

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis og betydningen for dansk ret

European Court of Human Rights case law and influence on Danish law

af MORTEN E. G. JØRGENSEN

Afhandlingen beskæftiger sig med, hvordan praksis fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) efter inkorporeringen i 1992 finder anvendelse i dansk ret. På baggrund af en dogmatisk juridisk analyse konkluderes det, at EMD's praksis finder sin anvendelse igennem de traditionelle fortolkningsprincipper – fortolknings- og formodningsreglen – og ikke er at anse som en bindende retskilde med direkte virkning i dansk ret. En modsat opfattelse ville ikke harmonere med den traditionelle opfattelse af forholdet imellem dansk ret og international ret, og der er ikke noget i processen omkring inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i dansk ret, der giver anledning til den konklusion. At resultatet i konkrete sager ofte ikke vil være meget anderledes, idet EMD's praksis har stor betydning i dansk ret, ændrer ikke på, at der er situationer, hvor det kan være af afgørende betydning, fx såfremt EMD engang i fremtiden måtte finde, at abort strider imod retten til livet. Den opfattelse, at praksis er bindende, indebærer store forfatningsretlige problemer. Det vil ifølge den danske grundlov kræve afgivelse af suveræniteten. Dette er ikke sket, og det indebærer da også betydelige vanskeligheder, såfremt man ønsker at gøre det. Af forfatningsmæssig karakter konkluderer afhandlingen også, at den danske grundlov ikke skal fortolkes i lyset af EMRK. Ud over en dogmatisk juridisk tilgang til problemstillingen beskæftiger afhandlingen sig endvidere med de retspolitiske konsekvenser af de forskellige måder at opfatte EMD's praksis i dansk ret på. Den største konsekvens er en forrykkelse af magtbalancen imellem den lovgivende magt og den dømmende magt. Magten flyttes simpelthen fra politikere til dommere, der ikke har den samme demokratiske legitimitet. Den gennemgående konklusion i afhandlingen er, at selvom domstolene måtte være forpligtet til at inddrage EMD's praksis i sin fortolkning af dansk ret, er denne ikke gjort til en ubetinget bindende retskilde. Der er ingen afgørende juridisk argumenter herfor. Det har store retspolitiske konsekvenser. Det er ganske simpelt ikke i overensstemmelse med grundloven. Det skal præciseres, at afhandlingen ikke beskæftiger sig med de EU retlige aspekter af problemstillingen.

This thesis deals with how case law decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) apply in Danish law. Through dogmatic legal analysis it is concluded that ECtHR case law finds its application through traditional principles of interpretation and is not to be considered a binding – directly useful – source of law in Denmark. It must be considered as a normal obligation under international law and must be handled within the traditional perception of the relationship between Danish law and international law. Nothing in the implementation process of European Convention on Human Right (ECHR) into Danish law gives basis for concluding the opposite. The final result in concrete cases will often not differ while the ECHR and case law from ECtHR have a great significance. But there can be situations where it is of vital importance, e.g. if the ECtHR sometime in the future finds that abortion is a violation of the conventions protection of life. If ECtHR case law where to be considered a binding legal source it would involve serious constitutional problems. It

would at least require a transfer of sovereignty which has never taken place. It would also involve certain difficulties to do this. The thesis also conclude that the Danish Constitution is not to be interpreted in the light of ECHR. The thesis also deals with the legal policy issue of the different opinions on ECtHR case law. The all-important consequence of considering ECtHR case law as binding is shifting the balance of power between the legislature and the judiciary. Power shifts from politicians to judges who do not have the same democratic legitimacy to make decisions. The overall conclusion of the thesis is that although the courts are obliged to include ECtHR case law in its interpretation of Danish law it is not an unconditional binding source of law. There are no conclusive legal arguments for the opposite position. It has important legal policy implications and is simply not in accordance with the constitution. It should be emphasized that this thesis does not deal with the EU aspects of the examined issue.

Indhold

1.	Indledning	3
2.	Indledende om folkeretten	5
2.1	Folkeretten ud fra et dansk perspektiv	5
3.	Monisme og dualisme	6
3.1.	Dualisme som udgangspunkt for dansk ret.....	7
3.2.	To sager, der illustrerer det dualistiske udgangspunkt	7
3.3.	Delkonklusion	8
4.	Særligt om EMRK	8
4.1.	Pligtssubjekterne efter EMRK	9
4.2.	EMD's praksis i dansk ret.....	9
4.3.	Nærmere om "praktisk monisme" og kritik af dualismen.....	12
4.4.	Delkonklusion	13
5.	Fortolknings- og formodningsreglen	13
5.1.	Fortolkningsreglen	14
5.2.	Formodningsreglen.....	14
5.3.	Fortolknings- og formodningsreglen's betydning for behandling af EMRK's praksis.....	16
5.4.	Delkonklusion	16
6.	Inkorporeringsprocessen	17
6.1.	Inkorporeringslovens forarbejder i relation til EMRK's ændrede rækkevidde	17
6.2.	Diskussion af, hvad der er inkorporeret	21
6.3.	Legislativ gennemførelse af internationale normer	24
6.4.	Må hele EMRK-lovens forarbejder tilsidesættes?	26
6.5.	Har fortolknings- og formodningsreglen ændret rækkevidde?.....	27
6.6.	Delkonklusion	28
7.	Retspraksis i relation til fortolknings og formodningsreglen	29
7.1.	Delkonklusion	33
8.	Hvorfor er det relevant at harmonien skabes igennem fortolknings- og formodningsreglen?	34
8.1.	Delkonklusion	36
9.	Retspolitisk afsnit	37
9.1.	Konsekvensen af at EMD kan afsige domme der er direkte bindende i dansk ret	37
9.2.	Hvordan skal domstolene i Danmark opfatte deres rolle i relation til EMRK?.....	39
9.3.	Nærmere om domstolenes tilbageholdenhed	41

9.4.	Særligt om EMD og magtforskydning.....	42
9.5.	Om Menneskerettighederne som politisk ømtålelige.....	43
9.6.	Delkonklusion	45
10.	GRL § 20.....	46
10.1.	Kan man gennemføre en suverænitetssafgivelse efter GRL § 20?	47
10.2.	Skal grundloven fortolkes i lyset af EMRK?	49
10.3.	Delkonklusion	51
11.	Konklusion	52
12.	Litteraturliste	53
13.	English abstract.....	56

1. Indledning

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) er en folkeretlig konstruktion, som forpligter Danmark til at respektere en konvention, der som noget helt særligt har nedsat en domstol til fortolkning af en række bredt formulerede bestemmelser. Denne særlige konstruktion, sammenholdt med det faktum, at Danmark har inkorporeret EMRK ved lov, giver anledning til diskussion om betydningen af praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). En diskussion, der til stadighed bliver mere og mere relevant, idet EMD igennem sin dynamiske fortolkningsstil løbende udvider konventionens rækkevidde, og som endvidere er blevet aktualiseret af regeringens planer om at indskrive EMRK direkte i den danske grundlov.¹

Diskussionen har i særlig grad drejet sig om, hvorvidt EMD's praksis efter inkorporeringen er gjort til en umiddelbart bindende retskilde, som forpligter danske domstole til at tilsidesætte modstående dansk lovgivning, eller om dommene kun skal inddrages og anvendes inden for rammerne af de almindelige fortolkningsprincipper – fortolknings- og formodningsreglen. Det er denne problemstilling, som er den primære genstand for denne afhandling.

Det traditionelle udgangspunkt er, at nye domme udgør en folkeretlig forpligtelse, som finder sin anvendelse igennem fortolknings- og formodningsreglen. Afhandlingen er særligt optaget af, hvad der skulle begrunde en afvigelse fra dette udgangspunkt. Som led heri vil der blive foretaget en dogmatisk juridisk analyse såvel som en retspolitisk analyse.

Afhandlingen vil som det første tage fat på en beskrivelse af folkeretten med udgangspunkt i, hvordan udviklingen har skabt behov for en afklaring af forholdet imellem dansk ret og folkeretten. Forholdet finder sin grundlæggende afklaring igennem det såkaldte dualistiske princip, hvor de to retssystemer betragtes som væsensforskellige, og hvor folkeretten derfor må implementeres i dansk ret for at finde direkte anvendelse. Afhandlingen vil herefter undersøge, hvorvidt der skulle gøre sig noget særligt gældende, idet der er tale om EMRK.

¹ Se s. 38.

Ved vurderingen af, om EMD's praksis efter inkorporeringen udgør en umiddelbar bindende retskilde eller et – tungtvejende – fortolkningsbidrag indenfor rammerne af fortolknings- og formodningsreglen foretages en grundig analyse af inkorporeringsprocessen. Denne analyse vil optage mest plads i afhandlingen.

Der foretages endvidere en beskrivelse af fortolknings- og formodningsreglen, ligesom reglens rækkevidde analyseres med udgangspunkt i U 1990.13 H. Dommen synes særlig velegnet, idet Højesteret af hensyn til EMD's praksis gik så langt som til at bortfortolke ordet "alene" i retsplejeloven.

Undertiden påstås det, at der blot er tale om en akademisk diskussion uden megen relevans, idet EMD ud fra et rent pragmatisk synspunkt har stor betydning for dansk ret. Det vil derfor blive belyst, hvorfor det er relevant, at harmonien skabes igennem fortolknings- og formodningsreglen.

Desuden vil afhandlingen stille skarpt på de retspolitiske konsekvenser ved at betragte EMD's praksis efter inkorporeringen som umiddelbart bindende i dansk ret. Det vil blive behandlet, hvordan de danske domstole skal opfatte deres rolle i relation til EMRK, og sættes fokus på menneskerettighederne som en politisk størrelse, der skal passe ind i en juridisk virkelighed. Menneskerettighedernes politiske islæt har betydning for den juridiske argumentation, og en retspolitisk analyse kan derfor ikke undgå også at optage en del plads i afhandlingen.

Endelig vil det blive undersøgt, hvorvidt det harmonerer med grundloven at betragte EMD's praksis for bindende, eller om det vil kræve en suverænitetssafgivelse. Endvidere undersøges det, om en sådan suverænitetssafgivelse overhovedet ville kunne lade sig gøre. Slutteligt belyses det, hvorvidt grundloven allerede i dag skal fortolkes i lyset af EMRK.

Det kan være en udfordring at holde styr på terminologien i forhold til om EMD's praksis er "bindende", har "direkte virkning" osv. Uanset hvilke udtryk man bruger, må man holde sig for øje, at diskussionen går på, i hvilket omfang EMD's praksis efter inkorporeringen forpligter danske domstole.

Af læsermæssige hensyn skal det oplyses, at citater, hvor der står anført Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, er forkortet til EMRK. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er forkortet til EMD. Kursivskrift i direkte citater er egne tilføjelser eller fremhævelser.

Det skal kort fastlægges som en præmis for at tale om EMD's praksis som direkte anvendeligt eller bindende, at det er i det omfang, det har betydning for rækkevidden af EMRK. Altså en eller anden form for præjudikats værdi. Der argumenteres undertiden for, at hele diskussionen er omsonst, idet en dom kun er bindende imellem parterne. Hertil er blot at citere fra forarbejderne til inkorporeringsloven: "danske myndigheder må følge konventionsorganernes retsopfattelse med hen-

syn til konventionsfortolkning, og at det ikke er afgørende, om der er tale om en praksis vedrørende Danmark eller en anden stat".²

2. Indledende om folkeretten

Folkeretten er traditionelt set defineret som den ret, der regulerer forholdet imellem folk, altså imellem stater i modsætning til national ret, som regulerer forholdet imellem borgerne i den enkelte stat og imellem den enkelte stat og borgeren. Axel Møller definerede i 1933 folkeretten som de retsregler, der ordner retsforholdene mellem staterne³, og Carl Rasting definerede det i 1940 som de retsregler, der gælder mellem staterne i deres egenskab af stater.⁴

Alf Ross havde i 1942 en lidt anden udlægning,⁵ idet han kritiserede den gængse opfattelse, som han betragtede som ufuldstændig, og introducerede definitionen: "den Ret, der gælder for (forbinder) de selvstyrende Samfund"⁶.

Den internationale udvikling bevirker imidlertid, at billedet bliver noget mere kompliceret.

Den 18. april 1951 blev Traktat om oprettelse af Det Europæiske Kul- og Stålfællesskab, der lagde grunden til EU, underskrevet. Nogenlunde samtidig havde Anden Verdenskrigs rædsler gjort det klart, at individet havde brug for beskyttelse, og svaret herpå blev den naturretligt funderede retorik om at udstyre mennesket med såkaldte ukrænkelige rettigheder. I Europa giver dette sig udslag i, at Europarådet i 1950 vedtager EMRK. Den trådte i kraft i 1953.

Både EU og EMRK får enorm betydning for folkeretten og for Danmarks relation til andre nationalstater. Inden disse og deres betydning behandles, er der brug for at lave en generel indføring i folkerettens univers anno 2012 – ud fra et dansk perspektiv.

2.1 Folkeretten ud fra et dansk perspektiv

Det har på sin vis altid været kendt, at områder eller stater lavede aftaler med hinanden. Men man kan med en vis ret datere den moderne folkeret til 1648 med Den Westfalske Fred, der afsluttede 30-års-krigen.⁷ Konferencen, der førte til Den Westfalske Fred, blev et forbillede på den måde, at grundlaget for principperne om et system af ligestillede og suveræne stater uden nogen overordnet magt eller ret blev etableret.

² Betænkning 1220/1991, s. 192.

³ Axel Møller, Folkeretten i Fredstid og Krigstid, 1. del, 2. udg., 1933, s. 3.

⁴ Carl Rasting, Folkeretten, 1. del, 1940, s. 1.

⁵ Alf Ross, Lærebog i Folkeret, 1. udg., almindelig del, 1942, s. 11-12.

⁶ Ross, op.cit., s. 13-18.

⁷ Jens Evald og Sten Schaumburg Müller, Retsfilosofi, Retsvidenskab og Retskildelære, DJØF 2004, s. 322.

Et helt afgørende år er imidlertid 1945. I kølvandet på afslutningen af 2. verdenskrig breder sig en forståelse verden over af nødvendigheden af at styrke folkeretten. I FN-pagten blev princippet om staterne som ligestillede og suveræne klart fremtrædende. Samtidig blev voldsanvendelse staterne imellem gjort uretmæssig, og FN's Sikkerhedsråd blev oprettet.

Områder eller stater har altid lavet aftaler med hinanden, men med udviklingen i folkeretten har det at lave aftaler udviklet sig til et kompliceret system. Et system, hvor mange tusinde aftaler laves igennem traktater, og hvor der ligefrem er oprettet en konvention om, hvordan traktater indgås og finder anvendelse.⁸ Hvis der opstår tvist imellem lande, kan disse vælge at inddrage Den internationale Domstol, ICJ. Det siger noget om omfanget og kompleksiteten, at der i FN er deponeret over 33.000 traktater, heraf flere tusinde multilaterale.⁹

Med udviklingen af folkeretten er skabt en situation, som naturligt skaber en diskussion om forholdet imellem international ret og national ret, og et behov for at få gjort klart, hvordan interaktionen imellem de to systemer bør være.

3. Monisme og dualisme

Forholdet imellem folkeretten og dansk ret har givet anledning til flere forskellige teorier, hvor der endog ikke er enighed om terminologien. Helt overordnet er der imidlertid to hovedgrupper af teorier, som kan betegnes som monisme og dualisme.

Dualisme går ud på, at folkeretten og de nationale retssystemer er to væsensforskellige systemer. Folkerettens kilder er hovedsagligt traktater og internationale retssædvaner, mens de nationale retssystemers kilder i første række er national lovgivning og domme afsagt af nationale domstole.¹⁰ Folkerettens subjekter er først og fremmest stater, medens de nationale retssystemer hovedsagligt tager sigte på at regulere private borgeres indbyrdes forhold og forholdet imellem borger og stat. Synspunktet er markant præsenteret af Ross: "Dansk ret hviler på det princip at en gyldig afsluttet traktat ikke skaber ret på det nationale, men kun på det internationale plan".¹¹

Den monistiske teori er anderledes. Her er folkeretten og nationale retsregler ét stort retssystem. Inden for monisme er der to måder at betragte rangforholdet på. Én, hvor de nationale retsregler er overordnet i forhold til folkeretten – såkaldt monisme med statsretsprimat,¹² og én, hvor det modsatte gør sig gældende, såkaldt folkeretsprimat. Den sidste, der er den mest udbredte, kan sammenlignes med, at nationale love er at anse for almindelige love, hvorimod folkeretten er at

⁸ Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten.

⁹ Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7. Ed., Routledge, 1997, s. 36-37.

¹⁰ Forudsat at retspraksis kan betragtes som en retskilde

¹¹ Alf Ross (Espersen), "Dansk forfatningsret", 3. udg. 1980, s. 397

¹² Som anført af Germer i "Indledning til folkeretten", 3. udg., DJØF 2004, s. 56, note 2.

anse som retskilder på forfatningsniveau, som de almindelige love derfor må være i overensstemmelse med.

3.1. Dualisme som udgangspunkt for dansk ret

Helt overordnet er det dualismen, som i dansk litteratur og lovgivningspraksis har været udgangspunktet for Danmark.¹³ Også for så vidt angår EMRK. Som formuleret af Peer Lorentzen: "det (er) ingen selvfølge, at danske domstole kan sikre befolkningen den retsbeskyttelse, der følger af en konvention som EMRK. Dette skyldes, at folkeretlige regler efter en mangeårig dansk retstradition ikke uden videre er en del af gældende dansk ret. Det kræver, at de ved lov bliver gjort til dansk ret."¹⁴

Når man igennem tiden har inkorporeret traktatregler i dansk ret, herunder lov nr. 285 af 29. april 1992 om EMRK, har man forudsat fra lovgivningsmagtens side, at dansk ret i princippet bygger på en dualistisk tankegang.¹⁵

3.2. To sager, der illustrerer det dualistiske udgangspunkt

Ud over litteraturen er der adskillige højesteretsdomme, der bekræfter dette udgangspunkt. Her skal kort gennemgås to eksempler.

HT-sagen, U1986.898 H, omhandlede en række buschauffører, der var ansat ved HT, og som udmeldte sig af Specialarbejderforbundet, hvilket førte til omfattende arbejdsnedlæggelser og blokader. Derfor blev HT-chaufførerne afskediget. Chaufførerne påberåbte sig bl.a. EMRK art. 11 (endnu ikke inkorporeret). Højesteret ville ikke anvende art. 11 direkte, men bedømte afskedigelserne efter foreningsfrihedsloven: "Den påberåbte bestemmelse i EMRK art. 11 kan ikke anvendes direkte, men bedømmelsen af afskedigelserne må ske efter lov nr. 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold, der blev vedtaget for at opfylde Danmarks forpligtelser efter konventionens art. 11".

Dommen er således ganske klar i sin opfattelse af, at konventionen ikke kan anvendes direkte, men må ske på baggrund af de danske regler. Ifølge Lorentzen gav netop HT-sagen anledning til en sådan tvivl om EMRK's status, at det havde betydning for inkorporeringsudvalgets nedsættelse.¹⁶

Det seneste eksempel på Højesterets markering af dualismen er at finde i marts 2010 i U2010.1547 H (Irak-sagen): "En sådan forståelse ville også stride mod den grundlæggende ordening i dansk ret af forholdet imellem national ret og international ret, hvorefter folkeretten ikke har grundlovskraft". Sagen handlede om, hvorvidt en gruppe borgere, der havde samlet sig i den så-

¹³ Germer, op.cit., s. 61.

¹⁴ Peer Lorentzen, "Danske domstole og menneskerettighederne", Lov&Ret, 3, maj 1999, s. 5.

¹⁵ Germer, op.cit., s. 61.

¹⁶ Lorentzen, op.cit., s. 5.

kaldte "Grundlovskomiteen af 2003", havde søgsmålsret i en sag om prøvelse af lovligheden af Danmarks deltagelse i Irak-krigen. Højesteret fandt, at de ikke havde søgsmålsret, og principielt havde domstolen således ikke behøvet at forholde sig til sagens realitet. Højesteret valgte imidlertid at fremkomme med ovenstående betragtning, og det kan således antydes, at det må have ligget Højesteret på sinde at slå et slag for det dualistiske princip.¹⁷

Ovenstående er blot to udvalgte eksempler. Der kan uden stort besvær findes andre eksempler.¹⁸

Diskussionen om dualisme og monisme er kompliceret af den konstruktion, som EU har fået. EU vil dog af afgrænsningsmæssige årsager ikke blive behandlet nærmere i nærværende afhandling.

3.3. Delkonklusion

Det er den overvejende opfattelse i dansk litteratur, at det dualistiske udgangspunkt finder anvendelse for det generelle forhold imellem dansk ret og international ret. En opfattelse, som bliver understøttet af retspraksis.

Som jeg vil påvise nedenfor, ville det imidlertid være fejlagtigt at konkludere, at den dualistiske opfattelse står ganske uanfægtet. Navnlig når det kommer til EMRK, er det omdiskuteret. Det er derfor relevant at kigge nærmere på den særegne EMRK-konstruktion.

