

# EMD ELLER HRC?

## EN SAMMENLIGNING AF PRØVELSESINTENSITETEN I STRASBOURG OG GENÈVE

af MARIE THØGERSEN <sup>1</sup>

*Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og FN's Menneskerettighedskomiteé (HRC) udgør to forskellige organer til behandling af klager over krænkelse af påfaldende enslydende konventioner, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og FN's Konvention om Borgerlige og Politiske rettigheder (ICCPR). Denne afhandling undersøger, hvordan EMD henholdsvis HRC varierer sin prøvelsesintensitet, og hvordan forskellene skaber divergens mellem organernes praksis.*

*Indledningsvis behandles forholdet mellem nationale og internationale organer med særligt sigte på belysning af subsidiaritetsprincippet. Afsnittet tager afsæt i en filosofisk redegørelse for den katolske tradition og teori om subsidiaritet, og den normative henholdsvis den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet introduceres. Herefter redegøres for sondringen mellem absolutte og relative rettigheder, og betingelserne for indgreb i de beskyttede rettigheder i henholdsvis EMRK og ICCPR gennemgås, ligesom kriterierne for eksistensen og opfyldelsen af positive forpligtelser drøftes.*

*Herefter behandles EMD's praksis vedrørende subsidiaritetsprincippet, herunder særligt doktrinen om staternes skønsmargin, og samspillet mellem doktrinen om staternes skønsmargin, EMD's dynamiske fortolkning og tilstedeværelsen eller fraværet af konsensus mellem medlemsstaterne illustreres ved analyse af fire domme om statens positive forpligtelse til juridisk anerkendelse af den nye kønsidentitet for postoperative transseksuelle personer. Undersøgelsen af EMD's brug af doktrinen om staternes skønsmargin er efterfulgt af en kort undersøgelse af (fraværet af) en skønsmargin i HRC's praksis i individuelle kommunikationer.*

*På denne baggrund følger en komparativ undersøgelse af prøvelsesintensiteten hos EMD og HRC. Undersøgelsen omfatter organernes stillingtagen til legal abort i Irland, sager om forbud mod religiøs beklædning og sager om udvisning trods påstået risiko for mishandling i destinationslandet. Afhandlingen forsøger på den baggrund at identificere mønstre i og forklaringer på organernes variationer i prøvelsesintensiteten.*

*Endelig drøftes nogle aktuelle tendenser og udviklingsscenarier hos de to kontrolorganer, herunder dels et politisk ønske blandt Europarådets medlemsstater om en øget anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin, og i forlængelse heraf tendensen til en procesbaseret prøvelse hos EMD, og dels de aktuelle bestræbelser i FN-regi på styrkelse af traktatkomiteerne, hvor blandt andet forholdet mellem praksis fra traktatkomiteer og regionale kontrolorganer har været i fokus.*

*Det drøftes i lyset heraf, om en skønsmargin for staterne helt eller delvist svarende til den af EMD praktiserede vil være et muligt og ønskeligt redskab til forbedring og legitimering af HRC's prøvelse i individuelle kommunikationer. Denne drøftelse aktualiserer den tidligere introducerede sondring mellem subsidiaritetsprincippets funktionelle og normative dimension, og der argumenteres for, at en procesbaseret prøvelse kan forene subsidiaritetsprincippet med den naturretlige idé om menneskerettighedernes universalitet og være et nyttigt redskab fremover hos både EMD og HRC.*

---

<sup>1</sup> Max Sørensen prisopgave udskrevet af Aarhus Universitet angående "Fortolkning og anvendelse af traktater" med ovennævnte titel.

*The European Court of Human Rights (ECtHR) and the UN Human Rights Committee (HRC) constitutes two separate complaint procedures regarding remarkably similar conventions, the European Convention of Human Rights (ECHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), respectively. This thesis assesses variations in the standard of review applied by the ECtHR and the HRC and examines how the differences create divergence between the jurisprudence of the two bodies.*

*Initially, the relationship between national and international bodies is addressed with a special focus on the principle of subsidiarity. The section is based on a philosophic introduction to the catholic tradition and theory of subsidiarity, and the normative and functional dimension of the principle of subsidiarity are explained. The distinction between absolute and relative rights is then introduced, and the conditions for lawful interferences in the rights protected by ECHR and ICCPR, respectively, as well as the criteria for the existence and fulfillment of positive obligations, are reviewed.*

*Next, the thesis scrutinizes the jurisprudence of the ECtHR regarding the principle of subsidiarity, and in particular the doctrine of the margin of appreciation. The correlation between the doctrine of the margin of appreciation, the principle of dynamic interpretation and the existence or absence of consensus amongst the member states is illustrated by analysis of four judgements regarding the positive obligation of states to legal recognition of the post-operational gender status of transsexual persons. The assessment of the use of the margin of appreciation by the ECtHR is followed by a quick assessment of the (non)-use of a margin of appreciation in the jurisprudence of the HRC.*

*Against this background, a comparative analysis of the standard of review applied by the ECtHR and the HRC in three substantive areas follows. The analysis includes an assessment of the approach of the two bodies in cases regarding legal abortion in Ireland, prohibition of religious clothing, and extraditions of persons where there is an alleged risk of ill-treatment in the country of destination. Based on the findings, the thesis seeks to identify patterns in and explanations to variations in the standard of review applied by the bodies.*

*Finally, some current trends and developments are discussed, including the political encouragement to a further development of the margin of appreciation doctrine by the ECtHR, and in that regard the current tendencies in the jurisprudence of the ECtHR towards a process based review, as well as the current efforts in the UN to strengthen the treaty bodies, in the context of which the relationship between the jurisprudence of treaty bodies and regional control mechanisms has been in focus.*

*On this basis, the thesis discusses if a margin of appreciation for the states, in whole or in part corresponding to doctrine developed by the ECtHR, is a possible and desirable tool for improving and legitimizing the individual communication procedure of the HRC. In this discussion, the previously introduced distinction between the functional and the normative dimension of the principle of subsidiarity proves to be relevant, and the thesis argues that a process based review can unite the principle of subsidiarity with the natural law-based idea of the universality of human rights and be a useful tool in the future jurisprudence of both the ECtHR and the HRC.*

<b>ABSTRACT</b>	<b>5</b>
<b>1. INDLEDNING</b>	<b>6</b>
<i>1.1. Problemformulering</i>	6
<i>1.2. Afgrænsning</i>	6
<i>1.3. Terminologi</i>	7
1.3.1. Fortolkning og anvendelse	7
1.3.2. Prøvelsesintensitet	8
<b>2. FORHOLDET MELLEM NATIONALE OG INTERNATIONALE ORGANER</b>	<b>8</b>
<i>2.1. Indledende om subsidiaritetsprincippet</i>	8
2.1.1. Den katolske tradition om subsidiaritet	9
2.1.2. To dimensioner af subsidiaritetsprincippet	11
<i>2.2. Subsidiaritetsprincippet på menneskerettighedsområdet</i>	12
2.2.1. Særlige karakteristika for menneskerettigheder	12
2.2.1.1. Suverænitetsindskrænkning	12
2.2.1.2. Vertikal forpligtelse	13
2.2.1.3. Menneskerettighedernes moralske karakter	13
2.2.2. En særlig plads for subsidiaritetsprincippet på menneskerettighedsområdet?	13
<b>3. DE BESKYTTEDE RETTIGHEDER OG ADGANGEN TIL BEGRÆNSNING</b>	<b>14</b>
<i>3.1. Relative og absolutte rettigheder</i>	15
3.1.1. Relative rettigheder	15
3.1.2. Underforståede begrænsninger	16
3.1.3. Absolutte rettigheder	17
<i>3.2. Indgreb i de beskyttede rettigheder</i>	19
3.2.1. Indgrebet har lovhjemmel	19
3.2.2. Indgrebet tjener et legitimt formål	19
3.2.3. Indgrebet er proportionelt	20
<i>3.3. Tilsidesættelse af positive forpligtelser</i>	21
<b>4. EMD: STATERNES SKØNSMARGIN OG DYNAMISK FORTOLKNING</b>	<b>22</b>
<i>4.1. Subsidiaritetsprincippet hos EMD</i>	23
4.1.1. Den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet	23
4.1.2. Den normative dimension af subsidiaritetsprincippet	23
<i>4.2. EMD's tidlige praksis - subsidiaritet og skønsmargin</i>	24
<i>4.3. To typer af margin for staterne</i>	25
4.3.1. Den materielle skønsmargin	26

4.3.2. Den strukturelle skønsmargin	28
4.4. <i>Dynamisk fortolkning</i>	30
4.5. <i>Samspelet mellem begreberne</i>	34
4.5.1. Fire domme til illustration	35
4.5.1.1. Rees v. the United Kingdom (1986)	35
4.5.1.2. Cossey v. the United Kingdom (1990)	36
4.5.1.3. Sheffield and Horsham (1998)	36
4.5.1.4. Christine Goodwin (2002)	38
<b>5. HRC: FINDES DER EN SKØNSMARGIN HOS HRC?</b>	<b>39</b>
5.1 <i>Subsidiaritetsprincippet hos HRC</i>	39
5.2. <i>Travaux préparatoires</i>	40
5.3. <i>Doktrinen om staternes skønsmargin anvendt i HRC's praksis</i>	40
<b>6. KOMPARATIVT: PRØVELSESINTENSITETEN HOS EMD HHV. HRC</b>	<b>41</b>
6.1. <i>Metodiske overvejelser</i>	41
6.2. <i>EMRK art. 8 og ICCPR art. 17: praksis om abortadgang i Irland</i>	41
6.2.1. EMD's afgørelse - A, B and C v. Ireland	42
6.2.2. HRC's udtalelse - Mellet v. Ireland	46
6.2.3. Forklaringer på forskellene	47
6.3. <i>EMRK art. 9 og ICCPR art. 18: sager om religiøs beklædning</i>	47
6.3.1. Indledende om bestemmelserne og retten til religiøs beklædning	47
6.3.2. EMD's praksis	48
6.3.3. HRC's praksis	49
6.3.4. Forklaringer på forskellene	52
6.3.5. En sjælden mulighed for sammenligning: Mann Singh-sagerne	53
6.3.5.1. EMD's afgørelse	53
6.3.5.2. HRC's udtalelse	54
6.3.5.3. Forklaringer på forskellene mellem de to afgørelser	54
6.3.6. Delkonklusion	55
6.4. <i>EMRK art. 3 og ICCPR art. 7: Organernes praksis i udvisningssager</i>	55
6.4.1. HRC's praksis vedr. ICCPR art. 7	56
6.4.2. EMD's praksis vedr. EMRK art. 3	58
6.5. <i>Identifikation af mønstre</i>	60
6.5.1. Karakteren af det retlige spørgsmål	60
6.5.1.1. Abstrakt fortolkning	60
6.5.1.2. Konkret anvendelse	60
6.5.2. Absolutte og relative rettigheder	61

6.5.3. Delkonklusion	62
6.6. <i>Diskussion af mønstre</i>	62
<b>7. UDVIKLINGSSCENARIER</b>	<b>63</b>
7.1. <i>EMD: Mod et proces-baseret tilsyn</i>	64
7.2. <i>HRC: Argumenter for en skønsmargin for staterne</i>	68
7.2.1. Diskussionens aktualitet: TBS-processen	68
7.2.2. Et argument om staternes skønsmargin som en mediator	69
7.2.3. Et argument om staternes bedre egnethed	70
<b>8. KONKLUSION</b>	<b>73</b>
<b>9. LITTERATURLISTE</b>	<b>74</b>

## ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECtHR) and the UN Human Rights Committee (HRC)'s individual communication procedure constitutes two separate complaint procedures regarding remarkably similar conventions. This thesis examines the standard of review applied by ECtHR and the HRC. The thesis first introduces the principle of subsidiarity and elaborates on its main philosophical characteristics starting from the Catholic tradition of subsidiarity. Next, the margin of appreciation doctrine (MoA), developed by the ECtHR, is scrutinized. Analyses of relevant case law will illustrate the correlation between the existence of consensus amongst member states and the breadth of the MoA. A brief assessment of the (non-)use of the MoA doctrine by the HRC is followed by a comparative analysis of the standard of review given to national authorities by the two bodies. The analysis will examine the case law of both bodies in three substantive areas: access to abortion in Ireland, restrictions on religious clothing, and the principle of non-refoulement regarding ECHR art. 3 and ICCPR art. 7. Emerging patterns will be identified and discussed based on the findings.

Following an examination of recent developments and future prospects, it is concluded that the ECtHR has more recently moved towards a process-based review. This trend is illustrated by an analysis of the Court's judgment in the case *SE v. Austria*, and various explanations for the development is outlined. Regarding the HRC, the most recent steps in the treaty body strengthening process (TBS) are summarized, and it is demonstrated by examples from the current debate in Geneva that the question of the standard of review applied by the HRC is relevant to the TBS. Next, it is discussed whether two key arguments for the use of the MoA by the ECtHR also hold as normative arguments for the use of the doctrine by the HRC. The first argument concerns the function of the MoA as a mediator between the state and the international body. The thesis concludes that the argument also holds in respect to the HRC. The second argument claims that states are in principle better placed for assessing local conditions. The thesis judges that the argument's applicability, with respect to the HRC, depends on broader considerations on the relationship between the HRC and states. In final conclusion, the thesis suggests that the seemingly contradictory ideas of subsidiarity and natural law can be reconciled through the use of a process-based review, similar to that used by the ECtHR as per the recent trends in the Court's case law.

## 1. INDLEDNING

### 1.1. Problemformulering

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD) og FN's menneskerettighedskomité (HRC) udgør to forskellige systemer til behandling af individuelle klager over krænkelse af menneskerettigheder i hhv. den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder (ICCPR), som i det væsentlige beskytter de samme grundlæggende borgerlige og politiske interesser. Danmark er kontraherende stat ved både EMRK og ICCPR, og Danmark er genstand for begge de to kontrolmekanismer. Den dobbelte forpligtelse for staten indebærer, at et individ, der gør gældende at have været udsat for en krænkelse af en rettighed omfattet af begge konventioner, har mulighed for at vælge, hvor hun vil sende sin klage hen. Idet det både for EMD og HRC er en betingelse for prøvelsen, at sagen ikke er behandlet hos det andet organ, er individet dog nødt til at vælge, og hun vil derfor skulle vurdere, hos hvilket organ hun nyder den bedste beskyttelse. Der er forskellige faktorer, der spiller ind på beskyttelsesniveauet hos de to organer. Det er oplagt at nævne virkningen af organernes afgørelser/udtalelser i medlemsstaterne: EMD's afgørelser har bindende virkning for staterne, og staterne er derfor folke-retligt forpligtede til at følge dem. ICCPR's udtalelser er derimod blot vejledende, og det står derfor den enkelte stat frit for, om den ønsker at efterleve udtalelsen. Selvom den retlige virkning af organernes afgørelser/udtalelser er en væsentlig faktor ved vurderingen af beskyttelsesniveauet, er der også andre faktorer, der har betydning, og som individer derfor bør tage i betragtning. En for medlemsstaten bindende afgørelse giver selvsagt ikke et individ meget beskyttelse, såfremt afgørelsen ikke giver individet medhold. EMD har i sin praksis udviklet doktrinen om staternes skønsmargin, der overlader et i nogle tilfælde betydeligt spillerum til medlemsstaterne. HRC har ikke anvendt en tilsvarende doktrin, og EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin fremhæves ofte som forklaring på tilfælde af divergens mellem organernes praksis. Formålet med denne opgave er på den baggrund at undersøge, hvordan EMD hhv. HRC varierer sin prøvelsesintensitet, og hvordan forskellene i prøvelsesintensiteten skaber divergens mellem organernes praksis. Jeg vil endvidere undersøge en nyere udvikling i EMD's praksis i retning af et proces-baseret tilsyn og drøfte, hvordan forskellige aspekter af forholdet mellem stater og internationale organer kan forklare udviklingen. Med afsæt i en redegørelse for spørgsmålets relevans i forbindelse med den igangværende reformproces hos HRC vil jeg drøfte, hvorvidt en anvendelse af EMD's doktrin om staternes skønsmargin normativt kan forsvares i relation til HRC.

### 1.2. Afgrænsning

Opgavens formål er at sammenligne prøvelsesintensiteten hos EMD og HRC. Det er med andre ord ikke hensigten at sammenligne organernes faktiske fortolkning og anvendelse, men derimod at sammenligne *i hvilket omfang* organerne fortolker og anvender. Derfor vil indholdet af de enkelte bestemmelser i EMRK og ICCPR ikke blive analyseret slavisk. På den anden side er en grundlæggende forståelse for indholdet af konventionerne, herunder navnlig sondringen mellem absolutte og relative rettigheder og adgangen til at gøre indgreb i rettighederne, en forudsætning for, at det kan undersøges, med hvilken intensitet organerne foretager en prøvelse og på hvilken baggrund prøvelsesintensiteten varieres. Derfor vil de to konventioner i afsnit 3 blive sammenlignet på et mere strukturelt niveau for at give et overblik over forskelle og ligheder i de beskyttede rettigheder og adgangen til begrænsning.

For så vidt angår HRC's fortolkning af ICCPR bør det nævnes, at undersøgelsen af HRC's praksis er begrænset til en undersøgelse af praksis i individuelle kommunikationer på trods af, at HRC's fortolkning af ICCPR også sker gennem de generelle bemærkninger (*general comments*). De generelle bemærkninger er nyttige til at blive klogere på HRC's fortolkning af ICCPR og inddrages enkelte steder til afklaring af materielle fortolkningsspørgsmål, i det omfang det har betydning for opgaven. Imidlertid indebærer opgavens formål om at undersøge *prøvelsesintensiteten*, at rent materielle fortolkningsspørgsmål, der ikke har karakter af en egentlig prøvelse, som udgangspunkt ligger uden for opgavens sigte. De individuelle kommunikationer udgør HRC's parallel til EMD's funktion som et

klageorgan for individer. Derfor vil opgavens først og fremmest koncentrere sig om de individuelle kommunikationer.

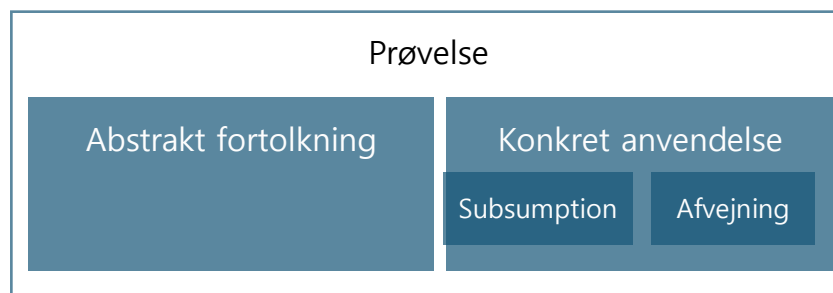
### 1.3. Terminologi

#### 1.3.1. Fortolkning og anvendelse

I overensstemmelse med overemnet for denne opgave sondres der gennemgående i opgaven mellem begreberne *fortolkning* og *anvendelse*. Ved forståelsen af denne sondring er det min opfattelse, at der meningsfuldt kan skeles til den danske forvaltningsretlige sondring mellem abstrakt fortolkning og konkret subsumption, også i folkeretlig kontekst.<sup>2</sup>

Ved abstrakt fortolkning forstås inden for forvaltningsretten en stillingtagen til det nærmere indhold og rækkevidden af en retsregel, dvs. en fastlæggelse af reglens *generelle* indhold, der principielt kan ske uden inddragelse af de konkrete forhold.<sup>3</sup> Ved konkret subsumption, derimod, forstås en konkret vurdering af, om sagens fakta kan henføres under en given retsregel.<sup>4</sup> Den konkrete subsumption omfatter i sin yderlighed de egentlige bevisvurderinger, men også vurderinger af konkrete sagsforhold i tilfælde, hvor den givne retsregels betydning og udstrækning allerede er klar, kan rubriceres under den konkrete subsumption. Mens det forvaltningsretlige begreb abstrakt fortolkning svarer indholdsmæssigt til det fortolkningsbegreb, der ved nærværende anvendes i relation til menneskeretlige organers fortolkning, er det forvaltningsretlige begreb konkret subsumption et smallere begreb end begrebet anvendelse, som det vil blive anvendt i denne fremstilling. Begrebet anvendelse dækker således *dels* over den konkrete subsumption og *dels* over den konkrete hensynsafvejning, der skal ske, når både bestemmelsens generelle indhold og sagens konkrete forhold er fastslagt. Således kan afgørelser fra menneskeretlige kontrolorganer inddeles i en fase, der har karakter af abstrakt fortolkning, og en fase, der har karakter af konkret anvendelse, mens den konkrete anvendelse igen kan inddeles i subsumptionen og hensynsafvejningen (sidstnævnte kun såfremt den givne konventionsbestemmelse tillader det, jf. nedenfor om absolutte og relative rettigheder). Denne inddeling kan være mere eller mindre udtalt, og ofte vil en afgørelse være præget af en overvejende grad af det ene frem for det andet.

Hvor begreberne abstrakt fortolkning og konkret anvendelse vil blive anvendt om forskellige faser af prøvelsen, anvendes begrebet prøvelse som et overordnet begreb om hele organets stillingtagen til sagen. Følgende figur illustrerer, hvordan begreberne relaterer sig til hinanden som over- og underbegreber:



Figur 1

<sup>2</sup> Vedsted-Hansen, Jens: Danske udfordringer af det europæiske menneskerettighedssystem. I: Juristen nr. 5, årg. 99, s. 240

<sup>3</sup> Revsbech, Karsten m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner. Side 397, 6. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016.

<sup>4</sup> Ibid. s. 398

Sondringen mellem abstrakt fortolkning og konkret anvendelse vedrører den faktiske prøvelse. Opgavens formål om at undersøge prøvelsesintensiteten indebærer, at det således vil blive undersøgt, *med hvilken intensitet* de to organer fortolker og anvender, snarere end *hvordan* de fortolker og anvender. Det skal dermed undersøges, hvornår og med hvilken intensitet organerne hhv. foretager en abstrakt fortolkning og en konkret anvendelse, herunder subsumption og afvejning, samt hvornår organerne omvendt helt eller delvist afholder sig derfra.

### 1.3.2. Prøvelsesintensitet

Begrebet prøvelsesintensitet lægger op til en skala, hvorpå intensiteten af en prøvelse kan placeres som værende mere eller mindre intensiv. I den ene yderlighed af prøvelsesintensitetskalaen foretages som udgangspunkt en fuldstændig efterprøvelse, som om sagen aldrig var prøvet før. I den anden yderlighed foretages ingen efterprøvelse af statens afgørelse. Denne sondring er anvendt af Viljam Engström:

“At the far ends of the spectrum, review can range from de novo review to full deference. De novo review means that the reviewing body examines the case as if no prior decision had been made, whereas total deference means accepting the findings of the original decision, unless there is a serious procedural flaw”<sup>5</sup>

Således vil begrebet prøvelsesintensitet i nærværende fremstilling blive anvendt om graden til hvilken det internationale organ foretager en egentlig prøvelse af den nationale afgørelse, herunder både fortolkning og anvendelse, jf. figur 1 ovenfor.

## 2. FORHOLDET MELLEM NATIONALE OG INTERNATIONALE ORGANER

### 2.1. Indledende om subsidiaritetsprincippet

Ethvert organ, der har til opgave at efterprøve et underordnet organs afgørelse, skal tage stilling til, i hvilket omfang organet vil vise respekt for det underordnede organs afgørelse hhv. foretage en fuldstændig efterprøvelse. Diskussionen er således ikke begrænset til internationale menneskeretlige kontrolorganers prøvelse, men er lige så relevant hos forvaltningsmyndigheder, nationale domstole og andre internationale kontrolorganer, herunder kan eksempelvis nævnes EU-domstolen<sup>6</sup> og WTO's Dispute Settlement Procedure.<sup>7</sup> Spørgsmålet handler i sidste ende om kompetencefordelingen mellem myndigheder, og subsidiaritetsprincippet er i flere systemer et grundlæggende princip for reguleringen af denne kompetencefordeling.<sup>8</sup> Princippet findes i mange forskellige traditioner og antager forskellige former, men kan helt grundlæggende beskrives som ideen om, at beslutninger som udgangspunkt skal træffes af mindre enheder frem for mere overordnede enheder. Princippet indebærer i praksis, at der i tilfælde af kompetenceoverlap mellem forskellige myndigheder gælder en (fravigelig) formodning om, at kompetencen skal udøves på det laveste niveau. Inden for EU-retten, hvor subsidiaritetsprincippet er et centralt princip for forholdet mellem unionen og medlemsstaterne, har princippet udtrykkelig hjemmel i Traktaten om den Europæiske Union (TEU):

<sup>5</sup> Engström, Viljam: Deference and the Human Rights Committee. I: Nordic Journal of Human Rights nr. 34:2, 12.08.2016, s. 76

<sup>6</sup> Se eksempelvis TEU art. 234 om præjudicielle afgørelser. Om den kompetencefordeling, der heraf følger mellem nationale og internationale myndigheder, se EU-domstolens præjudicielle afgørelse i sagen C-14/09, pr. 31 (2009): “Et af de væsentligste kendetegn ved det retslige samarbejde, der er indført ved artikel 234 EF, er, at Domstolen besvarer et spørgsmål om fortolkning af EU-retten, som er forelagt for den, i mere abstrakte og almenlydige vendinger, hvorimod det tilkommer den forelæggende ret at træffe afgørelse i den for denne ret indbragte sag under hensyntagen til Domstolens besvarelse.”

<sup>7</sup> Se Croley, Steven P. og John H. Jackson: WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments. I: American Journal of International Law nr. 90, 01.04.1996, s. 211

<sup>8</sup> Se Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law nr. Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 38-79



“Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence, the Union shall act only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.”<sup>9</sup>

Reglen opstiller en formodning om, at kompetencen i tilfælde af kompetenceoverlap skal udøves på det lavere niveau - en formodning, der kan fraviges, såfremt målene bedre kan nås på EU-plan. Princippet er også anvendt inden for andre retssystemer, men har sjældent en tilsvarende direkte hjemmel. I FN-regi blev det overvejet forud for vedtagelsen af tillægsprotokol 1 til CESCER om etablering af en individuel klageadgang at indsætte en direkte hjemmel for subsidiaritetsprincippet. Forslaget blev droppet, men følgende artikel blev medtaget i protokollens art. 8:

“When examining communications under the present Protocol, the Committee shall consider the reasonableness of the steps taken by the State Party in accordance with part II of the Covenant. In doing so, the Committee shall bear in mind that the State Party may adopt a range of possible policy measures for the implementation of the rights set forth in the Covenant.”<sup>10</sup>

Således foreskriver bestemmelsen, at der tilkommer staten en vis frihed ved implementeringen, idet det anerkendes, at der kan tænkes mange mulige politikker til implementeringen af de konventionsbeskyttede rettigheder. For at nuancere forståelsen af subsidiaritetsprincippet som et princip for reguleringen af kompetencefordelingen mellem myndigheder kan der meningsfuldt kastes et blik på princippet teoretiske grundlag.<sup>11</sup> Subsidiaritetsprincippet findes i flere forskellige traditioner, og nogle har argumenteret for, at det kan spores helt tilbage til det antikke Grækenland.<sup>12</sup> I det følgende vil jeg forsøge at opridse nogle grundideer bag subsidiaritetsprincippet med udgangspunkt i den katolske tradition, mens det må holdes i mente, at en fyldestgørende redegørelse for de filosofiske aspekter af princippet ligger uden for omfanget og målet med denne fremstilling.<sup>13</sup> Ideerne er relevante, fordi de udgør det filosofiske fundament for subsidiaritetsprincippet som kompetencefordeling mellem myndigheder, som det anvendes i dag. I diskussionerne i afsnit 7 i denne fremstilling vil ideerne på den baggrund blive anvendt som et udgangspunkt for en normativ diskussion om internationale organers prøvelsesintensitet.

### *2.1.1. Den katolske tradition om subsidiaritet*

Den katolske tradition om subsidiaritet bygger på tre grundlæggende ideer. Den første er ideen om normativ individualisme: Individet har en ukrænkelig, iboende værdighed, som går forud for statens, familiens eller andre sociale grupper.<sup>14</sup> I den religiøse tradition forklares denne værdighed med, at

---

<sup>9</sup> TEU art. 5, stk. 3. Engelsk version citeret af pædagogiske årsager, fordi den danske version anvender begrebet nærhedsprincippet i stedet for subsidiaritetsprincippet.

<sup>10</sup> OP-CESCER art. 8, stk. 4

<sup>11</sup> Se Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law nr. Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 42 ff.

<sup>12</sup> Ibid. s 40

<sup>13</sup> Der henvises i stedet til: Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 38-79 ; Follesdal, Anders: The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. I: Jean Monnet Working Paper, nr. 12/11, 2011, s. 4-35 ; Endo, Ken: The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors. I: Hokkaido University nr. 44(6), 31.03.1994, s. 652-553; Arnardóttir, Oddný Mjöll: Rethinking the two margins of appreciation. I: European Constitutional Law Review nr. Vol. 12 No. 1, 11.04.2016, s. 27-53

<sup>14</sup> Se Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law nr. Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 42

mennesket skal realisere sit potentiale i Guds billede.<sup>15</sup> Den anden idé er, at individet af natur er socialt, og at det har behov for relationer for at realisere sin værdighed.<sup>16</sup> Den tredje idé er, at individet har behov for frihed til at realisere sin værdighed.<sup>17</sup> Ideerne er uadskilleligt forbundne, idet både individets relationer og respekten for individets frihed har til formål at muliggøre realiseringen af den iboende værdighed. Subsidiaritetsprincippet foreskriver, at denne forbindelse ikke blot gælder for individer, men for alle former for social interaktion. Således følger det af forbindelsen mellem første og anden idé, at mindre grupperinger realiserer deres formål i interaktionen med andre grupperinger, og at de overordnede grupperinger eksisterer med det formål at løfte de enkelte mindre grupperinger. Virkningen er, at hver enkelt overordnet gruppering skal tjene de enkelte undergrupperinger, og at det i sidste ende er det enkelte individs iboende værdighed, der skal realiseres.<sup>18</sup> Samtidig følger det af forbindelsen mellem første og tredje idé, at de overordnede grupperinger skal respektere individets frihed og således afholde sig fra at blande sig i individets forhold, såfremt det ikke er nødvendigt til realiseringen af individets formål. Fra disse tre ideer og deres indbyrdes sammenhæng kan det udledes, at der gælder *dels* en positiv forpligtelse for den overordnede gruppering til at blande sig, såfremt den underordnede gruppering ikke kan nå sit mål selv, og *dels* en negativ forpligtelse for den overordnede gruppering til at undlade at indblende sig i forhold, hvor den mindre gruppering er bedst tjent med friheden til selv at handle.<sup>19</sup> Carozza konkluderer herom, at “Subsidiarity is therefore a somewhat paradoxical principle. It limits the state, yet empowers and justifies it. It limits intervention, yet requires it. It expresses both a positive and a negative vision of the role of the state with respect to society and the individual.”<sup>20</sup> Subsidiaritetsprincippet indeholder dermed både en negativ og en positiv forpligtelse for den overordnede gruppering.

Svagheden ved den katolske tradition om subsidiaritet er dens udgangspunkt: den teologiske præmis.<sup>21</sup> En præmis om, at mennesket skal realisere sig selv i Guds billede, begrænser som udgangspunkt traditionens rækkevidde til de, der deler denne opfattelse. På den anden side har andre teoretikere købt præmissen om menneskets ukrænkelige værdighed også med Gud ude af ligningen.<sup>22</sup> Navnlig i menneskeretlig sammenhæng bør dette ikke være en vanskelig opgave: Ideen om, at mennesket har en iboende værdighed, er også grundlæggende for det naturretlige menneskesyn, der er afspejlet i de første erklæringer om menneskerettigheder og videreført i nutidens folkeretligt bindende konventioner om menneskerettigheder.<sup>23</sup> Den amerikanske uafhængighedserklæring begrundes i overensstemmelse med ræsonnementet i den katolske tradition om subsidiaritet menneskets ufortabelige rettigheder med en henvisning til Gud: Erklæringen fastslår, at alle mennesker er *skabt* lige, og at det

---

<sup>15</sup> Follesdal, Anders: The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. I: JEAN MONNET WORKING PAPER nr. 12/11, 2011, s. 14

<sup>16</sup> Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 43 ; Endo, Ken: The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors. I: Hokkaido University nr. 44(6), 31.03.1994, s. 616

<sup>17</sup> Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 43

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Endo, Ken: The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors. I: Hokkaido University nr. 44(6), 31.03.1994, s. 642 ; Follesdal, Anders: The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. I: Jean Monnet Working Paper, nr. 12/11, 2011, s. 15

<sup>20</sup> Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 44

<sup>21</sup> Follesdal, Anders: The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. I: Jean Monnet Working Paper, nr. 12/11, 2011, s. 14

<sup>22</sup> Se Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 38-79

<sup>23</sup> Bring, Ove: The Notion of Human Rights and the Issue of Cultural Relativism. Crawford, James m.fl.: I: The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2017. side 548.

er *skaberen*, der har begavet mennesket med en række ufortabelige rettigheder.<sup>24</sup> Ræsonnementet for menneskerettighederne i den amerikanske uafhængighedserklæring er således naturretlig, idet rettighederne anses for givne på forhånd, men i en religiøs for-klædning, idet det begrundes med *skabere*s vilje. Efter inspiration fra den amerikanske uafhængighedserklæring blev den franske Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen - efter en væsentligt mere brutal proces end den amerikanske - vedtaget i 1789. Erklæringen statuerer: "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune."<sup>25</sup> Synspunktet fra den amerikanske erklæring om, at mennesker er lige, er dermed afspejlet i den franske erklæring. I modsætning til den amerikanske erklæring er menneskerettighederne dog ikke forklaret med en henvisning til skaberen, men er blot givet ved fødslen - de følger af *menneskets natur*. FN's Verdenserklæring om Menneskerettighederne - vedtaget i 1948 med tydelig inspiration fra de to erklæringer - indleder erklæringen med i en bisætning eksplicit at statuere menneskets iboende værdighed. Således er præmissen om menneskets iboende værdighed en lige så grundlæggende præmis i de nævnte erklæringer som i den katolske tradition om subsidiaritet. Omend jurister ikke nødvendigvis forstår folkeretligt bindende konventioner om menneskerettigheder, herunder EMRK og ICCPR, som værende et udslag af denne naturretlige menneskerettighedstænkning, må det lægges til grund, at præmissen for subsidiaritetsprincippet om individets iboende værdighed også er en grundlæggende præmis i menneskeretlige konventioner. Præmissen kan derfor næppe anfægtes i en menneskeretlig sammenhæng, selvom det religiøse element i den katolske tradition udelades fra læsningen.

Den næste svaghed er, at det forbliver uklart, hvad realiseringen af individets værdighed konkret indebærer, herunder også hvornår realiseringen tillader eller eventuelt kræver en indblanding fra den overordnede gruppering, samt i øvrigt hvilken af flere relevante grupperinger, der er ansvarlig.<sup>26</sup> Svagheden indebærer, at subsidiaritetsprincippet sjældent i sig selv giver et svar på spørgsmålet om indblanding eller ikke-indblanding. Det kræver en nærmere stillingtagen til, hvordan princippet skal implementeres i en konkret situation, eksempelvis mellem to konkrete myndigheder hvorimellem der eksisterer et over-/underordningsforhold. Derfor er princippet også sidenhen udviklet i mange forskellige retninger i både forvaltningsretlig og folkeretlig juridisk teori samt i praksis hos relevante prøvelsesorganer.

### 2.1.2. To dimensioner af subsidiaritetsprincippet

Der er fra flere sider i den internationale juridiske litteratur argumenteret for, at subsidiaritetsprincippet som anvendt hos internationale kontrolorganer har to dimensioner, omend terminologien er varierende. Princippet har dels en *funktionel* dimension vedrørende formelle/ydre hensyn bag kompetencefordelingen mellem institutioner og dels *normativ* dimension vedrørende spørgsmålet om, hvor en given kompetence mest hensigtsmæssigt udøves.<sup>27</sup>

Den normative dimension af subsidiaritetsprincippet vedrører det synspunkt, at den lavere myndighed ofte vil være *bedre egnet* til at udøve en given kompetence. Dette kan eksempelvis skyldes lokal-kendskab, demokratisk legitimitet eller kendskab til nationale retsregler. Der gælder på den baggrund

---

<sup>24</sup> The American Declaration of Independence, p. 2

<sup>25</sup> Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen art. 1

<sup>26</sup> Follesdal, Anders: The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. I: JEAN MONNET WORKING PAPER nr. 12/11, 2011, s. 14

<sup>27</sup> Se Arnardóttir, Oddný Mjöll: Rethinking the two margins of appreciation. I: European Constitutional Law Review nr. Vol. 12 No. 1, 11.04.2016, s. 39 ff. ; Helfer, Laurence R.: Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. I: The European Journal of International Law nr. 1, 19, s. 128 ff. ; Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 57

en formodning om, at nationale myndigheder er substantielt bedre egnede end internationale organer til at tage stilling til visse nationale anliggender.

