket.

Til trods for, at inkorporeringen af EMRK i princippet blev anset for blot at ville kodificere den i forvejen bestående retstilstand,[2] må overvejelserne om dens implikationer for magtfordelingen i nogen grad have været baseret på en forventning om, at inkorporeringen ville gøre en forskel med hensyn til konventionsnormernes retskildemæssige status og gennemslagskraft i dansk ret. Flere forhold tyder da også på, at udviklingen har været som forventet. Det er uden tvivl den almindelige erfaring blandt jurister, at EMRK nu anvendes oftere af danske domstole og – om end i mindre omfang – af administrative myndigheder. Dette kan desuden påvises statistisk, idet en opgørelse over domstolsafgørelser for perioden 1992-2001 fandt følgende

antal tilfælde, hvor EMRK er blevet påberåbt og/eller anvendt i danske retssager:

1992: 4 sager
1993: 3 sager
1994: 9 sager
1995: 11 sager
1996: 13 sager
1997: 15 sager
1998: 14 sager
1999: 43 sager
2000: 34 sager
2001: 12 sager (for første halvår).[3]

Denne udvikling i anvendelsen af EMRK-normer behøver ikke nødvendigvis at bero på inkorporeringsloven fra 1992, og i hvert fald ikke udelukkende på denne lovs formelle betydning som grundlag for konventionens retskildevirkning. En anden årsag kan have været, at inkorporeringen som led i en mere generel politisk-juridisk tendens har skabt øget opmærksomhed på menneskerettighedskonventioners betydning og dermed bidraget til, at EMRK oftere er blevet påberåbt i konkrete sager ved domstolene.[4] Selv uden formel inkorporering kunne danske domstole have anvendt EMRK som del af retsgrundlaget, i det omfang de fandt konventionen relevant for afgørelsen af aktuelle spørgsmål i de forelagte sager. Allerede forud for inkorporeringslovens gennemførelse var der således sket en ret markant udvikling i Højesterets anvendelse af denne konvention i sager, hvor den blev anset for relevant.[5]

De pågældende højesteretsafgørelser bevirker i øvrigt, at inkorporeringslovens selvstændige betydning for EMRK's status og anvendelse i retspraksis ikke lader sig fastslå med sikkerhed. Man kan på den ene side forestille sig, at domstolene også uden nogen formel inkorporering ville have fortsat den udvikling i anvendelsen af EMRK-normer, som Højesteret med sine præcedensskabende afgørelser havde sat i gang. På den anden side kan man vanskeligt undgå den tanke, at Højesterets markante afgørelser i 1989 – kort tid efter nedsættelsen af det udvalg, som forberedte gennemførelsen af inkorporeringsloven[6] – kan have været influeret af netop den kendsgerning, at Folketinget da havde igangsat den proces, som skulle resultere i inkorporeringen af EMRK.

Både parternes hyppigere henvisninger til EMRK og domstolenes øgede anvendelse af EMRK-normer kan således ses som resultat af flere samvirkende udviklingsfaktorer, som formodentlig i nogen grad har forstærket hinanden. Samtidig må det imidlertid fremhæves, at inkorporeringsloven næppe har været den eneste juridiske årsag til øget anvendelse af EMRK i konkrete retssager. En væsentlig del af den store stigning i antallet af EMRK-sager fra 1998 til 1999, som delvist holdt ved i 2000, må efter al sandsynlighed tilskrives de ændringer, der i 1996 og 1998 blev foretaget i udlændingelovens udvisningsregler. Som følge heraf er det i højere grad EMRK art. 8 end bestemmelser i den danske udlændingelov, der har udgjort hjemmelsgrundlaget for de proportionalitetsafvejninger, der skal foretages i de enkelte udvisningssager. Betydningen af EMRK i denne sammenhæng blev for alvor fastslået af Højesteret i november 1998 og maj 1999, hvorefter fulgte endnu et større antal landsrets- og højesteretsdomme på dette sagsområde.[7]

INKORPORERING, DEMOKRATI OG RETSSIKKERHED

Mens inkorporeringen af EMRK uden tvivl har haft betydning for selve anvendelsen af denne konvention i det danske retssystem, er det noget vanskeligere at vurdere, hvilken kvalitativ vægt domstolene i de konkrete beslutningssituationer, hvor der eventuelt består en konflikt mellem EMRK og en dansk lovbestemmelse, lægger på den omstændighed, at konventionen er blevet formelt inkorporeret. Der findes eksempler på domstolsafgørelser, som udtrykkeligt fremhæver dette forhold, men dette behøver ikke nødvendigvis at betyde, at EMRK her udelukkende er blevet anvendt som retsgrundlag i kraft af inkorporeringen.[8] Man kan dog måske forestille sig, at henvisning til inkorporeringsloven særligt skal tjene til at underbygge afgørelser, der på grundlag af EMRK tilsidesætter en dansk lovbestemmelse eller i væsentlig grad indskrænker dens tilsigtede anvendelsesområde. I de tidligere nævnte udvisningssager kan man således næppe udelukke, at det kan have haft betydning for Højesterets intensive kontrol med udvisningsbeslutningerne, at den generelle forudsætning om overholdelse af EMRK, som består allerede i kraft af inkorporeringsloven fra 1992, var blevet gentaget og fremhævet i forarbejderne til udlændingelovens skærpede udvisningsbestemmelser fra 1996 og 1998.

I den kontroversielle sag om holdbarheden af et lovbestemt indfødsretskrav i forbindelse med udstedelse af taxavognmandsbevillinger henviste

Vestre Landsret ved tilsidesættelsen af dette krav til inkorporeringsloven.[9] Dette må formentlig ses i lyset af, at indfødsretskravet netop var lovbestemt, hvorfor landsretten ligeledes fandt anledning til at bemærke, at der ikke var holdepunkter for at antage, at der ved indførelsen af dette indfødsretskrav havde været tilsigtet nogen tilsidesættelse af Danmarks forpligtelser efter EMRK eller andre konventioner.[10] Højesteret anså derimod EMRK for uanvendelig på forholdet og vurderede herefter alene holdbarheden af indfødsretskravet på grundlag af FN-konventionerne om civile og politiske rettigheder, henholdsvis om racediskrimination. Som led i sin godkendelse af indfødsretskravet lagde Højesteret overordentlig stor vægt på lovgivningsmagtens skøn i forbindelse med et politisk ønske om at tilgodese „nærmere angivne lovlige formål".[11] At Højesteret anlagde denne tilgangsvinkel ved sin prøvelse kan tænkes at bero på, at disse FN-konventioner til forskel fra EMRK ikke er inkorporeret i dansk ret. Dette kan muligvis være en del af forklaringen på, at man ikke – som ved formel inkorporering – ville operere med en formodning imod konventionsbrud med det prøvelsestema og den oplysningsbyrde for lovgivningsmagten, der følger heraf.[12]

Ud over at sikre – og i visse tilfælde forøge – den menneskeretlige *beskyttelse* af enkeltpersoner kan formel inkorporering tillige anskues som en *demokratisk legitimering* af, at domstolene anvender internationale normer som retsgrundlag på linje med rent nationale lovbestemmelser. Mens anvendelsen af ikke-inkorporerede konventionsnormer i nogen grad afhænger af domstolenes vilje og åbenhed over for international ret, er inkorporering udtryk for, at lovgivningsmagten har taget stilling til de internationale normers retskildestatus og til løsningen af de normkonflikter, som kan opstå i forhold til almindelige lovbestemmelser.[13] Både det hjemmelsmæssige grundlag for konventionernes anvendelse i national ret og konventionsnormernes retskildemæssige gennemslagskraft over for national lovgivning vil således kunne afklares i forbindelse med inkorporering ved lov.