4. Særligt om EMRK

I modsætning til den traditionelle folkeret med staterne som subjekter har menneskerettigheder det særegne træk, at de giver det enkelte individ rettigheder, som står troende over for staten. Det har i vidt omfang vundet udbredelse at tale om menneskerettigheder som universelle i den forstand, at de knytter sig til det faktum at være et menneske og ikke til geografisk oprindelse, statsborgskab eller andet. En grundlæggende naturretlig opfattelse, selvom menneskerettighederne i dag i vidt omfang er nedskrevet og fungerer på et positivistisk grundlag. Af afgrænsningsmæssige årsager er det ikke muligt at gå nærmere ind i en karakteristik af menneskerettighederne som sådan, herunder idegrundlag, udbredelse mv.

Menneskerettigheder findes i forskellige udgaver i både FN-regi og i regionalt afgrænsede områder. I Europa er det EMRK, der med tilhørende tillægsprotokoller er tiltrådt af en overvældende del af de europæiske lande, nemlig 47 lande.¹⁹

¹⁷ Om det faktum at Højesteret tilkendegav sit syn på sagens realitet som led i sin begrundelse for at afvise den, se Jens Peter Christensen, "Højesteret – 350 år", Gyldendal 2011, s. 244-45.

¹⁸ Fx. også U1998.800 H, præmis 9.6.

¹⁹ Council of Europe, Treaty office:

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=005&CM=8&DF=18/11/2011&CL=ENG>

4.1. Pligtsubjekterne efter EMRK

EMRK har endvidere det særkende, at der til fortolkning af konventionen er nedsat en domstol, hvis opgave det er at tilse, at de kontraherende stater ikke krænker konventionen og protokollerne. Den særegne konstruktion bevirker, at subjekterne ved domstolen er henholdsvis en medlemsstat og et individ. Det skal dog tilføjes, at det er stater, der er kontraherende i forhold til EMRK og dermed er *pligtsubjekter*. Det er antaget, at der kan være situationer, hvor der består en pligt for staten til at gennemtvinge EMRK også i retsforholdet imellem private. Den såkaldte "Drittwirkung" – en form for horisontal virkning af EMRK i retsforhold mellem private. En diskussion af Drittwirkung's eksistens og udstrækning skal dog ikke behandles nærmere her.

Som noget særligt har Danmark ved lov inkorporeret EMRK. Det betyder utvivlsomt, at konventionsbestemmelserne finder anvendelse direkte i dansk ret på lovsniveau. Hvad der imidlertid kan give anledning til indgående drøftelser er, hvordan EMD's afgørelser skal behandles. Det er som bekendt hele omdrejningspunktet for nærværende afhandling. I det følgende skal der derfor blot fokuseres på spørgsmålet om danske domstoles praktiske anvendelse af EMD's domme i relation til, om de er direkte anvendelige, og fokuseres på, hvorvidt de understøtter dualismen eller ej.

4.2. EMD's praksis i dansk ret

Der er ingen tvivl om, at de danske domstole tager EMD's afgørelser i betragtning. I betænkningen om inkorporering af menneskerettighedskonventioner fra 2001 er der en detaljeret gennemgang af domstolenes anvendelse af EMRK.²⁰ Ikke overraskende konkluderes der, at domstolene ved fortolkning og anvendelsen af bestemmelserne i EMRK ofte inddrager praksis fra EMD. I betænkningen siges endvidere: "På grundlag af foreliggende praksis er det ikke muligt at sige noget sikkert om, hvorvidt og i givet fald under hvilke omstændigheder danske domstole er rede til at tilside-sætte klare lovbestemmelser, der vurderes at være i strid med konventionen".²¹ Der henvises dog til en særlig sag – "Hyrevogssagen" – som på det tidspunkt var under anke til Højesteret. Denne sag fortjener her nærmere behandling.

Sagen – U 2002.1789 H - omhandler det såkaldte indfødsretskrav i taxiloven af 1997, der var gældende, indtil det blev ophævet i 1999. Da Storkøbenhavns Taxinævn i juni 1998 opslog ledige hyrevogsbevillinger, indkom der et stort antal ansøgninger. Iblandt disse var vognmanden Mahboob Ur Rab, der i forvejen havde seks bevillinger. Ud fra et særligt system med prioriteringslister stod han fint til at komme i betragtning. Han opfyldte imidlertid ikke indfødsretskravet og fik derfor først sin syvende bevilling i juni 1999, da indfødsretskravet var opløst ved lov. Taxinævnet tilkendegav i november 2009, at han ville have fået den syvende bevilling i oktober 2008, hvis kravet om indfødsret ikke havde eksisteret.

²⁰ Betænkning 1407/2001, s. 36-59 og 337-395.

²¹ Betænkning 1407/2001 s. 57.

Da sagen kom for landsretten, fandt retten, at anvendelsen af indfødsretskravet over for vognmanden var i strid med artikel 1 i første tillægsprotokol til EMRK og EMRK art. 14 sammenholdt med art. 1 i første tillægsprotokol. Landsretten fandt det derfor godtgjort, at vognmanden "ved at have måtte undvære en ekstra hyrevogsbevilling i ca. 8 måneder herved (*havde*) lidt et tab", som staten var erstatningsansvarlig for.

Landsrettens dom var udførligt behandlet i betænkningen, og det blev anført: "Hvis dommen stadfæstes af Højesteret eller hvis anken frafalder, vil der foreligge et klart eksempel på, at danske domstole både kan og vil tilsidesætte selv klare bestemmelser i love, der vurderes at være i strid med i hvert fald EMRK, når det samtidig må lægges til grund, at lovgivningsmagten ikke bevidst har tilsigtet at lovgive i strid med Danmarks internationale forpligtelser."²²

Landsrettens dom blev dog tilsidesat af Højesteret. De syv dommere var enige om, efter en grundig gennemgang af EMD's praksis, at der ikke forelå en krænkelse, idet Mahboob Ur Rab ikke havde noget retskrav på at få tildelt en yderligere bevilling.

Hyrevognssagen blev således ikke den afgørende sag, som kunne afklare problemstillingen. Det er således til stadighed ikke muligt – ud fra praksis – at sige noget sikkert om, under hvilke omstændigheder danske domstole er rede til at tilsidesætte klare lovbestemmelser, der vurderes at være i strid med konventionen.

I relation til en vurdering af betydningen af praksis fra EMD er det dog værd at bemærke sig, hvorledes Højesteret foretager en grundig analyse af praksis for at afklare, præcis hvilken rækkevidde konventionen har.

I de sager, hvor Højesteret har været mest direkte i anvendelse af EMRK, er der intet sted givet udtryk for, at EMD's domme er direkte anvendelige.²³ Et eksempel er den såkaldte Karen Sunds-sag U2003.2044 H, hvor Højesteret fandt, at Karen Sunds anvendelse af udtrykket "racistiske synspunkter" ikke under de foreliggende omstændigheder kunne anses for utilbørlig, og at Sunds derfor ikke havde overtrådt straffelovens § 267, stk.1. Dommen blev afsluttet med følgende kommentar: "Højesteret bemærker i øvrigt, at det må antages, at et modsat resultat ville være i strid med EMRK's artikel 10 om ytringsfrihed, således som denne bestemmelse fortolkes af EMD."

Det er naturligvis vanskeligt at vurdere betydningen af denne formulering, men det må stå nogenlunde klart, at det vil være for vidtgående at tage formuleringen "Højesteret bemærker i øvrigt" til indtægt for, at Højesteret betragter EMD's praksis som direkte anvendelig i dansk ret. Det eneste man med sikkerhed kan sige er, at Højesteret ikke lader dette ude af betragtning.²⁴

²² Betænkning nr. 1407/2001, s. 58.

²³ I Germer, op.cit., er der en gennemgang af en række sager fra side 77-84.

²⁴ Jf. også Germer, op.cit., s. 84.

Det må siges at være i god overensstemmelse med det dualistiske udgangspunkt i forarbejderne til inkorporeringsloven, hvori det var anført: "en anvendelse af fortolknings- og formodningsreglerne forudsætter, at det er muligt at løse uoverensstemmelse ved fortolkning."²⁵

På et særligt område, nemlig udvisning af udlændinge på baggrund af kriminelle handlinger, har man fraveget det princip, der lå til grund for inkorporeringsloven, og ladet det være op til domstolene at sikre sig, at Danmark ikke krænker EMRK. At man netop på et særskilt område har fraveget princippet, er ikke ensbetydende med, at lovgivningsmagten generelt har ændret holdning. Det må antages fortsat at være lovgivningsmagtens principielle opfattelse, at det bør være Folketinget der afgør, hvilket indhold den danske lovgivning skal have.²⁶

Slutteligt kan det i øvrigt kort bemærkes, at Højesteret kom med en interessant kommentar i præmis 9.6. for U1998.800 H (Maastricht-sagen): "Danske domstole må derfor anse en EF-retsakt for uanvendelig i Danmark, hvis der skulle opstå den ekstraordinære situation, at det med den fornødne sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt, der er opretholdt af EF-domstolen, bygger på anvendelse af Traktaten, der ligger udenfor suverænitetetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven".

Altså såfremt man måtte komme til et resultat, der ligger uden for tiltrædelsesloven, må de danske domstole anse en EU-retsakt for uanvendelig på trods af EU-domstolens opfattelse. Domstolenes kompetence til at prøve, hvorvidt en EU-retsakt overskrider grænserne for suverænitetetsafgivelsen, skal ses i lyset af deres adgang til at prøve loves grundlovsmæssighed. Man kan naturligvis ikke foretage en direkte sammenligning. Men det klart dualistiske princip, som præmissen er udtryk for, er interessant, ligesom det er interessant, at man under ingen omstændigheder kan fratage Højesteret denne ret selv i en situation, hvor der er afgivet suverænitet. I en direkte konflikt imellem Højesteret og EU-domstolen eller EMD må folkeretten altså vige.²⁷

Ud fra retspraksis er der således ikke noget belæg for, at princippet om dualisme skulle være afveget for så vidt angår EMRK på trods af den helt særlige konstruktion. Det er heller ikke muligt ud fra praksis at konkludere, at EMD's praksis skulle have direkte virkning eller være bindende for de danske domstole. Det ligger dog helt fast, at den har stor betydning for de danske domstole.

Det er dog relevant at se nærmere på den kritik, der har været af dualismen. Det står klart, at såfremt man ikke anerkender dualismen som udgangspunktet for dansk ret, kan det give anledning til en anden opfattelse af retskildeværdien af EMD's praksis.

²⁵ Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5463.

²⁶ Jf., også Germer, op.cit., s. 85. Se nærmere om lovgivningsmagtens principielle opfattelse s. 17 ff.

²⁷ Torben Melchior giver i "Maastricht, Tvind...og hvad så", Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, DJØF 2003, s. 213 udtryk for den opfattelse, at dette ikke skulle gøre sig gældende i relation til grundlovens personlige og politiske frihedsrettigheder. Det er imidlertid et noget særegent standpunkt, og Melchior angiver ikke nogen nærmere argumentation.

4.3. Nærmere om "praktisk monisme" og kritik af dualismen

Der har i dansk juridisk litteratur været indvendinger imod det strikse dualistiske synspunkt. Ifølge Zahle dog ikke som en bastant tilslutning til de klassiske monistiske teorier. Zahle mener derfor, at der bedre kan tales om en "praktisk monisme",²⁸ hvorefter international ret udgør en retskilde også i den nationale ret, og domstole og andre retsanvendende myndigheder kan anvende international ret uden udtrykkelig hjemmel. International ret kan medføre andre resultater end dem, som ville følge af anvendelsen af en klar dansk lovbestemmelse. Ole Espersen gik ligefrem så langt som til at hævde, at "traktater uden videre er en del af intern ret".²⁹ Begrebet praktisk monisme er udsat for kritik. Eksempelvis skriver Germer: "Man bør ikke være blind for, at det nærmer sig begrebsforvirring (...) Tager man betænkningens ord på side 23 for pålydende, er det vel også i strid med grundlovgivers forudsætninger"³⁰.

Også Jens Elo Rytter kritiserer det dualistiske udgangspunkt, som han navnlig mener er problematisk på menneskerettighedsområdet, da de er en form for forfatningsretlige grundrettigheder. Derfor må dualismen forlades: "Materiel monisme fremfor formel dualisme præger i Europa forholdet mellem international og national retsdannelse på rettighedsområdet. Der tegner sig i Europa billedet af en forfatningsstat, som er åben over for internationale menneskerettigheder, især hvor de bidrager til at styrke den forfatningsretlige individbeskyttelse. På denne baggrund synes det velbegrundet at forlade dualismen som grundlag for en diskussion af internationale menneskerettigheds status også i dansk forfatningsret."³¹

Et synspunkt der – som tidligere anført – dog ikke har vundet generel opbakning hverken i den øvrige teori eller hos Højesteret. For nyligt er en afstandstagen kommet fra et højt overraskende sted, nemlig Rytter selv: "Mange – herunder undertegnende – havde ellers op igennem 1990'erne sporet en tendens til opblødning i det dualistiske princip i retning af "praktisk monisme"...Højesteret har imidlertid temmelig klart siden bekræftet, at det dualistiske princip grundlæggende er opretholdt."³²

Hvis Zahles "praktiske monisme" relateres til praksis fra EMD, kunne man således påstå, at man i praksis følger de domme der bliver afsagt, og de dermed er afgørende for dansk ret – selvom det dog er med en vis forsigtighed, da det kan være svært at udlede præcist, hvad der skal forstås med "praktisk monisme".³³ Zahle mener, at diskussionen om monisme og dualisme ikke har nogen som

²⁸ Zahle, "Dansk forfatningsret, 1.udg., Studieudgave, Christian Ejlers forslag, København 2007, s. 360.

²⁹ Espersen, "Indgåelse og opfyldelse af traktater", DJØF 1970, s. 163.

³⁰ Germer, op.cit., s. 61.

³¹ Jens Elo Rytter, "Grundrettigheder – domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten", 1.udg., 1. oplag, København 2000.

³² Rytter, "Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse", Juristen nr. 6/7 2010, s. 189

³³ Ifølge Bruun Nielsen er praktisk monisme det forhold, at man har bevæget sig fra: "en opfattelse af, at folkeretlige forpligtelser ikke kunne anvendes som national retskilde, til at inddrage dem i den konkrete fortolkning" – "Om ret og

helst relevans for drøftelsen af, hvorvidt og på hvilke vilkår international ret kan anvendes ved nationale myndigheder.³⁴

Det er muligt, at lovgivningsmagten er meget opmærksom på sine internationale folkeretlige forpligtelser, og at det også igennem lovgivningen som altovervejende hovedregel er det opdrag, der gives til domstolene. Ikke desto mindre må det erindres, at der er fortøjlende for lovgivningsmagtens bevidste folkeretsbrud.³⁵ Og det kan ikke afvises, at der kan ske en udvikling. Af nyere eksempler kunne man pege på den seneste ændring af udlændingeloven fra 24. juni 2011.³⁶ En situation som Rytter har kaldt for: "en ny udvikling i Danmarks forhold til de internationale menneskerettighedsforpligtelser".³⁷

4.4. Delkonklusion

Der har altid været enighed om i litteraturen, at lovgivningsmagten kan vælge at begå et bevidst folkeretsbrud, men ovenstående eksempler illustrerer alligevel, at det ikke kan afvises som en akademisk diskussion, om dualisme eller monisme er udgangspunktet for dansk ret, jf. også Højesterets bemærkning i U2010.1547 H. Det er i øvrigt tvivlsomt, om såkaldt praktisk monisme altid må siges at finde anvendelse. Selvom lovgivningsmagten til stadighed har stor fokus på overholdelse af internationale forpligtelser, kan der også her pågå en udvikling.

Diskussionen om, hvorvidt international ret uden videre har bindende virkning i Danmark, er ikke bare en banalitet, men af afgørende betydning for domstolens brug af fortolknings- og formodningsreglen. Der er for så vidt ingen tvivl om, at international ret påvirker dansk ret, endog ganske betydeligt, men som påvist ovenfor er dualismen udgangspunktet for dansk ret og ikke en svært definerbar teori kaldet "praktisk monisme".

Lad os derfor se nærmere på det reelle indhold i fortolknings- og formodningsreglen.

5. Fortolknings- og formodningsreglen

I folkeretlig henseende er det ikke muligt at påberåbe sig national lovgivning, sågar ikke forfatningen, som begrundelse for ikke at overholde folkeretten. Synspunktet er praktiseret ved både ICJ og

kultur", DJØF 2006, s. 150. Det er svært at se, hvor dette adskiller sig fra den almindelige fortolknings- og formodningsregel.

³⁴ Zahle, op.cit., s. 360.

³⁵ Eks. lov nr. 455 af 21. oktober 1971 om midlertidig importafgift. Finansministeren udtalte ved lovforslagets fremsættes i Folketinget, at regeringen naturligvis var på det rene med, at en sådan afgift ikke stemte med de formelle regler i EFTA og GATT. Se Folketingets forhandlinger 1971-72, sp. 45.

³⁶ Se s. 33 ff.

³⁷ Politiken 30. maj 2011.

dennes forgænger "Den Faste Domstol for mellemfolkelig Retspleje". Det har også fundet udtryk i Wienerkonventionen om traktatrettens artikel 27, 1. pkt.³⁸

Ikke desto mindre skrev Ross i sin lærebog om folkeret allerede i 1942, at lovgivningsmagten uhindret kunne fastsætte folkeretsstridige regler, men at lovgivningsmagten normalt ikke ønskede dette, og at man derfor måtte søge at undgå det. Fortolkningsreglen og formodningsreglen så dagens lys.

Det skal her indledningsvist pointeres, at det ville være ganske omfattende at lave en selvstændig analyse af fortolknings- og formodningsreglen. Afgrænsningsmæssigt er det derfor her kun muligt at give en generel karakteristik.

5.1. Fortolkningsreglen

Det historiske ophav til fortolkningsreglen er at datere tilbage til Ross. Fortolkningsreglen havde til hensigt at bringe den nationale ret i overensstemmelse med folkeretten.³⁹ For Ross var det vigtigt at skelne imellem folkeretlig sædvaneret og skrevne traktater. For så vidt angår forholdet imellem folkeretlig sædvaneret og dansk ret kunne fortolkningsreglen bruges ved fortolkningstvivil, såfremt den danske interne regel var uklar. Ross anførte endvidere, at såfremt der ikke var faste holdpunkter for det modsatte, måtte det antages, at lovgivningsmagten ikke havde villet lovgive imod folkeretten, og man måtte derfor vælge den fortolkning, som harmonerede bedst med almindeligt anerkendt folkeret. For så vidt angik ikke inkorporerede traktatbestemmelser kunne der opstilles den fortolkningsregel, at den nationale ret i tilfælde af fortolkningstvivil måtte forstås på den måde, der bedst bragte den i overensstemmelse med den gældende traktat.

Det er omdiskuteret, præcis, hvilken betydning fortolkningsreglen har. Herunder også forholdet til formodningsreglen, som behandles nedenfor.⁴⁰

I forlængelse – og til supplerung heraf – opstod den såkaldte formodningsregel

5.2. Formodningsreglen

Ross' oprindelige ide med formodningsreglen var, at der eksisterede en "formodning for, at den nationale ret må fortolkes med sådanne forbehold og/eller tilføjelser, at den kommer i overensstemmelse med almindelig anerkendt folkeret".⁴¹ Også i relation til formodningsreglen er det vigtigt for Ross at skelne imellem folkeretlig sædvaneret og traktater. Ifølge Ross kunne der med hen-

³⁸ Germer, op.cit., s. 59.

³⁹ Alf Ross, Lærebog i Folkeret, 6. udg., 1984, Nyt nordisk forlag Arnold Busck a/s, København, s. 75-76. Synspunktet er dog allerede anført i Ross 1. udg. af Folkeretten.

⁴⁰ Eks. skriver Christoffersen i "Folkerettens virkning i dansk ret", U 2001b, s. 143, at det ikke tjener noget formål at opretholde en sondring imellem fortolknings- og formodningsreglen.

⁴¹ Ross, op.cit. s. 76.

syn til nationale retsregler, som efter deres ordlyd var utvetydige, ikke opstilles en formodningsregel i relation til traktater, idet lovgivningsmagten måtte antages at have haft kendskab til de formulerede traktatregler.⁴²

Visse jurister argumenterer for, at formodningsreglen har været undergivet den udvikling, at den nu må forstås på den måde, at det må formodes, at lovgivningsmagten ikke har villet lovgive i strid med folkeretten i almindelighed.⁴³ Diskussionen herom vil af afgrænsningsmæssige årsager ikke blive taget.

