

FORHOLDET MELLEM DEN EUROPÆISKE MENNESKERETTIGHEDSDOMSTOL OG DE NATIONALE MYNDIGHEDER BELYST Gennem PROPORTIONALITETS- OG SUBSIDIARITETSPRINCIPPET

The Relationship between the European Court of Human Rights and the National Authorities Illuminated through the Principles of Proportionality and Subsidiarity

af JESPER LYNGBY ANDERSEN

Mange kritikere af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har gennem de seneste år kritiseret EMD for at blande sig for meget i nationale anliggender. En sådan kritik er dog ikke nødvendigvis udtryk for fuldstændig forståelse for EMD's retsanvendelse. Som det er synligt i denne afhandling, er EMD i høj grad bevidst om sin subsidiære rolle i konventionssystemet. Gennem EMD's anvendelse af principperne om subsidiaritet og proportionalitet har EMD generelt været tilbøjelig til at overlade svære politiske spørgsmål til de nationale myndigheder, når de nationale myndigheder har truffet sin afgørelse på baggrund af relevante og tilstrækkelige hensyn og når den nationale afgørelse fremstår som udtryk for en balancering af hensynet til klagerens rettigheder overfor hensynet til den offentlige interesse.

Denne tilgang fra EMD betyder, at det er vigtigt, at de nationale myndigheder har forståelse for deres rolle i konventionssystemet, da EMD's tilbageholdenhed med at statuere en krænkelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i høj grad er afhængig af den nationale beslutningsproces og de nationale myndigheders evne til at begrunde deres afgørelse.

Gennem nogle eksempler fra den danske højesterets praksis, debatten omkring udvisningen af kriminelle udlændinge og processen omkring tilblivelsen af København-erklæringen, vil denne afhandling illustrere, at de danske myndigheders forståelse af egen rolle ikke nødvendigvis er overensstemmende med EMD's forståelse af rollefordelingen.

Siden EMD's domme i de politisk kontroversielle sager i høj grad er afhængige af den nationale beslutningsproces, er det yderst vigtigt, at de nationale myndigheder har en fuldstændig forståelse for konventionssystemet for at kunne undgå at krænke de ved EMRK beskyttede rettigheder. På denne baggrund bør kritikken af EMD indblanding i nationale anliggender ikke alene blive rettet mod EMD, men også de nationale myndigheder.

Indholdsfortegnelse

Abstract	2
1. Indledning og problemformulering	3
1.1 Afgrænsning	4
2. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols funktion	5
3. Proportionalitetsprincippet	7
3.1 Udstrækningen af proportionalitetsprincippet i EMRK.....	7
3.2 De forskellige indfaldsvinkler i proportionalitetsafvejningen	10
3.2.1 Horisontal og vertikal anvendelse af proportionalitetsprincippet.....	10
3.2.2 Indgrebets egnethed.....	11
3.2.3 Mindre indgribende foranstaltninger	14
3.2.4 Afbalanceringen af hensynene.....	16
3.3. Delkonklusion.....	19
4. Subsidiaritetsprincippet.....	20
4. 1 Staternes skønsmargin.....	20
4.2. Situationer for den udvidede skønsmargin.....	21
4.2.1. Tre domme om normative overvejelser.....	22
4.2.2 Skønsmargin som følge af, at de nationale myndigheder anses som bedre egnede	24
4.2.3 Skønsmargin begrundet i de nationale beslutningstageres legitimitet.....	26
4.2.4 Skønsmargin på baggrund af den nationale beslutningsproces	27
4.3 The Age of Subsidiarity	29
4.4 Delkonklusion.....	31
5. Den eksterne anvendelse og forståelse af principperne	32
5.1 To sager hvor Højesteret henviser til staternes skønsmargin.....	32
5.2 Den danske debat om udvisning af kriminelle udlændinge	35
5.3 Tilblivelsen af København-erklæringen.....	38
5.4 Delkonklusion.....	40
6. Konklusion	41
7. Litteraturliste	41
7.1 Bøger	41
7.2 Juridiske artikler og taler	42
7.3 Domme	43
7.3.1 Domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.	43
7.3.2 Danske domme	44
7.4 Dansk lovgivning og lovforslag	44
7.5 Andre kilder	45

Abstract

Many critics of The European Court of Human Rights (the Court) have criticised the Court for interfering too much in internal nation affairs. But this criticism is not necessarily brought with a complete understanding of the Courts style of interpretation. As the thesis shows the Court is in its case-law well aware of its subsidiary role in the convention system. Through the Court's use of the principles of subsidiarity and proportionality the Court generally allows difficult political issues to be dealt with at a national level, when the decision making process leading to the national decision is based on the relevant and sufficient reasons in accordance

with the Court's case-law, and as long as the decision made by the national authorities appears as a careful balance of the applicant's interests against the general public interest.

This approach by the Court requires that the national authorities are aware of their role in the convention system, because the Court's reluctance to find a violation is greatly dependant on the national decision making process and the national authorities ability to substantiate their decisions. Through some examples from the case law of the Danish Supreme Court, the Danish debate concerning expulsion of criminal aliens and the process when the Copenhagen Declaration was created, this thesis shows, that the external understanding of the national authorities' role in the convention system is not always accordance with the Court's style of interpretation.

Since the Court's judgments in the borderline cases are very much dependant on the national decision making process, it is of great importance, that these national authorities have a complete understanding of the convention system to avoid a violation of the convention. On this basis the criticism of the Court's interference in national decision should not only be directed at the Court but also the national authorities.

1. Indledning og problemformulering

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) har igennem de seneste årtier været genstand for meget kritik – både i Danmark og internationalt. Et af de kritikpunkter, der gentagende gange har været bragt frem i debatten, er den fortolkningstilgang, EMD anvender ved fortolkningen af EMRK. Det har i denne forbindelse særligt været kritiseret, at EMD i for høj grad blander sig i anliggender, der i stedet burde overlades til behandling i de enkelte medlemsstater.¹ Bl.a. udtalte justitsminister Søren Pape Poulsen på et samråd den 10. februar 2017, at kritikken:

”Grundlæggende handler [...] om, at EMRK i stigende grad udgør en demokratisk udfordring for vores folkestyre. Det skyldes, at flere og flere samfundsforhold opfattes som menneskeretlige spørgsmål, der afgøres af Menneskerettigheds-domstolen i Strasbourg – og ikke af de folkevalgte politikere. Det betyder, at folkestyret mister råderum.”²

Spørgsmålet er dog, om denne kritik over for EMD's praksis og fortolkning er berettiget. Afhandlingens fokus er på denne baggrund, gennem den retsdogmatiske metode³, at undersøge og vurdere, om denne kritik er bragt på et fuldstændigt og oplyst grundlag. Som redskab til foretagelsen af denne vurdering indeholder afhandlingen en udførlig gennemgang af EMD's retspraksis, for herved at fastslå hvilken tilgang EMD anvender ved sin efterprøvelse af nationale afgørelser. Baggrunden for anvendelsen af denne tilgang skal findes i, at retsstillingen efter EMRK i meget høj grad udvikles gennem EMD's retspraksis.⁴

¹ Se bl.a. Mads Bryde Andersens artikel *Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitik problem*, Juristen nr. 3 2017, hvor denne kritik af EMD fra dansk og international side gennemgås på s. 81-85.

² Det Udenrigspolitiske Nævn 2016-17, alm.del bilag 173, hvor udkastet til samrådstalen er offentliggjort.

³ Ewald, Jens *Juridisk teori, metode og videnskab* særligt s. 13 og 19-22 (2016).

⁴ Kjølbro, Jon Fridrik *Den Europæiske menneskerettighedskonvention for praktikere*, s. 17 (2017).

Ved EMD's retlige vurderinger efter EMRK anvender EMD i et betydeligt omfang principperne om proportionalitet og subsidiaritet til at fastslå, om medlemsstaten har krænket sine forpligtelser efter EMRK. En forståelse for EMD's anvendelse af disse principper er på denne baggrund essentiel for at kunne forstå EMD's fortolkningsstil.

I afhandlingen skal det på denne baggrund besvares, hvordan EMD anvender principperne om proportionalitet og subsidiaritet i sin fortolkning af EMRK, og i hvilket omfang fortolkningen på baggrund af disse principper efterlader et demokratisk råderum for medlemsstaterne. I forlængelse heraf diskuteres det, med udgangspunkt i danske retlige eksempler, om ansvaret for en eventuel indgående efterprøvelse ved EMD i stedet bør tilskrives medlemsstaterne, og om en eventuel kritik på denne baggrund ikke bør rettes ensidigt mod EMD.

Til besvarelse af afhandlingen gives indledningsvist i afsnit 2 en redegørelse for hvilken retslig funktion EMD udøver i konventionssystemet⁵. I forlængelse heraf gennemgås i afsnit 3 og 4 EMD's anvendelse af henholdsvis proportionalitets- og subsidiaritets-princippet. Formålet er i denne forbindelse at vise, hvordan EMD's rolle i forhold til de nationale myndigheder⁶ skinner igennem ved anvendelsen af fortolknings-principperne om proportionalitet og subsidiaritet. Herudover illustreres det, hvordan domstolsprøvelsen ved EMD adskiller sig fra den prøvelse, der forventes foretaget af de nationale myndigheder, når disse behandler spørgsmål, der vedrører de ved EMRK beskyttede rettigheder.

På baggrund heraf vil det i afsnit 5 blive belyst, hvordan der ved de danske domstole og den danske juridiske debat ikke nødvendigvis har en klar forståelse for sammenspillet mellem EMD og de nationale myndigheder. Gennem to sager, der har været prøvet ved den danske Højesteret vil det blive synliggjort, at de danske domstole ikke nødvendigvis i samtlige situationer er opmærksomme på den forskel i prøvelsesformen, der er mellem EMD og de nationale myndigheder. I forlængelse heraf vil det blive diskuteret om den debat, der har været i Danmark om udvisning af kriminelle i overensstemmelse med EMRK, har været ført med en forståelse for EMD's anvendelse af EMRK, ligesom det vil blive diskuteret, om den begrebsanvendelse der anvendes ved det danske udkast til København-erklæringen, er i overensstemmelse med EMD's praksis.

Afslutningsvist konkluderes det på denne baggrund, om kritikken af EMD's anvendelse af EMRK er berettiget, og følger EMD's praksis.

1.1 Afgrænsning

Det søges ikke ved denne afhandling at give en fuldstændig beskrivelse af EMD's fortolkningsstil og retsanvendelse. Der er ved afhandlingen fokuseret på de elementer i EMD's fortolkning, der illustrerer samspillet mellem EMD og de nationale myndigheder. På denne baggrund udelades en historisk gennemgang af retsudviklingen ved EMD ligesom

⁵ Begrebet "konventionssystemet" skal herved forstås i ordet brede forstand, hvor konventionssystemet omfatter både EMD's og de nationale myndigheders anvendelse af EMRK.

⁶ Begrebet "nationale myndigheder" benyttes her, og i resten af afhandlingen, som en direkte overførsel af begrebet "national authorities" som det benyttes i EMD's praksis. Ved nationale myndigheder forstås i overensstemmelse hermed samtlige nationale retslige organer, herunder også de nationale domstole.

afhandlingen ikke eksplicit behandler EMD's dynamiske fortolkning og retsudviklingen herigennem.

2. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols funktion

For at kunne forstå EMD's anvendelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet, er det i første omgang nødvendigt at forstå, i hvilken kontekst begreberne anvendes. Det er derfor essentielt at forstå EMD's rolle i forhold til de nationale myndigheder.

EMD er en særegen størrelse i relation til europæiske menneskerettigheder. Mens FN's menneskerettighedskomiteernes afgørelser ikke er direkte bindende for de europæiske lande, følger det af EMRK artikel 46, stk. 1 at medlemsstaterne er forpligtede "[...] til at rette sig efter Domstolens endelige dom i enhver sag, som de er part i." EMD har på denne baggrund bemyndigelse til at træffe bindende afgørelser vedrørende 47 meget forskellige nationalstater.⁷ For ikke herved at gribe for voldsomt ind i medlemsstaternes nationale lovgivning og forhold har EMD gentagne gange udtalt, at EMD har en subsidiær rolle i forhold til de nationale myndigheder. At dette ikke er nogen ny tankegang fremgår af *Belgian linguistic case*⁸ fra 1968, hvor EMD udtaler:

*"In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the role of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention."*⁹

Det er således en indbygget forudsætning i konventionssystemet, at EMD som international domstol i et vist omfang må have en subsidiær rolle. EMD's subsidiære rolle er som vist ved *Belgian linguistic case* synlig i EMD's retspraksis, ligesom den også er i selve konventionsteksten. Af EMRK art. 35, stk. 1 følger det, at klageren skal have udtømt sine nationale retsmidler inden sagen indbringes for EMD. På denne baggrund er det således medlemsstaten, der har det primære ansvar for at prøve den konkrete sag og herved sikre, at klagerens rettigheder efter EMRK ikke krænkes, mens EMD's prøvelse, grundet EMRK art. 35, stk. 1, nødvendigvis vil være en retrospektiv efterprøvelse af, om de nationale myndigheder ved deres behandling af sagen, har holdt sig inden for rammerne af EMRK.

EMD's subsidiære rolle er baseret på flere hensyn, hvoraf særligt to hensyn må anses som de bærende hensyn bag EMD's subsidiære rolle. Disse er henholdsvis hensynet til de nationale myndigheders direkte demokratiske legitimitet og at de nationale myndigheder generelt anses

⁷ I Rusland efterprøves EMD's afgørelser dog i et vist omfang af den russiske forfatningsdomstol. Se bl.a. Mälksoo, Lauri *Russia's Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights*, *European Constitutional Law Review*, september 2016, volume 12, issue 2, side. 377-395.

⁸ *Belgian Linguistic case*, dom af 23. juli 1968.

⁹ "*Ibid.* præmis 10, s. 31.

som bedre egnede til at vurdere nationale forhold, når disse har særlig betydning i den enkelte sag. Dette fremgår blandt andet af dommen *Dubská and Krejsová v. The Czech Republic*¹⁰, hvor EMD i relation hertil udtalte:

*“175. In this connection, the Court reiterates the fundamentally subsidiary role of the Convention system and recognises that the national authorities have direct democratic legitimation in so far as the protection of human rights is concerned. Moreover, by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, they are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions [...].”*¹¹

Med sin subsidiære rolle in mente påser EMD herefter om den nationale vurdering af sagen ligger inden for rammerne af den relevante konventionsbestemmelse. I overensstemmelse hermed beskriver Professor Ed Bates:

*“[...] that it is within the design of the Convention, and its subsidiary nature, that Strasbourg should necessarily respect healthy diversity, and recognize the ability of democratic societies to adopt varying human rights policies provided they respect core Convention values.”*¹²

Gennem sin prøvelsen efterlader EMD således en mulighed for hensyntagen til de enkelte samfundsforhold. Ved vurderingen af om medlemsstaterne herefter holder sig inden for rammerne efter EMRK, er EMD generelt tilbageholdende med at sætte sin egen vurdering i stedet for den de nationale myndigheders. EMD's nuværende præsident, Guido Raimondi, udtrykte i en tale ved den hollandske Højesteret fra november 2016, at det i arbejdsfordelingen mellem EMD og de nationale domstole er EMD's rolle at sætte rammerne for anvendelsen af EMRK. I forlængelse heraf udtrykte han, at der skal stærke grunde til, inden EMD sætter sin egen vurdering i stedet for de nationale myndigheders vurdering, når denne vurdering er truffet på baggrund af de rammer, EMD har udstukket gennem sin retspraksis.¹³

Det ligger på denne baggrund ikke inden for EMD's rolle at lave en fuldstændig ensretning af menneskerettighederne i Europa, men i stedet udstikke retningslinjerne og efterprøve om de nationale myndigheder påser de konkrete sager i overensstemmelse med EMD's retningslinjer. Den britiske Supreme Court-dommer Lord Reed udtrykker i overensstemmelse hermed EMD's rolle således:

*“[The] Strasbourg Court's aim is not to construct a code to be adopted by the 47 contracting states. It knows very well that there are important differences between the various societies and legal systems. But the Court is developing a body of high level principles which can be taken to be applicable across the different legal traditions.”*¹⁴

¹⁰ *Dubská and Krejsová v. The Czech Republic*, dom af 15. november 2016. Se også *S.A.S v. France* præmis 129, dom af 1. juli 2014,.

¹¹ *Dubská and Krejsová v. The Czech Republic*, præmis 175, dom af 15. november 2016.

¹² Bates, Ed *Activism and Self-restraint: the Margin of Appreciations's Strasbourg Career ... Its "coming of Age"* Human Rights Law Journal, 2017, volume 36, No. 7-12, s. 276.

¹³ Raimondi, Guido *Speech to the Supreme Court of The Netherlands*, af 18. november 2016.

¹⁴ Reed, Lord *The Common Law and the ECHR*, Inner Temple, 11. november 2013, s. 15-16.