Ved denne form for legislativ stillingtagen til mulige normkonflikter opnås desuden en ikke ubetydelig *retssikkerhedsmæssig* fordel. Anvendelse af konventionsnormer alene på grundlag af ulovhjemlet domstolspraksis kan give anledning til betydelig usikkerhed for de involverede parter, ikke mindst på grund af manglende forudsigelighed. Den synliggørelse af konventionernes status som retskilde, der sker i og med vedtagelsen af en lov om inkorporering, vil ikke alene skabe øget opmærksomhed om den enkelte konventions anvendelsesområde og klargøre, at den i princippet er anvendelig som retsgrundlag i Danmark. Formel inkorporering vil tillige

reducere usikkerheden om, hvordan danske domstole vil forholde sig i tilfælde af konflikt mellem en national lovbestemmelse og en international konvention.[14]

JUDICIEL KONTROL CONTRA DEMOKRATISK INDFLYDELSE?

Uanset den demokratiske legitimering, der ligger i formel inkorporering af menneskerettighedskonventioner, vil disse konventioner stadig være genstand for fortolkning i nationale og internationale kontrolinstanser, for EMRK's vedkommende navnlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det indebærer en betydelig udvikling over tid af det normative indhold i de enkelte EMRK-bestemmelser, idet disse gennemgående er vagt og upræcist formuleret og derfor normalt vil være åbne for det, der betegnes som *dynamisk fortolkning*. Rationalet bag denne fortolkningsstil er, at den betragtes som nødvendig for at sikre konventionens relevans som et effektivt instrument til reel beskyttelse af grundlæggende menneskerettigheder under de til enhver tid eksisterende samfundsforhold, „present-day conditions".[15]

Denne form for judiciel virksomhed bliver uundgåeligt *retsskabende*, hvilket af nogle iagttagere anses for at udgøre det egentlige demokratiske legitimitetsproblem, som ikke bliver løst gennem inkorporeringslovgivning. Den dynamiske fortolkningsstil hævdes endvidere at skabe stor retsusikkerhed, idet den kan gøre det vanskeligt eller umuligt at forudse morgendagens retstilstand. Som skræmmende perspektiv anføres det, at der vil opstå en europæisk elite af dommere ved EF-Domstolen og Menneskerettighedsdomstolen, der sammen med nationale forfatnings- og højesteretsdommere vil udvikle en fælles retskultur ved dynamiske eller kreative fortolkninger.[16] Ifølge denne udlægning kan resultatet blive juridisk selvforherligelse og foragt for demokratiet, hvilket knap nok kan undre, når vurderingen fremkommer på baggrund af en karakteristik af menneskerettighederne som „nærmest … en religion", en „nyreligiøsitet" som er godt på vej til at flytte magten fra de folkevalgte parlamenter til en lille dommerelite.[17]

Realiteterne i den dynamiske konventionsfortolkning er dog ikke helt så langt fra idealet om statsmagtens demokratiske forankring, som skræmmebilledet skal vise. Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tager stilling til, hvad en given EMRK-bestemmelse skal rumme af beskyttelsesforpligtelse for staten under „present-day conditions", anvendes typisk en dobbelt-komparativ metode, hvorved fortolkningen bliver knyttet til

de eksisterende retskilder. Det undersøges da, hvordan det foreliggende spørgsmål er reguleret dels i andre relevante konventioner, dels – og ikke mindst – hvorvidt der er en fælles retsopfattelse eller egentlig konsensus mellem de europæiske stater, der har tilsluttet sig EMRK.[18] Der er altså ikke tale om nogen friretlig kreativitet. Imidlertid må det medgives, at der i en sådan normudviklingsproces på grundlag af konventionsbestemmelserne kan være risiko for en vis grad af uforudsigelighed. Dette er dog næppe noget enestående for menneskeretlige konventioner, og risikoen kan forklares på anden vis end ved, at disse normer skulle have quasi-religiøs karakter.

Flere faktorer kan spille ind, når Menneskerettighedsdomstolen skal tage stilling til, *hvor* megen dynamik man vil udfolde for at give EMRK et reelt beskyttelsesindhold i forhold til en konkret sag. Ud over den aktuelle bestemmelses præcisionsgrad og de nævnte komparative elementer – eksistensen af et sammenfaldende eller dominerende mønster i international ret og i de europæiske staters nationale ret – kan det have betydning, om den indklagede stat tidligere har fået lejlighed til at regulere det pågældende sagsområde. Er der tale om et menneskeretligt problem, som ikke klart indebærer brud på konventionen, og som desuden kræver, at der træffes valg mellem forskellige løsningsmuligheder, vil Menneskerettighedsdomstolen som udgangspunkt indrømme staten en *margin of appreciation*, dvs. et frirum som staten selv kan udfylde ved at træffe foranstaltninger med henblik på at regulere området under respekt af EMRK's grundlæggende principper. Dette vil i særlig grad være tilfældet med hensyn til staternes opfyldelse af positive forpligtelser efter konventionen.[19]

Hvis et sådant frirum herefter *ikke* udnyttes af staten til at foretage de nødvendige politiske skøn og handle derefter, kan marginen blive indsnævret i eventuelle efterfølgende klagesager om samme problem. En sådan form for beslutningsdynamik har eksempelvis vist sig i en række sager, hvor spørgsmålet var, hvorvidt EMRK art. 8 om respekt for privatlivet indebærer en positiv pligt for staterne til at anerkende transseksuelles kønsskifte i form af ændring af identitetsangivelsen i civile registre. Efter at have frifundet Storbritannien i flere tilfælde, hvor post-operative transseksuelle havde klaget over manglende juridisk anerkendelse af deres nye køn, statuerede Menneskerettighedsdomstolen i juli 2002, at den indklagede stat nu havde opbrugt sin *margin of appreciation* ved ikke at træffe de foranstaltninger, som måtte kræves til opfyldelse af art. 8. Begrundelsen indeholdt følgende illustrative passus:

> In the previous cases from the United Kingdom, this Court has since 1986 *emphasised the importance of keeping the need for appropriate legal measures under review* having regard to scientific and societal developments. … Most recently in the Sheffield and Horsham case in 1998, it observed that the respondent State had not yet taken any steps to do so despite an increase in the social acceptance of the phenomenon of transsexualism and a growing recognition of the problems with which transsexuals are confronted … *the need to keep this area under review was expressly re-iterated*. Since then, a report has been issued in April 2000. … Nothing has effectively been done to further these proposals and in July 2001 the Court of Appeal noted that there were no plans to do so …
>
> Having regard to the above considerations, the Court finds that the respondent Government *can no longer claim that the matter falls within their margin of appreciation*, save as regards the appropriate means of achieving recognition of the right protected under the Convention. Since there are *no significant factors of public interest to weigh against the interest of this individual applicant* in obtaining legal recognition of her gender re-assignment, it reaches the conclusion that the fair balance that is inherent in the Convention now tilts decisively in favour of the applicant. There has, accordingly, been a failure to respect her right to private life in breach of Article 8 of the Convention.[20]

