



Københavns Universitet



Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem

Andersen, Mads Bryde

Published in:
Juristen

Publication date:
2017

Document Version
Også kaldet Forlagets PDF

Citation for published version (APA):
Andersen, M. B. (2017). Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem. Juristen, (3), 81-97.

Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem

Af professor, dr.jur. Mads Bryde Andersen, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

Med udgangspunkt i den kritik, der fra politisk hold, fra juridiske forskere og fra repræsentanter for de øverste domstole har været rejst mod den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) såkaldte dynamiske fortolkninger, diskuterer artiklen, om argumenterne for disse fortolkninger står i passende forhold til argumenterne imod. Herefter rejses spørgsmålet, hvilke skridt mellemfolkelige organer og nationale lovgivere kan tage for at justere EMD's praksis og mere generelt påvirke den måde, hvorpå EMD fortolker konventionsteksterne på.

1. Problemstillingen

Regeringsgrundlaget for VLAK-regeringen fastslår bl.a., at der er »behov for at se kritisk på den måde, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols [herefter EMD] dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention [herefter EMRK].« Videre hedder det, at »Regeringen vil afholde en international ekspertkonference om konventionen som led i det kommende danske formandskab for Europarådet.« En nedsat *task force* bestående af embedsmænd fra Justits- og Udenrigsministeriet er ved at forberede Danmarks oplæg til denne konference.

Det ligger i skrivende stund ikke klart, hvilke spørgsmål man nærmere bestemt skal diskutere under den varslede ekspertkonference. Indtil videre ved vi kun, at den skal handle »om konventionen«. Selv om alle muligheder dermed er åbne, er det nærliggende, at man vil tage udgangspunkt i den kritik af EMD's sagsbehandling, effektivitet og (manglende) fokus på grundlæggende EMRK-krænkelser, der har været drøftet ved tidligere konferencer, se herom under 4.b.

Mit *udgangspunkt* for de følgende bemærkninger er, at der er et politisk ønske om at *reagere* mod EMD's dynamiske fortolkninger. Jeg lægger samtidigt til grund, at der er en bred accept af, at den danske retsorden bør sikre en grundlæggende menneskeretlig beskyttelse. Den aktuelle debat angår heller ikke menneskerettighederne som sådanne, men som nævnt primært EMD's dynamiske fortolkninger af EMRK. Når jeg i det følgende omtaler »EMRK«, sigter jeg både til selve konventionen og til de tillægsprotokoller, som Danmark har ratificeret.

I *afsnit 2* gengives en del af den kritik, der har været rejst mod EMD's dynamiske fortolkning. Mit formål er ikke at diskutere detaljer i denne retsanvendelse eller EMD's traktatmæssige hjemmel til at anlægge denne fortolkningsstil. En sådan diskussion kræver en omfattende videnskabelig undersøgelse, som ikke er denne artikels ærinde. I stedet tager jeg udgangspunkt i den stadig mere omfattende kritik, som har været rejst over for EMD's praksis. Som det fremgår, har kritikken gennem de seneste år ikke kun lydt fra politikere, men også fra juridiske forskere og repræsentanter for de øverste domstole, her og i udlandet.

I *afsnit 3* omtales nogle af de ideologiske og politiske strømninger, der har været afgørende for udviklingen af den moderne menneskeret. I den forbindelse diskuterer jeg, om argumenterne for en dynamisk fortolkning står i passende forhold til argumenterne imod. Jeg ser også på, hvordan EMD's sagsbehandling står i et retssikkerhedsperspektiv, hvis man sammenligner med den procesordning, der vil være gældende, hvis man i stedet for EMD overlod det til danske domstole at udvikle menneskerettighederne.

Herefter ser jeg på, hvilke skridt mellemfolkelige organer (*afsnit 4-5*) og de nationale lovgivere (*afsnit 6-8*) kan tage for at justere EMD's praksis og mere generelt påvirke den måde, hvorpå EMD fortolker EMRK. Som det fremgår, er den tænkelige effekt af de »bløde« påvirkningsmuligheder formentlig beskeden. Artiklen diskuterer derfor konsekvenserne af en mere drastisk mulighed, nemlig at opsiges EMRK i kombination med en videreførelse af konventionens materielle bestemmelser i dansk ret.