De i citatet omtalte principper er udtryk for en henvisning til særligt proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet. Principperne er således med til at skabe muligheden for at differentiere den retlige vurdering afhængigt af forholdene i den enkelte medlemsstat, således at medlemsstaternes særlige omstændigheder medinddrages i afgørelsen og konventionsanvendelsen gøres fleksibel.

Principperne skal i overensstemmelse hermed ses som juridiske redskaber, EMD anvender til at fastholde den overfor beskrevne subsidiære rolle i forhold til medlemsstaterne.

Den følgende gennemgang af de retlige begreber skal på denne baggrund, i de følgende afsnit, ses i lyset af EMD's rolle i forhold til de nationale myndigheder. Samtidig vil det blive synliggjort, hvordan EMD's subsidiære roller i forhold til medlemsstaterne skinner igennem ved EMD's anvendelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet.

3. Proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsprincippet er på ingen måde særegent for fortolkningen af EMRK og stammer ligeledes ikke fra det europæiske menneskerettighedssystem. Princippet kendes blandt andet fra dansk forvaltningsret¹⁵ og udtrykker lidt forenklet, at der skal være fornødent saglig begrundelse bag et indgreb. At en så simpel tilgang til anvendelsen af proportionalitetsprincippet dog ikke retvisende vil der blive redegjort for i de følgende afsnit.

3.1 Udstrækningen af proportionalitetsprincippet i EMRK

Det følger udtrykkeligt af stk. 2 i EMRK artikel 8-11, at der kan foretages indgreb i rettighederne herefter, når indgrebene anses for ”*nødvendige i et demokratisk samfund*”, ud fra de i bestemmelserne oplyste legitime hensyn, der varierer afhængigt af den enkelte bestemmelse. Der er således en eksplicit adgang til at foretage indgreb i rettighederne efter EMRK artikel 8-11, såfremt indgrebet er nødvendigt efter stk. 2.

Det følger af EMD's praksis, at afgørelsen af om et givent indgreb kan anses for nødvendigt i et demokratisk samfund, afgøres ud fra, om indgrebet forfølger et ”*pressing social need*” og er ”*proportionate to the legitimate aim pursued*”. Dette fremgår bl.a. af dommen *Leander v. Sweden*¹⁶, hvor EMD udtaler:

“58. *The notion of necessity implies that the interference corresponds to a pressing social need and, in particular, that it is proportionate to the legitimate aim pursued [...].*”¹⁷

I overensstemmelse med disse fastlagte målestokke for afgørelsen efter EMRK art. 8-11 stk. 2 er proportionalitetsprincippet et integreret parameter ved afgørelser vedrørende disse bestemmelser, når der er foretaget et indgreb i den beskyttede rettighed.

¹⁵ Revsbech, Karsten m.fl. *Forvaltningsret – almindelige emner* s. 267 (2016).

¹⁶ *Leander v. Sweden*, dom af 26. marts 1987.

¹⁷ *Ibid.* præmis 58.

Ud over bestemmelserne, der indeholder et udtrykkeligt krav om nødvendighed, og dermed proportionalitet, indeholder EMRK en række rettigheder, hvor bestemmelsen, i kraft af sin ordlyd, overlader en fortolkningsadgang, eller på anden måde udtrykker en mulighed for at begrænse rettighederne. Dette er eksempelvis EMRK art. 6 og art. 13. Ifølge EMRK art. 6 har man ret til en ”retfærdig rettergang” og efter art. 13 følger det, at man har ret til ”effektive retsmidler”. Hvad der i overensstemmelse hermed kan anses som *effektivt* eller *retfærdigt*, må nødvendigvis afgøres ud fra nærmere omstændigheder i den pågældende sag. Bestemmelserne overlader på denne baggrund, grundet deres ordlyd, en mulighed for, at modstående hensyn kan have indflydelse på hvornår, der foreligger en krænkelse. Jonas Christoffersen taler på denne baggrund om, at disse bestemmelser indeholder ”*implied limitations*”.¹⁸

I lighed hermed følger det af EMRK art. 5, stk. 1, at ”*Ingen må berøves friheden undtagen i følgende tilfælde og i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde*”. Bestemmelsen nævner herefter en række situationer, der kan begrunde en frihedsberøvelse. Trods bestemmelsens klare ordlyd, har EMD herudover indfortolket et krav om, at frihedsberøvelsen ligeledes ikke må være vilkårlig,¹⁹ ligesom EMD i relation til frihedsberøvelse af børn, yderligere har indfortolket et nødvendighedskrav i bestemmelsen. Dette følger bl.a. af sagen *A.B and others v. France*²⁰, hvor EMD udtaler:

“*The Court nevertheless has regard to the specific situation of the detained person. Thus, by way of exception, when a child is involved it considers that the deprivation of liberty must be necessary to fulfil the aim pursued, namely to secure the family’s removal.*”²¹

Slutteligt indeholder EMRK en række bestemmelser, der ofte betegnes som absolutte bestemmelser.²² Dette er eksempelvis EMRK art. 2, 3, 4 og 7. Såfremt de i bestemmelserne beskyttede rettigheder har en absolut karakter, efterlader der ikke plads for en proportionalitetsafvejning.²³ Baggrunden herfor er, at det vil være i strid med bestemmelsernes absolutte natur, hvis modstående hensyn kan legitimere en indskrænkning i rettigheder, der ellers ville udgøre en krænkelse.

Af EMRK art. 3 følger det, at ”*Ingen må underkastes tortur og ej heller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.*” Efter bestemmelsens ordlyd er det eneste spørgsmål, der skal behandles, om den pågældende behandling kan betegnes som *tortur, umenneskelig* eller *nedværdigende*.

Dermed synes der som udgangspunkt ikke at være overladt plads til retfærdiggørelse gennem en proportionalitetsafvejning. At dette dog er en sandhed med modifikationer, skal herefter

¹⁸ Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 78-82.

¹⁹ Se bl.a. *Witold Litwa v. Poland*, præmis 78, dom af 4. april 2000.

²⁰ *A.B. and others v. France*, dom af 12. juli 2016.

²¹ *Ibid.* præmis 120.

²² Se Lorenzen, Peer m.fl. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer Art. 1-9*, (2011) s. 15.

²³ Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 83.

belyses gennem sagen *Khlaifia and others v. Italy*²⁴. Sagen omhandlede nogle asylansøgere, der efter en flugt over Middelhavet klagede over den behandling, de fik ved deres ankomst til Italien. De blev her tilbageholdt på et skib, hvor de måtte sove på gulvet. De havde alene mulighed for at komme ud på dækket 10 minutter om dagen, og skulle vente i timevis for at få lov til at komme på toilet. Herudover klagede de over manglende information fra myndigheder. Herudover klagede de over den behandling de fik af vagt-personalet.²⁵

EMD udtaler i sagen på generel basis følgende om vurderingen efter artikel 3:

*“160. In order to determine whether the threshold of severity has been reached, the Court also takes other factors into consideration, in particular:
(a) The purpose for which the ill-treatment was inflicted, together with the intention or motivation behind it [...], although the absence of an intention to humiliate or debase the victim cannot conclusively rule out its characterisation as “degrading” and therefore prohibited by Article 3 [...].”*²⁶

Som det fremgår af citatet tillægger EMD det ved afgørelsen betydning, hvilke hensyn der har ført til, at klagerne har været udsat for den pågældende behandling, ligesom EMD lægger vægt på de nationale myndigheders intentioner. Skulle en absolut tilgang til bestemmelsen fastholdes, burde EMD alene have taget stilling til om der forelå en nedværdigende behandling og om de italienske myndigheder var ansvarlige herfor, uden at vurdere om behandlingen var sket under undskyldelige omstændigheder. I relation til den konkrete sag udtalte EMD i forlængelse heraf følgende:

“185. While the constraints inherent in such a crisis cannot, in themselves, be used to justify a breach of Article 3, the Court is of the view that it would certainly be artificial to examine the facts of the case without considering the general context in which those facts arose. In its assessment, the Court will thus bear in mind, together with other factors, that the undeniable difficulties and inconveniences endured by the applicants stemmed to a significant extent from the situation of extreme difficulty confronting the Italian authorities at the relevant time.”

På denne baggrund nåede EMD frem til, at der ikke var sket en krænkelse af klagernes rettigheder efter EMRK art. 3.²⁷ Selvom EMD ikke nævner kravet om proportionalitet i dommen, i relation til EMRK art. 3, spiller overvejelserne bag behandlingen og årsagen til at den har fundet sted, stadigvæk ind i afvejningen af, om behandlingen falder inden for bestemmelsens ordlyd.

Det må på denne baggrund konkluderes, at proportionalitetsafvejningen - eller i hvert fald momenterne bag proportionalitetsafvejningen - ikke er afskåret til alene at vedrøre de bestemmelser, hvor proportionalitetsafvejningen tydeligt fremgår, men at denne afvejning ligeledes influerer selv EMRK's absolutte bestemmelser.

²⁴ *Khlaifia and others v. Italy*, dom af 15. december 2016.

²⁵ *Ibid.* præmis 16.

²⁶ *Ibid.* præmis 160.

²⁷ *Ibid.* præmis 211.

I dommen *N. v. the United Kingdom*²⁸ skulle EMD tage stilling til, om det udgjorde en krænkelse af EMRK art. 3, at de britiske myndigheder ville udsende en HIV-positiv kvinde til Uganda, hvor behandlingsmulighederne var mangelfulde. I dommen udtalte EMD på generel basis følgende:

”44. [...] inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights.”²⁹

Som det fremgår af citatet fra *N. v. the United Kingdom*, og i overensstemmelse med EMD’s afgørelse i *Khlaifia and others v. Italy*, er proportionalitetsprincippet et gennemgående element ved vurderingen af, om der foreligger en krænkelse af de ved EMRK beskyttede rettigheder, der ikke kun begrænser sig til de situationer, hvor konventionsbestemmelse udtrykkeligt giver mulighed for at foretage indgreb. Proportionalitetsprincippet har ganske givet større betydning ved de bestemmelser, der hjemler at indgreb kan retfærdiggøres, når det er nødvendigt, men selv ved de ”absolutte bestemmelser” kan momenterne i proportionalitetsafvejningen have betydning for afgørelsen af, om der foreligger en krænkelse af klagerens rettigheder efter EMRK.

3.2 De forskellige indfaldsvinkler i proportionalitetsafvejningen

3.2.1 Horisontal og vertikal anvendelse af proportionalitetsprincippet

Proportionalitetsbegrebet er ikke et ensidigt begreb, men rummer forskellige indfaldsvinkler til afvejningen.

Christoffersen omtaler, at der både eksisterer en horisontal og en vertikal proportionalitetsvurdering.³⁰ Dette gengives af blandt andre Eva Brems og Laurens Lavrysen³¹.

I den horisontale anvendelse af proportionalitetsprincippet sidestilles rækken af hensyn, hvorefter afvejningen foretages på baggrund af de samlede hensyn, der taler for indgrebets proportionalitet over for de hensyn, der taler imod indgrebets proportionalitet. Denne fremgangsmåde betegnes af Brems og Lavrysen som en ”*all things considered-tilgang*”.³²

I den vertikale anvendelse af proportionalitetsprincippet foretages derimod en trinvis analyse af, om indgrebet opfylder en række forudsætning. Såfremt disse forudsætninger opfyldes, foreligger der et proportionelt indgreb. Både Christoffersen, men også Brems og Lavrysen, tager i forhold hertil udgangspunkt i de forudsætninger, der kendes fra den tyske forvaltnings- og forfatningsret,³³ og som tilsvarende finder anvendelse inden for eksempelvis dansk forvaltningsret.³⁴ Herefter indeholder proportionalitetsafvejningen følgende tre kriterier for, at indgrebet kan betegnes som proportionelt:

²⁸ *N. v. the United Kingdom*, dom af 27. maj 2008.

²⁹ *Ibid.* præmis 44.

³⁰ Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 69.

³¹ Brems, Eva og Lavrysen, Laurens *Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review*, 2015, volume 15, s. 141.

³² *Ibid.* s. 141.

³³ Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, (2009) s. 66-69.

³⁴ Karsten Revsbech m.fl. *Forvaltningsret – almindelige emner* (2016) s. 267.

1. Om indgrebet er egnet til at opnå det ønskede formål.
2. Om det ønskede formål i stedet kunne være opnået ved brug af mindre indgribende foranstaltninger.
3. Om der er sket en tilstrækkelig afbalancering af hensynet til den beskyttede rettighed over for de modstående hensyn.

Man kan med de to former for proportionalitetsafvejningen in mente med rette stille sig selv spørgsmålet, om der reelt er nogen praktisk forskel på, om den horisontale eller den vertikale proportionalitetsafvejning anvendes.³⁵ For overblikkets skyld, og for herved at illustrere forskellen i proportionalitetsafvejningen der foretages af EMD, og den der forventes foretaget ved de nationale myndigheder, vil den følgende gennemgang af EMD's proportionalitetsafvejning være bygget op omkring den vertikale proportionalitetsformel til trods for, at det vil blive synligt, at EMD i højere grad anvender en "*all things considered-tilgang*", hvorved man ikke nødvendigvis behandler samtlige dele af proportionalitetsvurderingen udtrykkeligt.

3.2.2 Indgrebets egnethed

Det er en generel forudsætning for staternes overholdelse af EMRK, at staterne agerer rationelt i anvendelsen af EMRK.³⁶ Når staterne herefter foretager et indgreb i en beskyttet rettighed, er det derfor også nødvendigvis en forudsætning, at der er saglige hensyn bag det pågældende indgreb. EMD har på denne baggrund gentagne gange præciseret at indgrebet skal forfølge et "*legitimate aim*", for at kunne anses som proportionelt.³⁷

Såfremt EMD herefter konkluderer, at der foreligger et legitimt formål, er spørgsmålet, om det anvendte middel er egnet til at opnå det pågældende formål.

Indgrebets egnethed kan umiddelbart fremstå som en logisk og relativt ligetil analyse. I sagen *Editions Plon v. France*³⁸ skulle EMD tage stilling til, om de franske myndigheder ved at forbyde udgivelsen af en bog, der beskrev den tidligere præsident Mitterrands sygdomsforløb, havde krænket klagerens ret til ytringsfrihed efter EMRK art. 10. EMD fandt, at de franske myndigheder havde krænket klagerens rettighed, og tillagde det ved afgørelsen særlig vægt, at indgrebet ikke var egnet til at holde sådanne private oplysninger hemmelige, da disse oplysninger allerede florerede på internettet.³⁹ Ligeledes fandt EMD i sagen *Soltysyak v. Russia*⁴⁰, at et rejseforbud mod en tidligere militærmedarbejder, der kendte til hemmeligholdte informationer af betydning for den nationale sikkerhed, ikke var et egnet middel, da:

"The confidential information which the applicant possessed could be transmitted in a variety of ways which did not require his presence abroad or even direct physical

³⁵ Spørgsmålet stilles tilsvarende af Jonas Christoffersen i *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 73.

³⁶ Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 166.

³⁷ Se bl.a. *Leander v. Sweden*, præmis 58, dom af 26. marts 1987.

³⁸ *Editions Plon v. France*, dom af 18. maj 2004.

³⁹ *Ibid.* præmis 50-51 og 53.

⁴⁰ *Soltysyak v. Russia*, dom af 10. februar 2011.

contact with anyone.”⁴¹

Grunden til at vurderingen om indgrebets egnethed i *Editions Plon v. France* og *Soltysyak v. Russia* fremstår relativt som en relevant simpel analyse, skyldes, at det i de to sager er åbenlyst, at de pågældende indgreb ikke er tilstrækkeligt effektive, til at kunne varetage formålene bag indgrebene.

Vurderingen af om indgrebet kan anses for egnet kompliceres dog, når det ikke fremstår klart, om det anvendte indgreb opfylder det pågældende formål. Et eksempel på en sådan sag er *Biao v. Denmark*⁴². Sagen omhandler en tidligere bestemmelse i den danske udlændingelov, der gav lettere adgang til familiesammenføring for danske statsborgere, der havde haft deres statsborgerskab i minimum 28 år.⁴³ Dette mente klageren var udtryk for diskrimination på baggrund af etnicitet efter EMRK art. 14 i kombination med art. 8, da begrænsning næsten udelukkende påvirkede rettighederne for statsborgere, der ikke havde haft dansk statsborgerskab siden fødslen. Formålet med loven var særligt at sørge for, at danskere med stærk og langvarig tilknytning til Danmark havde mulighed for at få familiesammenføring - herunder særligt udlandsdanskere - mens man samtidig kunne sikre immigrationskontrollen og skabe grundlag for god integration.⁴⁴ EMD fandt dog ikke, at der nødvendigvis gjaldt en sådan sammenhæng mellem længden af ens statsborgerskab og ens tilknytning til Danmark og udtrykker ved dommen blandt andet, at den anser denne argumentation for ”rather speculative”.⁴⁵ EMD konkluderede i forlængelse heraf, at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter EMRK art. 14 i kombination med art. 8.