Dog må det stå klart, at der er sket en udvikling, siden Ross oprindeligt beskrev formodningsreglen. Den blev igangsat, da Espersen i 1970 skrev: "Henset til det omfattende, usystematiserede og ofte ikke særlig tydeligt affattede traktatmateriale, der kan være relevant for lovgiver, vil der intet overraskende være i, om en traktatbestemmelse måtte blive overset. Synes dette klart at være tilfældet, og betyder en hensynstagen til traktatens krav ikke, at intentioner, som har været væsentlige for lovgiver, derved ikke lader sig realisere, eller fremgår det ikke af lovens ordlyd eller bemærkningerne til den, at der ikke er tilstræbt (fuld) overensstemmelse med eksisterende traktater, er det vanskeligt at se, hvorfor en traktat ikke skulle kunne give anledning til "indfortolkning af korrektioner" i loven i samme omfang, som det er antaget, at folkeretlig sædvaneret vil gøre det".⁴⁴

Såfremt lovgivningsmagten helt eksplicit har forholdt sig til problemstillingen og stadig har lovgivet i strid med landets internationale forpligtelser, må det erindres, at der er tale om en formodningsregel, og domstolene ville således skulle rette sig efter den danske forskrift.⁴⁵ Situationen er sjældent forekommende i Danmark. Visse juridiske lærebøger går ligefrem så langt som til at påstå, at det aldrig er forekommet.⁴⁶ Dette er imidlertid ikke korrekt.⁴⁷

Der er således sket en udvikling i forhold til den oprindelige forståelse af formodningsreglen, således at den har en bredere anvendelse.⁴⁸

⁴² Ross, Lærebog i Folkeret, 4. udg. s. 84.

⁴³ Eks. Ole Espersen, Frederik Harhoff og Ole Spiermann i "Folkeret. De internationale retsforhold", 2. udg., Christian Ejlers forlag, 2003, s. 101.

⁴⁴ Espersen, indgåelse og opfyldelse af traktater, s. 388.

⁴⁵ Eks. Zahle, forfatningsret", 2007, s. 374. Også bekræftet af Justitsministeriet i forbindelse med Danmarks indtræden i EF. Se N.T.I.R., 1971, s. 65-130.

⁴⁶ Evald og Schaumburg, op.cit., s. 332.

⁴⁷ Se s. 13.

⁴⁸ Hvilket også fremgår af Ross' lærebog i Folkeret fra 1984, s. 80.

5.3. Fortolknings- og formodningsreglen's betydning for behandling af EMRK's praksis

Det skal bemærkes, at domstolene i praksis formentligt ikke opererer med nogen skarp sondring imellem fortolkningsreglen og formodningsreglen.⁴⁹

Germer: "Hvor grænsen for folkeretskonform retsanvendelse går, kan ikke udtrykkes i en generel formulering. Retspraksis vedrørende folkeretlige regler, der ikke er inkorporeret i dansk ret, er for sparsom til, at der har kunnet danne sig et fast mønster".⁵⁰

Selvom det kan være svært at sige, hvor grænserne går, så udgør fortolknings- og formodningsreglen en begrænsning.⁵¹ Michael Hansen Jensen og Jens Garde peger på det eksempel, at EMD måtte komme til et politisk kontroversielt resultat, der ikke med rimelig mening kan antages at være omfattet af lovgivningsmagtens formodede vilje, fx såfremt konventionens artikel 2 om retten til livet måtte blive fortolket således, at abort er en krænkelse af EMRK.⁵²

Den nærmere betydning af fortolknings- og formodningsreglen må i sammenhæng med afhandlingens emne undergives en nærmere analyse, hvilket sker videre i afsnittet: "Retspraksis i relation til fortolknings- og formodningsreglen".

5.4. Delkonklusion

Fortolknings- og formodningsreglen har igennem en lang årrække fundet anvendelse i dansk juridisk teori, men også i praksis. Det nærmere indhold i reglerne er svært at konkludere håndfast på. Det kræver under alle omstændigheder en omfattende analyse, som der ikke er mulighed for i nærværende afhandling.

Hvad der imidlertid er grundlag for at tage fat på, er spørgsmålet om, hvorvidt det stadig er fortolknings- og formodningsreglen, med det indhold som ovenfor er skitseret, der fastsætter rammerne for de danske domstole. Hvis det traditionelle udgangspunkt skulle være afvejet, må der kunne findes holdepunkter for dette i inkorporeringsprocessen. Denne proces er derfor helt central at analysere for at besvare det grundlæggende spørgsmål. Lad os derfor se nærmere på herpå.

⁴⁹ Germer op.cit. s. 71.

⁵⁰ Germer, op.cit., s. 71-72.

⁵¹ Modsat Jonas Christoffersen i "Grundloven – med kommentarer", DJØF 2006, s. 16: "De teoretiske sondringer og fortolkningsmæssige grænser, som ligger til grund for fortolknings- og formodningsreglen, bør ikke stille sig hindrende i vejen for en effektiv implementering af folkeretten i dansk ret. Folkerettens direkte virkning bør derfor principielt anerkendes i dansk ret".

⁵² Hansen Jensen og Garde: "Den Europæiske menneskerettighedsdomstols praksis", Juristen nr. 2., 2002, s. 79.

6. Inkorporeringsprocessen

Ved folketingsbeslutning af 19. maj 1989 opfordrede Folketinget regeringen til at nedsætte et hurtigt arbejdende udvalg med henblik på at undersøge fordele og ulemper ved inkorporering af EMRK i dansk ret og fremkomme med forslag til, hvorledes en inkorporering kunne ske.⁵³ Forud for folketingsbeslutningen var pågået en debat, der særligt drejede sig om, hvorvidt EMRK kunne påberåbes direkte for de danske domstole, og som blev aktualiseret af, at konkrete retsafgørelser – eksempelvis U 1989.928 H⁵⁴ og U 1990.13 H⁵⁵ – utvivlsomt havde tillagt EMRK stor betydning.

I forbindelse med Folketingets debat blev særligt betydningen af menneskerettighedsorganernes⁵⁶ praksis drøftet. Det blev påpeget, at overensstemmelsen imellem konventionen og dansk ret var blevet mindre sikker, efter at EMRK's rækkevidde var blevet udvidet løbende ved afgørelser fra organerne.⁵⁷

Udvalgets arbejde førte til betænkning nr. 1220/1991.⁵⁸

6.1. Inkorporeringslovens forarbejder i relation til EMRK's ændrede rækkevidde

Af betydningen for vurderingen af retskildeværdien af EMD's praksis, er det relevant at præcisere, at inkorporeringen indebar, at konventionen – i den forståelse der fulgte med den – blev gjort til en dansk retskilde med lovstatus.

Hvad der imidlertid er omdiskuteret er, hvorledes inkorporeringsloven forholder sig til senere domme fra EMD, der tillægger EMRK en ændret rækkevidde, og hvorvidt denne praksis er en umiddelbart bindende retskilde. I relation til dette spørgsmål er det være relevant at foretage et par nedslag i inkorporeringslovens forarbejder.

Det skal først og fremmest stå klart, at man i forarbejderne har en skarp orientering imod lovgivningsmagten som dem det tilkommer at ændre lovbestemmelser på baggrund af nye EMD-afgørelser.⁵⁹

⁵³ Folketingstidende 1988-89, Tillæg C sp. 1079.

⁵⁴ Hvori det i Højesterets præmisser blev anført som begrundelse for resultatet, at bestemmelserne i bistandsloven i denne forbindelse måtte forstås i overensstemmelse med de afgørelser, som EMD havde truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål.

⁵⁵ Se s. 29 ff.

⁵⁶ Udtrykket "organerne" skyldes, at EMD med den struktur, som vi kender den i dag, først så sådan ud pr. 1. november 1998. Tidligere var der en Kommission, som frasorterede afvisningssager og udtalte sig om resten, samt en Domstol eller Ministerkomite, der herefter traf endelig afgørelse.

⁵⁷ Folketingets forhandlinger 1988-89, spalte 6192 ff.

⁵⁸ Udvalget havde som formand kommitteret i Justitsministeriet – nu Kammeradvokat – Karsten Hagel-Sørensen. Fra dommerforeningen deltog Landsdommer Peer Lorentzen, der senere blev højesteretsdommer og dommer ved EMD.

⁵⁹ Betænkning nr. 1220/1991 s. 196.

Der blev i forarbejderne også peget på, at EMRK indeholder en række vage standarder, der indrømmer staterne et betydeligt skøn og anført: "og de valg som udøvelsen af dette politiske skøn indebærer, bør træffes af lovgivningsmagten og ikke af domstolene."⁶⁰

At ansvaret primært er lovgivningsmagtens, er gengivet i selve lovforslaget. I bemærkningerne til lovforslaget udtrykker man tilfredshed med det samspil, der har været imellem lovgivningsmagten og Højesteret og bemærker: "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 inkorporeringen kommer til at virke som en sovepude."⁶¹

Selvom dette senere er blevet betegnet som en "måske lidt naiv forudsætning",⁶² må det ikke desto mindre være at betragte som en afgørende forudsætning. Det er svært at få øje på, hvad der skulle begrunde en tilsidesættelse af almindelig juridisk fortolkning og metode. Det forhold, at der er tale om EMRK, giver ikke i sig selv anledning hertil.⁶³ Som udtrykt af Jørgen Steen Sørensen: "I et fundamentalt spørgsmål som rammen for danske domstoles anvendelse af EMRK må det klare udgangspunkt være, at tydelige tilkendegivelser i relevante lovforarbejder står ved magt, indtil de eventuelt måtte blive ændret af lovgivningsmagten."⁶⁴

Jens Vedsted-Hansen mener dog, at dette må læses som en generel forudsætning, der navnlig peger på den begrænsning, at lovgivningsmagten allerede udøver det politiske skøn ved at træffe eksplicitte valg med hensyn til gennemførelsen af den internationale forpligtelse. Vedsted mener, at synspunktet om, at domstolene ikke skulle påtage sig en større retspolitisk opgave, må læses i sammenhæng med følgende: "Dette gælder i hvert fald første gang problemet opstår. Afstår lovgivningsmagten fra at gennemføre lovgivning, kan domstolene være nødt til at tage stilling"⁶⁵ – og han anfører på baggrund heraf: "Hvis en EMRK norm – eller en nyfortolkning heraf – derimod ikke

⁶⁰ Betænkning 1120/1991, s. 148. Torben Jensen stiller i "Højesteret og retsplejen" GADJura 1999., s. 283, spørgsmålstegn ved om sådanne udtalelser, der forsøger at lægge bånd på den fortolkningsfrihed, der hører til kernen i domstolens virke, i enhver henseende kan og bør være absolut bindende i den snævre form, der er givet dem.

⁶¹ Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5470.

⁶² Smith, "Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourg-domstolens praksis?", Juristen nr. 2. 2001, s. 54. Tilsvarende Vedsted: "må en sådan forestilling vistnok fornuftigvis betegnes som ren fiktion" i "Er politiske skøn henlagt til Højesteret", Juristen nr. 2, 2001, s. 45., Rytter, op.cit., Juristen 2010: "forestillingen(...)har vist sig at være urealistisk. Dels kan det være svært for lovgiver at følge med den løbende udvikling i menneskeretten, men frem for alt er generel lovgivning ikke altid egnet til at fastlægge den konkrete balance mellem modstridende hensyn som ofte er afgørende i menneskeretssager". Bruun Nielsen går ligefrem så langt som til at påstå: "EMRK's vage bestemmelser kan kun forstås i samspillet med EMD praksis, og forestillingen om, at Folketinget løbende skal tilpasse lovgivningen for at sikre dens overensstemmelse med de konventionsmæssige forpligtelse, er for længst opgivet (hvis den nogensinde har eksisteret)." – op.cit., s. 149

⁶³ Modsat Rytter – se s. 20, 26 ff. og 48 ff.

⁶⁴ Jørgen Steen Sørensen: "Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention", Juristen 2010, s. 254.

⁶⁵ Folketingstidende 1991-92, tillæg A, sp. 5469.

fører til legislativ afklaring, forudsættes domstolene at træde til, uanset om der herved kan blive tale om en form for normerende aktivitet”.⁶⁶

Det er dog tvivlsomt, hvor meget man kan indlægge i netop denne henvisning til forarbejderne, som er taget ud af en sammenhæng, hvor man drøfter de danske domstoles mulighed for en selvstændig fortolkning. Hvis det fremhævede citat føres til ende, lyder det: ”Noget sådan er sket på andre retsområder, f.eks. for så vidt angår formueforholdet mellem ugifte samlevende” – altså i spørgsmål, hvor lovgivningsmagten ikke har taget specifikt stilling. Og det kan hertil føjes, at forarbejderne hele vejen igennem klart tilskrev regeringen og Folketinget ansvaret. Eksempelvis: ”Det vil imidlertid fortsat være den danske regerings ansvar, at Danmark lever op til sine forpligtelser i medfør af konventionen. En konstateret uoverensstemmelse mellem en nyere lov og loven om EMRK kan derfor efter omstændighederne føre til, at det af regeringen må overvejes at søge tilvejebragt overensstemmelse med konventionsforpligtelserne ved forelæggelse af et lovforslag herom for Folketinget.”⁶⁷

Endvidere kan der i relation til Vedsteds opfattelse peges på Retsudvalgets betænkning: ”En inkorporering vil medføre, at den nugældende retstilstand, hvor de danske domstole og de retsanvendende myndigheder anvender EMRK’s regler ved fortolkning af gældende dansk ret, lovfæstes”.⁶⁸ I den relativt korte betænkning – 512 ord – er der ligeledes lagt betydelig vægt på lovgivningsmagten: ”den hidtidige praksis, hvorefter afgørelser fra EMD undergives en nøje vurdering med henblik på at fastslå, om dansk ret er i overensstemmelse med EMRK, 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”.

Når forarbejderne vurderes i deres helhed og ikke ud fra et meget snævert nedslag, er der således ikke meget, der taler for Vedsteds opfattelse. Tværtimod synes det modsatte at være tilfældet, hvilket Vedsted i et eller andet omfang også erkender i selvsamme artikel: ”Forarbejderne til EMRK loven viser tydeligt, at overvejelser om magtfordelingen mellem lovgivningsmagt og domstole havde en særdeles markant placering”⁶⁹ – og et af artiklens formål var netop at genoverveje disse forudsætninger: ”Efter et lille tiårs erfaringer kan det være anledning til at genoverveje de forudsætninger om legislativ gennemførelse af internationale normer, der således stod centralt ved EMRK inkorporeringen”.⁷⁰

Til forsvar for sin opfattelse har Vedsted andesteds peget på, at det volder betydelige vanskeligheder at udfinde det nøjagtige indhold af EMRK pr. 1. juli 1992, samt at fortolknings- og formod-

⁶⁶ Vedsted, op.cit., s. 46.

⁶⁷ Betænkning 1220/1991, s. 197.

⁶⁸ Folketingstidende 1991-92, Tillæg B, sp. 891.

⁶⁹ Vedsted, Op.cit. s. 45.

⁷⁰ Vedsted, op.cit. s. 45.

ningsreglen er udviklet med henblik på ikke inkorporerede internationale normer.⁷¹ At det kan have sine vanskeligheder at klarlægge det præcise indhold af en folkeretlig forpligtelse, er ikke nogen ny problemstilling. Hvorfor Vedsted fastlægger den præmis, at EMD's praksis er inkorporeret, sådan at fortolknings- og formodningsreglen ikke skulle kunne finde anvendelse, er svært at komme nærmere uden påhæftet argumentation. Formentlig fordi det skal ses som ét hele i form af en "international grundnorm", men det forbliver gættei.

Rytter angriber forarbejderne med en anden tilgangsvinkel, nemlig hvem der er bedst til opgaven: "det forekommer langt fra oplagt, at den nationale implementering af Danmarks forpligtelser efter EMRK generelt varetages bedst af Folketinget; tværtimod synes domstolene som juridiske organer at have bedre forudsætninger for at vurdere indholdet, rækkevidden og implikationerne af EMRK komplekset."⁷² Jørgen Steen Sørensen går i rette med denne opfattelse: "I tilfælde, hvor det måtte vise sig, at en bestemt lovgivning er i strid med EMRK, er det nemlig langt fra givet, hvad der så skal gælde i stedet. Det vil i mange tilfælde nødvendiggøre egentlig nytænkning af det pågældende retsområde(...)Det siger sig selv, at det er en opgave, som i reglen hverken kan eller skal løses ved dom, men som må forudsætte en sædvanlig parlamentarisk proces i regering og Folketing."⁷³ Der er således vægtige hensyn der taler for – som forudsat i lovens forarbejder – at det må være lovgivningsmagtens opgave og ikke domstolene.

Men hvis ikke domstolene skulle påtage sig en større retspolitisk opgave, hvad var så egentlig formålet med inkorporeringen?

Der var naturligvis flere forskellige formål, men risikoen for en konflikt imellem dansk ret og EMRK havde særlig betydning. Det var ikke udvalgets opfattelse, at domstolene særligt ofte ville blive stillet over for en sådan konflikt, men formålet med lovudkastet var dog: "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(...)Loven skal 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."⁷⁴

Navnlig for så vidt angår domstolenes rolle er det værd at bemærke formuleringen "tage hensyn til", som efter sin ordlyd indikerer, at opgaven for domstolene netop ikke er at lade den nye praksis være ene udslagsgivende for afgørelsen. At det ikke altid vil være muligt at løse en uoverensstemmelse ved fortolkning understøttes af, at der i betænkningen anføres: "Højesteret ved en række domme har fastslået, at der består en pligt for danske domstole og andre myndigheder for

⁷¹ Vedsted: "Om retspolitik", DJØF 2002, s. 229-230.

⁷² Rytter, op.cit., s. 191

⁷³ Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 257.

⁷⁴ Betænkning 1220/1991 s. 196 og Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5467 ff.

så vidt muligt at lægge EMRK og den praksis, der knytter sig hertil, til grund for fortolkningen af dansk ret.”⁷⁵ I en omtale af Højesterets praksis forud for inkorporeringen bemærkes det endvidere, at: ”en anvendelse af fortolknings- og formodningsreglerne forudsætter, at det er muligt at løse uoverensstemmelse ved fortolkning.”⁷⁶

I betænkningen tages der også stilling til en ændret rækkevidde: ”Hvis konflikten beror på, at konventionskomplekset er blevet tillagt en ændret rækkevidde ved konventionsorganernes praksis, er det formentlig af mindre betydning, hvor gammel den danske regel er. Her må det følge af almindelige fortolkningsprincipper om forholdet mellem folkeret og national ret, at domstolene skal søge at hindre, at konflikten bliver reel. Som eksempel kan nævnes, at lovgivningsmagten har tilstræbt at opfylde en konventionsforpligtigelse, mens en senere dom fra EMD viser, at den foretagne ændring ikke er tilstrækkelig(...)Højesterets bortfortolkning af ”alene” ved kendelsen i Jydebrødresagen (...) illustrerer dette eksempel.”⁷⁷

Gorm Toftegaard Nielsen har en anden udlægning af forarbejderne: ”I den betænkning der lå til grund for inkorporeringsloven, gives klart udtryk for, at fremtidige afgørelser fra EMD er bindende for danske domstole. Lovforslaget tilslutter sig dette synspunkt.”⁷⁸ Det har i forbindelse med gennemlæsningen af forarbejderne til brug for nærværende afhandling ikke været muligt at lokalisere det sted i forarbejderne, som Toftegaard henviser til. Det skal i øvrigt bemærkes, at det forhold, at man tager hensyn til praksis fra EMD, ikke er det samme som, at der eksisterer en pligt. Grundlaget for Toftegaards holdning skal nok nærmere findes i selvsamme artikel og synspunktet: ”Står valget mellem at følge dansk lov og risikere at blive omgjort af EMD eller at tilsidesætte dansk lov, vil Højesteret sandsynligvis følge konventionen”,⁷⁹ og ikke tages til indtægt for dogmatisk juridisk analyse af forarbejderne. Hvilket også bekræftes til en vis grad andetsteds, hvor Toftegaard anfører: ”Om man så vil sige, at gennemslagskraften af dens fortolkninger ikke skyldes, at disse er direkte anvendelige, men at de danske retsanvendende myndigheder i kraft af formodnings- og fortolkningsprincippet fortolker dansk lovgivning(...)er vel mere et principielt spørgsmål end et reelt.”⁸⁰

6.2. Diskussion af, hvad der er inkorporeret

På trods af formuleringerne i forarbejderne, hvor fortolknings- og formodningsreglen klart er de værktøjer der må tages i brug, forbliver det imidlertid en diskussion.

⁷⁵ Betænkning 1220/1991 s. 192.

⁷⁶ Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5463.

⁷⁷ Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5468 – tilsvarende betænkning 1120/1991 s. 197.

⁷⁸ Toftegaard, ”Parlamentarismen – hvem tog magten?”, 2001, s. 174

⁷⁹ Toftegaard, op.cit., s. 175.

⁸⁰ Toftegaard, ”Staffesagens gang”, 4. udgave, 1. oplag, 2007, s. 25.

Erik Werlauff argumenterer i en artikel fra 1999 for, at man ikke kan skelne imellem konventions-tekst og konventionspraksis. Werlauff mener, at konventionen som sådan er inkorporeret, hvilket betyder at konventionsteksten ikke kan anskues løsrevet fra de fortolkningsbidrag, som kommer til os fra EMD: "Det, borgerne derfor kan påberåbe sig for danske domstole, er at de traktatmæssigt sikrede grundrettigheder, og hver af disse rettigheder udgør et hele, hvis indhold på et givet tidspunkt er et resultat af en tekst og årtiers praksis og teori herom."⁸¹ Han konkluderer: "Det er en konvention og dennes dynamiske udvikling, der er inkorporeret i dansk ret, ikke kun en statisk konventionstekst".⁸² Ud fra disse citater er der ikke meget at tage fejl af. Det er dog noget mere nuanceret, når man går argumenterne efter i sømmene.