2. Kritikken

a. EMD's dynamiske fortolkning

VLAK-regeringens udmelding om behovet for at se kritisk på EMD skyldes som nævnt bl.a. domstolens såkaldt *dynamiske* fortolkning. I de tidlige år, hvor antallet af medlemsstater var ca. halvdelen af det nuværende, optrådte EMD mere tilbageholdende i sin tilgang til EMRK. Man fulgte artiklernes ordlyd og indfortolkede ikke nye rettigheder i dem. Blandt andet derfor kunne EMD med *Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsens ord* i U 2015B, s. 14 f., betegnes som »Den diplomatiske domstol«. Havde EMD

fastholdt denne linje, ville den formentlig være ligeså (lidt) omdiskuteret i dag, som den internationale domstol i Haag er.

Med sin dom af 25. april 1978 i sagen *Tyrer v. U.K.* (om fysisk afstraffelse af skolebørn) ændrede EMD denne praksis. Her udtalte domstolen den senere så velkendte formel om, at »... the Convention is a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions«. Siden da har EMD udviklet sin forståelse af EMRK i et sådant omfang, at der i dag ikke findes mange områder af samfundslivet, der ikke påvirkes af disse fortolkninger.

EMD's dynamiske fortolkning adskiller sig fra den fortolkningsstil, danske domstole anlægger, bl.a. fordi fortolkningerne kommer uventet og uden støtte i andre retskilder end de enkelte artikler (der fungerer som general-klausuler) og tidligere praksis. I enhver håndbog om EMRK finder man eksempler på sådanne nyfortolkninger af disse artikler, både inden for den *klassiske* del af juraen (som fx straffeprocessen, strafferet og miljøret) og inden for *nyere* områder (som fx udlændingeområdet, reglerne om krigens love og seksuelle minoriteters retsstilling). Konkrete eksempler fra dette nummer af Juristen findes i *Jørgen Steen Sørensens* bidrag, afsnit 4.2. (s. 76), og i *Anders Henriksens* bidrag, afsnit 4-5 (s. 102-105).

De dynamiske fortolkninger kendetegnes ved hverken at tage udgangspunkt i ordlyden af konventionens bestemmelser eller i de forudsætninger, som konventionsparterne havde ved indgåelsen. I stedet inddrager man en række samfundsmæssige hensyn, der manifesteres på andre måder, herunder i medlemsstaternes retsopfattelse og i senere konventionsregulering. EMD's dynamiske fortolkninger nyder bred anerkendelse i menneskeretlig teori. Mine bemærkninger nedenfor søger ikke at anfægte denne retsopfattelse. Derimod rejser jeg spørgsmålet, hvilke muligheder de folkevalgte har for at ændre den retsstilling, der følger af disse fortolkninger, hvis man måtte være uenig i dem, ligesom jeg i et retspolitisk perspektiv sætter spørgsmålstegn ved deres forenelighed med grundlæggende danske principper om fordeling af og kontrol med retsskabende magt.

Også dansk ret kender til dommerskabt ret. Men praksisændringer kommer sjældent uventet og aldrig uden støtte i andre retskilder. Uskreven dansk dommerskabt ret er typisk funderet i generationers retsudvikling og i et nøje samspil med den juridiske teori og praksis.¹ Danske

1. Selv når Højesteret har skiftet praksis, fx ved at fravige kravet om *personlig skyld* som betingelse for et erstatningsansvar, er der kommet »forvarsler«. I midten af 1980'erne afsagde Højesteret fx nogle domme, der indebar objektivt erstatningsansvar uden lov-hjemmel, se hertil *Bo von Eyben & Helle Isager: Lærebog i erstatningsret*, 8. udg. (2015), s. 186-199. Som det fremgår heraf udviklede denne praksis sig gradvis, og den blev tæt fulgt af en juridisk litteratur, der løbende forholdt sig til retsudviklingen. Parallelt hermed udviklede branchen forsikringer, der kunne opfange de (nye) erstatningskrav, som skadevolderne blev pålagt efter de nye regler. Domstolene har ikke siden udvidet det objektive erstatningsansvar yderligere på dette område, jf. senest *U 2017.1048 V*. Se generelt herom *Lars Hjortnæs* i Børge Dahl (m.fl.): *Festskrift til Jens Peter Christensen* (2016), s. 635 ff.