Samme konklusion drog EMD i sagen *Smith and Grady v. the United Kingdom*⁴⁶, der omhandler en generel udelukkelse af homoseksuelle fra militærtjeneste. De nationale myndigheder begrundede udelukkelse i, at indgrebet blev foretaget for at opretholde moralen hos personalet samt for at sikre en operationel effektivitet i militæret.⁴⁷ EMD udtaler herom i dommen, at der ikke var konkret dokumentation, der underbyggede denne formodning.⁴⁸ Indgrebet kunne herefter ikke anses for tilstrækkeligt til at opnå det ønskede formål. På denne baggrund fandt EMD, at der var sket en krænkelse af klagernes rettigheder efter EMRK art. 8.⁴⁹

I modsætning til EMD’s konklusioner i *Biao v. Denmark* og *Smith and Grady v. the United Kingdom*, kom EMD i sagen *Dahlab v. Switzerland*⁵⁰ frem til, at der var en tilstrækkelig sammenhæng mellem målet og midlet. Sagen omhandlede en lærer, der var konverteret til islam. Hun valgte at bære tørklæde på arbejde, hvilket de schweiziske myndigheder forbød. Myndighederne begrundede over for EMD afgørelsen i, at indgrebet var ”based on the principle of denominational neutrality in schools and, more broadly, on that of religious

⁴¹ *Ibid.* præmis 52.

⁴² *Biao v. Denmark*, dom af 24. maj 2014.

⁴³ *Ibid.* præmis 22.

⁴⁴ *Ibid.* præmis 74 og 77.

⁴⁵ *Ibid.* præmis 125.

⁴⁶ *Smith og Grady v. the United Kingdom*, dom af 27. september 1999.

⁴⁷ *Ibid.* præmis 74.

⁴⁸ *Ibid.* præmis 99.

⁴⁹ *Ibid.* præmis 105.

⁵⁰ *Dahlab v. Switzerland*, afgørelse (decision) af 15. februar 2001.

harmony.”⁵¹ Denne argumentation accepterede EMD og tilføjede at det ikke kunne afvises at tørklædet havde en missionerende effekt, ligesom EMD fremhævede tørklædets kvindeundertrykkende virkning. EMD anerkendte således de schweiziske myndigheders argumentation, selvom man i lighed med *Biao v. Denmark* kunne argumentere for, at der var tale om spekulativ argumentation.

Dommene rejser spørgsmålet om hvilken grad af effektivitet og beviselig sammenhæng EMD kan kræve af det nationalt anvendte middel. I relation hertil fremhæver Janneke Gerards i sin artikel om emnet, at der sjældent findes et middel, der er perfekt egnet til at opnå et ønsket formål, og at det på denne baggrund kan være svært at konkludere, hvornår et middel i tilstrækkeligt omfang kan anses for egnet.⁵² Spørgsmålet om hvorvidt et givent middel kan anses for tilstrækkeligt egnet, er således et spørgsmål, om der i sagen er tilstrækkeligt bevis for sammenhængen mellem målet og midlet. Kravene til beviserne varierer dog afhængigt af den enkelte sag ud fra en række parametre. I dommen *Hassan v. the United Kingdom*⁵³ fra 2014 skulle EMD tage stilling til klagerens påstande om, at de britiske myndigheder under invasionen af Irak, havde tilfangetaget hans bror med det formål at afpresse klageren, samt at de britiske myndigheder var ansvarlige for brorens efterfølgende død.⁵⁴ Sagens omdrejningspunkt var herefter om disse påstand var i overensstemmelse med faktum. EMD konkluderede, at der ikke var tilstrækkelige holdepunkter bag klageren påstande og udtalte på generel basis om bevisvurderingen, at EMD:

“48.[...] adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties’ submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof, are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake.”

I lighed hermed er kravene til de nationale myndigheders beviser for sammenhængen mellem målet og midlet således varierende ud fra hensynet til blandt andet den beskyttede rettighed og om sammenhængen mellem indgrebet og formål giver mening ud fra logiske slutninger.

Eftersom medlemsstaterne forudsættes at agere på et rationelt grundlag og uden skjulte hensigter, er det i forlængelse heraf en nødvendig forudsætning, at medlemsstatens har en tilstrækkelig dokumentation for sammenhængen, som belyst i sagerne *Smith and Grady v. the United Kingdom* og *Biao v. Denmark*. Som det fremgår af sagen *Dahlab v. Switzerland* vil afgørelsen af, om der gælder en logisk sammenhæng, dog i et vist omfang være baseret på den enkelte dommers normative forforståelse, hvilket flere forfattere har set kritisk på.⁵⁵

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Gerards, Janneke *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, International Journal of Constitutional Law, 2013, volume 11, issue 2, s. 476.

⁵³ *Hassan v. the United Kingdom*, dom af 16. september 2014.

⁵⁴ *Ibid.* præmis 50.

⁵⁵ Se bl.a. Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 187-190 og Gerards, Janneke *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, International Journal of Constitutional Law, 2013, volume 11, issue 2, s. 487-490.

Afgørelsen af om der foreligger en krænkelse vil således langt hen ad vejen være baseret på, om de nationale myndigheder er i stand til at tilvejebringe dokumentation for den påståede sammenhæng. Der er på denne baggrund en nær sammenhæng mellem det nationale beslutningsgrundlag i form af dokumentation for sammenhængen og EMD's tilbøjelighed til at statuere en krænkelse, hvor den normative forforståelse dog kan spille ind ved afgørelsen. Det er således af væsentlig betydning, hvilken dokumentation de nationale myndigheder kan tilvejebringe til brug for EMD's prøvelse.

3.2.3 Mindre indgribende foranstaltninger

I *Belgian Linguistic Case*⁵⁶ fra 1968 blev det fremhævet, at:

*"[The] purpose is plausible in itself and it is not for the Court to determine whether it is possible to realise it in another way."*⁵⁷

Som følge af dette citat, og EMD's retspraksis i øvrigt, har flere forfattere, herunder særligt Christoffersen, gjort sig til talsmænd for, at vurderingen af, om der findes mindre indgribende foranstaltninger ikke er et element EMD påser i forbindelse med sin proportionalitetsvurdering. Christoffersen skriver hertil bl.a. at:

*"The Court in many cases places weight on the possibility of pursuing a less restrictive course of action, but that does not add up to a general obligation to use less restrictive measures."*⁵⁸

I følge Christoffersen er den manglende efterprøvelse af, om der har været mindre indgribende foranstaltninger i overensstemmelse med EMD's subsidiære rolle (se afsnit 2). Som følge af EMD's subsidiære rolle, ligger det ifølge Christoffersen uden for EMD's rolle at undersøge, om der på nationalt niveau har været mulighed for at anvende andre mindre indgribende foranstaltninger, da de nationale domstole og myndigheder, qua deres nationale forankring, naturligt er bedre egnede til at foretage en sådan vurdering.⁵⁹

Som Christoffersens udlægning også implicit antyder, er vurderingen af, om der findes mindre indgribende foranstaltninger dog ikke fuldstændigt fraværende fra proportionalitetsvurderingen, der foretages ved EMD, da EMD i en række sager har tillagt det stor vægt, om der har været mindre indgribende foranstaltninger.

Spørgsmålet er herefter i hvilket omfang - og i hvilke situationer - EMD tillægger spørgsmålet, om der foreligger mindre indgribende foranstaltninger en betydende vægt.

I sagen *Glor v. Switzerland*⁶⁰ skulle EMD tage stilling til om de schweiziske myndigheder havde diskrimineret klageren efter EMRK art. 14 i kombination med art. 8. Klageren havde diabetes type 1, og kunne derfor ikke få lov til at aftjene sin værnepligt, hvilket

⁵⁶ *Belgian Linguistic case*, dom af 23. juli 1968.

⁵⁷ *Ibid.* præmis 13, s. 46.

⁵⁸ Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 114.

⁵⁹ *Ibid.* s. 131-133.

⁶⁰ *Glor v. Switzerland*, dom af 30. april 2009.

klageren ellers var indstillet på. Idet klageren ikke aftjente sin værnepligt blev han pålagt en særlig skat. Efter de nationale schweiziske regler kunne man, såfremt man var tilstrækkeligt syg eller handicappet, blive fritaget for både værnepligt og den særlige skat for folk, der ikke aftjente værnepligt, men de nationale myndigheder fandt, at klageren ikke var tilstrækkelig syg til at være omfattet af fritagelsen.⁶¹ Klageren var dermed for syg til at blive værnepligtig, men ikke tilstrækkelig syg til at være omfattet af skattefritagelsen.

EMD kom i dommen frem til, at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter EMRK art. 14 i kombination med art. 8, og begrundede blandt andet dette i, at der kunne være anvendt mindre indgribende foranstaltninger. EMD udtalte i forhold hertil følgende:

“94. The Court considers that in order for a measure to be considered proportionate and necessary in a democratic society, there must be no other means of achieving the same end that would interfere less seriously with the fundamental right concerned. In this regard the Court notes that the applicant always expressed his willingness to do his military service but that he was declared unfit for service by the military doctor.”

EMD påså således i sagen *Glor v. Switzerland* om der var mindre indgribende foranstaltninger. Spørgsmålet er derfor hvorfor EMD i den konkrete sag foretog denne vurdering, når dette i overensstemmelse med Christoffersens analyse ikke er den generelle fremgangsmåde efter EMD's praksis.

Baggrunden herfor bør findes i, at EMD ikke fandt, at den prøvelse, der var sket ved de nationale domstole, var tilfredsstillende. EMD udtalte i dommen, at:

“91. The Court is well aware that it is in the first place for the national authorities, notably the courts, to interpret and apply the domestic law [...]. It nevertheless considers that the manner in which the relevant domestic authorities proceeded in the present case was questionable.”

En tilsvarende fremgangsmåde anvendte EMD i sagen *Nada v. Switzerland*⁶², hvor EMD tilsvarende undtagelsesvist anvendte vurderingen af om der fandtes mindre indgribende foranstaltninger. Sagen omhandler en person der var bosiddende i den italienske enklave Campione d'Italia beliggende i Schweiz. Da klageren tidligere var kommet på en international liste over personer med forbindelse til Taliban, nægtede Schweiz ham adgang til at krydse grænsen til landet.⁶³

EMD udtaler i dommen, med henvisning til *Glor v. Switzerland*, at det skulle vurderes om der kunne være anvendt mindre indgribende foranstaltninger.⁶⁴ Herudover udtalte EMD i dommen følgende:

”187. The Court observes in this connection that the investigations conducted by the Swiss and Italian authorities concluded that the suspicions about the applicant's participation in activities related to international terrorism were

⁶¹ *Ibid.* præmis 11-20.

⁶² *Nada v. Switzerland*, dom af 12. september 2012, afgjort af storkammeret.

⁶³ *Ibid.* præmis 24-30.

⁶⁴ *Ibid.* præmis 183.

clearly unfounded.”

EMD's henvisning til mindre indgribende foranstaltning i denne sag blev således tilsvarende anvendt i en sag, hvor EMD fastslog, at den prøvelse, der var sket ved de nationale myndigheder, ikke i tilstrækkeligt omfang havde påset sagens konkrete omstændigheder og taget højde herfor.

At EMD i netop sådanne sager er mere tilbøjelig til at anvende vurderingen af, om der forefindes mindre indgribende foranstaltninger, er i tråd med Christoffersens begrundelse for, at EMD ikke generelt foretager vurderingen. Som ovenfor forklaret er Christoffersens begrundelse for, at EMD ikke generelt efterser, om der forefindes mindre indgribende foranstaltninger, at dette overlades til de nationale myndigheder, da disse anses for bedre egnede til at vurdere, om der findes nationale alternativer, ligesom det er begrundet i EMD's subsidiære rolle. Men i de situationer, hvor EMD kan konkludere, at de nationale myndigheders prøvelse ikke har været tilstrækkeligt tilbundsgående, eller ikke i tilstrækkeligt omfang har taget de relevante hensyn i betragtning, kan de nationale myndigheder ikke længere betragtes som bedre egnede til at vurdere, om der forefindes mindre indgribende foranstaltninger grundet den mangelfulde prøvelse.

Der er således i første omgang tale om en processuel prøvelse af, om der foreligger mindre indgribende foranstaltninger, hvor EMD ikke selvstændigt vurderer, om der foreligger mindre indgribende foranstaltninger, men om de nationale myndigheder i tilstrækkeligt omfang har varetaget sin forpligtelse til at foretage denne undersøgelse. Dette fremhævede EMD i dommen *Association Rhino and others v. Switzerland*⁶⁵, hvor EMD udtalte følgende:

“65. [The] Court would observe that it has ruled in a different context that, in order for a measure to be considered proportionate and necessary in a democratic society, there must be no other means of achieving the same end that would interfere less seriously with the fundamental right concerned (see Glor v. Switzerland, no. 13444/04, § 94, ECHR 2009). In the Court's opinion, in order to satisfy the proportionality principle fully, the authorities should have shown that no such measures were available.”

Det er således afgørende for intensiteten af EMD's prøvelse, om de nationale myndigheder har været tilstrækkeligt tilbundsgående i prøvelsen af sagen. Finder EMD ikke, at den nationale beslutningsproces lever op til den kvalitet, der kan forventes, intensiveres EMD's prøvelse i et sådant omfang, at EMD ligeledes foretager sin egen vurdering af, om der findes mindre indgribende foranstaltninger, der kunne være anvendt.⁶⁶

3.2.4 Afbalanceringen af hensynene

Som kort beskrevet i afsnit 3.2.1 indeholder den tredje del af proportionalitetsvurderingen en afvejning af de hensyn, der taler for indgrebets berettigelse over for de hensyn, der taler imod indgrebets berettigelse.

⁶⁵ *Association Rhino and others v. Switzerland*, dom af 11. oktober 2011.

⁶⁶ Argumentet fremføres også i Eva Brems og Laurens Lavrysens *Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, s. 167.

EMD har gentagne gange henvist til, at proportionalitetsafvejningen efter EMRK kræver, at der skal være sket en afvejning mellem de relevante hensyn. I dommen *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*⁶⁷, der omhandlede en mulighed krænkelse af ERMK's tillægsprotokol 1, art. 1 udtalte EMD i dommen følgende:

”69. [...]The Court must determine whether a fair balance was struck between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights.”

EMRK's Tillægsprotokol 1, art. 1 indeholder i lighed med eksempelvis EMRK art. 8-11 en udtrykkelig adgang til, at indgreb i særlige tilfælde kan retfærdiggøres efter stk. 2. Det i *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* omtalte krav om, at der skal være sket en tilstrækkelig afbalancering mellem hensynene i en såkaldt *fair balance-test* er dog ikke begrænset til alene at finde anvendelse på bestemmelser, der udtrykkeligt hjemler en mulighed, for at indgreb kan retfærdiggøres.

I relation til retten til liv efter EMRK art. 2 har EMD i dommene *Boso v. Italy*⁶⁸ og *Vo v. France*⁶⁹, der begge omhandlede en kvindes mulighed for at få foretaget en abort, udtalt, at der skulle være en fair balance mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af fosteret og på den anden side hensynet til kvindens interesse.

Tilsvarende har EMD ligeledes i sager vedrørende art. 3⁷⁰, art. 5⁷¹ og art. 6⁷² henvist til at der skal ske en afbalancering af de relevante hensyn. Den ved EMD gennemgående anvendelse af afvejning af hensynene stemmer således godt overens med det tidligere fremhævede citat fra *N v. United Kingdom*, hvoraf det fremgår, at princippet om den fair balance mellem hensynene er *”inherent in the whole of the convention”*⁷³.

Spørgsmålet er herefter på hvilken måde EMD foretager denne *fair balance-test*. Som det fremgår af det ovenstående citat fra *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* anser EMD det som sin rolle at afgøre, om *”a fair balance was struck”* – altså om de nationale domstole i tilstrækkeligt omfang har foretaget en afvejning af hensynene. EMD foretager i overensstemmelse hermed ikke en selvstændig prøvelse af hvad EMD finder, vil være den rette balance mellem hensynene, men efterser derimod, om en sådan vurdering har fundet sted ved de nationale myndigheder.

Betydningen af denne forskel skal herved belyses gennem sagen *Lillo Stenberg and Sæther v. Norway*⁷⁴. Sagen omhandler en kendt musiker, der i 2005 blev gift med en ligeledes kendt skuespiller ved en privat bryllupsceremoni. Efter brylluppet bragte et norsk ugeblad billeder fra selve ceremonien samt billeder af nogle af gæsterne til brylluppet. Herefter anlagde bruden og brudgommen sag mod ugebladet om erstatning, hvilket de norske domstole dog

⁶⁷ *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, dom af 23. september 1982.

⁶⁸ *Boso v. Italy*, afgørelse (decision) af 5. september 2002.

⁶⁹ *Vo v. France*, præmis 79, dom af 8. juli 2004.

⁷⁰ Se *N. v. the United Kingdom*, præmis 44, dom af 27. maj 2008 og *Soering v. the United Kingdom*, præmis 89, dom af 7. juli 1989.

⁷¹ Se bl.a. *Brogan and others v. the United Kingdom*, præmis 48, dom af 29. november 1988.