Artiklen indeholder henvisninger, som kan give anledning til en overvejelse af, hvorvidt der i virkeligheden blot er tale om en terminologisk uenighed: "Man kan drage visse paralleller til andre tilfælde, hvor folkeretten lukkes indenfor i vort interne retssystem, uden at der herved er tillagt bestemte organers afgørelser en formaliseret "direkte virkning" (...)Ved forståelsen af dansk ret vil kommentarer, rekommandationer mv. herved spille ind og kunne få udslagsgivende betydning for forståelsen af dansk ret".⁸³ Der er dog netop i de situationer tale om folkeretlige kilder, som altså helt i overensstemmelse med den traditionelle opfattelse kan inddrages i dansk ret igennem fortolknings- og formodningsreglen. Der har på intet tidspunkt været anført uenighed om, at EMD's praksis ikke kan have betydning som fortolkningsbidrag – tværtimod.

Werlauff skriver endvidere: " danske domstole normalt vil opleve sig som bundet af Domstolens praksis i deres forståelse af EMK, uanset at dens domme ikke har formel "direkte virkning" i vor retsorden." – også dette taler klart i retning af, at der skulle være tale om en terminologisk uenighed. Mindre pænt kunne man anføre, at Werlauff her modsiger sig selv. Dog må man her have sig for øje, at han tilsyneladende har en lidt anden udlægning af begrebet "direkte virkning", som mere retter sig imod, at eksempelvis Hauschildt ikke med EMD's dom i hånden uden videre kunne få dommen over ham ophævet⁸⁴.

Man kunne til støtte for Werlauff anføre, at situationen ikke er meget anderledes, end at en dansk lov med tiden får dens rækkevidde og indhold afklaret igennem retspraksis ved de danske domstole. Det er på ingen måde et ukendt fænomen i dansk ret, at generelt formulerede lovbestemmelser får deres konkrete indhold igennem retspraksis.

Endvidere er der det problem ved, at dommene alene skulle være folkeretlige forpligtelser, at konventionen på et tidspunkt ud i fremtiden måske har et helt andet indhold, og at den danske retstilstand ikke har fulgt med. Som Werlauff anfører, var det netop en del af formålet med inkor-

⁸¹ Erik Werlauff, Juristen nr. 2, 1999 "Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?" s. 74.

⁸² Werlauff, op.cit., s. 75.

⁸³ Werlauff, op.cit., s. 74.

⁸⁴ Om "Hauschildt sagen", se s. 30.

poreringen at sikre, at dansk retspraksis blev influeret af den fælleseuropæiske retsudvikling.⁸⁵ Hertil må det dog påpeges, at det aldrig har været anført, at det skulle være et mål at være bagefter i den europæiske retsudvikling, men derimod alene, at det i hovedsagen er et ansvar, som tilkommer lovgivningsmagten og regeringen. For så vidt angår domstolene, er det baseret på den ikke uvæsentlige faktor, at man kan nå langt igennem fortolknings- og formodningsreglen. Grundet EMD's fortolkningsstil kan det dog ikke udelukkes, at man engang i fremtiden må inkorporere EMRK med tilhørende praksis på ny, såfremt lovgivningsmagten måtte finde behov for dette, netop for ikke at være bagefter i den europæiske retsudvikling.

Angående fortolkning af generelle regler må det anføres, at man ikke uden videre kan sammenligne et lands forhold imellem lovgivningsmagten og den dømmende magt med forholdet imellem en nationalstat og en folkeretlig konstruktion som EMD.

Som direkte kommentar til forarbejdernes betoning af balancen mellem domstole og lovgivningsmagt anfører Werlauff: "Det er derfor en sandhed med modifikationer(...), og der kan i hvert fald ikke fra en sådan programmerklæring drages bestemte retsfølger."⁸⁶ Det må vel mest af alt betragtes som udtryk for, at han generelt betvivler nytteværdien af forarbejder til love. Werlauff argumenterer ikke yderligere for, hvorfor almindelig juridisk metode og forarbejder med klare præmisser skal tilsidesættes.

Werlauff påpeger dog at retsanvendende myndigheder, herunder Rigsadvokaten,⁸⁷ beskæftiger sig indgående med EMD's praksis ud fra den tilgang at konventionstekst og praksis udgør ét hele, og at dansk ret dermed bevæger sig i kraft af ny konventionspraksis: "Vi har inkorporeret en konvention og ikke en konventionstekst."⁸⁸

Ovenstående har givet anledning til en del meningsudvikling. Navnlige imellem Werlauff, Hansen Jensen og Garde.⁸⁹ En meningsudveksling der har taget sit afsæt i begrebet "negativ foreningsfrihed" og EMRK art. 11. Dette var omdrejningspunktet i "Sørensen & Rasmussen mod Danmark" fra januar 2006, som førte til, at et ellers stålfast politisk flertal ændrede foreningsfrihedsloven og forbød eksklusivaftaler. Det er således et eksempel på, at netop lovgivningsmagten bringer dansk

⁸⁵ Werlauff, op.cit. s. 74.

⁸⁶ Werlauff, op.cit., s.74.

⁸⁷ Se dog Rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen's holdning på s. 20, 32 og 42.

⁸⁸ Werlauff, op.cit., s. 74.

⁸⁹ Erik Werlauff : "Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning", Juristen nr. 8, 1997. Michael Hansen Jensen, Jens Garde: "Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed", Juristen nr. 9, 1998. Erik Werlauff, Juristen nr. 2, 1999 "Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?". Michael Hansen Jensen, Jens Garde: "Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis", Juristen nr. 2., 2002.

ret i overensstemmelse med forståelsen af konventionen på baggrund af EMD's praksis. I dette juridiske spørgsmål ville det have været yderst vanskeligt at fortolke sig til et resultat, der var i overensstemmelse med EMD's praksis efter januar 2006, såfremt lovgivningsmagten ikke havde grebet til lovgivning. Der var umiddelbart ikke tvivl om lovgivningsmagtens intentioner, da de i 1982 bl.a. på baggrund af "British rail"-dommen af 13. august 1981 vedtog lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold med det indhold, at eksklusivaftaler ikke generelt skulle forbydes.

At gå så langt som til at påstå, at det ville være umuligt for de danske domstole at fortolke sig til et resultat i overensstemmelse, vil dog være at gå for langt, idet det generelt er lovgivningsmagtens intention ikke at ville krænke EMRK, hvilket også var meningen med foreningsfrihedsloven, som den så ud indtil 2006. Man kan således her parallelt videreføre samme argumentation for lovgivningsmagtens formodede vilje som ved U1990.13 H. Hvordan de danske domstole ville have behandlet spørgsmålet, bliver vi dog aldrig klogere på, idet lovgivningsmagten skred til lovgivning.

Men da sagen (U1999.1496 H) oprindeligt blev ført, fremkom landsretten med følgende interessante udtalelse: "Ved afgørelsen af, om den senere praksis fra EMD må føre til, at danske domstole skal tilsidesætte foreningsfrihedslovens § 2, stk. 2., må der tages udgangspunkt i 1992-loven om inkorporering af EMRK. Af bemærkningerne til loven fremgår bl.a., at der ikke ved inkorporeringen tilsigtedes nogen ændring i den hidtidige balance mellem Folketinget og de danske domstole. Efter landsrettens opfattelse har Folketinget således stadig et betydeligt skøn ved fastsættelsen af dansk ret i forhold til de rettigheder og forpligtelser, der kan udledes af EMRK. Dette forhold betones yderligere af, at en underkendelse eller begrænsning af muligheden for at indgå eksklusivaftaler må antages at få vidtrækkende konsekvenser for det danske arbejdsmarked". Højesteret undgik dog helt at gå ind i den diskussion, men forholdt sig udelukkende til, hvorvidt der var EMD's praksis, som gav anledning til en anden vurdering af lovligheden af eksklusivaftaler end British rail-sagen, og afgjorde herefter sagen udelukkende ud fra de danske bestemmelser i den daværende foreningsfrihedslov.

6.3. Legislativ gennemførelse af internationale normer

Vedsted skrev i 2001, at der var anledning til at overveje de forudsætninger om "legislativ gennemførelse" af internationale normer, som stod centralt ved inkorporeringen. Kernen i Vedsteds diskussion er spørgsmålet om, hvorvidt lovgivningsmagtens ansvar for udøvelsen af de politiske skøn er realistisk og hensigtsmæssig, ikke mindst henset til EMD's dynamiske fortolkningsstil. Vedsted betegner ligefrem dette som "ren fiktion".⁹⁰

En forudsætning, der også – efter Vedsteds opfattelse – rummer en vis selvmodsigelse, idet formålet med en inkorporering netop var, at de retsanvendende myndigheder ikke skulle føle sig forplig-

⁹⁰ Vedsted, op.cit., Juristen 2001, s. 45.

tet til at træffe afgørelser i strid med EMRK. Ifølge Vedsted følger der heraf, at retsanvenderne må antages at have fået kompetence til at udfylde de lovgivningsmæssige rammer på grundlag af de normer, der til enhver tid følger af EMRK.

Hertil anfører Hansen Jensen og Garde: "Den "normeringskompetence" der herved er henlagt til domstolene, antages således at indebære, at EMRK og konventionspraksis må lægges til grund af domstolene, medmindre lovgivningsmagten allerede har udøvet et politisk skøn ved at træffe eksplicitte valg med hensyn til gennemførelsen. Vi har imidlertid svært ved at følge denne argumentation, idet forarbejdernes udtalelse, om at danske domstole ikke er forpligtet til at træffe afgørelse i strid med konventionskomplekset, ikke kan begrunde, at danske domstole omvendt er forpligtet til at tilsidesætte klare lovbestemmelser som følge af nyere (vidtgående) retspraksis fra EMD".⁹¹

Hansen Jensen og Garde er med henvisning til forarbejderne fortalere for, at en konflikt skal løses på grundlag af fortolknings- og formodningsreglen. Til støtte herfor kunne man argumentere for, at såfremt det skulle være udviklingen i EMD's praksis, der bevirker at lovgivningsmagten ikke længere skulle have den centrale rolle, er det påfaldende, at der også i "Betænkning om Inkorporering af Menneskerettigheder i Dansk ret" fra 2001⁹² bliver givet udtryk for synspunkter på linje med dem i betænkningen fra 1991.

En anden væsentlig pointe for Vedsted er, at EMRK skal opfattes som grundrettigheder, der på en eller anden måde står over almindelig lov: "Denne kan opfattes som en normeringsfunktion, der i og for sig slet ikke kan overtages af det demokratiske-politiske system, idet grundrettighederne konstituerer den retlige forståelsesramme"⁹³, og man kan hertil tilføje Vedsteds afsluttende konklusion: "Højesteret har gennem de senere år markeret vilje til at fastholde såvel individuelle grundrettigheder som generelle forfatningsprincipper, når lovgivningsmagten har været forsømmelig ved udøvelse af sine politiske eller endog juridiske beføjelser. På tilsvarende måde må der i tilfælde som de her nævnte være anledning til indgående domstolskontrol med, at magtfordelingen bliver taget alvorligt."⁹⁴

Det bliver dog ikke præciseret nærmere, hvorfor EMRK skulle have en særlig stilling, og som svar herpå bliver det da også bastant fremført af Hansen Jensen og Garde: "Vedsted synes herved at forudsætte, at EMRK og praksis fra EMD retskildemæssigt er placeret over almindelige love. Hertil er blot at bemærke, at inkorporeringsloven selvsagt er en almindelig lov, og at den derfor ikke har – og efter grundloven ikke kan have – højere status end andre love".⁹⁵

⁹¹ Hansen Jensen, Garde: "Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis", Juristen nr. 2, 2002, s. 82.

⁹² Betænkning 1407/2001, s. 307 ff.

⁹³ Vedsted, op.cit., s. 46.

⁹⁴ Vedsted, op.cit., s. 48.

⁹⁵ Hansen Jensen og Garde, op.cit., s. 82 – se i øvrigt s. 48 ff.

En forklaring skal måske findes i citatet: ”i et retssystem som det danske, hvis alderstegne forfatning rummer mindre omfattende grundrettighedsbeskyttelse, end hvad der i dag normalt anse for nødvendigt”⁹⁶. Det er muligt, at Vedstedes opfattelse hænger sammen med, at den danske grundlov – efter Vedstedes opfattelse – ikke er tilstrækkelig. Det er der dog ikke nærmere belæg for, og det skal derfor her ikke være konklusionen.

6.4. Må hele EMRK-lovens forarbejder tilsidesættes?

Et mere kontroversielt synspunkt på inkorporeringsprocessen har Rytter, der ikke mener, at inkorporeringslovens forarbejder kan sidestilles med en sædvanlig lov og derfor må tilsidesættes. Dette synspunkt skal her kun kort behandles, idet diskussionen hænger sammen med opfattelsen af dualismen samt betragtninger om dansk forfatningsret, der drøftes andetsteds.

Rytter går i sin ph.d. i rette med Germer samt Hansen Jensen og Gardes opfattelse af, at EMD’s praksis ikke er bindende i dansk ret: ”Dette standpunkt er ikke holdbart. Det er funderet i en formalistisk og traditionel dualistisk opfattelse af forholdet mellem dansk og international ret, hvorved EMRK loven søges anskuet som en sædvanlig lov.”⁹⁷

Selv kritikere af synspunktet om, at EMD’s praksis ikke er bindende i dansk ret, anerkender dog, at det er retskildemæssigt korrekt. Eksempelvis skriver Werlauff: ”Denne retsopfattelse er ikke i sig selv overraskende, men snarere retskildemæssigt lige efter bogen.”⁹⁸

Når Rytter har en anden opfattelse, hænger det sammen med, at han mener, at det dualistiske princip er under kraftig opblødning. Diskussionen herom er afdækket tidligere, hvorefter det står klart, at det dualistiske princip er udgangspunktet for dansk ret.⁹⁹

Hvad der imidlertid fortjener nærmere behandling her er, at Rytter tilsyneladende er af den opfattelse, at traditionel juridisk metode og forarbejder må vige. Hvad, der skulle være årsagen hertil, er meget svært at udlede. Selv argumenterer Rytter på samme måde, som når han fuldstændig fejer dualismen af bordet: ”EMRK’s status må vurderes ud fra konventionskompleksets faktiske gennemslag i dansk ret.”¹⁰⁰ Altså et rent pragmatisk synspunkt.

Helt på bar bund står vi dog ikke, idet Rytter anfører, at loven ikke kan anses for en sædvanlig lov, netop pga. EMRK-lovens forarbejder. Det giver ikke mening at se det som en sædvanlig lov, netop fordi EMRK blev inkorporeret, da EMD havde betydning for retsskabelsen. Rytter angiver ikke, hvad der i forarbejderne skulle give anledning til denne særegne opfattelse. Tværtimod følger det

⁹⁶ Vedsted: ”Om retspolitik”, DJØF 2002, side 215.

⁹⁷ Rytter, ”Grundrettigheder”, s. 121.

⁹⁸ Erik Werlauff, Juristen nr. 2, 1999 ”Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?” s. 73.

⁹⁹ Se s. 13.

¹⁰⁰ Rytter, ”Grundrettigheder”, s. 122.

af det i grundloven forudsatte legalitetsprincip og den retlige trinfølge, at en konvention – i dette tilfælde EMRK – er inkorporeret på almindelig lovsniveau.¹⁰¹

Desuden fremkommer Rytter med det synspunkt, at EMRK og EMD udgør et udeleligt hele – også her uden at anføre nogen argumentation, men dog med henvisning til Werlauff, Zahle, Lorentzen og Torben Jensen.¹⁰²

Man kunne passende spørge Rytter: Hvis ikke inkorporeringsloven er en almindelig og sædvanlig lov, hvad er den så?¹⁰³

Der er således intet afgørende, der taler for, at inkorporeringen skulle have røkket ved det grundlæggende udgangspunkt, at det stadig må være fortolknings- og formodningsreglen, der er kernen i de danske domstoles brug af EMD's praksis. Tværtimod er dette flere gange fremhævet i forarbejderne til inkorporeringsloven. Spørgsmålet er imidlertid, om fortolknings- og formodningsreglen har ændret rækkevidde og således ikke sætter helt så skarpe grænser for domstolenes virke.

6.5. Har fortolknings- og formodningsreglen ændret rækkevidde?

Det er relevant at afklare, hvor langt man kan strække fortolknings- og formodningsreglen. En diskussion, som Lorentzen har markante synspunkter på.

Lorentzen skrev i 1999, at han ikke forstår, at der skulle være en sondring imellem konventions teksten og konventionsorganernes praksis: "Jeg må blankt erkende, at jeg ikke forstår denne sondring. Har EMD f.eks. lagt til grund, at en afkriminaliseret sanktion – eks. en parkeringsafgift – er en *criminal charge* i konventions forstand med de retsgarantier, der følger heraf, må danske domstole – uanset om den pågældende sag vedrører Danmark eller et andet medlemsland – lægge til grund, at dette – nu – er konventionens indhold, som Danmark er forpligtet til at overholde. Hvor en sådan afklaring foreligger, er domstolene efter min opfattelse forpligtede til at følge EMD's fortolkningsresultat, uanset om det fører til tilsidesættelse af klare danske lovbestemmelser, og uanset om det kan medføre betydelige konsekvenser for det danske retssystem."¹⁰⁴

I det givne eksempel må der være tale om, at konventionens rækkevidde er ændret som følge af EMD's praksis. Ud over at EMD's praksis er bindende, hersker der ikke megen tvivl om, at domstolene ikke blot skal fortolke dansk ret i lyset af EMRK, men ligefrem har en pligt til at tilsidesætte en ellers klar dansk lovregel. Lorentzen angiver dog ingen juridiske argumenter herfor.

¹⁰¹ Også påpeget af Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 255.

¹⁰² Rytter, op.cit., s. 122 note 220.

¹⁰³ Rytter peger selv, i "Dansk Europæisk Menneskerettighedsbeskyttelse", Juristen 2010, s. 189, på, at det beror på den nationale forfatning, i hvilket omfang EMRK kan anvendes direkte og med forrang i national ret.

¹⁰⁴ Lorentzen, "Danske domstole og menneskerettighederne", s. 5.

Kendetegnende for jurister med den opfattelse må det efterhånden siges at være, at de fremkommer med bastante konstateringer, men uden megen juridisk argumentation.¹⁰⁵ Som tidligere omtalt står det klart, at man kan strække fortolknings- og formodningsreglen langt. Der er således eksempler på, at man har tilsidesat danske lovregler allerede inden inkorporeringen.¹⁰⁶ Det svarer til, at man også undertiden ser eksempler på sager, hvor ordlyden i danske bestemmelser bliver tilsidesat igennem konkret fortolkning ved domstolene i udelukkende danske sager.¹⁰⁷ At der er en sådan mulighed er imidlertid ikke det samme som at der eksisterer en pligt.

Som Hansen Jensen og Garde anfører: "Efter vor opfattelse må en pligt for danske domstole til at følge enhver dom fra EMD i det hele taget kræve klare holdepunkter i inkorporeringsloven."¹⁰⁸ Holdepunkter som Lorentzen ikke anviser.

De peger endvidere på, at en sådan "pligt" vil række ud over den hidtidige doktrin og er vidtgående i relation til forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene,¹⁰⁹ På den baggrund virker Lorentzens kortfattede konklusion, uden videre juridisk argumentation, højst besynderlig. Hertil kommer forarbejdernes betoning af balancen imellem lovgivningsmagten og domstolene. Udvalget, der afgav betænkningen, havde Lorentzen som medlem. De synspunkter, der i 2001 blev givet udtryk for af udvalget bag betænkning om inkorporering af menneskerettigheder i dansk ret,¹¹⁰ er ikke uforenelige med dette. Udvalget havde denne gang Lorentzen som formand.¹¹¹ Da planerne om yderligere inkorporering aldrig blev til noget, har lovgivningsmagten dog aldrig forholdt sig til 2001-betænkningen på samme måde som 1991-betænkningen. Hvad der skulle have fået Lorentzen – der er tidligere medlem af Menneskerettighedskommissionen og fra 1998 blev dommer ved den dengang nye Menneskerettighedsdomstol – til at ændre mening om de forarbejder, som han selv medvirkede til at udarbejde, må stå hen i det uvisse.

6.6. Delkonklusion

Inkorporeringslovens forarbejder er relativt entydige. Det tilkommer lovgivningsmagten at ændre relevante lovbestemmelser, når der træffes nye afgørelser i konventionsorganerne. Inkorporeringen skulle ikke føre til at domstolene skulle påtage sig en større retspolitisk opgave. Vedsted prø-

¹⁰⁵ Se også Melchior, der uden argumentation anfører: "Konventionen – sådan som den til enhver tid fortolkes af EMD – er en del af dansk ret og skal derfor anvendes af danske domstole", op cit., s. 210-11. Torben Jensen skriver op.cit., s. 283-84, at man ud fra et loyalitetssynspunkt må indrette sig efter praksis: "Danske dommere er af denne grund og som følge af konventionens regler om forrang over for den almindelige nationale lovgivning ikke alene bundet af konventionsteksten, men også af den retstilstand, der er fastslået gennem præjudikatsystemet".

¹⁰⁶ Eks. U 1990.13 H.

¹⁰⁷ Herunder de i offentligheden meget omtalte "knivsager" U2010.789 H og U2010.796 H.