domstole viser stor respekt for de vedtagelser, der finder udtryk i lovgivningen, sådan som grundlovens § 64 da også foreskriver ved sin regel om, at dommerne alene har at rette sig efter »loven«. Også på områder, hvor lovgiveren overlader domstolene et skøn, fx gennem en general-klausul, søger domstolene at finde frem til en praksis, der tager højde for lovens forarbejder og lovgivningsmagtens intentioner.

Når menneskeretlige nyfortolkninger rammer nationale love, der er vedtaget på demokratisk vis, opstår der uværgerligt en spænding mellem den lovgivende og den dømmende magt. Den danske grundlov slår denne magtfordeling fast i § 3, der henlægger den lovgivende magt til kongen og Folketinget i forening, og med den førnævnte § 64, der placerer domstolene som retsmyndigheder. Nyfortolkninger kan være velkomne, hvis de stemmer med den nationale retsopfattelse, hvilket heldigvis ofte er tilfældet. Men er der forskellige opfattelser af et menneskeretligt spørgsmål, opstår der spændinger, fordi EMD-dommen reelt ikke uden videre kan *ændres* ved ny lovgivning, jf. herom under 5.a. Fordi den nationale lovgiver inden for EMRK's rammer ikke har den sædvanlige adgang til at ændre den retsstilling, der følger af en domspraksis, som lovgiveren er uenig i, men tværtimod skal sørge for at tilpasse den nationale retstilstand til dommen, hvis der er en uoverensstemmelse, kan der opstå spændinger mellem nationale lovgivere og EMD.

b. Den politiske kritik

Af de førnævnte grunde er det forståeligt, at den magtfor-skydning, der følger af dynamiske fortolkninger, giver anledning til politisk bevågenhed og kritik. Dansk Folkeparti har i en årrække udtrykt skarp kritik af EMD. Som nævnt ovenfor under 1 har VLAK-regeringen gjort problemstillingen til en del af sit regeringsgrundlag. Også Socialdemokratiet har udtrykt et ønske om, at EMD's fortolkningsstil bør lægges om, så den i flere sager respekterer afgørelser i de enkelte medlemslande og bliver bedre til at sortere i de mange sager, den tager op. Se fx *Nick Hækkerups* udtalelser til dagbladet Politiken den 3. december 2016, der bl.a. udtrykker et ønske om, at Danmark allierer sig med en række nordeuropæiske lande i et forsøg på at få justeret domspraksis ved EMD.

En af de stærkeste kritikere af EMD har gennem mange år været Storbritannien. Den 15. august 2011 holdt daværende premierminister *David Cameron* en tale, der formulerede den britiske holdning til EMRK. I talen, der findes på <https://www.gov.uk/government/speeches/pms-speech-on-the-fightback-after-the-riots>, udtaler Cameron bl.a.:

»The truth is, the interpretation of human rights legislation has exerted a chilling effect on public sector organisations, leading them to act in ways that fly in the face of common sense, offend our sense of right and wrong, and undermine responsibility.«

Samtidig lagde Cameron de spor ud, som han ville følge for at tage højde for denne udvikling:

»We're working to develop a way through the morass by looking at creating our own British Bill of Rights.

And we will be using our current chairmanship of the Council of Europe to seek agreement to important operational changes to the European Convention on Human Rights.«

Under det senere britiske formandskab kom den såkaldte Brighton-erklæring til verden, se herom under 4.b. Nogenlunde samtidigt meddelte Storbritannien, at man ville søge at ophæve sin inkorporeringslov, så EMRK alene skal fortolkes af britiske domstole. Senest har premierni-minister *Theresa May* udtalt, at hun har udsat de britiske planer om at nedfælde en særlig britisk menneskeretskatalog (»Bill of Rights«) til efter Brexit, se omtale i *The Guardian* 29. december 2016, hvoraf det bl.a. fremgår, at der i konservative kredse er et ønske om at lægge den britiske tilslutning til EMRK ud til folkeafstemning.