Hvor den normative dimension er den centrale i den katolske tradition om subsidiaritet som beskrevet ovenfor, har subsidiaritetsprincippet, som det i dag anvendes i det internationale samfund til kompetencefordelingen mellem over-/ og underordnede myndigheder, også en funktionel dimension. Den funktionelle dimension vedrører de hensyn bag kompetencefordelingen, der ikke er direkte forbundet med den materielle bedst forsvarlige kompetencefordeling. Det gælder eksempelvis hensyn til begrænsede ressourcer og til et ønske om effektivitet ud fra en præmis om, at en klar kompetencefordeling ned gennem et system giver den største effektivitet, og at højere instanser ikke bør belastes mere end nødvendigt. Det centrale hensyn er her hensynet til effektiv fordeling af kompetence snarere end hensynet til, hvad der tjener den underordnede gruppering bedst. Et andet element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet er en konsekvens af, at fundamentet for staternes konventionsforpligtelser er deres frivillige samtykke til forpligtelsen. Konstruktionen medfører, at det er klogt af den overordnede gruppering at begrænse sin indblanding til de tilfælde, hvor den underordnede gruppering viser sig utilstrækkelig, til sikring af institutionens fortsatte demokratiske og politiske legitimitet.<sup>28</sup> Jeg vil på den baggrund argumentere for, at indholdet af den funktionelle dimension meningsfuldt kan inddeles i to elementer, som jeg vil kalde for det medierende element og det optimerende element. Det *medierende* element vedrører ønsket om at sikre organets legitimitet, og det *optimerende* element vedrører ønsket om at sikre organets effektivitet.

## **2.2. Subsidiaritetsprincippet på menneskerettighedsområdet**

Som det er beskrevet ovenfor afsnit 2.1.1 er ideen om individets iboende værdighed en grundlæggende præmis i den katolske tradition om subsidiaritet, og denne præmis er tilsvarende grundlæggende for ideen om internationale menneskerettigheder. Allerede som følge heraf kan der meningsfuldt spørges, om subsidiaritetsprincippet har en særlig rolle på menneskerettighedsområdet. I dette afsnit vil der blive beskrevet nogle særlige karakteristika ved menneskerettigheder i forhold til øvrig folkeret, og det vil blive drøftet, i hvilket omfang disse karakteristika begrundet en særlig rolle for subsidiaritetsprincippet på menneskerettighedsområdet.

### *2.2.1. Særlige karakteristika for menneskerettigheder*

#### *2.2.1.1. Suverænitetsskrænking*

Tilblivelsen af traktater om menneskerettigheder er et brud med det traditionelle udgangspunkt om, at forholdet mellem stater og borgere er et internt anliggende. Når statens behandling af borgerne bliver genstand for international regulering, sker der således en indskrænkning i staternes suverænitet. Dette har historisk været et tilbagevendende diskussionspunkt ved stiftelsen af nye menneskeretlige forpligtelser for staterne. Det gælder ikke mindst ved stiftelsen af individuelle klageadgange, der udgjorde et stort indgreb i staternes suverænitet ved at tillade individet at udfordre staten foran et internationalt organ.<sup>29</sup> Under forhandlingerne omkring vedtagelsen af den individuelle klageadgang til ICCPR argumenterede modstandere således for, at alene stater er internationale retssubjekter, og at den interstatslige klageadgang er fuldt ud tilstrækkelig til at sikre rettighederne i ICCPR.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Arnardóttir, Oddný Mjöll: Rethinking the two margins of appreciation. I: European Constitutional Law Review nr. Vol. 12 No. 1, 11.04.2016, s. 40 ; Mcgoldrick, Dominic: A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee. I: International and Comparative Law Quarterly nr. 65, 01.01.2016, s. 26

<sup>29</sup> Tyagi, Yogesh: The UN Human Rights Committee Practice and Procedure. 1. udg. Cambridge, 2011. S. 392

<sup>30</sup> A/2929: General Assembly, tenth session. s. 81, p. 63 (Travaux préparatoires)

### 2.2.1.2. Vertikal forpligtelse

Menneskerettigheder er rettigheder, som individet har over for staten, og dermed også forpligtelser, som staten har over for individet. Uanset at menneskerettigheder også har en vis betydning i interstatlige relationer, forbliver essensen af rettighederne reguleringen af forholdet mellem staten og individet og således en vertikal forpligtelse. Hvor folkeretten traditionelt regulerer de horisontale forpligtelser stater imellem, er menneskerettighedernes vertikale karakter således et særligt træk, hvorved området adskiller sig fra den øvrige folkeret.<sup>31</sup> Den vertikale forpligtelse indebærer, at forholdet, som menneskerettighederne regulerer, ikke er karakteriseret ved den samme symmetri som det er tilfældet inden for den øvrige folkeret. I stedet for at regulere forholdet mellem to kontraherende aftaleparter, reguleres forholdet mellem en aftalepart og en tredjemand.<sup>32</sup> Det anføres til tider, at menneskerettighedernes vertikale karakter er særligt relevant vedrørende de civile og politiske rettigheder - de såkaldte førstegenerationsmenneskerettigheder, der blandt andet er reguleret i EMRK og ICCPR. Det skyldes en betragtning om, at rettighederne kun indebærer negative forpligtelser for staterne, ligesom de ikke har nogen tredjemandsvirkning, i modsætning til andre grupper af menneskerettigheder, hvor private parter i højere grad indirekte forpligtes.<sup>33</sup> Opfattelsen er kritiseret af Martin Scheinin, der blandt andet påpeger, at også førstegenerationsmenneskerettighederne indebærer positive forpligtelser for staten.<sup>34</sup> Jeg deler dette synspunkt og er ikke af den opfattelse, at sondringen mellem positive og negative rettigheder har nogen betydning i relation til spørgsmålet om rettighedernes vertikale karakter.

### 2.2.1.3. Menneskerettighedernes moralske karakter

Birgit Schlütter peger på menneskerettighedernes særlige moralske karakter som endnu et særpræg ved menneskerettigheder i forhold til øvrig folkeret.<sup>35</sup> Hendes betragtning er, at menneskerettigheder ud fra en klassisk naturretstænkning eksisterer uden for mennesket som nogle normer uafhængige i magtstrukturer og individuelle overbevisninger, hvorfor selve menneskerettighedskonventionerne ikke nødvendigvis er afgørende for eksistensen af de pågældende rettigheder - de eksisterer muligvis i et vist omfang som *jus cogens*-forpligtelser.

### 2.2.2. En særlig plads for subsidiaritetsprincippet på menneskerettighedsområdet?

Spørgsmålet er, om en eller flere af ovennævnte særlige karakteristika for menneskerettigheder kan begrunde, at subsidiaritetsprincippet har en særlig plads på netop menneskerettighedsområdet. Viljam Engström argumenterer for, at den moralske karakter af menneskerettighedskonventionens indhold indebærer en større forventning om respekt ("deference") for de nationale myndigheder ved internationale kontrolorganer:

"Since international human rights protection mechanisms essentially aim at affecting the values and policies of societies, a claim can be made that such mechanisms naturally raise an expectation of deference. In particular, the more unsettled the normative content of a particular obligation is, the stronger the mediating role of deference becomes. Some questions also seem by their nature to elicit a higher degree of deference, such as national security concerns or matters of resource allocation. The more the norms at stake raise questions that are anchored in domestic political choices, the stronger the expectation of deference will be. This way the substantive interpretation of legal obligations may turn into a dispute over whether a particular question can be legitimately

---

<sup>31</sup> Evans, Malcolm D.: International Law. 4. udg. Oxford University Press, 2014, s. 793

<sup>32</sup> Scheinin, Martin: Characteristics of Human Rights Norms. Krause, Catarina og Martin Scheinin: I: International Protection of Human Rights: A Textbook. 1. udg. Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2009. side 19

<sup>33</sup> Bring, Ove: The Notion of Human Rights and the Issue of Cultural Relativism. Crawford, James m.fl.: I: The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2017. side 54

<sup>34</sup> Scheinin, Martin: Characteristics of Human Rights Norms. Krause, Catarina og Martin Scheinin: I: International Protection of Human Rights: A Textbook. 1. udg. Åbo Akademi University Institute for Human Rights, 2009. side 24

<sup>35</sup> Schlütter, Birgit: UN Treaty Bodies: Law and Legitimacy. Keller, Hellen og Geir Ulfstein: I: UN Treaty Bodies: Law and Legitimacy. 1. udg. Cambridge University Press, 2011. side 264

settled by the international court or tribunal. In this sense, deference may be construed as a way of preserving the authority of the reviewing body.”<sup>36</sup>

Han ser således en sammenhæng mellem den normative karakter af de tegnede forpligtelser og vigtigheden af, at det internationale kontrolorgan udviser en vis respekt for den nationale vurdering. Synspunktet hænger sammen med den ovenfor beskrevne suverænitetsskrænking. Idet det internationale kontrolorgans respekt for de nationale myndigheders afgørelse anses for en måde hvorpå kontrolorganet kan bevare sin autoritet, afspejler synspunktet det medierende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet: fordi fundamentet for staternes konventionsforpligtelser er deres frivillige samtykke til forpligtelsen, er kontrolorganernes legitimitet afhængige af fortsat frivillig opbakning fra medlemsstaterne. Sammenhængen mellem den normative karakter af de tegnede forpligtelser og vigtigheden af at udvise respekt for den nationale vurdering kan dog også forklares med den normative dimension af subsidiaritetsprincippet ud fra en betragtning om, at de nationale myndigheder som følge af et bedre kendskab til den nationale moralopfattelse og til nationale værdier vil være bedre egnede til at foretage vurderinger af menneskeretlige spørgsmål. Herved anerkendes Schlütters præmis om, at rettighederne har en særlig moralsk dimension, men hvor den moralske dimension i hendes argumentation medfører, at rettighederne i et vist omfang er universelle og således uafhængige af eksisterende magtstrukturer og kulturforskelle i de enkelte undergrupperinger, medfører den moralske dimension ifølge Engström, at der er et behov for en vis grad af kulturel relativisme.

Carozza argumenterer for, at subsidiaritetsprincippet skal ansues som et strukturelt princip i international menneskeret:

“The principle of subsidiarity, instead, gives us a conceptual tool to mediate the polarity of pluralism and the common good in a globalized world and helps us make sense of international human rights law. I argue that we should regard subsidiarity as a structural principle of international human rights law.”<sup>37</sup>

Hans argument er, at international menneskeret bygger på de samme grundlæggende ideer som subsidiaritetsprincippet. Det er allerede beskrevet, hvordan menneskets iboende værdighed er en grundidé også for international menneskeret. Dertil kommer ifølge Carozza, at både sociale fællesskaber og individets frihed endvidere er grundideer for international menneskeret. Individets frihed som en grundidé i menneskerettighedstænkningen er afspejlet i de forskellige internationale konventioner om borgerlige og politiske rettigheder, der alle indeholder bestemmelser om beskyttelsen af individets frihed. Sociale fællesskaber som en grundidé i menneskerettighedstænkningen kan begrundes med, at flere menneskerettigheder indebærer både positive og negative forpligtelser for staten, jf. herom nærmere nedenfor afsnit 3.3. På den måde er grundideerne i subsidiaritetsprincippet også grundideer for internationale menneskeret. Det vil imidlertid senere i denne fremstilling blive synligt, at der trods disse fælles grundideer er nogle væsentlige forskelle mellem de to ideer, jf. nedenfor afsnit 7.2.3.

### **3. DE BESKYTTEDE RETTIGHEDER OG ADGANGEN TIL BEGRÆNSNING**

Det er en grundlæggende, iboende forudsætning i de fleste bestemmelser om menneskerettigheder, at de i visse tilfælde kan begrænses. Denne begrænsningsadgang kan fremgå mere eller mindre eksplicit af bestemmelsen, og der kan være knyttet forskellige betingelser til staternes udøvelse af adgangen. Det fremgår således af FN's universelle menneskerettighedserklærings art. 29:

“In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.”

<sup>36</sup> Engström, Viljam: Deference and the Human Rights Committee. I: Nordic Journal of Human Rights nr. 34:2, 12.08.2016. S. 75

<sup>37</sup> Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, Vol. 97 No. 1, 01.01.2003, s. 38

Ligeledes gælder det for de fleste rettigheder i både EMRK og ICCPR, at rettighederne ikke er absolutte, men tillader en vis gradbøjning: Det gælder for de negative forpligtelser til at undlade at gøre indgreb i de beskyttede rettigheder, at der under forudsætning af, at de relevante betingelser er opfyldt, lovligt kan gøres indgreb i rettighederne under forfølgning af legitime formål. Tilsvarende gælder det for de positive forpligtelser til at foretage visse aktive handlinger til sikring af de beskyttede rettigheder, at forpligtelsernes udstrækning varierer. I dette afsnit skal det behandles, dels hvilke rettigheder, der kan gradbøjes, og dels under hvilke betingelser, gradbøjningen kan ske efter de to konventioner.

### **3.1. Relative og absolutte rettigheder**

Indholdsmæssigt har EMRK og ICCPR meget til fælles, idet begge konventioner indeholder de *klassiske menneskerettigheder* eller førstegenerationsrettigheder,<sup>38</sup> dvs. frihedsrettigheder og politiske rettigheder. Begge konventioner indeholder bestemmelser om frihedsberøvelse, forbud mod tortur, ret til retfærdig rettergang, ret til respekt for privatliv og familieliv samt en række frihedsrettigheder (religionsfrihed, ytringsfrihed, foreningsfrihed og forsamlingsfrihed). Endvidere er begge konventioner relativt korte og indeholder nogle bredt formulerede bestemmelser, der dermed ofte indebærer en væsentlig fortolkningsopgave.

I begge konventioner kan der i teorien sondres mellem absolutte og relative rettigheder. De absolutte rettigheder er karakteriserede ved at, de ikke kan fraviges og ikke tillader nogen gradbøjning. Som eksempel kan nævnes EMRK art. 3 og ICCPR art. 7, hvorefter ingen må underkastes tortur, og EMRK art. 7 og ICCPR art. 15, der begge forbyder straf uden hjemmel i lov på gerningstidspunktet (tilbagevirkende kraft). Som det fremgår af bestemmelsernes ordlyd gælder der ingen undtagelser fra disse regler. Over for de absolutte rettigheder står de relative rettigheder, som er karakteriserede ved, at konventionsteksten hjemler en fravigelse af rettigheden. Foruden de absolutte og relative rettigheder er der en kategori af rettigheder, der befinder sig et sted midt i mellem - de underforståede begrænsninger. Disse rettigheder er kendetegnede ved, at de på trods af ikke at indeholde en direkte undtagelseshjemmel alligevel i kraft af ordlyden indeholder en fortolkningsadgang, hvorefter der kan anlægges en mere eller mindre restriktiv fortolkning. I det følgende vil de 3 forskellige kategorier af rettigheder blive gennemgået nærmere med illustrerende eksempler fra ICCPR og EMRK.

#### **3.1.1. Relative rettigheder**

Et kerneeksempel på relative rettigheder er at finde i EMRK art. 8-11, som alle følger den samme struktur: Den beskyttede rettighed er indeholdt i stk. 1 (respekt for privatlivet, religionsfrihed, ytringsfrihed samt forsamlings- og foreningsfrihed), og i bestemmelsens stk. 2 er der indeholdt en række hensyn, der kan begrunde et indgreb i den beskyttede rettighed og således en fravigelse af bestemmelsen. Tilsvarende for ICCPR findes de relative rettigheder i ICCPR art. 18-19 og 21-22, som ikke er struktureret nær så homogent som bestemmelserne i EMRK, men hvori princippet om en rettighed efterfulgt af en adgang til fravigelse er det samme. Fra EMRK kan som eksempel på den adgang til fravigelse, der følger af selve bestemmelsen og dermed kvalificerer rettigheden som en relativ rettighed, nævnes EMRK art. 8, stk. 2, der giver adgang til at fravige hovedreglen om ret til familieliv og privatliv i stk. 1:

“There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

---

<sup>38</sup> Nowak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005, s. XX

Tilsvarende indeholder ICCPR's art. 17 vedrørende ret til respekt for familieliv og privatliv ikke nogen eksplicit adgang til fravigelse, idet det blot fremgår af bestemmelsen, at "no one shall be subjected to *arbitrary* or *unlawful* interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honor and reputation [kursivering foretaget her]". Selvom bestemmelsen ikke indebærer nogen eksplicit adgang til fravigelse kan det modsætningsvis slutes, at et indgreb i retten til familieliv og privatliv, der ikke er *arbitrary* eller *unlawful* vil være lovligt efter konventionen. Dermed er bestemmelsen ikke en relativ rettighed i samme forstand som EMRK art. 8, men et eksempel på de såkaldte underforståede begrænsninger, jf. herom nærmere nedenfor.

Et eksempel på en relativ rettighed i ICCPR er art. 18 om religionsfrihed, hvor der er indeholdt en adgang til fravigelse i stk. 3:

"Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others."

Bestemmelsen opstiller en række betingelser for, at hovedreglen i stk. 1 lovligt kan fraviges. Disse betingelser svarer til betingelserne i den tilsvarende bestemmelse om religionsfrihed i EMRK art. 9. De enkelte indgrebsbetingelser vil blive behandlet nedenfor i afsnit 3.2.

### 3.1.2. Underforståede begrænsninger

Et sted midt imellem de absolutte og de relative rettigheder befinder sig en række konventionsbestemmelser, der ikke indeholder en direkte undtagelsehjælp, men som i kraft af ordlyden indeholder en fortolkningsadgang, hvorefter der kan anlægges en mere eller mindre restriktiv fortolkning. Disse bestemmelser betegnes af Jonas Christoffersen som "implied limitations" - underforståede begrænsninger.<sup>39</sup> Denne terminologi anvendes også her.

Fra ICCPR kan som et eksempel nævnes den netop omtalte art. 17 vedrørende retten til respekt for familieliv og privatliv. Fra bestemmelsens forbud mod "arbitrary or unlawful interference" kan det modsætningsvis slutes, at et indgreb, der ikke er "arbitrary or unlawful" er lovligt efter konventionen, og der er dermed afgørende for indgrebets lovlighed, om et givent indgreb opfylder disse kriterier. Ved denne vurdering kan der anlægges en mere eller mindre restriktiv fortolkning. Bestemmelsens strukturelle forskellighed fra EMRK art. 8 medfører, at adgangen til fravigelse som følge af selve konventionsteksten som udgangspunkt er grundlæggende forskellig efter de to regler. Det var omdiskuteret forud for vedtagelsen af ICCPR, om der skulle tilføjes en eksplicit adgang til fravigelse i overensstemmelse med EMRK art. 8. Bekymringen ved ikke at have en eksplicit adgang var, at adgangen dermed blev for bred, fordi det ville være op til den enkelte stat at vurdere, om et givent formål var legitimt.<sup>40</sup> HRC har dog i sin praksis vedrørende art. 17 nærmet sig EMD's doktrinelle fremgangsmåde, jf. herom nærmere nedenfor afsnit 6.2.

Der findes også tilfælde af underforståede begrænsninger i EMRK, og som eksempler kan nævnes art. 5<sup>41</sup> og art. 6 om hhv. forbud mod frihedsberøvelse og retten til en retfærdig rettergang. Om sidstnævnte rettighed udtalte EMD i sagen *Golder v. the United Kingdom*, at "the right of access to the courts is not absolute. As this is a right which the Convention sets forth (...) without, in the nar-

<sup>39</sup> Christoffersen, Jonas: *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019, s. 78 ; Schaumburg-Müller, Sten m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - med kommentarer*. 3. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2011, s. 15

<sup>40</sup> Nowak, Manfred: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005, s. 381

<sup>41</sup> EMD: *Engel and Others v. the Netherlands*, pr. 59 (1976)



rower sense of the term, defining, there is room, apart from the bounds delimiting the very content of any right, for limitations permitted by implication.”<sup>42</sup> De underforståede begrænsninger vedrører dermed rettigheder, der efter deres karakter implicerer en form for begrænsning. Opgaven er at finde en balance mellem på den ene side beskyttelsen af individets interesser og på den anden side samfundets interesser.<sup>43</sup>

### 3.1.3. Absolutte rettigheder

Den sidste kategori af rettigheder er de absolutte rettigheder, der er karakteriserede ved, at de ikke kan begrænses ved en proportionalitetsafvejning. Ethvert indgreb i en absolut rettighed vil være i strid med rettighedens absolutte natur. I overensstemmelse med det teoretiske udgangspunkt om de absolutte rettigheders absolutte natur udtaler EMD om EMRK art. 3 i sagen *Gäfgen v. Germany*:<sup>44</sup>

“The philosophical basis underpinning the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions or justifying factors or balancing of interests, irrespective of the conduct of the person concerned and the nature of the offence at issue.”<sup>45</sup>

EMD foretager i sagen derfor alene en vurdering af, om den behandling, *Gäfgen* har fået af myndighederne, kan karakteriseres som “torture or (...) inhuman or degrading treatment or punishment”, mens myndighedernes (i øvrigt legitime) formål med indgrebet ikke tillægges betydning ved prøvelsen.

Ordlyden af ICCPR art. 7, 1. pkt. er identisk med EMRK art. 3 med undtagelse af, at art. 7 foruden forbud mod “inhuman or degrading treatment or punishment” også forbyder “cruel” treatment or punishment”. Denne detalje afspejler næppe nogen realitetsforskel mellem udstrækningen af forbudet i de to traktater.<sup>46</sup>

Uanset den kompromisløse fortolkning af EMRK art. 3 anlagt i *Gäfgen*-sagen vil det være forkert at statuere, at art. 3 således indebærer de samme krav uafhængigt af konteksten. Sagen *Tyrer v the United Kingdom* vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt form for fysisk afstraffelse (*brinching*) er i strid med EMRK art. 3, og sagen aktualiserer således bestemmelsens sidste led. EMD statuerer indledningsvis, at det kræver et vist niveau af ydmygelse, for at en straf kan betegnes som nedværdigende (*degrading*). Denne udtalelse vedrører selve bestemmelsens udstrækning og er således et spørgsmål om abstrakt fortolkning. Herefter udtaler EMD sig i en generel vending om undersøgelsen af, om et konkret tilfælde falder ind under bestemmelsen:

“The assessment is, in the nature of things, relative: it depends on all the circumstances of the case and, in particular, on the nature and context of the punishment itself and the manner and method of its execution.”<sup>47</sup>

EMD fastholder således bestemmelsens absolutte karakter af rettigheden i art. 3 i den forstand at en konstateret mishandling altid vil udgøre en krænkelse af art. 3. Derimod er undersøgelsen af, hvorvidt der overhovedet er tale om mishandling, relativ og afhænger af *alle omstændighederne i sagen*.

---

<sup>42</sup> EMD: *Golder v. United Kingdom*, pr. 38 (1975)

<sup>43</sup> Se også EMD: *Belgian Linguistic Case*, pr. 5 (1968)

<sup>44</sup> Afgørelsen er kritiseret i Greer, Steven: Is the prohibition against Torture, Cruel, Unhuman and Degrading Treatment Really "absolute" in International Human Rights Law?. I: *Human Rights Law Review* nr. 15, 29.04.2015, s. 101-137

<sup>45</sup> EMD: *Gäfgen v. Germany*, pr. 107 (2010)

<sup>46</sup> Battjes, Hemme: In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed. I: *Leiden Journal of International Law* nr. 22, 2009, s. 591, n. 31

<sup>47</sup> EMD: *Tyrer v United Kingdom*, pr. 30

Denne formulering er gentaget af EMD i sagen *Soering v. the United Kingdom*, der vedrører udlevering af en dobbeltdrabsmand til USA, hvor han har dødsstraf i udsigt. Spørgsmålet i sagen er, om udleveringen udgør en krænkelse af art. 3. EMD fastslår i overensstemmelse med præjudikatet i *Gäfgen-sagen*, at art. 3 er absolut og ikke giver nogen hjemmel til undtagelse.<sup>48</sup> Herefter udtaler EMD, at mishandling efter art. 3 skal være af et vist minimumsniveau for at udgøre en krænkelse af art. 3. Om undersøgelsen af dette minimumsniveau udtaler EMD:

“The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the nature and context of the treatment or punishment, the manner and method of its execution, its duration, its physical or mental effects and, in some instances, the sex, age and state of health of the victim.”<sup>49</sup>

Udstrækningen af de omstændigheder, der kan tages i betragtning ved vurderingen, bliver yderligere belyst i afgørelsen *Khlaifia and others v. Italy*. EMD fastslår indledningsvis den absolutte karakter af art. 3: “The prohibition in question is absolute, for no derogation from it is permissible even in the event of a public emergency(...)”.<sup>50</sup> Herefter anfører EMD, at mishandlingen skal være af en vis alvorlig karakter, før den falder inden for området for art. 3, og at undersøgelsen af, om det er tilfældet, er relativ. Om de faktorer, der kan inddrages ved denne undersøgelse, udtaler EMD:

“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 (...)  
(b) The context in which the ill-treatment was inflicted, such as an atmosphere of heightened tension and emotions (...).  
(c) Whether the victim is in a vulnerable situation, which is normally the case for persons deprived of their liberty.”<sup>51</sup>

Resultatet af denne fortolkning er, at en given behandling kan tænkes at udgøre mishandling, og således en krænkelse af art. 3, i ét tilfælde, mens den samme behandling under andre omstændigheder ikke vil udgøre mishandling. Fortolkningen medfører, at der er et betydeligt relativt element i art. 3 på trods af det tilsyneladende absolutte forbud.

Om den tilsvarende bestemmelse ICCPR art. 7 skriver Manfred Nowak, at “whether physical or mental pain can be termed “severe” (...) depends on the victim’s subjective feeling. This qualification can be made only in a given case by carefully balancing all circumstances, including the victim’s subjective pain tolerance.”<sup>52</sup> Det subjektive element indebærer, at der også for så vidt angår ICCPR art. 7 kan tænkes behandlinger, der i ét tilfælde vil blive betragtet som i strid med bestemmelsen, mens en tilsvarende behandling i et andet tilfælde ikke vil. Jeg har dog ikke kunnet finde eksempler på, at HRC eksplicit har betegnet vurderingen af, om en behandling er i strid med art. 7, som relativ.

Det er således fastslået, at både EMRK og ICCPR indeholder både absolutte og relative rettigheder, og at der i hvert fald i EMD's praksis også er et relativt element i vurderingen af påberåbte krænkelse af absolutte rettigheder. Imellem de absolutte og de relative rettigheder findes de forudsatte begrænsninger.

---

<sup>48</sup> EMD: *Soering v. the United Kingdom*, pr. 88 (1989)

<sup>49</sup> *Ibid.*, pr. 100

<sup>50</sup> EMD: *Khlaifia and others v. Italy*, pr. 158 (2016)

<sup>51</sup> *Ibid.*, pr. 161

<sup>52</sup> Nowak, Manfred: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005. S. 162

### 3.2. Indgreb i de beskyttede rettigheder

Adgangen for stater til at gøre indgreb i de relative, konventionsbeskyttede rettigheder i EMRK (art. 8-11) følger som nævnt af selve konventionsteksten, idet bestemmelsernes stk. 2 giver en adgang til fravigelse. Bestemmelserne indeholder tre betingelser for, at et konstateret indgreb i den konventionsbeskyttede rettighed er lovligt. De tre betingelser, der alle skal være opfyldt, er som følger:

1. Indgrebet har lovhjemmel
2. Indgrebet tjener et legitimt formål
3. Indgrebet er proportionelt

Som de senere analyser i denne fremstilling vil vise anvender EMD de tre betingelser som en fast doktrin ved sin stillingtagen til lovligheden af et indgreb i konventionsbeskyttede rettigheder. De relative rettigheder i ICCPR (art. 18-19 og art. 21-22) indeholder ligeledes en række betingelser under hvilke der lovligt kan gøres indgreb i rettighederne. Selvom de fire bestemmelser om relative rettigheder i ICCPR ikke er struktureret lige så homogent som de fire bestemmelser om relative rettigheder i EMRK, indeholder ICCPR-bestemmelserne de grundlæggende samme tre betingelser om lovhjemmel, legitimt formål og proportionalitet.

I dette afsnit vil indholdet af de tre betingelser efter de to konventioner blive behandlet. I det efterfølgende afsnit 3.3 vil det blive behandlet, i hvilken udstrækning stater kan tilsidesætte *positive* forpligtelser efter konventionen.

#### 3.2.1. Indgrebet har lovhjemmel

Kravet om lovhjemmel i EMRK indebærer ifølge EMD et krav om, at indgrebet har hjemmel i national lovgivning. Det er yderligere et krav, at lovgivningen er tilgængelig for det berørte individ, og at loven er formuleret med en sådan præcision, at det er muligt for individet at forudse sin retsstilling.<sup>53</sup> HRC har i en generalkommentar givet nogle generelle betragtninger om lovkravet efter ICCPR art. 19 vedrørende retten til ytringsfrihed. Det følger af kommentaren, at lovkravet indebærer et krav om, at loven skal være formuleret med en tilstrækkelig præcision, således at individet er i stand til at regulere sin adfærd på baggrund af loven, samt et krav om, at loven er tilgængelig og offentlig.<sup>54</sup> De to organers forståelse af lovkravet er således mere eller mindre sammenfaldende.

#### 3.2.2. Indgrebet tjener et legitimt formål

Såfremt en konventionsbeskyttet rettighed tillader en begrænsning, og begrænsningen er foreskrevet ved lov, er det en forudsætning for lovligheden af et indgreb i rettigheden efter både EMRK og ICCPR, at indgrebet tjener et legitimt formål. De legitime formål, der kan begrunde et indgreb, fremgår udtrykkeligt af selve bestemmelserne. Disse legitime formål udgør undtagelser til hovedreglen, og de skal fortolkes indskrænkende. Der kan dermed efter almindelige fortolkningsprincipper ikke indfortolkes yderligere begrænsninger. Derimod er formålene bag et indgreb i de underforståede begrænsninger ikke reguleret i konventionen, og for disse rettigheder giver konventionerne derfor et større rum for fortolkning.

Om de legitime formål til begrænsning af de relative rettigheder i EMRK kan det siges, at formål-ene nævnt i artiklerne 8-11 er varierende. En stor del af de legitime formål er - med enkelte sproglige variationer - fælles for de fire artikler. Det gælder hensyn til *public safety, prevention of disorder or crime* (i art. 9, stk. 2, dog benævnt "*protection of public order*"), *protection of health and morals* samt

---

<sup>53</sup> Se EMD: Leyla Sahin v. Turkey, pr. 84 (2005); Nowak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005, s. 425 ; og Wigum, Tor Aamodt: Religionsudøvelse i det offentlige rum – restriksjoner i religiøs beklædning og symbolbrug. I: Universitetet i Tromsø, 2018, s. 120 (PhD-afhandling)

<sup>54</sup> HRC's generalkommentar 34, afsnit 25

*protection of the rights and freedoms of others* (i art. 10, stk. 2, kun “*protection of the (...) rights of others*”). Art. 10, stk. 2, indeholder endvidere en række af hensyn, der ikke fremgår af nogen af de andre artikler. Således kan der foretages indgreb i retten til ytringsfrihed “*for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.*” Art. 8, stk. 2, indeholder endvidere en begrænsningsadgang vedrørende *the economic well-being of the country*. Denne begrænsningsadgang er specifik for art. 8, og økonomiske hensyn kan derfor ikke begrunde indgreb i rettighederne i art. 9-11. Dette hænger måske sammen med, at art. 8 er en bred bestemmelse med et upræcist indhold, og at behovet for begrænsning derfor er større. Det nærmere indhold af disse legitime formål af blevet fastslagt gennem EMD’s fortolkningspraksis og skal ikke blive gennemgået nærmere her.

Omend bestemmelserne i ICCPR art. 18-19 og 21-22 ved første øjekast er mindre homogent struktureret end de ovennævnte relative rettigheder i EMRK, er de legitime formål, der kan begrunde indgreb i rettighederne, ikke nær så varierende. Beskyttelsen af den offentlige orden samt beskyttelsen af den offentlige og/eller nationale sikkerhed udgør legitime formål i alle fire bestemmelser om relative rettigheder. Det samme gælder for beskyttelsen af eller respekten for andres rettigheder og friheder samt beskyttelsen af den offentlige orden eller sundhed.

### 3.2.3. *Indgrebet er proportionelt*

Det er efter både EMRK og ICCPR en betingelse for, at der til forfølgning af det legitime formål kan gøres indgreb i en konventionsbeskyttet rettighed, at indgrebet er nødvendigt. Dette nødvendighedskrav forstås som et krav om proportionalitet mellem indgreb og formål. Proportionalitetsprincippet er et grundlæggende juridisk princip i mange retssystemer, både nationale og internationale. På et abstrakt niveau kan princippet beskrives som et krav om en afvejning af modstående saglige hensyn. Selvom princippet navnlig er relevant i relation til de relative rettigheder i EMRK<sup>55</sup> og ICCPR er relevansen ikke begrænset til de relative rettigheder: Som beskrevet ovenfor afsnit 3.1.2 har EMD i praksis også anvendt en proportionalitetstest ved de underforståede begrænsninger. Proportionalitetsprincippet er dermed relevant i det omfang de konventionsbeskyttede rettigheder indeholder et relativt element.

Proportionaliteten af et indgreb i en relativ rettighed testes ved en proportionalitetstest, men indholdet af testen kan antage forskellige former. Jonas Christoffersen har identificeret to overordnede modeller for proportionalitetstesten - den vertikale og den horisontale proportionalitetstest.<sup>56</sup> I den horisontale proportionalitetstest tages en lang række relevante faktorer i betragtning, og der foretages herefter en samlet afvejning af, om en given restriktion alt i alt er proportionel. Den vertikale test er derimod en trin-for-trin-test, hvor den givne restriktion skal bestå hver enkelt trin for i sidste ende at være proportionel. Som et kerneeksempel på den vertikale test fremhæves ofte den proportionalitetstest, der anvendes i tysk forvaltningsret.<sup>57</sup> Denne test består af tre trin:

1. Egnethed: Er indgrebet egnet til sit formål?
2. Nødvendighed: Findes der mindre indgribende foranstaltninger, der vil være tilstrækkelige?
3. Forholdsmæssighed: Er der proportionalitet mellem mål og middel?

---

<sup>55</sup> Christoffersen, Jonas: Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019, s. 69 ff.

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Brems, Eva og Laurens Lavrysen: ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. I: Oxford University Press nr. 15, 11.01.2015, s. 141 ; Christoffersen, Jonas: Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019.

Den proportionalitetstest, der anvendes i dansk forvaltningsret, ligner i høj grad den tyske og består af to trin:<sup>58</sup> Første trin er en vurdering af, om indgrebet er nødvendigt, og andet trin er en vurdering af, om indgrebet er forholdsmæssigt. Den danske test ligner dermed i i høj grad den tyske test, bortset fra, at sidstnævnte test indeholder et krav om egnethed. Karsten Revsbech har argumenteret for, at der som supplement til de to trin i den danske proportionalitetstest bør udvikles et almindeligt krav om egnethed med inspiration fra den tyske proportionalitetstest.<sup>59</sup>

Et studie af EMD's fremgangsmåde ved proportionalitetsvurderingen i sager vedrørende EMRK art. 8-11 og 14 konkluderer, at EMD ikke konsekvent har anvendt den vertikale test.<sup>60</sup> Derimod er vurderingen af et givent indgrebs nødvendighed ofte indgået som én blandt flere faktorer i en samlet vurdering, som det netop er kendetegnende for den horisontale proportionalitetsvurdering.<sup>61</sup> Jonas Christoffersen argumenterer for, at EMD's anvendelse af en vertikal proportionalitetstest ville være i strid med princippet om staternes implementeringsfrihed.<sup>62</sup> Brems og Lavrysen argumenterer på den anden side for en sammenhæng mellem indgrebs alvor og valget af test:

“[T]he more serious a limitation of rights is, the more evidence the court will require that the factual basis of the limitation has been correctly established, and the more argument it will require that alternative, less intrusive, policy-choices are, all things considered, less desirable.”<sup>63</sup>

En videre diskussion af EMD's proportionalitetstest, herunder hensynene bag de forskellige typer af tests i relation til EMD's prøvelsesintensitet, forudsætter en forståelse for EMD's doktrin om staternes skønsmargin og vil derfor ikke blive diskuteret her.