⁷² *Nikitin v. Russia*, præmis 57, dom af 20. juli 2004.

⁷³ *N v. the United Kingdom*, præmis 44, dom af 27. maj 2008.

⁷⁴ *Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway*, dom af 16. januar 2014.

gav afslag på. På denne baggrund anlagde de herefter en sag ved EMD om, at de norske myndigheder havde krænket deres ret til respekt for privatliv efter EMRK art. 8.⁷⁵

I EMD's afgørelse statueres det indledningsvist, at den pågældende sag omhandler afbalanceringen mellem hensynet til klagerens privatliv efter art. 8 over for ugebladet ret til ytringsfrihed efter art. 10.⁷⁶ Herefter gennemgår EMD den norske højesterets afgørelse, ved at undersøge den retspraksis og de momenter den norske højesteret har lagt vægt ved afgørelsen om at vægte retten til ytringsfrihed over retten til privatliv. På denne baggrund drager EMD den følgende konklusion:

“The Court therefore finds reason to point out that, although opinions may differ on the outcome of a judgment, “where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts”[...].

45. In these circumstances, and having regard to the margin of appreciation enjoyed by the national courts when balancing competing interests, the Court concludes that the Supreme Court did not fail to comply with its obligations under Article 8 of the Convention. Accordingly, there has not been a violation of the said provision.”⁷⁷

Som citatet og domsgennemgangen illustrerer, foretager EMD en tilbundsgående prøvelse af, om de nationale domstoles *fair balance-test* i sagen har været inden for de rammer, EMD har fastlagt for denne prøvelse. Konkluderes det på denne baggrund, som i sagen *Lillo Stenberg and Sæther v. Norway*, at de nationale myndigheder rent faktisk har foretaget en tilstrækkelig tilbundsgående prøvelse af sagen, er EMD således tilbageholdende med at sætte sin egen vurdering i stedet for de nationale domstoles. Denne fremgangsmåde illustrerer EMD's tilbageholdende praksis som følge af EMD's subsidiære rolle i forhold til de nationale myndigheder.

Konkluderes det derimod, at de nationale myndigheder ikke har været tilstrækkeligt tilbundsgående i prøvelsen af de relevante hensyn, viser EMD derimod en større tilbøjelighed til at underkende den afgørelse, der er foretaget af de nationale domstole. Som eksempel kan nævnes den relativt nye dom *Bistieva and others v. Poland*⁷⁸. Klagerne i sagen var russiske statsborgere, der var kommet til Polen som asylansøgere, men havde fået afslag på deres asylansøgning. Familien havde i en periode på 4 måneder boet på et udrejsecenter, der gav familien forholdsvist få frihedsmuligheder, da det ikke var muligt at forlade centret. Familien mente på denne baggrund, at opholdet på centeret udgjorde en krænkelse af deres ret til familieliv efter EMRK art. 8.⁷⁹ EMD udtalte i relation hertil, at de polske myndigheder havde en forpligtigelse til at foretage en fair afvejning af hensynet til individet over for hensynet til samfundet generelt, hvilket i dette tilfælde var at sikre, at familien ikke forsvandt fra myndighederne. Ved denne afvejning understregede EMD, at hensynet til barnets bedste nødvendighed må være et tungtvejende hensyn i overensstemmelse med EMD's praksis.⁸⁰

⁷⁵ *Ibid.* præmis 5-12.

⁷⁶ *Ibid.* præmis 25.

⁷⁷ *Ibid.* præmis 44-45.

⁷⁸ *Bisteva and others v. Poland*, dom af 10. april 2018.

⁷⁹ *Ibid.* se særligt præmis 5-17, 69 og 84.

⁸⁰ *Ibid.* præmis 78.

EMD undersøgte herefter om de polske domstole havde foretaget en tilstrækkelig afvejning og konkluderede i forhold hertil følgende:

“86. In this context, given the reasoning of the domestic authorities’ decisions, the Court is not convinced that the Polish authorities had in fact, as they should have, viewed the family’s administrative detention as a measure of last resort. Nor had they given due consideration to possible alternative measures, especially in the period of time when the applicants were reunited with their husband and father. The Court also has serious doubts as to whether the authorities had given sufficient consideration to the best interests of the first applicant’s three children, in compliance with obligations stemming from international law and from section 401(4) of the 2013 Act.”

På baggrund af den mangelfulde beslutningsproces i forbindelse med afvejningen foretog EMD herefter sin egen afvejning af de relevante hensyn og kom herved frem til, at der var sket en krænkelse efter EMRK art. 8.

Som det illustreres ved de udvalgte eksempler fra EMD’s retspraksis, er der en væsentlig forskel på den prøvelsesform, der foretages af EMD og den prøvelsesform, der forventes foretaget af medlemsstaterne. EMD har i dommen *Von Hannover v. Germany*⁸¹ i relation hertil tidligere udtalt følgende:

“107. Where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court’s case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts [...].”⁸²

I overensstemmelse med EMD’s subsidiære rolle foretager EMD dermed i første omgang alene en relativt begrænset materiel prøvelse ved proportionalitetsafvejningen, men derimod en tilbudsgående formel prøvelse af, om de nationale domstole i tilstrækkeligt omfang har varetaget de relevante hensyn med tilstrækkelig dybde. Konkluderes det ved denne prøvelse, at de nationale myndigheder ikke i tilstrækkeligt omfang har foretaget en *fair balance-test* i overensstemmelse med den vægt, de enkelte hensyn skal gives efter EMD’s praksis, laver EMD på denne baggrund en selvstændig *fair balance-test*.

3.3. Delkonklusion

Et fællestræk går igen ved samtlige tre dele af proportionalitetsvurderingen, nemlig at domstolsprøvelsen ved EMD er afhængig af prøvelsen, der har været foretaget af de nationale myndigheder.

Ved vurderingen af om indgrebet kan anses for egnet til at opnå det ønskede formål, er det synligt, at EMD’s prøvelse i høj grad er afhængig af de beviser for sammenhængen, som medlemsstaternes myndigheder kan fremvise. En tilsvarende afhængighed mellem prøvelserne er ligeledes synlig vedrørende spørgsmålet, om der kunne være anvendt mindre indgribende foranstaltninger. Her er EMD tilbøjelig til at lægge den nationale vurdering til grund, hvis de nationale myndigheder, har foretaget en tilstrækkelig vurdering. Finder EMD

⁸¹ *Von Hannover v. Germany* (no. 2), dom af 7. februar 2012.

⁸² *Ibid.* præmis 107.

ikke, at de nationale myndigheder har foretaget en tilstrækkelig prøvelse, er EMD omvendt mere intensiv i prøvelsen.

Ved *fair balance-testen* ses en tilsvarende tilgang. Er det synligt for EMD, at de nationale myndigheder og domstole rent faktisk har foretaget en tilstrækkelig afvejning af hensynene i sagen, er EMD tilbøjelig til at lægge denne vurdering til grund. Omvendt foretages en tilbundsgående prøvelse, når EMD ikke finder, at der været en tilstrækkelig afvejning ved de nationale myndigheder og domstole.

Man kan på denne baggrund tale om, at der eksisterer et tillidsbånd mellem EMD og medlemsstaternes myndigheder. EMD har som udgangspunkt tillid til, at medlemsstaterne foretager en tilstrækkelig proportionalitetsafvejning på et oplyst grundlag. Lever medlemsstaterne op til denne tillid, belønnes de med en tilbageholdenhed i EMD's prøvelse. Finder EMD derimod, at der er sket et tillidsbrud, falder belønningen derfor også bort, og EMD foretager derfor en tilbundsgående og selvstændig prøvelse af sagen.

4. Subsidiaritetsprincippet

Som angivelserne også udtrykker, er der en nær sammenhæng mellem EMD's subsidiære funktion, beskrevet i afsnit 2, og subsidiaritetsprincippet. Det er på denne baggrund nødvendigt at anskue subsidiaritetsprincippet på baggrund af EMD's subsidiære funktion i forhold til medlemsstaterne.

For at kunne bibeholde sin naturlige subsidiære position som international domstol, har EMD gennem sin praksis udviklet og videreudviklet subsidiaritetsprincippet for herved at fastholde rollefordelingen mellem medlemsstaterne og EMD. EMD har således gennem subsidiaritetsprincippet skabt rammerne, der gør det muligt for EMD at fastholde sin subsidiære rolle.

Det skal i de følgende afsnit anskues på hvilken måde EMD anvender subsidiaritetsprincippet i sin praksis og på hvilken måde det bliver synligt i EMD's praksis, at EMD har en subsidiær rolle.

4.1 Staternes skønsmargin

Et væsentligt element til illustration af EMD's anvendelse af subsidiaritetsprincippet, er EMD's anvendelse af begrebet "*margin of appreciation*", herefter omtalt som staternes skønsmargin.

Det følger af EMRK art. 1, at det er medlemsstaternes opgave at garantere "*enhver person under deres jurisdiktion de rettigheder og friheder, der angives i denne Konventions afsnit 1.*" På denne baggrund har EMD bl.a. i dommen *Kudla v. Poland*⁸³ konkluderet, at det som følge heraf også er medlemsstaterne, der har det primære ansvar for at implementere og håndhæve de i EMRK beskyttede rettigheder.⁸⁴ I overensstemmelse hermed har EMD i *Belgian linguistic case* udtalt, at:

⁸³ *Kudla v. Poland*, dom af 26. oktober 2000.

⁸⁴ *Ibid.* præmis 152.

“The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention.”⁸⁵

Det er på denne baggrund medlemsstaternes ansvar at implementere de i EMRK beskyttede rettigheder, i hvilken forbindelse medlemsstaterne som udgangspunkt overlades en frihed til at vælge hvordan rettighederne bedst sikres i den enkelte medlemsstat.

I dommen *Handyside v. the United Kingdom*⁸⁶, der vedrørte de britiske myndigheders mulighed for at begrænse udgivelsen af en bog med et amoralsk indhold i overensstemmelse med EMRK art. 10, udtrykte EMD, at EMD's prøvelse er subsidiær i forhold til prøvelsen gennem det nationale system.⁸⁷ I forlængelse heraf udtalte EMD, at de nationale domstole overlades en skønsmargin, der går hånd i hånd med EMD's prøvelse og at skønsmarginen på denne baggrund ikke er ubegrænset.⁸⁸

EMD overlader således et spillerum, inden for hvilket de nationale myndigheder er berettigede, til at foretage den implementering de finder rettest. Dette spillerum betegnes staternes skønsmargin.

Efter EMD's praksis følger det, at denne skønsmargin ikke er statisk, men varierer afhængigt af den enkelte sags særlige omstændigheder. Man kan på denne baggrund tale om en skala, der går fra smal til bred skønsmargin.⁸⁹ Tildelingen af skønsmarginen varierer afhængigt af hensynene, der taler herfor i den enkelte sag. Det skal herefter skitseres i hvilke situationer EMD normalt tildeler medlemsstaterne en udvidet skønsmargin.

4.2. Situationer for den udvidede skønsmargin

Yukata Arai skitserer i sin artikel *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence article 8 of the European Convention on Human Rights*⁹⁰ en række situationer under artikel 8, hvor staterne normalt har en udvidet skønsmargin. Han beskriver i denne forbindelse, at der generelt gives en udvidet skønsmargin, når den konkrete sag vedrører spørgsmål omkring den nationale moral, national sikkerhed og forebyggelse af kriminalitet, områder hvor der er begrænset europæisk konsensus samt i sager vedrørende medlemsstaternes positive forpligtelser. Man kan herudover argumentere for, at der er også generelt en udvidet skønsmargin, når sagen vedrører sociale og økonomiske forhold⁹¹, immigrationskontrol⁹² og når der er modstående konventionsrettigheder, der søges beskyttet⁹³.

Der skal ikke ved denne analyse tages fat i de enkelte områder for en udvidet skønsmargin, men i stedet skitseres de bagvedstående hensyn, der udgør begrundelsen for, at der i disse situationer tildeles en udvidet skønsmargin. Andrew Legg har i bogen *The Margin of*

⁸⁵ *Belgian Linguistic case*, dom af 23. juli 1968, præmis 10.

⁸⁶ *Handyside v. the United Kingdom*, dom af 7. december 1976.

⁸⁷ *Ibid.* præmis 48.

⁸⁸ *Ibid.* præmis 49.

⁸⁹ Spielmann, *Dean Whither the Margin of Appreciation*, Current Legal Problems, 2014, volume 67, s. 59-60.

⁹⁰ Arai, Yukata *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence article 8 of the European Convention on Human Rights*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 2001, volume 19 (no. 1), s. 48-61.

⁹¹ Se *Burden v. the United Kingdom*, præmis 60, dom af 29. april 2008.

⁹² Se *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom*, præmis 67, dom af 28. maj 1985.

⁹³ *Paradiso and Campanelli v. Italy*, præmis 182, dom af 24. januar 2017.

*Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*⁹⁴ argumenteret for, at årsagerne til en udvidet skønsmargin eksisterer på to niveauer. På det åbenlyst synlige niveau er de situationer, som Arai behandler i den nævnte artikel - eksempelvis ved spørgsmål om økonomiske forhold. Årsagen til, at der i disse situationer gives en udvidet skønsmargin er dog ikke i sig selv, at spørgsmålet omhandler økonomi, men derimod nok nærmere, at de nationale myndigheder er i en bedre situation til at vurdere den nationale økonomiske situation, og er nærmere til at foretage afvejningen af, om der har været tilstrækkeligt tungtvejende økonomiske modhensyn – hvilket Legg betegner som de bagvedstående hensyn.

Der vil i de følgende afsnit primært fokuseres på disse bagvedstående forudsætninger for en udvidet skønsmargin i modsætning til de synlige årsager til en udvidet skønsmargin, der som anført er beskrevet Arai. Dette skyldes, at de bagvedstående forudsætninger beskriver rammen for anvendelsen af en udvidet skønsmargin. Denne ramme skal i det følgende afsnit belyses gennem tre domme, der alle omhandler normative eller moralske overvejelser.

4.2.1. Tre domme om normative overvejelser

I den tidligere omtalte dom, *Handyside v. the United Kingdom*, hvor EMD fastslog doktrinen om staternes skønsmargin, omtalte EMD ligeledes den særlige situation, der forligger, når den mulige krænkelse skal vægtes over for hensynet til den folkelige moral. *Handyside v. the United Kingdom* omhandlede udgivelsen af en bog, der ifølge de engelske domstole havde et indhold, der stred imod samfundsmoralen. Under henvisning til statens skønsmargin og det faktum, at de nationale domstole var bedre egnede til at vurdere, om et sådant indgreb var nødvendigt, nåede EMD frem til, at der ikke var sket en krænkelse af klagerens ret til ytringsfrihed efter EMRK art. 10.⁹⁵ Baggrunden for tildelingen af den udvidede skønsmargin var således, at EMD anerkendte, at de nationale myndigheder havde et bedre kendskab til samfundsmoralen i Storbritannien, og på denne baggrund bedre kunne afgøre hvilken vægtning dette modhensyn skulle have.

En tilsvarende argumentation benytter EMD i sagen *Fretté v. France*⁹⁶, der vedrørte en homoseksuel mand, der fik afslag på at adoptere et barn. Manden klagede over afslaget på muligheden for at adoptere, og gjorde gældende, at afslaget var baseret på hans seksuelle orientering og dermed en krænkelse af EMRK art. 14 i kombination med art. 8. EMD udtalte i denne forbindelse følgende:

”The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. Since the delicate issues raised in the case, therefore, touch on areas where there is little common ground amongst the member States of the Council of Europe and, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage, a wide margin of appreciation must be left to the

⁹⁴ Legg, Andrew (2012) *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, s. 17 ff.

⁹⁵ *Handyside v. the United Kingdom*, se præmis 48, 50 og 59, dom af 7. december 1976.

⁹⁶ *Fretté v. France*, dom af 26. februar 2002.

authorities of each State."⁹⁷

Som det er synligt i citatet tildeler EMD i *Frette v. France* en udvidet skønsmargin ud fra flere forskellige hensyn. EMD tildeler en udvidet skønsmargin som følge af, at det som udgangspunkt er inden for medlemsstatens jurisdiktion at sikre samfundets interesser, hvilket særligt må ses i relation til, at det er et sensitivt spørgsmål EMD ved dommen behandler. Dernæst tillægger EMD, som i *Handyside v. the United Kingdom*, en udvidet skønsmargin som følge af, at EMD anser de nationale domstole for bedre egnede til at vurdere de lokale forhold.