Foruden kritikken af EMD's dynamiske fortolkninger har de store sagsbunker også givet anledning til kritik. I 2011 udgjorde antallet af uekspederede sager 151.600, men efter en ændring i sagsbehandlingsreglerne (der bl.a. gav domstolen adgang til at afvise klager efter behandling af en enkelt dommer) faldt tallet. Tallet offentliggøres løbende på EMD's hjemmeside, se http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2017_BIL.pdf. Ved udgangen af 2016 udgjorde det 79.750. Seneste tal, offentliggjort pr. 30. april 2017, er 93.150. Hovedparten af disse sager (vistnok langt over 90 %) kan ganske vist afvises af enkeltdommerkomitéer som åbenbart grundløse. Men tallet er ikke desto mindre højt, og det er uantageligt for en domstol, der bl.a. selv har mandat til at udtale sig om, hvorvidt medlemsstater lever op til grundlæggende krav om »due process« målt i sagsbehandlingstid. Derfor er denne del af kritikken, som jeg ikke vil gå dybere ned i, stadig i fokus i debatten om EMD's fremtid.

c. Den akademiske kritik

Den politiske kritik af EMD's praksis står ikke alene. Den genfindes også i dele af den juridiske teori og, interessant nok, hos teoretikere, hvis fokus ligger på retsområder, der kun har indirekte berøring med internationale menneskerettigheder. En af de første danske forskere, der har gjort opmærksom på problemerne ved EMD's dynamiske fortolkninger, er *Gorm Toftegaard Nielsen*. I den af ham selv redigerede antologi »Parlamentarismen – hvem tog magten?« (2001), s. 147 ff., påpegede han EMD's betydelige fællestræk med naturretten fra 1600-tallet, der som en form for nyreligiøsitet var godt på vej til at flytte magten fra de folkevalgte parlamenter til en lille dommerelite. Han anførte bl.a. (s. 178 f.) det besynderlige i, at befolkningen ved folkeafstemningerne stemmer imod yderligere suverænitetsafgivelse, men ikke desto mindre synes at støtte EMD's dynamiske udlægning af menneskerettighederne.

Få år senere, i tidsskriftet *Politica*, nr. 1, februar 2004, gentog samme forfatter pointen om, at EMD ved sin dynamiske fortolkning har forskudt magten fra politikere til

dommere. Artiklen kredser om EMD's dom af 25. september 2004 i sagen i *Vasileva mod Danmark*, hvor Danmark blev dømt for uforholdsmæssig frihedsberøvelse af en ældre kvinde, der havde nægtet at vise gyldig rejsehjemmel til en buskontrollør og senere at opgive navn og adresse til en politibetjent som foreskrevet i retsplejeloven. Frihedsberøvelse kom som følge af kvindens vedholdhed til at vare 13 ½ time.

Også *Eva Smith* påpegede på et tidligt tidspunkt (Juristen 2001, s. 54 ff., se navnlig s. 58) faren for, at respekten for menneskerettighederne undergraves, når en dansk sag om parkeringsafgift kan udløse en længere proces ved EMD (som dog endte forligsmæssigt).

En mere samlet kritik er fremsat af *Jens Elo Rytter* i antologien »Menneskerettens udfordring – ideologi eller videnskab?«, redigeret af Kirsten Hastrup i 2002. Titlen på Rytters indlæg (der findes på s. 73-99) var »Menneskerettigheder i Europa: Fra eurofori til besindelse?« Rytter anfører her (s. 74), at tiden måske nu er kommet til at forlade den dynamiske »etableringsfase« til fordel for en mere eftertænksom »konsolideringsfase«. Han anfører, at nogle menneskerettigheder er mere fundamentale end andre, og at de politiske, økonomiske og kulturelle forhold, som menneskerettighederne skal virkeliggøres under, grundlæggende er forskellige i forskellige dele af verden. Samtidig peger han på risikoen for, at menneskerettigheder truer folkestyret ved at udhule det politiske råderum (s. 85) i et land, der ikke har brug for et særligt »instrument til at ændre grundlæggende samfundsstrukturer eller til at styre den generelle politik i en bestemt retning«. Derfor bør menneskerettighederne først og fremmest sikres ved nationale domstole, og menneskerettighederne må overlade det politiske demokrati et rimeligt råderum til at afveje kolliderende rettigheds- og samfundshensyn (s. 92). Rytter udtaler sig i samme retning i *Juristen* 2006, s. 9. ff., under overskriften »Går menneskerettighedsdomstolen for vidt?«.