Om HRC's proportionalitetsvurdering skriver Manfred Nowak i sin ICCPR-kommentar til art. 18, at “the requirement of necessity implies that the restriction must be *proportional* in severity and intensity to the purpose being sought and may not become the rule”,<sup>64</sup> men han kommer ikke nærmere ind på, hvilken proportionalitetsvurdering, der anvendes. Citatet indikerer en helhedsvurdering i stil med den horisontale model. Omvendt vil senere analyser i denne fremstilling vise, at HRC i hvert fald i visse tilfælde vil foretage en doktrinel, vertikal proportionalitetsvurdering.<sup>65</sup>

### **3.3. Tilsidesættelse af positive forpligtelser**

Flere af bestemmelserne i EMRK indeholder ikke blot et forbud mod indgreb (den såkaldt negative forpligtelse), men indeholder også en positiv forpligtelse til at foretage en række aktive handlinger til sikring af disse rettigheder. Et eksempel er EMRK art. 8, der foruden den negative forpligtelse til at undlade at gøre indgreb i retten til familieliv og privatliv også indebærer en positiv forpligtelse for staten til at beskytte borgernes ret til privatliv og familieliv.<sup>66</sup> Idet konventionsbestemmelserne, og således også undtagelserne i stk. 2, er skrevet som negative forpligtelser (forbud mod indgreb som

<sup>58</sup> Revsbech, Karsten m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner. Side 397-ff.. 6. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016. S. 267

<sup>59</sup> Revsbech, Karsten: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav. I: Ugeskrift for Retsvæsen nr. 43, 1990, s. 400-411

<sup>60</sup> Brems, Eva og Laurens Lavrysen: ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. I: Oxford University Press nr. 15, 11.01.2015, s. 139-168

<sup>61</sup> Se eksempelvis EMD: *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* pr. 75

<sup>62</sup> Christoffersen, Jonas: Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019. S. 135

<sup>63</sup> Brems, Eva og Laurens Lavrysen: ‘Don’t Use a Sledgehammer to Crack a Nut’: Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. I: Oxford University Press nr. 15, 11.01.2015, s. 138

<sup>64</sup> Nowak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005. S. 426

<sup>65</sup> Se afsnit 6.3.5.2 om HRC's udtalelse i *Mann Singh v. France*

<sup>66</sup> Se eksempelvis EMD: *A, B and C v. Ireland*, pr. 244 (2010)

hovedregel og adgang til indgreb som undtagelse), kan undtagelsesbestemmelserne ikke anvendes direkte ved begrænsningen af staternes positive forpligtelse.

I sagen *Rees v. the United Kingdom* havde den indklagede stat afvist at udstede en fødselsattest til klager med angivelse af hans nye køn efter en kønsskifteoperation fra kvinde til mand. EMD fastslog, at statens afvisning ikke kunne anses som et "indgreb", og der skulle herefter tages stilling til, om denne retstilstand indebar en tilsidesættelse af en positiv forpligtelse efter EMRK art. 8 vedrørende retten til respekt for privatliv. Om denne vurdering udtaler EMD:

"In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention (...) In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 (art. 8-2) may be of a certain relevance, although this provision refers in terms only to "interferences" with the right protected by the first paragraph - in other words is concerned with the negative obligations flowing therefrom."<sup>67</sup>

EMD anvender proportionalitetsafvejningen mellem på den ene side samfundets interesser og på den anden side individets interesser i selve undersøgelsen af, hvorvidt der eksisterer en positiv forpligtelse for staten. På den måde adskiller fremgangsmåden sig fra den doktrinellem fremgangsmåde ved de negative forpligtelser, hvor proportionalitetsvurderingen som regel først aktualiseres, når det er konstateret, at der er sket et indgreb, og det skal undersøges, om indgrebet alligevel kan retfærdiggøres.

Det gælder også ved HRC, at der for flere af de konventionsbeskyttede rettigheder i tillæg til den negative forpligtelse til at undlade at gøre indgreb i rettighederne i visse tilfælde gælder en positiv forpligtelse til at *beskytte* rettighederne. Som et eksempel kan nævnes retten til forsamlingsfrihed, hvor der tilkommer staten en positiv forpligtelse til at beskytte individer mod indblanding fra andre individer (horisontal indblanding) - herunder er stater forpligtede til at sikre tilstrækkelig politibeskyttelse, navnlig ved kontroversielle demonstrationer og minoritetsforsamlinger, der er særligt udsatte.<sup>68</sup> Et andet eksempel er den absolutte rettighed i ICCPR art. 7, der foruden den negative forpligtelse til at undlade at udsætte individer for en behandling i strid med bestemmelsen også gælder en positiv forpligtelse til at beskytte borgerne mod udsættelse for en sådan behandling fra anden side.<sup>69</sup>

Den positive forpligtelse kan ses som en refleksion af det positive subsidiaritetsprincip, hvorefter de overordnede grupperinger - i dette tilfælde staten - i tillæg til den negative forpligtelse til at undlade at blande sig unødigt, også har en positiv forpligtelse til at indblende sig i individets forhold, når dette er nødvendigt for individets realisering.

#### **4. EMD: STATERNES SKØNSMARGIN OG DYNAMISK FORTOLKNING**

EMD har i væsentligt højere grad end HRC en eksplicit terminologi omkring sin prøvelsesintensitet. Det vil i dette afsnit blive undersøgt, hvordan EMD varierer intensiteten gennem anvendelsen af doktrinen om staternes skønsmargin, samt hvordan EMD i nogle tilfælde i den anden yderlighed vil foretage en dynamisk fortolkning af konventionen. Doktrinen om staternes skønsmargin hænger tæt sammen med subsidiaritetsprincippet. I afsnit 4.1 vil det derfor blive undersøgt, hvorvidt subsidiaritetsprincippet har hjemmel i EMRK, mens sammenhængen mellem subsidiaritet og skønsmargin i EMD's tidlige praksis vil blive belyst i afsnit 4.2. Herefter vil doktrinen om staternes skønsmargin i afsnit 4.3 blive undersøgt nærmere, og to dimensioner af begrebet vil blive belyst gennem analyser

---

<sup>67</sup> EMD: *Rees v. the United Kingdom*, pr. 37 (1986)

<sup>68</sup> Nowak, Manfred: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005. S. 488

<sup>69</sup> *Ibid.*, s. 182

af EMD's praksis om doktrinen. Til sidst vil EMD's anvendelse af princippet om dynamisk fortolkning blive undersøgt i afsnit 4.4, og sammenhængen mellem begreberne vil blive ved belyst gennem analyser af fire afgørelser fra EMD i afsnit 4.5.

#### **4.1. Subsidiaritetsprincippet hos EMD**

Som beskrevet ovenfor afsnit 2 er subsidiaritetsprincippet et grundlæggende princip i internationale retsforhold. Det er almindeligt anerkendt, at subsidiaritetsprincippet endvidere er et grundlæggende princip ved EMD's prøvelse af staternes overholdelse af EMRK, selvom der sammenlignet med den EU-retlige hjemmel for subsidiaritetsprincippet ikke i EMRK fandtes en tilsvarende direkte hjemmel før vedtagelsen af protokol 15 i juni 2013, jf. herom nærmere nedenfor afsnit 4.1.2. Indledningsvis vil det blive behandlet, hvordan subsidiaritetsprincippet alligevel er forudsætningsvist indeholdt i en række traktatbestemmelser.

##### *4.1.1. Den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet*

Den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet har hjemmel i EMRK art. 13, smh. art. 35, stk. 1, idet det følger af EMRK art. 13, at individer, hvis konventionsbeskyttede rettigheder er krænkede, har krav på effektive retsmidler i de nationale retssystemer, mens det følger af art. 35, stk. 1, at EMD kun må optage en sag til behandling, når alle nationale retsmidler er blevet udtømt. Bestemmelserne fastslår EMD's rolle i forhold til de nationale domstole og udgør en processuel manifestation af subsidiaritetsprincippet.<sup>70</sup> Det er efter denne kompetencefordeling i første række er staternes ansvar, at der sker en prøvelse af, om der er sket en krænkelse af rettighederne i EMRK, og reglerne er begrundet i hensyn til effektiv udøvelse af kompetencen. Således afspejler reglerne det optimerende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet, jf. ovenfor afsnit 2.1.2.

##### *4.1.2. Den normative dimension af subsidiaritetsprincippet*

Hvor den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet har direkte hjemmel i EMRK i form af processuelle regler om kompetencefordelingen mellem EMD og de nationale myndigheder, er hjemlen for den normative dimension mere uklar. Princippet er forudsætningsvist indeholdt i en række konventionsbestemmelser. Det fremgår af EMRK art. 1, at "the High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention." Bestemmelsen fastslår, at det er medlemsstaterne, der er pligtssubjekter i forhold til EMRK. Det er dermed i første række staternes forpligtelse, at rettighederne i EMRK sikres. Det fremgår af art. 19, at EMD skal sikre, at staterne opfylder sine forpligtelser i henhold til konvention-en. I denne konstruktion, hvorved forpligtelsen til at sikre konventionsrettighederne i første række påhviler staterne, og hvor EMD's opgave herefter er begrænset til at sikre, at staterne opfylder denne forpligtelse, ligger der et implicit subsidiaritetsprincip. Disse bestemmelser udtrykker det, der i EMD's praksis er beskrevet som den grundlæggende subsidiære natur af det internationale konventionssystem, der er etableret med EMRK.<sup>71</sup> Med vedtagelsen af protokol 15 i forbindelse med Brighton-konferencen i 2012 blev et politisk ønske om at få en klar hjemmel for subsidiaritetsprincippet og doktrinen om staternes skønsmargin til en juridisk realitet. Følgende passus er med protokollen indsat i præamblen til konventionen:

"Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention"<sup>72</sup>

<sup>70</sup> von Staden, Andreas: Subsidiarity, exhaustion of domestic remedies and the margin of appreciation in the human rights jurisprudence of African sub regional courts. I: The International Journal of Human Rights vol. 20, nr. 8, 2016, s. 1114

<sup>71</sup> Arnardóttir, Oddný Mjöll: Rethinking the two margins of appreciation. I: European Constitutional Law Review, vol. 12 nr. 1, 11.04.2016, s. 39

<sup>72</sup> Protokol nr. 15, til den Europæiske Menneskerettighedskonvention, art. 1

Herved er der i præambelen indsat en klar reference til subsidiaritetsprincippet såvel som til staternes skønsmargin. Processen omkring tilblivelsen af protokol 15 vil blive beskrevet nærmere nedenfor afsnit 7.1.

#### **4.2. EMD's tidlige praksis - subsidiaritet og skønsmargin**

Omend sondringen mellem den funktionelle og den normative dimension af subsidiaritetsprincippet kan være nyttig til at illustrere princippet bredde og mange nuancer, er den ikke altid gavnlige ved læsningen af EMD's praksis: EMD anvender ikke selv sondringen eksplicit, og det vil langtfra altid være tydeligt, om en konkret henvisning til subsidiaritetsprincippet er motiveret af eksempelvis et ønske om effektivitet eller af medlemsstatens bedre egnethed. Ofte vil flere hensyn være relevante, og det vil ikke nødvendigvis være muligt eller gavnligt at forsøge at komme nærmere hvilke hensyn, der er mest fremtrædende. På den baggrund vil der kun blive sondret mellem de to grene af princippet, såfremt det er relevant i konkrete tilfælde.

Udviklingen af subsidiaritetsprincippet i EMD's praksis starter tilbage i 1968, hvor EMD i *Belgian Linguistic Case* for første gang anvender terminologien om konventionens grundlæggende subsidiære natur:

“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 rôle 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.”<sup>73</sup>

EMD fastslår her både eksistensen af subsidiaritetsprincippet og staternes skønsmargin: henvisningen til konventionssystemets subsidiære natur, der indebærer, at EMD's rolle grundlæggende adskiller sig fra de nationale myndigheders rolle (subsidiaritetsprincippet), efterfølges af henvisningen til den frihed, der tilkommer nationale myndigheder ved valg af midler til sikring af konventionsrettighederne (staternes materielle skønsmargin, jf. nedenfor).

Princippet om, at der tilkommer staterne en skønsmargin, bliver gentaget af EMD få år senere i sagen *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, hvor EMD skal tage stilling til lovligheden af statens overvågning af en brevkorrespondance under en anholdelse, jf. EMRK art. 8, stk. 2. I sagen anvender EMD ikke formuleringen “margin of appreciation”, men derimod “power of appreciation” - en variation, der næppe skal tillægges nogen substantiel betydning.<sup>74</sup> Efter at have konstateret, at overvågningen utvivlsomt udgør et indgreb i retten til privatliv efter art. 8, stk. 1, udtaler EMD om vurderingen af lovligheden af indgrebet efter stk. 2:

“It then observes, in the light of the information given to it, that the competent Belgian authorities did not transgress in the present cases the limits of the power of appreciation which Article 8 (2) (art. 8-2) of the Convention leaves to the Contracting States: even in cases of persons detained for vagrancy, those authorities had sufficient reason to believe that it was "necessary" to impose restrictions for the purpose of the prevention of disorder or crime, the protection of health or morals, and the protection of the rights and freedoms of others.”<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> EMD: *Belgian Linguistic Case*, pr. 10 (1968)

<sup>74</sup> Variationen er også anvendt af EMD i sagen *E.S. v. Austria*, pr. 49 (2018)

<sup>75</sup> EMD: *De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) v. Belgium* (1970)



Konstateringen af, at de nationale myndigheder ikke har overtrådt skønsmarginen efter art. 8, stk. 2, begrundes med, at myndighederne havde tilstrækkelig grund til at tro, at indgrebet var nødvendigt til varetagelse af et legitimt formål. Således foretager EMD ikke en egentlig efterprøvelse af indgrebet nødvendighed, men derimod en vurdering af, om myndighederne havde grund til at tro, at indgrebet var nødvendigt. Det er således allerede fra dette tidspunkt i EMD's helt tidlige retspraksis klart, at EMD's prøvelse adskiller sig grundlæggende fra den prøvelse, der sker ved de nationale domstole. Anvendelsen af doktrinen om staternes skønsmargin medfører, at EMD ikke foretager en fuldstændig efterprøvelse af de nationale myndigheders afgørelse, men i visse tilfælde afholder sig fra at foretage en prøvelse. Det spillerum, EMD tilkender Belgien i de to sager, er dog grundlæggende forskelligt: I den første sag tilkommer der staten et spillerum til valg af konkrete implementeringsforanstaltninger, efter det er konstateret, at de tre betingelser for et lovligt indgreb er opfyldt. I den anden sag tilkommer der staten et spillerum ved selve vurderingen af, om et konstateret indgreb er proportionelt og tjener et legitimt formål. Sidenhen er doktrinen om staternes skønsmargin i EMD's praksis og i den juridiske teori anvendt i flere forskellige betydninger og overlappende med en række relaterede begreber og doktriner, navnlig staternes implementeringsfrihed, subsidiaritetsprincippet og fjerdeinstansprincippet. De forskellige anvendelser af princippet komplicerer billedet og gør det vanskeligt at give en klar definition. Jonas Christoffersen har rammende og pædagogisk illustreret den forvirring, den manglende sondring mellem de forskellige typer af margin medfører - samt behovet for en klar begrebsforståelse - således:

“The indifferent use of the phrase might produce the following sentence: the States enjoy a margin of appreciation, but the Cort's use of the margin of appreciation leaves the States a margin of appreciation. This does not really make sense, although the sentence is entirely meaningful if it is: the States enjoy a measure of discretion (a margin of appreciation), but the Court's use of the principle of subsidiarity (margin of appreciation) leaves the States an enlarged measure of discretion (margin of appreciation).”<sup>76</sup>

For at forstå nuancerne i EMD's prøvelsesintensitet som følge af anvendelsen af staternes skønsmargin er det derfor nødvendigt at få klarhed over begrebets betydning(er).

### **4.3. To typer af margin for staterne**

Grundlæggende kan der sondres mellem den skønsmargin, der tilkommer staterne ved implementeringen af konventionen (synonymt med implementeringsfriheden) og den udvidelse af marginen, der følger af EMD's særlige subsidiære prøvelse (synonymt med fjerdeinstansprincippet). Flere teoretikere har foreslået en sådan sondring mellem to typer af skønsmargin, men terminologien for denne sondring er varierende: George Letsas anvender begreberne materiel og strukturel skønsmargin, hvor den materielle skønsmargin vedrører det skøn, der tilkommer staterne ved implementeringen af konventionen, mens den strukturelle skønsmargin vedrører den udvidelse, der følger af EMD's subsidiære prøvelse:

“The first one, which I shall call the substantive concept of the doctrine, is to address the relationship between individual freedoms and collective goals. The second one, which I shall call the structural concept, is to address the limits or intensity of the review of the European Court of Human Rights in view of its status as an international tribunal.”<sup>77</sup>

---

<sup>76</sup> Christoffersen, Jonas: Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019, s. 237

<sup>77</sup> Letsas, George: A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. 1. udg. Oxford University Press, 2007, s. 80

Sondringen svarer til Jonas Christoffersens sondring mellem *discretion* og *subsidiarity*, hvor han anvender begrebet *discretion* om den margin, der findes allerede som følge af konventionsbestemmelserne uafhængigt af EMD's prøvelse, mens han anvender begrebet *subsidiarity* om den udvidede margin, der følger af EMD's subsidiære prøvelse. Tilsvarende sonderer Yuval Shany mellem det aspekt af staternes skønsmargin, han betegner *normative flexibility* og det aspekt, han betegner *judicial deference*.<sup>78</sup> Med det første menes det skøn, der følger af, at internationale regler er "open-ended" eller "unsettled", og med det andet menes der, at internationale domstole ved udøvelsen af deres internationale forpligtelser skal udvise en vis grad af tilbageholdenhed ved prøvelsen af nationale myndigheders afgørelser. Omend EMD ikke har anvendt nogen sondring eksplicit i sin praksis, har tidligere præsident Dean Spielmann også argumenteret for en tilsvarende sondring mellem det, han kalder for doktrinens *normative function* og *systemic objective*.

Der kan være nuanceforskelle mellem de ovennævnte sondringer, men de afspejler alle den grundlæggende samme opfattelse af, at der kan sondres mellem en margin som følge af selve konventionsteksten og en margin som følge af EMD's subsidiære prøvelse. I den følgende fremstilling anvendes begreberne materiel og strukturel skønsmargin gennemgående. Valget af terminologi skyldes alene pædagogiske hensyn og er ikke et udtryk for, at min forståelse af begreberne ligger nærmere Letsas' begrebsforståelse end de øvrige ovenfor nævnte.

#### 4.3.1. Den materielle skønsmargin

Den materielle skønsmargin kommer til udtryk i de tilfælde, hvor der uanset at der er sket en begrænsning i en rettighed omfattet af EMRK, alligevel ikke findes at være sket en krænkelse af konventionen. Den materielle skønsmargin er navnlig relevant i EMD's praksis vedrørende de relative rettigheder i EMRK, hvor der i selve konventionsbestemmelserne er indeholdt en adgang for medlemsstaterne til at begrænse beskyttelsen for at forfølge visse nærmere bestemte legitime formål. Den begrænsningsadgang, der følger af det relative element, jf. ovenfor afsnit 3.1.1, er ifølge George Letsas hovedideen bag den materielle skønsmargin.<sup>79</sup> Ved begrænsningsadgangen giver konventionen medlemsstaterne en bemyndigelse til at gennemføre nogle foranstaltninger, der kan udgøre et indgreb i en beskyttet rettighed, for at varetage nogle nærmere bestemte hensyn legitime formål.

Der kan drages en parallel mellem den materielle skønsmargin, der tilkommer medlemsstaterne ved implementeringen af konventionens art. 8-11, og det forvaltningsretlige skøn inden for dansk forvaltningsret. Her er begrebet om en skønsmargin velkendt, idet der i forskellige tilfælde tilkommer forvaltningsmyndigheder et administrativt skøn. Skønnet følger af, at der i loven er efterladt et hul, som det er op til den relevante forvaltningsmyndighed at udfylde. Det udprægede skøn foreligger, hvor lovgivningsmagten i lovteksten har givet forvaltningsmyndigheden bemyndigelse til at beslutte, om der i et givent tilfælde skal træffes en given afgørelse. Grænsen mellem skøn og retsanvendelse er dog flydende, og navnlig vedrørende vage og elastiske lovbestemmelser kan det være et vanskeligt spørgsmål på hvilken side af grænsen et konkret tilfælde befinder sig. Om disse tilfælde kan det siges, at det er afgørende for, om der er tale om retsanvendelse eller skøn, om svaret kan findes ved en præciserende fortolkning. Det administrative skøn kan være mere eller mindre frit, afhængigt af, hvor meget spillerum lovgivningsmagten har overladt til forvaltningsmyndigheden.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Shany, Yuval: Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. I: The European Journal of International Law vol. 16 nr. 5, 2006, s. 909-910

<sup>79</sup> Letsas, George: A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. 1. udg. Oxford University Press, 2007, s. 86

<sup>80</sup> Revsbech, Karsten m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner. Side 397-ff.. 6. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016, 216 ff.

Sondringen har betydning, fordi de danske domstole i sager om forvaltningsafgørelser vil foretage en tilbundsgående prøvelse af forvaltningsmyndigheders abstrakte fortolkning og konkrete subsumption, mens de principielt ikke efterprøver det rene skøn.<sup>81</sup> Derimod efterprøves det, om den pågældende myndighed faktisk har udøvet et konkret skøn under inddragelse af alle relevante, saglige hensyn og uden inddragelse af usaglige hensyn. Det efterprøves endvidere, om afgørelsen lever op til principperne om lighed og proportionalitet. Der har i teorien været diskussion om, hvorvidt der efter denne prøvelse i praksis er noget tilbage, som ikke efterprøves. Det er dog den almindelige opfattelse, at der er en kerne af skønnet, der ikke efterprøves.<sup>82</sup> Der kan identificeres tre elementer i det forvaltningsretlige skøn:

1. Loven giver forvaltningsmyndigheden et spillerum til at træffe en beslutning på baggrund af et skøn
2. Forvaltningsmyndigheden udøver et skøn i overensstemmelse med denne bemyndigelse
3. Domstolene efterprøver, om skønnet falder inden for det spillerum, der følger af loven

Tilsvarende gælder det ved den materielle skønsmargin ved staternes implementering af EMRK, at der er tre elementer:

1. Konventionen giver medlemsstaterne spillerum til at foretage et indgreb i de konventionsbeskyttede rettigheder på baggrund af et skøn (navnlig stk. 2 i artiklerne 8-11)
2. Medlemsstaten udøver et skøn efter denne bemyndigelse (indgreb i en beskyttet rettighed)
3. EMD efterprøver, om skønnet falder inden for det spillerum, der følger af konventionen.

Inden for begge systemer skal begrebet om en skønsmargin således forstås som et overladt spillerum til at vælge at træffe nogle nærmere bestemte foranstaltninger, som ikke ville være tilladt uden denne overladelse.

Ved EMD's undersøgelse af, om indgrebet i en konventionsbeskyttet rettighed falder inden for staternes skønsmargin, anvendes den ovenfor afsnit 3.2 beskrevne test på tre trin, hvorefter det først undersøges, om indgrebet havde lovhjemmel, herefter undersøges, om indgrebet tjente et legitimt formål og til sidst undersøges, om indgrebet var proportionelt.<sup>83</sup> Den materielle skønsmargin er den plads, der herefter er tilbage for medlemsstaterne til at vælge, om man ønsker at gennemføre en foranstaltning, der begrænser de konventionsbeskyttede rettigheder, når det *er fastslået*, at foranstaltningen har lovhjemmel, tjener et legitimt formål, og er proportionel. Såfremt der er flere foranstaltninger, der alle opfylder disse krav, vil der tilkomme staten et valg mellem disse foranstaltninger. Dette valg er endvidere en konsekvens af den materielle skønsmargin - implementeringsfriheden.

Et eksempel på anvendelsen af den materielle skønsmargin er afgørelsen *Hatton v. the United Kingdom*. Sagen vedrører en ændret politik om natflyvninger til og fra lufthavnen i Heathrow, der førte til klager fra en række beboere i nærliggende kvarterer. Beboerne oplevede, at larmen fra flyvningerne medførte forstyrrelse i deres nattesøvn, og at denne forstyrrelse udgjorde et indgreb i deres ret til privatliv, jf. EMRK art. 8. EMD bemærker, at "whilst the State is required to give due consideration to the particular interests, the respect for which it is obliged to secure by virtue of Article 8, it must

---

<sup>81</sup> Nærmere om sondringen mellem abstrakt fortolkning og konkret subsumption ovenfor afsnit 1.3.1.

<sup>82</sup> Revsbech, Karsten m.fl.: *Forvaltningsret, Almindelige emner*. Side 397-ff.. 6. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016, 405 ff.

<sup>83</sup> Letsas, George: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Oxford University Press, 2007, s. 86

in principle be left a choice between different ways and means of meeting this obligation.”<sup>84</sup> Den frihed for staterne, der her beskrives, illustrerer det ovenfor anførte lighedstegn mellem staternes implementeringsfrihed og staternes materielle skønsmargin.

I sager om modstående, konventionsbeskyttede rettigheder, der begge skal beskyttes efter konventionen, er der en tæt sammenhæng mellem proportionalitetsprincippet og den materielle skønsmargin. I dette tilfælde er staten nødsaget til at foretage en proportionalitetsvurdering for at tage stilling til, hvilken af de to rettigheder, der skal begrænses - og der vil oplagt være mindre fleksibilitet ved denne vurdering. Såfremt der ikke skal ske en afvejning mellem modstående rettigheder, men derimod mellem på den ene side individets rettighed og på den anden side offentlige interesser, har staten - når det er konstateret, at et givet indgreb i individets rettighed er lovligt efter stk. 2 - et valg mellem at foretage indgrebet eller at lade være - og alle mulige variationer herimellem, såfremt det findes.

Ligesom det gælder for det danske forvaltningsretlige skøn er det således kendetegnende for staternes materielle skønsmargin hos EMD, at spørgsmålet om lovligheden af et givet indgreb langt hen af vejen beror på en vurdering af, om indgrebet lever op til kravene om proportionalitet og saglighed (hos EMD benævnt legitime formål og i dansk forvaltningsret benævnt saglige hensyn). Det egentlige materielle skøn, der herefter er tilbage, er, såfremt det overhovedet er til stede, begrænset.

#### 4.3.2. Den strukturelle skønsmargin

Den strukturelle skønsmargin vedrører ifølge Letsas snarere forholdet mellem EMD og de nationale myndigheder end det vedrører forholdet mellem EMD og de samfundsmæssige interesser, der var på spil ovenfor.<sup>85</sup> I modsætning til den materielle skønsmargin, der principielt først er relevant, når det er konstateret, at et indgreb har lovhjemmel, tjener et legitimt formål og er proportionelt, vedrører den strukturelle skønsmargin alle elementer i prøvelsen. Den strukturelle skønsmargin følger af, at EMRK er en international konvention, og marginen er således baseret på et argument om kompetencefordelingen mellem de nationale myndigheder og EMD. Den strukturelle skønsmargin er derfor uløseligt forbundet med subsidiaritetsprincippet.

Sammenhængen mellem subsidiaritetsprincippet og doktrinen om staternes skønsmargin blev fastslået i dommen *Handyside v. the United Kingdom* i 1976. I dommen, der omhandler et britisk forlags udgivelse af en bog med et indhold, der blev fundet umoralsk, skulle EMD tage stilling til, om de britiske myndigheders konfiskation af bøgerne var i strid med retten til ytringsfrihed efter EMRK art. 10. Ved vurderingen heraf fremhæver EMD konventionssystemets subsidiære karakter:

“The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (...). The convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (...)”<sup>86</sup>

EMD finder, at dette navnlig gælder vedrørende art. 10, stk. 2, idet der ikke er nogen fælles europæisk opfattelse af, hvad der er moralsk eller umoralsk. Derfor, og idet de nationale myndigheder er i mere direkte kontakt med det nationale samfund, finder EMD, at nationale myndigheder er principielt bedre

---

<sup>84</sup> EMD: *Hatton and others v. the United Kingdom*, pr. 123 (2003)

<sup>85</sup> Letsas, George: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Oxford University Press, 2007, s. 90

<sup>86</sup> EMD: *Handyside v. the United Kingdom*, pr. 48 (1976)

egnede til at vurdere spørgsmålet: “Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation.”<sup>87</sup>

Idet EMD således finder, at de nationale myndigheder er bedre egnede til at vurdere, hvad der må anses for umoralsk, er det ved vurderingen af, om der foreligger et legitimt hensyn, der kan begrunde indgrebet, at der overlades en skønsmargin. EMD anvender ikke begrebet konsensus i afgørelsen, men det fremgår af citatet, at det er fraværet af fælleseuropæiske standarder, der medfører, at der gælder en bred skønsmargin. Når der ikke gælder nogen fælleseuropæiske standarder, skal der i stedet foretages en vurdering af den *britiske* moralopfattelse, og til dette er nationale myndigheder bedre egnede. Sagen illustrerer, hvordan de nationale myndigheders bedre egnethed begrunder, at de nationale myndigheder får større spillerum i form af en udvidet - strukturel - skønsmargin. Den strukturelle skønsmargin udgør dermed den praktiske manifestation af subsidiaritetsprincippet.

Et eksempel på EMD's anvendelse af den strukturelle skønsmargin er sagen *Fretté v. France*, der vedrører en homoseksuel enlig mand, der ikke kan blive godkendt til at adoptere. Det retlige spørgsmål i sagen er, om afslaget på godkendelse udgør ulovlig forskelsbehandling efter EMRK art. 14 sammenholdt med art. 8. EMD finder, at afslaget på adoption skyldes hans seksuelle overbevisning, og at der dermed er sket en forskelsbehandling. Herefter er spørgsmålet, om der foreligger faktiske forskelle, der kan begrunde den retlige forskelsbehandling. Ved denne vurdering tilkommer der staterne en skønsmargin:

“However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and the background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (...).

It is indisputable that there is no common ground on the question. Although most of the Contracting States do not expressly prohibit homosexuals from adopting where single persons may adopt, it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States uniform principles on these social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. 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.”<sup>88</sup>

EMD finder således, at medlemsstaterne er bedre egnede til at vurdere generelle samfundsinteresser. Idet der ikke er nogen fælles standarder blandt medlemsstaterne tilkommer der den indklagede stat en bred skønsmargin. Afgørelsen er et eksempel på, hvordan EMD udvider skønsmarginen som følge af fraværet af fælleseuropæiske standarder, således at medlemsstaterne har en margin ved selve vurderingen af, hvilke samfundshensyn der er til stede og med hvilken vægt, de bør indgå i hensynsafvejningen.

Den materielle skønsmargin, der følger af selve konventionsteksten, giver blot medlemsstaten adgang til inden for rammerne af konventionen at bestemme, om der skal ske en begrænsning i en given rettighed. Denne skønsmargin suppleres af den strukturelle skønsmargin, når EMD finder, de nationale myndigheder og domstole er bedre egnede til at vurdere, om betingelserne - lovhjæmmel, det

---

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> EMD: *Fretté v. France*, pr. 40-41 (2002)

legitime formål og proportionalitet - var til stede. Det er ofte i tilfælde, hvor der er et fravær af konsensus blandt medlemsstaterne, at EMD anvender den strukturelle skønsmargin, idet det ofte er her, at medlemsstaterne findes bedre egnede til at foretage vurderingen.

Sondringen mellem den materielle og den strukturelle skønsmargin er ikke anvendt eksplicit i EMD's praksis. Det kan derfor ofte være vanskeligt, nogle gange endda umuligt, at vurdere, hvornår EMD har afgjort en sag på baggrund af den materielle skønsmargin, der følger af konventionsteksten, og hvornår en sag er afgjort på baggrund af den strukturelle - udvidede - skønsmargin, der følger af EMD's subsidiære prøvelse.<sup>89</sup> Alligevel er sondringen brugbar til at illustrere princippet kompleksitet og bredde.

#### **4.4. Dynamisk fortolkning**

Begrebet "dynamisk fortolkning" dækker over, når EMD igennem sin fortolkningspraksis udvikler indholdet af EMRK. Begrebet relaterer sig til EMD's faktiske prøvelse og således principielt ikke til prøvelsesintensiteten. Prøvelsesintensitetskalaen går som beskrevet ovenfor afsnit 1.3.2 fra i den ene ende ingen efterprøvelse til i den anden ende fuld - de novo - efterprøvelse. Hvorvidt prøvelsen kategoriseres som mere eller mindre intensiv er et spørgsmål om forholdet mellem EMD og de nationale myndigheder og således ikke mellem EMD og EMRK. Omvendt er der en tæt sammenhæng mellem faktorer, der fører til en indsnævring af den strukturelle skønsmargin, og faktorer, der medfører, at EMD vil foretage en dynamisk fortolkning. Det er derfor en praktisk realitet, at tilkendelsen af en smal strukturel skønsmargin er en forudsætning for den dynamiske fortolkning. Hensigten med nærværende afsnit er at undersøge, hvordan og hvornår EMD foretager en dynamisk fortolkning. Det vil blive belyst, hvordan princippet hænger sammen med doktrinen om staternes skønsmargin samt hvordan konsensus-begrebet er bindeledet mellem de to fortolkningsmetoder. I EMD's praksis og i den juridiske litteratur anvendes både begreberne "evolutive interpretation",<sup>90</sup> "dynamic interpretation" og "living instrument approach",<sup>91</sup> og begreberne vil her blive betraget som synonyme.

Det blev fastslået i sagen *Golder v the United Kingdom*, at Wienerkonventionens principper for traktatfortolkning i art. 31-33 finder anvendelse ved fortolkningen af EMRK - dette på trods af, at Wienerkonventionen på tidspunktet for dommens afsigelse endnu ikke var trådt i kraft, ud fra en betragtning om, at de i konventionen indeholdte principper for traktatfortolkning afspejler nogle grundlæggende folkeretlige fortolkningsprincipper, der gælder uafhængigt af Wienerkonventionens ikrafttræden.<sup>92</sup> I overensstemmelse hermed drøftede the International Law Commission i forbindelse med udarbejdelsen af Wienerkonventionen eksistensen af generelle principper for traktatfortolkning, herunder navnlig spørgsmålet om, i hvilket omfang principperne kunne anses for bindende. På baggrund af disse drøftelser konkluderede kommissionen: "Accordingly the Commission confined itself to trying to isolate and codify the comparatively few general principles which appear to constitute general rules for the interpretation of treaties."<sup>93</sup> Heraf kan det udledes, at kommissionen har anset fortolkningsprincipperne i art. 31-33 som en kodifikation af allerede eksisterende fortolkningsprincipper.

Wienerkonventionens art. 31 statuerer, at "en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i deres sammenhæng og belyst af

---

<sup>89</sup> Christoffersen, Jonas: *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019. S. 238

<sup>90</sup> EMD: *Vo v. France*, pr. 82 (2004)

<sup>91</sup> EMD: *Tyrer v the United Kingdom*, pr. 31 (1978)

<sup>92</sup> EMD: *Golder vs. United Kingdom*, pr. 29 (1975)

<sup>93</sup> UN doc: A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, 1966, s. 218 (Yearbook of the International Law Commission, vol. II)

dens hensigt og formål”. Det er denne bestemmelse, der åbner døren for EMD’s dynamiske fortolkning<sup>94</sup>. I samme retning fremgår det af forarbejderne til EMRK, at konventionen skulle fortolkes i lyset af generelle retsprincipper på ethvert givet tidspunkt.<sup>95</sup>

I sagen *Tyrer v United Kingdom* beskriver EMD for første gang EMRK som et “levende instrument”. Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt en anvendt form for fysisk afstraffelse udgør en krænkelse af EMRK art. 3. EMD udtaler:

“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member states of the Council of Europe in this field.”<sup>96</sup>

Den dynamiske udvikling kædes her sammen med udviklingen af almindeligt accepterede standarder. Som følge af udviklingen af almindeligt accepterede standarder i medlemsstaterne udvikles (udvides) indholdet af EMRK art. 3. Dette indebærer, at fortolkningen af EMRK beror på en undersøgelse af, hvilke standarder, der er almindeligt accepterede i de forskellige medlemsstater.

EMD skulle få måneder senere i sagen *Marckx v Belgium* tage stilling til, om den belgiske lovgivning var i strid med art. 8 og art. 14, idet mødre til børn født uden for ægteskab ikke automatisk blev retligt anerkendt som forældre til børnene, modsat hvad der gjaldt for gifte kvinder.<sup>97</sup> Det fremgår af afgørelsen:

“It is true that, at the time when the Convention (...) was drafted, it was regarded as permissible and normal in many European countries to draw a distinction in this area between the "illegitimate" and the "legitimate" family. However, the Court recalls that this Convention must be interpreted in the light of present-day conditions (...). In the instant case, the Court cannot but be struck by the fact that the domestic law of the great majority of the member States of the Council of Europe has evolved and is continuing to evolve, in company with the relevant international instruments, towards full juridical recognition of the maxim "mater semper certa est"”<sup>98</sup>

EMD tillægger det således betydning, at der er sket en udvikling i både national og international lovgivning i retning væk fra den belgiske retstilstand. Med anerkendelsen af, at den i belgisk ret anvendte sondring mellem ægte og uægte familier blev betragtet som normal i mange europæiske lande på tidspunktet for konventionens tilblivelse, antydes det af EMD, at den belgiske retstilstand havde været inden for rammerne af konventionen på tidspunktet for konventionens tilblivelse. EMD finder alligevel, at der i den konkrete sag er sket en krænkelse af klagerens ret til respekt for familieliv efter EMRK art. 8, fordi der er sket en udvikling i størstedelen af medlemsstaterne. Derfor er afgørelsen et tydeligt eksempel på betydningen af den dynamiske fortolkning.