Den indklagede stat havde altså fået chancen for at opfylde sin internationale forpligtelse, men ikke udnyttet den, hvorefter Menneskerettighedsdomstolen nu pålagde den at træffe de nødvendige foranstaltninger ved at erklære passiviteten konventionsstridig – men stadig med respekt for statens adgang til selv at beslutte, hvilke midler den ville anvende for at opnå den krævede retstilstand. Denne tilgang til udøvelsen af judiciel kontrol er ikke ukendt på nationalt plan i Danmark. Hvis lovgivningsmagten bevidst efterlader et spørgsmål uafklaret eller undlader at foretage tilstrækkelig afklaring heraf, kan det under visse omstændigheder føre til, at domstolskontrollen bliver skærpet. Ræsonnementet bag en sådan intensivering af kontrollen kan formentlig beskrives på den måde, at når der består en legislativ magt med hensyn til gennemførelsen af menneskerettigheder, så følger hermed også en forpligtelse til at udøve de politiske skøn, som dette indebærer. Lever lovgivningsmagten ikke op til den forpligtelse, vil domstolene – i hvert fald undertiden – overtage beslutningen.[21]

En situation af denne art kan opstå ved, at lovgivningsmagten udtrykkeligt har henskudt den nærmere stillingtagen til rækkevidden af internationale forpligtelser til domstolene, således som det i Danmark er sket med proportionalitetsafvejningen ved udvisning efter de skærpede bestemmelser

herom i udlændingeloven.[22] Situationen kan endvidere forekomme, hvis lovgivningsmagten blot har forholdt sig passiv på et område, der senere forelægges domstolene til afgørelse på en måde, som bevirker, at de ikke kan komme uden om at tage stilling.

En sådan passivitet vil ikke sjældent kunne komme til at foreligge i forbindelse med de justeringer af national ret, der viser sig nødvendige på baggrund af afgørelser fra Menneskerettighedsdomstolen eller andre internationale kontrolinstanser, som indebærer en nyfortolkning af konventionen. I disse tilfælde behøver lovgivningsmagtens passivitet på ingen måde være udtryk for, at man har afvist at ændre national ret, men skyldes måske blot, at behovet for ny lovgivning ikke er blevet erkendt, før der foreligger en aktuel konflikt mellem dansk ret og EMRK i en konkret sag.[23] Netop i forbindelse med gennemførelsen af inkorporeringsloven blev lovgiverpassivitet da også angivet som en mulig undtagelse fra den almindelige forudsætning om, at domstolene burde afholde sig fra selvstændig fortolkning af konventionen og i stedet overlade det til lovgivningsmagten at træffe de fornødne valg for at undgå egentlig konflikt med EMRK. Som en potentiel begrænsning af den legislative magt, hvor denne ikke bliver udnyttet, anførtes i forarbejderne til inkorporeringsloven angående domstolenes forudsatte tilbageholdenhed:

> Dette gælder i hvert fald første gang problemet opstår. Afstår lovgivningsmagten fra at gennemføre lovgivning, kan domstolene være nødt til at tage stilling.[24]

Også i denne sammenhæng er der dog grund til at fremhæve, at lovgivningsmagtens kompetence i princippet forbliver intakt, selvom domstolene har anset det for nødvendigt i første omgang at træffe en afgørelse, der tilpasser dansk ret til den aktuelle internationale forpligtelse. Er der politisk ønske herom, kan der efterfølgende vedtages ny lovgivning, som tager stilling til den udvikling, der er sket i konventionens normindhold. Hvis det da tilsigtes at undlade dansk opfyldelse af konventionsforpligtelsen, vil det i så fald være regeringen og Folketinget, der har påtaget sig ansvaret for at tilsidesætte den internationale forpligtelse med de folkeretlige og udenrigspolitiske implikationer, dette måtte have.

MINIMUMKRAV, BESLUTNINGSSTRUKTUR OG JUDICIABILITET

Den måde, hvorpå et menneskerettighedsproblem bliver præsenteret for den nationale eller internationale domstol, kan have betydning for, om problemet bliver genstand for judiciel løsning, eller det bliver overladt til legislativ afklaring. Selv med hensyn til de typer menneskeretlige normer, der ofte anses som ikke-judiciable på grund af manglende præcision eller væsentlige implikationer for den politiske magts beslutninger, kan der forekomme tilfælde, hvor en domstol ikke vil have samme anledning til tilbageholdenhed som normalt. Under visse omstændigheder kan en prøvelsessag være forløbet – eller prøvelsesprocessen blive tilrettelagt – på en måde, der i realiteten gør det umuligt for kontrolinstansen at undgå at foretage en vis bedømmelse af problemet med den påberåbte menneskerettighedsnorm som målestok.

Hvis der eksempelvis er tale om en konventionsnorm, der foreskriver gennemførelse af offentlige foranstaltninger inden for det sundheds- eller socialpolitiske område, og der under en prøvelsessag fremskaffes tilstrækkelige oplysninger om statens passivitet i så henseende, kan en judiciel kontrolinstans tænkes at være nødsaget til at konstatere mangelfuld opfyldelse af konventionens minimumforpligtelse. En påstand om iværksættelse af bestemte foranstaltninger ville derimod langt vanskeligere kunne tages til følge, da dette ikke alene ville forudsætte en mere præcis retlig målestok, men desuden ville indebære aktiv indblanding i den ressourceprioritering og de gennemførelsesvalg, som forudsætter et politisk mandat og derfor normalt må betragtes som legislative anliggender.[25]

Dette illustrerer samtidig, at der i et internationalt menneskerettighedsperspektiv næppe er noget forhold med hensyn til de konkrete beslutningers art eller retsgrundlag, som nødvendigvis bevirker, at beslutningen som sådan er *unddraget* enhver retlig normering og kontrol. Ganske vist kan der være forhold ved gennemførelsesforanstaltningerne eller ved retssystemerne på nationalt niveau, som fører til tilbageholdenhed i den judicielle kontrol.[26] Har en rettighed opnået anerkendelse som international norm, vil det derimod ikke på forhånd være udelukket at foretage judiciel prøvelse af, om en given beslutning lever op til den menneskeretlige forpligtelse, om end prøvelsestemaet og -grundlaget som sagt kan være bestemmende for den retlige reaktion. *Judiciabilitet* er ikke udelukkende et abstrakt spørgsmål om enten-eller, men snarere et spørgsmål om det konkrete kontrolbehov og

realiseringen heraf ud fra en mere kompleks bedømmelse af omstændighederne i det enkelte tilfælde.

Når den traditionelle forestilling om, at ressourceprioriteringer er rent politiske anliggender uden retlige bindinger og derfor heller ikke undergivet judiciel kontrol, således må modificeres, beror det ikke mindst på, at sondringen mellem sociale og økonomiske rettigheder på den ene side og civile og politiske rettigheder på den anden kan være upræcis og misvisende. Ofte vil der – også i den konkrete prøvelsessituation – bestå en sammenhæng mellem disse rettighedstyper, som tilsiger kontrol med overholdelse af sociale og økonomiske minimumstandarder.[27] En sådan sammenhæng kan da ligeledes afsvække de demokratihensyn, der ellers taler for tilbageholdende prøvelse vedrørende sådanne rettigheder. Hertil kommer, at der undertiden er en tendens til at behandle sociale og økonomiske rettigheder under ét uden at differentiere vurderingen af judiciabilitetsspørgsmålet under hensyn til, at det dækker over ganske forskelligartede forhold fra generel ejendomsregulering til sikring af minimumstandarder vedrørende grundlæggende eksistensvilkår, som er retligt beskyttet af internationale menneskerettighedskonventioner.