Den tredje dom, der i denne forbindelse skal benyttes til at klarlægge udstrækningen af rammerne for EMD's vurdering af skønsmarginen, er sagen *Jersild v. Denmark*⁹⁸. Sagen omhandlede hvorvidt de danske myndigheder havde krænket klagerens ret til ytringsfrihed efter EMRK art. 10 i en situation, hvor klageren havde viderebragt nogle klart racistiske ytringer. Dette havde danske domstole fundet var strafbart⁹⁹. Sagen blev behandlet ved et storkammer, hvor flertallet kom frem til, at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter art. 10, da han ved de danske domstole var blevet dømt for at medvirke til at bringe de racistiske udtalelser. Fire dissenterende dommere udtalte dog i denne forbindelse følgende:

"5 [...] The Danish courts fully recognised that protection of persons whose human dignity is attacked has to be balanced against the right to freedom of expression. They carefully considered the responsibility of the applicant, and the reasons for their conclusions were relevant. The protection of racial minorities cannot have less weight than the right to impart information, and in the concrete circumstances of the present case it is in our opinion not for this Court to substitute its own balancing of the conflicting interests for that of the Danish Supreme Court. We are convinced that the Danish courts acted inside the margin of appreciation which must be left to the Contracting States in this sensitive area."

Som det fremgår af denne dissens mener de dissenterende dommere, at der skulle være lagt en øget vægt på staternes skønsmargin i den pågældende sag, da de nationale domstole i tilstrækkeligt omfang havde påset de modstående hensyn i sagen, særligt når man tager områdets sensitivitet i betragtning.

Dommene *Handyside v. the United Kingdom*, *Frette v. France* og *Jersild v. Denmark*, berører alle tre spørgsmålet om staternes skønsmargin i sager, hvor det modstående hensyn til den beskyttede rettighed, var udtryk for et hensyn til moralske overvejelser. Både flertallene¹⁰⁰ i *Handyside v. the United Kingdom* og *Frette v. France* samt mindretallet i *Jersild v. Denmark* argumenterede i denne forbindelse for, at der på denne baggrund skulle tildeles en udvidet skønsmargin, samt at der netop på baggrund heraf ikke var sket en krænkelse af klagerens rettigheder.

Til trods for sammenligneligheden i sagernes karakter, er der forskellige argumenter for

⁹⁷ *Ibid.* præmis 41.

⁹⁸ *Jersild v. Denmark*, dom af 23. september 1994.

⁹⁹ *Ibid.* præmis 15-18.

¹⁰⁰ Sagen *Handyside v. the United Kingdom* er afgjort med stemmerne 13-1 og *Frette v. France* er afgjort med stemmerne 4-3.

tildelingen af den udvidede skønsmargin. De forskellige argumenter, der benyttes for tildelingen af den udvidede skønsmargin, kan deles op i tre grundlæggende argumenter.

Det første argument er, at de nationale domstole er bedre egnede til at foretage vurderingen. Dette såkaldte *better placed-princip*, som EMD benyttede i både *Frette v. France* og *Handyside v. the United Kingdom*, bygger på en tankegang om, at de nationale domstole har et større kendskab til relevante forhold i det pågældende land og herved bedre kan vurdere, hvilken vægt de lokale omstændigheder skal tillægges.

Det andet argument er, at de nationale domstole bør tildeles en udvidet skønsmargin ud fra et hensyn til de nationale beslutningstageres legitimitet, hvilket EMD særligt henviste til i *Frette v. France*.

Det tredje argument der benyttes i dommene til at illustrere omfanget af staternes skønsmargin, er hensyn til den nationale beslutningsproces i forbindelse med afgørelsen. Dette hensyn var særligt synlig i mindretallets afgørelse i *Jersild v. Denmark*, hvor de dissenterende dommere påpegede, at de nationale domstole "*carefully considered the responsibility of the applicant, and the reasons for their conclusions were relevant.*"

En nogenlunde tilsvarende opdeling af hensynene bag en udvidet skønsmargin beskrives også af Christoffersen i *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*¹⁰¹ samt i *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – med kommentarer*¹⁰². Heri beskriver Christoffersen¹⁰³ dog også moralske overvejelser som et selvstændigt argument for tildeling af en udvidet skønsmargin. Som ovenstående domsgennemgang viser, er baggrunden for, at der generelt gives en udvidet skønsmargin ved moralske spørgsmål dog nærmere, at EMD i disse situationer anser de nationale domstole som bedre egnede til at foretage denne afvejning, og at de nationale myndigheder har større demokratisk legitimitet til at foretage afvejningen.

De tre grundlæggende argumenter for en udvidet skønsmargin skal herefter beskrives ud fra EMD's praksis.

4.2.2 Skønsmargin som følge af, at de nationale myndigheder anses som bedre egnede

Som følge af EMD's subsidiære rolle, er det ikke EMD's opgave at behandle den konkrete sag som en fjerde instans. Forskellen i behandlingen ved EMD og de nationale domstole kommer i forhold hertil til udtryk ved EMD's pådømmelse af den nationale bevisvurdering. I relation til bevisbedømmelsen udtalte EMD i dommen *Klaas v. Germany*¹⁰⁴ følgende:

*"29. [...] It is not normally within the province of the European Court to substitute its own assessment of the facts for that of the domestic courts and, as a general rule, it is for these courts to assess the evidence before them."*¹⁰⁵

¹⁰¹ Christoffersen, Jonas *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, (2009) s. 257-264.

¹⁰² Lorenzen, Peer m.fl. *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer Art. 1-9*, (2011) s. 36-42.

¹⁰³ *Ibid.* Christoffersen er medforfatter til denne bog og med til at udfærdige dette afsnit af bogen.

¹⁰⁴ *Klaas v. Germany*, dom af 22. september 1993.

¹⁰⁵ *Ibid.* præmis 29.

Det er i overensstemmelse hermed de nationale myndigheder, der tager stilling til sagens beviser, mens EMD alene er tilbøjelige til at efterprøve den nationale bevisvurdering, hvis de nationale myndigheders bevisvurdering fremstår åbenbart urimelig eller vilkårlig.¹⁰⁶

Eftersom det på denne baggrund normalt alene er medlemsstaterne, der tager stilling til sagens beviser, er de nationale myndigheder således normalt også bedst egnede til at tage stilling til sagens faktiske omstændigheder, mens EMD's prøvelse ofte begrænser sig til den juridiske efterprøvelse.

Til illustration kan nævnes dommen *Karaahmed v. Bulgaria*¹⁰⁷. Dommen omhandler en demonstration, der fandt sted uden for en moske i forbindelse med at de troende afholdt fredagsbøn. Demonstranterne råbte ukvemsord efter de bedende og kastede med æg. Herefter eskalerede demonstrationen, hvilket førte til voldelige sammenstød.¹⁰⁸ Politiet havde først grebet ind over for demonstrationen, da den var eskaleret og blevet voldelig. Sagens klager, der var en af de muslimer, der var mødt op til fredagsbøn mente, at politiet ikke i tilstrækkeligt omfang havde sikret rammerne for, at han kunne udøve sin ret til religionsfrihed efter EMRK art. 9.¹⁰⁹ Selvom EMD kom frem til at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter EMRK art. 9, udtalte EMD i relation til politiets vurdering følgende:

“95. Third, as [it] is always the case when a Contracting State seeks to protect two values guaranteed by the Convention which may come into conflict with each other, in the exercise of its European supervisory duties, the Court’s task is to verify whether the authorities struck a fair balance between those two values [...]. In doing so, the Court should not act with the benefit of hindsight. Nor should it simply substitute its view for that of the national authorities who, in any given case, are much better placed to assess where the appropriate balance lay and how best to achieve that balance.”

EMD overlod således en skønsmargin til de nationale myndigheder ved afgørelsen om at gribe ind i forhold til demonstrationen. Baggrunden herfor var, at de nationale myndigheder var til stede ved selve demonstrationen og på denne baggrund var nærmere til at foretage risikoafvejning af, om der var en tilstrækkelig begrundet risiko for vold til at gribe ind i demonstrationen.

Karaahmed v. Bulgaria illustrerer således kernen i *better placed-princippet*. Nemlig, at EMD tilkender medlemsstaterne en øget skønsmargin, når de nationale myndigheder er i en bedre position til at kunne foretage en vurdering som følge af, at de nationale myndigheder er nærmere til at kunne vurdere de lokale forhold. I *Karaahmed v. Bulgaria* var det lokale politi tilstede ved demonstrationen og dermed i en bedre position til at vurdere behovet for et indgreb over for demonstranterne, end EMD's dommere er det ved efterprøvelsen flere år efter.

¹⁰⁶ Se bl.a. *Zdanoka v. Latvia*, præmis 96, dom af 16. marts 2006 og *I.J.L. G.M.R and A.K.P v. the United Kingdom*, præmis 99, dom af 19. september 2000.

¹⁰⁷ *Karaahmed v. Bulgaria*, dom af 24. februar 2015.

¹⁰⁸ *Ibid.* præmis 19-25.

¹⁰⁹ *Ibid.* Se særligt præmis 82.

Better placed-princippet skal dog forstås, og anvendes også, bredere end i relation til bevisvurderinger og faktiske omstændigheder. EMD har i en række sager henvist til, at de nationale myndigheder grundet deres ”*direct and continuous contact with the vital forces of their countries*” ganske naturligt er i en bedre position til vurdere de lokale hensyn, også når disse er mere abstrakte.

Som det fremgår af *Fretté v. France*, hvor EMD behandlede en homoseksuel mands mulighed for at adoptere, tildelte EMD en øget skønsmargin som følge af, at medlemsstaterne ansås som ”*better placed than an international court to evaluate local needs and conditions*”. De lokale hensyn var i denne udtryk for den nationale moralske holdning til spørgsmålet. I sådanne sager er udvidede skønsmargin og henvisningen til *better placed-princippet* udtryk for, at EMD som udgangspunkt ikke anser det som sin opgave at foretage vægtingen af hensynet til den nationale moral som de nationale myndigheder naturligt har et bedre kendskab til.

Når omstændigheder derfor taler for, at de nationale myndigheder er bedre egnede til at foretage vurderingerne EMRK på baggrund af de lokale hensyn, er EMD således tilbøjelig til at lade denne vurdering forblive en national vurdering.

4.2.3 Skønsmargin begrundet i de nationale beslutningstageres legitimitet

Der er en nær sammenhæng mellem hensynet til den øgede skønsmargin, som følge af den demokratiske legitimitet, og hensynet til, at de nationale myndigheder anses som bedre egnede. At dette er tilfældet, er synligt i sagen *Hatton v. the United Kingdom*¹¹⁰, hvor EMD udtalte følgende:

“97. [...] *The Court reiterates the fundamentally subsidiary role of the Convention. The national authorities have direct democratic legitimation and are, as the Court has held on many occasions, in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions [...]. In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight.*”¹¹¹

De nationale myndigheder er således ikke alene bedre egnede til at foretage vurderingen, når de nationale myndigheder er nærmere vurderingen af de nationale hensyn, men anses også som bedre egnet, når beslutningen anses som udtryk for en politisk afvejning. I overensstemmelse hermed nåede EMD i sagen *S.A.S v. France*¹¹² frem til, at der ikke var sket en krænkelse af klagens rettigheder efter EMRK art. 8 og 9. Ved dommen tog EMD stilling til, om den fransk lovgivning mod brug af burka og niqab i det offentlige rum krænkede klagerens rettigheder. Under henvisning til spørgsmålets politiske karakter og grundet området sensitive karakter tildelte EMD ved sagen en udvidet skønsmargin.¹¹³

Med en tilsvarende begrundelse har EMD også tidligere fastslået, at der gælder en generel udvidet skønsmargin, når spørgsmålet omhandler økonomiske eller socialstrategiske hensyn.

¹¹⁰ *Hatton v. the United Kingdom*, dom af 8. juli 2003.

¹¹¹ *Ibid.* præmis 97.

¹¹² *S.A.S v. France*, dom af 1. juli 2014.

¹¹³ *Ibid.* præmis 129.

Dette fremhævede EMD bl.a. i sagen *Burden v. the United Kingdom*¹¹⁴, hvor EMD udtalte:

“60. [...]The Contracting State enjoys a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment, and this margin is usually wide when it comes to general measures of economic or social strategy.”

EMRK regulerer forholdene for 47 medlemslande, der i deres natur er meget forskellige - både i forhold til moralske og økonomiske spørgsmål. Dette influerer nødvendigvis de politiske beslutninger i medlemsstaterne på disse områder. På denne baggrund finder EMD det således også naturligt, at det som udgangspunkt er medlemsstaterne selv, der fastlægger sin politiske linje ud fra et hensyn til, at medlemsstaternes folkevalgte politikere har en direkte demokratisk legitimitet. At EMD på denne baggrund tillader en udvidet skønsmargin, hvor spørgsmålet influerer politiske spørgsmål i det enkelte land, er synligt i det tidligere fremhævede citat fra *Fretté v. France*, hvor EMD fremhævede:

“The Court considers it quite natural that the national authorities, whose duty it is in a democratic society also to consider, within the limits of their jurisdiction, the interests of society as a whole, should enjoy a wide margin of appreciation when they are asked to make rulings on such matters.”

Medlemsstaternes direkte legitimitet skyldes i høj grad, at de nationale parlamenter består af folkevalgte politikere. Disse afleder deres beføjelser direkte fra landets befolkning, mens EMD's demokratiske legitimitet er langt mere afledt.¹¹⁵ EMD udviser på denne baggrund en generel tilbageholdenhed, når de nationale myndigheder har foretaget en national politisk afvejning.

Som det fremgår af det følgende afsnit, er det dog af væsentlig betydning, om processen bag de nationale myndigheders politiske afvejsninger har været udtryk for en tilstrækkelig tilbundsående beslutningsproces.

4.2.4 Skønsmargin på baggrund af den nationale beslutningsproces

Som belyst i sagen *Lillo Stenberg and Sæther v. Norway*, der er behandlet i afsnit 3.4.2, er det af væsentlig betydning for EMD's prøvelse, hvordan sagen er blevet behandlet af de nationale myndigheder. I dommen fremhævede EMD, at den norske højesteret havde foretaget en tilbundsående afvejning af de relevante hensyn, på hvilken baggrund EMD drog følgende konklusion:

“45. In these circumstances, and having regard to the margin of appreciation enjoyed by the national courts when balancing competing interests, the Court concludes that the Supreme Court did not fail to comply with its obligations under Article 8 of the Convention. Accordingly, there has not been a violation of the said provision.”

¹¹⁴ *Burden v. the United Kingdom*, dom af 29. april 2008.

¹¹⁵ Værd at mærke er det dog, at EMD's dommere udvælges af Europarådets Parlamentariske Forsamling på baggrund af en indstilling fra den enkelte medlemsstat. Se om udvælgelsesprocessen i Europarådets Parlamentariske Forsamlings informationsdokument *Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights, Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights*, af 25. april 2018.

EMD fremhævede således at de nationale myndigheder, gennem deres tilbunds gående prøvelse af sagen, havde holdt sig inden for sin skønsmargin.

At staternes skønsmargin påvirkes af den nationale beslutningsproces som helhed - og ikke alene af domstolenes afvejning - er synligt i sagen *Animal Defenders International v. the United Kingdom*¹¹⁶. Sagen omhandlede en NGO, der ville sætte fokus på dyr i fangeskabs levevilkår gennem en reklamefilm, der skulle bringes i fjernsynet. De nationale myndigheder forbød denne reklame med henvisning til, at der var tale om en politisk reklame, hvilket der var lovgivning imod.¹¹⁷ NGO'en mente at forbuddet udgjorde en krænkelse af EMRK art. 10, da indgrebet ikke var ”nødvendigt i et demokratisk samfund” efter EMRK art. 10, stk. 2. NGO'en fremhævede i relation hertil bl.a. at forbuddet mod politisk reklame var for bredt anvendt til at være proportionelt.¹¹⁸ På denne baggrund udtalte EMD følgende:

“108. It emerges from that case-law that, in order to determine the proportionality of a general measure, the Court must primarily assess the legislative choices underlying it [...]. The quality of the parliamentary and judicial review of the necessity of the measure is of particular importance in this respect, including to the operation of the relevant margin of appreciation.”

I forlængelse heraf foretog EMD en analyse af den bagvedliggende lovgivning samt hensynene, der var blevet lagt vægt på i forbindelse med lovens tilblivelse. På denne baggrund konkluderede EMD slutteligt, at begrundelserne for de lovgivningsmæssige valg havde været relevante og tilstrækkelige, på hvilken baggrund EMD ikke fandt, at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter EMRK art. 10.¹¹⁹

Sagen illustrerer, at EMD inddrager den beslutningsproces, der har været bag lovgivningens tilblivelse og den efterfølgende domstolsprøvelse i relation til fastlæggelsen af staternes skønsmargin. Har den nationale beslutningsproces i tilstrækkeligt omfang taget stilling til de forskellige hensyn og ved lovgivningen foretaget en afvejning på denne baggrund, er EMD tilbageholdende med at statuere en krænkelse begrundet i den heraf følgende udvidede skønsmargin.¹²⁰

Har beslutningsprocessen derimod været mangelfuld eller overfladisk, kan dette omvendt være med til at indskrænke den nationale skønsmargin. I *Hirst v. the United Kingdom*¹²¹ tog EMD stilling til om det udgjorde en krænkelse af retten til frie valg efter tillægsprotokol 1, art. 3, at en person, der var fængslet på livstid for drab, ikke havde mulighed for at stemme ved de nationale parlamentsvalg. EMD lagde ved dommen vægt på, at de nationale regler vedrørte samtlige kriminelle og dermed undtog en meget stor gruppe fra mulighed for at stemme. Samtidig blev der lagt vægt på, at lovgivningen var udformet uden hensyntagen til karakteren af den begåede kriminalitet. Herudover udtalte EMD, at ”*there is no evidence that Parliament has ever sought to weigh the competing interests or to assess the proportionality*

¹¹⁶ *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, dom af 22. april 2013.