George Letsas har analyseret EMD’s fortolkningspraksis og identificeret tre elementer i EMD’s dynamiske fortolkning, som han præsenterer i sin artikel “The ECHR as a Living Instrument”.<sup>99</sup>

---

<sup>94</sup> Rainey, Bernadedde m.fl.: Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights. 7. udg. Oxford University Press, 2017. S. 76

<sup>95</sup> Council of Europe: Collected Edition of the "Travaux Préparatoires": Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocol, Bind 1. 1. udg. The Council, 1961. S. 131

<sup>96</sup> EMD: *Tyrer v the United Kingdom* pr. 31 (1978)

<sup>97</sup> EMD: *Marckx v. Belgium* (1979)

<sup>98</sup> *Ibid.*, pr. 41

<sup>99</sup> Letsas, George: *The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy*. I: Cambridge University Press, 01.06.2013, s. 108

Det *første* element er, at retten tager udgangspunkt i nutidige standarder ved fortolkningen af konventionen frem for standarderne på tidspunktet for udformningen af konventionen. Dette har EMD markeret ved både Tyrer v the United Kingdom og ved Marckx v Belgium (“*the convention must be interpreted in the light of present day conditions*”). Det er særligt klart i sidstnævnte afgørelse, hvori EMD anerkender, at den belgiske retstilstand havde været tilladt på tidspunktet for konventionens tilblivelse, men finder, at retstilstanden på domstidspunktet udgør en krænkelse af EMRK art. 8. I samme stil udtaler EMD også i sagen Dudgeon v the United Kingdom, at der sammenlignet med tilstanden på tidspunktet for vedtagelsen af den pågældende lovgivning er en bedre forståelse og tolerance for homoseksuel adfærd.<sup>100</sup>

Det *andet* element er, at disse nutidige standarder skal være *fælles* for de kontraherende stater, omend det er uafklaret i praksis, hvad der mere præcist menes hermed. I Marckx v Belgium er det fremhævet, at er sket en udvikling i et stort flertal af medlemsstaterne sammen med flere relevante internationale konventioner. Der henvises til the Brussels Convention of 12 September 1962 on the Establishment of Maternal Affiliation of Natural Children og til the European convention of 15 October 1975 on the Legal Status of Children born out of Wedlock, uagtet at disse konventioner kun er ratificerede af 4 af EMRK’s medlemsstater<sup>101</sup> (heriblandt ikke Belgien), og uagtet at ratifikationen af sidstnævnte ikke nødvendigvis hindrer den belgiske retstilstand, idet konventionens art. 14 giver medlemsstaterne mulighed for at fravige den relevante konventionsbestemmelse (art. 2). EMD finder ikke desto mindre, at selve eksistensen af konventionerne “denotes that there is a clear measure of common ground in this area amongst modern societies.”<sup>102</sup>

Den *tredje* element er, at det ikke tillægges afgørende betydning, hvad der i den indklagede stat betragtes som acceptabelt. Dette element fremgår ikke nær så konsekvent og eksplicit af EMD’s praksis som de to øvrige elementer, formentlig fordi EMD’s stillingtagen hertil ofte forudsætter, at staten gør gældende til støtte for sin påstand, at en given retstilstand betragtes som acceptabel blandt befolkningen. I Tyrer v the United Kingdom gøres det af staten gældende til støtte for påstanden om, at den omtvistede fysiske afstraffelse ikke udgjorde en nedværdigende straf i strid med art. 3, at denne afstraffelsesform ikke var i strid med den almindelige holdning blandt befolkningen på øen. EMD tager stilling til dette anbringende således:

“however, even assuming that local public opinion can have an incidence on the interpretation of the concept of “degrading punishment” appearing in Article 3 (art. 3), the Court does not regard it as established that judicial corporal punishment is not considered degrading by those members of the Manx population who favour its retention: it might well be that one of the reasons why they view the penalty as an effective deterrent is precisely the element of degradation which it involves.”<sup>103</sup>

Med “even assuming”-formuleringen antydes det, at den lokale holdning reelt ingen betydning har for fortolkningen af, om en straf er nedværdigende. Dette kan dog ikke tages til indtægt for, at den lokale holdning *generelt* ingen betydning har, idet EMD blot konkret omtaler fortolkningen af konceptet “nedværdigende straf”. EMD’s ræsonnement er, at det forhold, at størstedelen af befolkningen er tilhængere af den pågældende form for straf, ikke nødvendigvis er et udtryk for, at den ikke anses for nedværdigende, idet det netop er det nedværdigende element, der gør straffen effektiv og således også populær blandt befolkningen. Dermed illustrerer sagen næppe Letsas’ tredje element.

<sup>100</sup> EMD: Dudgeon v the United Kingdom, pr. 60 (1981)

<sup>101</sup> European convention of 15 October 1975 on the Legal Status of Children born out of Wedlock var dog underskrevet af 9 lande

<sup>102</sup> EMD: Marckx v. Belgium, pr. 41 (1979)

<sup>103</sup> EMD: Tyrer v. the United Kingdom, pr. 31 (1978)



I sagen *Dudgeon v. the United Kingdom* skulle EMD tage stilling til, om en national regel, der kriminaliserede homoseksualitet, udgjorde en krænkelse af EMRK art. 8. Staten fremhæver til støtte for, at den nationale regel var nødvendig i et demokratisk samfund, jf. art. 8, stk. 2, at der i den irske befolkning eksisterer en stærk folkelig modstand mod en lovændring. Det er ifølge staten den almindelige opfattelse blandt befolkningen, at en afkriminalisering af homoseksualitet vil medføre alvorlig skade på samfundsmoralen. Hertil anfører Domstolen, at eksistensen af dette synspunkt blandt befolkningen er en relevant faktor ved anvendelsen af art. 8, stk. 2<sup>104</sup>. På trods af, at EMD anerkender relevansen af det anførte synspunkt, finder EMD ikke, at det er tilstrækkeligt til at retfærdiggøre indgrebet:

“Accordingly, the reasons given by the Government, although relevant, are not sufficient to justify the maintenance in force of the impugned legislation in so far as it has the general effect of criminalising private homosexual relations between adult males capable of valid consent. In particular, the moral attitudes towards male homosexuality in Northern Ireland and the concern that any relaxation in the law would tend to erode existing moral standards cannot, without more, warrant interfering with the applicant’s private life to such an extent.”<sup>105</sup>

EMD udtrykker her et synspunkt, der stemmer overens med Letsas tredje element: det bekræftes, at opfattelsen blandt befolkningen er en relevant faktor, men ikke i sig selv tilstrækkelig til at begrunde indgrebet. Sagen vedrører den proportionalitetsvurdering, der skal ske efter art. 8, stk. 2, herunder mere præcist proportionalitetsvurderingens krav om *nødvendighed*, og det relevante legitime formål er “protection of morals”.

De tre elementer i EMD’s dynamiske fortolkning viser, at konsensus mellem medlemsstaterne er af afgørende betydning for den dynamiske udvikling af EMRK. EMD’s undersøgelse af, om der er konsensus mellem medlemsstaterne, sker ofte ved en komparativ fortolkning, der således er et centralt element i EMD’s dynamiske fortolkning af EMRK. Således er princippet om dynamisk fortolkning tæt forbundet med princippet om komparativ fortolkning.

Jonas Christoffersen udtrykker sammenhængen mellem begreberne således: “Comparative interpretation is a Trojan horse in which evolutive interpretation is hidden; when the ECHR is interpreted comparatively, the standards of protection will logically develop alongside the standards of national and international law.”<sup>106</sup>

Det er i de ovennævnte afgørelser svært at genkende, at den dynamiske fortolkning (“evolutive interpretation”) skulle være *skjult* i den komparative fortolkning, idet EMD netop eksplicit fastslår, at EMRK er et levende instrument. Herefter anvendes den komparative fortolkning snarere som et middel til at nå frem til, hvorvidt/hvornår konventionsbestemmelsen skal udvikle sig, end til at skjule eller dække over udviklingen. EMD’s praksis efterlader dog et klart indtryk af, at det er udviklingen af fælleseuropæiske standarder, der både normativt og deskriptivt *begrundes*, at der sker en dynamisk udvikling.

Under alle omstændigheder er begreberne tæt forbundne. Såfremt EMD ved en komparativ undersøgelse finder, at der eksisterer fælles standarder blandt medlemsstaterne (konsensus), skal konventionen fortolkes i lyset af disse standarder, og resultatet er en dynamisk udvikling af EMRK.

---

<sup>104</sup> EMD: *Dudgeons v the United Kingdom*, pr. 57 (1981)

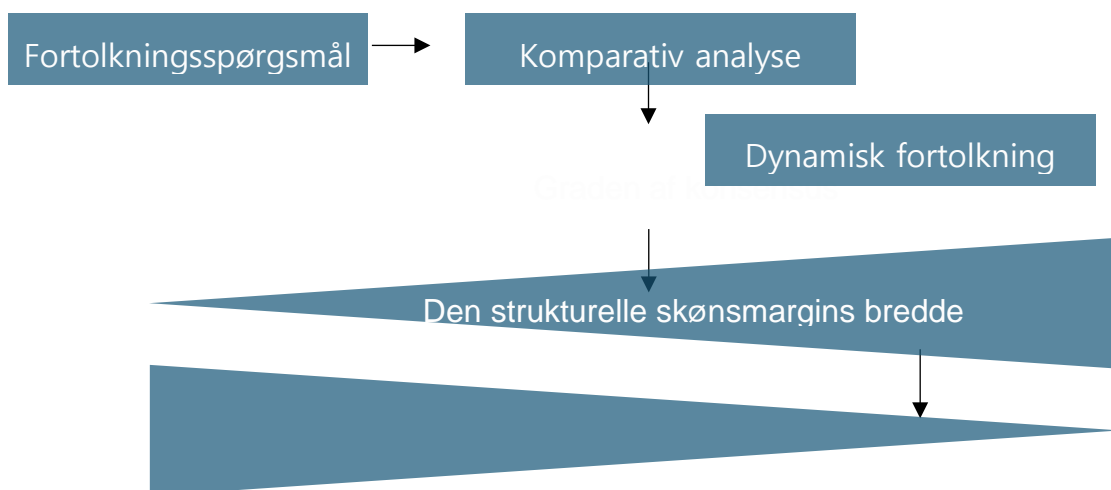
<sup>105</sup> *Ibid.*, pr. 61

<sup>106</sup> Christoffersen, Jonas: *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019. S. 57

#### 4.5. Samspejlet mellem begreberne

Det er nu gennemgået, hvordan begreberne dynamisk fortolkning, komparativ fortolkning, konsensus og staternes skønsmargin er centrale begreber for EMD's prøvelse. Det er endvidere antydnet, at der imellem begreberne er et tæt sammenspil: Når EMD skal tage stilling til et konkret spørgsmål, vil EMD interessere sig for, om der er konsensus mellem medlemsstaterne. Dette undersøges gennem en komparativ analyse af holdningen i de forskellige medlemsstater. Såfremt EMD herigennem finder, at der ikke er konsensus mellem medlemsstaterne, nyder staterne en bred strukturel skønsmargin, og EMD vil eventuelt helt afholde sig fra at foretage en materiel prøvelse af, om en given foranstaltning opfylder en eller flere af betingelserne for, at der er tale om et lovligt indgreb i en konventionsbeskyttet rettighed. Såfremt EMD derimod finder, at der er en høj grad af konsensus mellem medlemsstaterne, vil staternes strukturelle skønsmargin være smallere, og der er åbnet op for, at der kan ske en dynamisk fortolkning af konventionen.

Sammenspejlet mellem begreberne dynamisk fortolkning, konsensus, komparativ analyse og staternes (strukturelle) skønsmargin kan helt forsimplet illustreres i denne figur:



Figur 2

Det skal erindres, at hvor begrebet staternes skønsmargin relaterer sig til EMD's prøvelsesintensitet, relaterer begrebet dynamisk fortolkning sig til EMD's materielle prøvelse. Således vedrører førstnævnte begreb spørgsmålet om, i hvilket omfang EMD foretager en efterprøvelse af statens afgørelse, mens sidstnævnte er et fortolkningsbegreb, der kun kan anvendes i det omfang der faktisk foretages en efterprøvelse. Bredden af staternes skønsmargin er afgørende for, i hvilket omfang EMD vil foretage en materiel prøvelse. En høj grad af konsensus medfører en smal skønsmargin for staterne, og EMD's prøvelse bliver mere tilbunds gående. Tilstedeværelsen af konsensus medfører, at EMD i denne mere tilbunds gående prøvelse vil fortolke konventionen i lyset af de almindeligt accepterede standarder i medlemsstaterne, og dette kan medføre, at EMD's fortolkning bliver dynamisk. Dette stemmer overens med Wienerkonventionens betoning af, at en traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i dens sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål, samt med EMD's praksis for at anse konventionen som et levende instrument, der skal fortolkes i lyset af nutidige forhold.

#### 4.5.1. Fire domme til illustration

Til at eksemplificere sammenhængen mellem begreberne, som den er vist i illustrationen ovenfor, vil fire domme afsagt af EMD over en 16-årig periode vedrørende transseksuelles rettigheder i Storbritannien blive analyseret. Det drejer sig om Rees (1986), Cossey (1990), Sheffield and Horsham (1998) og Christine Goodwin (2002).

##### 4.5.1.1. Rees v. the United Kingdom (1986)

Sagen Rees er allerede nævnt ovenfor afsnit 3.3 og vedrører som nævnt en eventuel positiv forpligtelse efter EMRK art. 8 vedrørende respekten for retten til privatliv, samt spørgsmålet om, hvorvidt tilsidesættelsen i bekræftende fald var lovlig.

Ved sin fortolkning af art. 8 fastslår EMD indledningsvis, at art. 8 foruden en beskyttelse mod indgreb i privatlivet også indebærer en positiv forpligtelse for staten, at der i den forbindelse tilkommer staterne en skønsmargin, og at den konkrete sag vedrører eksistensen og omfanget af denne positive forpligtelse. Herefter refererer EMD kommissionens syn på den skønsmargin, der tilkommer staten: "It was only with regard to the choice of the necessary measures that there could be any room for a margin of appreciation, or for any balancing with countervailing public interests."<sup>107</sup> Kommissionen finder således, at der kun tilkommer staten en materiel skønsmargin (implementeringsfrihed). Herefter udtaler EMD sin egen opfattelse og tager derved afstand fra kommissionens:

"(...) the notion of "respect" is not clear-cut, especially as far as those positive obligations are concerned: having regard to the diversity of the practices followed and the situations obtaining in the Contracting States, the notion's requirements will vary considerably from case to case.

These observations are particularly relevant here. Several States have (...) given transsexuals the option of changing their personal status to fit their newly-gained identity. They have, however, made this option subject to conditions of varying strictness and retained a number of express reservations (for example, as to previously incurred obligations). In other States, such an option does not - or does not yet - exist. It would therefore be true to say that there is at present little common ground between the Contracting States in this area and that, generally speaking, the law appears to be in a transitional stage. Accordingly, this is an area in which the Contracting Parties enjoy a wide margin of appreciation."<sup>108</sup>

EMD afholder sig fra at foretage en tilbundsgående prøvelse af, om den indklagede stat har tilsidesat sin positive forpligtelse til at respektere klagers ret til privatliv med henvisning til, at der tilkommer staterne en bred skønsmargin. Den fastslåede skønsmargin tilkommer staten ved vurderingen af indholdet af begrebet "respekt" i sammenhæng med den positive dimension af art. 8, dvs. selve spørgsmålet om, hvorvidt der er sket en tilsidesættelse af statens (positive) forpligtelse efter art. 8. Denne skønsmargin er dermed en strukturel skønsmargin. Herved giver EMD den indklagede stat en bredere margin end hvad der tilkommer staten efter kommissionens opfattelse.

Den brede strukturelle skønsmargin er begrundet med, at der ikke er konsensus mellem medlemsstaterne - en konklusion, der er baseret på en komparativ undersøgelse af staternes praksis på området. EMD betoner endvidere, at loven er i et overgangsstadium, og det indikeres, at det kun er et spørgsmål om tid, før der udvikler sig tilstrækkelig konsensus ("in other States, such an option does not - or does not yet - exist. It would therefore be true to say that there is *at present* little common ground between the Contracting States[kursiveringer foretaget her]"). Der er to interessante aspekter i dette. For det første kan betoningen læses som en henvisning til områdets politiske karakter: der er en udvikling i gang i medlemsstaterne, og denne udvikling har karakter af en aktuel politisk proces, hvilket er en faktor, der gør sagen sensitiv og kan føre til en bred margin. For det andet kan betoningen forstås

<sup>107</sup> EMD: Rees v. the United Kingdom, pr. 36 (1986)

<sup>108</sup> Ibid., pr. 37

som et udtryk for, at EMD allerede på dette tidspunkt er opmærksom på de menneskeretlige konsekvenser af udviklingen og på, at skønsmarginen på den anden side af den politiske proces vil være smallere. I overensstemmelse hermed gentages det i dommens konklusion:

“That being so, it must for the time being be left to the respondent State to determine to what extent it can meet the remaining demands of transsexuals. However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer. The Convention has always to be interpreted and applied in the light of current circumstances.”<sup>109</sup>

Fremhævelsen af EMD's dynamiske konventionsfortolkning kan næppe forstås på anden måde end som en advarsel til Storbritanien om, at der før eller siden vil være krav om en ændring i den britiske retstilstand.

Afgørelsen illustrerer, hvordan EMD's prøvelsesintensitet bestemmes ud fra graden af konsensus, og hvordan fraværet af konsensus kan forhindre en dynamisk fortolkning. Sagen er speciel, fordi EMD nærmest eksplicit statuerer, at en sag om det samme spørgsmål kan - og med stor sandsynlighed vil - få et andet udfald på den anden side af den igangværende politiske udvikling i medlemsstaterne. Det kan på den baggrund synes overraskende, at der skulle gå 16 år, før den varslede dynamiske fortolkning førte til en dom over Storbritannien.

#### 4.5.1.2. *Cossey v. the United Kingdom (1990)*

I sagen *Cossey v. the United Kingdom*, også vedrørende en britisk transseksuel (fra mand til kvinde), fastslår EMD indledningsvis, at den ikke finder, at faktum i sagen adskiller sig fra faktum i *Rees*, ligesom der ikke er sket nogen relevante ændringer i det britiske system.<sup>110</sup> Dermed er det afgørende for, om der kan være anledning for EMD til at komme frem til et andet resultat, om staterne fortsat nyder den samme brede skønsmargin som det var tilfældet i *Rees*, eller om der har udviklet sig en større grad af konsensus mellem medlemsstaterne, således at marginen bliver smallere, og EMD kan foretage en mere tilbunds gående prøve af udstrækningen af den positive forpligtelse efter art. 8. EMD finder, at omend der i nogle medlemsstater er sket en udvikling, er der fortsat stor forskel på praksis i medlemsstaterne: “Accordingly this is still, having regard to the existence of little common ground between the Contracting States, an area in which they enjoy a wide margin of appreciation”.<sup>111</sup> Efter at have stukket en finger i jorden i medlemsstaterne og foretaget en vurdering af udviklingen på området, finder EMD således ikke her, fire år senere, at der er sket en tilstrækkelig udvikling til, at der er grundlag for at indsnævre staternes skønsmargin. EMD fastslår dog igen afslutningsvis med henvisning til konklusionen i *Rees*, at konventionen skal fortolkes dynamisk: “Since the Convention always has to be interpreted and applied in the light of current circumstances, it is important that the need for appropriate legal measures in this area should be kept under review.”<sup>112</sup>

#### 4.5.1.3. *Sheffield and Horsham (1998)*

8 år senere blev spørgsmålet igen rejst for EMD i sagen *Sheffield and Horsham v. the United Kingdom*. Klagerne pegede foruden på de aspekter af britisk lovgivning, der også var genstand for EMD's prøve i de to ovennævnte afgørelser, også på en række andre aspekter, men EMD finder, at essensen i klagerne er de samme som i de to forudgående afgørelser. EMD fastslår i overensstemmelse med det tidligere præjudikat, at begrebet respekt navnlig for så vidt angår de positive konventionsforpligtelser er uklart, og at vurderingen af, om der foreligger en positiv forpligtelse, beror på en

---

<sup>109</sup> Ibid., pr. 47

<sup>110</sup> EMD: *Cossey v. the United Kingdom* pr. 34 (1990)

<sup>111</sup> Ibid., pr. 40

<sup>112</sup> Ibid., pr. 42

afvejning mellem individets interesser og samfundets interesser. Hvor den indklagede stat gør gældende at have en bred skønsmargin ved denne vurdering med henvisning til de to tidligere afgørelser, gør klagerne gældende, at den videnskabelige udvikling og de juridiske udviklinger i medlemsstaterne, der har fundet sted siden de to foregående afgørelser, medfører, at hensynsafvejningen skal ske til fordel for individet. På den baggrund undersøger EMD de videnskabelige og juridiske udviklinger på området. Vedrørende undersøgelsen af de videnskabelige udviklinger finder EMD, at der på trods af enkelte studier fortsat er stor videnskabelig usikkerhed vedrørende naturen af transseksualitet.<sup>113</sup> Vedrørende undersøgelsen af de juridiske udviklinger - spørgsmålet om, hvorvidt der har udviklet sig en fælleseuropæisk standard i lovgivningen i medlemsstaterne (konsensus) - indhenter EMD en undersøgelse fra organisationen Liberty, der finder, at der over det seneste årti har udviklet sig en “unmistakably clear trend in the member States of the Council of Europe towards giving full legal recognition to gender reassignment”.<sup>114</sup> Ifølge undersøgelsen anerkender flertallet af medlemsstaterne således kønsskiftene juridisk, og kun fire ud af de syvogtredive undersøgte stater tillader ikke en ændring i fødselsattesten til det postoperationelle køn. EMD inddrager Libertys entydige konklusion, men finder på trods heraf:

“However, the Court is not fully satisfied that the legislative trends outlined by *amicus* suffice to establish the existence of any common European approach to the problems created by the recognition in law of post-operative gender status. In particular, the survey does not indicate that there is as yet any common approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection, or the circumstances in which a transsexual may be compelled by law to reveal his or her pre-operative gender.”<sup>115</sup>

EMD's argument går således på, at de af Liberty observerede tendenser ikke er tilstrækkelige til, at der kan siges at foreligge konsensus, fordi det foruden tilstedeværelsen af disse tendenser yderligere er en betingelse, at der er en fælleseuropæisk tilgang til løsningen af de problemer, anerkendelsen af postoperationelle køn medfører. Argumentet indebærer, at den omstændighed, at der gælder en fælleseuropæisk opfattelse af, at der på et givet område kræves en positiv foranstaltning af medlemsstaterne, ikke er tilstrækkelig til, at der foreligger konsensus. Der skal endvidere være en fælleseuropæisk opfattelse af, hvordan de problemer, som foranstaltningen medfører, løses. Dette er overraskende. Der kan ikke meningsfuldt sondres mellem foranstaltninger til sikring af konventionsbeskyttede rettigheder og foranstaltninger til løsning af praktiske problemer, der følger af de førstnævnte foranstaltninger. Begge typer af foranstaltninger hører under den materielle skønsmargin, der følger af selve konventionen (implementeringsfriheden). EMD's rationale indebærer, at medlemsstaternes udnyttelse af implementeringsfriheden - den materielle skønsmargin - medfører, at den strukturelle skønsmargin bliver bredere. Rationalet har ingen sammenhæng med EMD's almindelige begrebsbrug eller fremgangsmåde, og det kan næsten se ud til, at EMD har fundet resultatet før begrundelsen.

EMD konkluderer, at der ikke gælder nogen positiv forpligtelse for staterne efter art. 8 til juridisk anerkendelse af postoperationelle køn, men udtaler i overensstemmelse med konklusionerne i Rees og Cossey: “Even if it finds no breach of Article 8 in this case, the Court reiterates that this area needs to be kept under review by Contracting States.”<sup>116</sup> Med disse ord har EMD givet Storbritannien en tredje advarsel.

---

<sup>113</sup> EMD: Sheffield and Horsham v. the United Kingdom pr. 55-56 (1998)

<sup>114</sup> Ibid., pr. 35

<sup>115</sup> Ibid., pr. 57

<sup>116</sup> Ibid., pr. 60

#### 4.5.1.4. Christine Goodwin (2002)

I denne sag har EMD endnu engang anledning til at tage stilling til spørgsmålet om transsekseuelles rettigheder i Storbritannien. EMD bruger sagen som en anledning til at rette op på den noget tvivlsomme argumentation i Sheffield and Horsham:

“In the later case of Sheffield and Horsham, the Court's judgment laid emphasis on the lack of a common European approach as to how to address the repercussions which the legal recognition of a change of sex may entail for other areas of law such as marriage, filiation, privacy or data protection. While this would appear to remain the case, the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions is hardly surprising. In accordance with the principle of subsidiarity, it is indeed primarily for the Contracting States to decide on the measures necessary to secure Convention rights within their jurisdiction and, in resolving within their domestic legal systems the practical problems created by the legal recognition of post-operative gender status, the Contracting States must enjoy a wide margin of appreciation [*materiel skønsmargin*]. The Court accordingly attaches less importance to the lack of evidence of a common European approach to the resolution of the legal and practical problems posed, than to the clear and uncontested evidence of a continuing international trend in favour not only of increased social acceptance of transsexuals but of legal recognition of the new sexual identity of post-operative transsexuals.”<sup>117</sup>

EMD finder således ikke, at der siden Sheffield and Horsham har udviklet sig en konsensus mellem medlemsstaterne vedrørende valg af foranstaltninger til løsning af de retlige problemer, en anerkendelse af postoperationelle køn medfører. Situationen er den samme, men i modsætning til i sagen Sheffield and Horsham finder EMD ikke, at den manglende konsensus vedrørende de konkrete implementeringsforanstaltninger skal tillægges nogen betydning for vurderingen af bredden på den strukturelle skønsmargin: EMD fremhæver i stedet, at mangfoldigheden i foranstaltninger til løsning af de problemer, der følger med anerkendelse af postoperationelle køn, er en naturlig konsekvens af den frihed, der tilkommer medlemsstaterne ved implementeringen af konventionen (den materielle skønsmargin), og at det afgørende for skønsmarginens bredde i stedet er den tydelige internationale tendens til retlig anerkendelse af postoperationelle køn.

I Sheffield and Horsham dissenterer dommer Casadevall. Han anerkender flertallets udsagn om, at der ikke er nogen fælles tilgang til løsningen af de retlige problemer, en anerkendelse af postoperationelle køn medfører, men finder ikke, at dette bør have betydning. I stedet betoner han, at to tredjedele af medlemsstaterne har taget initiativer til retlig anerkendelse af kønsskifter samt gennem forskellige procedurer anerkender den postoperationelle identitet.<sup>118</sup> Flertallets afgørelse i Christine Goodwin er i tråd med Casadevalls dissens i Sheffield and Horsham, omend flertallet i Christine Goodwin tager mere eksplicit afstand fra flertallets afgørelse i Sheffield and Horsham.

Efter at have konstateret, at der således ikke længere er grundlag for at opretholde den brede skønsmargin, der tilkom staten i de tidligere afgørelser under henvisning til det daværende fravær af konsensus, foretager EMD en tilbunds gående materiel prøvelse af spørgsmålet om, hvorvidt der er sket en tilsidesættelse af den positive forpligtelse efter art. 8 vedrørende retten til privatliv.

EMD konkluderer, at der ikke er nogen afgørende samfundsinteresser på spil, der kan veje op for individets interesser, og at den indklagede stat følgelig har tilsidesat sin positive forpligtelse efter EMRK art. 8. Herved er der sket en dynamisk udvikling af konventionen.

De fire afgørelser illustrerer, hvordan EMD anvender komparative undersøgelser af retstilstanden i medlemsstaterne til at finde frem til, om der er konsensus, samt hvordan graden af konsensus har betydning for bredden af den strukturelle skønsmargin. Afgørelserne viser dog også, at EMD ikke

<sup>117</sup> EMD: Christine Goodwin v. the United Kingdom pr. 85 (2002)

<sup>118</sup> EMD: Sheffield and Horsham, dissenting opinion of Judge Casadevall, pr. 3 (1998)

anvender modellen konsekvent. Ræsonnementet i Sheffield and Horsham har intet hold i hverken EMD's praksis og sædvanlige brug af begreberne skønsmargin og konsensus. Resultatet kunne ligne en konsekvens af en berøringsangst over for den indklagede stat snarere end en juridisk vurdering.

## **5. HRC: FINDES DER EN SKØNSMARGIN HOS HRC?**

EMD's fortolkning, herunder konceptet om staternes skønsmargin, har fået meget opmærksomhed i den juridiske teori, og der foreligger utallige analyser og diskussioner af EMD's praksis. HRC's fortolkningsstil har generelt ikke vakt den samme interesse hos jurister. Der kan være flere gode grunde til dette, her skal nævnes to. For det første har EMD's afgørelser på grund af deres bindende virkning som udgangspunkt en mere markant rolle i medlemsstaterne. Dette kan forklare, hvorfor EMD i hvert fald for europæiske jurister er mere interessant. For det andet kan det - også uden for en europæisk sammenhæng - have betydning for den juridiske interesse for HRC, at komiteen ikke er en egentlig domstol, idet dens udtalelser ikke har bindende virkning. Udtalelserne er et soft law-instrument, som derfor ofte bliver set ned på i juridiske kredse.<sup>119</sup> HRC's kompetence til at afgive vejledende udtalelser i individuelle kommunikationer er én blandt flere metoder til at overvåge menneskerettighedsbeskyttelsen i de kontraherende stater til ICCPR, og de øvrige metoder er måske nærmere af politisk end juridisk relevans. HRC er dermed ikke et klassisk subjekt for juridiske studier. Dels på grund af den relativt sparsomme litteratur og dels, fordi HRC sjældent har tilsvarende eksplicite overvejelser om sin prøvelsesintensitet som EMD, findes der ikke i samme grad en veludviklet terminologi vedrørende HRC's prøvelsesintensitet. Den ovenfor analyserede doktrin om staternes skønsmargin, der er udviklet gennem EMD's retspraksis, har en udpræget europæisk klang. Alligevel vil det i dette afsnit blive undersøgt, i hvilken udstrækning doktrinen har en rolle hos HRC.

### **5.1 Subsidiaritetsprincippet hos HRC**

Som det fremgår af afsnit 4.2 hænger EMD's doktrin om staternes skønsmargin tæt sammen med subsidiaritetsprincippet, der som beskrevet ovenfor afsnit 2 ikke er noget specifikt europæisk princip, men derimod går langt tilbage og har stor betydning inden for mange systemer. Det gælder ikke mindst i internationale retsforhold og således også i FN-regi, ICCPR værende ingen undtagelse. Sammenlignet med OP-CESCR er der i OP-ICCPR ingen direkte henvisning til staternes frihed ved implementeringen af konventionen, men ligesom det var tilfældet i EMRK er princippet forudsætningsvist indeholdt i en række konventionsbestemmelser: Ideen om staterne som de primært ansvarlige og med komiteens rolle begrænset til en kontrolfunktion indeholder en praktisk manifestation af subsidiaritetsprincippet og har hjemmel i ICCPR art. 2, stk. 2, hvorefter medlemsstaterne forpligter sig til at træffe de fornødne foranstaltninger til sikring af de i konventionen beskyttede rettigheder. Medlemsstaterne er endvidere forpligtede til at sikre, at der eksisterer en adgang til effektive retsmidler for personer, hvis rettigheder krænkes, jf. art. 2, stk. 3, og det er en betingelse for, at komiteen behandler en individuel klage, at alle nationale retsmidler er udtømte, jf. OP-ICCPR art. 2. Komiteens funktion i de individuelle klagesager er dermed begrænset til en kontrolfunktion.<sup>120</sup> I denne arbejdsfordeling mellem det nationale og det internationale system ligger der et subsidiaritetsprincip. Engström argumenterer for, at ICCPR's bestemmelser om relative rettigheder endvidere konstituerer

---

<sup>119</sup> A. Skander Galand og V. Azarova, "Right to Individual Petition Before UN Human Rights Treaty Bodies: The softly Spoken Enforcer of Human Rights Treaties?", Koç University Blog 25. maj 2017, <https://kuremer.ku.edu.tr/en/right-individual-petition-un-human-rights-treaty-bodies-softly-spoken-enforcer-human-rights-treaties>

<sup>120</sup> Nowak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005, s. XXV

et subsidiaritetsprincip, fordi bestemmelserne indeholder en adgang for staterne til at begrænse udøvelsen af rettighederne.<sup>121</sup> Den kompetence, der her overlades til staterne direkte som følge af konventionsteksten, svarer til den materielle skønsmargin hos EMD.

### **5.2. *Travaux préparatoires***

Det fremgår af forarbejderne (*travaux préparatoires*) til ICCPR art. 4, at det under forhandlingerne blev drøftet, at det skulle være op til staterne at vurdere, hvorvidt betingelserne for, at der kunne derogeres fra de konventionsbeskyttede rettigheder, jf. art. 4, var opfyldt. I den forbindelse blev der refereret til doktrinen om staternes skønsmargin.<sup>122</sup> Der blev dog ikke medtaget nogen reference i den endelige tekst.

### **5.3. *Doktrinen om staternes skønsmargin anvendt i HRC's praksis***

HRC anvender eksplicit doktrinen om staternes skønsmargin i afgørelsen *Hertzberg et. al. v. Finland*. Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt der var sket en krænkelse af klagernes ret til ytringsfrihed efter ICCPR art. 19, idet klagerne i forskellige sammenhænge var blevet pålagt begrænsninger af den statskontrollerede TV-/radiostation FBC vedrørende forskellige indslag om homoseksuelle i Finland. Sagen er speciel, fordi en eventuel anerkendelse af en krænkelse af klagernes ret til ytringsfrihed er baseret på *dels* en præmis om, at der er identitet mellem FBC og staten, og *dels* en præmis om, at et afslag på udsendelse af et produceret program udgør et indgreb i producenternes ytringsfrihed. Den første præmis accepteres af HRC, og for så vidt angår to af klagernes sager accepterer HRC også den anden præmis ud fra en betragtning om, at programmet er produceret inden for nogle fastlagte rammer og efter en generel godkendelse fra redaktionen. I disse sager finder HRC derfor, at der er sket et indgreb i klagernes ret til ytringsfrihed som følge af FBC's beslutning om ikke at sende programmet. Herefter undersøger HRC, om indgrebet kan begrundes efter art. 19, stk. 3. Om denne vurdering bemærker HRC:

“It has to be noted, first, that public morals differ widely. There is no universally applicable common standard. Consequently, in this respect, a certain margin of discretion must be accorded to the responsible national authorities.”<sup>123</sup>

HRC's synspunkt om, at vurderingen af, om det foretagne indgreb er nødvendigt til beskyttelse af “public morals”, bedre kan foretages af de nationale myndigheder, er baseret på en betragtning om fraværet af en universel moralopfattelse, som medfører, at der tilkommer staterne en skønsmargin ved vurderingen.

Med anvendelsen af terminologien fra afsnit 4.3 vedrørende de to typer af skønsmargin hos EMD tilkender HRC den indklagede stat en strukturel skønsmargin ved vurderingen af, om der foreligger et legitimt formål med indgrebet, begrundet i fraværet af konsensus mellem medlemsstaterne. HRC anvender således en fremgangsmåde, der til forveksling ligner EMD's.

---

<sup>121</sup> Engström, Viljam: Deference and the Human Rights Committee. I: *Nordic Journal of Human Rights* nr. 34:2, 12.08.2016. S. 80

<sup>122</sup> Saul, Ben: 1963, General Assembly, Eighteenth Session, Third Committee, Agenda Item 48, Draft International Covenants on Human Rights, 1267th Meeting, A/C.3/SR.1267. I: *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Travaux Préparatoires*, Volume II. 1. udg. Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2016.; Ghandhi, P. R.: *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*. 1. udg. Dartmouth Pub Co, 1999. S. 311

<sup>123</sup> HRC: *Hertzberg et. al. v. Finland* pr. 10.3 (1982)



HRC udtaler, at en vurdering af, om censureringen af programmerne kan begrundes i beskyttelsen af den offentlige moral, vil kræve en gennemgang af det fulde indhold af programmerne. Ikke desto mindre undlader HRC at indhente dette indhold til brug for sin vurdering, med begrundelsen: "The committee feels, however, that the information before it is sufficient to formulate its view on the communication."<sup>124</sup> Reglen i OP-ICCPR art. 5, hvorefter HRC skal tage stilling til sagen på baggrund af det foreliggende materiale, forhindrer HRC i selvstændigt at indhente yderligere oplysninger, og der er dermed ikke isoleret set noget odiøst i, at HRC tager stilling til sagen på det foreliggende grundlag. Det interessante er, at HRC finder, at den foreliggende information er tilstrækkelig på trods af konstateringen af, at en vurdering af, om censureringen af programmerne kan begrundes i beskyttelsen af den offentlige moral, vil kræve en gennemgang af det fulde indhold af programmerne. Dette illustrerer, at HRC i et vist omfang overlader det til staten at vurdere, om indgrebet er begrundet med et legitimt formål.