Magtfordelingsproblemet i forbindelse med beskyttelsen af menneskerettigheder bør formentlig mere generelt anskues ud fra en erkendelse af, at nogle spørgsmål om realisering af disse rettigheder ikke *kan* afgøres definitivt på det legislative niveau. Selvom visse forhold som udgangspunkt må reguleres generelt af lovgivningsmagten og faktisk bliver det, er det ikke dermed givet, at der legislativt kan tages højde for enhver situation, der i fremtiden vil skulle bedømmes efter den én gang vedtagne regel. Grundrettigheder – her mere specifikt sådanne, som er beskyttet i internationale konventioner – bliver i et vist omfang realiseret i retssystemet på anden vis end gennem simpel retsanvendelse. Undertiden har disse rettigheder snarere den funktion, at de bidrager til at definere og strukturere den retlige beslutningsramme ved løsningen af konkrete konfliktsituationer, som uden en sådan normativ tilgang ville tage sig anderledes ud.[28] Til illustration kan nævnes spørgsmål om indskrænkning af ytringsretten under henvisning til modstående private interesser,[29] om anvendelse af tvangsbøder over for en enlig mor, der nægter at oplyse barnefarens identitet,[30] om afskedigelse på grund af manglende opfyldelse af et kontraktvilkår om medlemskab af en bestemt organisation eller om forringede arbejdsvilkår som følge af nægtelse af forhandlingsret.[31] Retlige konflikter som disse vil kunne blive bedømt på

vidt forskellige forudsætninger og muligvis med divergerende resultat, alt efter om de relevante menneskeretlige normer bliver inddraget i retsgrundlaget eller ej. I praksis vil det her ofte have afgørende betydning, hvordan den pågældende domstolsinstans klarer at få sagens konkrete omstændigheder retligt kvalificeret, og med hvilken juridisk kvalitet den fremlægger sin argumentation for resultatet.

Sådanne normative faktorer og de afvejninger, de danner grundlag for, er normalt uløseligt forbundet med den konkrete konfliktsituation, og de må formuleres og foretages som led i den judicielle retsanvendelse, uanset at der herved også kan blive tale om en form for retsskabende virksomhed. Det giver i visse tilfælde ikke reel mening at insistere på legislativ stillingtagen hertil. I dette menneskeretlige perspektiv kan magtfordelingsproblemet derfor nok snarere formuleres som et kvalitativt spørgsmål om, hvilket retsgrundlag der er relevant i den konkrete beslutningssituation, og hvorledes det anvendes, end som et formelt spørgsmål om mere eller mindre faste kriterier for kompetencens placering hos enten de lovgivende eller de dømmende magtinstanser.

NOTER

1 Se herom nærmere i kapitel 2, særligt indledningsafsnittet.
2 Jf. Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 147 og s. 193 samt bemærkningerne til forslaget til lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FT 1991-92, tillæg A sp. 5465.
3 Jf. Betænkning nr. 1407/2001 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 36. Opgørelsen er baseret på domstolsafgørelser offentliggjort i *Ugeskrift for Retsvæsen*.
4 Dette er blevet fremhævet som et selvstændigt formål med inkorporeringen, jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 147 og FT 1991-92, tillæg A sp. 5471. Se ligeledes Betænkning nr. 1407/2001, s. 142-43.
5 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 111 og s. 146-47. Se ligeledes Betænkning nr. 1407/2001, s. 301.
6 Jf. Betænkning nr. 1220/1991, s. 9, s. 64-65 og s. 111.
7 Se herom nærmere i kapitel 6, særligt det afsluttende afsnit.
8 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 141 med henvisning til eksempler fra retspraksis.

9 Vestre Landsrets tilsidesættelse af indfødsretskravet skete på grundlag af diskriminationsforbudet i EMRK art. 14, sammenholdt med bestemmelsen i Protokol nr. 1, art. 1 om beskyttelse af ejendomsret.

10 UfR 2002 s. 1789 (s. 1793-94).

11 Ibid. (s. 1797). Se kritisk hertil Jonas Christoffersen, „Højesterets prøvelse af folkeretlige diskriminationsforbud", *UfR* 2002 B, s. 410-12 og Ole Spiermann, „Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner", UfR 2002 B, s. 420.

12 En sådan formodning imod konventionsbrud kan også betragtes som en *korrektionsformodning* i konventionsnormens favør, se nærmere kapitel 2, afsnittet om modifikation af magtfordelingsforudsætningerne.

13 Jf. Betænkning nr. 1407/2001, s. 140-41.

14 Jf. hertil Jens Vedsted-Hansen, „Internationale menneskerettigheder – national retspolitik", i Jens Evald & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, 2002, s. 217-21.

15 Jf. Peer Lorenzen m.fl., *EMRK-kommentar*, 2. udgave, bind 1, 2003, s. 45-47 med henvisning til domstolspraksis, blandt andet den nedenfor omtalte *Christine Goodwin v. UK*, dom af 11. juli 2002, para. 74.

16 Jf. Gorm Toftegaard Nielsen, „Domstolene som den tredje statsmagt", i samme (red.), *Parlamentarismen – hvem tog magten?*, 2001, s. 176-79.

17 Ibid. s. 179, jf. s. 147. Se hertil Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 43: „Langt på vej er der imidlertid tale om en udvikling, som Folketing og regering selv har lagt grunden til ved traktatindgåelse og lovgivning."

18 Jf. Peer Lorenzen m.fl., *EMRK-kommentar*, 2. udgave, bind 1, 2003, s. 46.

19 Jf. hertil Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 381-82 og s. 385-86.

20 *Christine Goodwin v. UK*, dom af 11. juli 2002, para. 92-93 (fremhævet her).

21 Jf. hertil Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 405-09.

22 Se herom nærmere i kapitel 6.

23 Jf. hertil diskussionen i kapitel 2 af EMRK-lovens forudsætninger, særligt hvad angår holdbarheden af forudsætningen om lovgivningsmagtens gennemførelsesansvar.

24 Betænkning nr. 1220/1991, s. 198, jf. tilsvarende FT 1991-92, tillæg A sp. 5469.

25 Jf. hertil drøftelsen med eksempler i kapitel 7, afsnittet om normgrundlag og reaktionsformer ved judiciel kontrol.

26 Se betoningen heraf hos Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder*, 2000, s. 359-73 og tilsvarende i „Judicial Review of Legislation – a Sustainable Strategy on the Enforcement of Basic Rights", i Martin Scheinin (red.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, 2001, s. 153-59. Se tillige Jens Peter Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, 2003, s. 39-41, hvor grænserne for domstolsprøvelse af politisk-økonomiske prioriteringsspørgsmål behandles adskilt fra drøftelsen af spørgsmålet om domstolsprøvelse af menneskerettighedsspørgsmål, jf. s. 41-43.