¹¹⁷ *Ibid.* præmis 9-10.

¹¹⁸ *Ibid.* præmis 78 og 81.

¹¹⁹ *Ibid.* præmis 125.

¹²⁰ Se herom også i Saul, Matthew ”*The European Court of Human Rights’ Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments*” af Matthew Saul, *Human Rights Law Review*, 2015, volume 15, s. 754-755.

¹²¹ *Hirst v. the United Kingdom (No. 2)*, dom af 6. oktober 2005.

of a blanket ban on the right of a convicted prisoner to vote."¹²² På denne baggrund kom EMD frem til, at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter EMRK's tillægsprotokol 1, art. 3.¹²³

Det er i *Hirst v. the United Kingdom* tydeligt, at det ikke er klagerens konkrete situation, men lovgivningen og lovgivningsprocessen, der fører til EMD's resultat. Medlemsstaten havde anført, at baggrunden for udelukkelsen i adgangen til at stemme skyldtes, at man ønskede at forhindre kriminalitet, fremme civil ansvarlighed samt søge respekt for "*the rule of law*". EMD anerkendte denne argumentation,¹²⁴ hvilket også antyder, at såfremt vurderingen havde været foretaget på et mere konkret og velovervejede grundlag, kunne sagen muligvis have fået et andet udfald.

Til sammenligning kan nævnes sagen *Sukhovetskyy v. Ukraine*¹²⁵ hvor EMD tilsvarende tog stilling til retten til frie valg efter tillægsprotokol 1, art. 3. Klageren mente at der forelå en krænkelse af hans rettigheder, da man skulle betale et beløb svarende til ca. 160 euro for at blive registreret som kandidat til parlamentsvalget. EMD udtalte i dommen, at beslutningen herom, i modsætning til blandt andre *Hirst v. the United Kingdom*, havde undergået en grundig parlamentarisk debat. Herudover fremhævede EMD at beløbet var valgt for at sikre, at flest muligt havde muligheden for at stille op til parlamentsvalget, men samtidig også for at sortere useriøse kandidater fra.¹²⁶

EMD's tilkendelse af en udvidet skønsmargin forudsætter således, at processen ved de nationale myndigheder har været udtryk for grundig og velovervejede beslutningsproces. Når den konkrete beslutning og lovgivning har været genstand for en tilbundsgående national demokratisk debat og domstolsprøvelse, er EMD således tilbøjelig til at være tilbageholdende med at underkende den nationale vurdering på baggrund af staternes skønsmargin og EMD's subsidiære rolle som følge af de nationale parlamenters demokratiske legitimitet, når resultatet heraf fremstår rimeligt.

4.3 The Age of Subsidiarity

I det først halvår af 2012 havde Storbritannien formandskabet for Europarådet. Storbritanniens formandskab resulterede i, at medlemsstaterne i april 2012 vedtog den såkaldte *Brighton-erklæring*. Erklæringen havde flere formål. Et af disse var at understrege og styrke EMD's anvendelse af subsidiaritetsprincippet. På denne baggrund udtalte medlemsstaterne i erklæringen følgende i præmis 12 a:

"[The Conference] Welcomes the development by the Court in its case law of principles such as subsidiarity and the margin of appreciation, and encourages the Court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments."

Brighton-erklæringens henvisning til subsidiaritetsprincippet og den efterfølgende retspraksis har fået flere forfattere til at fremhæve, at der i forlængelse af Brighton-erklæringen er sket en ændring og tilretning af EMD's praksis. Den islandske EMD-dommer

¹²² *Ibid.* præmis 79.

¹²³ *Ibid.* præmis 74-85.

¹²⁴ *Ibid.* præmis 74-75.

¹²⁵ *Sukhovetskyy v. Ukraine*, dom af 28. marts 2006.

¹²⁶ *Ibid.* præmis 64-67.

Robert Spano har på denne baggrund introduceret begrebet ”*The Age of Subsidiarity*” om EMD’s tillempeede prøvelsestilgang.¹²⁷ Spano hævder i denne forbindelse, at EMD, på baggrund af Brighton-erklæringen og den heraf afledte tillægsprotokol 15¹²⁸, er:

“[...]in the process of reformulating the substantive and procedural criteria that regulate the appropriate level of deference to be afforded to the Member States so as to implement a more robust and coherent concept of subsidiarity.”¹²⁹

I denne forbindelse nævner Spano sagen *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, hvor EMD tillagde den parlamentariske beslutningsproces en afgørende vægt, som et eksempel på den ændrede tilgang ved EMD.

På baggrund af Brighton-erklæringen og Spanos udtalelser om en ændret prøvelsestilgang foretog Mikael Rask Madsen i 2017 en kvantitativ analyse af EMD’s anvendelse af begreberne ”*of appreciation*” og ”*principle of subsidiarity*”.¹³⁰ Analysen tog udgangspunkt i en undersøgelse af, i hvilket omfang EMD har henvist til begreberne i sine afgørelser forud for Brighton-erklæringen kontra efter erklæringens tilblivelse. Resultaterne af analysen viste, at EMD generelt har henvist mere til disse begreber efter Brighton-erklæringen og på denne baggrund sandsynligvis også har tillagt subsidiaritetsbegreberne en øget vægt ved prøvelsen efter EMRK. Madsen konkluderede på denne baggrund at ”*The increase in subsidiarity is significant and strongly suggests an overall change in this regard.*”¹³¹

Meget kan på denne baggrund tyde på, at EMD - i overensstemmelse med Spanos udtalelser - generelt har ændret sin prøvelsestilgang og herved lagt større vægt på staternes skønsmargin og subsidiaritetsprincippet i forlængelse af Brighton-erklæringen. Som det dog fremgår af særligt afsnit 4.2.4. betyder dette dog ikke, at EMD er tilbøjelige til ukritisk at lægge de nationale myndigheders afgørelse til grund. Spano fremhæver i relation hertil, at det øgede fokus på subsidiariteten medfører, at:

“[The]decision-making, both at the legislative stage and before the courts, is crucial and may ultimately be decisive in borderline cases.”¹³²

Den ændrede tilgang betyder således, at EMD i højere grad fokuserer på den bagvedliggende nationale afgørelses- og beslutningsproces, der har ført til de nationale myndigheders resultat. En øget skønsmargin ved vurderingen af sagens substans kommer dermed ikke alene, men medfører således også, at der på denne baggrund stilles øgede krav til den

¹²⁷ Spano, Robert *Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law review, 2014, volume 14, s. 491.

¹²⁸ Det skal dog i denne forbindelse bemærkes, at tillægsprotokol 15 endnu ikke er trådt i kraft, da de fire lande Bosnien-Hercegovina, Italien, Spanien og Grækenland pr. 8. maj 2018 endnu ikke har ratificeret tillægsprotokollen. Kilde: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=j4b2FfDK (link tilgængeligt d. 22. maj 2018).

¹²⁹ Spano, Robert *Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law review, 2014, volume 14, s. 498.

¹³⁰ Madsen, Mikael Rask *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, Journal of International Dispute Settlement, 2018, volume 9.

¹³¹ *Ibid.* s. 222.

¹³² Spano, Robert *Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law review, 2014, volume 14, s. 498.

nationale beslutningsproces.

4.4 Delkonklusion

Med det formål at fastholde EMD's subsidiære rolle i forhold til medlemsstaterne, har EMD gennem sin retspraksis udviklet subsidiaritetsprincippet og den heraf afledte doktrin om staternes skønsmargin.

Ud fra et hensyn at medlemsstaternes direkte demokratiske legitimitet og det faktum, at medlemsstaternes myndigheder i en række situationer anses for bedre egnede til at foretage den retlige vurdering, har EMD således tillagt medlemsstaterne en øget skønsmargin. I de sager, hvor der på trods heraf ikke fremstår klart, om der foreligger en krænkelse eller ej, inddrager EMD den nationale beslutningsproces ved afgørelsen af, om der er sket en krænkelse af de ved EMRK beskyttede rettigheder. Udstrækningen af staternes skønsmargin er således i lighed med proportionalitetsvurderingen ved EMD afhængig af den beslutningsproces, der ligger til grund for det pågældende indgreb.

Medlemsstaterne har således fået et øget spillerum i forhold til de substantielle vurderinger i sagerne som følge af Brighton-erklæringen. Dette har dog ikke medført en mindre tilbundsgående prøvelse ved EMD, men at EMD's prøvelse har fået et mere processuelt sigte – både i relation til proportionalitetsvurderingen, men også ved vurderingen efter subsidiaritetsprincippet.

5. Den eksterne anvendelse og forståelse af principperne

I afsnit 3 og afsnit 4 er det blevet belyst, hvordan EMD benytter subsidiaritetsprincippet og foretager proportionalitetsafvejningen. Som gennemgangene heraf viser, tillægger EMD den nationale prøvelse og beslutningsproces en ganske betydelig vægt ved afgørelsen af, om der er sket en krænkelse af EMRK.

Denne tilgang stiller unægteligt nogle krav til den nationale tilgang til sager om krænkelse af EMRK's bestemmelser, og kræver en national forståelse for rollefordelingen mellem EMD og EMRK, således at de nationale myndigheder er i stand til at leve op til EMD's krav til beslutningsprocessen. I afsnit 5.1 vil det på denne baggrund blive belyst, hvordan de danske domstole, i nogle sager vedrørende EMRK, ikke i tilstrækkeligt omfang, har været denne rollefordeling bevidst.

Herefter vil der i afsnit 5.2 blive draget paralleller til den debat, der har været i Danmark vedrørende udvisning af kriminelle udlændinge efter EMRK art. 8, for på denne baggrund at vurdere om den danske debat har været foretaget på et retvisende grundlag.

Afslutningsvist vil der i afsnit 5.3 blive set på den proces, der ledte op til vedtagelsen af København-erklæringen i april 2018. Fokusset vil herved særligt blive lagt på det danske udkast til en København-erklæring og den heraf følgende forståelse for sammenspillet mellem EMD og den nationale prøvelse i relation til subsidiaritetsprincippet og proportionalitetsprincippet.

5.1 To sager hvor Højesteret henviser til staternes skønsmargin

Som gennemgået i afsnit 3 og 4 er der en betydelig forskel på den prøvelse, der foretages ved EMD, og den prøvelse EMD forventer foretaget af de nationale myndigheder. At prøvelserne adskiller sig, fremhævede EMD således også eksplicit i dommen *Animal Defenders International v. the United Kingdom*¹³³, hvor EMD udtalte følgende:

“105. The Court will, in light of all of the above factors, assess whether the reasons adduced to justify the prohibition were both “relevant” and “sufficient” and thus whether the interference corresponded to a “pressing social need” and was proportionate to the legitimate aim pursued. In this respect, it is not the Court’s task to take the place of the national authorities but it must review, in the light of the case as a whole, those authorities’ decisions taken pursuant to their margin of appreciation.”

I overensstemmelse med dette citat sætter EMD sig ikke i de nationale domstoles sted, men vurderer derimod, om de nationale domstoles retfærdiggørelse af indgrebet forfulgte relevante hensyn og var tilstrækkelig, for på denne baggrund at konkludere om medlemsstaten holdt sig inden for sin skønsmargin.

Retspraksis fra den danske højesteret viser dog, at de danske domstole ikke i alle situationer har været bevidste om denne forskel i prøvelsen.

Ved lov L 153 af 18. februar 2015 indførtes i den danske udlændingelovs § 7, stk. 3 en

¹³³ *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, dom af 22. april 2013.

bestemmelse om, at asylansøgere, hvis asylmotiv er baseret på en ”vilkårlig voldsudøvelse og overgreb på civile” i det land de flygter fra, alene kan opnå asyl med ”henblik på midlertidigt ophold”. Som en afledt følge af en opholdstilladelse efter udlændingelovens § 7, stk. 3 blev det ved L 153 ligeledes indført, at flygtninge med en opholdstilladelse efter § 7, stk. 3 som udgangspunkt ikke kunne blive tildelt familiesammenføring med deres ægtefælle inden for det første år efter opnåelsen af opholdstilladelse jf. udlændingelovens § 9, stk. 1, nr. 1, litra d. Denne bestemmelse blev dog ændret ved lov L 102 af 3. februar 2016. Ved ændringen blev § 9, stk. 1, nr. 1, litra d ændret således, at det som udgangspunkt ikke længere er muligt for flygtninge med opholdstilladelse efter § 7, stk. 3 at få familiesammenføring i de første tre år efter opnåelsen af opholdstilladelsen.

Af lovforslag L 87, hvori det blev foreslået at ændre karenperioden fra et år til tre år inden der kan opnås familiesammenføring, angives følgende:

”Henset hertil og da EMRK artikel 8 i alle tilfælde indebærer en afvejning, er der en vis risiko for, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i forbindelse med prøvelse af en konkret sag vil kunne nå frem til, at det ikke efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions artikel 8 er muligt generelt at stille krav om 3 års ophold ^[SEP]som betingelse for familiesammenføring for udlændinge, der har opholdstilladelse efter udlændingelovens § 7, stk. 3.”

Regeringen anerkender på denne baggrund ved forslaget, at der er en risiko for, at bestemmelsen er i strid med EMRK.

Ved U 2018.688 H skulle Højesteret i forlængelse heraf tage stilling til, om lovgivningen udgjorde en krænkelse af sagsøgerens rettigheder efter EMRK art. 8 og art. 14 i kombination med art. 8. Højesteret kom ved dommen frem til, at der ikke var sket en krænkelse af sagsøgerens rettigheder. Ved afgørelsen af, om der var sket en krænkelse af EMRK art. 8, udtalte Højesteret følgende:

”På den anførte baggrund finder Højesteret, at kravet om, at A som udgangspunkt skal have haft opholdstilladelse i Danmark i tre år, før han kan få familiesammenføring med sin ægtefælle, ligger inden for den skønsmargin, der tilkommer staten ved afvejningen af hensynet til hans familieliv over for hensynet til de samfundsmæssige interesser, som kan varetages efter artikel 8.”

Det problematiske ved denne begrundelse består i, at Højesteret ved dommen henviser til staternes skønsmargin som begrundelse for, at der ikke er sket en krænkelse af EMRK art. 8.

Som gennemgået i afsnit 4.2.1- 4.2.4 varierer den skønsmargin staterne tildeles ved EMD på baggrund af sagens omstændigheder, herunder den nationale domstolsprøvelse og den nationale lovgivningsproces. I forlængelse heraf er der ved EMD en tilbøjelighed til at tildele staterne en øget skønsmargin, når indgrebet fremstår velbegrundet og baseret på relevante og tilstrækkelig afvejning af hensynene.

Højesteret griber dermed - ved sin henvisning til statens skønsmargin - ind i området for den prøvelse, der skal ske ved EMD, og tildeler sig selv en udvidet skønsmargin ved afvejningen i den konkrete sag. Denne nationale henvisning til en øget skønsmargin stemmer dårligt

overens med den i afsnit 4.2-4.2.4 refererede praksis fra EMD, hvoraf det bl.a. fremgår, at den nationale prøvelse er en afgørende faktor for omfanget af statens skønsmargin.

Højesteret tildeler dermed sig selv en udvidet skønsmargin på et tidspunkt i prøvelsesprocessen, hvor det ikke er muligt at fastslå omfanget af skønsmarginen, da Højesterets afvejning og begrundelse indgår i den samlede vurdering af skønsmarginens omfang.

Samtidig kan det diskuteres, om Højesteret ved sin henvisning til staternes skønsmargin er bevidst og sin retlige position i forhold til EMD. Som det ovenstående citat fra *Animal Defenders International v. the United Kingdom* beskriver, er de nationale domstoles opgave at foretage afvejningen af hensynene i den konkrete sag og på denne baggrund afgøre, om der foreligger en krænkelse. Herefter er det EMD's rolle at vurdere om de nationale myndigheder ved denne afvejning holdt sig inden for rammerne efter skønsmarginen. Det er på denne baggrund nærliggende at konkludere, at Højesteret ved sin henvisning til staternes skønsmargin ikke i tilstrækkeligt omfang foretager den materielle prøvelse, EMD kræver af medlemsstaterne.

En tilsvarende argumentation anvendte Højesteret også i dommen U 2012.1761 H. Her skulle Højesteret bl.a. tage stilling til om det udgjorde en krænkelse af EMRK art. 14 i kombination med art. 8, at sagsøgeren, grundet længden af sit ophold i Danmark, alene havde ret til at modtage introduktionsydelse og ikke kontanthjælp jf. lov om aktiv socialpolitik § 11. Højesteret fandt i denne sag, at der ikke var sket en krænkelse af sagsøgerens rettigheder efter EMRK art. 14 i kombination med art. 8 og udtalte i denne forbindelse følgende:

”Ved den samlede bedømmelse af reglernes forenelighed med artikel 14 må det endvidere tages i betragtning, at medlemsstaterne efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis har en forholdsvis bred skønsmargin, når det drejer sig om tilrettelæggelsen af den sociale og økonomiske politik.”