Et blik tilbage på EMD's afgørelse i sagen *Handyside v. the United Kingdom* truffet i 1976 er interessant i den sammenhæng. Afgørelsen vedrører tilsvarende et indgreb i ytringsfriheden begrundet i hensyn til den offentlige moral, og her finder EMD også, at fraværet af en ensartet europæisk moralopfattelse medfører, at staternes strukturelle skønsmargin bliver bredere.<sup>125</sup>

Hertzberg et. al. v. Finland står alene som et eksempel på HRC's eksplicitte anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin - dette på trods af, at doktrinen har været påberåbt af klager i flere sager.<sup>126</sup> Dermed kan sagen dårligt siges at være repræsentativ for HRC's fremgangsmåde. Det må konkluderes, at HRC på trods af drøftelserne forud for vedtagelsen af konventionen, jf. ovenfor af-snit 5.2 ikke har anvendt doktrinen om staternes skønsmargin eksplicit i sin retspraksis, og at eventuelle variationer i prøvelsesintensiteten må ske på anden vis.

## **6. KOMPARATIVT: PRØVELSESINTENSITETEN HOS EMD HHV. HRC**

### **6.1. Metodiske overvejelser**

Hvor EMD som beskrevet i afsnit 4 har udviklet sin egen terminologi om sin prøvelsesintensitet og ofte har eksplicitte overvejelser om intensiteten i sin praksis, har HRC som nævnt ingen tilsvarende eksplicit terminologi om sin prøvelsesintensitet. Ligeledes har HRC sjældent eksplicitte overvejelser om sit intensitetsniveau. Det kan herfra hverken sluttes, at HRC ikke varierer sin prøvelsesintensitet, eller at eventuelle variationer er vilkårlige, men fraværet af terminologi og eksplicitte overvejelser gør det vanskeligere at kortlægge variationerne og de faktorer, der har betydning herfor. I dette afsnit vil prøvelsesintensiteten hos hhv. EMD og ICCPR blive undersøgt gennem komparative analyser af organernes praksis på tre forskellige områder, hvor organerne har behandlet sager om retlige spørgsmål, der har lignet hinanden. Klagebetingelserne hos både EMD og HRC om, at en sag ikke kan behandles, hvis den er genstand for anden form for international undersøgelse,<sup>127</sup> medfører, at det sjældent vil være muligt at foretage en 1-1 sammenligning mellem EMD's og HRC's fortolkningsstil. Alligevel er visse spørgsmål opstået hos både EMD og HRC, som på trods af, at spørgsmålene er rejst i forskellige sammenhænge og af forskellige klagere har nogle fællestræk og dermed i nogen udstrækning meningsfuldt kan sammenlignes.

### **6.2. EMRK art. 8 og ICCPR art. 17: praksis om abortadgang i Irland**

Både EMD og HRC har haft lejlighed til at tage stilling til irske abortreglers overensstemmelse med hhv. EMRK art. 8 og ICCPR art. 17 i to konkrete sager, hvis faktum har meget til fælles, og hvis

<sup>124</sup> Ibid., pr. 10.2

<sup>125</sup> EMD: *Handyside v. the United Kingdom*, pr. 48 (1976)

<sup>126</sup> Se bl.a. HRC: *Siobhán Whelan v. Ireland* (2017); *Yashar Agazade and Rasul Jafarov v. Azerbaijan* (2017); *Amanda Jane Mellet v. Ireland* (2016)

<sup>127</sup> Tillægsprotokol til ICCPR art. 5, stk. 2 samt EMRK art 35, stk. 2

retlige kerne er et abstrakt fortolknings spørgsmål om forståelsen af de to bestemmelser. Det drejer sig om EMD's afgørelse i sagen A, B and C v. Ireland fra 2010 og HRC's udtalelse i sagen Mellet v. Ireland fra 2013. Der er nogle væsentlige forskelle vedrørende både traktatgrundlag og faktum i de to sager, som fortjener et par bemærkninger, før afgørelserne analyseres og sammenlignes.

a) Forskellige traktatgrundlag:

Hvor EMRK art. 8 er en relativ rettighed, der i stk. 2 eksplicit giver medlemsstaterne adgang til under visse betingelser at gøre indgreb i rettigheden, indeholder art. 17 ikke nogen eksplicit indgrebs-adgang, men indeholder derimod en underforstået begrænsning, jf. ovenfor afsnit 3.1.2. Det indebærer, at indgrebskriterierne, som de to organer skal tage stilling til, er forskellige. Hvor EMD's stillingtagen i høj grad følger den doktrinellem fremgangsmåde beskrevet ovenfor i afsnit 3.2, er HRC's stillingtagen som udgangspunkt mere fri, idet HRC's opgave blot er at vurdere, om det konstaterede indgreb er arbitrært. Om denne vurdering udtaler HRC:

“The Committee recalls its general comment No. 16 (1988) on the right to privacy, according to which the concept of arbitrariness is intended to guarantee that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances.”<sup>128</sup>

Således beror HRC's vurdering af, om indgrebet var arbitrært eller ej, på, om tre kriterier er opfyldt: der skal være lovhjemmel, indgrebet skal være i overensstemmelse med konventionens formål, og indgrebet skal være rimeligt under de konkrete omstændigheder. Kriterierne ligner til forveksling EMD's kriterier om lovhjemmel, legitimt formål og proportionalitet. Dermed har HRC udviklet en praksis for fortolkningen af art. 17, der nærmer sig EMD's doktrinellem fremgangsmåde vedr. art. 8. Ved sammenligningen af EMD's afgørelse og HRC's udtalelse bør det ikke glemmes, at kravene til et lovligt indgreb efter de respektive konventionsbestemmelser er forskellige, men på baggrund af HRC's doktrinellem fremgangsmåde vedr. art. 17 kan disse forskelle næppe forklare de to forskellige resultater, som organerne når i de to sager.

b) Forskelle i sagernes faktum:

En væsentlig forskel på faktum i de to sager er den omstændighed, at EMD's afgørelse vedrører to kvinder, der ønsker en abort begrundet i kvindernes sundhed og velbefindende. HRC's udtalelse, derimod, vedrører en kvinde, hvis foster som følge af en hjerneskode vil dø inden eller kort efter fødslen. Denne forskel har formentlig stor betydning for den proportionalitetsvurdering, der skal foretages i begge sager. Forskellene indebærer, at afgørelserne ikke nødvendigvis er egnede til at belyse, hvordan forskellene i prøvelsesintensiteten har betydning for beskyttelsesniveauet. Ikke desto mindre er sagerne stadigvæk illustrative for så vidt angår de to organers prøvelsesintensitet vedr. retten til privatliv efter EMRK art. 8 hhv. ICCPR art. 17.

6.2.1. EMD's afgørelse - A, B and C v. Ireland

Sagen A, B and C v. Ireland vedrører retten til abort i Irland for tre kvinder, hvoraf de to første kvinder klager over forbuddet mod abort begrundet i hensyn til sundhed og velbefindende, mens den tredje kvinde klager over forbuddet mod abort i tilfælde, hvor moderens liv er i fare.<sup>129</sup> EMD skal tage stilling til, *dels* hvorvidt den i EMRK art. 8 indeholdte ret til privatliv forhindrer staten i at nægte kvinderne adgang til abort (første og anden kvinde), og *dels* hvorvidt der gælder en positiv forpligtelse for staten til at tilbyde abort (tredje kvinde). Denne analyse vil koncentrere sig om EMD's afgørelse i de to første kvinders sager, der er behandlet samlet af EMD og er den mest oplagte parallel til HRC-sagen, der også vedrører det negative aspekt af ICCPR art. 17.

<sup>128</sup> HRC: Mellet v. Ireland pr. 7.8 (2016)

<sup>129</sup> EMD: A, B and C v. Ireland, pr. 3 (2010)

EMD fastslår indledningsvis, at forbuddet mod abort udgør et indgreb i retten til privatliv efter EMRK art. 8, og spørgsmålet er herefter, om indgrebet kan retfærdiggøres efter art. 8, stk. 2. Mens det ligeledes hurtigt fastslås, at kravet om lovhjemmel er opfyldt, får næste indgrebsbetingelse vedrørende tilstedeværelsen af et legitimt formål mere opmærksomhed: EMD konstaterer, at det i tidligere EMD-praksis er accepteret, at de irske abort-regler er baseret på grundlæggende moralske værdier vedrørende livets natur, og at man har fundet, at spørgsmålet om, hvornår livet begynder i relation til beskyttelsen i EMRK art. 2, er op til den enkelte stat. Der er således identificeret to mulige legitime formål med indgrebet: hensynet til beskyttelsen af den offentlige moral og hensynet til andres (fosterets) rettigheder efter art. 2. De to formål er relaterede til hinanden, idet stillingtagen til sidstnævnte er et moralsk spørgsmål, der således er relevant vedr. førstnævnte. EMD behandler fosterets ret til liv efter art. 2 som et ud af flere aspekter af det moralske spørgsmål. Det er dermed spørgsmålet om, hvorvidt den irske moralopfattelse er af en sådan karakter, at den i det konkrete tilfælde udgør et legitimt hensyn, jf. art. 8, stk. 2, der er centralt for EMD. EMD henviser herefter til den indklagede stats bedre egnethed ved vurderingen af den nationale moralopfattelse:

“The Court notes that it is not possible to find in the legal and social orders of the Contracting States a uniform European conception of morals including on the question of when life begins. By reason of their “direct and continuous contact with the vital forces of their countries”, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the “exact content of the requirements of morals” in their country, as well as on the necessity of a restriction intended to meet them.”<sup>130</sup>

Bemærkningen om staternes bedre egnethed er en understregning af det negative subsidiaritetsprincip, hvorefter den overordnede gruppering bør undlade at blande sig i den underordnede gruppe-rings forhold, såfremt den underordnede gruppering er bedre egnet. Denne bedre egnethed vedrører ifølge EMD både vurderingen af den irske moralopfattelse og af proportionaliteten af foranstaltninger til beskyttelse heraf. EMD foretager herefter en selvstændig vurdering af udviklingen i moralopfattelsen blandt den irske befolkning og konkluderer, at den irske lovgivning er baseret på dybtgående moralske værdier, således at der foreligger et legitimt formål med det konstaterede indgreb i retten til privatliv. Det er uklart, om EMD herved har foretaget en materiel undersøgelse af, om der foreligger et legitimt formål, eller om EMD snarere har foretaget en vurdering af moralopfattelsen og fundet, at spørgsmålet som følge af, at der er tale om meget dybtgående moralske værdier, ligger inden for statens skønsmargin. Om der er tale om det første eller det andet har betydning, fordi det første tilfælde er et udtryk for en tilbundsgående efterprøvelse af den nationale moralopfattelse, mens det andet tilfælde er et udtryk for, at der ikke sker nogen materiel prøvelse som følge af en bred strukturel skønsmargin. Det taler for det første tilfælde, at begrebet skønsmargin ikke nævnes eksplicit, samt at konklusionen er formuleret som en materiel konklusion: “The Court concludes that the impugned restriction therefore pursued the legitimate aim of the protection of morals of which the protection in Ireland of the right to life of the unborn was one aspect.”<sup>131</sup> Omvendt er konklusionen baseret på en konstatering af, at der ikke findes at være sket mærkbare ændringer i moralopfattelsen siden EMD’s tidligere praksis om spørgsmålet, og der henvises til sagerne *Vo v. France* og *Open door case*. I begge disse sager konkluderede EMD om en tilsvarende vurdering af den irske moralopfattelse, at der tilkom staten en bred skønsmargin.<sup>132</sup> Idet der ifølge EMD ikke er sket mærkbare ændringer i moralopfattelsen siden disse sager er det svært at se, hvorfor EMD skulle indsnævre den tidligere tilkendte brede skønsmargin. Det er også svært at se henvisningens relevans, fordi konklusionen om vurderingen af moralopfattelsen i de to sager netop var, at der tilkom staten en bred skønsmargin. På den baggrund må det anses for mest naturligt at læse afgørelsen således, at EMD her giver staten en

<sup>130</sup> EMD: *A, B and C v. Ireland*, pr. 223 (2010)

<sup>131</sup> *Ibid.*, pr. 227

<sup>132</sup> EMD: *Open Door v. Ireland*, pr. 68 (1992) og *Vo v. France* pr. 82 (2004)

skønsmargin ved vurderingen af, om den irske moralopfattelse i det konkrete tilfælde udgør et legitimt formål, der kan begrunde et indgreb i art. 8.

Ved vurderingen af, om indgrebet er nødvendigt i et demokratisk samfund (proportionalitetsvurderingen), udtaler EMD sig anderledes eksplicit om staternes skønsmargin, idet EMD finder, at “the breadth of the margin of appreciation to be accorded to the State is crucial to its conclusion as to whether the impugned prohibition struck that fair balance.”<sup>133</sup> Det er påfaldende, at EMD anvender ordet “crucial” om betydningen af marginens bredde. Ordet dækker over noget enten meget vigtigt eller ligefrem afgørende for et udfald eller resultat. I den franske version af dommen anvendes formuleringen “une importance décisive”, hvilket taler i retning af, at marginens bredde ikke blot er vigtig, men *afgørende*. Såfremt det læses bogstaveligt, at marginens bredde er afgørende for, om den irske retstilstand er konventionsstridig eller ej, har EMD allerede her så godt som taget stilling til, hvad resultatet ville blive af en tilbundsående efterprøvelse. Med bemærkningen indleder EMD en længere redegørelse for bredden på den skønsmargin, der tilkommer staten. Det konstateres først, at der som udgangspunkt tilkommer staten en bred skønsmargin som følge af spørgsmålets moralske karakter (“the acute sensitivity of the moral and ethical issues raised by the question of abortion (...)”<sup>134</sup>), mens eksistensen af en europæisk konsensus om bredere adgang til abort på den anden side taler for en smallere margin og for en dynamisk udvikling af konventionen. Denne euro-pæiske konsensus er dog ifølge EMD ikke tilstrækkelig til afgørende at indsnævre marginen: idet der ikke er nogen europæisk konsensus om spørgsmålet om, hvornår livet begynder, må det være op til staterne at tage stilling til, om det ufødte barn er en person hvis ret til liv er beskyttet af EMRK art. 2. Idet EMD anser spørgsmålet om, hvornår livet begynder i relation til EMRK art. 2, som værende et af flere aspekter i det moralske spørgsmål, påvirker fraværet af konsensus om dette spørgsmål også bredden på den margin, der tilkommer staten vedrørende det moralske spørgsmål. Dertil kommer, at det har betydning for hensynsafvejningen, om der således er to modstridende rettigheder, der skal vejes over for hinanden. Om marginens bredde konkluderer EMD på baggrund af disse overvejelser af faktorer, der henholdsvis udvider og indskrænker statens skønsmargin:

“(...) the Court must decide on the compatibility with Article 8 of the Convention of the Irish State’s prohibition of abortion on health and well-being grounds on the basis of the above-described fair balance test to which a broad margin of appreciation is applicable.”<sup>135</sup>

Herefter foretager EMD en vurdering af de konkrete forhold (den konkrete anvendelse): Det konstateres, at kvinderne havde mulighed for at rejse til et andet land og få en abort, og at Irland tilbød den nødvendige medicinske behandling før og efter abort. Det konstateres også, at processen med at rejse til udlandet er fysisk og psykisk hård, og at det er muligt, at abortforbuddet ikke er en effektiv måde at beskytte de ufødte børn, henset til antallet af kvinder, der rejser til udlandet for at få foretaget abort. Sidstnævnte konstatering relaterer sig til indgrebets egnethed, men drøftes ikke yderligere af EMD, der i stedet konstaterer, at den indklagede stat har handlet inden for sin skønsmargin:

“Accordingly, having regard to the right to travel abroad lawfully for an abortion with access to appropriate information and medical care in Ireland, the Court does not consider that the prohibition in Ireland of abortion for health and well-being reasons, based as it is on the profound moral views of the Irish people as to the nature of life (see paragraphs 222-27 above) and as to the consequent protection to be accorded to the right to life of the unborn, exceeds the margin of appreciation accorded in that respect to the Irish State.”<sup>136</sup>

---

<sup>133</sup> EMD: A, B and C v. Ireland, pr. 231 (2010)

<sup>134</sup> Ibid., pr. 233

<sup>135</sup> Ibid., pr. 238

<sup>136</sup> Ibid., pr. 241

Før opmærksomheden vendes mod HRC's udtalelse i sagen *Mellet v. Ireland* er det værd at kaste et blik på en dissens i *A, B and C v. Ireland* bestående af seks dommere. Dissensen erklærer sig uenig med flertallets konklusion om, at der for så vidt angår første og anden klager ikke er sket en krænkelse af klagernes ret til privatliv efter EMRK art. 8 og kritiserer flertallet for fejlagtigt at fokusere på spørgsmålet om, hvornår livet begynder - et fokus, der er baseret på en forkert præmis:

“The issue before the Court was whether, regardless of when life begins – before birth or not – the right to life of the foetus can be balanced against the right to life of the mother, or her right to personal autonomy and development, and possibly found to weigh less than the latter rights or interests. And the answer seems to be clear: there is an undeniably strong consensus among European States – and we will come back to this below – to the effect that, regardless of the answer to be given to the scientific, religious or philosophical question of the beginning of life, the right to life of the mother, and, in most countries’ legislation, her wellbeing and health, are considered more valuable than the right to life of the foetus.”<sup>137</sup>

Dissensens ræsonnement er, at det ikke gør nogen forskel, hvornår livet anses for at begynde, fordi fosterets liv under ingen omstændigheder - dvs. uanset om det lægges til grund, at livet begynder allerede ved undfangelsen - kan vægtes tungere end moderens sundhed og velbefindende. Der er en så stærk europæisk konsensus vedrørende denne afvejning, at skønsmarginen for staten bliver meget smal, og nægtelsen af abort for de to kvinder udgør dermed en krænkelse af EMRK art. 8. Denne betydning af tilstedeværelsen af europæisk konsensus harmonerer ifølge dissensen bedre med EMD's øvrige retspraksis:

“According to the Convention case-law, in situations where the Court finds that a consensus exists among European States on a matter touching upon a human right, it usually concludes that that consensus decisively narrows the margin of appreciation which might otherwise exist if no such consensus were demonstrated. This approach is commensurate with the “harmonising” role of the Convention’s case-law.”<sup>138</sup>

Dissensens forståelse af sammenhængen mellem konsensus og skønsmargin er i bedre overensstemmelse med EMD's praksis som beskrevet i denne fremstilling. I de analyserede afgørelser har fremgangsmåden således været, at det først var i tilfælde af fravær af en fælleseuropæisk moralopfattelse, at den nationale moralopfattelse fik en selvstændig betydning - og at de nationale myndigheder således blev anset som bedre egnede ved vurderingen. Samme kritik er rejst af professor og Strasbourg-blogger Stijn Smet, der skriver:

“Regarding the use of the margin of appreciation doctrine, I basically agree with the dissenting Judges that it is a surprising move for the Court to first find the existence of a clear European consensus and then still allow Ireland a wide margin of appreciation on the basis of moral views. When are these moral views appropriate? When do they concern a matter that, despite being organised in an opposite direction by nearly all other European States, still allows for a broad margin of appreciation? These are questions we are now left with. Yet another twist to the maze that is the margin of appreciation doctrine.”<sup>139</sup>

Hvor dissensens fremgangsmåde således er bedre i tråd med EMD's øvrige praksis vedrørende staternes skønsmargin, er flertallets afgørelse stadigvæk interessant: Denne anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin leder tankerne tilbage på EMD's afgørelse i sagen *Sheffield and Horsham*, hvor marginen også blev anvendt med en sådan fleksibilitet, at man kunne mistænke EMD for at have fundet frem til resultatet før begrundelsen. I sagen fandt EMD, at staten nød en bred skønsmargin ud fra en betragtning om, at der på trods af en europæisk konsensus om det moralske spørgsmål ikke var

---

<sup>137</sup> EMD: *A, B and C v. Ireland* - Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelung, pr. 2 (2010)

<sup>138</sup> *Ibid.*, pr. 5

<sup>139</sup> Smet, Stijn. : *A., B. and C. v. Ireland: Abortion and the Margin of Appreciation*. Strasbourg Observers, 17.12.2010. Internetadresse: <https://strasbourgobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/> - Besøgt d. 22.07.2019 (Blog)

nogen europæisk konsensus vedrørende konkrete implementeringsmetoder - en faktor, der normalt ingen relevans har i forbindelse med bestemmelsen af bredden på den strukturelle skønsmargin. I nærværende sag finder EMD, at bredden på staternes skønsmargin skal findes efter en afvejning af på den ene side spørgsmålets moralske karakter og på den anden side eksistensen af en bred europæisk konsensus. Marginen giver i begge sager EMD en udvej fra indblandingen i et spørgsmål, der på nationalt plan er politisk eller moralsk betændt.

Afgørelsen *A, B and C v. Ireland* tilføjer dermed en væsentlig nuance til forståelsen af EMD's prøvelsesintensitet: Den bekræfter den inkonsekvente anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin, som blev illustreret i sagen *Sheffield and Horsham*, og viser, at bredden på staternes strukturelle skønsmargin dermed kan være svær at forudsige vedrørende spørgsmål, hvorom der eksisterer en europæisk konsensus, men som samtidig er sensitive i den indklagede stat. Skønsmarginen anvendes i denne type sager med en høj grad af fleksibilitet til løsningen af EMD's dilemma om indblanding eller ikke-indblanding.

### 6.2.2. HRC's udtalelse - *Mellet v. Ireland*

HRC får tilsvarende i kommunikationen *Mellet v. Ireland* anledning til at tage stilling til den irske abort-lovgivning. Kommunikationen drejer sig om en kvinde, der i 22. uge af sin graviditet erfarer, at fosteret har en hjerteskrade, som betyder, at det vil dø inden eller kort efter fødslen. Den irske retstilstand forhindrer kvinden i at få foretaget en abort i Irland. HRC's stillingtagen til retstilstandens overensstemmelse med konventionen er væsentligt kortere og rummer ingen eksplicite overvejelser om prøvelsesintensiteten. Således konstateres det indledningsvis, at det er HRC's opgave at vurdere, om indgrebet var ulovligt eller arbitrært efter konventionen. Over for statens argument om, at indgrebet ikke er arbitrært, fordi det er proportionelt til forfølgelsen af et legitimt formål under hensyntagen til en nøje overvejelse af balance mellem på den ene side beskyttelsen af fosteret og på den anden side kvindens rettigheder, udtaler HRC: "The Committee considers that the balance that the State party has chosen to strike between protection of the fetus and the rights of the woman in the present case cannot be justified."<sup>140</sup> I modsætning til EMD, der i sagen *A, B and C v. Ireland* identificerede to legitime formål, hvoraf beskyttelsen af den offentlige moral fik mest opmærksomhed, tager HRC alene stilling til hensynet til beskyttelsen af fosteret.

HRC behandler dermed sagen som et spørgsmål om en afvejning af to modstående rettigheder: kvindens rettigheder over for fosterets rettigheder. Det er en præmis for, at denne afvejning meningsfuldt kan foretages, at fosteret anses for et liv hvis rettigheder er beskyttet efter konventionen. Således lægger HRC implicit det til grund, som EMD's flertal i *A, B and C v. Ireland* anser for en vurdering, som medlemsstaterne er bedre egnede til at foretage, og som EMD derfor ikke efterprøver (vurderingen af, hvornår livet begynder). Hvor flertallet i EMD-dommen således giver medlemsstaterne en skønsmargin, lægger HRC blot til grund, at fosteret er en person hvis ret til liv er beskyttet efter konventions art. 6. Dette kan meget vel være en refleksion af HRC's syn på livets begyndelse, men det kan også skyldes, at HRC anskuer sagen på samme måde som dissensen i EMD's afgørelse: selv hvis fosteret anses for en person hvis ret til liv er beskyttet efter konventionen vil det ikke føre til, at afvejningen mellem moderens og fosterets rettigheder lovligt kan foretages til fordel for fosteret. Dermed er der ingen grund til at gå nærmere ind i dette spørgsmål. HRC finder på baggrund af overvejelser, der har karakter af konkret afvejning, at indgrebet er urimeligt og dermed arbitrært, jf. IC-CPR art. 17:

"The Committee notes that the author's much-wanted pregnancy was not viable, that the options open to her were inevitably a source of intense suffering and that her travel abroad to terminate her pregnancy had significant negative consequences for her, as described above, that could have been avoided if she had been allowed

<sup>140</sup> HRC: *Mellet v. Ireland* pr. 7.8 (2013)

to terminate her pregnancy in Ireland, resulting in harm contrary to article 7. On that basis, the Committee considers that the interference in the author's decision as to how best cope with her non-viable pregnancy was unreasonable and arbitrary in violation of article 17 of the Covenant."<sup>141</sup>

Fordi fosteret ikke er levedygtigt, er der ikke noget hensyn at tage til fosterets liv, og dermed har den konkrete afvejning, som HRC foretager, karakter af argumenter for indgrebets styrke, uden at der tilsvarende nævnes nogen argumenter for vægten af det legitime formål med indgrebet.

Sammenlignes HRC's udtalelse i stedet med de dissenterende dommere i A, B and C v. Ireland, følges dommerne i højere grad ad i deres begrundelser og når da også samme resultat. EMD-dissensen begrundes sin efterprøvelse af de nationale myndigheders hensynsafvejning med eksistensen af en europæisk konsensus. HRC foretager derimod blot sin egen vurdering af, hvorvidt de konkrete sagsforhold udgør en krænkelse af klagers ret til privatliv.

### *6.2.3. Forklaringer på forskellene*

Hvor EMD's flertal behandler sagen som et spørgsmål om en afvejning mellem på den ene side hensynet til beskyttelsen af kvindens rettigheder og på den anden side beskyttelsen af den offentlige moral, behandler HRC sagen som et spørgsmål om afvejningen mellem på den ene side beskyttelsen af kvindens rettigheder og på den anden side beskyttelsen af fosterets rettigheder. EMD tilkender staten en bred skønsmargin dels ved vurderingen af tilstedeværelsen af moralske hensyn og dels ved vurderingen af, hvor tungt disse hensyn skal veje - således også proportionaliteten af indgrebet. Den brede skønsmargin er begrundet i spørgsmålets moralske karakter - en faktor, der ikke på samme måde har betydning for HRC's prøvelse. Det kan skyldes, at HRC ikke anser det påberåbte indgreb i kvindens rettigheder som værende begrundet i et hensyn til den nationale moralopfattelse. På den anden side kan spørgsmålet om, med hvilken vægt et fosters eventuelle ret til liv skal veje, næppe nægtes at være af grundlæggende moralsk karakter, som også påberåbt af den indklagede stat i sagen for HRC. HRC's manglende omtale af den moralske karakter bliver dermed et valg om, at dette ikke har betydning for hverken prøvelsesintensiteten eller sagens resultat. På den måde er HRC's prøvelse mere intensiv end EMD's.

## **6.3. EMRK art. 9 og ICCPR art. 18: sager om religiøs beklædning**

### *6.3.1. Indledende om bestemmelserne og retten til religiøs beklædning*

Retten til religionsfrihed er beskyttet både af EMRK art. 9 og af ICCPR art. 18. Bestemmelserne ligner hinanden i ordlyd og struktur og indeholder således begge i stk. 1 en hovedregel om ret til religionsfrihed, mens EMRK art. 9, stk. 2 hhv. ICCPR art. 18, stk. 3, modificerer hovedreglen ved at give staten en begrænsningsadgang. Begge bestemmelser er dermed relative rettigheder. Der er nogle nuanceforskelle mellem de to bestemmelser, som allerede viser sig ved bestemmelsernes struktur: ICCPR indeholder i stk. 2 et forbud mod tvang, der kan indskrænke retten til religionsfrihed - en regel, der ikke eksplicit fremgår af EMRK. Forbuddet må dog anses for at være implicit indeholdt i EMRK art. 9, og forskellen i ordlyd indebærer derfor ingen forskel i indhold.<sup>142</sup>

Af begge bestemmelser fremgår det af stk. 1, at retten til religionsfrihed indebærer en ret til at manifestere sin religion gennem "worship, observance, practice and teaching".<sup>143</sup> HRC tolker bestemmelsen således at retten til at manifestere sin religion ikke blot indebærer en ret til at udføre ceremonielle handlinger, men også indebærer en ret til blandt andet at bære bestemt tøj eller hovedbeklædning.<sup>144</sup>

<sup>141</sup> HRC: Mellet v. Ireland pr. 7.8 (2013)

<sup>142</sup> Wigum, Tor Aamodt: Religionsudøvelse i det offentlige rum - restriksjoner i religiøs beklædning og symbolbruk. I: Universitetet i Tromsø, 2018, s. 209 (PhD-afhandling)

<sup>143</sup> I EMRK: "worship, teaching, practice and observance"

<sup>144</sup> HRC General comment 22, pkt. 4

Samme tolkning er lagt til grund af EMD, eksempelvis i sagen Leyla Şahin v. Turkey, omend spørgsmålet ikke behandles eksplicit. Sagen vil blive nærmere gennemgået nedenfor.

Efter ICCPR art. 18, stk. 3, kan retten til religionsfrihed begrænses i det omfang det er nødvendigt til beskyttelse af offentlig sikkerhed eller orden, moral eller andres fundamentale friheder og rettigheder. Samme begrænsningsadgang følger af EMRK art. 9, stk. 2.

### 6.3.2. EMD's praksis

EMD har i flere sager taget stilling til konkrete tildækningsforbuds overensstemmelse med EMRK art. 9. En sag, hvor EMD tager stilling til lovligheden af et tildækningsforbud på en uddannelsesinstitution, er sagen Leyla Şahin v. Turkey, hvor EMD skal tage stilling til, hvorvidt et tyrkisk universitets forbud mod at bære hijab udgør et indgreb i retten til at manifestere sin religion, jf. EMRK art. 9. Det første spørgsmål, der behandles, er - i overensstemmelse med den doktrinelte fremgangsmåde beskrevet ovenfor afsnit 3.2 - spørgsmålet om, hvorvidt et forbud mod at bære hijab udgør et indgreb i retten til at manifestere sin religion efter EMRK art. 9, stk. 1. Ved sin stillingtagen hertil tager EMD udgangspunkt i klagers egen forklaring om, at hun ved at bære tørklæde manifesterer sit ønske om at leve op til sine islamiske forpligtelser.<sup>145</sup> Vurderingen er således udpræget subjektiv, og det drøftes ikke nærmere, om handlingen på mere objektivt grundlag kan anses for påkrævet efter islamisk tro. Herefter er spørgsmålet, om indgrebet er foreskrevet ved lov og er proportionelt til varretagelse af et legitimt hensyn, jf. EMRK art. 9, stk. 2. EMD fastslår kortfattet, at der foreligger et legitimt hensyn, hvilket heller ikke er bestridt af klager. Ved vurderingen af, om indgrebet er proportionelt, må EMD dog igen ind i overvejelser om det legitime hensyn, idet vægten af hensynet er afgørende for, hvorvidt der er proportionalitet mellem hensyn og indgreb. Om vurderingen af vægten udtaler EMD:

“It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society (...), and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context (...). Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order (...). Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the specific domestic context.”<sup>146</sup>

EMD finder således, at spørgsmålet om, med hvilken tyngde de legitime hensyn modvejer hensynet til klagers ret til at manifestere sin religion, afhænger af den nationale kontekst. Derfor er det - indtil et vist punkt - op til den enkelte stat at vælge udstrækningen af og formen for de reguleringer, der er nødvendige. EMD tilkender her staten en strukturel skønsmargin, idet staten har frihed til at vurdere *udstrækningen* af reguleringerne, der er et spørgsmål om nødvendighed og dermed proportionalitet. Samtidig tilkender EMD staten en materiel skønsmargin, idet det konstateres, at staten vælger reguleringernes *form*. Dette er et spørgsmål om konkrete implementeringsforanstaltninger, der er relevant, når først det er konstateret, at de fire kriterier for et lovligt indgreb er opfyldt - herunder proportionalitet. Herefter fastslås det i den ofte gentagne vending, at staternes skønsmargin går hånd i hånd med et europæisk tilsyn, og at det er EMD's opgave at undersøge, om restriktionen er lovlig og proportionel.<sup>147</sup> Uanset at det allerede er fastslået, at der foreligger (flere) legitime formål med indgrebet, og uanset at der tilkommer staten en skønsmargin ved vurderingen af, hvorvidt der er proportionalitet mellem indgrebets styrke og et legitimt hensyn, foretager EMD en grundig vurdering af de tilstedeværende legitime hensyns vægt og finder på den baggrund:

<sup>145</sup> EMD: Leyla Şahin v. Turkey pr. 78 (2005)

<sup>146</sup> Ibid., pr. 109

<sup>147</sup> Ibid., pr. 110



“It is quite clear that throughout that decision-making process the university authorities sought to adapt to the evolving situation in a way that would not bar access to the university to students wearing the veil, through continued dialogue with those concerned, while at the same time ensuring that order was maintained and in particular that the requirements imposed by the nature of the course in question were complied with.”<sup>148</sup>

EMD tillægger det betydning, at universitetet gennem beslutningsprocessen har *forsøgt* at tilpasse sig udviklingen på en måde, der ikke ville hindre kvinder med muslimsk tørklæde i at gå på universitetet, og det fremhæves, at man har haft en dialog med de berørte. Beslutningsprocessens tillægges således betydning i proportionalitetsvurderingen. Selvom EMD ikke direkte kæder den således blåstemplede nationale proces sammen med bredden på staternes skønsmargin, kan fremgangsmåden minde om udvikling mod et mere proces-baseret tilsyn, der vil blive beskrevet nedenfor afsnit 7.1. Herefter udtaler EMD vedrørende den konkrete form for regulering:

“As to how compliance with the internal rules should have been secured, it is not for the Court to substitute its view for that of the university authorities. By reason of their direct and continuous contact with the education community, the university authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions or the requirements of a particular course (...). Besides, having found that the regulations pursued a legitimate aim, it is not open to the Court to apply the criterion of proportionality in a way that would make the notion of an institution’s “internal rules” devoid of purpose.”<sup>149</sup>

EMD fremhæver her subsidiaritetsprincippet, hvorefter det er op til universitetsmyndighederne at vurdere, hvordan overholdelse af de interne regler skal sikres, mens EMD ikke som international domstol skal sætte sin egen vurdering i stedet. Samtidig fremhæves det, at EMD ikke skal anvende proportionalitetsprincippet på en sådan måde, at det vil gøre begrebet “interne regler” formålsløst. EMD udviser således tilbageholdenhed ved proportionalitetsvurderingen for at sikre, at universitetsmyndighederne har råderum til selv at foretage intern regulering. Retten til at foretage intern regulering, når det er fastslået, at de fire betingelser for et lovligt indgreb er opfyldt, er den materielle skønsmargin, mens EMD’s tilbageholdenhed ved proportionalitetsvurderingen giver staten en strukturel - udvidet - skønsmargin. EMD’s ræsonnement er her, at den materielle skønsmargin ville være meget smal, såfremt EMD ikke udvidede skønsmarginen ved at udvise tilbageholdenhed i proportionalitetsvurderingen. På baggrund af disse betragtninger, og med - eksplicit - henvisning til staternes skønsmargin, konkluderer EMD, at indgrebet i klagers ret til at manifestere sin religion var retfærdiggjort efter art. 9, stk. 2.<sup>150</sup> Det er karakteristisk for EMD’s afgørelse, at den indeholder løbende, eksplicitte overvejelser om forholdet mellem den nationale afgørelse og den internationale efterprøvelse. Forskellige faktorer taler for en mere eller mindre tilbunds gående efterprøvelse af medlemsstatens afgørelse, og gennem en afvejning af disse faktorer finder EMD frem til størrelsen på det spillerum, der skal tilkendes medlemsstaten.

### 6.3.3. HRC’s praksis

HRC’s praksis om tildækningsforbud er ikke lige så omfattende som EMD’s, men vedrørende tildækningsforbud på uddannelsesinstitutioner kan sagen Hudoyberganova v. Uzbekistan nævnes som en parallel til ovennævnte EMD-sag Leyla Şahin v. Turkey. Sagen handler om en kvindelig universitetsstuderende, der blev bortvist fra universitetet, fordi hun trodsede et indført forbud mod at bære hijab. Klager gør gældende, at bortvisningen udgør en krænkelse af hendes ret til religionsfrihed efter ICCPR art. 18.<sup>151</sup> Hun kommer ikke nærmere ind på spørgsmålet om restriktionens (u)lovlighed efter 18, stk. 3, og således behandles hverken spørgsmålet om legitime formål, proportionalitet eller lov-hjemmel af klager. Den indklagede stat gør heroverfor gældende, at bortvisningen var begrundet i

---

<sup>148</sup> Ibid., pr. 120

<sup>149</sup> Ibid., pr. 121

<sup>150</sup> Ibid., pr. 122

<sup>151</sup> HRC: Hudoyberganova v. Uzbekistan pr. 3 (2004)

“rough immoral attitude toward a teacher and infringement of the internal regulations of the Institute, after numerous warnings”.<sup>152</sup> Begrundelsen er kortfattet og indeholder ikke et egentligt forsøg på retfærdiggørelse af restriktionen efter art. 18, stk. 3, idet det blot fremgår, at klager har handlet i strid med reglementet, og at hun derfor blev bortvist. Såfremt der overhovedet kan tales om en proportionalitetsvurdering fra statens side er der tale om en vurdering af proportionaliteten af bortvisningen som sanktion for bruddet med reglementet, mens det blot lægges til grund, at selve reglementet er lovligt. Således behandler staten ikke det, der egentlig er det relevante retlige spørgsmål for HRC. Et andet uklart spørgsmål i sagen er, hvilken form for hovedbeklædning, der er tale om. Begge parter henviser til hovedbeklædningen som en “hijab”, hvorved der sædvanligvis forstås et tørklæde, der dækker håret, mens ansigtet holdes frit. På den anden side anfører klager, at hun er uenig med det nye reglement, fordi det forhindrer studerende i at dække deres ansigter. Den ringe sagsoplysning er særligt problematiseret af komitémedlem Ruth Wedgwoods dissens, jf. nærmere nedenfor.