27 Se nærmere herom i kapitel 2's afsnit om den integrerende metode.

28 Jf. hertil Henrik Palmer Olsen, „Noget nyt og noget gammelt", Retsvidenskabeligt Institut B (red.), *Grundrettigheder*, 2000, s. 35.

29 Jf. hertil fremstillingen i kapitel 5.

30 Se UfR 2003 s. 1409, hvor Østre Landsret ikke synes at have haft øje for det forhold, at håndhævelse af morens oplysningspligt kunne udgøre et indgreb i hendes ret til privatliv, som eventuelt måtte afvejes over for barnets modstående ret til oplysning om sin identitet, ligeledes beskyttet efter EMRK art. 8.

31 Jf. hertil fremstillingen i kapitel 3.

LITTERATUR

Ahsan, Mohammed & Andreas Christensen: „Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udvisningspraksis", *Juristen* 2000, s. 365-81.

Andersen, Jon: i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Andersen, Poul: *Dansk Statsforfatningsret*, 3. udg., Gyldendal, 1954.

Arendt, Hannah: *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt, Brace, 1951.

Barber, N.W.: „Sovereignty Re-examined: The Courts, Parliament, and Statutes", *Oxford Journal of Legal Studies* 2000, Vol. 20, s. 131-54.

Bernt, Jan Fridthjof: „Kan kommunalt selvstyre og rettssikkerhet forenes?", *Lov og rett* 1994, s. 67-92.

Blackstone, William: *Commentaries on the Laws of England*, Book 1, 3rd ed., London 1862.

Bogaert, Stefaan Van den (ed.): *Social Security, Non-Discrimination and Property. The Consequences of the Judgment of the European Court of Human Rights of 16 September 1996 in the Gaygusuz Case*, 1997.

Boven, Theo C. van et al. (ed.): *The Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights*, SIM Special No. 20, Netherlands Institute of Human Rights, 1998.

Bukh, Marianne Holdgaard: *Modafhøring af vidner. Menneskeretlige krav til straffeprocessen*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

Campbell, Tom: „Incorporation through Interpretation", i Tom Campbell, Keith D. Ewing & Adam Tomkins (eds.), *Sceptical Essays on Human Rights*, Oxford University Press, 2001.

Christensen, Bent: *Forvaltningsret – Hjemmelspørgsmål*, Juristforbundets Forlag, 1980.

Christensen, Bent: „Domstolene og lovgivningsmagten", *Ugeskrift for Retsvæsen* 1990 B, s. 73-83.

Christensen, Bent: *Forvaltningsret. Opgaver. Hjemmel. Organisation*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Christensen, Jens Peter: *Domstolene – den tredje statsmagt*, Magtudredningen, 2003.

Christoffersen, Jonas: „Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000 B, s. 593-600.

Christoffersen, Jonas: „Folkerettens virkning i dansk ret", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2001 B, s. 143-48.

Christoffersen, Jonas: „Højesterets prøvelse af folkeretlige diskriminationsforbud", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2002 B, s. 407-12.

Council of Europe. European Social Charter. *Committee of Independent Experts. Conclusions X-1* (1987), s. 74-75.

Council of Europe. European Social Charter. *European Committee of Social Rights. Conclusions XV-1*, Vol. 1 (2000), s. 153 f.

Denmark's 19th Report on the Application of the European Social Charter (Cycle XV-1), August 1999.

Dijk, Pieter van: „Protection of 'Integrated' Aliens Against Expulsion under the European Convention on Human Rights", *European Journal of Migration and Law* 1999, Vol. 1, s. 293-312.

Drzewicki, Krzysztof: „The right to work and rights in work", i Asbjørn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook,* 2nd rev. ed., Nijhoff, 2001, s. 223-43.

Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Duckworths, 1977.

Eide, Asbjørn: i *The Right to Food as a Human Right*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1987/23.

Eide, Asbjørn: „Future Protection of Economic and Social Rights in Europe", i Arie Bloed et al. (eds.), *Monitoring Human Rights in Europe. Comparing International Procedures and Mechanisms*, Nijhoff, 1993, s. 187-219.

Eskeland, Ståle: „Ressurser, rettssikkerhet og forvaltningens ansvar", i Anders Bratholm, Torkel Opsahl & Magnus Aarbakke (red.), *Samfunn, rett, rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoff*, TANO, 1986, s. 293-310.

European Social Charter, *Governmental Committee 12th report (1)*, 1988-89.

Ewing, Keith D.: „Legislation – The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review* 1999, Vol. 62, s. 79-99.

Eyben, Bo von, Jørgen Nørgaard & Hans Henrik Vagner: *Lærebog i erstatningsret*, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995.

Feldman, David: „The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles", *Legal Studies* 1999, Vol. 19, s. 165-206.

Frøbert, Knud Aage: *Massemediernes frihed og ansvar*, 3. udg., red. af Henriette Schjøth, Greens§Jura, 2000.

Garde, Jens: „Saglige krav", i Jens Garde m.fl., *Forvaltningsret. Almindelige emner*, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997, s. 131-237.

Garde, Jens & Michael Hansen Jensen: „Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed", *Juristen* 1998, s. 351-56.

Garde, Jens & Michael Hansen Jensen: „Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis – et tungtvejende fortolkningselement eller en ubetinget bindende retskilde?", *Juristen* 2002, s. 76-82.

Gearty, Conor A.: „Reconciling Parliamentary Democracy and Human Rights", *Law Quarterly Review* 2002, Vol. 118, s. 248-69.

Germer, Peter: *Ytringsfrihedens væsen*, Juristforbundets Forlag, 1973.

Gloppen, Siri: „Kampen for sosiale rettigheter – er rettssalen riktig arena?", *Mennesker & Rettigheter. Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter. Nordic Journal of Human Rights* 2003, Vol. 21, No 1, s. 61-75.

Goldsworthy, Jeffrey: *The Sovereignty of Parliament – History and Philosophy*, Clarendon Press, 2001.

Gomard, Bernhard: „Et retspolitisk program for dommerskabt ret", i Torben Jensen, W.E. von Eyben & Mogens Koktvedgaard (red.), *Højesteret 1661-1986*, Gad, 1986, s. 45-64.

Gomien, Donna, David Harris & Leo Zwaak: *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe, 1996.

Gray, John Chipman: *The Nature and Sources of the Law*, 2nd ed., Peter Smith, 1972.

Greve, Vagn: „Æreskrænkelser. Et diskussionsoplæg på grundlag af nyere retspraksis", *Juristen* 1975, s. 471-79.

Greve, Vagn, Asbjørn Jensen & Gorm Toftegaard Nielsen: *Kommenteret straffelov. Speciel del*, 7. omarb. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Habermas, Jürgen: *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Suhrkamp, 1962.

Habermas, Jürgen: *Borgerlig offentlighet – dens framvekst og forfall. Henimot en teori om det borgerlige samfunn*, 6. oplag, Fremad, 1980.

Heine, Kasper, Martin von Haller Grønbæk & Helen Holdt: *Internet.Jura*, GadJura, 1997.

Henrichsen, Carsten: *Retssikkerhed og moderne forvaltning. Et retspolitisk studie i samspillet mellem stat, forvaltning og borger*, Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, 1997.