¹⁰⁸ Hansen Jensen og Garde, op.cit., s. 79.

¹⁰⁹ Hansen Jensen og Garde, op.cit. s. 79.

¹¹⁰ Betænkning 1407/2001 s. 307 ff.

¹¹¹ Jf. tidligere diskussion er det også relevant, at Vedsted var udvalgsmedlem udpeget af Aarhus Universitet

ver på sin vis at bløde lidt op på dette, men konkluderer dog selv, at det stod centralt ved inkorporeringen – selvom han mener at dette er ”ren fiktion”.

Det grundlæggende udgangspunkt for forarbejderne er, at fortolknings- og formodningsreglen står skarpt som de værktøjer domstolene må tage i brug. Der er ikke fundet holdepunkter for det modsatte. Det må endvidere stå helt klart, at man ikke kan tilsidesætte forarbejderne, som Werlauff og Rytter gør.

En pligt til at tilsidesætte dansk lovgivning af hensyn til EMRK – som antydnet og påstået af henholdsvis Vedsted og Rytter – kan ikke anerkendes. Man kan ikke slutte fra, at der er en mulighed, til at der skulle være en pligt. Hertil kommer, at inkorporeringsloven er en almindelig lov, og der er ikke grundlag for, jf. grundloven, at tillægge nogle love højere status end andre.

Det er klart, at hvis man på monistisk måde mener, at folkeretten ligger over dansk ret, må dansk lovgivning vige for EMRK. Som det dog er indgående behandlet tidligere, er det imidlertid ikke udgangspunktet for dansk ret.

At Lorentzen uden nærmere argumentation bombastisk skriver, at han ”blankt må erkende”, at han ikke forstår, at man kan have en anden opfattelse end hans, kan ikke føre til et andet resultat.

Der er intet afgørende i inkorporeringsprocessen, der taler for, at fortolknings- og formodningsreglen ikke skulle være kernen i de danske domstoles brug af EMD’s praksis.

Konklusionen bliver derfor, at selvom det må være således, at domstolene i Danmark er forpligtet til at lægge EMD’s senere praksis til grund ved fortolkning af dansk ret, er denne praksis ikke gjort til en ubetinget bindende retskilde.

At man på baggrund af forarbejderne konkluderer, at fortolknings- og formodningsreglen har afgørende betydning, gør det relevant at afklare, hvad der egentlig kan indlægges heri. For at komme dette nærmere må vi se på retspraksis.

7. Retsspraksis i relation til fortolknings og formodningsreglen

Hvis det lægges til grund, at danske domstole skal agere indenfor, hvad der er muligt i forhold til fortolknings- og formodningsreglen, er det relevant at se nærmere på, hvilke rammer der er for disse.

En sag der, er henvist til i forarbejderne som et eksempel på, at domstolene skal forsøge at forhindre en konflikt, er U1990.13 H (Jydebrødresagen). Sagen er særlig velegnet til en grundig analyse af, hvad der kan indlægges i fortolknings- og formodningsreglen.

Kernen i sagen var, hvorvidt en dommer både kan varetægtsfængsle efter RPL's regler om "særlig bestyrket mistanke" og senere medvirke i afgørelsen om skyldsspørgsmålet. I sagen havde byretsdommer Henrik Stamp ved sagens begyndelse i januar og februar 1988 afsagt i alt 5 fængslingskendelser blandt andet med henvisning til RPL § 762, stk. 2. Dommeren havde derved taget stilling til, hvorvidt der forelå en "særlig bestyrket mistanke" – jf. ordlyden i RPL § 762, stk. 2.

Året forinden, 24. maj 1989, var Danmark blevet dømt for at have krænket EMRK art. 6 i den såkaldte Hauschildt-sag. EMD forholdt sig ikke "in abstracto" til de danske regler, men konkret til, at Hauschildts rettigheder var blevet krænket.

EMD lagde vægt på, at dommeren i 9 af afgørelserne påberåbte sig RPL § 762, stk. 2. Det blev udtalt i dommen, at forskellen imellem en konstatering af, hvorvidt der foreligger en "særlig bestyrket mistanke" og den fældende dom er hårfin/tynd – "tenuous".

Ved lov nr. 386 af 10. juni 1987 ændrede Folketinget retsplejeloven og indførte § 60, stk. 2. Formålet med lovændringen var at bringe retsplejelovens regler i overensstemmelse med EMRK.

§ 60, stk. 2. fik følgende ordlyd: "Stk. 2. Ingen må deltage som dommer under domsforhandlingen i en straffesag, såfremt han tidligere i sagen har truffet beslutning om at varetægtsfængsle den pågældende alene efter § 762, stk. 2, jo mindre sagen behandles efter § 925 eller § 925 a."

Bestemmelsen indskrænkede således efter sin ordlyd en dommer til at være inhabil i tilfælde, hvor der alene var sket varetægtsfængsling efter RPL § 762, stk. 2., jo mindre der var tale om en tilståelsessag.

Byretsdommer Henrik Stamp havde ikke alene varetægtsfængslet efter RPL § 762, stk. 2. Det var sket i kombination med andre bestemmelser. Efter en ordlydsfortolkning var der således ikke meget at diskutere.

Byretten – der tog Hauschildt-sagen i betragtning – kom da også frem til, at Stamp ikke skulle vige sit sæde.

I landsretten fik sagen imidlertid et andet udfald. Her erklærede 2 ud af 3 dommere Stamp for inhabil.

Landsdommer Rørdam lagde vægt på, at EMD havde lagt til grund, at forskellen imellem fængslings- og domsfældelsesgrundlaget er "tenuous". For Rørdam var antallet af gange, eller om der var varetægtsfængslet alene efter RPL § 762, stk. 2, ikke afgørende.

Herefter bevæger Rørdam sig ud i en interessant vurdering af de politiske omstændigheder: "Da man åbenbart anså det for mindre sandsynligt, at Danmark ville blive dømt, fik bestemmelsen den affattelse(...)Herved opnåede man på én gang at demonstrere lydhørhed overfor konventionens

krav om retfærdig rettergang og samtidig at begrænse inhabilitet-reglens rækkevidde så meget, at de praktiske ulemper blev stærkt reduceret. Opmærksomheden om bestemmelsen druknede i øvrigt i det væsentligste i diskussionen om den samtidig indførte og stærkt kritiserede nye fængselsbestemmelse i retsplejelovens § 762, stk. 2.nr. 2. Resultatet er blevet, at retsplejelovens § 60, stk. 2., har fået den udformning, der gør den meningsløs set i forhold til det mål, at den danske lovgivning skal opfylde konventionens krav om retfærdig rettergang”.

Rørddam lod således fortolkningsreglen strække så langt som til at tilsidesætte den lovgivning, som lovgivningsmagten havde ment var tilstrækkelig. Lovgivningsmagten havde – ifølge Rørddam – ikke tilstrækkeligt effektivt bragt dansk ret i overensstemmelse med vores folkeretlige forpligtelser. Hvis ændringen i retsplejeloven ikke skulle være ”meningsløs”, måtte domstolene derfor ty til brug af fortolkning og ligefrem bortfortolke ”alene”.

Landsdommer Lyngsø lagde sig op ad Rørddams vurdering. Afgørende for Lyngsø var ligeledes, at formålet med RPL § 60, stk. 2. måtte være at bringe retsplejelovens regler i overensstemmelse med EMRK. En formålsfortolkning overskyggede ordlyden.

Mindretallet – landsdommer Blok¹¹² – lagde derimod vægt på ordlyden og anførte hertil: ”Det kan imidlertid ikke antages, at medtagelsen af ordet ”alene” beror på en fejl”.

Om brug af fortolkning anførte Blok: ” Bestemmelserne i EMRK, der ikke som sådan er gjort til en bestanddel af dansk ret, kan og skal tillægges betydning i tilfælde, hvor danske lovregler rummer flere fortolkningsmuligheder eller hjemler skønsmæssig beføjelser, men kan ikke medføre tilsidesættelse af en utvetydig dansk lovregel.” Blok argumenterede videre for lovgivningsmagtens ansvar: ”Såfremt det af hensyn til forholdet til konventionen anses for nødvendigt eller ønskeligt at ændre den gældende retstilstand i Danmark, må dette ske ved en gennemførelse af en lov”.

Højesteret stadfæstede landsrettens kendelse med den begrundelse, at Folketinget i forarbejderne til bestemmelsen var opmærksom på, at den daværende menneskerettighedskommission i sin afgørelse af 9. oktober 1986 i Hauschildt-sagen ensidigt havde givet udtryk for, at den gældende danske ordning rejste alvorlige spørgsmål med hensyn til fortolkningen og brugen af EMRK art. 6. Det var netop overholdelsen af EMRK, der affødte bestemmelsen § 60, stk. 2., og der var ifølge Højesteret derfor ikke grundlag for, at bestemmelsen tilsigtede en udtømmende regulering. Bestemmelserne måtte derfor fortolkes i overensstemmelse med de principper, der er lagt til grund i 1989-dommen.

Højesteret følger dermed i landsrettens spor og bortfortolker ordet ”alene”, idet det lægges til grund, at Folketinget netop ikke har villet lovgive i strid med sine folkeretlige forpligtelser.

¹¹² Peter Blok er professor dr.jur. og blev i 1991 højesteretsdommer.

Det er her interessant, at både landsret og Højesteret argumenterer med udgangspunkt i fortolknings- og formodningsreglerne, selvom sagen også viser, at det kan være svært at skelne imellem dem.

Dommen er afsagt i 1990. Før inkorporeringen synes det således at være Højesterets klare opfattelse, at der ikke består en ubetinget pligt til at træffe afgørelse i overensstemmelse med EMD's praksis. Der bliver netop lagt afgørende vægt på formålet bag lovgivningsmagtens indførelse af § 60, stk. 2. i retsplejeloven.

Højesterets senere brug af fortolknings- og formodningsreglen til det samme formål gør også Jørgen Steen Sørensen opmærksom på. Med henvisning til U 1994.536 H (den konstituerede dommer) og U 1994.988 H (Aukens have) skriver han: "I sådanne tilfælde volder det ikke særlige vanskeligheder for domstolene at reagere på et konstateret konventionsproblem(...)Der kan siges at være tale om anvendelse af fortolknings- og formodningsprincipper, som allerede inden inkorporering af konventionen blev anvendt til at sikre den nødvendige overensstemmelse med dansk ret".¹¹³

Visse jurister argumenterer for, at Højesteret kunne have nået samme resultat uden at henvise til EMD's afgørelse, men i stedet ud fra almindelige retssikkerhedsbetragtninger.¹¹⁴ Man kunne måske hertil tilføje: i kombination med retsplejelovens daværende generalklausul i RPL § 62. Det er således ikke fuldstændig klart, at der var tale om en tilsidesættelse af en utvetydig dansk lovbestemmelse af hensyn til EMD's praksis.

På den anden side var både landsretten og Højesteret villig til at gå meget langt i deres brug af fortolkning for at tilsidesætte lovgivningens formulering. Det giver anledning til at stille spørgsmålstegn ved, om fortolknings- og formodningsreglen reelt indebærer en begrænsning for domstolene, når principperne kan strækkes så langt allerede inden inkorporering.

Man må formode, at lovgivningsmagten reelt mente at have opfyldt sine internationale forpligtelser også med formuleringen "alene". Som anført af Blok var det næppe en fejl. Rørdam berører ligeledes dette, idet han vurderer, at det blev anset for mindre sandsynligt, at man ville blive dømt ved EMD. Hvis lovgivningsmagten mener at have gået så langt som nødvendigt, må de have foretaget en afgrænsning af, hvor langt man ville gå for at imødekomme EMRK. Også Rørdams kommentarer om, at lovgiver ønskede at begrænse inhabilitet reglens rækkevidde så meget, at de praktiske ulemper blev stærkt reduceret, synes at bekræfte dette.

¹¹³ Jørgen Steen Sørensen, op.cit. s. 256

¹¹⁴ Hansen Jensen, Garde, op.cit., s. 78.

En mere striks inhabilitetspraksis må principielt være op til lovgivningsmagten på ny at tage stilling til, fx efter dommen den 24. maj 1989. Lovgivningsmagten havde jo netop forholdt sig aktivt til, hvor langt man ønskede at gå for at imødekomme konventionens krav.

Omvendt var det uomtvisteligt lovgivningsmagtens intention – formodede vilje – at dansk ret ikke skulle være i strid med konventionen, og efter den 24. maj 1989 måtte det ifølge Højesteret stå klart, at de danske regler ikke var i overensstemmelse med den rækkevidde, som kunne tillægges EMRK art. 6. En rækkevidde der ikke kunne forudsiges af de danske lovgivere i forbindelse med lovændringen af RPL i 1987.

Højesteret har dog ikke undgået kritik for sin imødekommende stil overfor EMD's praksis. Eksempelvis fra Eva Smith der i relation til den såkaldte Jersild sag skriver: "Men i stedet vælger Højesteret (...) i sin iver for ikke at blive underkendt at blive mere katolsk end paven selv".¹¹⁵

7.1. Delkonklusion

Formålet var her at foretage en grundig analyse af U1990.13 H med henblik på at vurdere, hvor langt vi kan strække fortolknings- og formodningsreglen. Sagen skønnes særligt egnet, idet man gik så langt, som det var tilfældet. Anden relevant retspraksis er i begrænset omfang omtalt i afsnittet "Særligt om EMRK", men af afgrænsningsmæssige årsager er der her ikke mulighed for at gå mere i dybden.

Der er ingen tvivl om, at Højesteret hidtil har været parat til at gå langt med hensyn til at opnå harmoni imellem dansk ret og EMRK og undgå at træffe afgørelser i strid med en dom fra EMD.¹¹⁶

U 1990.13 H er et eksempel på, hvor langt man var parat til at gå af hensyn til EMRK allerede inden inkorporeringen. Der er dog også eksempler på en mere tilbageholdende stil.¹¹⁷

Som forelagt i foregående afsnit er det imidlertid afgørende, at denne normharmonisering må opnås igennem fortolknings- og formodningsreglen. Det ligger i tråd med Højesterets praksis, selve forståelsen af det dualistiske princip, og så var det ganske simpelt forudsætningen i forbindelse med inkorporeringen. Dette ændrer imidlertid ikke på, at man kan komme meget langt med disse principper, og det er da også evident, at domme fra EMD normalt må tillægges en meget betydelig vægt ved den konkrete retsanvendelse.¹¹⁸

¹¹⁵ Smith, Juristen nr.2, 2001, s. 58

¹¹⁶ Jf. f.eks. også U1994.988 H der blev afsagt en lille måned efter EMD's afgørelsen i "Jersild imod Danmark".

¹¹⁷ Eksempelvis U 1990.181 H. Højesteret fremhævede i dommen, at under hensyn til de meget vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen, som en ufortrøden anvendelse af konventionens artikel 6 ville have, burde det overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til spørgsmålet. Samme konklusion kommer Højesteret til i U 1994.536 H.

¹¹⁸ Se eks. Lorentzen der i sin artikel "Danske domstole og menneskerettighederne, foretager en fireårig analyse fra 1995 til 1998 og klart påviser EMRK's påvirkning i domstolenes konkrete retsanvendelse. I sin "indledning til folkeret-

8. Hvorfor er det relevant at harmonien skabes igennem fortolknings- og formodningsreglen?

Undertiden anføres det, at diskussionen om betydningen af EMD's praksis blot er en akademisk og teoretisk diskussion uden megen relevans. Dette er dog ikke korrekt. Det er relevant, om fortolknings- og formodningsreglen må lægges til grund, hvor EMD måtte komme til et politisk kontroversielt emne, som ikke rimeligvis kan antages at være omfattet af lovgivningsmagtens *formodede* vilje, eks. som tidligere omtalt på abortområdet.

Til illustration af at domstolene må tage udgangspunkt i lovgivningsmagtens vurdering kan henvises til den seneste lovrevision af udlændingeloven. Ved lov vedtaget ved 3. behandling den 24. juni 2011¹¹⁹ blev udlændingeloven ændret, således, at § 26, stk. 2, fik følgende ordlyd: "En udlænding skal udvises efter §§ 22-24 og § 25, medmindre dette med sikkerhed vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser."

Loven havde et meget bredt flertal i Folketinget, idet kun det Radikale Venstre, Kristendemokraterne (ét mandat) og Enhedslisten stemte imod.¹²⁰ Det interessante er, at Folketinget med lovrevisionen beder domstolene gå helt til grænsen. Såfremt der er tvivl om, hvorvidt en udvisning er i overensstemmelse med folkeretlige forpligtelser, skal personen udvises. Kun hvis der er sikkerhed for, at det vil være i strid med vores forpligtelser, skal der ikke udvises. Lovgivningsmagten beder på den måde domstolene åbent om at foretage en afvejning, med den risiko at vi krænker vores internationale forpligtelser. Det er således lovgivningsmagtens vilje, at personer i tvivlstilfælde skal udvises, selvom dette kan betyde en efterfølgende dom for krænkelse af EMRK.

Som det står anført i lovens forarbejder: "Det foreslås for det andet, at selve den afvejning, som domstolene skal foretage efter § 26, stk. 2, skærpes, således at der fremover altid skal ske udvisning, medmindre dette *med sikkerhed* vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser(...) Det forudsættes, at domstolene i forbindelse med vurderingen af, om der skal udvises, som i dag inddrager den relevante praksis fra bl.a. EMD. Efter forslaget vil *den klare hovedregel* i udvisningssager således være, at udlændinge, der idømmes frihedsstraf for begået kriminalitet, udvises. Udvisning kan kun undlades, hvis udvisning *med sikkerhed* vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser(...) lovgivers udtrykkelige ønske er, at udvisning skal ske i videst muligt omfang."¹²¹

ten" 3. udg, gennemgår Germer ligeledes en række domme fra s. 80 og frem, hvor EMRK spiller en rolle i forbindelse med afgørelse af danske sager. Endeligt kan citeres fra betænkningen 1407/2001 om inkorporering af menneskeret-tigheder, hvor der henvises til U 1994.953 H og U 1995.228 Ø, og konkluderes: "Domstolene synes endvidere at gå langt ved fortolkningen af dansk ret for at undgå, at der sker en krænkelse af konventionen".

¹¹⁹ http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/L210/som_vedtaget.htm#dok.

¹²⁰ <http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/L210/107/afstemning.htm#dok>.

¹²¹ Bemærkninger til lovforslaget, "punkt 2.2. Forslag om at skærpe afvejningsreglen i § 26, stk. 2".

http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/L210/som_fremsat.htm#dok

Under forhandlingerne i Folketinget udtrykte både Socialdemokraterne og Socialistisk Folkeparti tvivl om, hvorvidt det overhovedet ville have nogen virkning i praksis og om dette var hensigten med loven. Debatten gik til tider højt især imellem retsordføreren Karen Hækkerup og Integrationsminister Søren Pind.¹²²

Ministeren udtalte under 3. behandlingen: "Derfor er det også vigtigt for mig(...) også af hensyn til dem, der skal dømmes i fremtiden – klart at sige, at lovgivers utvetydige, stadfæstede intention med det her lovforslag er at skærpe praksis over for kriminelle udlændinge i forhold til udvisning."¹²³

Integrationsministeren var helt på det rene med den risiko for brud på folkeretten, som lovforslaget indebærer, og udtalte under 2. behandlingen: "lovforslaget er et bevidst politisk ønske om, at domstolene skal gå så tæt som overhovedet muligt på de internationale konventioner. Det betyder også, at vi løber en procesrisiko".

Der var under 1. behandlingen i Folketinget heller ikke tvivl om regeringens holdning til dansk rets forhold til folkeretten. Integrationsministeren udtalte: "Vi går ind og siger, at for os er det vigtigt, at man går helt tæt på de internationale konventioner og sådan set vender bevisbyrden om(...) Det er også i fuld overensstemmelse med de regler, som gælder. Det har lovgivere ret til. Det er lovgivere, der pålægger domstolene at fortolke de internationale konventioner(...) Det her får den virkning, at vi siger til danske domstole: Nu skal I gå lige så langt, som I overhovedet kan, og om nødvendigt er der en procesrisiko."

Institut for Menneskerettigheder konkluderer i deres høringssvar om lovforslaget, at der er tale om en nydannelse og et forsøg på at indskrænke menneskerettighedernes betydning: "regeringen tilsyneladende vil regulere domstolenes kernefunktion ved at lovfæste et princip om, at domstolene alene skal undlade udvisning, såfremt dette "med sikkerhed" vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser. Disse ord kan forekomme ganske uskyldige, men de indebærer – så vidt ses – et forsøgsvis opgør med knap 25 års retspraksis, idet danske domstoles i forvejen snævre fortolkning af internationale menneskerettigheder nu søges yderligere begrænset."¹²⁴

Lovens forarbejder og ministerens klokkeklare udtalelser er udtryk for en markant understregning af det dualistiske udgangspunkt, og at lovgivningsmagten ønsker at kontrollere domstolenes brug af folkeretlige forpligtelser. På baggrund af loven kan det postuleres, at i hvert fald et meget stort

¹²² Et eksempel herpå var, da Karen Hækkerup under 2. behandlingen udbrød: "Men det er jo en fis i en hornlygte, vil jeg sige til hr. Søren Pind". Hvilket fik tredje næstformand (Holger K. Nielsen) op af formandsstolen: "Nå, nå, må jeg bede om kammertonen!" Karen Hækkerup lod sig dog ikke sådan kue: "Jeg hørte for nylig, at sgu ikke længere er et bandeord, og jeg ved ikke, om fis og hornlygte er det". Tredje næstformanden: "Det er det altså her i Folketinget!"