I stedet for ved afgørelsen at gennemgå den konkrete berettigelse bag differentieringen i offentlige ydelser fremhævede Højesteret derimod staternes skønsmargin som argumentation for, at der ikke var sket en krænkelse af sagsøgerens rettigheder.

At en sådan argumentation fremstår mangelfuld, skal belyses ved at drage paralleller til sagen *Niedzwiecki v. Germany*¹³⁴. Dommen omhandler hvorvidt det var i strid med EMRK art. 14 i kombination med art. 8, at klageren ikke havde ret til at få børnepenge som følge af sin midlertidige opholdstilladelse.¹³⁵ Af dommen fremgår, at de tyske domstole fandt at forskelsbehandlingen ikke udgjorde en diskrimination efter EMRK art. 14 i kombination med art. 8 med henvisning *”to the wide margin of appreciation of the legislature”*.¹³⁶ Denne argumentation tillagde EMD dog ikke større betydning. EMD fandt nemlig, at der ikke var givet tilstrækkelig begrundelse for den angivne forskelsbehandling og fandt på denne baggrund, at der var sket en krænkelse af klagerens rettigheder efter art. 14 i kombination med art. 8.¹³⁷

¹³⁴ *Niedzwiecki v. Germany*, dom af 15. februar 2006.

¹³⁵ *Ibid.* præmis 12 til 15.

¹³⁶ *Ibid.* præmis 16.

¹³⁷ *Ibid.* præmis 33.

Niedzwiecki v. Germany er med til at illustrere, at det ikke er de nationale myndigheders opgave at afgøre, om der er en bred eller smal skønsmargin, men derimod at foretage vurdering af, om indgrebet kan retfærdiggøres i de konkrete modstående hensyn. Både *Niedzwiecki v. Germany* og U 2012. 1761 H omhandler muligheden for at differentiere i udbetalingen af offentlige ydelser på baggrund af personernes opholdstilladelser, og er dermed i høj grad sammenlignelige. EMD's begrundelse for afgørelsen i *Niedzwiecki v. Germany* kan dermed overføres på U 2012.1761 H i forhold til hvordan den nationale domstolsprøvelse bedre kunne være foretaget i overensstemmelse med rollefordelingen mellem EMD og de nationale myndigheder. Højesteret burde således i U 2012.1761 H i højere grad have fokuseret på hensynene bag differentieringen i forhold til de offentlige ydelser, i stedet for at forsøge at kopiere EMD's tidligere praksis. Dette skyldes, at den prøvelse de nationale myndigheder skal foretage, adskiller sig fra den prøvelse, der normalt foretages ved EMD.

Niedzwiecki v. Germany kan i forlængelse heraf også benyttes til at illustrere hvilke problemer det kan skabe, hvis de nationale domstole ikke i tilstrækkeligt omfang er bevidste om forskellen mellem den nationale prøvelse og prøvelsen ved EMD. Såfremt de nationale domstole ikke i tilstrækkeligt omfang er sin rolle bevidst, og agerer i overensstemmelse hermed, er der således en øget mulighed for, at EMD finder, at der er sket en krænkelse af EMRK i den konkrete sag.

5.2 Den danske debat om udvisning af kriminelle udlændinge

Der har i de seneste år været en ganske betydelig debat i Danmark vedrørende fortolkningen af EMRK art. 8 i sager om udvisning af kriminelle udlændinge.¹³⁸ Debatten udsprang af Højesterets afgørelse i sagen U 2016.2883 H, den såkaldte Levakovic-sag, hvor Højesteret fandt, at det ville være i strid med EMRK art. 8, at udsende den kriminelle udlænding til Kroatien, hvor han var statsborger. Selvom sagen aldrig blev prøvet ved EMD, var sagen således med til at skabe debat om udstrækningen af beskyttelse efter EMRK art. 8 og EMD's fortolkning af art. 8.

Et af de i debatten mest fremherskende kritikpunkter over for EMD har været, at EMD gennem en dynamisk fortolkning ikke har haft en praksis på området, der har været i overensstemmelse med holdningerne til spørgsmålet nationalt – med andre ord, at EMD ikke har været tilstrækkeligt tilbageholdende i sin prøvelsestilgang.¹³⁹

At EMD's prøvelse på dette område, følger den beskrevne fremgangsmåde i afsnit 3 og 4, hvorved EMD's afgørelse i høj grad er baseret på den nationale beslutningsgrundlag, er synligt ved sagen *Ndidi v. the United Kingdom*¹⁴⁰. Sagen omhandler en nigeriansk statsborger, der ankom til Storbritannien i en alder af ca. 2 år sammen med sin mor.¹⁴¹ I løbet af ungdomsårene var klageren fundet skyldig i flere strafbare forhold, hvilket havde medført, at de britiske myndigheder havde indskærpet overfor klageren, at fremtidig kriminalitet

¹³⁸ Debatten omtales bl.a. af Kjølbro, Jon Fridrik i *Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol: Praktiske udfordringer og et spørgsmål om legitimitet*, 2017, Juristen nr. 3, s. 153.

¹³⁹ Se Mads Bryde Andersens *Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitik problem*, Juristen nr. 3 2017 s. 81-85.

¹⁴⁰ *Ndidi v. the United Kingdom*, dom af 14. september 2017.

¹⁴¹ *Ibid.* præmis 5 og 9.

kunne medføre en udvisning.¹⁴² Da klageren herefter begik narkotika-kriminalitet og blev idømt en fængselsstraf på 7 år, blev han i forlængelse heraf udvist af Storbritannien.¹⁴³ Klageren var på dette tidspunkt ca. 22 år og havde boet 20 år i Storbritannien, hvor han også havde en søn. EMD skulle på denne baggrund vurdere om udvisningen af de britiske myndigheder udgjorde en krænkelse efter art. 8. I relation hertil udtalte EMD, at EMD's efterprøvelse går hånd i hånd med staternes skønsmargin. I forlængelse heraf udtrykte EMD følgende:

“76. [...]the Court has generally understood the margin of appreciation to mean that, where the independent and impartial domestic courts have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant’s personal interests against the more general public interest in the case, it is not for it to substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities.”

I den konkrete sag kom EMD frem til, at de britiske myndighed havde foretaget en tilbundsående prøvelse med hensyntagen til de relevante kriterier og herved ikke var kommet frem til et arbitrært resultat.¹⁴⁴ Klagerens rettigheder efter EMRK art. 8 var på denne baggrund ikke blevet krænket.

EMD's resultat i sagen *Ndidi v. the United Kingdom* viser, at EMD i udvisningssager - i lighed med EMD's øvrige praksis - tillægger den nationale prøvelse en ganske betydelig vægt ved afgørelsen af, om medlemsstaten ved afgørelsen har holdt sig inden for sin skønsmargin. Ved en kritik af EMD's praksis vedrørende udvisninger er det på denne baggrund nødvendigt, at det af kritikken er synligt, at EMD's vurderinger i den enkelte sag ikke alene er baseret på den enkelte klagers forhold, men også baseret på den nationale prøvelse af sagen.

Dette fremhævede den islandske EMD-dommer, Robert Spano, således også i et interview med Berlingske, hvor han bl.a. udtalte følgende:

”Strasbourg-domstolens retspraksis udvikler og forandrer sig over tid. Hvis de danske domstole tager de objektive kriterier med i vurderingen - hvor lang tid har personen været i et land, er der familierelationer, har personen forbindelse til andre lande mv. - så er domstolen i Strasbourg ikke i en position, hvor vi kan erstatte denne vurdering. Som det er i dag, så ser vi først og fremmest på, om kriterierne er taget med i vurderingen hos de nationale domstole. Og hvis resultatet er velbegrundet og balanceret, så stopper sagen der. Denne distinktion er vigtig at forstå. Men den distinktion står ikke klar i den danske debat.”¹⁴⁵

¹⁴² *Ibid.* præmis 9 til 14.

¹⁴³ *Ibid.* præmis 17.

¹⁴⁴ *Ibid.* præmis 81.

¹⁴⁵ Se artiklen *Præsident ved Menneskerettighedsdomstolen: Domstolen forbyder generelt ikke udvisning af kriminelle udlændinge – det er ganske enkelt ikke sagen bragt i Berlingske* den 4. oktober 2017.

<https://www.b.dk/nationalt/praesident-ved-menneskerettighedsdomstolen-domstolen-forbyder-generelt-ikke>

En kritik af EMD kan i overensstemmelse hermed ikke stå alene, men kræver, at man også ser kritisk på de nationale afgørelser med mindre man kritiserer EMD's subsidiære rolle, hvilket ikke har været tilfældet i debatten.

En del af den danske kritik i relation til udvisning af kriminelle udlændinge har dog også været rettet imod de danske domstoles vurderinger i sager vedrørende EMRK. Baggrunden for denne kritik skyldes en rapport udgivet af Institut for Menneskerettigheder vedrørende udvisning af kriminelle udlændinge.¹⁴⁶ Rapportens kritik vedrørte dog ikke prøvelseskvaliteten, men:

”at den danske udvisningspraksis kan strammes uden at krænke Danmarks internationale forpligtelser, dels fordi danske domstole på nogle områder har udviklet en mildere udvisningspraksis end Den Europæiske Menneskerettigheds-domstol, dels fordi Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis har udviklet sig i retning af en videre adgang til at udvise kriminelle udlændinge.”¹⁴⁷

I relation hertil udtalte Højesterets præsident, Thomas Rørdam, på konferencen *The future of the European Human Rights System* i København den 22. september 2017 følgende:

”Der er således efter min opfattelse megen fornuft i mere generelt at anlægge den tilgang, at danske domstole ikke skal operere med en sikkerhedsmargin, når der skal tages stilling til, om konventionen i et konkret tilfælde vil kunne føre til krænkelse, men at dansk ret skal anvendes til kanten af, hvad der er muligt efter Menneskerettighedsdomstolens praksis, og at kanten skal findes ved en vurdering efter bedste evne fra de danske domstoles side på baggrund af den foreliggende praksis fra Menneskerettighedsdomstolen.”¹⁴⁸

Hverken efter Institut for Menneskerettigheders rapport, eller ved Rørdams udtalelse er der en synlig forståelse for, at prøvelsen ved EMD adskiller sig fra prøvelsen ved de nationale myndigheder. Anser de nationale domstole, i overensstemmelse med Rørdams udtalelse, det som sin opgave at foretage en prøvelse efter EMD's praksis, og med samme prøvelsetilgang som EMD anvender, risikerer de danske domstole herved i højere grad, at EMD vil forkaste de danske domstoles afgørelser.

Det afgørende ved den nationale prøvelse er, at der i overensstemmelse med *Ndidi v. the United Kingdom* sker en tilbunds gående prøvelse af relevante hensyn. Selvfølgelig skal de nationale domstole herved tage udgangspunkt i de kriterier, som EMD har defineret som relevante kriterier i denne sammenhæng¹⁴⁹, men en direkte overførsel af EMD's praksis er næppe i overensstemmelse med det indbyrdes forhold mellem EMD og de nationale domstole.

¹⁴⁶ Christoffersen, Jonas, *Udvisning af kriminelle udlændinge*, 2017, publiceret på vegne af Institut for Menneskerettigheder.

¹⁴⁷ *Ibid.* side 8.

¹⁴⁸ Rørdam, Thomas *Thomas Rørdams oplæg på konferencen den 22. september 2017 om fremtiden for det europæiske menneskerettighedssystem*. På konferencen blev Thomas Rørdams oplæg udleveret i skriftlig version. Citatet stammer fra denne skriftlige version.

¹⁴⁹ Se sagen *Maslov v. Austria*, dom af 23. juni 2008, hvor EMD i præmis 86-100 definerede længden af opholdet, karakteren af den i landet begåede kriminalitet og den sociale og kulturelle tilknytning til landet overfor længden af indrejseforbuddet, som de afgørende kriterier.

Fokuseres der ved den nationale prøvelse for meget på EMD's resultat i lignende sager, risikeres det, at de nationale domstole, som belyst i de nævnte sager i afsnit 5.1, foretager en prøvelse, der er tilrettelagt til en subsidiær international domstol. Herved springes den tilbundsgående nationale prøvelse over, hvilket kan resultere i eventuelle krænkelse af EMRK, da den tilbundsgående nationale prøvelse er en forudsætning for den udvidede skønsmargin til medlemsstaten.

Samtidig er det ligeledes vigtigt, at den nationale politiske debat om udvisninger føres på et oplyst grundlag - både ud fra et nationalt demokratisk hensyn, men også ud fra et hensyn til en eventuel efterprøvelse ved EMD. Som belyst i afsnit 4.2.4 er den nationale demokratiske debat og beslutningsproces af afgørende betydning i tvivlssager indbragt for EMD. Er denne debat ikke retvisende og ført på et uoplyst grundlag, kan dette således være en medvirkende faktor til, at EMD vil underkende den nationale afvejning.

5.3 Tilblivelsen af København-erklæringen

Danmark har fra november 2017 til maj 2018 haft formandskabet for Europarådet. På baggrund af dette formandskab og den danske kritik af EMD, indledte Danmark ved overtagelsen af formandskabet forhandlinger med henblik på at vedtage en erklæring i lighed med erklæringerne fra Interlaken, Izmir, Brighton og Bruxelles.

Den 5. februar 2018 fremsatte den danske regering på denne baggrund et udkast til en København-erklæring.¹⁵⁰ Udkastet har dannet grundlag for den endelige København-erklæring, der blev vedtaget den 13. april i forbindelse med et ministermøde i Danmark. På trods heraf er der store forskelle mellem udkastet og den vedtagne København-erklæring i relation til indholdet.

Der skal ved denne sammenligning af udkastet og den endelige erklæring fokuseres på de elementer, hvor henholdsvis udkastet og den endelige erklæring forholder sig til forholdet mellem EMD og de nationale myndigheder i relation til EMD's subsidiære rolle.

I udkastet lægges der i præmis 4, 2. pkt. op til, at konferencen ønsker, at tillægge subsidiaritetsprincippet og den nationale primaritet en betydelig vægt. I forlængelse heraf omtaler udkastets præmis 5 styrkelsen af subsidiariteten som et område, hvor der er opnået betydelige resultater. Med dette udgangspunkt understreges det i udkastes præmis 8-9 og 11-13, at det er medlemsstaterne, der har det primære ansvar for overholdelsen af EMRK, og at rettighederne mest effektivt sikres ved medlemsstaternes behandling.

Udkastet lægger dermed sin hovedvægt på den ene del af subsidiaritetsprincippet, nemlig domstolens subsidiære rolle, mens den anden del, der vedrører kravene til del nationale efterprøvelse, kun nævnes i meget begrænset grad.¹⁵¹ Den i udkastede enstrengede vægtning af den ene del af subsidiaritetsprincippet har været kritiseret af flere eksperter. Bl.a. udtrykker de norske professorer Geir Ulfstein og Andreas Føllesdal, at det er en forfejlet opfattelse,

¹⁵⁰ Udkastet er tilgængeligt på Institut for Menneskerettigheders hjemmeside. Link: https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf. Tilgået senest den 22. maj 2018.

¹⁵¹ Det nævnes i præmis 11, at der konceptuelt gælder et princip om delt ansvar for overholdelsen af EMRK, men medlemsstaternes ansvar uddybes nærmere ikke i denne forbindelse.

hvis man som medlemsstat er af den opfattelse, at et øget fokus på subsidiaritet betyder en mindre grad af indblanding fra EMD. Tværtimod fremhæver forfatterne at ”i visse tilfælde kræver subsidiaritet [...] at EMD griper inn – nemlig når stater ikke respekterer sine forpligtelser.”¹⁵² Det er på denne baggrund kritisabelt, at udkastet ikke forholder sig til, at subsidiaritetsprincippet er et tostrengt begreb, særligt da man ved det danske formandskab udmærket har været klar over det indbyrdes ansvar subsidiariteten kræver.

Ved Danmarks overtagelse af formandsskabet blev der den 22. til den 24. november afholdt et ekspertseminar på Kokkedal Slot med titlen ”2019 and beyond: Taking Stock and Moving Forward from the Interlaken Process”. Seminaret blev åbnet ved en tale af den danske justitsminister Søren Pape Poulsen, der heri bl.a. udtrykte følgende:

*“There are two sides of the coin of subsidiarity. Subsidiarity affects not only the way in which the Court should conduct its review, leaving more room to national courts and parliaments. It also affects the way in which states are expected to honour their obligations. Only states who take human rights seriously can expect deference. The two sides of subsidiarity has been a recurring theme throughout the Interlaken Process. It should also be so during the Kokkedal Conference. There is a need to discuss both the responsibility of member states and the role of the Court.”*¹⁵³

Til trods for, at justitsministeren endda eksplicit beskriver et behov for at diskutere begge dele af subsidiaritetsprincippet, virker selve udkastet til alene at fokusere på den ene del af subsidiaritetsprincippet – nemlig EMD tilbageholdenhed.