Holmes, Stephen & Cass R. Sunstein: *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton, 1999.

Holmström, Barry: *Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland*, Uppsala University Library, 1998.

Homann, Gunnar: „Afvisning og udvisning", i Lone B. Christensen m.fl., *Udlændingeret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995, s. 393-450.

Homann, Gunnar: „Udvisning", i Lone B. Christensen m.fl., *Udlændingeret*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 605-91.

Hunt, Paul: „State Obligations, Indicators, Benchmarks and the Right to Education", *Human Rights – Law and Practice* 1998, Vol. 4, s.109-15.

Ingman, Terence: *The English Legal Process*, 9. udg., Oxford University Press, 2002.

Jørgensen, Mogens Heide: *Den kommunale interesse. Studier over kommunalrettens udvikling*, Gad, 1993.

Kessing, Peter Vedel: „Menneskeretslov blev en sovepude", *Lov & Ret* 1999, Nr. 4, s. 10-15.

Ketscher, Kirsten: *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990.

Knudsen, Astrid Lohmann & Sten Schaumburg-Müller: „Ytringsfrihed", *Justitia* 1983, nr. 1.

Koch, Ida Elisabeth: „Sociale grundrettigheder som judiciable rettigheder", *EU-ret & Menneskeret* 2001, Nr. 4, s. 169-81.

Koch, Ida Elisabeth: „The Justiciability of Indivisible Rights", *Nordic Journal of International Law* 2003, Vol. 72, No. 1, s. 3-39.

Koch, Ida Elisabeth & Jens Vedsted-Hansen: „Judicialised Protection of International Human Rights and the Issue of Power Balance", i Martin Scheinin (ed.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, Nordic Council of Ministers, 2001, Nord 2001:5, s. 175-217.

Kristiansen, Jens: *Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsret*, GadJura, 1997.

Lauridsen, Preben Stuer: *Pressefrihed og personlighedsret. Sammenlignende studier i dansk og udenlandsk ret*, Gyldendal, 1988.

Liebenberg, Sandra: „The Protection of Economic and Social Rights in Domestic Legal Systems", i Asbjørn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*, 2nd rev. ed., Nijhoff, 2001, s. 55-84.

Lindholm, Tore: „Verdenserklæringen av 1948 – et nybrottsverk", *Mennesker og Rettigheter* 1998, Nr. 1, s. 77-84.

Loiborg, Karsten: Kapitel 3 i Hans Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Lorenzen, Peer: „Danske domstole og menneskerettighederne", *Lov & Ret* 1999, Nr. 3, s. 4-10.

Lorenzen, Peer m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer* (EMRK-kommentarer), bind 1, 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Loveland, Ian: „Incorporating the European Convention on Human Rights into UK Law", *Parliamentary Affairs* 1999, Vol. 52, s. 113-27.

Lund, Anker Brink: *Den redigerende magt. Nyhedsinstitutionens politiske indflydelse*, Aarhus Universitetsforlag, 2002.

Mill, John Stuart: *On Liberty*. Her citeret fra Vilhelm Arntzens oversættelse, *Om Friheden*, Høst og Søns Forlag, 1876.

Montesquieu: *De l'esprit des lois*, 1748, (udg. Garniers, 1956).

Moore, Sally Falk: *Law as Process*, Routledge and Kegan Paul, 1978.

Morgan, Jonathan: „Law's British Empire", *Oxford Journal of Legal Studies* 2002, Vol. 22, s. 729-46.

Nielsen, Gorm Toftegaard: „Domstolene som den tredje statsmagt", i Gorm Toftegaard Nielsen (red.), *Parlamentarismen – hvem tog magten?*, Aarhus Universitetsforlag, 2001, s. 147-80.

Nielsen, Henrik Karl & Lars Adam Rehof: *International arbejdsret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

Notat af 15. januar 1998 fra Det Danske Center for Menneskerettigheder vedrørende lovforslag L 154 om ændring af udlændingeloven, straffeloven og ægteskabsloven samt lovforslag L 155 om integration af udlændinge i Danmark.

Notat af 12. marts 2002 fra Det Danske Center for Menneskerettigheder om forslag til lov om ændring af lov om aktiv socialpolitik og integrationsloven, www.humanrights.dk.

Nowak, Manfred: U.N. *Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N.P. Engel, 1993.

Olsen, Henrik Palmer: „Noget nyt og noget gammelt", i Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet (red.), *Grundrettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, s. 21-38.

Phillips, Gill: *Still Waiting for the Outrageous and Bizarre*. TimesOnline d. 1. oktober 2002. www.timesonline.co.uk/law.

Pontoppidan, Niels: „Lægeansvar – offentlige myndigheders erstatningsansvar", *Ugeskrift for Retsvæsen* 1985 B, s. 248-50.

Rehof, Lars Adam: „Menneskeretlige krav til den arbejdsretlige procesordning", *Ugeskrift for Retsvæsen* 1995 B, s. 49-57.

Revsbech, Karsten: *Nyere tendenser i dansk forvaltningsretlig teori – systemhensyn eller retssikkerhed*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1992.

The Right to Organise and to Bargain Collectively (2nd ed.). Human Rights. Social Charter Monographs – No. 5, 2001.

Rights Brought Home. The Human Rights Bill. Presented to Parliament by the Secretary of State for the Home Department. By Command of Her Majesty. October 1997, CM 3782.

Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed*, Nyt Nordisk Forlag, 1953.

Ross, Alf: „Om ytringsfrihed og grundlovsfortolkning", *Ugeskrift for Retsvæsen* 1973 B, s. 201-5.

Ross, Alf: *Dansk statsforfatningsret 2*, 3. gennemarb. udg., Nyt Nordisk Forlag, 1980.

Rytter, Jens Elo: *Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, Thomson/GadJura, 2000.

Rytter, Jens Elo: „Judicial Review of Legislation – a Sustainable Strategy on the Enforcement of Basic Rights", i Martin Scheinin (ed.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, Nordic Council of Ministers, 2001, Nord 2001:5, s. 137-74.

Rytter, Jens Elo: „Legal Integration British Style – The Impact of the ECHR on UK Law in a Danish Comparison", i Agnete Weis Bentzon, Byrial Bjørst & Henning Koch (red.), *Retskulturer*, Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 51-63.

Røberg, Kristine: „Common Law and the Human Rights Act 1998", *Retsvidenskabeligt Tidsskrift* 2003, 3. årg., www.rettid.dk.

Schaumburg-Müller, Sten: *Internationale handelsrelationer i retsteoretisk belysning*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Schaumburg-Müller, Sten: *Presseret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003.

Scheinin, Martin: „Economic and Social Rights as Legal Rights", i Asbjørn Eide, Catarina Krause & Allan Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights – A Textbook*, 2nd rev. ed., Nijhoff, 2001, s. 29-54.

Scheinin, Martin: „Protection of Economic, Social and Cultural Rights in Finland – A Rights-Based Variant of the Welfare State", i Martin Scheinin (ed.), *Welfare State and Constitutionalism – Nordic Perspectives*, Nordic Council of Ministers, 2001, Nord 2001:5, s. 245-85.

Scott, Craig: „The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms. Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights", *Osgoode Hall Law Journal* 1989, Vol. 27, No. 4, s. 769-878.