¹²³ <http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/L210/BEH3/forhandling.htm#dok>.

¹²⁴ <http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/l210/bilag/7/1009627.pdf>, s. 11

flertal i Folketinget har den opfattelse, at forholdet imellem dansk ret og international ret er af dualistisk beskaffenhed.¹²⁵ Under alle omstændigheder ligger det fast, at hvor der er tvivl om folkeretten, må det falde ud til fordel for dansk ret.¹²⁶ Samtidig er det værd at bemærke sig, at EMD's praksis netop er opfattet som "internationale forpligtelser".

Et opdrag til domstolene som lovgivningsmagten til fulde indser de mulige konsekvenser af, nemlig et folkeretsbrud. En risiko som lovgivningsmagten med åbne øjne løber, og også gerne påtager sig ansvaret for. Selvom det jo er forudsat, at man vil undgå – klare – folkeretsbrud.

Det er samtidig et klart eksempel på, at det er lovgivningsmagten der definerer, hvordan domstolene skal forholde sig til EMRK. Lovgivningsmagten her har givet domstolene et klart opdrag. Kun hvis EMD's praksis var direkte gældende og inkorporeret i dansk ret på en slags forfatningsretlige niveau, så ville domstolene kunne foretage en selvstændig vurdering og kunne i tvivlstilfælde vælge ikke at udvise. Der er der dog ikke grundlag for en sådan antagelse.¹²⁷

8.1. Delkonklusion

Det må konstateres, at der er reelt forskel på om man anerkender at harmonien finder anvendelse igennem fortolknings- og formodningsreglen eller betragter praksis fra EMD som en ubetinget retskilde. Det kan blive relevant i et tilfælde, hvor EMD måtte komme til et politisk kontroversielt resultat som ikke rimeligvis kan antages at være omfattet af lovgivningsmagtens *formodede* vilje. Som tidligere omtalt fx i det tænkte eksempel på abortområdet.¹²⁸

¹²⁵ Det Radikale Venstre har tilsyneladende en anden opfattelse. Zenia Stamp, MF (RV) udtaler 9. november 2011 til Berlingske Tidende: "Det er rystende, at Venstre ikke vil følge konventionen. For hvilken status har konventioner så overhovedet? Vi har den holdning, at de ligger over dansk lov." <http://www.b.dk/politiko/venstre-vil-bryde-fn-konvention>.

¹²⁶ Det skal for fuldkommenhedens skyld nævnes, at S og SF forsøgte at få vedtaget et ændringsforslag, hvorefter lovforslaget blev affattet i overensstemmelse med et forslag fra Institut for Menneskerettigheder. Da partierne ikke kunne få flertal, valgte de at stemme for det oprindelige lovforslag. Se mere om ændringsforslaget i udvalgsbetænkningen afgivet af Udvalget for Udlændinge- og Integrationspolitik den 17. juni 2011: <http://www.ft.dk/samling/20101/lovforslag/l210/betaenkning.htm>.

¹²⁷ Se evt. side 25-26 og 48 ff.

¹²⁸ Eksemplet er ikke helt utænkeligt. I sagen H. v. Norway 1992 appl.no. 17004/90 – udtalte Kommissionen: "The Commission finds that it does not have to decide whether the foetus may enjoy a certain protection under Article 2, first sentence as interpreted above, but it will not exclude that in certain circumstances this may be the case notwithstanding that there is in the Contracting States a considerable divergence of views on whether or to what extent Article 2 protects the unborn life." Kommissionen henviste i øvrigt til, at man i tysk lovgivning havde fundet, at artikel 2 også beskyttede ufødte fostre, ligesom man gik detaljeret ind og forholdt sig til indholdet af norsk abortlovgivning. Kommissionen afviste dog spørgsmålet primært med argumentet om staternes skøn. Toftegaard angiver i "Parlamentarismen", s. 161ff., et eksempel på, hvordan den tyske forfatningsdomstol har givet bestemmelsen i den tyske forfatnings art. 2, stk. 2. om retten til livet, det konkrete indhold, at en lov fra 1974 om fri abort blev kendt forfatningsstridig. Efter genforeningen gav spørgsmålet igen anledning til overvejelse og en ny lov for det samlede Tyskland, der tillod abort, blev igen tilsidesat som forfatningsstridig den 28. maj 1993. Retsstillingen er således i dag temmelig kom-

Ændringen af udlændingeloven understreger at lovgivningsmagtens opfattelse er af afgørende betydning, og at EMRK ikke er inkorporeret på en slags forfatningsretligt niveau. Domstolene må orientere sig imod lovgivningsmagtens vilje og i dette tilfælde udvise kriminelle udlændinge, medmindre det med sikkerhed er i strid med folkeretlige forpligtelser.

9. Retspolitisk afsnit

Til tider kan debatten bære præg af mere retspolitik, end af striks dogmatisk jura. Det er derfor relevant at se nærmere på dette aspekt af problemstillingen.

Hvis det forudsættes, at de danske domstole er forpligtet af EMD's praksis, hvad er så egentlig konsekvensen heraf? Hvordan skal domstolene i Danmark egentlig opfatte deres rolle i relation til EMRK? Hvor går grænsen for EMD's kompetence, og i hvor høj grad spiller det en rolle for også den juridiske diskussion, at der er tale om menneskerettigheder?

Disse spørgsmål vil her blive drøftet ud fra et retspolitisk perspektiv.

9.1. *Konsekvensen af at EMD kan afsige domme der er direkte bindende i dansk ret*

I det følgende en belysning af både positive og negative aspekter af at betragte EMD's praksis som direkte bindende for domstolene.

Et argument, for den direkte virkning af EMD's praksis, er, at Danmark på den måde lægger sig i selen for overholdelse af vores internationale forpligtelser. Ud fra et prestigemæssigt synspunkt undgår Danmark at fremstå som krænker af EMRK. Ud fra et beskyttelsessynspunkt er der ingen tvivl om, at eksempelvis et centralt område som ytringsfriheden har fået en stærkere beskyttelse igennem EMD's praksis.

Det gode eksempel giver troværdighed i forhold til at kræve fremskridt på området, når Danmark gerne vil påvirke andre lande.

Hertil kommer, at hele ideen om folkeret i det væsentligste er bundet op på at indgå forpligtende aftaler. Manglende overholdelse er en trussel under hele systemet. Det er almindeligt antaget, at små nationer har en særlig politisk interesse i et forpligtende internationalt samarbejde.

Konventioner er ikke et tag-selv-bord, men udtryk for en grundlæggende afvejning af forskellige hensyn og kompromisser. Det er ikke muligt for et land at tage forbehold over for dele af en international konvention, når først landet har ratificeret den. Hvis Danmark sorterer i, hvilke bestem-

pliceret, idet der er lovlige aborter under helt særlige omstændigheder og ulovlige aborter, der dog ikke straffes, hvis et rådgivningsforløb er fulgt, og som en direkte konsekvens af dommen betaler den offentlige sygesikring ikke for abort. Det står dermed som et konkret eksempel på, hvad en fortolkning af "retten til livet" kan føre til.

melse man vil acceptere indholdet af, og ikke anerkender EMD's fastlæggelse af rækkevidde, kan det have karakter af et forbehold.

Der er dog det særlige at indvende, at Danmark har ratificeret konventionen med det indhold, den havde på det pågældende tidspunkt, og at man ikke uden videre har accepteret en ændret rækkevidde. Da man ratificerede EMRK i 1952, skete det ud fra den forudsætning, at dansk ret opfyldte konventionens krav.¹²⁹ På tidspunktet for ratificering kunne man næppe forestille sig, hvilken rækkevidde konventionen senere fik igennem EMD's dynamiske fortolkningsstil.¹³⁰

EMD, som en autoritativ fortolker, sikrer, at EMRK ikke bare forbliver flotte politiske hensigtserklæringer, og den dynamiske fortolkningsstil giver et meget omfattende virkningsområde og en positiv beskyttelseeffekt. En beskyttelse, der først er reel, når staterne accepterer EMD's fortolking.

Der er imidlertid også en række betænkeligheder ved at acceptere den præmis, at EMD's domme er "bindende" i dansk ret.

En bagside af fortolkningsstilen er, at politisk magt flyttes fra parlamenter til domstolene – til en forsamling af dommere, der ingen demokratisk legitimitet har.

Dommerne er udpeget efter indstilling fra de enkelte medlemslande. I Danmark er det Justitsministeriet, der foretager sagsbehandling og indstiller til regeringens ansættelsesudvalg. Udvalget indstiller tre kandidater til Europarådets Parlamentariske Forsamling. Dommerne vælges ikke ud fra politiske standpunkter, men ud fra at de kan udnævnes til høje juridiske embeder eller er retskynlig af anerkendt sagkundskab. Det vurderes dog også, om man kan agere i et internationalt politisk miljø. Danmark er undertiden udsat for kritik af processen. Der arbejdes derfor i øjeblikket på indførelse af et uafhængigt råd, med inspiration i Dommerudnævnelsesrådet, så udnævnelsen bliver mindre politisk. Uanset hvad resultatet måtte blive, står der det faktum tilbage, at dommere ikke er politisk valgte og ikke har noget direkte demokratisk mandat. Den demokratiske legitimitet, der normalt er forudsætningen for politisk indflydelse, er simpelthen ikke til stede.

EMD udfordrer således den traditionelle magtfordelingslære. Torben Jensen konstaterer bombastisk: "der er overladt et internationalt teknokratisk dommerpanel uden folkeligt mandat en kompetence til at anvende og fortolke konventionens grundrettigheder på en intensiv måde, der er videregående end den prøvelsesret, Folketinget helt op til nutiden har været betænkelig ved at overlade til danske domstole"¹³¹

¹²⁹ Jf. Espersen i Juristen 1966, s. 408 ff.

¹³⁰ Som også anført af Toftegaard, op.cit., s. 170.

¹³¹ U 1995B, s. 244.

Internationalt set er det imidlertid ikke et ukendt fænomen. I USA tiltrækker udnævnelsen af Supreme Court-dommere sig meget stor politisk opmærksomhed. En nominering bekræftes i Senatet før udnævnelse, og når det sker, er det tophistorien i medierne. Hansen Jensen har peget på, at netop omstændighederne for udnævnelse hænger sammen med den linje, som Supreme Court anlægger. Jo mere den øverste domstol indtager synspunkter, som kan opleves at være af politisk karakter, desto mere vil offentligheden og det politiske system interessere sig for, hvilke politiske holdninger, de enkelte dommere har.¹³² Dette forklarer også den manglende offentlige og politiske interesse for, hvem der er højesteretsdommer i Danmark.¹³³

Ud fra dette kunne man argumentere for at gøre EMD dommeres udpegelse mere politisk frem for en udvikling, der går i stik modsat retning.

I relation til dommersammensætningen kan det endvidere problematiseres, at dommere fra Ukraine, Bosnien-Hercegovina, Serbien, Georgien, Aserbajdsjan, Armenien, Kroatien, Moldova, Rusland osv. skulle afgøre, hvad der er gældende dansk ret, ikke mindst såfremt regeringen skulle komme igennem med deres ønske om at gøre EMRK til en del af den danske grundlov.¹³⁴ En målsætning, Det Radikale Venstre længe har arbejdet for.¹³⁵

Grundlovsfortolkning bliver så lagt i hænderne på en fremmed mellemfolkelig myndighed, hvor den danske dommer udgør én ud af 46. De resterende har i det væsentligste ikke noget indblik i dansk kultur, historie og retstradition.

Såfremt man vælger en mindre vidtgående løsning og blot indskriver rettigheder i grundloven med inspiration i EMRK, eksisterer problemstillingen stadig til en vis grad. Som Niels Eilschou Holm udtalte i 1981: "når der(...)gennemføres en lov, der omskrev traktatens regler til selvstændige danske lovbestemmelser, ville det være i god overensstemmelse med almindelige danske fortolkningsprincipper(...)hvis en af lovens bestemmelser senere gav anledning til fortolkningstvivil, foretrak den forståelse, der harmonerede med traktatens krav".¹³⁶

9.2. Hvordan skal domstolene i Danmark opfatte deres rolle i relation til EMRK?

Magt må man altid være varsom overfor og sætte rammer for. Som Eva Smith skriver: "EMD's beføjelser kan på mange måder minde om oplyst enevælde. Historien viser imidlertid, at det er farligt, når et organ selv definerer grænserne for dets magtbeføjelser. Og vi har jo set, hvorledes EMD

¹³² Hansen Jensen: "Udnævnelse af højesteretsdommere i Danmark og USA", Retten Rundt nr.3., 2010

¹³³ Jørgen Steen Sørensen giver udtryk for et lign. synspunkt, op.cit., s. 259.

¹³⁴ <http://www.b.dk/politiko/srsf-slut-med-kongemagt-i-grundloven>.

¹³⁵ Se RV's grundlovsforslag fra 2003, § 15, hvor det står anført, at EMRK skal gælde med samme kraft som resten af grundloven http://www.radikale.dk/public/upload/Filer/Udpspil/NyGrundlov_062003.pdf.

¹³⁶ Germer, op.cit.,s. 66.

stadig udvider grænserne for, hvad menneskerettighederne kræver. Advokaterne skubber med stor fornøjelse bag på denne udvikling, og politikerne er handlingslammede af de frygtindgydende ord: krænkelse af menneskerettigheder”.¹³⁷

Smith peger på, at løsningen må være, at Højesteret træder ud af den mere passive rolle og aktivt fortolker konventionen og EMD's praksis. Hun taler ligefrem om et "modspil" til EMD.¹³⁸

En aktivistisk linje fra Højesteret frembringer imidlertid en række betænkeligheder.

Højesteret har traditionelt udvist tilbageholdenhed i dets prøvelse af loves overensstemmelse med grundloven og var i lange tider helt utilbøjelig til at gøre alvor af prøvelsesretten.¹³⁹ Den såkaldte sikkerhedsdoktrin. Selvom Tvind-sagen U1999.841 H gav anledning til diskussion, er det forholdsvist klart, at Højesteret til stadighed agerer ud fra denne sikkerhedsdoktrin.¹⁴⁰ Enkelte taler ligefrem om en følgagtighed overfor lovgivningsmagten.¹⁴¹ Sikkerhedsdoktrinen har sin oprindelse i ønsket om at adskille jura og politik i det omfang, det er muligt. Såfremt Højesteret indtager den rolle, Smith argumenter for, er de ikke kun EMD, der med Smiths egne ord: "uden demokratisk mandat støt og roligt æder sig ind på områder, der traditionelt tilkommer de demokratiske valgte repræsentanter".¹⁴² Scenariet er en konkurrencesituation imellem Højesteret og EMD og et opgør med den balance mellem grundlæggende statsorganer, som sikkerhedsdoktrinen er udtryk for.¹⁴³

Som formuleret af Jørgen Steen Sørensen: "Og i de tilfælde opstår spørgsmålet om, hvem der bør have det sidste ord i anliggender af ofte sensitiv politisk betydning – lovgivningsmagten eller domstolene?(...) Den enkelte borger får nemlig på denne måde et yderligere "skud i bøssen" selv efter at den folkevalgte lovgivningsmagt har talt. Og hvis domstolene anlægger en meget "selvstændig" linje, kan dette skud blive særledes kraftigt"¹⁴⁴ – man kunne her tilføje, at der kan blive tale om skud med spredehagl, hvor det er uoverskueligt, hvor de enkelte hagl rammer – idet domstolene jo ikke tager generelle hensyn, men må afveje hensyn i den enkelte sag.

I relation til demokratiargumentet anfører Jørgen Steen Sørensen: "Der er nemlig ingen tvingende logik i, at danske domstole skal kopiere den fortolkningsmetode, som EMD anlægger, og som – ud

¹³⁷ Smith, op.cit., s. 57.

¹³⁸ Smith, op.cit., s. 55. Ole Spiermann giver udtryk for en lign. holdning i "Menneskerettighedsdomstolen", Thomson København 2009, s. 127. Ligeledes Rytter i "Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse", Juristen 2010, s. 193.

¹³⁹ Germer, Statsforfatningsret, 4. udg., DJØF 2007 s. 220.

¹⁴⁰ Jens Peter Christensen beskriver det sådan, at Højesteret har taget et skridt længere ind på scenen som selvstændig statsmagt, men har formået at forvalte sin mere fremskudte forfatningsmæssige placering med respekt for dansk forfatningstradition vedrørende grundlovsfortolkning – "Højesteret – 350 år", Gyldendal 2011, s. 259.

¹⁴¹ Germer, Statsforfatningsret, 4. udg. s. 222.

¹⁴² Smith, Juristen nr. 2, 2001, s. 55.

¹⁴³ Jf. også Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 257 ff., samt Melchior, op.cit., s. 202 ff.

¹⁴⁴ Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 258.

over undertiden at føre til særdeles diskutabile begrundelser og konklusioner – er udtryk for en grundlæggende anderledes forståelse af domstolens rolle i et demokratisk samfund en den, der historisk har kendetegnet dansk ret. Det sidste har formentligt bl.a. sammenhæng med, at EMD på mange måder fungerer i en form for parlamentarisk vakuum, mens danske domstole indgår i et helt anderledes tæt forfatningsretlig sameksistens med regering og Folketing.”¹⁴⁵

Det skal endvidere erindres, at det var en væsentlig forudsætning i inkorporeringslovens forarbejde, at danske domstole ikke indlod sig på en mere aktivistisk rolle.¹⁴⁶

9.3. Nærmere om domstolenes tilbageholdenhed

Ophavet til de danske domstoles tilbageholdenhed i politiske spørgsmål og kontrol af loves grundlovsmæssighed kan i virkeligheden spores helt tilbage til grundlovens vedtagelse. Der var tvivl helt op til 1920,¹⁴⁷ og helt op til 1953-grundlovens vedtagelse var der til stadighed politisk skepsis overfor prøvelsesretten.¹⁴⁸

Den gamle danske tradition har sit udspring i en demokratiopfattelse. Der er imidlertid forskellige holdninger rundt omkring i Europa. Sten Schaumburg-Müller har anført, at det ikke er tilfældigt, at man i Østeuropa og i lande som Tyskland og Spanien har en anden tradition, og at aktivismen stammer fra Amerika og blev introduceret i Europa i tiden efter 2. verdenskrig med genopbygningen.¹⁴⁹ De førnævnte lande har ingen problemer med at forstå, at domstolene må sætte grænser for lovgivningsmagten. Historiens grusomheder har netop i disse lande vist, at politikeres ideer kan få fatale følger for individets rettigheder.

Der er dog ikke grundlag for at konstatere, at danske domstole ikke er retsskabende. Eksempelvis er praksis helt bærende inden for erstatningsretten, ligesom der er eksempler på, at Højesteret har tilsidesat ordlyd igennem fortolkning.¹⁵⁰

Men i relation til at sætte grænser for lovgivningsmagten er det antaget, at man stadig er tilbageholdende.¹⁵¹ Det samme gør sig gældende i relation til særligt ømtålelige politiske spørgsmål. I

¹⁴⁵ Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 259.

¹⁴⁶ Betænkning 1220/1991, s. 149.

¹⁴⁷ Hvor Højesteret i den såkaldte lenaflysningssag ved to domme afgjorde, at det lå inden for sin kompetence.

¹⁴⁸ Jens Peter Christensen: "Domstolene – den tredje statsmagt", Aarhus Universitet – Magtudredningen 2004, s. 14.

¹⁴⁹ Sten Schaumburg Müller, "Parliamentary Precedence In Denmark – A Jurisprudential Assessment", Nordisk tidskrift for Menneskerettigheder 27:2, 2009, s. 172.

¹⁵⁰ Se s. 28.

¹⁵¹ Modsat Bruun Nielsen, op.,cit, s. 159, der konkluderer, at det: "synes rimeligt at tale om, at den demokratiske kultur på dette område er ændret". Også Rytter: "En ting synes sikker: Den traditionelle forestilling om at danske domstole vil holde fingrene fra spørgsmål, som har særlig politisk interesse eller er politisk kontroversielle er definitivt begravet(...)Højesteret står stadig mere tydeligt i spidsen for denne udvikling, som en slags forfatningsdomstol", "Dansk-europæisk menneskerettighedsbeskyttelse" Juristen 2010, s. 194. Heroverfor bl.a. Jørgen Steen Sørensen, op.cit.,s. 257 ff., der dog taler om en vis udvikling i form af mindre tilbageholdenhed fra domstolenes side de sidste

U1994.536 H ville man eksempelvis ikke tilsidesætte den generelle og omfattende brug af konstituerede dommere. Mere klart fremstod det i den såkaldte Christiania-sag U1978.315 H: " domstolene (er) udelukket fra ud fra de påberåbte menneskelige og sociale hensyn at tilkende Christiania en sådan ret. Dette følger af den opdeling af statsmagtens funktioner(...) som er fastsat i grundlovens § 3. Det er ikke domstolene, men regering og Folketing, som det tilkommer at tage stilling til dette spørgsmål".