I sin stillingtagen til parternes anbringende fastslår HRC indledningsvis, at retten til at manifestere sin religion indebærer en ret til at bære religiøs beklædning i offentligheden, og at en begrænsning i adgangen til at bære religiøs beklædning enten privat eller offentligt kan udgøre en krænkelse af art. 18, stk. 2. Herefter fastslår HRC, at religionsfriheden ikke er en absolut rettighed, og at den kan begrænses, såfremt begrænsningen er foreskrevet ved lov og er nødvendig til forfølgelsen af et legitimt formål efter art. 18, stk. 3. Disse betragtninger har karakter af abstrakt fortolkning og følger den doktrinelte fremgangsmåde for prøvelsen af lovligheden af indgreb i relative rettigheder som beskrevet ovenfor afsnit 3.2. Herefter går HRC ind i den konkrete anvendelse (subsumption og afvejning, jf. ovenfor afsnit 1.3.1). Det påpeges, at staten ikke har givet nogen egentlige argumenter for restriktionens nødvendighed efter art. 18, stk. 3, og konstateres på den baggrund, at restriktionen i mangel af fremførte argumenter for andet udgør en krænkelse af retten til religionsfrihed efter ICCPR art. 18:

”In the particular circumstances of the present case, and without either prejudging the right of a State party to limit expressions of religion and belief in the context of article 18 of the Covenant and duly taking into account the specifics of the context, or prejudging the right of academic institutions to adopt specific regulations relating to their own functioning, the Committee is led to conclude, in the absence of any justification provided by the State party, that there has been a violation of article 18, paragraph 2.”<sup>153</sup>

HRC’s konkrete subsumption er således begrænset som følge af den spinkle sagsoplysning fra parterne, og HRC lader det i hensynsafvejningen komme staten afgørende til skade, at den ikke har forsøgt at begrunde restriktionen. Fremgangsmåden indikerer, at der gælder en formodning om, at et konstateret indgreb i retten til religionsfrihed efter art. 18 er ulovligt, hvorefter det er op til staten at godtgøre, at indgrebet var nødvendigt til varetagelse af et legitimt formål efter stk. 3. Det er påfaldende, at HRC ikke behandler spørgsmålet om, i hvilket omfang bortvisningen skyldes den studerendes attitude over for en lærer, idet bortvisningen jo ikke udgør en krænkelse af art. 18 i det omfang den er begrundet i andre årsager end den studerendes manifestation af sin religion. Reglen i OP-ICCPR art. 5, stk. 1, om, at HRC skal tage stilling til sagen i lyset af al skriftlig information gjort tilgængelig af individet og den indklagede stat, indebærer som nævnt tidligere modsætningsvist, at HRC ikke vil foretage yderligere sagsoplysning. Omvendt kan reglen næppe begrunde, at HRC helt ignorerer det faktum, at der foreligger en væsentlig konkurrerende årsag til bortvisningen, der, såfremt denne i sig selv er tilstrækkelig til at begrunde bortvisningen, og såfremt henvisningen til religionsfrihed ikke har været den egentlige årsag, kan medføre handlingens lovlighed. Det kan tyde på, at der dermed ikke blot gælder en formodning om, at et konstateret indgreb i retten til religionsfrihed er ulovligt, men at der ligefrem gælder en formodning om, at et *påberåbt* indgreb i retten til religionsfrihed er ulovligt. Den manglende stillingtagen til dette spørgsmål er påpeget af dissentierende komitémedlem Hipólito Solari-Yrigoyen:

---

<sup>152</sup> Ibid., pr. 4.3

<sup>153</sup> Ibid., pr. 6.2

“The author has not supplied any information to justify her serious accusation against the teacher which would nullify the initial ground given for her expulsion. Nor has she explained any link between this ground for exclusion and the alleged violation of article 18 of the Covenant.”<sup>154</sup>

Dissensen vender her bevisbyrden om, således at det efter at staten har godtgjort, at der forelå en anden grund til bortvisningen, er op til klager at godtgøre, at der alligevel er sket et indgreb i hendes ret til manifestation af sin religion efter art. 18. Dette kan hun i følge dissensen gøre ved at godtgøre enten, at denne begrundelse ikke var en rimelig bortvisningsgrund (således at den reelle grund har været hendes manifestation af sin religion), eller at bortvisning efter denne grund *også* udgør et indgreb i retten til religionsudøvelse. Herefter behandler dissensen spørgsmålet om, hvorvidt de konkrete reglementer, som klager havde trodset ved at bære religiøs hovedbeklædning, udgør et indgreb i retten til religionsfrihed, herunder om klagers beklædning kan anses for foreskrevet i islam:

“The State party points out that the internal regulations forbid students to wear clothes “attracting undue attention”, and to circulate with the face covered (para. 4.2). Although the author and the State party do not specify which type of clothing the author was wearing, she states that she dressed “in accordance with the tenets of her religion”. However, the author herself states that she complained to the Chairman of the Committee of Religious Affairs (Cabinet of Ministers), who “informed [her] that Islam does not prescribe a specific cult dress” (para. 2.8). The author has not rebutted this assertion, which she herself passed on.”<sup>155</sup>

Denne “Committee of Religious Affairs” er et statsligt organ i den indklagede stat Uzbekistan. Det er påfaldende, at dissensen ikke desto mindre lægger organets svar til grund som en nærmest autoritativ vurdering af, hvorvidt islam foreskriver en særlig beklædning. Det forhold at klager selv har medtaget komiteens svar i sin skriftlige indbringelse af sagen for HRC kan næppe betragtes som et udtryk for en bifaldelse af synspunktet fra klagers side som antydnet i citatets sidste sætning. Efter dissensens fremgangsmåde lægges et statsligt organs vurdering af, hvorvidt klagers beklædning kan betragtes som en religiøs manifestation efter art. 18, således blot til grund uden nogen egentlig form for efterprøvelse. Med EMD’s terminologi indebærer dissensens fremgangsmåde i praksis en særdeles bred - og muligvis utilsigtet - strukturel skønsmargin for den indklagede stat. Dissensen udtaler herefter om statens adgang til at vedtage generelle restriktioner:

“It is not appropriate to request the State party to provide specific grounds for the restriction complained of by the author, since the regulations applied impose general rules on all students, and there is no restriction imposed on her alone or on the adherents of one religion in particular.”<sup>156</sup>

Dissensens ræsonnement, hvorefter det er upassende at anmode staten om specifikke begrundelser for en restriktion, når blot restriktionen gælder for alle, er svær at forene med indholdet af ICCPR art. 18. Ræsonnementet indebærer, at enhver restriktion principielt er forenelig med bestemmelsen, når blot restriktionen gælder for alle. Hvor dissensen kan have en pointe i - i modsætning til flertallet - at tage den omstændighed, at der foreligger flere grunde til bortvisningen af klager, i betragtning, har resten af dissensens argumentation ikke meget støtte hverken i ordlyden af ICCPR art. 18 eller i HRC’s praksis om bestemmelsen.

En anden dissenterende dommer, Ruth Wedgwood, har en anden fremgangsmåde end de to foregående. Efter at have bemærket de væsentlige usikkerheder om de faktuelle forhold, der følger af den ringe sagsoplysning, refererer hun, hvordan forskellige stater har forholdt sig til dilemmaet mellem

---

<sup>154</sup> HRC: Hudoyberganova v. Uzbekistan, individual opinion by Hipólito Solari-Yrigoyen (2004)

<sup>155</sup> Ibid.

<sup>156</sup> Ibid.

på den ene side hensynet til retten til religiøs manifestation og på den anden side ønsket om at sikre en sekulær uddannelsesinstitution:

“State parties have differed in their practice. Some countries permit any form of religious dress, including the covering of faces, accommodating women who otherwise would find it difficult to attend university. Other states parties have concluded that the purposes of secular education require some restrictions on forms of dress.”<sup>157</sup>

Dissensen refererer endvidere ovennævnte afgørelse *Leyla Sahin v. Turkey* fra EMD. Der er således et væsentligt komparativt element i hendes fremgangsmåde, både mellem staters praksis og i form af en krydsreference til EMD's praksis. Hun konkluderer, at “the uncertain state of the record in this case does not provide the basis for adequate consideration of the issue, or even for a sui generis finding of violation.”<sup>158</sup>

Flertallet og de to dissenser giver tre forskellige bud på, hvordan sagen skal behandles. Hvor Ruth Wedgwood med sin komparative tilgang ligger tættere op af EMD's fremgangsmåde end HRC's, er både flertallets afgørelse og Hipólito Solari-Yrigoyens dissens kendetegnet ved at være struktureret som formodninger, der kan vendes såfremt bevisbyrden løftes. Fremgangsmåden indebærer, at der nærmest lige fra sagens indbringelse gælder en formodning om et bestemt resultat, der, såfremt den ikke tilbagevises af den ene part, får lov til at blive stående.

#### 6.3.4. Forklaringer på forskellene

En sammenligning mellem HRC's udtalelse i *Hudoyberganova v. Uzbekistan* og EMD's afgørelse i *Leyla Sahin v. Turkey* afslører en række tydelige forskelle i de to organers fremgangsmåder. Der er dog også en række forskelle i faktum og omstændigheder for prøvelsen i de to sager, der bør nævnes, før de to organers fremgangsmåder kan sammenlignes. For det første kan nævnes graden af sagsoplysning, hvor *Hudoyberganova v. Uzbekistan* var præget af en ringe sagsoplysning af parterne. For det andet kan nævnes den faktuelle forskel, at der i *Hudoyberganova v. Uzbekistan* var en konkurrerende årsag til bortvisningen (klagers adfærd mod en lærer). Der er dog ingen af disse grunde, som efter min opfattelse afgørende forklarer de forskellige fremgangsmåder, der vil blive drøftet straks nedenfor.

I HRC's udtalelse i *Hudoyberganova v. Uzbekistan* overlades der intet spillerum til staten. HRC opererer med en formodning om krænkelse, uanset at der ikke fra klagers side er kommet argumenter for indgrebets ulovlighed efter art. 18, stk. 3. Dissensen i HRC vender formodningen om, idet staten fremkommer med en konkurrerende årsag til indgrebet. Dissensen anvender dermed principielt den samme fremgangsmåde som flertallet, men giver i modsætning til flertallet staten mulighed for at komme med relevante beviser, der fører til, at formodningen vendes om. Modsat kan der i EMD's afgørelse i *Leyla Sahin v. Turkey* ikke identificeres nogen formodning om krænkelse. Parternes sagsoplysning er fra sagens begyndelse betydeligt grundigere, og såfremt der er huller vil EMD indhente de fornødne oplysninger. I den forstand er der med EMD's fremgangsmåde i højere grad en sikkerhed for, at der sker en fuldstændig efterprøvelse. Dette modificeres med EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin: EMD giver staten et spillerum i form af en strukturel margin ved vurderingen af indgrebets proportionalitet, idet det fremhæves, at proportionalitetsvurderingen ikke skal anvendes på en sådan måde, at det ville gøre begrebet “interne regler” formålsløst. Således er EMD tilbageholdende i sin proportionalitetsvurdering for at sikre, at der fortsat tilkommer staten en vis margin ved den konkrete implementering. Hvor HRC's udtalelse således er struktureret efter formodningsregler, der nærmest fra sagens start tjener med en formodning for et resultat, som herefter kan vendes om af en af parterne, er EMD's afgørelse ikke bygget op om, hvem af parterne der skal løfte

<sup>157</sup> HRC: *Hudoyberganova v. Uzbekistan*, individual opinion by Ruth Wedgwood (2004)

<sup>158</sup>

bevisbyrden, men snarere hvilket organ, der skal foretage vurderingen - det nationale eller det internationale. HRC's fremgangsmåde med formodninger, der kan tilbagevises, regulerer det forholdet mellem sagens parter, som således kan få stor betydning for, i hvilket omfang og med hvilken dybde sagen behandles af HRC. EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin regulerer forholdet mellem EMD og de nationale myndigheder, således at EMD efter en grundig sagsoplysning kan give et spillerum til medlemsstaten.

### 6.3.5. En sjælden mulighed for sammenligning: Mann Singh-sagerne

Selvom det som nævnt er en betingelse hos både EMD og HRC, at en sag ikke kan behandles, hvis den er genstand for anden form for international undersøgelse<sup>159</sup>, er der praktiske tilfælde, hvor det er lykkedes en klager at få en mulig krænkelse prøvet hos begge organer. Mann Singh-sagerne er et eksempel herpå. Sagerne vedrører et krav efter fransk lovgivning om, at officielle ID-dokumenter (pas og kørekort) skal indeholde et billede uden hovedbeklædning. Sagsøger gjorde gældende, at reglen udgjorde et indgreb i hans ret til at manifestere sin religion, idet det efter hans religion var påkrævet, at han bar en turban. De to sager er særligt opsigtsvækkende, fordi EMD afviser sagen som værende åbenbart ugrundet, mens HRC har en helt anden tilgang og foretager en materiel prøvelse, der ender med konstateringen af en krænkelse af klagers ret til religionsfrihed.

#### 6.3.5.1. EMD's afgørelse

EMD tager stilling til sagen Mann Singh v France i 2007. EMD giver indledningsvis klager medhold i, at kravet i den franske lovgivning om, at man skal være barhovedet på billedet på sit køre-kort, udgør et indgreb i udøvelsen af retten til religionsfrihed.<sup>160</sup> Klager bestrider ikke, at indgrebet har (mindst) et legitimt formål, nemlig sikringen af den offentlige sikkerhed, men gør gældende, at indgrebet er i strid med proportionalitetsprincippet. Ved sin stillingtagen til dette foretager EMD indledningsvis en abstrakt fortolkning af EMRK art. 9 og fastslår den essentielle betydning af retten til religionsfrihed i et demokratisk samfund, ligesom det fastslås, at bestemmelsen ikke medfører, at enhver handling begrundet i en religiøs overbevisning er tilladelig. Med henvisning til sin tidligere retspraksis fastslår EMD herefter, at kravet om et barhovedet billede er nødvendigt til varetagelse af det uomtvistet legitime formål, samt at der tilkommer staterne en skønsmargin ved denne afvejning:

“Elle relève que la photographie d'identité avec « tête nue », apposée sur le permis de conduire, est nécessaire aux autorités chargées de la sécurité publique et de la protection de l'ordre public (...). De tels contrôles sont nécessaires à la sécurité publique au sens de l'article 9 § 2 de la Convention. (...). Par ailleurs, les modalités de la mise en œuvre de tels contrôles entrent dans la marge d'appréciation de l'Etat défendeur, et ce d'autant plus que l'obligation de retirer son turban à cette fin ou, initialement, pour faire établir le permis de conduire, est une mesure ponctuelle”<sup>161</sup>

EMD's hensynsafvejning (hensynet til på den ene side offentlig sikkerhed og orden og på den anden side hensynet til individet) er en proportionalitetsvurdering efter den horisontale model, men vurderingen er summarisk, og alle relevante hensyn er næppe medtaget i afvejningen. EMD betoner blot den store risiko for falske kørekort samt det faktum at kravet om et barhovedet billede er en engangsforanstaltning, underforstået at indgrebet dermed ikke er så stort.

Den skønsmargin for den indklagede stat, der her beskrives af EMD, kan umiddelbart ligne en materiel skønsmargin: marginen vedrører valget af konkrete foranstaltninger, efter det er konstateret, at de fire krav er opfyldt. Omvendt er bemærkningen om, at fastlæggelsen af procedurer for kontrol af

<sup>159</sup> Tillægsprotokol til ICCPR art. 5, stk. 2 samt EMRK art 35, stk. 2

<sup>160</sup> EMD: Mann Singh v. France, s. 5n. (2008)

<sup>161</sup> Ibid. s. 7

kørekort ligger inden for staternes skønsmargin, en “i øvrigt”-tilføjelse (*par ailleurs*) til den summariske proportionalitetsvurdering. Såfremt der havde været tale om en materiel skønsmargin, ville den korrekte fremgangsmåde have været at foretage en egentlig proportionalitetsvurdering for så at konstatere, at fastlæggelsen af procedurer *herefter* ligger inden for staternes skønsmargin. Når staternes skønsmargin bliver en “i øvrigt”-tilføjelse til en summarisk proportionalitetsvurdering er realiteten snarere, at EMD tilkender den indklagede stat en bredere, strukturel skønsmargin.

Sagen er sparsomt begrundet, og det er svært at komme karakteren af den anvendte skønsmargin nærmere. Den foreløbige konklusion bliver, at skønsmarginen kan læses som enten en materiel eller en strukturel skønsmargin, alt efter hvor vægten lægges. Jeg hælder selv til at forstå marginen som en strukturel skønsmargin.

#### 6.3.5.2. HRC's udtalelse

Seks år senere gør samme klager for HRC gældende, at den franske retstilstand udgør en krænkelse af hans religionsfrihed efter ICCPR art. 18, denne gang med henvisning til lovgivningens tilsvarende krav vedrørende pasbilleder. HRC anvender samme doktrinerne fremgangsmåde som EMD, idet det først konstateres, at reglen udgør et indgreb i retten til religionsfrihed efter ICCPR art. 18, stk. 1, samt at indgrebet uomtvistet har hjemmel i loven. Herefter skal det undersøges, om indgrebet tjener et legitimt formål og er proportionelt. Ligesom i sagen for EMD anfægter klager ikke det legitime formål med indgrebet, men gør gældende, at proportionalitetsprincippet er tilsidesat, og HRC's prøvelse koncentrerer sig derfor om dette led.

“The Committee recognizes the State party’s need to ensure and verify, for the purposes of public safety and public order, that the person appearing in the photograph on a passport is in fact the rightful holder of that document. The Committee observes, however, that the State party has not explained why the wearing of a Sikh turban covering the top of the head and a portion of the forehead, but leaving the rest of the face clearly visible, would make it more difficult to identify the author, who wears his turban at all times, than if he were to appear bare-headed.”<sup>162</sup>

HCR's fremgangsmåde ved undersøgelsen af indgrebets proportionalitet ligner en vertikal proportionalitetstest svarende til den, der kendes fra tysk forvaltningsret, jf. ovenfor afsnit 3.2.3: HCR undersøger, om indgrebet er nødvendigt, og derefter undersøges det, om indgrebet er egnet til at sikre sit formål. HCR finder det ikke godtgjort, at egnethedskriteriet er opfyldt, ud fra en betragtning om, at en person, der altid bærer turban, ikke vil være lettere at genkende på et billede, hvor han er barhovedet. Derfor bliver proportionalitetstestens sidste trin om forholdsmæssighed ikke aktuel. Ligesom det var tilfældet ovenfor i HRC's udtalelse i sagen *Hudoyberganova v. Uzbekistan*, arbejder HRC med formodningsregler: Komitéen konkluderer ikke, at indgrebet ikke er egnet til varetagelsen af et legitimt formål, men derimod at staten ikke har forklaret, hvorfor indgrebet er egnet.

#### 6.3.5.3. Forklaringer på forskellene mellem de to afgørelser

1) EMD's brug af staternes skønsmargin og HRC's fravær af samme:

EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin kan ses som en forklaring på de to forskellige resultater. Præmissen er, at EMD's afgørelse læses således, at anvendelsen af staternes skønsmargin medfører, at der ikke foretages en tilbundsgående efterprøvelse af, om proportionalitetsprincippet er opfyldt. Det er en forudsætning for denne forståelse, at EMD's henvisning til staternes skønsmargin ikke blot anses for en henvisning til den materielle skønsmargin (der tilkommer staterne, når det er konstateret, at betingelserne for et lovligt indgreb - herunder proportionalitet - er opfyldt), men at EMD tilkender staten en udvidet, strukturel skønsmargin (en margin ved prøvelsen af selve proportionalitetsvurderingen).

<sup>162</sup> HRC: *Mann Singh v. France*, pr. 9.4 (2013)

2) To forskellige proportionalitetstests:

EMD's afgørelse kan som nævnt også læses således, at EMD foretager en egentlig proportionalitetsvurdering og finder, at proportionalitetsprincippet er opfyldt, hvorefter der tilkommer staten en materiel skønsmargin ved valget af konkrete foranstaltninger. Ud fra denne læsning kan de to forskellige resultater ses som et udtryk for, at der ved de to organer anvendes to forskellige tilgange til proportionalitetsvurderingen. HRC's doktrinelle, vertikale fremgangsmåde medfører, at HRC får taget stilling til spørgsmålet, som EMD ikke berører: indgrebets egnethed til at nå sit (legitime) formål.

De to forklaringer er ikke nødvendigvis indbyrdes uforenelige. EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin kan meget vel forklare, at EMD har foretaget en mindre intensiv prøvelse af den hensynsafvejning, som de nationale myndigheder har foretaget, og således i nogen grad forholdt sig til proportionalitetsspørgsmålet uden dog at have efterprøvet egnedetskriteriet. Dette er i tråd med Brems og Lavrysens' argument om en sammenhæng mellem indgrebets alvor og valg af proportionalitetstest som beskrevet ovenfor afsnit 3.2.3.<sup>163</sup>

#### 6.3.6. Delkonklusion

De sammenlignende analyser af EMD og HRC's praksis vedrørende forbud mod religiøs beklædningsoverensstemmelse med hhv. EMRK art. 9 og ICCPR art. 18 illustrerer en række grundlæggende ligheder og forskelle mellem de to organers prøvelser. Begge organer følger den doktrinelle fremgangsmåde beskrevet ovenfor i afsnit 3.2, hvorefter der indledningsvis tages stilling til, om der er sket et indgreb i retten til at manifestere sin religion, og herefter tages stilling til, om indgrebet havde lov-hjemmel, tjente et legitimt formål og var proportionelt. Derimod er der forskel på, hvor tilbunds-gående organerne efterprøver, om de enkelte kriterier for et lovligt indgreb er opfyldt. EMD behandler eksplicit spørgsmålet om bredden på den strukturelle skønsmargin, der tilkommer staten, på baggrund af en række faktorer og kriterier. Adgangen til at gøre indgreb i retten til at manifestere sin religion gennem religiøs beklædning er ifølge EMD et område, hvor der er en lav grad af konsensus mellem medlemsstaterne, og hvor stater, herunder statslige institutioner, har behov for at vedtage konkrete reguleringsforanstaltninger ud fra specifikke lokale behov og hensyn, hvorfor EMD tilkender medlemsstaterne en bred skønsmargin. Hos HRC har det stor betydning for, med hvilken intensitet det efterprøves, om de fire kriterier for et lovligt indgreb er opfyldt, i hvilket omfang stat hhv. klager har bidraget til sagsoplysningen og argumenteret for indgrebets (u)lovlighed. Dermed bliver konklusionen ved HRC typisk, at bevisbyrden ikke er løftet af enten klager eller individ, og at der på den baggrund konstateres en krænkelse.

#### 6.4. EMRK art. 3 og ICCPR art. 7: Organernes praksis i udvisningssager

EMD og HRC har i flere sager taget stilling til, i hvilken udstrækning hhv. EMRK art. 3 og ICCPR art. 7 forhindrer udvisninger af borgere, der frygter behandling i strid med bestemmelserne ved tilbagevendelse til deres hjemland.<sup>164</sup> ICCPR art. 7 svarer som beskrevet ovenfor afsnit 3.1.3 indholdsmæssigt til EMRK art. 3. Bestemmelserne rummer både et negativt og et positivt aspekt, idet en stat *negativt* er forpligtet til at afholde sig fra at udsætte personer inden for sin jurisdiktion for en behandling omfattet af bestemmelsen og *positivt* er forpligtet til aktivt at beskytte sine borgere mod at blive udsat for en behandling omfattet af bestemmelsen fra anden side. Det er fastslået af HRC, at ICCPR

<sup>163</sup> Brems, Eva og Laurens Lavrysen: 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. I: Oxford University Press nr. 15, 11.01.2015, s. 150

<sup>164</sup> Den situation, der her behandles, vedrører således vurderingen af en risiko i hjemlandet, til forskel fra de udvisningssager, der kan opstå vedrørende vurderingen af en risiko i værtslandet - typisk risici for krænkelse af EMRK art. 8 og ICCPR art. 17. Om disse sager henvises til: Rytter, Jens Elo: Udvisning af kriminelle udlændinge og EMRK artikel 8 - Menneskerettighedsdomstolen knæsætter bred skønsmargin for staterne. I: Juristen nr. 5, 2017, s. 164-172

art. 7 indebærer en forpligtelse for staterne til ikke at “extradite, deport, expel or otherwise remove a person from their territory”, såfremt der er grund til at tro, at dette indebærer en risiko for behandling omfattet af art. 7.<sup>165</sup> I dette afsnit vil EMD og HRC’s praksis i udvisningssager blive analyseret og sammenlignet.

#### 6.4.1. HRC’s praksis vedr. ICCPR art. 7

HRC har i flere individuelle klagesager udtalt sig om udstrækningen af staters forpligtelse til at undlade at udvise borgere, såfremt der er grund til at tro, at udvisningen indebærer en risiko for behandling omfattet af art. 7. Et nyere eksempel herpå er sagen *S. v. Denmark* fra 2015. Sagen vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Danmarks afvisning på S’ asylansøgning var i strid med ICCPR art. 3 henset til klagers risiko for tortur ved hjemvendelse til Bangladesh. Sagens kerne er vurderingen af netop denne risiko (konkret anvendelse).

“The Committee recalls its jurisprudence that significant weight should be given to the assessment conducted by the State party, and that it is generally for the organs of States parties to examine the facts and evidence of the case in order to determine whether such a risk exists, unless it can be established that the assessment was arbitrary or amounted to a manifest error or denial of justice.”<sup>166</sup>

Med denne ofte anvendte frase i HRC’s udtalelser i asylsager<sup>167</sup> markerer HRC sin subsidiære rolle ved undersøgelsen af fakta og bevis. Vendingen “arbitrary or manifestly erroneous or [amounting to] a denial of justice” markerer tærskelen for, hvornår den nationale undersøgelse af faktum kan tilside-sættes. Denne tærskel relaterer sig vel at mærke til de nationale myndigheders *undersøgelse* og må således forstås som et proces-baseret krav, som gælder uafhængigt af den eventuelle rigtighed af undersøgelsens *resultat*. Udtalelsen illustrerer subsidiaritetsprincippet betydning for den del af prøvelsen, der har karakter af konkret anvendelse: Såfremt de nationale myndigheder har foretaget en undersøgelse, der ligger under tærsklen, vil HRC ikke foretage en materiel efterprøvelse af de konkrete omstændigheder. I sagen konstaterer komiteen, at den nationale procedure har ligget under tærskelen, og at der derfor ikke kan konstateres en krænkelse af ICCPR art. 7:

“The Committee further observes that the author has not pointed to any procedural irregularities in the decision-making procedure by the Danish Immigration Service or the Refugee Appeals Board, and therefore considers that, while the author disagrees with the factual conclusions of the Board, he has failed to show that they were arbitrary or manifestly erroneous or amounted to a denial of justice.

8.7 In the light of the above, the Committee cannot conclude that the information before it shows that the author would face a personal and real risk of treatment contrary to article 7 of the Covenant in case of his return to Bangladesh.”<sup>168</sup>

Det er værd at bemærke, at komiteens afgørelse er formuleret negativt: Det kan *ikke* konkluderes, at der *er* sket en krænkelse af ICCPR art. 7. Heraf kan der ikke nødvendigvis sluttes modsætningsvis, at det *kan* konkluderes, at der *ikke* er sket en krænkelse af bestemmelsen. I udtalelsen *Pillai et. al. v. Canada* bruger HRC en anden formulering om komiteens rolle, idet komiteen efter at have fastslået subsidiaritetsprincippet i overensstemmelse med ovenfor refererede praksis udtaler, at “The Committee recalls that it is generally for the instances of the States parties to the Covenant to evaluate *facts* in such cases. [min fremhævning]”.<sup>169</sup> Efter en snæver ordlydsfortolkning af denne udtalelse ændrer

<sup>165</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004, pr. 12; CCPR General Comment No. 20, 10 March 1992, pr. 9

<sup>166</sup> HRC: *S. v. Denmark* pr. 8.3 (2014)

<sup>167</sup> Se f.eks. også HRC: *Y. v. Canada*, pr. 7.5 (2013) og *Simms v. Jamaica*, pr. 6.2 (1993)

<sup>168</sup> HRC: *S. v. Denmark* pr. 8.6 (2015)

<sup>169</sup> HRC: *Pillai et. al. v. Canada* pr. 11.2 (2011)



HRC herved det tidligere præjudikat fra sager som *S. v. Denmark*, idet subsidiaritetsprincippet tilsyneladende kun gælder vedrørende undersøgelsen af faktum, hvorimod bevisvurderinger ikke er omfattet. Herefter udtaler komiteen dog i præmis 11.4:

“Notwithstanding the *deference* given to the immigration authorities to appreciate the evidence before them, the Committee considers that further analysis should have been carried out in this case. The Committee therefore considers that the removal order issued against the authors would constitute a violation of article 7 of the Covenant if it were enforced. [min fremhævning]”<sup>170</sup>

Det er her forudsat af HRC, at der tilkommer de nationale immigrationsmyndigheder en “*deference*” vedrørende bevisvurderinger. Denne sproglige ændring er bemærket af komitedlem Mr. Yuji Iwasawa, der i sin dissens udtaler herom:

“Under the circumstances, I can only reasonably interpret the present Views as not having changed the established jurisprudence of the Committee that it is generally for the courts of the States parties to the Covenant to evaluate *facts and evidence* of a particular case, unless it is found that the evaluation was clearly arbitrary or amounted to a denial of justice. The Committee should refrain from acting as a fourth instance tribunal to re-evaluate facts and evidence before the authorities in the State party in removal proceedings, unless there are clear and specific reasons for doing so.”<sup>171</sup>

Ud fra dissensens betragtning svarer den almindelige, ofte gentagne formulering om, at det generelt er de nationale myndigheders opgave at undersøge (faktum og) bevis, således indholdsmæssigt til “*deference given to the immigration authorities to appreciate the evidence before them* [min fremhævning]”. Rent sprogligt indebærer anvendelsen af begrebet “*deference*” et mere eksplicit spillerum for staten end hvad der følger af den sædvanligt anvendte formulering som citeret ovenfor fra afgørelsen *S. v. Denmark*. Der er dog intet, der tyder på, at HRC med formuleringen har tilsigtet at give staten et større eller mere eksplicit spillerum. I afgørelsen fandt flertallet netop, at der var sket en krænkelse af ICCPR art. 7 på trods af, at der tilkommer staten et spillerum.

Krænkelsen af ICCPR art. 7 er ifølge flertallets udtalelse i *Pillai v. Canada* en logisk følge af, at de nationale myndigheder ikke har foretaget en tilstrækkelig undersøgelse. Der ligger således efter ordlyden ikke en materiel efterprøvelse af faktum og bevis imellem konstateringen af mangelfuld proces og konstatering af krænkelse af art. 7.

En tilsvarende fremgangsmåde ses i sagen *E.U.R. v. Denmark*. Her fastslår HRC, efter indledningsvis at have erindret om sin egen subsidiære rolle ved undersøgelsen af faktum med samme frase som ovenfor citeret fra *S. v. Denmark*,<sup>172</sup> at de nationale myndigheders undersøgelse har været utilstrækkelig:

“In the circumstances of this case, and reiterating that the refugee appeals board based its decision to reject the author’s asylum claim merely on inconsistencies that are not central to the general claim made by the author as a former interpreter for the United States forces in Afghanistan, the Committee concludes that the material before it suggests that insufficient weight was given to the author’s allegations and that, notwithstanding the *deference* given to the immigration authorities to appreciate the evidence before them, the State party has not adequately addressed the author’s personal circumstances, which should have been devoted further analysis. Accordingly, the Committee concludes that the author’s removal to Afghanistan would constitute a breach by the State party of its obligations under article 7 of the Covenant.”<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Ibid., pr. 11.4

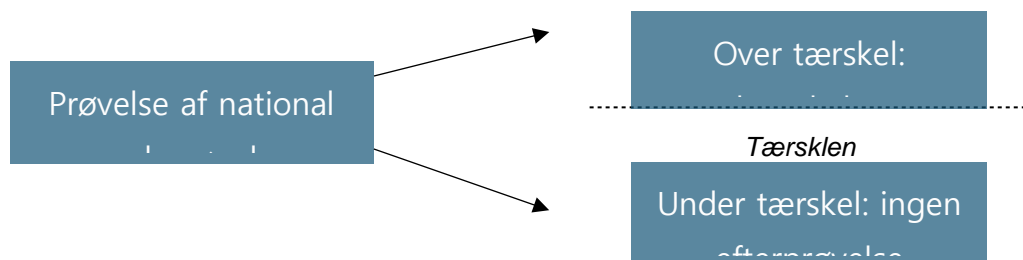
<sup>171</sup> HRC: *Pillai et. al. v. Canada: Individual opinion by Committee member Mr. Yuji Iwasawa*, pr. 3 (2011)

<sup>172</sup> HRC: *E.U.R. v. Denmark* pr. 9.7 (2016)

<sup>173</sup> Ibid., pr. 9.11

Konklusionen om, at de nationale myndigheders afgørelse udgør en krænkelse af ICCPR art. 7, er også her en tilsyneladende direkte følge af den utilstrækkelige undersøgelse hos medlemsstaten.

Både *S. v. Denmark*, *Pillai et. al. v. Canada* og *E.U.R. v. Denmark* omhandler lovligheden af hjemsendelsen af asylansøgere, og i alle sager ligger hovedvægten på den konkrete subsumtion. HRC fokuserer konsekvent på vurderingen af de nationale myndigheders procedure: I sagen *S. v. Denmark* findes der ikke at kunne konstateres en krænkelse af art. 7 under henvisning til de nationale myndigheders procedurer. *Pillai et. al. v. Canada* samt *E.U.R. v. Danmark* illustrerer begge den modsatte situation, idet der findes at være sket en krænkelse af samme artikel, *fordi* de nationale myndigheders undersøgelse findes at have været utilstrækkelig. På baggrund af afgørelserne kan der opstilles følgende model:



Figur 3

Der kan i ovennævnte praksis identificeres nogle sproglige variationer over, hvad “tærsklen” indebærer. I sagen *S v. Denmark* anvendes formuleringen “arbitrary or amounted to a manifest error or denial of justice”. I *Pillai et. al. v. Canada* anvendes derimod formuleringen “clearly arbitrary or amounted to a denial of justice”. Samme formulering anvendes i *E.U.R. v. Denmark*, hvor en gruppe dissenterende dommere dog foruden denne formulering anvender variationen “manifestly arbitrary or a denial of justice”. Dissensen anvender de to formuleringer vilkårligt, og variationerne skal næppe tillægges nogen indholdsmæssig betydning.

HRC’s fremgangsmåde indebærer, at det bliver en proces-baseret prøvelse frem for en materiel prøvelse, der afgør, om der konstateres en krænkelse. Således kan der principielt forekomme en materielt korrekt afgørelse, der af HRC konstateres at udgøre en tilsidesættelse af statens positive forpligtelse efter ICCPR art. 7, fordi statens proces har været utilstrækkelig. I den anden yderlighed kan der principielt forekomme en materielt forkert afgørelse, der ikke konstateres at udgøre en krænkelse af ICCPR, fordi staten har haft en proces, der lå under tærsklen. I begge tilfælde vil det være den nationale proces, og således nogle formelle/processuelle betingelser, der er afgørende for, om der konstateres en materiel krænkelse af ICCPR.