Sedley, Stephen: „The Common Law and the Political Constitution", *Law Quarterly Review* 2001, Vol. 117, s. 42-70.

Sen, Amartya: „The right not to be hungry", i Philip Alston & Katarina Tomasevski (eds.), *The Right to Food*, SIM, 1984, s. 69-81.

Smith, Eva: „Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourg-domstolens praksis?", *Juristen* 2001, s. 54-60.

Smith, Rhona K.M.: *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, 2003.

Spiermann, Ole: „Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner", *Ugeskrift for Retsvæsen* 2002 B, s. 412-21.

Sørensen, Max: *Statsforfatningsret*, 2. udg. ved Peter Germer, Juristforbundets Forlag, 1973.

Vedsted-Hansen, Jens: „Traktatforpligtelser som parlamentarisk anliggende", i *Grundlovens nutid og fremtid*, Årsberetning 1998 fra Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, 1999, s. 209-22.

Vedsted-Hansen, Jens: „Er politiske skøn blevet henlagt til Højesteret?", *Juristen* 2001, s. 44-48.

Vedsted-Hansen, Jens: „Internationale menneskerettigheder – national retspolitik", i Jens Evald & Sten Schaumburg-Müller (red.), *Om retspolitik*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2002, s. 215-31.

Vejledning om etiske principper i socialt arbejde, 1995. Vejledningen er baseret på „*The International Declaration of Ethical Principles*" vedtaget i 1990 af Den internationale sammenslutning af socialrådgivere, IFSW.

Warbrick, Colin & Dominic MacGoldrick: „September 11 and the UK Response", *International and Comparative Law Quarterly* 2003, Vol. 52, s. 245-55.

Werlauff, Erik: „Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning", *Juristen* 1997, s. 362-72.

Werlauff, Erik: „Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?", *Juristen* 1999, s. 73-75.

Wicks, Elizabeth: „The United Kingdom Government's Perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry", *Public Law* 2000, s. 438-55.

Willum, Bjørn: „Hjælp til at blæse i fløjten", *DJØFbladet* 2003, nr. 12, s. 4-6.

Young, James: „The Politics of the Human Rights Act", *Journal of Law and Society* 1999, Vol. 26, s. 1-5.

Zahle, Henrik: „Domstolene skal ikke (længere) være upolitiske", *Lov & Ret* 1997, Nr. 5, s. 26-28.

Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret 1. Institutioner og regulering*, 3. udg., Christian Ejlers' Forlag, 2001.

Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret 2. Regering, forvaltning og dom*, 3. udg., Christian Ejlers' Forlag, 2001.

Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret 3. Menneskerettigheder*, 3. udg., Christian Ejlers' Forlag, 2003.

BETÆNKNINGER

Betænkning nr. 543/1969 om det sociale tryghedssystem, struktur og dagpenge.

Betænkning nr. 553/1969 om forbud mod racediskrimination.

Betænkning nr. 664/1972 om det sociale tryghedssystem, service og bistand.

Betænkning nr. 698/1973 om behandling af borgerlige sager.

Betænkning nr. 968/1982 om udlændingelovgivningen. Udkast til ny udlændingelov.

Betænkning nr. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret.

Betænkning nr. 1319/1996. Domstolsudvalgets betænkning.

Betænkning nr. 1407/2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret.

Betænkning nr. 1419/2002 fra Udvalget om Eksklusivbestemmelser.

Betænkning nr. 1422/2002 om gennemførelsen i dansk ret af direktivet om etnisk ligebehandling.

Betænkning nr. 1427/2003 om offentlighed i straffesager og civile sager.

FORKORTELSER

CCPR:	FN-konventionen af 16. december 1966 om civile og politiske rettigheder (Bkg. nr. 30 af 29. marts 1976, Lovtidende C)
CESCR:	FN-konventionen af 16. december 1966 om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (Bkg. nr. 5 af 14. januar 1976, Lovtidende C)
EMD:	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol
EMRK:	Konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention) (Bkg. nr. 20 af 11. juni 1953, Lovtidende C) med senere protokoller
EMRK-loven:	Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (Lovbkg. nr. 750 af 19. oktober 1998)
ESC:	Den Europæiske Socialpagt af 18. oktober 1961 (Bkg. nr. 74 af 9. juli 1965, Lovtidende C) med tillægsprotokol af 5. maj 1988 (Bkg. nr. 13 af 6. marts 1997, Lovtidende C)
FT:	Folketingstidende
UDHR:	FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder (10. december 1948)
UfR:	Ugeskrift for Retsvæsen

UDGIVELSER FRA MAGTUDREDNINGEN

PR. 1. MARTS 2004

BØGER

Jørgen Goul Andersen, Peter Munk Christiansen, Torben Beck Jørgensen, Lise Togeby & Signild Vallgårda (red.) (1999). *Den demokratiske udfordring*. København: Hans Reitzels Forlag.

Peter Munk Christiansen, Birgit Møller & Lise Togeby (2001). *Den danske elite*. København: Hans Reitzels Forlag.

Anette Borchorst (red.) (2002). *Kønsmagt under forandring*. København: Hans Reitzels Forlag.

Martin Marcussen (2002). *OECD og idespillet – Game Over?* København: Hans Reitzels Forlag.

Lise Togeby (2002). *Grønlændere i Danmark. En overset minoritet*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Torben Beck Jørgensen & Kurt Klaudi Klausen (red.) (2002). *Territorial dynamik – streger på landkort, billeder i vore hoveder*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Flemming Mikkelsen (red.) (2002). *Bevægelser i demokrati. Foreninger og kollektive aktioner i Danmark*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Jens Blom-Hansen (2002). *Den fjerde statsmagt? Kommunernes Landsforening i dansk politik*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Margaretha Järvinen, Jørgen Elm Larsen & Nils Mortensen (red.) (2002). *Det magtfulde møde mellem system og klient*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Anker Brink Lund (2002). *Den redigerende magt – nyhedsinstitutionens politiske indflydelse*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Finn Sivert Nielsen & Inger Sjørslev (red.) (2002). *Folkets repræsentanter. Et antropologisk blik på Folketinget*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Thomas Pedersen (red.) (2002). *Europa for folket? EU og det danske demokrati*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Peter Munk Christiansen & Asbjørn Sonne Nørgaard (2003). *Faste forhold – flygtige forbindelser. Stat og interesseorganisationer i Danmark i det 20. århundrede*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Martin Marcussen & Karsten Ronit (red.) (2003). *Internationaliseringen af den offentlige forvaltning i Danmark – forandring og kontinuitet*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Gorm Winther (red.) (2003). *Demokrati og magt i Grønland*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Lise Togeby (2003). *Fra fremmedarbejdere til etniske minoriteter*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Torben Beck Jørgensen (red.) (2003). *På sporet af en offentlig identitet – værdier i stat, amter og kommuner*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Erik Damgaard (2003). *Folkets styre. Magt og ansvar i dansk politik*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Hans Mouritzen (red.) (2003). *Er vi så forbeholdne? Danmark over for globaliseringen, EU og det nære*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Hans Sode-Madsen (2003). *Farlig ungdom. Samfundet, ungdommen og ungdomskommissionen 1945-1970*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Lars Bille & Jørgen Elklit (red.) (2003). *Partiernes medlemmer*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Peter Munk Christiansen & Lise Togeby (red.) (2003). *På sporet af magten*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Tim Knudsen (2003). *Offentlighed i det offentlige. Om historiens magt*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Niels Nørgaard Kristensen (2003). *Billeder af magten. Portrætter til forståelse af magt og demokrati*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Lise Togeby, Jørgen Goul Andersen, Peter Munk Christiansen, Torben Beck Jørgensen & Signild Vallgårda (2003). *Magt og demokrati i Danmark. Hovedresultater fra Magtudredningen*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Jørgen Goul Andersen (2003). *Over-Danmark og under-Danmark? Ulighed, velfærdsstat og politisk medborgerskab*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Signild Vallgårda (2003). *Folkesundhed som politik. Danmark og Sverige fra 1930 til i dag*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Jørgen Grønnegård Christensen (2003). *Velfærdsstatens institutioner*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Palle Svensson (2003). *Folkets røst. Demokrati og folkeafstemninger i Danmark og andre europæiske lande*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Mogens Rüdiger (2003). *Statens synlige hånd. Om lovgivning, stat og individ i det 20. århundrede*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Thomas Pallesen (2003). *Den vellykkede kommunalreform og decentraliseringen af den politiske magt i Danmark*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Henrik Jensen (2003). *Europaudvalget – et udvalg i Folketinget*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Per Boje & Morten Kallestrup (2004). *Marked, erhvervsliv og stat. Dansk konkurrencelovgivning og det store erhvervsliv*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Bertel Heurlin (2004). *Riget, magten og militæret. Dansk forsvars- og sikkerhedspolitik under Forsvarskommissionerne af 1988 og af 1997*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Jacob Torfing (2004). *Det stille sporskifte i velfærdsstaten. En diskursteoretisk beslutningsprocesanalyse*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Anette Warring (2004). *Historie, magt og identitet. Grundlovsfejringer gennem 150 år*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Jens Hoff (red.) (2004). *Danmark som informationssamfund. Muligheder og barrierer for politik og demokrati*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