Det er svært at se, hvad der skulle give anledning til at tilsidesætte vores tradition. At der er andre traditioner rundt om i Europa, ud fra andre historiske præmisser, giver ikke i sig selv anledning hertil.

Tværtimod er der en række uhensigtsmæssigheder i, at domstolene får for meget politisk magt, herunder at dommere ikke er økonomisk ansvarlige for deres beslutninger, hvilket kunne have haft stor betydning i Christiania-sagen, idet området repræsenterer en ikke ubetydelig værdi. Domstolene skal endvidere kun vurdere sagers konkrete betydning og ikke helhedsbilledet. Det kan også have stor betydning for, om domstolene opleves som legitime.

Som anført af Jørgen Steen Sørensen: "Jeg foretrækker, at afgørelser, der indebærer bare nogenlunde grundlæggende interesseafvejninger i samfundet, træffes af politikere snarere end af dommere".¹⁵²

9.4. Særligt om EMD og magtforskydning

Når nu de danske domstole er tilbageholdende, er det interessant, hvorfor politikerne accepterer en magtforskydning. Som Smith anfører i 2001: "De fleste af EMD's dommere er utvivlsomt fremragende jurister, men de har ikke en særlig guddommelig indsigt i forståelse af menneskerettighederne. I øvrigt er menneskerettighederne som nævnt ikke på forhånd givne størrelser."¹⁵³

Man kunne indvende, at så længe EMD tiltager sig magt med politikernes samtykke, er der ikke noget problem. Såfremt politikerne for alvor ville sætte sig op imod EMD, er det – i hvert fald forfatningsretligt – muligt. Som det politiske landskab ser ud, er det imidlertid temmelig utænkeligt.¹⁵⁴ Ændringen af foreningsfrihedsloven i 2006 efter "Sørensen og Rasmussen imod Danmark" står som eksempel på, hvordan et ellers stålfast politisk flertal ændrede holdning af hensyn til EMD's praksis.

årtier – op.cit., s. 255. Af afgrænsningsmæssige årsager vil der i dette speciale ikke blive foretaget en selvstændig analyse af netop dette spørgsmål.

¹⁵² Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 258.

¹⁵³ Smith, op.cit., s. 55.

¹⁵⁴ Dog har Dansk Folkeparti meldt ud, at man ønsker at slække på menneskerettighederne og tage "et forbehold" vedrørende konventionens art. 8 i sager om udvisning af kriminelle udlændinge. (<http://www.information.dk/178782>)

En interessant problemstilling er, hvor grænsen for EMD's kompetence egentlig går. Hvordan vil politikerne fx reagere, såfremt EMD måtte komme frem til at retten til, at abort strider imod retten til livet?

Et spørgsmål, der ikke umiddelbart lader sig besvare, men faktum er, at EMD konstant udvider EMRK's rækkevidde, og at det bliver interessant at se, hvor langt EMD kan gå, før politikerne siger stop. Visse lande undlader at efterkomme EMD's afgørelser, men dette strider som bekendt imod den danske opfattelse af menneskerettighedernes betydning.

Statskundskabsstuderende kunne sikkert lave lange undersøgelser af, hvorfor menneskerettighederne har indtaget denne centrale rolle i politikernes og befolkningens bevidsthed.

Her skal dette dog ikke behandles nærmere, men et spørgsmål skal have lov at svæve i luften: Er den politiske verden ramt af samme fænomen som de jurister, der argumenterer for, at grundlæggende juridisk metode må tilsidesættes, nemlig at menneskerettighederne er noget givet, som på en eller anden måde er indlysende i sig selv – en grundlæggende naturretlig tilgang? Menneskerettighederne er politisk ømtålelige.

9.5. Om Menneskerettighederne som politisk ømtålelige

Undertiden har den juridiske diskussion om EMRK og EMD været mere præget af politiske holdningstilkendegivelser end dogmatisk jura.

Jonas Christoffersen er eksempelvis ude med riven i 2003: "Der er som bekendt fortsat danske jurister, der mener, at det er relevant at drøfte, om Domstolens praksis er inkorporeret med konventionen. Det spørgsmål er ganske langt fra nutidens retlige virkelighed."¹⁵⁵

Mads Bryde Andersen giver denne karakteristik: "I det omfang man(...)udtaler sig kritisk om dele af den menneskeretlige forskning, der foregår uden for universiteterne(...)kommer paraderne op. Lynhurtigt får man fjender i det miljø(...)som bedriver forskning, der ukritisk har behandlet.. EMD's afgørelser som "gældende ret" – (...)i mange år kunne man afvise de kritiske røster. De blev skrevet ud som højreekstremister og menneskeret fornægtere, som man ikke behøvede at tage alvorligt. Så slap man for at diskutere med dem".¹⁵⁶

Som svar på herpå skriver Bruun Nielsen, at det snarere handler om at afvæbne de personer og institutioner, der anvender menneskerettighedsargumenter.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Christoffersen "EU ret og Menneskeret", 2003, s. 110.

¹⁵⁶ Mads Bryde Andersen, "den politiske domstol", "Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik", Thomson København 2009, s. 98-99.

¹⁵⁷ Bruun Nielsen, op.cit. s. 156.

Vedsted kalder – med en slet skjult henvisning til Hansen Jensen og Garde – det at benytte fortolknings- og formodningsreglen på EMD's praksis efter 1992 for "judiciel opfindsomhed".¹⁵⁸

I en diskussion med Rytter anfører Jørgen Steen Sørensen: "At gøre op med dette må kræve mere end de helt unuanceret anprisninger af en "selvstændig" fortolkningsstil ved de danske domstole, som Rytter fremlægger, og som kan forekomme mere præget af Rytters personlige retspolitiske holdninger end af en samlet forfatningsretlig analyse" – "Det lader imidlertid til at være uundgåeligt, at teoretikere på det menneskeretlige område undertiden bliver så "menneskerettighedsfokuserede", at et mere samlet syn på rammerne for parlamentarisk styreform bliver trængt helt i baggrunden" – "Disse betragtninger dækker nok mere præcist realiteten bag den form for forfatningsretlig metode, som Rytters artikel er udtryk for. Ét er nemlig at være personlig modstander af tendensen i en given retspolitisk udvikling. (...)Noget andet er imidlertid (...) at bede uafsættelige dommere om at rette op på denne udvikling på grundlag af juridisk frihåndstegning."¹⁵⁹

Rytter svarer hertil: "Jørgen Steen Sørensen har imidlertid intet som helst grundlag for at skyde mig i skoene, at jeg i min argumentation herom skulle være båret af en slags menneskeretlig fanatisme."¹⁶⁰ Rytter har dog selv til tider en uforsonlig tone i diskussionen med jurister, der er uenige i Rytters synspunkter.¹⁶¹

Der er således en særlig retorik knyttet til diskussionen og antydning af, at andet end juridiske argumenter har betydning, uanset hvem man anser for at have fat i den lange ende.

I 1995 skriver Germer om inkorporeringen: "Folketings beslutningens særprægede formulering må tilskrives intensiv lobbyvirksomhed(...)Der var tale om en dansk udløber af en aktion, som var iværksat af aktivister i Den Europæiske Menneskerettighedskommissions sekretariat".¹⁶² I en note tilføjer han: "I andre lande fik aktionen et andet forløb. I England, hvor man traditionelt har haft samme syn på forholdet mellem traktater og national ret som i Danmark, blev et parlamentsmedlem, der fremsatte forslag om inkorporering af EMRK, nærmest til grin".¹⁶³

At andet end jura er afgørende i debatten, peger også Hansen Jensen og Garde på: "Afslutningsvis kan man stille det spørgsmål, hvad der er forklaringen på, at man i den forvaltningsretlige teori er gået så langt med hensyn til at lægge vægt på friheds- og menneskerettighederne uden for deres egentlige virkefelt, som tilfældet er. Der er sikkert adskillige svar herpå, men et, som efter vores

¹⁵⁸ Vedsted, "Om retspolitik", DJØF 2002.

¹⁵⁹ Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 259.

¹⁶⁰ Rytter: "Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en replik til rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen", Juristen 2010., s. 261.

¹⁶¹ Se fx citatet på s. 26.

¹⁶² Peter Germer, "Statsforfatningsret", 2. udg., 1995, DJØF, s. 199.

¹⁶³ Germer, op.cit., s. 199.

opfattelse er nærliggende, er, at begrebet menneskerettigheder er et begreb, som – forståeligt nok – har stor magt over sindene.”¹⁶⁴

At traditionel dogmatisk jura bliver trængt i baggrunden, når det kommer til EMRK, har også Toftegaard anført: ”En række forskere har kastet sig over det nye trendsættende emne. De vil – som forskere bør – blive begejstret for betydningen af netop deres emne(...)Før var næsten alle de juridiske forskere Ross tilhængere med foragt for naturret, nu svinger de over i det stik modsatte synspunkt, der endog er lettere at sælge, fordi det netop placerer jurister på en piedestal højt hævet over den almindelige hob, som angiveligt er bedst tjent med, at juristerne beskytter dem. Situationen skaber også mange arbejdsopgaver for juristerne.”¹⁶⁵

Rytter giver udtryk for et andet aspekt: ”For det tredje appellerer samspillet på menneskerettighedsområdet også til konkurrence og dermed til rettighedsmaksimering. Kontrolorganerne lader sig indbyrdes inspirere, og dermed kan ”højeste bud” i visse tilfælde slå igennem. Det gælder kampen om individet – og hvem vil stå tilbage som den individfjendske domstol?”¹⁶⁶

Hvad konsekvenserne er, har Toftegaard sit syn på: ”Befolkningen klapper medens dommerne lægger den ydmyge kappe, de bar som rettens tjenere og ifører sig den flottere kappe som rettens herrer.”¹⁶⁷

Det skal i øvrigt afslutningsvist kort nævnes, at der også har været fremsat andre betæneligheder i forhold til at EMD’s praksis skulle have direkte virkning. Herunder at EMD’s domme ikke foreligger i dansk oversættelse, at nogle af EMD dommene er stærkt kritisable, og at man ikke kan være sikker på, at en afgørelse truffet af et kammer er den afgørelse, som EMD ville have truffet som storkammer. Man kan i det hele taget ikke være sikker på, at retspraksis ligger fast. EMRK art. 30 indeholder en klar forudsætning om, at retspraksis kan blive ændret.¹⁶⁸

9.6. Delkonklusion

Der er en række positive aspekter i at betragte EMD’s praksis som direkte anvendelig og bindende i dansk ret, ikke mindst at Danmark i så fald konstant vil være på forkant med udviklingen af EMRK. Der er imidlertid også en række betæneligheder herved. Herunder at magten bliver forskubbet fra parlamentet til domstolene, hvilket er en nydannelse i dansk ret, hvor domstolene har tradition for tilbageholdenhed, og stiller spørgsmålstegn ved dommernes demokratiske legitimitet.

¹⁶⁴ Hansen Jensen, Garde: ”Festskrift om menneskerettigheder” til Carl Aage Nørgaard, DJØF 2004, s 140.

¹⁶⁵ Toftegaard, op.cit., s. 177-179.

¹⁶⁶ Rytter”, Juristen 2010, s. 190.

¹⁶⁷ Toftegaard, op.cit., s. 177-179.

¹⁶⁸ Se fx Germer, indledning til folkeretten, 3. udg., s. 75.

Som konsekvens af EMD's dynamiske fortolkningsstil er nævnt muligheden for, at Højesteret træder selvstændigt i karakter. Også dette vil dog føre til et grundlæggende opgør med den balance, der hidtil har præget danske domstole og lovgivningsmagten.

Grænserne for EMD bliver hurtigt et politisk spørgsmål, og diskussionen om EMRK og EMD bliver dermed også præget af politisk diskussion.

En politisk holdning til menneskerettighederne bør dog ikke få den juridiske diskussion til at forstumme og navnlig ikke have betydning for, hvorvidt grundlæggende juridisk metode og grundloven må vige. Det bør til stadighed kunne diskuteres, hvordan EMD's praksis – ud fra juridiske argumenter – skal behandles i dansk ret. Det er yderst betænkeligt, at tilsidesætte alt hvad vi kender på baggrund af politiske hensyn og holdninger.

Såfremt det lægges til grund, at EMD's domme er en bindende retskilde, rejser det endvidere væsentlige forfatningsretlige spørgsmål. Dette fortjener en særskilt behandling.

10. GRL § 20

Der er en særlig problematik i relation til forfatningsretten, såfremt det lægges til grund, at EMD's domme er bindende i dansk ret. Problematikken består i, at der ville være tale om suverænitetsafgivelse, hvis domme, der tillægger konventionen en ændret rækkevidde, ubetinget skulle lægges til grund i dansk retsorden.¹⁶⁹

Inkorporeringsloven blev vedtaget med 107 stemmer imod 7, og det vedtagne lovforslag blev ikke undergivet folkeafstemning. Det er derfor grundlovsmæssigt udelukket, at loven indebærer en suverænitetsafgivelse.¹⁷⁰

Heroverfor står Lorentzen m.fl.: "Det forhold, at traktatkomplekset (...) er gjort til en del af dansk ret ved inkorporering, ændrer ikke ved de bestående folkeretlige forpligtelser. Den danske stat kan fortsat ikke påberåbe sig eksistensen af dansk lovgivning mv. (inklusive grundloven) som argument for ikke at overholde konventionen".¹⁷¹

Et synspunkt, der ligger i tråd med den folkeretlige måde at anskue forholdet på. Ud fra et statsretligt synspunkt må dette dog siges at være en fejlagtig opfattelse. Med udgangspunkt i det dualistiske princip må den danske grundlov stå over folkeretten.

¹⁶⁹ Germer, op.cit., s. 74.

¹⁷⁰ Torben Jensen har anført, at inkorporeringen overlod suveræniteten, fordi vedtagelsen skete med et overvældende flertal og således opfyldte kravet i GRL § 20, stk. 2. om 5/6 flertal. Det er imidlertid ikke korrekt. Se Toftegaard, op.cit., s. 173, og Germer, "Statsforfatningsret", 3. udg., s. 209, note 50.

¹⁷¹ Lorentzen, m.fl.: "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention", DJØF 1994, s. 29.

Såfremt man fra lovgivningsmagtens side ønsker at afgive suverænitet og gøre EMD's praksis direkte anvendelig i dansk ret, må man gennemføre en § 20-procedure. Spørgsmålet er imidlertid om dette overhovedet er muligt.

10.1. Kan man gennemføre en suverænitetsafgives efter GRL § 20?

Det skal indledningsvist bemærkes, at der – statsretligt set – kan vedtages, hvad som helst i grundloven, såfremt det undergives en GRL § 88-procedure. Det vil dog i det følgende blive undersøgt om der er mulighed for at foretage suverænitetsafgivelse indenfor rammerne af 1953-grundlovens § 20.

Det er ubestridt, at lovgivende, udøvende og dømmende myndighed kan overlades med hjemmel i GRL § 20.¹⁷² Der vil i denne situation i realiteten være tale om afgivelse af lovgivningskompetence.

Men ved en vurdering af, om der kan afgives suverænitet, kan man se på kravet "i nærmere bestemt omfang". Man kan postulere, at det ikke er i "nærmere bestemt omfang" at lade EMD fastsætte sin egen kompetence, eller at EMD har en retsskabende virksomhed. I den såkaldte Maastricht-sag – U1998.800 H – blev dette spørgsmål samt en række andre, der relaterer sig til suverænitetsafgivelse, berørt. I det følgende en analyse heraf.

Højesteret bemærkede i præmis 9.2, at det var tilsigtet med bestemmelsens indførelse i GRL i 1953 at give vide rammer for adgangen til suverænitetsafgivelse. Dette forhold taler i sig selv for, at der ikke skulle være nogen hindring for at gennemføre en suverænitetsafgivelse.

I relation til EU-domstolens retsskabende virksomhed blev følgende udtalt i præmis 9.2: "Udtrykket »i nærmere bestemt omfang« må forstås således, at der skal foretages en positiv afgrænsning af de overladte beføjelser dels med hensyn til sagsområder, dels med hensyn til beføjelsernes karakter (...) Sagsområderne kan beskrives i rummelige kategorier, og det kan ikke kræves, at omfanget af suverænitetsafgivelsen er angivet så præcist, at der ikke kan blive tale om skøn eller fortolkningstvivil (...) Bestemthedskravet i § 20, stk.1. udelukker, at det overlades til den internationale organisation selv at bestemme omfanget af sine beføjelser".

Det kan selvfølgelig diskuteres, om man reelt lader det være op til EMD at bestemme omfanget af sine beføjelser, når man tager den dynamiske fortolkningsstil i betragtning. Henset til hvad Højesteret har accepteret i relation til EU-domstolen må man dog formode, at dette ikke i sig selv hindrer en § 20-procedure. Det skal hertil bemærkes, at Højesteret i samme anledning slog fast: "Udtrykket "i nærmere bestemt omfang" kan ikke forstås således, at beføjelser, der tilkommer rigets

¹⁷² Zahle, m.fl., "Grundloven – med kommentarer", DJØF 2006, s. 204.

myndigheder, kun kan overlades til en international organisation i begrænset – dvs. mindre – omfang.”

Højesteret bemærkede endvidere i præmis 9.5. ”At EF domstolen ved fortolkning af Traktaten også lægger vægt på andre fortolkningsmomenter end bestemmelsernes ordlyd, herunder Traktatens formål, er ikke i strid med de forudsætninger, som er lagt til grund ved tiltrædelsesloven, og er heller ikke i sig selv uforenelige med bestemmelseskravet i grundlovens § 20, stk.1. Det samme gælder om EF domstolens retsskabende virksomhed”. Situationen er sammenligneligt med EMD. Det skal i den forbindelse betones, at også EU-domstolen er blevet karakteriseret som værende dynamisk og aktivistisk i sin fortolkningsstil.

Der er således – ud fra en analyse af præmisserne i Maastricht-sagen – ikke grundlag for at antage, at bestemmelseskravet i GRL § 20 skulle forhindre en procedure, der indebærer suverænitetssafgivelse til EMD.

Men indeholder grundloven andre hindringer for dette?

Det kan kort nævnes, at der eksisterer den grundlæggende begrænsning, at der ikke kan ske overladelse af beføjelser i et sådant omfang, at Danmark ikke længere kan anses for en selvstændig stat.¹⁷³

En mere relevant begrænsning findes i GRL § 20's ordlyd: ”rigets myndigheder”. Det følger af GRL, at en række beføjelser ikke kan overlades uden at iværksætte en § 88-procedure. Det er for det første selve den grundlovsgivende beføjelse nedfældet i § 88. Dette følger allerede af det forhold, at den grundlovsgivende myndighed ikke er en ”myndighed” i § 20's forstand. Det er således, at GRL § 20 ikke omfatter den grundlovsgivende myndighed. Det modsatte ville give den unacceptable situation, at de mellemfolkelige myndigheder ikke ville være bundet af de begrænsninger, som GRL § 20 fastsætter mht. beføjelser.

Endelig er der den klare begrænsning, at GRL § 20 ikke giver hjemmel til at overlade beføjelser til at udstede regler, der er i strid med grundloven. Lovgivningsmagten kan ikke delegere kompetence til, at andre kan bryde grundloven, eftersom den ikke selv har denne kompetence.¹⁷⁴ Såfremt man ønsker at foretage en suverænitetssafgivelse, må det derfor være med den indskrænkning, at EMD i sine domme, ikke kan komme til resultater, der strider imod eller ændrer indholdet i den danske grundlov. Netop fordi EMRK indeholder såkaldte grundrettigheder og indholdsmæssigt agerer på samme områder som grundloven, kan dette blive relevant.

¹⁷³ Præmis 9.8 i U1998.800 H.

¹⁷⁴ Zahle m.fl. ”Grundloven – med kommentarer”, DJØF 2006, s. 205.

Det skal desuden tilføjes, at det står ubestridt i den juridiske teori, at man altid vil kunne tilbagetage suveræniteten med simpelt flertal.¹⁷⁵ Det må antages også at gælde for konkrete afgørelser fra EMD, som et politisk flertal i Folketinget ikke måtte være enig i.

10.2. Skal grundloven fortolkes i lyset af EMRK?

Det er en særskilt diskussion, hvorvidt EMRK's bestemmelser og EMD's praksis bevirker, at grundloven skal fortolkes i lyset af disse.

Rytter mener, at dette er tilfældet, bl.a. fordi EMRK har såkaldt "quasi forfatningsretlig stilling" i dansk ret, eftersom EMRK skulle have samme gennemslagskraft som forfatningens grundrettigheder.¹⁷⁶ EMRK har dog ikke reel forfatningsretlig status.¹⁷⁷ I forhold til, at GRL skal fortolkes i lyset af EMRK, henviser Rytter til Henrik Zahle, Henning Koch og forsigtigvis Peer Lorentzen.¹⁷⁸ I øvrig mener Rytter, at Højesteret har anerkendt dette i den såkaldte rockersag – U1999.1798 H.¹⁷⁹

Rytter skriver i 2010, at forfatningsretten har fået en europæisk dimension. Det skyldes EU-retten's og EMRK's konstitutionelle elementer, og at "konventionen er inkorporeret i dansk ret og derfor tilsvarende gælder her i landet, begge (også EU-retten) som udgangspunkt med forrang for (anden) national lovgivning."¹⁸⁰ Måske skal man finde årsagen til Rytters holdning i samme artikel: "Grundloven giver kun en besked og rudimentær beskyttelse af menneskerettighederne. Forfatningsbeskyttelsen af menneskerettigheder i Danmark hviler i dag altovervejende på EMRK og i mindre omfang også på EU's grundrettigheder." Grundloven er – efter Rytters opfattelse – ikke nok, og derfor får EMRK en særlig forfatningsretlig stilling.