#### 6.4.2. EMD’s praksis vedr. EMRK art. 3

EMRK art. 3 indebærer, svarende til ICCPR art. 7, en forpligtelse for staterne til ikke at udvise personer fra sit territorium, såfremt der er grund til at tro, at dette indebærer en risiko for behandling omfattet af EMRK art. 3. Dette blev fastslået i sagen *Soering v. the United Kingdom*<sup>174</sup> og er efterfølgende blevet gentaget blandt andet afgørelsen *NA. v. the United Kingdom*, hvori EMD giver nogle generelle betragtninger om sin prøvelse i udvisningssager efter art. 3. EMD fastslår bestemmelsens absolutte karakter, men konstaterer herefter, at undersøgelsen af, hvornår en mishandling udgør en krænkelse af art. 3, er relativ, i overensstemmelse med det ovenfor afsnit 3.1.3 anførte om det relative aspekt af bestemmelsen:

<sup>174</sup> EMD: *Soering v. the United Kingdom* pr. 88 (1989)

“The assessment whether there are substantial grounds for believing that the applicant faces such a real risk inevitably requires that the Court assess the conditions in the receiving country against the standards of Article 3 of the Convention (...). These standards imply that the ill-treatment the applicant alleges he will face if returned must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3. The assessment of this is relative, depending on all the circumstances of the case.”<sup>175</sup>

Som det også fremgår af citatet, kræver undersøgelsen af, om klager risikerer behandling omfattet af art. 3, at EMD foretager en undersøgelse af forholdene i modtagerstaten. Undersøgelsen har karakter af konkret subsumption, idet den vedrører fastlæggelse af faktuelle omstændigheder, mens bestemmelsens indhold som udgangspunkt er klar. Således adskiller EMD's prøvelse sig umiddelbart allerede her fra HRC's prøvelse som analyseret ovenfor afsnit 6.4.1, hvor HRC alene forholdt sig til den indklagede stats vurdering. Herefter udtaler EMD sig om den undersøgelse, der skal ske af forholdene i modtagerlandet:

“The assessment of the existence of a real risk must necessarily be a rigorous one (...). It is in principle for the applicant to adduce evidence capable of proving that there are substantial grounds for believing that, if the measure complained of were to be implemented, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 (...). Where such evidence is adduced, it is for the Government to dispel any doubts about it.”<sup>176</sup>

Det kan udledes af citatet, at klager som udgangspunkt har bevisbyrden for, at han ved tilbage-venden til modtagerstaten er udsat for en reel risiko for behandling i strid med EMRK art. 3. Såfremt klager løfter denne bevisbyrde vendes formodningen om, således at det herefter er op til den indklagede stat at modbevise tilstedeværelsen af denne risiko. På trods af, at EMD har konstateret, at det er EMD's opgave at foretage undersøgelsen af forholdene i modtagerstaten, anvender EMD formodningsregler. Anvendelsen af formodningsregler minder om HRC's fremgangsmåde i de ovenfor analyserede sager om religiøs beklædning. EMD lader dog ikke klager alene om at undersøge forholdene i modtagerstaten, og om den undersøgelse, der skal ske, udtaler EMD:

“(...) in assessing conditions in the proposed receiving country, the Court will take as its basis all the material placed before it or, if necessary material obtained *proprio motu*. It will do so, particularly when the applicant – or a third party within the meaning of the Article 36 of the Convention – provides reasoned grounds which cast doubt on the accuracy of the information relied on by the respondent Government.”<sup>177</sup>

Det er således i første række op til sagens parter at frembringe oplysninger om forholdene i modtagerstaten, mens EMD vil frembringe supplerende oplysninger, såfremt klager påviser, at statens sagsoplysning er utilstrækkelig. EMD beskriver sine kriterier for, hvornår statens undersøgelse findes at være tilstrækkelig:

“The Court must be satisfied that the assessment made by the authorities of the Contracting State is adequate and sufficiently supported by domestic materials as well as by materials originating from other reliable and objective sources such as, for instance, other Contracting or non- Contracting States, agencies of the United Nations and reputable non- governmental organisations.”<sup>178</sup>

Denne tærskel for EMD markerer, hvornår EMD vil frembringe supplerende sagsoplysninger. Herved adskiller EMD's prøvelse sig fra HRC's: Utilstrækkelig sagsoplysning hos HRC vil ikke føre til, at HRC foretager selvstændig sagsoplysning. HRC forholder sig kun til de oplysninger, sagens parter har frembragt, i overensstemmelse med reglen i OP-ICCPR art. 5. Såfremt denne sagsoplysning er utilstrækkelig vil det formentlig findes at være udtryk for utilstrækkelig undersøgelse fra statens side

---

<sup>175</sup> EMD: Na. v. the United Kingdom, pr. 110 (2008)

<sup>176</sup> Ibid., pr. 111

<sup>177</sup> Ibid., pr. 119

<sup>178</sup> Ibid., pr. 119

og således føre til konstateringen af en krænkelse af ICCPR art. 7. EMD konstaterer først en krænkelse af EMRK art. 3, når sagen er tilstrækkeligt oplyst. Såfremt det konstateres, at de nationale myndigheders undersøgelse af sagen har været utilstrækkelig, vil EMD selv indhente materiale til belysning af sagen.

### **6.5. Identifikation af mønstre**

De ovenfor gennemgåede sager afslører nogle mønstre i EMD's hhv. HRC's prøvelsesintensitet, som i dette afsnit vil blive forsøgt kortlagt. Der er væsentlige variationer, der dels afhænger af det retlige spørgsmåls karakter af enten abstrakt fortolkning eller konkret anvendelse og dels afhænger af den givne konventionsbestemmelses karakter af absolut eller relativ rettighed. I afsnit 6.5.1 vil det blive undersøgt, hvilke mønstre der kan identificeres vedrørende spørgsmål om abstrakt fortolkning, og i afsnit 6.5.2 vil det blive undersøgt, hvilke mønstre der kan identificeres vedrørende spørgsmål om konkret anvendelse.

#### *6.5.1. Karakteren af det retlige spørgsmål*

##### *6.5.1.1. Abstrakt fortolkning*

EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin indebærer, at bredden på den skønsmargin, der tilkendes staten, har afgørende betydning for, hvor tilbundsgående EMD vil efterprøve statens afgørelse. Det har stor betydning for marginens bredde, om der er konsensus mellem medlemsstaterne, idet EMD på områder med en høj grad af konsensus som udgangspunkt vil foretage en intensiv efterprøvelse. Det indebærer, at EMD uden særlig forsigtighed vil sætte sin egen fortolkning i stedet for den indklagede stats, såfremt den bedre harmonerer med en bredere euro-pæisk konsensus. Modsetningsvist vil EMD ved fortolkningsspørgsmål på områder, der er præget af en lavere grad af konsensus mellem medlemsstaterne, være mere tilbageholdende i sin prøvelse og tilkende medlemsstaten en bredere skønsmargin ved sin fortolkning af konventionen.

HRC tillægger det ikke på samme måde betydning ved sin stillingtagen til abstrakte fortolknings-spørgsmål, om der er konsensus mellem medlemsstaterne. Der opereres ikke med en skønsmargin. HRC vil til tider inddrage komparative undersøgelser,<sup>179</sup> men formålet vil være til brug for selve den materielle prøvelse og således ikke til bestemmelse af, hvor intensiv prøvelsen skal være.

Dermed gælder det for abstrakte fortolknings-spørgsmål, at der ved moralske spørgsmål med en lav grad af konsensus kan forventes at blive tilkendt den indklagede stat en bred skønsmargin hos EMD, mens HRC vil foretage en tilbundsgående efterprøvelse. I takt med udviklingen af en euro-pæisk konsensus om en bestemt fortolkning vil EMD være mere tilbøjelig til at foretage en tilbundsgående efterprøvelse på linje med HRC. De analyserede sager vedrørende religiøs beklædning illustrerer, hvordan EMD's anvendelse af en bred skønsmargin på områder, hvor der er en lav grad af konsensus mellem medlemsstaterne, fører til en ringere beskyttelse for individer.

##### *6.5.1.2. Konkret anvendelse*

For så vidt angår sager, hvis retlige hovedspørgsmål har karakter af konkret anvendelse, er mønsteret anderledes. I de analyserede sager om udvisninger, hvor indholdet af EMRK art. 3 hhv. ICCPR art. 7 er klart, og hvor hovedvægten dermed ligger på vurderingen af de konkrete sagsforhold, foretager HRC ikke en efterprøvelse af de faktiske sagsforhold. Derimod foretager HRC en vurdering af, om den indklagede stats sagsoplysning er tilstrækkelig, og såfremt det er tilfældet vil HRC ikke efterprøve statens vurdering. Såfremt det ikke er tilfældet gælder der en stærk formodning for, at der er sket en krænkelse af ICCPR art. 7. EMD foretager derimod selvstændig sagsoplysning, hvor sagen

---

<sup>179</sup> Se eksempelvis HRC's afgørelse i *Judge v. Canada*, pr. 10.3 (2002)

er utilstrækkeligt oplyst af staten, og der bliver ikke truffet afgørelse, før EMD finder, at sagen er tilstrækkeligt oplyst.

Anderledes ser det ud i Mann Singh-sagerne, hvori det retlige spørgsmål også vedrører konkret anvendelse: EMD afviser sagen som værende åbenbart ugrundet med henvisning til staternes skønsmargin, mens HRC foretager en tilbundsående efterprøvelse og finder, at indgrebet udgør en krænkelse af klagers ret til at manifestere sin religion, fordi den indklagede stat ikke har godtgjort, at indgrebet var proportionelt.

For en umiddelbar betragtning kan mønstrene for organernes prøvelsesintensitet på de to områder synes uforenelige, men det behøver ikke være tilfældet. Mønstrene kan måske forenes ved at vende tilbage til den ovenfor afsnit 1.3.1 beskrevne sondring mellem to elementer af den konkrete anvendelse: Subsumption og afvejning. Udvisningssagerne vedrører den konkrete subsumption, idet der er tale om fastlæggelse af sagens faktiske forhold. Mann Singh-sagerne vedrører derimod hensyns-afvejningen, herunder vurderingen af indgrebenes proportionalitet. Når det kommer til hensyns-afvejningen er der ikke tale om egentlig sagsoplysning, men om en vurdering og afvejning af de i sagen foreliggende oplysninger.

Sagerne om irsk abortlovgivning vedrører endvidere den konkrete hensyns-afvejning. Her finder EMD, at spørgsmålets moralske karakter indebærer, at der tilkommer den indklagede stat en bred strukturel skønsmargin ved vurderingen af, hvor tungt de identificerede hensyn bag indgrebet skal veje. HRC foretager derimod sin egen selvstændige afvejning af hensynene og underkender på den baggrund den indklagede stats afvejning. Sagerne viser, at det retlige spørgsmåls sensitive karakter i den indklagede stat også har betydning for prøvelsesintensiteten i sager om den konkrete afvejning, idet de moralske hensyn medfører, at EMD vil tilkende medlemsstaterne en bred skønsmargin ved afvejningen, og således ikke blot ved den abstrakte fortolkning. Samtidig viser sagerne, at EMD anvender doktrinen om staternes skønsmargin med en høj grad af fleksibilitet, og at den nationale moralopfattelse i staten kan tænkes at få selvstændig betydning, uanset at der eksisterer en euro-pæisk konsensus, såfremt spørgsmålet er tilstrækkelig sensitivt i den indklagede stat. Denne anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin har sammenhæng med det medierende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet, jf. ovenfor afsnit 2.1.2, hvorefter den overordnede gruppering kan have en interesse i at begrænse sin indblanding for at sikre fortsat opbakning fra den underordnede gruppering.

EMD's afgørelse i Mann Singh-sagen vedrører lige så meget valget af konkrete implementeringsforanstaltninger som den vedrører afvejningen af hensyn, og det er usikkert, om EMD anvender den strukturelle eller den materielle skønsmargin. Under alle omstændigheder afviser EMD sagen som værende åbenbart ugrundet, og beskyttelsen for individet er derfor til at overse, mens HRC i den tilsvarende sag foretager en tilbundsående efterprøvelse af den nationale myndigheds proportionalitetsvurdering og hensyns-afvejning og finder, at der er sket en krænkelse af retten til at manifestere sin religion, jf. ICCPR art. 18.

#### *6.5.2. Absolutte og relative rettigheder*

En anden sondring af betydning for variationerne i organernes prøvelsesintensitet er sondringen mellem absolutte og relative rettigheder. EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin er først og fremmest relevant vedrørende de relative rettigheder, hvor selve konventionsbestemmelsen giver staterne adgang til under visse tilfælde at gøre indgreb i den givne rettighed, og de underforståede begrænsninger, hvor det følger af bestemmelsens natur, at der skal ske en nærmere afgrænsning af rettigheden. I den ovenfor analyserede praksis tilkendte EMD således ikke staterne en skønsmargin

ved sagerne om udvisning efter EMRK art. 3. Robert Spano forklarer ræsonnementet bag denne son-  
dring med de absolutte rettigheders karakter af moralske imperativer, der således ikke tillader nogen  
balancerende øvelse:

“Core and absolute Convention rights protect values and interests which usually emanate from the core of the  
human person and his or her dignity. They are therefore, by definition, not amenable to a balancing exercise or a  
proportionality-type analysis which open the door to democratic political and policy choices. Such rights, like the  
right to life and the prohibition against torture or other forms of ill-treatment, are rights that are, after all, rooted  
in a moral conception of human rights: they are moral imperatives.”<sup>180</sup>

De relative rettigheder, derimod, indeholder i EMRK en eksplicit henvisning til nødvendigheden i et  
demokratisk samfund, og heri anerkender konventionen ifølge Spano eksplicit, at fortolkningen og  
anvendelsen af disse rettigheder forudsætter en række politiske overvejelser.<sup>181</sup> Sondringen mellem  
absolutte og relative rettigheder tillægges ikke på samme måde betydning hos HRC: Udvisningssa-  
gerne illustrerer, at HRC uanset den absolutte karakter af ICCPR art. 7 vil afholde sig fra at foretage  
foretage en materiel efterprøvelse af de nationale myndigheders sagsoplysning. Sagerne om religiøs  
beklædning samt sagerne om irsk abort-lovgivning illustrerer, at HRC ikke vil foretage en mindre  
intensiv prøvelse som følge af rettighedernes relative karakter.

### 6.5.3. *Delkonklusion*

Sammenfattende kan det på den baggrund siges, at såfremt en sag vedrører spørgsmål præget af en  
lav grad af konsensus på et område, der er moralsk eller politisk sensitivt i den indklagede stat, vil  
HRC's prøvelse antageligt være mere intensiv end EMD's prøvelse, der både for så vidt angår den  
abstrakte fortolkning og den konkrete hensynsafvejning vil være tilbageholdende med at sætte sin  
egen vurdering i stedet for den indklagede stats vurdering. I sager om den konkrete subsumption vil  
HRC i modsætning til EMD ikke foretage en selvstændig undersøgelse, uanset om sagen er utilstræk-  
keligt oplyst. Derimod vil HRC foretage en proces-baseret prøvelse af den nationale myndigheds  
undersøgelse. Såfremt den nationale undersøgelse ligger under tærsklen, vil der ikke konstateres en  
krænkelse af ICCPR, og såfremt den nationale undersøgelse ligger over tærsklen, vil der konstateres  
en krænkelse. Hvor det for EMD har betydning, om der er tale om absolutte eller relative rettigheder,  
idet EMD's doktrin om staternes skønsmargin først og fremmest er relevant ved-rørende de relative  
rettigheder, har sondringen ingen betydning for HRC's variationer i sin prøvelsesintensitet.

### 6.6. *Diskussion af mønstre*

Selvom de 47 medlemsstater af Europarådet er meget forskellige, og der ofte vil være moralske  
spørgsmål, hvorom der ikke er konsensus, er det oplagt, at forskellene er større mellem de 116 stater,  
der ved ratificeringen af OP-ICCPR har accepteret den individuelle klageadgang til HRC. Ud fra  
EMD's argumentation om, at fravær af konsensus om moralske spørgsmål indebærer, at den enkelte  
medlemsstat er bedre egnet end et internationalt organ, og at der derfor bør tilkomme stat-erne en  
bred skønsmargin, kan det undre, at HRC ikke tillægger det endnu større fravær af konsensus mellem  
de kontraherende stater til ICCPR nogen betydning i sin praksis. Forklaringen afspejler et grundlæg-  
gende andet syn på kompetencefordelingen mellem myndigheder og på anvendelsen af subsidiari-  
tetsprincippet. EMD anvender i overensstemmelse med subsidiaritetsprincippetets normative dimen-  
sion et negativt subsidiaritetsprincip ud fra en betragtning om statens bedre egnethed ved vurderinger  
af spørgsmål af moralsk karakter. HRC foretager en selvstændig efterprøvelse af sagen og sammen-  
holder sin egen vurdering med medlemsstatens vurdering. Såfremt resultaterne er modstridende fin-  
der HRC, at staten har tilsidesat sin forpligtelse efter konventionen. Den normative dimension af

---

<sup>180</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule  
of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 484

<sup>181</sup> Ibid.

subsidiaritetsprincippet har således ingen plads i HRC's prøvelse i sager om abstrakt fortolkning. Såfremt der overhovedet kan tales om et subsidiaritetsprincip i HRC's praksis er det begrænset til det optimerende element i den funktionelle dimension, der er reflekteret i den formelle kompetencefordeling, hvorefter staten er det primære ansvarssubjekt, mens HRC kan foretage en efterprøvelse, såfremt et individ mener, at staten ikke har formået at sikre rettighederne efter konventionen.

Når det kommer til den konkrete anvendelse, hvorom det ovenfor blev konstateret, at en sontring mellem subsumption og afvejning er nødvendig for at forene de mønstre, der er identificeret på baggrund af analyserne af organernes praksis, kan forskellene mellem organernes praksis vedr. den konkrete subsumption forklares med organernes forskellige traktatgrundlag. Bestemmelsen i OP-ICCPR art. 5, stk. 1, foreskriver, at HRC vil tage stilling til sagen i lyset af al den skriftlige information, der er gjort tilgængelig for den af enten individet eller den indklagede stat, og det fremgår således modsætningsvist af bestemmelsen, at HRC ikke vil foretage yderligere sagsoplysning. Omvendt fremgår det af EMD art. 38, at EMD skal behandle sagen sammen med staten og, såfremt det er nødvendigt, foretage en selvstændig undersøgelse. Traktatgrundlaget for EMD hjemler således, at EMD foretager en selvstændig undersøgelse, hvis statens undersøgelse viser sig at være utilstrækkelig - en mulighed, der ikke eksisterer for HRC, hvorfor HRC er nødsaget til at behandle sagen på baggrund af de foreliggende oplysninger. På den baggrund giver det mening, at HRC har udviklet en række formodningsregler, som således kan motivere sagsoplysningen frem fra sagens parter, idet manglende sagsoplysning vil komme den part, der ikke har løftet sin bevisbyrde, til skade.

Tilbage står den konkrete afvejning af hensyn, hvor Mann Singh-sagerne og sagerne om den irske abortlovgivning illustrerede, hvordan EMD anvender doktrinen om staternes skønsmargin ved denne afvejning. Sagerne om den irske abortlovgivning viser, at EMD's doktrin om staternes skønsmargin har betydning i afvejningen af hensyn af moralsk karakter, hvilket hænger tæt sammen med anvendelsen af skønsmarginen i tilsvarende sager om abstrakt fortolkning, idet tilstedeværelsen af hensynet og vurderingen af dets styrke ikke kan holdes skarpt adskilt. Sagerne illustrerede endvidere, at EMD til tider vil tilkende staten en bred strukturel skønsmargin på trods af tilstedeværelsen af en europæisk konsensus. Herom konkluderede jeg, at motivationen bag denne margin hang sammen med det medierende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet. I Mann Singh-sagerne, hvor EMD afviser sagen som værende åbenbart ugrundet, mens HRC foretager en materiel prøvelse og konstaterer en krænkelse af ICCPR art. 18, er det svært at se nogen oplagt forklaring på, at de to organer har så forskellige fremgangsmåder. En faktor kan være spørgsmålet om religiøs hovedbeklædnings politiske karakter, der typisk fører til en bred strukturel skønsmargin. En anden faktor kan være, at EMD ikke vurderer, at indgrebets styrke er særlig stort og på den baggrund i overensstemmelse med det optimerende element i den funktionelle dimension bag subsidiaritetsprincippet finder, at det ud fra hensyn til effektivitet er bedre at tillade den underordnede myndighed en bredere margin. Denne betragtning fører til tilkendelsen af en bred strukturel skønsmargin og således til anvendelsen af en summarisk, horisontal proportionalitetsvurdering.

## **7. UDVIKLINGSSCENARIER**

Både hos EMD og HRC er der igangværende diskussioner om reformer af organernes virksomhed. I afsnit 7.1 vil en række politiske tilkendegivelser om EMD's rolle blive præsenteret og analyseret, og en nyere udvikling i EMD's praksis i retning mod et proces-baseret tilsyn vil blive drøftet. Herefter redegøres i afsnit 7.2 for den igangværende traktatkomitéstyrkelsesproces, og der vil blive argumenteret for, at diskussionen om HRC's prøvelsesintensitet er relevant for processen. Det vil på den baggrund blive drøftet, hvorvidt en anvendelse af EMD's doktrin om staternes skønsmargin normativt kan forsvares i relation til HRC.

### 7.1. EMD: Mod et proces-baseret tilsyn

EMD's prøvelsesintensitet har været omdiskuteret de seneste 10 år, ikke mindst blandt europæiske politikere, hvor domstolens fremtid har været tema for en række højniveauekonferencer i perioden 2010-2015.<sup>182</sup> Første konference blev afholdt i 2010 og resulterede i Interlaken-erklæringen, der understreger staternes primære ansvar for sikringen af de konventionsbeskyttede rettigheder og kalder på en styrkelse af subsidiaritetsprincippet.<sup>183</sup> Opfordringen blev gentaget i Izmir-erklæringen i 2011<sup>184</sup> og i Brighton-erklæringen i 2012, der går et skridt videre og endvidere opfordrer EMD til at lægge stor vægt på subsidiaritetsprincippet og på staternes skønsmargin i sin praksis.<sup>185</sup> Brighton-erklæringen førte til vedtagelsen af protokol 15, der som nævnt ovenfor indebærer en beslutning om tilføjelse af en konkret reference til staternes skønsmargin i præamblen til EMRK. Processen omkring vedtagelsen af protokol 15 var præget af en stærk politisk konsensus. Heroverfor var der en stor modvilje hos EMD mod indsættelsen af passussen i præamblen.<sup>186</sup> EMD kritiserede proto-kollen for at give indtryk af, at staternes skønsmargin er en konstant faktor, der anvendes ens i alle sager, hvorimod virkeligheden i EMD's praksis er, at marginen er en kompleks størrelse, hvis konkrete anvendelse afhænger af mange faktorer. Derfor fandt EMD, som udtrykt i et brev til Steering Committee on Human Rights (the CDDH), der havde udarbejdet udkastet til protokol 15, at "for this reason it cannot be considered a 'reference' to a concept that, as demonstrated by numerous decided cases, varies widely in its relevance and consequence from one context to another."<sup>187</sup> Kritikken blev ikke taget til efterretning. Forløbet er illustrativt for subsidiaritetsprincippet og for staternes skønsmargin som en konkret manifestation heraf: Det bekræfter, at internationale organers kompetence er baseret på staternes frivillige samtykke, at det i sidste ende er staterne, der definerer rammerne for- og udstrækningen af denne kompetence, og at subsidiaritetsprincippet inden for den overladede kompetence fungerer som en mediator mellem det nationale og det internationale ved at begrænse det internationale organs indblanding i nationale forhold.

Af København-erklæringen, der blev vedtaget seks år efter brightonerklæringen, fremgår det om subsidiaritetsprincippet, at EMD's retspraksis gør det klart, at der tilkommer staterne en skønsmargin ved fortolkningen og anvendelsen af konventionen, og at marginen afhænger af både de konkrete omstændigheder i sagen og af, hvilke rettigheder, der er på spil. Herefter fremgår det mere konkret om EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin:

"The Court's jurisprudence on the margin of appreciation recognises that in applying certain Convention provisions, such as Articles 8-11, there may be a range of different but legitimate solutions which could each be compatible with the Convention depending on the context. This may be relevant when assessing the proportionality of measures restricting the exercise of rights or freedoms under the Convention. Where a balancing exercise has been undertaken at the national level in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence, the Court has generally indicated that it will not substitute its own assessment for that of the domestic courts, unless there are strong reasons for doing so."<sup>188</sup>

---

<sup>182</sup> Interlaken-konferencen i 2010, Izmir-konferencen i 2011, Brighton-konferencen i 2012, Oslo-konferencen i 2014 Bruxelles-konferencen i 2015 og København-konferencen i 2018

<sup>183</sup> *Interlaken Declaration*, 19. februar 2010, OP2. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

<sup>184</sup> *Brighton Declaration*, 20. april 2012, afsnit A, OP1 og afsnit H, OP2. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

Izmir-erklæringen afsnit A, OP1 og afsnit H, OP2

<sup>185</sup> *Brighton Declaration*, 20. april 2012. Afsnit B, OP12 A. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

<sup>186</sup> Spielmann, Dean: Whither the Margin of Appreciation? I: *Current Legal Problems*, vol. 67, 18.08.2014, s. 56 ff.

<sup>187</sup> *Ibid.* s. 58

<sup>188</sup> *Copenhagen Declaration*, 13. april 2018. OP28C. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019



Konstateringen i citatets første sætning om, at der ofte vil være flere forskellige løsninger, der kan udgøre lovlige indgreb i de relative rettigheder i art. 8-11, er en henvisning til den materielle skønsmargin, der følger af selve konventionsteksten (implementeringsfriheden). Herefter fremgår det af erklæringen, at dette er relevant ved undersøgelsen af *proportionaliteten* af disse midler, hvor EMD ofte vil undlade at sætte sin egen vurdering i stedet for de nationale domstoles vurdering. Den margin, der her henvises til, er den strukturelle skønsmargin, idet marginen udvides til ikke blot at give medlemsstater en margin ved valget mellem flere legitime løsninger, men også at give medlemsstaterne en margin ved vurderingen af, *hvorvidt* løsningen er legitim. Med andre ord begrundes den strukturelle skønsmargin med den materielle skønsmargin. Omend det er korrekt, at EMD anvender begge typer af margin, er dette ræsonnement om sammenhængen mellem de to både svært at forstå og svært at genkende i EMD's praksis. Ses der nærmere på erklæringens beskrivelse af den strukturelle skønsmargin, fremgår det, at EMD som udgangspunkt ikke vil sætte sin egen vurdering i stedet for de nationale domstoles vurdering, såfremt vurderingen er sket "in conformity with the criteria laid down in the Court's jurisprudence". Dette indikerer et proces-baseret krav til afvejningen snarere end et materielt krav, hvilket giver associationer til HRC's proces-baserede tilsyn som udledt af de analyse-rede udvisningssager efter art. 7 ovenfor afsnit 6.4.1. Denne indikation af en udvikling mod et mere proces-baseret tilsyn kan godt genkendes i nyere EMD's praksis.<sup>189</sup> Et nyere eksempel er afgørelsen *E.S. v. Austria*. Afgørelsen omhandler en østrisk kvinde, der i forbindelse med et partipolitisk seminar holdt et oplæg, hvori hun kom med en række udtalelser om, at profeten Muhammed var pædofil, fordi han havde haft sex med en 9-årig. Der blev rejst sag mod kvinden, der ved alle tre nationale instanser blev fundet skyldig i overtrædelse af den nationale blasfemiparagraf. Ved sagen for EMD var der mellem parterne enighed om, at den nationale afgørelse udgjorde et indgreb i retten til ytringsfrihed efter EMRK art. 10, og der var enighed om, at både kravet om lovhjemmel og kravet om et legitimt formål var opfyldt. Derfor lægges vægten i EMD's afgørelse på proportionalitetsvurderingen.

EMD fastslår, at der ved vurderingen af, om en given restriktion er "nødvendig i et demokratisk samfund", efter EMD's praksis tilkommer staterne en skønsmargin. Denne skønsmargin er den strukturelle skønsmargin, idet de nationale myndigheder her tildeles et skøn ved selve vurderingen af, om proportionalitetsprincippet er opfyldt. EMD udtaler herefter om bredden på den strukturelle skønsmargin, at det har betydning, at der ikke er nogen fælleseuropæisk opfattelse:

"The absence of a uniform European conception of the requirements of the protection of the rights of others in relation to attacks on their religious convictions broadens the Contracting States' margin of appreciation when regulating freedom of expression in relation to matters liable to offend personal convictions within the sphere of morals or religion."<sup>190</sup>

Fraværet af en fælleseuropæisk opfattelse er dermed en faktor, der udvider staternes skønsmargin. Fremgangsmåden er i overensstemmelse med den ovenfor afsnit 4.4 beskrevne sammenhæng mellem konsensus og skønsmargin. Herefter fastslår EMD, at staten endvidere har en positiv forpligtelse til at sikre fredelig sameksistens for alle religioner samt personer uden religiøst tilhørsforhold, jf. EMRK art. 9. Derfor skal der ske en afvejning mellem på den ene side klagers ret til ytringsfrihed og på den anden side tredjemands ret til religionsfrihed.<sup>191</sup> Sagt på en anden måde skal der ske en afvejning mellem på den ene side statens negative forpligtelse til at sikre retten til ytringsfrihed og på den anden side statens positive forpligtelse til at sikre retten til religionsfrihed. Det retlige spørgsmål for EMD vedrører således *dels* vurderingen af den nationale moral på et område præget af fravær af europæisk konsensus og *dels* en afvejning mellem modstående konventionsbeskyttede rettigheder - to faktorer,

<sup>189</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 488 (se henvisningerne til EMD's praksis)

<sup>190</sup> EMD: *E.S. v. Austria* pr. 44 (2018)

<sup>191</sup> *Ibid.*, pr. 46

der begge taler i retning af en bred strukturel skønsmargin for den indklagede stat. Om sin rolle ved prøvelsen udtaler EMD:

“In exercising its supervisory function it is not the Court’s task to take the place of the national authorities, but rather to review under Article 10, in the light of the case as a whole, the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation, particularly whether they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts.”<sup>192</sup>

EMD’s rolle er således at foretage en vurdering af, om de nationale myndigheder baserede deres beslutning på en acceptabel undersøgelse af relevant faktum, med andre ord stiller EMD et krav om, at den nationale *undersøgelsesproces* har været acceptabel. Såfremt det er tilfældet, er det ikke EMD’s opgave at efterprøve undersøgelsens *resultat*. Fremgangsmåden bekræfter dermed den i Københavnererklæringen beskrevne fremgangsmåde EMD, hvorefter EMD ikke vil sætte sin egen vurdering i stedet for de nationale myndigheders vurdering, såfremt der er sket en afvejning af de relevante modstående hensyn i overensstemmelse med EMD’s kriterier.

Udviklingen mod et proces-baseret tilsyn er beskrevet af Robert Spano, der argumenterer for, at EMD med denne nye retning i sin praksis er trådt ind i en ny fase af implementeringen af konventionen. Han beskriver, hvordan det process-baserede tilsyn flytter fokus fra selve prøvelsen af restriktionens lovlighed efter konventionen og mod en prøvelse af den nationale undersøgelsesproces:

“(…) the significance of process-based review lies in its shift of the Court’s primary methodological focus from its own independent assessment of the ‘Conventionality’ of the domestic measure towards an examination of whether the issue has been properly analysed by the domestic decision-maker in conformity with already embedded principles and the States’ obligations to secure Convention rights to peoples within their jurisdictions. In other words, process-based review is the mechanism by which the Court implements the principle of subsidiarity in practice.”<sup>193</sup>

Spano fremhæver, at virkningen går begge veje: EMD vil således også konstatere en krænkelse, såfremt den nationale proces ikke lever op til EMD’s kriterier, uden at foretage en egentlig materiel efterprøvelse.<sup>194</sup> Med udviklingen mod et proces-baseret tilsyn, hvor EMD’s prøvelse fokuserer på en prøvelse af den nationale undersøgelsesproces, bevæger EMD sig henimod HRC’s prøvelse i sager, hvor det retlige spørgsmål i overvejende grad har karakter af konkret subsumption, jf. ovenfor afsnit 6.5.2. Hvor HRC’s afholdelse fra en materiel efterprøvelse af de faktuelle forhold skyldes, at HRC ikke har hjemmel til at foretage selvstændige undersøgelser, er EMD’s afholdelse fra en materiel efterprøvelse begrundet i subsidiaritetsprincippet. Denne forskel i baggrunden for de to former for afholdelse indebærer den praktiske forskel, at hvor EMD’s afholdelse kun gælder for de relative rettigheder,<sup>195</sup> er HRC’s afholdelse lige så relevant vedrørende de absolutte rettigheder, se eksempelvis ovenfor afsnit 6.4.1 om HRC’s fortolkning i udvisningssager efter art. 7. Det næste spørgsmål er, om denne udvikling normativt kan forsvares. Spanos normative forsvar for udviklingen mod det proces-baserede tilsyn bygger på en betragtning om tilsynet som værende en konkret implementering af subsidiaritetsprincippet - og om subsidiaritetsprincippet skriver han:

“The principle of subsidiarity merely encapsulates a norm of power distribution between the Court and the States Parties with the ultimate aim of securing to every person within the jurisdiction of a State the rights and freedoms provided by the Convention. (...) As I explained in this article, the purpose is thus to incentivise

---

<sup>192</sup> Ibid., pr. 49

<sup>193</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review vol. 18 nr. 3, 19.05.2018, s. 481

<sup>194</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 489

<sup>195</sup> Jf. ovenfor afsnit 3.1.3 om sondringen mellem absolutte og relative rettigheder

national authorities to fulfil their obligations to secure Convention rights, thereby raising the overall level of human rights protections in the European legal space.”<sup>196</sup>

Spanos argumentation er baseret på en subsidiaritetsopfattelse, der leder tanken hen på den katolske tradition om subsidiaritetsprincippet: Den overordnede gruppering eksisterer for at assistere den underordnede gruppering, mens målet i sidste ende er realisering af det enkelte individs iboende værdighed. Heri ligger dels et negativt aspekt, idet den overordnede gruppering skal undlade at blande sig, såfremt formålet lige så vel kan varetages af den underordnede gruppering, og dels et positivt aspekt, idet den overordnede gruppering *skal* blande sig, såfremt det er nødvendigt:

“Moreover, within this process-based mechanism, the Court may grant deference if national decision-makers are structurally capable of fulfilling that task. This means that the foundations of the domestic legal order have to be intact. States that do not respect the rule of law, a fundamental principle that permeates the whole of the Convention system, and do not ensure the impartiality and independence of their judicial systems, oppress political opponents or mask prejudice and hostilities towards vulnerable groups or minorities, cannot expect to be afforded deference under process-based review.”<sup>197</sup>

Spano argumenterer endvidere for staternes større demokratiske legitimitet, og han henviser i den forbindelse til EMRK's betoning af, at begrænsninger i udøvelsen af de relative rettigheder skal være nødvendige “i et demokratisk samfund”. Argumentet relaterer sig til den normative dimension af subsidiaritetsprincippet. Den brede politiske opbakning til EMD's anvendelse af subsidiaritetsprincippet og doktrinen om staternes skønsmargin, herunder af udviklingen mod et proces-baseret tilsyn, kan plante den tanke, at EMD's udvikling i retning mod det proces-baserede tilsyn (endvidere) er motiveret af et ønske om at opretholde respekt og legitimitet om sit eget virke, således det medierende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet. Dette aspekt drøftes også af Spano.<sup>198</sup> Mikael Rask Madsen har foretaget et kvantitativt studie af EMD's anvendelse af begreberne “margin of appreciation” og “principle of subsidiarity” og konkluderet, at der skete en stigning i EMD's anvendelse af begreberne efter Interlaken-erklæringen, og at den hyppige anvendelse er opretholdt frem til tidspunktet for studiet (2017).<sup>199</sup> Den tidsmæssige sammenhæng mellem de politiske erklæringer og brugen af princippet antyder, at den funktionelle dimension er til stede i EMD's brug af princippet.

På baggrund af disse betragtninger kan det konkluderes: Der er sket en udvikling i EMD's praksis mod et proces-baseret tilsyn, og denne udvikling udgør en praktisk implementering af subsidiaritetsprincippet. Spanos normative forsvar for denne anvendelse af subsidiaritetsprincippet minder om den katolske tradition om subsidiaritet, der har det enkelte individ i fokus, og hvor enhver overordnet gruppering eksisterer med det formål at assistere den underordnede gruppering - og i sidste ende realiseringen af individets iboende værdighed. Han argumenterer for, at konventionens betoning af det demokratiske samfund ved adgangen til at begrænse de konventionsbeskyttede rettigheder implicerer, at staternes større demokratiske legitimitet indebærer, at staterne som udgangspunkt er bedre egnede, i overensstemmelse med den normative dimension af subsidiaritetsprincippet. Samtidig tyder den brede politiske opbakning og eksplicite opfordring til anvendelse af et klart subsidiaritetsprincip på, at udviklingen endvidere er motiveret af det medierende element i den funktionelle dimension af

---

<sup>196</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 492

<sup>197</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 493

<sup>198</sup> Ibid., s. 486

<sup>199</sup> Madsen, Mikael Rask: Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe?. I: Journal of International Dispute Settlement nr. 9, 2018, s. 120

subsidiaritetsprincippet i form af EMD's ønske om at opretholde respekt og legitimitet om sit eget virke.