Ida Elisabeth Koch, Kristine Røberg, Sten Schaumburg-Müller & Jens Vedsted-Hansen (2004). *Menneskerettigheder og magtfordeling – domstolskontrol med politiske prioriteringer*. Århus: Aarhus Universitetsforlag.

SKRIFTER

Erik Oddvar Eriksen (1999). *Is Democracy Possible Today?* Århus: Magtudredningen.

Ole Hammer & Inger Bruun (2000). *Etniske minoriteters indflydelseskanaler*. Århus: Magtudredningen.

Jens Peter Frølund Thomsen (2000). *Magt og indflydelse*. Århus: Magtudredningen.

Jørgen Elklit, Birgit Møller, Palle Svensson & Lise Togeby (2000). *Hvem stemmer – og hvem stemmer ikke?* Århus: Magtudredningen.

Jacob Gaarde Madsen (2000). *Mediernes konstruktion af flygtninge- og indvandrerspørgsmålet*. Århus: Magtudredningen.

Karsten Vrangbæk (2001). *Ingeniørarbejde, hundeslagsmål eller hovedløs høne? Ventetidsgarantier til sygehusbehandling*. Århus: Magtudredningen.

Søren Laursen (2001). *Vold på dagsordenen. Medierne og den politiske proces*. Århus: Magtudredningen.

Jørgen Goul Andersen & Mette Tobiasen (2001). *Politisk forbrug og politiske forbrugere. Globalisering og politik i hverdagslivet*. Århus: Magtudredningen.

Erik Albæk, Peter Munk Christiansen & Lise Togeby (2002). *Eksperter i medierne. Dagspressens brug af forskere 1961-2001*. Århus: Magtudredningen.

Helle Porsdam (2002). *Fra* pax americana *til* lex americana*? En diskussion af dansk retliggørelse som en påvirkning fra USA*. Århus: Magtudredningen.

Eva Østergaard-Nielsen (2002). *Politik over grænser: Tyrkeres og kurderes engagement i det politiske liv i hjemlandet*. Århus: Magtudredningen.

Jonathan Schwartz (red.) (2002). *Medborgerskabets mange stemmer*. Århus: Magtudredningen.

Walter Korpi (2002). *Velfærdsstat og socialt medborgerskab. Danmark i et komparativt perspektiv, 1930-1995*. Århus: Magtudredningen.

Steen Thomsen, Torben Pedersen & Jesper Strandskov (2002). *Ejerskab og indflydelse i dansk erhvervsliv*. Århus: Magtudredningen.

Frank Rasmussen & Peder Andersen (2002). *Globaliseringens økonomiske konsekvenser for Danmark*. Århus: Magtudredningen.

Carsten Greve (2002). *Privatisering, regulering og demokrati. Telestyrelsens funktion som uafhængig reguleringsmyndighed*. Århus: Magtudredningen.

Ann-Dorte Christensen (2003). *Fortællinger om identitet og magt. Unge kvinder i senmoderniteten*. Århus: Magtudredningen.

Thomas Schøtt (2003). *Den økonomiske elites netværk*. Århus: Magtudredningen.

Peter Dahler-Larsen & Niels Ejersbo (2003). *Djøficering – myte eller realitet?* Århus: Magtudredningen.

Jan H. Hermansen, Lars Bille, Roger Buch, Jørgen Elklit, Bernhard Hansen, Hans Jørgen Nielsen & Karina Pedersen (2003). *Undersøgelsen af medlemmerne af de danske partiorganisationer. Dokumentation*. Århus: Magtudredningen.

Lars Torpe & Torben K. Kjeldgaard (2003). *Foreningssamfundets sociale kapital. Danske foreninger i et europæisk perspektiv*. Århus: Magtudredningen.

Jens Blom-Hansen (2003). *Subsidiaritetsprincippet vendt på hovedet? EU's strukturpolitik og Danmark*. Århus: Magtudredningen.

Jens Peter Christensen (2003). *Domstolene – den tredje statsmagt*. Århus: Magtudredningen.

Camilla Palmhøj Nielsen (2003). *Til glæde for hvem? – om intern regulering i staten*. Århus: Magtudredningen.

Peter Munk Christiansen & Asbjørn Sonne Nørgaard (2003). *De som meget har … Store danske virksomheder som politiske aktører*. Århus: Magtudredningen.

Lise Togeby, Jørgen Goul Andersen, Peter Munk Christiansen, Torben Beck Jørgensen & Signild Vallgårda (2003). *Demokratiske udfordringer. Kort udgave af Magtudredningens hovedresultater*. Århus: Magtudredningen.

Lise Togeby, Jørgen Goul Andersen, Peter Munk Christiansen, Torben Beck Jørgensen & Signild Vallgårda (2003). *Power and Democracy in Denmark. Conclusions*. Århus: Magtudredningen.

Birte Siim (2003). *Medborgerskabets udfordringer – etniske minoritetskvinders politiske myndiggørelse*. Århus: Magtudredningen.

Anette Borchorst (2003). *Køn, magt og beslutninger. Politiske forhandlinger om barselsorlov 1901-2002*. Århus: Magtudredningen.

Peter Dahler-Larsen (2004). *Evaluering og magt*. Århus: Magtudredningen.

Jens Blom-Hansen & Jørgen Grønnegård Christensen (2004). *Den europæiske forbindelse*. Århus: Magtudredningen.