Kirsten Ketcher giver også udtryk for en sådan holdning: "den internationale udvikling vedrørende øget vægtlægning på menneskerettigheder og sociale rettigheder kan give vores ellers i nogle henseender uddaterede grundlov nyt liv ved at fortolke denne i overensstemmelse med den menneskelige udvikling."¹⁸¹ Som eksempel på, hvor langt en jurist som Ketcher er parat til at gå, kan man nærstudere hendes holdning til grundlovens § 75, stk. 2, som ifølge Ketcher ikke bare indeholder et krav på pengeforsørgelse, men også på omsorgsforsørgelse: "Den præcise udstrækning af den grundlovssikrede omsorg er svær at fastlægge, men også her gælder princippet om enhver tids standard såvel arten som omfanget af omsorgen."¹⁸² Hun peger dog på en kommunal afgørelse, hvor et ægtepar der var henholdsvis blind og meget synshæmmet ikke kunne få hjælp til stryg-

¹⁷⁵ Germer, "Statsforfatningsret", 4. udg., DJØF, 2007, s. 241ff.

¹⁷⁶ Rytter, "Grundrettigheder", s. 113.

¹⁷⁷ Rytter, op.cit., s. 125.

¹⁷⁸ Rytter, op.cit., s. 171 ff.

¹⁷⁹ Rytter op.cit., s. 170 – men det afvises af Børge Dahl i "hyldestskrift til Jørgen Nørgaard", 2003, s. 105, og Jens Peter Christensen i "Højesteret – 350 år", Gyldendal 2011, s. 256 samt Jørgen Steen Sørensen, op.cit., s. 254.

¹⁸⁰ Rytter, Juristen 2010, s. 187-88.

¹⁸¹ Kirsten Ketcher, Socialret, principper, rettigheder, værdier, 3. omarbejdede udgave 2008, s. 234

¹⁸² Ketcher, op.cit., s.201

ning, hvilket får Ketcher til at konkludere: "At kunne gå med strøget tøj må betragtes som et led i den enkeltes værdighed. En kommune bør derfor ikke fastsætte sine kvalitetsstandarder så skrabet som i den foreliggende sag." Så er ballet åbnet, og Ketcher fortsætter: "Mad, tøj og et sted at bo er grundlæggende nødvendigheder(...) F.eks. er adgang til IT kommunikation efterhånden en nødvendighed (...) Ret til en bankkonto er en anden nødvendighed".¹⁸³

Når domstolene skal afgøre om, det offentlige skal foretage stryging af tøj, sikre grundlæggende IT osv., må man i den grad sige, at balancen imellem lovgivningsmagten og domstolene er forrykket. Basale politiske beslutninger bliver op til jurister at foretage.

Med Toftegaard's ord: "Der er altså betydelige kræfter, som finder det muligt og rimeligt, at afgørelser fra EMD får grundlovsrang. Reelt går man altså ind for at tillægge EMD beføjelser, som efter GRL § 20 ikke kan overlades andre end grundlovgiver."¹⁸⁴ Det er da heller ikke gået hen uden kritik. Germer skriver i relation til ytringsfrihed: "Denne diskussion bør ikke føres på grundlag af EMD afgørelser i henhold til EMRK art. 10, men bør koncentrerer om den danske grundlovs § 77."¹⁸⁵ Det modsatte resultat betyder, at grundloven og den basale beskyttelse på sigt udvandes, idet EMRK kun er på lovsniveau.

I forhold til Rytters' synspunkt om, at EMRK skulle have forrang i dansk ret, er det relevant, at han selv bemærker: "Det beror derfor altid i sidste ende på den nationale forfatning, i hvilket omfang EU retten eller Konventionen kan anvendes direkte og med forrang i national ret."¹⁸⁶ Man kunne hertil spørge, hvor i grundloven der kan findes holdepunkter for, at EMRK skulle have forrang for almindelig lovgivning eller være af særlig "quasi forfatningsretlig" beskaffenhed? EMRK gælder med simpel lovkraft i Danmark.¹⁸⁷

Hansen Jensen skriver: "Det falder klar uden for hidtidig fortolkningsdoktrin at indfortolke EMRK's bestemmelser og hertil knyttet praksis fra EMD i sammenlignelige danske grundlovsbestemmelser."¹⁸⁸ Men han afviser ikke, at domstolene i konkrete sammenhænge kan lade sig inspirere af udtalelser fra EMD – ligesom de kan det af udtalelser i den juridiske litteratur.

Jens Peter Christensen peger på det problematiske i, at: "regering i så fald sammen med et almindeligt folketingsflertal(...)vil kunne forandre grundlovens indhold uden at følge den procedure, der er foreskrevet i grundlovens bestemmelse om grundlovsændring i § 88", ligesom han påpeger, at

¹⁸³ Ketcher, op.cit., s.202

¹⁸⁴ Toftegaard, op.cit., s. 176. Toftegaard peger i øvrigt på Hjalte Rasmussen, Jens Elo Rytter, Jonas Christoffersen og et avisinterview med tidl. Højesteretspræsident Pontoppidan.

¹⁸⁵ Germer, op.cit., s. 351

¹⁸⁶ Rytter, Juristen 2010, s. 189.

¹⁸⁷ Jf. også Jørgen Sten Sørensen, op.cit., s. 255. Se i øvrigt s. 25-26.

¹⁸⁸ Michael Hansen Jensen: "Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73", DJØF 2006, s. 217, note 28.

det ikke var tilsigtet med inkorporeringen, at konventionen skulle have grundlovskraft.¹⁸⁹ Af mere retspolitisk karakter peger han på det forhold, at EMD's dynamiske fortolkningsstil betyder, at dommerne i Strasbourg vil få et afgørende ord om grundlovens indhold, og konkluderer da også, at Højesteret er afstået fra at nyfortolke grundloven i lyset af konventionsbestemmelserne.¹⁹⁰

Der er endvidere ikke grundlag for at antage, at grundlovgiver skulle have ønsket til enhver tid at respektere folkeretten.¹⁹¹

Man kunne tilføje, at grundloven ikke åbner nogen muligheder for, at lovgivningsmagten kan binde en fremtidig lovgivningsmagt.¹⁹² Der er endvidere enighed om i den juridiske litteratur, at regering og lovgivningsmagten kan begå et bevidst folkeretsbrud eller opsigse internationale forpligtelser. Man må også holde sig for øje, at den forfatningsretlige tradition taler for en forsigtig tilgang til grundlovsfortolkning i lyset af internationale standarder.

Hvordan domstolene i fremtiden vil behandle spørgsmålet, kan vi kun gisne om. Ifølge Lorentzen "forekommer det dog vanskeligt i længden at fastholde en retstilstand, hvorefter bestemmelserne, hvis indhold og beskyttelsesformål i alt væsentligt er identisk, fortolkes forskelligt."¹⁹³ Heroverfor påpeger Jens Peter Christensen dog: "Det hidtil ikke har været vanskeligt at fastholde en retstilstand, hvor grundloven fortolkes i overensstemmelse med traditionel juridisk metode og under respekt af, at danske domstole ikke er særskilt beføjet til at optræde som grundlovgivende magt. Senest har det fundet udtryk ved Højesterets dom i Irak-sagen."¹⁹⁴

10.3. Delkonklusion

Såfremt EMD's dynamiske praksis skulle være inkorporeret på lige fod med EMRK, ville dette kræve en suverænitetsafgivelse, som aldrig fandt sted.

Der er som sådan ikke noget til hinder for at gennemføre en sådan suverænitetsafgivelse, men dog med den indskrænkning, at der ikke kan afgives suverænitet til at bryde grundloven. Da EMRK på en række områder bevæger sig inden for samme felt som grundloven, kan dette give anledning til en ikke uvæsentlig problemstilling, hvor EMD's praksis – der ændrer indholdet af GRL – må vige.

I forhold til, om grundloven skal fortolkes i lyset af EMRK, må det siges, at grundlovsfortolkning er en kompliceret størrelse. Der kan fremsættes så alvorlige argumenter imod at antage, at grundlovens skal fortolkes i lyset af internationale forpligtelser, at det må afvises. Ligesom det må afvises, at EMRK skulle have en særlig forfatningsretlig stilling.

¹⁸⁹ Jens Peter Christensen, "Den tredje statsmagt", 2003, s. 24.

¹⁹⁰ Jens Peter Christensen i "Højesteret – 350 år", Gyldendal 2011, s. 254-55.

¹⁹¹ Christoffersen i "Grundloven – med kommentarer", DJØF 2006, s. 30.

¹⁹² Som også påpeget af Christoffersen, op.cit., s. 29.

¹⁹³ Lorentzen i "Grundloven – med kommentar", DJØF 2006, s. 38.

¹⁹⁴ Jens Peter Christensen, op.cit. s. 255

Det er dog fast antaget, at eksempelvis retspraksis såvel som juridisk litteratur kan virke som inspiration for domstolene i konkrete tilfælde. Hvordan fremtiden vil se ud i relation til fortolkning af grundloven er imidlertid svært at spå om, men der er dog tungtvejende argumenter for at fastholde en traditionel opfattelse af grundlovsfortolkning.

11. Konklusion

Afhandlingen har afdækket spørgsmålet om, hvordan danske domstole må behandle EMD's praksis, der ligger efter inkorporeringen. Særligt i hvilket omfang denne praksis forpligter domstolene.

I en afklaring af, hvordan forholdet imellem dansk ret og folkeretten må betragtes, er det påvist, at dualismen er udgangspunktet, og som følge heraf må det kræve aktive skridt at inkorporere EMD's praksis. Der er ikke ud fra retspraksis fundet belæg for, at noget særligt skulle gøre sig gældende, fordi der er tale om EMRK og EMD. Kritikken af dualismen og teorien om "praktisk monisme" kan ikke føre til et andet resultat.

Der er ingen tvivl om, at EMD's praksis har stor betydning for de danske domstole. Det konkluderes, at domstolene må anvende praksis efter inkorporering på grundlag af fortolknings- og formodningsreglen. Den nærmere grænse for, hvad der kan rummes inden for fortolknings- og formodningsreglen er dog svær at definere. Men at der er en grænse, som fastlægges af lovgivningsmagtens formodede vilje, står klart.

Særligt inkorporeringsprocessen har været omdiskuteret. Forarbejderne er dog relativt entydige med en stærk orientering imod lovgivningsmagten. På trods af forsøg på at bløde op på dette eller at betegne det som en naiv forudsætning står det klart, at domstolene ikke skulle påtage sig en større retspolitisk opgave. Andre forsøg på at give forarbejderne et andet indhold eller hævde, at inkorporeringsloven ikke er en sædvanlig lov, har heller ingen gang på jorden. Det fremgår af inkorporeringen, at udgangspunktet for forarbejderne er fortolknings- og formodningsreglen, og der er ikke grundlag for at tilsidesætte forarbejderne.

Med dette klare udgangspunkt er der anledning til en yderligere fokusering på, hvilke grænser fortolknings- og formodningsreglen egentlig opstiller. Igennem analyse af Jydebrødresagen kan man konstatere, at man allerede inden inkorporeringen udstrakte fortolknings- og formodningsreglen langt.

Netop det pragmatiske argument fylder ofte meget for dem, der argumenter for, at EMD's praksis har bindende virkning. På trods heraf er det imidlertid stadig afgørende, at fortolknings- og formodningsreglen sætter grænser i visse situationer. I afhandlingen bruges abort som eksempel. Men også andre kunne bruges.

En ting er, hvordan det rent juridisk forholder sig. Noget andet er, hvorvidt det burde forholde sig anderledes – altså en retspolitisk diskussion. Det synspunkt, at EMD's praksis er bindende, eller at de danske domstole bør skride til selvstændig fortolkning af EMRK, medfører en række retspolitiske betænkeligheder. Helt centralt udfordrer det magtfordelingslæren og flytter magten fra parlamentet til domstolene. Det ville være et opgør med den tilbageholdende linje Højesteret har anlagt, i et forsøg på at skille jura og politik, og gør det relevant at stille spørgsmålstejn ved domstolernes demokratiske legitimitet. Der kan dog på den anden side fremføres rigtig gode retspolitiske argumenter for, hvorfor menneskerettighederne skulle indtage en stærkere rolle. Netop derfor bliver den juridiske diskussion hurtigt politisk præget og et spørgsmål om, hvorvidt man anser menneskerettighederne for noget positivt eller ej. Der er argumenter for og imod, men helt overordnet giver det anledning til store betænkeligheder, såfremt man bryder med den traditionelle forståelse af statsorganernes samspil, som er dybt funderet i en demokratisk tankegang.

Endelig er der de forfatningsmæssige grænser. Der er aldrig afgivet suverænitet, hvilket bevirker, at EMD's praksis ikke har direkte bindende virkning. Der er ligeledes ikke uvæsentlige problemstillinger, såfremt man ønsker at gennemføre en suverænitetsafgivelse.

Der er ikke grundlag for, at EMRK skulle have en særlig forfatningsretlig stilling, eller grundloven skal fortolkes i lyset af EMRK og EMD's praksis, selvom der naturligvis ikke er noget til hinder for, at praksis kan virke som inspiration for domstolene.

Selvom domstolene måtte være forpligtet til at inddrage EMD's praksis i sin fortolkning af dansk ret, er denne ikke gjort til en ubetinget bindende retskilde. Der er ingen afgørende juridisk argumenter herfor – det har store retspolitiske konsekvenser – ligesom det ganske simpelt ikke i overensstemmelse med grundloven. Afhandlingen finder således, at der ikke er grundlag for at afvige det traditionelle udgangspunkt, hvor EMD's praksis efter inkorporeringen er folkeretlige forpligtelser, som finder sin anvendelse i dansk ret gennem fortolknings- og formodningsreglen.

12. Litteraturliste

Juridisk litteratur:

Alf Ross, Lærebog i Folkeret, 1. udg., almindelig del, 1942

Alf Ross (Espersen), "Dansk forfatningsret", 3. udg., 1980

Alf Ross, Lærebog i Folkeret, 6. udg., 1984, Nyt nordisk forlag Arnold Busck a/s, København

Axel Møller, Folkeretten i Fredstid og Krigstid, 1. del, 2. udg., 1933

Carl Rasting, Folkeretten, 1. del, 1940

Gorm Toftegaard Nielsen m.fl., "Parlamentarismen – hvem tog magten?", Aarhus Universitetsforlag 2001

Gorm Toftegaard Nielsen, "Staffesagens gang", 4. udgave, Christian Ejlers' Forlag, 2007

Henrik Zahle, "Dansk forfatningsret", 1.udg., Studieudgave, Christian Ejlers forslag, København 2007

Henrik Zahle m.fl. "Grundloven – med kommentarer", 2. udg., DJØF 2006

Jens Evald og Sten Schaumburg Müller, Retsfilosofi, Retsvidenskab og Retskildelære, 1. udg., DJØF 2004

Jens Evald m.fl., "Om retspolitik", DJØF 2002

Jens Elo Rytter, "Grundrettigheder – domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten", 1.udg., København 2000

Jonas Christoffersen, m.fl., "Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik", 1. udg., Thomson Reuters, 2009

Kirsten Ketcher, Socialret, principper, rettigheder, værdier, 3. omarbejdede udgave, 2008

Michael Hansen Jensen: "Beskyttelse af juridiske personer efter grundlovens § 73", 1. udg., DJØF 2006

Ole Bruun Nielsen m.fl., "Om ret og kultur", 1. udg., DJØF 2006

Ole Espersen, "Indgåelse og opfyldelse af traktater", DJØF 1970

Ole Espersen m.fl., "Folkeret. De internationale retsforhold", 2. udg., Christian Ejlers forlag, 2003

Peer Lorentzen, m.fl.: "Den Europæiske Menneskerettighedskonvention", DJØF 1994

Per Magid m.fl., "Højesteret – 350 år", Gyldendal 2011

Peter Germer "Indledning til folkeretten", 3. udg., DJØF 2004

Peter Germer, "Statsforfatningsret", 2. udg., DJØF 1995

Peter Germer, "Statsforfatningsret", 3. udg., DJØF 2001

Peter Germer, Statsforfatningsret, 4. udg., DJØF 2007

Peter Malanczuk, Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7. Ed., Routledge, 1997,

Torben Jensen, "Højesteret og retsplejen", 1.udg., GADJura 1999

Juridiske artikler:

Børge Dahl, "Grundlovsskrivning", Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, DJØF 2003

Erik Werlauff, "Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning", Juristen nr. 8, 1997

Erik Werlauff, "Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?", Juristen nr. 2, 1999

Eva Smith, "Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourg-domstolens praksis?", Juristen nr. 2. 2001

Jens Elo Rytter, "Dansk Europæisk Menneskerettighedsbeskyttelse – en fredelig forfatningsretlig revolution", Juristen, nr. 6/7, 2010

Jens Elo Rytter: "Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en replik til rigsadvokat Jørgen Steen Sørensen", Juristen, nr. 09, 2010

Jens Vedsted Hansen, "Er politiske skøn henlagt til Højesteret", Juristen nr. 2, 2001

Jens Peter Christensen, "Domstolene – den tredje statsmagt", Aarhus Universitet – Magtudredningen 2004

Jonas Christoffersen, "Folkerettens virkning i dansk ret", Ugeskrift for retsvæsen, s. 143-148, 2001

Jonas Christoffersen, "Menneskerettighedsdomstolens praksis", EU ret og Menneskeret, nr. 3., 2003

Jørgen Steen Sørensen, "Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – en kommentar til professor, ph.d. Jens Elo Rytter", Juristen nr.9, 2010

Michael Hansen Jensen & Jens Garde, "Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed", Juristen nr. 9, 1998.

Michael Hansen Jensen & Jens Garde, "Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis", Juristen nr. 2., 2002.

Michael Hansen Jensen & Jens Garde, "Menneskerettighedernes betydning for udstedelse af forvaltningsakter", Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, DJØF 2004

Michael Hansen Jensen, "Udnævnelse af højesteretsdommere i Danmark og USA", Retten Rundt nr.3., 2010

Ole Espersen, "Den europæiske menneskerettighedskonventions forhold til dansk ret", Juristen 1966

Peer Lorentzen, "Danske domstole og menneskerettighederne", LOV&RET, 3. maj 1999

Sten Schaumburg Müller, "Parliamentary Precedence In Denmark – A Jurisprudential Assessment", Nordisk tidsskrift for Menneskerettigheder 27:2, 2009

Torben Melchior, "Maastricht, Tvind...og hvad så", Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, DJØF 2003

Artikler:

"Venstre vil bryde FN konvention", Berlingske Tidende 9. november 2011,

<http://www.b.dk/politiko/venstre-vil-bryde-fn-konvention>

"SRSF: Slut med kongemagt i grundloven", Berlingske Tidende 11. oktober 2011,

<http://www.b.dk/politiko/srsf-slut-med-kongemagt-i-grundloven>

"DF: Slæk på menneskerettighederne for kriminelle udlændinge", Information 6. januar 2009,

<http://www.information.dk/178782>

Links:

Council of Europe, Treaty office, www.conventions.coe.int

Folketinget, www.folketinget.dk

Andet:

Betænkning nr. 1220/1991

Betænkning nr. 1407/2001

”Ny grundlov – Niels Helveg Petersens forslag til ny grundlov”, juni 2003,

http://www.radikale.dk/public/upload/Filer/Udpspil/NyGrundlov_062003.pdf

13. English abstract

This thesis deals with how case law decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) apply in Danish law.

Through dogmatic legal analysis it is concluded that ECtHR case law finds its application through traditional principles of interpretation and is not to be considered a binding – directly useful – source of law in Denmark. It must be considered as a normal obligation under international law, and must be handled within the traditional perception of the relationship between Danish law and international law. Nothing in the implementation process of European Convention on Human Right (ECHR) into Danish law gives basis for concluding the opposite.

The final result in concrete cases will often not differ, while the ECHR and case law from ECtHR have a great significance. But there can be situations where it is of vital importance, e.g. if the ECtHR sometime in the future finds that abortion is a violation of the conventions protection of life.

If ECtHR case law were to be considered a binding legal source it would involve serious constitutional problems. It would at least require a transfer of sovereignty, which has never taken place. It would also involve certain difficulties to do this. The thesis also concludes that the Danish Constitution is not to be interpreted in the light of ECHR.

The thesis also deals with the legal policy issue of the different opinions on ECtHR case law. The all-important consequence of considering ECtHR case law as binding is shifting the balance of power between the legislature and the judiciary. Power shifts from politicians to judges who do not have the same democratic legitimacy to make decisions.

The overall conclusion of the thesis is that although the courts are obliged to include ECtHR case law in its interpretation of Danish law, it is not an unconditional binding source of law. There are

no conclusive legal arguments for the opposite position. It has important legal policy implications, and is simply not in accordance with the constitution.