## 7.2. HRC: Argumenter for en skønsmargin for staterne

### 7.2.1. Diskussionens aktualitet: TBS-processen

Processen om reformering og styrkelse af FN's 10 traktatkomiteer går langt tilbage,<sup>200</sup> men seneste initiativ i traktatkomitéstyrkelsesprocessen (TBS) er FN's Generalforsamlings anmodning til FN's Generalsekretær om at fremlægge periodiske rapporter om status for traktatkomiteerne og om frem-skridt i TBS frem mod 2020, hvor sidste rapport vil blive fremlagt, og hvor status for traktatkomiteerne samtidig vil blive evalueret af Generalforsamlingen.<sup>201</sup> Både den akademiske verden, stater og civilsamfundsorganisationer har givet bidrag til diskussionen om traktatkomiteernes fremtid, der i øjeblikket er højaktuel.<sup>202</sup> Der er mange aspekter af 2020-evalueringen, hvoraf de fleste ingen relevans for mulige udviklinger i prøvelsesintensiteten hos HRC. Der er dog også enkelte aspekter, der kan være relevante. Det gælder navnlig diskussionen om forholdet mellem traktatkomiteer og regionale mekanismer, herunder spørgsmålet om, hvorvidt der er behov for en større grad af konnektivitet.<sup>203</sup> Emnet blev belyst på en konference afholdt af Geneva Academy som led i TBS-diskussionen i foråret 2019.<sup>204</sup> I den forbindelse udtalte fhv. vicedirektør hos EMD Michael O'Boyle:

“Contradictions, where they happen rarely, on a minor basis, are not necessarily bad things. The European Court of Human Rights understands that it is not a closed system - it is part of a dynamic system. The law and the manner in which law is interpreted will vary as the years pass. It is dealing with 47 different jurisdictions. Within those jurisdictions you are going to have similar contradictions - supreme courts and constitutional courts are going to disagree on some aspects of convention law. The Court's approach to this is that this is expected and that these issues can be worked through by a form of judiciary dialogue.”<sup>205</sup>

Ifølge O'Boyle er modstriden i organernes praksis således ikke nødvendigvis negativ, men er en modstrid, der eksisterer på alle niveauer, således også mellem EMD og medlemsstaterne. O'Boyle argumenterer for, at problemerne kan løses med en juridisk dialog. I en anden retning udtalte forhenværende komitémedlem Sarah Cleveland til samme konference om situationer, hvor der ikke er konvergens mellem regionale mekanismer og traktatkomiteer:

“Multiple human rights treaties at the multinational and regional levels protect similar rights (...), but define those rights somewhat differently, and different jurisprudence has evolved under them. What should the jurisprudential relationship be amongst these systems? If states are parties to two different treaties and receive different interpretations regarding compliance with their various human rights obligations, is that a healthy dynamic for a system that promotes continuous examination and development of our understanding of human rights rules, or

<sup>200</sup> United Nation Human Rights - Office of the High Commissioner: Treaty Body Strengthening. Udgivet af OHCHR. Internetadresse: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/TBStrengthening.aspx> - Besøgt d. 22.07.2019

<sup>201</sup> Jf. Generalforsamlingens resolutioner 68/268 og 73/162

<sup>202</sup> Se bl.a. Kemileva, Kamelia m.fl.: Optimizing the UN Treaty Body System: Academic Platform report on the 2020 Review. I: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2018 ; United Nation Human Rights - Office of the High Commissioner: Third biennial report by the Secretary General. Udgivet af OHCHR. Internetadresse: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/3rdBiennialReportbySG.aspx> - Besøgt d. 22.07.2019 (Internet) (siden indeholder en samling af stateres inputs)

<sup>203</sup> Callejon, Claire m.fl.: Treaty Bodies' Individual Communication Procedures: Providing Redress and Reparation to Victims of Human Rights Violations. I: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2019, s. 41-42

<sup>204</sup> The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP). Pétale 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019

<sup>205</sup> O'Boyle, Michael i: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP). Pétale 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019

does it result in competing obligations, disorder, and ultimately frustration and disillusionment with the system?”<sup>206</sup>

Cleveland problematiserer således organernes modstridende praksisser ud fra en bekymring om, at den manglende konvergens fra et statsperspektiv kan skabe uorden og frustration og resultere i konkurrerende forpligtelser for staterne. Til en uformel konsultation med de kontraherende stater afholdt i forbindelse med HRC's 126. samling<sup>207</sup> var 2020-evalueringen et centralt punkt på dags-ordenen, og i den forbindelse blev det fremhævet af Frankrig, at divergerende praksisser fra forskellige internationale organer med overlappende kompetencer skabte forvirring, og at der var behov for større forudsigelighed. Udtalelsen bekræftede således Cleavelands pointe. Komitémedlem Photini Pazartzis udtalte i den forbindelse, at man i HRC var opmærksom på den parallelle praksis fra andre organer, herunder EMD's, hvis anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin indebar en anden standard end den, HRC anvendte. Hun understregede, at man var opmærksom på dette problem, og at man i sager mod stater, der var genstande for begge de to mekanismer, havde “discussions trying to avoid conflicting interpretations.” Det blev ikke nærmere uddybet, om man dermed ville foretage en mindre intensiv prøvelse i disse sager end i sager mod stater fra andre regionale grupper, om man generelt ville tilnærme sig EMD's anvendelse af doktrinen i sin prøvelse, eller om løsningen var en tredje. Både Cleveland og O'Boyle fremhæver også EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin som en forklaring på flere af de eksisterende eksempler på modstridende praksisser hos de to organer.<sup>208</sup>

Konklusionen ved nærværende bliver, at spørgsmålet om organernes prøvelsesintensitet er aktuelt i forhold til TBS-processen. Det skal i det følgende diskuteres, hvorvidt man med samme argumenter, som ofte fremhæves til støtte for anvendelsen af en doktrin om staternes skønsmargin hos EMD, kan argumentere for, at HRC bør anvende en tilsvarende doktrin. I det følgende vil to hyppigt anførte argumenter blive præsenteret, og det vil blive vurderet, om argumenterne endvidere kan anvendes i relation til HRC. Det ene argument relaterer sig til den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet, og det andet argument relaterer sig til den normative dimension af subsidiaritetsprincippet.

### 7.2.2. *Et argument om staternes skønsmargin som en mediator*

Det er ofte fremhævet som argument for anvendelsen af doktrinen om staternes skønsmargin, at doktrinen har en vigtig funktion for en international domstol som EMD, idet marginen gør domstolens indblanding i national suverænitet lettere at tolerere og mere politisk acceptabel.<sup>209</sup> Argumentet er relateret til det medierende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet, idet det vedrører ønsket om at sikre fortsat opbakning til organets virksomhed, jf. ovenfor afsnit 2.1.2. Det kan være vanskeligt at illustrere denne dimension med eksempler fra EMD's praksis, fordi EMD ikke eksplicit begrundet tilkendelsen af en bred skønsmargin med ønsket om statens fortsatte opbakning. I ovennævnte praksis er dimensionen først og fremmest synlig i sagen Sheffield and Horsham v. the United Kingdom og i sagen A, B and C v. Ireland: I førstnævnte sag fandt EMD, at fraværet af konsensus mellem medlemsstaterne vedrørende valg af konkrete implementeringsmetoder førte til en udvidet strukturel skønsmargin, og i sidstnævnte sag fandt EMD, at sagens moralske karakter skulle

---

<sup>206</sup> Cleveland, Sarah, i: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP). Pétale 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019

<sup>207</sup> The Human Rights Committee: Eleventh informal meeting with States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. Palais des Nations, Geneva. 24.07.2019. (uformelt møde)

<sup>208</sup> The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP). Pétale 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019 (konference)

<sup>209</sup> Mcgoldrick, Dominic: A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee. I: International and Comparative Law Quarterly nr. 65, 01.01.2016, s. 26

afvejes over for på den anden side eksistensen af en bred europæisk konsensus. Begge sager udgør markante afvigelser fra EMD's sædvanlige fremgangsmåde, der dermed efterlader et væsentligt hul i forklaringen og tyder på en særdeles fleksibel anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin på et tidspunkt, hvor EMD er sat i en svær position. Carozzas argumenter for, at subsidiaritetsprincippet fungerer som et medierende redskab mellem harmonisering og diversitet, mellem det generelle og det specifikke og mellem det internationale og det nationale, er også relevant i denne sammenhæng.<sup>210</sup> I lyset af den brede politiske opbakning til EMD's anvendelse af doktrinen, jf. ovenfor afsnit 7.1 om de politiske erklæringer herom, er jeg enig i, at staternes skønsmargin i praksis fungerer som en konkret manifestation af subsidiaritetsprincippet og som en mediator, der sikrer balance i kompetencefordelingen mellem staterne og EMD.

Herefter er spørgsmålet, i hvilket omfang samme argument kan anvendes til støtte for anvendelsen af en skønsmargin-doktrin hos HRC. Ligesom EMD er HRC afhængig af staternes fortsatte opbakning til komiteens kompetence. Det er et vilkår for ethvert internationalt organ, at det på den ene side skal leve effektivt op til sit formål, og på den anden side kun kan eksistere, så længe det nyder opbakning fra staterne.<sup>211</sup> USA's nylige udtræden fra Menneskerettighedsrådet samt fortsatte blokering for nye dommerudnævnelser i WTO's Appellate Body er to aktuelle eksempler på, hvordan stater muligheden for tilbagetrækning af støtte til internationale organers virksomhed ikke blot er teoretisk, men er et potentielt scenarie, som organerne kan være nødsaget til at forholde sig til. Således gælder det også for HRC, at fortsat opbakning fra medlemsstaterne er et vilkår for komiteens virksomhed. Der kan tilføjes en yderligere nuance til HRC's behov for opbakning fra staterne i sammenligning med, hvad der gælder for EMD: Idet HRC's udtalelser ikke har bindende virkning, er HRC's individuelle kommunikationsprocedure som effektivt kontrolsystem ikke blot afhængig af langsigtet opbakning til organet som helhed, men af staternes opbakning i hver enkelt afgørelse i form af frivillig efterlevelse af HRC's udtalelser. Man kan således argumentere for, at soft law-karakteren af HRC's individuelle kommunikationsprocedure medfører et endnu større behov for opbakning fra staterne, og at en skønsmargin-doktrin kan tjene som et nyttigt medierende redskab til at fastholde denne opbakning. Cleveland argumenterer for, at den juridiske karakter af internationale kontrolorganers afgørelse/udtalelser ikke nødvendigvis er afgørende for, hvorvidt organerne effektivt lykkes med at få virkning i staterne: "Legal force can create an incentive to comply, but it may not be an incentive that is sufficient, and there may be sufficient incentives to comply even if there is not hard law."<sup>212</sup> Ud fra denne betragtning kan HRC således principielt opnå lige så stor eller større virkning i medlemsstaterne end EMD, såfremt HRC lykkes med at skabe tilstrækkeligt incitament for staterne til at følge komiteens udtalelser. På den baggrund kan det konkluderes, at argumentet om staternes skønsmargin som en konkret manifestation af subsidiaritetsprincippet og som mediator mellem det nationale og det internationale også kan anvendes som et argument for en doktrin om en skønsmargin hos HRC.

### 7.2.3. *Et argument om staternes bedre egnethed*

Et andet ofte fremhævet argument for EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin er, at staterne har større demokratisk legitimitet end internationale organer og er i en bedre position til at

---

<sup>210</sup> Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, vol. 97 nr. 1, 01.01.2003, s. 38 og 54

<sup>211</sup> Collins, David: The World Trade Organization. 1. udg. Oneworld, 2015, s. 166

<sup>212</sup> Cleveland, Sarah i: Paneldebat 4, connectivity of human rights, i: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP). <https://www.geneva-academy.ch/event/past-events/detail/146-first-annual-conference-of-the-geneva-human-rights-platform-connectivity-of-human-rights-mechanisms> (ca. 10 minutter inde). Pétale 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019 (Konference)

vurdere de lokale forhold.<sup>213</sup> Argumentet er relateret til den normative dimension af subsidiaritetsprincippet, hvorefter en given kompetences placering hos det underordnede organ begrundes i det underordnede organs *bedre egnethed* til at udøve kompetencen. Ovenfor i afsnit 4.3.2 henviste EMD blandt andet til staternes bedre egnethed i sagerne *Handyside v. the United Kingdom* og i sagen *Fretté v. France*, der begge vedrørte moralske spørgsmål, hvorom der ikke var konsensus mellem medlemsstaterne. Staternes bedre egnethed blev begrundet med, at de nationale myndigheder er i mere direkte kontakt med det nationale samfund,<sup>214</sup> og at det i et demokratisk samfund er de nationale myndigheders opgave at tage samfundets interesser som helhed i betragtning.<sup>215</sup>

Det er som udgangspunkt en forudsætning for dette argument, at staterne er demokratiske, og at demokratierne er tilstrækkeligt velfungerende til, at de nationale myndigheders vurdering af, om der er sket en krænkelse af en konventionsbeskyttet rettighed, faktisk afspejler den lokale holdning. Man kan derfor overveje, om argumentet om staternes større demokratiske legitimitet er mindre anvendeligt i relation til HRC: Mellem de 116 stater, der har ratificeret den individuelle klageadgang til HRC, er der væsentligt større forskelle på de politiske systemer end hvad der er tilfældet mellem de 47 medlemsstater af Europarådet, og det er ikke alle 116 systemer, der er lige demokratiske. Vendes der på den anden side tilbage til indholdet af den normative dimension af subsidiaritetsprincippet, vedrører dimensionen ikke nødvendigvis organets demokratiske legitimitet, men kan lige så vel skyldes lokalkendskab og forståelse for den nationale kultur.<sup>216</sup> Flere (ikke-vestlige) statsparter til ICCPR har efterspurgt, at HRC i højere grad tager kulturelle og religiøse særegenheder i den enkelte stat i betragtning i sin praksis.<sup>217</sup> Hvis argumentet derfor formuleres mere generelt, således at det ikke blot at omhandler *demokratiske* samfunds bedre egnethed, men generelt omhandler staternes bedre egnethed som følge af lokalkendskab og bedre kulturel forståelse, kan argumentet lige så vel være relevant i relation til ikke-demokratiske stater. Præmissen for argumentet er, at forståelsen for specifikke, nationale forhold har betydning ved fortolkningen og anvendelsen af internationale menneskerettigheder. Ud fra denne præmis er der så meget desto mere grund til at anvende en margin i HRC-regi, hvor forskellene mellem de kontraherende stater er større.

Denne præmis for argumentet bør undersøges nærmere. At specifikke, nationale forhold skulle have betydning ved fortolkningen og anvendelsen af internationale menneskerettigheder udfordrer ideen om menneskerettighedens universalitet. Dette kan synes paradoksalt, idet individets iboende værdighed er en præmis for både den naturretlige menneskerettighedsopfattelse og den katolske tradition om subsidiaritet. Begge ideer tager således udgangspunkt i individets iboende værdighed, men den ene konkluderer, at rettighederne i hvert fald i et vist omfang skal fortolkes og anvendes i lyset af deres kulturelle kontekst, og den anden konkluderer, at rettighederne er universelle. Der, hvor de to ideer skilles ad, er ved ideen i den katolske tradition om subsidiaritet om, at den overordnede gruppering eksisterer for at hjælpe den underordnede gruppering: Ifølge den katolske tradition gælder

---

<sup>213</sup> Mcgoldrick, Dominic: A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee. I: *International and Comparative Law Quarterly* nr. 65, 01.01.2016, s. 27

<sup>214</sup> EMD: *Handyside v. the United Kingdom*, pr. 48 (1976); *Fretté v. France*, pr. 41 (2002)

<sup>215</sup> EMD: *Fretté v. France*, pr. 41 (2002)

<sup>216</sup> Clapam, Andrew: Om valget i Sydsudan mellem at gå frem efter FN-systemet eller det afrikanske system, i: Paneldebat 4, connectivity of human rights, i: *The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP)*. panel 4. Kan tilgås her: <https://www.geneva-academy.ch/event/past-events/detail/146-first-annual-conference-of-the-geneva-human-rights-platform-connectivity-of-human-rights-mechanisms> (ca. 49:15 minutter inde). Pétales 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019 (Konference)

<sup>217</sup> Se eksempelvis: United Nations Human Rights - Office of the High Commissioner: States' responses to questionnaire of the OHCHR on implementation of GA res. 68/268. Submission by Cuba. 2019. Internetadresse: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/3rdBiennialReportbySG.aspx> - Besøgt d. 24.07.2019; The Human Rights Committee: Eleventh informal meeting with States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. Palais des Nations, Geneva. Spørgsmål fra Iran. 24.07.2019 (uformelt møde)

denne regel ikke blot individer, men også andre grupperinger, herunder stater. Den naturretlige menneskerettighedstænkning tager udgangspunkt i individets iboende værdighed og finder, at denne værdighed skal respekteres *af staten*. Dermed har internationale organer efter en naturretlig menneskerettighedstænkning til formål at sikre respekten for individers iboende værdighed, men *ikke* staters. Ud fra den katolske tradition om subsidiaritet eksisterer staten som en overordnet gruppering med det formål at realisere individets iboende værdighed, og staten spiller således som udgangspunkt en positiv rolle for individet, mens internationale organer eksisterer med det formål at assistere staten, hvor staten er utilstrækkelig til varetagelse af sit formål. Samtidig anerkender den katolske tradition om subsidiaritet, at staten som udgangspunkt er bedre egnet end den overordnede myndighed. Spørgsmålet er på den baggrund, hvilken idé om forholdet mellem stat og internationalt kontrolorgan, der er mest korrekt: Eksisterer det internationale kontrolorgan for at hjælpe individet med at sikre sine rettigheder over for staten, eller eksisterer det for at hjælpe staten med at hjælpe individet? Jeg vil i det følgende præsentere et normativt argument for, at ideerne *kan* sameksistere, og at et proces-baseret tilsyn vil kunne forene ideerne i HRC's praksis.

Indledningsvis vil jeg dog begrænse argumentets rækkevidde ved at vende tilbage til sondringen mellem den abstrakte fortolkning og den konkrete anvendelse, herunder afvejning og subsumption, jf. ovenfor afsnit 1.3.1: For så vidt angår den konkrete subsumption gælder det i relation til HRC, at OP-ICCPR, der sætter rammerne for den individuelle klageadgang, ikke tillader, at HRC foretager selvstændig sagsoplysning. Dermed er det ikke inden for de eksisterende rammer aktuelt at diskutere spørgsmålet om, i hvilket omfang HRC skal efterprøve statens afgørelse i denne type sager. Følgende argument begrænses derfor til abstrakt fortolkning og konkret hensynsafvejning.

Endvidere vil jeg begrænse argumentets rækkevidde ved at vende tilbage til sondringen mellem på den ene side absolutte rettigheder og på den anden side relative rettigheder (herunder også underforståede begrænsninger), jf. ovenfor afsnit 3.1, i overensstemmelse med Spanos argumenter for et proces-baseret tilsyn: Ifølge Spano er udviklingen begrænset til sidstnævnte kategori af rettigheder.

“One may thus argue that qualified rights have, primarily, legal and philosophical foundations of a political nature as they are not mere expressions of the rights and responsibilities of individuals as islands unto themselves, but, importantly, of their status and responsibilities within a democratic and communal (social) entity.”<sup>218</sup>

Jeg er enig med Spano i, at det procesbaserede tilsyn først og fremmest er relevant vedrørende de relative rettigheder på grund af rettighedernes karakter. På baggrund af disse sondringer er det følgende argument begrænset til abstrakt fortolkning og konkret afvejning i sager vedrørende relative rettigheder.

Jacques Hartmann argumenterer for, at udviklingen af internationale, folkeretligt bindende konventioner i perioden efter 2. verdenskrig var en konsekvens af konklusionen om, at end ikke en demokratisk stat er et tilstrækkeligt værn mod totalitarisme, og at man således ikke fuldt ud kan overlade det til staten at sikre, at individets iboende værdighed respekteres.<sup>219</sup> Ud fra samme betragtning etableredes internationale kontrolmekanismer, således at kontrollen med staternes respekt for menneskerettighederne placeredes *uden for staten*. Således er staten i følge Hartmann *som udgangspunkt* i stand til at sikre, at individets iboende værdighed respekteres, mens internationale kontrolorganer oprettedes som følge af erfaringen om, at der gælder undtagelser til dette udgangspunkt. Skal Hartmanns synspunkt forklares ud fra de to forskellige ideer om forholdet mellem individ, stat og internationalt

---

<sup>218</sup> Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 484

<sup>219</sup> Hartmann, Jacques: Danmark og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. 1. udg. Ex Tuto, 2017, s. 36



organ, kan synspunktet *enten* forklares som en refleksion af den universelle menneskerettighedstænkning, hvor det internationale organ skal assistere individet ved at agere dets beskytter mod staten. Det kan dog også forklares som en refleksion af subsidiaritetsprincippet, hvor det internationale organ skal assistere staten, når staten er utilstrækkelig.

Ved det proces-baserede tilsyn hos EMD tager det internationale organ indledningsvis stilling til netop statens (u)tilstrækkelighed: Det prøves, om staten har foretaget en egentlig fortolkning og afvejning af hensyn i overensstemmelse med EMD's retningslinjer herfor:

“If done faithfully at the national level, the Strasbourg judges may feel justified, as a departing point of principle, in the result as being within the realm of reasonable outcomes, adopted by the national decision-maker more directly attuned and sensitive to the necessities of the domestic and democratic legal order.”

Denne prøvelse er en prøvelse af, om statens proces i tilstrækkelig grad sikrer individets rettigheder. Der kan her identificeres en underforstået ret for individet til, at staten foretager en fortolkning og en hensynsafvejning i overensstemmelse med nogle faste kriterier. Denne ret kan ikke gradbøjes, og her assisterer staten *individet* ved at kontrollere, om staten har overholdt denne forpligtelse. I dette princip ligger en naturretlig idé.

Såfremt det internationale organ finder, at statens proces ikke har været tilstrækkelig, vil organet assistere staten med at foretage den fortolkning og hensynsafvejning, som staten ikke fandtes at kunne garantere i tilstrækkelig grad, således i overensstemmelse med det positive subsidiaritetsprincip. Omvendt vil organet, såfremt statens proces findes at have været tilstrækkelig, afholde sig fra at foretage en materiel efterprøvelse i overensstemmelse med det negative subsidiaritetsprincip.

På den måde kan ideen om en naturretlig menneskerettighedstænkning forenes med den katolske idé om subsidiaritet i et proces-baseret tilsyn: I det proces-baserede tilsyn tilføjes således en mellemregning i form af en anerkendelse af en underforstået ret for individet til at få lovligheden af indgrebet vurderet i overensstemmelse med de faste kriterier. Hvorvidt staten har sikret denne ret vil blive prøvet indgående. Derimod vil udfaldet af statens vurdering som udgangspunkt kun blive underlagt en materiel prøvelse, såfremt førstnævnte rettighed er krænket.

## 8. KONKLUSION

EMD hhv. HRC varierer sin prøvelsesintensitet på baggrund af forskellige faktorer. I sager om abstrakt fortolkning og om afvejning af hensyn anvender EMD doktrinen om staternes skønsmargin som en konkret manifestation af subsidiaritetsprincippet. Således vil EMD navnlig i sager vedrørende spørgsmål præget af en lav grad af konsensus mellem medlemsstaterne inden for emner, der samtidig er moralsk eller politisk sensitive i den indklagede stat, tilkende staten en bred strukturel skønsmargin og dermed være tilbageholdende med at sætte sin egen vurdering i stedet for den indklagede stats vurdering. Selvom HRC er opmærksom på EMD's anvendelse af doktrinen om staternes skønsmargin og på, at doktrinen forklarer mange tilfælde af en ofte problematiseret divergens mellem organernes praksis, har HRC endnu ikke taget doktrinen til sig i sin praksis og foretager som udgangspunkt en intensiv prøvelse i tilsvarende sager vedrørende spørgsmål om abstrakt fortolkning og afvejning af hensyn. For så vidt angår sager om konkret subsumption foretager HRC i modsætning til EMD ingen efterprøvelse af konkrete sagsforhold, hvilket medfører, at HRC's prøvelse i høj grad er proces-baseret: HRC foretager en prøvelse af, om medlemsstatens undersøgelsesproces er tilstrækkelig, og såfremt det findes at være tilfældet, accepterer HRC undersøgelsens resultat uden at foretage en materiel prøvelse.

EMD har i sin nyere praksis bevæget sig i retning af et proces-baseret tilsyn i sager om relative rettigheder. Fremgangsmåden minder om HRC's prøvelse i sager om konkret subsumption, idet EMD

opstiller nogle faste kriterier og vurderer, om de nationale myndigheder har foretaget en vurdering i overensstemmelse med disse kriterier. Såfremt det er tilfældet vil EMD ikke foretage en materiel efterprøvelse af resultatet af den nationale vurdering. Denne udvikling mod et proces-baseret tilsyn i EMD's praksis udgør en praktisk manifestation af subsidiaritetsprincippet. Spano argumenterer for, at konventionens betoning af det demokratiske samfund ved adgangen til at begrænse de konventionsbeskyttede rettigheder indebærer, at staterne grundet deres større demokratiske legitimitet som udgangspunkt er bedre egnede, i overensstemmelse med den normative dimension af subsidiaritetsprincippet. Uden at afvise Spanos normative forsvar argumenterede jeg for, at den brede politiske opbakning og eksplicite opfordring til anvendelse af et klart subsidiaritetsprincip tyder på, at udviklingen endvidere er motiveret af det medierende element i den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet i form af EMD's ønske om at opretholde respekt og legitimitet om sit eget virke.

Det blev drøftet, hvorvidt to centrale argumenter for anvendelsen af doktrinen om staternes skønsmargin hos EMD også holder som normative argumenter for anvendelsen af en tilsvarende doktrin hos HRC. Det første argument, der relaterer sig til den funktionelle dimension af subsidiaritetsprincippet, omhandler marginens funktion som en mediator mellem stat og internationalt organ, og herom blev det konkluderet, at argumentet også kan anvendes i HRC-regi. Det andet argument, der relaterer sig til den normative dimension af subsidiaritetsprincippet, omhandler staternes bedre egnethed ved vurderingen af lokale forhold. Herom konkluderede jeg, at argumentets anvendelighed i HRC-regi afhænger af nogle mere generelle overvejelser om menneskerettighedernes universalitet og om forholdet mellem HRC og stater, specifikt hvorvidt forholdet betragtes som en refleksion af den katolske tradition om subsidiaritet eller som en refleksion af den naturretlige menneskerettighedsopfattelse. Jeg konstaterede først, at anvendeligheden var begrænset til de relative rettigheder og til sager om abstrakt fortolkning og afvejning af hensyn. Herefter fandt jeg, at de to ideer (subsidiaritet og naturret) ikke nødvendigvis er modstridende, og at de kan forenes ved anvendelsen af et proces-baseret tilsyn i lighed med det, der anvendes hos EMD og det, som HRC anvender i sager om konkret subsumption. Til forskel fra disse to former for tilsyn bør HRC dog foretage en materiel prøvelse, såfremt den nationale proces ikke findes at være tilstrækkelig, i overensstemmelse med den positive dimension af subsidiaritetsprincippet.

## 9. LITTERATURLISTE

### Bøger

Bring, Ove: *The Notion of Human Rights and the Issue of Cultural Relativism*. Crawford, James m.fl.: *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses*. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2017. side 544-558. (Afsnit i bog)

Christoffersen, Jonas: *Fair Balance: A Study of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Brill | Nijhoff, 2019.

Collins, David: *The World Trade Organization*. 1. udg. Oneworld, 2015.

Council of Europe: *Collected Edition of the "Travaux Préparatoires": Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and Protocol, Bind 1*. 1. udg. The Council, 1961.

Ghandhi, P. R.: *The Human Rights Committee and the Right of Individual Communication: Law and Practice*. 1. udg. Dartmouth Pub Co, 1999.

Hartmann, Jacques: *Danmark og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*. 1. udg. Ex Tuto, 2017.

Letsas, George: *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. 1. udg. Oxford University Press, 2007.

Nowak, Manfred: U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. 2. udg. N.P. Engel Verlag, 2005.

Rainey, Bernadedde m.fl.: Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights. 7. udg. Oxford University Press, 2017.

Revsbech, Karsten m.fl.: Forvaltningsret, Almindelige emner. Side 397-ff.. 6. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2016.

Saul, Ben: 1963, General Assembly, Eighteenth Session, Third Committee, Agenda Item 48, Draft International Covenants on Human Rights, 1267th Meeting, A/C.3/SR.1267. I: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Travaux Préparatoires, Volume II. 1. udg. Oxford Scholarly Authorities on International Law, 2016.

Schaumburg-Müller, Sten m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention - med kommentarer. 3. udg. Jurist- og økonomforbundets forlag, 2011.

Schlütter, Birgit: UN Treaty Bodies: Law and Legitimacy. Keller, Hellen og Geir Ulfstein: I: UN Treaty Bodies: Law and Legitimacy. 1. udg. Cambridge University Press, 2011. side 261-320. (Afsnit i bog)

### **Videnskabelige artikler**

Arnardóttir, Oddný Mjöll: Rethinking the two margins of appreciation. I: European Constitutional Law Review vol. 12 nr. 1, 11.04.2016, s. 27-53

Battjes, Hemme: In Search of a Fair Balance: The Absolute Character of the Prohibition of Refoulement under Article 3 ECHR Reassessed. I: Leiden Journal of International Law nr. 22, 2009, s. 583-621

Brems, Eva og Laurens Lavrysen: 'Don't Use a Sledgehammer to Crack a Nut': Less Restrictive Means in the Case Law of the European Court of Human Rights. I: Oxford University Press nr. 15, 11.01.2015, s. 139-168

Carozza, Paolo G.: Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law. I: American Journal of International Law, vol. 97 nr. 1, 01.01.2003, s. 38-79

Croley, Steven P. og John H. Jackson: WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments. I: American Journal of International Law nr. 90, 01.04.1996, s. 193-213

Endo, Ken: Ken Endo, The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors. I: Hokkaido University nr. 44(6), 31.03.1994, s. 652-553

Engström, Viljam: Deference and the Human Rights Committee. I: Nordic Journal of Human Rights nr. 34:2, 12.08.2016, s. 73-88

Follesdal, Anders: The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law. I: Jean Monnet Working Paper, nr. 12/11, 2011, s. 4-35

Greer, Steven: Is the prohibition against Torture, Cruel, Unhuman and Degrading Treatment Really "absolute" in International Human Rights Law?. I: Human Rights Law Review nr. 15, 29.04.2015, s. 101-137

Helfer, Laurence R.: Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. I: The European Journal of International Law, nr. 1, 19, s. 125-159

Letsas, George: The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy. I: Cambridge University Press, 01.06.2013, s. 106-141

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

Mcgoldrick, Dominic: A Defence of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee. I: International and Comparative Law Quarterly nr. 65, 01.01.2016, s. 21-60

Revsbech, Karsten: Afgørelsens egnethed som almindeligt forvaltningsretligt krav. I: Ugeskrift for Retsvæsen nr. 43, 1990, s. 400-411

Rytter, Jens Elo: Udvisning af kriminelle udlændinge og EMRK artikel 8 - Menneskerettighedsdomstolen knæsætter bred skønsmargin for staterne. I: Juristen nr. 5, 2017, s. 164-172

Shany, Yuval: Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?. I: The European Journal of International Law vol. 16 nr. 5, 2006, s. 907-940

Spano, Robert: The Future of the European Court of Human Rights - Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law. I: Human Rights Law Review nr. 3, 19.05.2018, s. 473-494

Spielmann, Dean: Whither the Margin of Appreciation? I: Current Legal Problems, vol. 67, 18.08.2014, s. 49-65

Vedsted-Hansen, Jens: Danske udfordringer af det europæiske menneskerettighedssystem. I: Juristen nr. 5, 99, s. 240

von Staden, Andreas: Subsidiarity, exhaustion of domestic remedies and the margin of appreciation in the human rights jurisprudence of African sub regional courts. I: The International Journal of Human Rights vol. 20, nr. 8, 2016, s. 1113-1131

Wigum, Tor Aamodt: Religionsutøvelse i det offentlige rom – restriksjoner i religiøs beklædning og symbolbruk. I: Universitetet i Tromsø, 2018, (PhD-afhandling)

### Afgørelser fra den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Navn	Ansøgningsnummer	Dato
A, B and C v. Ireland	25579/05	16. december 2010
Belgian Linguistic Case	1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64	23. juli 1968
Christine Goodwin v. The United Kingdom	28957/95	11. juli 2002
Cossey v. The United Kingdom	19843/84	27. december 1990
De Wilde, Ooms and Versyp ("Vagrancy") v. Belgium	2832/66; 2835/66; 2899/66	18. december 1970
Dudgeon v. The United Kingdom	7525/76	22. oktober 1981
E.S. v. Austria	38450/12	25. oktober 2018

Engel and others v. the Netherlands	100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72	8. juni 1976
Fretté v. France	36515/97	26. februar 2002
Golder v. the United Kingdom	4451/70	21. februar 1975
Gäfgen v. Germany	22978/05	1. juni 2010
Handyside v. The United Kingdom	5493/72	7. december 1976
Hatton and others v. The United Kingdom	36022/97	8. juli 2003
Khlaifia and others v. Italy	16483/12	15. december 2016
Leyla Şahin v. Turkey	44774/98	10. november 2005
Mann Singh c. France	24479/07	13. november 2008
Marckx v. Belgium	6833/74	13. juni 1979
Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland	16354/06	13. juli 2012
Na. v. The United Kingdom	25904/07	17. juli 2008
Open Door v. Ireland	14234/88; 14235/88	29. oktober 1992
Rees v. The United Kingdom	9532/81	17. oktober 1986
S.A.S. v. France	43835/11	1. juli 2014
Sheffield and Horsham v. The United Kingdom	31–32/1997/815–816/1018–1019	30. juli 1998
Soering v. The United Kingdom	14038/88	7. juli 1989
Tyrer v. The United Kingdom	5856/72	25. april 1978
Vo v. France	53924/00	8. juli 2004

### Udtalelser fra FN's menneskerettighedskomité

Navn	Kommunikationsnummer	Dato
E.U.R. v. Denmark	R.14/61	2. april 1982
Hertzberg et al. v. Finland	2324/2013	31. marts 2016
Huamán v. Peru	1153/2003	24. oktober 2005
Hudoyberganova v. Uzbekistan	931/2000	5. november 2004
Joslin et al v. New Zealand	902/1999	17. juli 2002

Judge v. Canada	829/1998	5. august 2002
Mann Singh v. France	2642/2015	26. marts 2018
Mellet v. Ireland	2280/2013	22 July 2015
Müller and Engelhard v. Namibia	919/2000	26. marts 2002
Pillai et al. v. Canada	541/1993	3. april 1995
S. v. Denmark	1763/2008	25. marts 2011
Simms v. Jamaica	2469/2014	23. oktober 2014
Siobhán Whelan	2425/2014	17. marts 2017
Y. v. Canada	1928/2010	19. juli 2013
Yashar Agazade and Rasul Jafarov v. Azerbaijan	2205/2012	27. oktober 2016

### Afgørelser fra andre organer

EU-domstolens afgørelse: C-14/09 (2009)

### Politiske erklæringer

*Interlaken Declaration*, 19. februar 2010. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/2010\\_Interlaken\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_FinalDeclaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

*Izmir Declaration*, 27. april 2011. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/2011\\_Izmir\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

*Brighton Declaration*, 20. april 2012. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/2012\\_Brighton\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

*Brussels Declaration*, 27. marts 2015. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Brussels_Declaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

*Copenhagen Declaration*, 13. april 2018. Internetadresse: [https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen\\_Declaration\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Copenhagen_Declaration_ENG.pdf) - besøgt 22.07.2019

### FN-dokumenter

CCPR/C/GC/34, 2011 (generalkommentar)

CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 2004 (generalkommentar)

CCPR General Comment No. 20, 10 March 1992, pr. 9 (generalkommentar)

A/CN.4/SER.A/1966/Add.1, vol. II, 1966 (Yearbook of the International Law Commission)

A/2929, General Assembly, tenth session, 1955 (Travaux préparatoires)

### Andre kilder

Smet, Stijn. : A., B. and C. v. Ireland: Abortion and the Margin of Appreciation. Strasbourg Observers, 17.12.2010. Internetadresse: <https://strasbourgobservers.com/2010/12/17/a-b-and-c-v-ireland-abortion-and-the-margin-of-appreciation/> - Besøgt d. 22.07.2019 (Blog)

United Nation Human Rights - Office of the High Commissioner: Treaty Body Strengthening. Udgivet af OHCHR. Internetadresse: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/TBStrengthening.aspx> - Besøgt d. 22.07.2019 (Internet)

United Nation Human Rights - Office of the High Commissioner: Third biennial report by the Secretary General. Udgivet af OHCHR. Internetadresse: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/3rdBiennialReportbySG.aspx> - Besøgt d. 22.07.2019 (Rapport)

United Nations Human Rights - Office of the High Commissioner: States' responses to questionnaire of the OHCHR on implementation of GA res. 68/268. 2019. Internetadresse: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRTD/Pages/3rdBiennialReportbySG.aspx> - Besøgt d. 24.07.2019 (Spørgeskemabesvarelser)

Kemileva, Kamelia m.fl.: Optimizing the UN Treaty Body System: Academic Platform report on the 2020 Review. I: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2018 (Rapport)

Callejon, Claire m.fl.: Treaty Bodies' Individual Communication Procedures: Providing Redress and Reparation to Victims of Human Rights Violations. I: The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2019 (Rapport)

The Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights: First Annual Conference of the Geneva Human Rights Platform (GHRP). Pétale 5, Maison de la Paix (chemin Eugène-Rigot), Geneva, 03.06.2019 (Konference)

The Human Rights Committee: Eleventh informal meeting with States parties to the International Covenant on Civil and Political Rights. Palais des Nations, Geneva. 24.07.2019 (uformelt møde)