I modsætning hertil er tilgangen i den endelige København-erklæring en noget anden i relation til anvendelsen af subsidiaritetsprincippet. Her beskrives det i præmis 6, at det delte ansvar beskriver sammenhængen mellem EMD's og medlemsstaternes funktion. Herudover uddybes det i præmis 12-14 hvordan medlemsstaternes effektive implementering er en forudsætning for et velfungerende konventionssystem, ligesom det i præmis 14 uddybes, at en lang række af nationale aktører har betydning for staternes overholdelse af EMRK bestemmelser. Samtidig beskrives det i præmis 7 og 8, hvordan EMD, gennem en udførlig praksis og en anerkendelse af staternes primære ansvar, er med til at sørge for, at der også fremtidig er tale om et delt ansvar.

Den endelige København-erklæring udtrykker således i højere grad end udkastet et retvisende billede over det reelle rollefordeling mellem EMD og medlemsstaterne. Erklæringen udtrykker således ikke et nybrud i rollefordelingen, men alene en videreførelse af den udvikling konventionssystemet har været inde i siden Interlaken- og særligt Brighton-erklæringen (se afsnit 4.3). Kritisk kan det på denne baggrund tilføjes, at erklæringen må formodes at få en meget begrænset indvirkning på retsudviklingen ud over at legitime en fortsat udvikling ved EMD med fokus på subsidiaritetsprincippet.

¹⁵² Ulfstein, Geir og Andreas Føllesdals kronik *Autoritære stater, gled dere*, bragt i Klassekampen 27. februar 2018. Link: <http://www.follesdal.net/doc/Follesdal-2018-Ulfstein-kobenhavnerklaringen-kk.pdf>, tilgået senest den 22. maj 2018.

¹⁵³ Se Udenrigsudvalget 2017-18, URU Alm. del, bilag 82 (offentlig) s. 3.

En af de roser processen omkring København-erklæringen har fået, er, at processen har været åben for offentlig debat.¹⁵⁴ En tilsvarende åbenhed er udkastets henvisning til subsidiaritetsprincippet ikke udtryk for. Ønskede det danske formandskab ved København-erklæring, at der skulle ske et opgør med subsidiaritetsprincippet og dets struktur, burde et sådant opgør have fremgået mere udtrykkeligt af udkastet. Samtidig kan det diskuteres om subsidiaritetsprincippet ikke mister sit indhold såfremt den restriktive struktur fraviges.

Ønskes en international domstol, der overlader en skønsmargin til medlemsstaterne, er det således nødvendigt at fastholde muligheden for, at denne kan efterprøve afgørelsesgrundlaget hos medlemsstaten. Alternativt bliver domstolsbeskyttelsen illusorisk for den enkelte klager.

5.4 Delkonklusion

Som eksemplerne i afsnit 5.1-5.3 belyser, er der ikke nødvendigvis en fuldstændig forståelse for rollefordelingen mellem EMD og de nationale myndigheder uden for EMD.

I takt med at politikerne søger mod grænserne for, hvad der er tilladt efter EMRK, fx i relation til familiesammenføringer som beskrevet i afsnit 5.1, - er det naturligt at de danske domstole stiller sig selv spørgsmålet: hvilket udfald vil den pågældende sag få, hvis den indbringes for EMD? Med dette spørgsmål in mente er det ligeledes naturligt, at de danske domstole derfor skeler til den argumentation, EMD har anvendt i lignende sager. Foretages de danske domstoles juridiske analyser på denne baggrund, risikeres det herved, at de danske domstole overser sin rolle i konventionssystemet, hvilket er dybt problematisk og kan resultere i en mulig krænkelse af EMRK's bestemmelser. Det er på denne baggrund nødvendigt, at de danske myndigheder er bevidste om deres rolle i konventionssystemet, og har forståelse for subsidiaritetsprincippet.

En ligeledes mangelfuld forståelse for subsidiaritetsprincippet og den indbyrdes arbejdsfordeling mellem EMD og de nationale myndigheder, har også været fremherskende i den danske debat om en reform af konventionssystemet. I forlængelse heraf var også det danske udkast til København-erklæringen bygget på en forsimplet forståelse af subsidiariteten uden at det udtrykkeligt fremgår, at man har ønsket et opgør med den hidtidige forståelse af begrebet.

¹⁵⁴ Se bl.a. *Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration*, af Amnesty International, EHRAC, Open Society Justice Initiative, OMCT, ICJ, European Implementation Network, The Aire Centre og Fair Trails, bragt 13. februar 2018, s. 1.

6. Konklusion

Der blev i afhandlingens indledning fremhævet et citat, hvor justitsministeren - i lighed med flere juridiske forfattere - kritiserede EMD for gennem sin anvendelse af EMRK at fratage medlemsstaterne et demokratisk råderum. Som belyst gennem EMD's benyttelse af proportionalitets- og subsidiaritetsprincippet, overlader EMD dog gennem sin anvendelse af disse principper et betydeligt skøn til den demokratiske og politiske afvejning i den konkrete sag, og er i betydelig grad sin subsidiære funktion bevidst. Igennem de senere år har EMD gennem sin praksis i øget omfang fokuseret på subsidiaritet i sin anvendelse af EMRK, se afsnit 4.4. En sådan tilgang stiller naturligt nogle øgede krav til de nationale begrundelser i både lovgivningen og den konkrete sag.

Det er på denne baggrund ikke nødvendigvis korrekt, at EMD i stigende grad begrænser medlemsstaternes demokratiske råderum. Såfremt den nationale afgørelse fremstår velbegrundet og er foretaget i overensstemmelse med de rammer, der følger af EMD's retspraksis, er EMD således gennem principperne om proportionalitet og subsidiaritet tilbageholdende med at underkende den nationalt demokratisk funderede afgørelse. Den velbegrundede demokratiske regulering gives således et udvidet råderum i takt med EMD's tilpassede tilgang baseret på subsidiaritetsprincippet.

Som følge heraf stiller EMD's konventionsanvendelse store krav til de nationale myndigheder og deres evne til at begrunde indgreb i borgernes rettigheder efter EMRK. Det er på denne baggrund essentielt, at de nationale myndigheder har en klar forståelse for deres rolle i konventionssystemet, hvilket eksemplerne i afsnit 5 belyser, ikke nødvendigvis er tilfældet. Er de nationale myndigheder ikke bevidste om den nationale beslutningsproces' betydning, kan dette i høj grad være en bidragende faktor til, at EMD statuerer en krænkelse, hvis sagen ender på EMD's bord. At indgreb i de ved EMRK beskyttede rettigheder kræver gode begrundelser er næppe kontroversielt, og på denne baggrund kan en kritik af indblandingen fra EMD ikke stå alene uden at man samtidig ser kritisk på den nationale beslutningsproces, der ofte vil være årsagen til en eventuel krænkelse, hvis spørgsmålet er politisk kontroversielt.

7. Litteraturliste

7.1 Bøger

Alexy, Robert, 2009, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 1. udgave.

Christoffersen, Jonas, 2009, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers.

Evald, Jens, 2016, *Juridisk teori, metode og videnskab*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1. udgave.

Kjølbros, Jon Fridrik, 2017, *Den Europæiske menneskerettighedskonvention for praktikere*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 4. udgave.

Legg, Andrew, 2012, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 1. udgave.

Lorenzen, Peer m.fl., 2011, *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer Art. 1-9*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 3. udgave.

Revsbech, Karsten, 2016, m.fl., *Forvaltningsret – almindelige emner*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, 6. udgave.

7.2 Juridiske artikler og taler

Andersen, Mads Bryde, *Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem*, Juristen 2017, nr. 3, s. 81-97.

Arai, Yukata *The Margin of Appreciation Doctrine in the Jurisprudence Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 2001, volume 19 (no. 1), s. 41-61.

Bates, Ed *Activism and Self-restraint: the Margin of Appreciations's Strasbourg Career ... Its "Coming of Age"* Human Rights Law Journal, 2017, volume 36, No. 7-12, s. 261-276.

Brems, Eva og Lavrysen, Laurens *Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights*, Human Rights Law Review, 2015, volume 15, s. 139-168.

Christoffersen, Jonas *Udvisning af kriminelle udlændinge*, 2017, publiceret på vegne af Institut for Menneskerettigheder.

Gerards, Janneke *How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights*, International Journal of Constitutional Law, 2013, volume 11, issue 2, s. 466-490.

Kjølbros, Jon Fridrik i *Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol: Praktiske udfordringer og et spørgsmål om legitimitet*, Juristen 2017 nr. 5, s. 149-155.

Madsen, Mikael Rask *Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?*, Journal of International Dispute Settlement, 2018, volume 9, s. 199-222.

Mälksoo, Lauri, 2016, *Russia's Constitutional Court Defies the European Court of Human Rights*, European Constitutional Law Review, volume 12, issue 2, side 377-395.

Raimondi, Guido *Speech to the Supreme Court of The Netherlands*, President of the European Court of Human Rights, af 18. november 2016. Link: https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20161118_Raimondi_Supreme_Court_Netherlands_ENG.pdf. Tilgået den 21. maj 2018.

Reed, Lord *The Common Law and the ECHR*, forelæsning for advokatforeningen Inner Temple, 11 november 2013. Link: <https://www.innertemple.org.uk/education/education-resources/readers-lecture-series/previous-lecture-series-and-speakers/>. Tilgået senest den 21. maj 2018.

Rørdam, Thomas *Thomas Rørdam's oplæg på konferencen den 22. september 2017 om fremtiden for det europæiske menneskerettighedssystem*. Offentliggjort ved konferencen *The future of the European Human Rights System* den 22. september 2017.

Saul, Matthew *The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments* af Matthew Saul, *Human Rights Law Review*, 2015, volume 15, s. 745-774.

Spano, Robert *Universality or Diversity of Human Rights?: Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, *Human Rights Law review*, 2014, volume 14, 487-502.

Spielmann, Dean *Whither the Margin of Appreciation*, *Current Legal Problems*, 2014, volume 67, s. 49-65.

Ulfstein, Geir og Andreas Føllesdals kronik *Autoritære stater, gled dere*, bragt i Klassekampen 27. februar 2018. Link: <http://www.follesdal.net/doc/Follesdal-2018-Ulfstein-kobenhavnerklaringen-kk.pdf>. Tilgået senest den 22. maj 2018)

7.3 Domme

7.3.1 Domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Dommens navn	Ansøgningsnummer	Dato for afsigelse
A.B. and others v. France	11593/12	12. juli 2016
Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom	9214/80, 9473/81 og 9474/81	28. maj 1985
Animal Defenders International v. the United Kingdom	4876/08	22. april 2013
Association Rhino and others v. Switzerland	48848/07	11. oktober 2011
Belgian Linguistic case	1474/62	23. juli 1968
Biao v. Denmark	38590/10	24. maj 2014
Bisteva and others v. Poland	75157/14	10. april 2018
Boso v. Italy	50490/99	5. september 2002
Brogan and others v. the United Kingdom	11209/84, 11234/84, 11266/84 og 11386/85	29. november 1988
Burden v. the United Kingdom	13378/05	29. april 2008
D. v. the United Kingdom	30240/96	2. maj 1997
Dahlab v. Switzerland	42393/98	15. februar 2001
Dubská and Krejsová v. The czech Republic	28859/11	15. november 2016
Editions Plon v. France	58148/00	18. maj 2004
Fretté v. France	36515/97	26. februar 2002
Glor v. Switzerland	13444/04	30. april 2009
Handyside v. the United Kingdom	5493/72	7. december 1976
Hassan v. the United Kingdom	29750/09	16. september 2014

Hatton v. the United Kingdom	36022/97	8. juli 2003
Hirst v. the United Kingdom (No. 2),	74025/01	6. oktober 2005
I.J.L, G.M.R and A.K.P v. the United kingdom	29522/95, 30056/96 og 30574/96	19. september 2000
Jersild v. Denmark	15890/89	23. september 1994
Karahmed v. Bulgaria	30587/13	24. februar 2015
Khlaifia and others v. Italy	16483/12	15. december 2016
Khoroshenko v. Russia	41418/04	30 juni 2015
Klaas v. Germany	15473/89	22. september 1993
Kudla v. Poland	30210/96	26. oktober 2000
Leander v. Sweden	9248/81	26. marts 1987
Lillo-Stenberg and Sæther v. Norway	13258/09	16. januar 2014
Maslov v. Austria	1638/03	23. juni 2008
N. v. the United Kingdom	26565/05	27. maj 2008
Nada v. Switzerland	10593/08	12. september 2012
Ndidi v. the United Kingdom	41215/14	14. september 2017
Niedzwiecki v. Germany	58453/00	15. februar 2006
Nikitin v. Russia	50178/99	20. juli 2004
Paradiso and Campanelli v. Italy	25358/12	24. januar 2017
S.A.S v. France	43835/11	1. juli 2014
Smith og Grady v. the United Kingdom	33985/96 og 33986/96	27. september 1999
Soering v. the United Kingdom	14038/88	7. juli 1989
Soltysyak v. Russia	4663/05	10. februar 2011
Sporrong and Lönnroth v. Sweden	7151/75 og 7152/75	23. september 1982
Sukhovetsky v. Ukraine	13716/02	28. marts 2006
Vo v. France	53924/00	8. juli 2004
Von Hannover v. Germany (no. 2),	40660/08 og 60641/08	7. februar 2012
Witold Litwa v. Poland	26629/95	4. april 2000
Zdanoka v. Latvia	58278/00	16. marts 2006

7.3.2 Danske domme

U 2012.1761 H – Højesteretsdom af 15. februar 2012 - *Introduktionsydelse/starthjælp til en flygning var ikke i strid med Grundlovens § 75, stk. 2, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller andre konventioner.*

U 2018.688 H – Højesteretsdom af 6. november 2017 - *Afslag på familiesammenføring til ægtefælle til syrisk mand, der ikke havde haft ophold i Danmark i 3 år, var ikke i strid med Menneskerettighedskonventionen.*

7.4 Dansk lovgivning og lovforslag

L 87 af 10. december 2015 *Forslag til lov om ændring af udlændingeloven. (Udskydelse af retten til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus, skærpelse af reglerne om tidsbegrænset opholdstilladelse, skærpelse af reglerne om inddragelse af flygtninges opholdstilladelse m.v.).*

L 102 af 3. februar 2016 - *Lov om ændring af udlændingeloven (Udskydelse af retten til familiesammenføring for personer med midlertidig beskyttelsesstatus, skærpelse af reglerne om tidsbegrænset opholdstilladelse, skærpelse af reglerne om inddragelse af flygtinges opholdstilladelse m.v.)*

L 153 af 18. februar 2015 - *Lov om ændring af udlændingeloven (Midlertidig beskyttelsesstatus for visse udlændinge samt afvisning af realitetsbehandling af asylansøgninger, når ansøgeren har opnået beskyttelse i et andet EU-land m.v.)*

7.5 Andre kilder

Chart of signatures and ratifications of Treaty 213 (tillægsprotokol 15), Link: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=j4b2FfDK. Tilgået senest den 22. maj 2018.

Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights, Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights. Information document prepared by the Secretariat, af 25. april 2018, Dokumentnavn: AS/Cdh/Inf(2018). Link: <http://website-pace.net/documents/1653355/1653736/ProcedureElectionJudges-EN.pdf/e4472144-64bc-4926-928c-47ae9c1ea45e>. Tilgået senest den 22. maj 2018.

Det Udenrigspolitiske Nævn 2016-17, alm.del bilag 173, ”*Udkast til tale – til brug for besvarelse af samrådsspørgsmål I fra Folketingets Udenrigsudvalg den 10. februar 2017.*

Draft Copenhagen Declaration, af 5. februar 2018. Tilgængelig på Institut for Menneskerettigheders hjemmeside. Link: https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/media/dokumenter/nyheder/draft_copenhagen_declaration_05.02.18.pdf. Tilgået senest den 22. maj 2018.

Joint NGO Response to the Draft Copenhagen Declaration af Amnesty International, EHRAC, Open Society Justice Initiative, OMCT, ICJ, European Implementation Network, The Aire Centre og Fair Trails, af 13. februar 2018. Link: <https://amnesty.dk/media/3931/joint-ngo-response-to-the-copenhagen-declaration-13-february-2018-with-signatures.pdf>. Tilgået senest den 22. maj 2018.

Præsident ved Menneskerettighedsdomstolen: Domstolen forbyder generelt ikke udvisning af kriminelle udlændinge – det er ganske enkelt ikke sagen – Artikel bragt i Berlingske den 4. oktober 2017. Link: <https://www.b.dk/nationalt/praesident-ved-menneskerettighedsdomstolen-domstolen-forbyder-generelt-ikke>. Tilgået senest den 22. maj 2018.

Udenrigsudvalget 2017-18, URU Alm. del, bilag 82 (offentlig) *Conference report High-level Expert Conference – 2019 and Beyond: Taking Stock and Moving Forward from the Interlaken Process.*