Selv har jeg i mit indlæg i *Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen (red.): Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil mellem dansk ret og politik* (2009), s. 97 ff., (idet følgende forkortet *EMD 50 år*) gjort det synspunkt gældende, at EMD må betragtes som en politisk aktør, som derfor nødvendigvis må udsættes for politisk kritik. Af andre kritiske stemmer kan peges på *Jens Kristiansens* indlæg i *Stine Jørgensen m.fl. (red.): »Nye retlige design – Dansk ret under konkurrence«* (2003), 79 ff.

Den danske menneskerettighedsdebat er sammenfattet hos *Jonas Christoffersen: »Menneskeret – en demokratisk udfordring«* (2014), der som titlen antyder beskæftiger sig med spændingsfeltet mellem jura og politik: På den ene side er menneskerettighederne retsregler, der håndhæves og – efter behov – udfyldes af domstolene. Men på den anden side berører de sociale normer, som politikkerne normalt udvikler. Det politiske spørgsmål er derfor, om de folkevalgte ved at indføre og sikre menneskerettigheder skal opstille begrænsninger i deres eget politiske råderum, og – hvis svaret er ja – om disse begrænsninger skal fortolkes af nationale eller internationale domstole. Jonas

Christoffersens eget bud på et svar på dette spørgsmål (s. 117) er, at den danske rets- og samfundstradition er mere bæredygtig end de internationale menneskerettigheder, fordi den er rodfæstet i det danske samfund: »Internationale retsinstanter bør ikke pålægges hovedansvaret for at udvikle menneskerettighedsstandarder for EU's 28 medlemslande, for Europarådets 47 lande endsige for FN's 193 medlemmer.«

d. Judiciel kritik

Hvor akademisk EMD-kritik måske er forventelig, fordi teorien jo skal belyse juraen fra forskellige synsvinkler, er det bemærkelsesværdigt, at prominente repræsentanter fra *domstolsvæsenet*, både herhjemme og i andre europæiske lande, gennem de seneste år åbent og offentligt har kritiseret de dynamiske fortolkninger, som EMD (ligesom i øvrigt EU-Domstolen) har anlagt. Disse øverste domstole har jo selv til opgave at sikre borgernes grundlæggende rettigheder. At siddende og forhenværende dommere herfra går ud med kritik, viser en grundlæggende uenighed om, hvordan menneskerettigheder bedst udvikles.

I det følgende giver jeg et udpluk af denne kritik. Det siger sig selv, at udtalelserne alene tegner den enkelte forfatter, men ikke den retsinstant, som vedkommende har eller har haft tilknytning til. Alligevel må det formodes, at udtalelserne viser nogle af de tanker, der har været overvejet i disse højere retsinstanter.

I U 2011B, s. 46, udtalte fhv. højesteretspræsident *Torben Melchior* i tilknytning til Højesterets antagelse af, at EMRK ikke kan indfortolkes i grundloven, at dette ville betyde, dels at man aldrig kunne »slippe af med konventionen«, dels at regeringen sammen med et almindeligt folketingsflertal ved at indgå en traktat kunne forandre grundlovens indhold uden at følge § 88-proceduren. Det ville også betyde, »... at grundlovens indhold ville ændre sig – lidt uforudsigeligt – i takt med Menneskerettighedsdomstolens domme.« Senere i samme artikel (s. 48) tilslutter *Melchior* sig det synspunkt, som den senere ombudsmand *Jørgen Steen Sørensen* anførte i *Juristen* 2010, s. 251 ff., nemlig at danske domstole ikke skal forsøge at kopiere EMD's til tider kreative fortolkningsstil, der adskiller sig fra dansk rets forståelse af domstolens rolle.

I det nyligt udsendte festskrift til Peter Møgelvang-Hansen (2016), redigeret af Børge Dahl, Thomas Riis og Jan Trzaskowski, udtaler fhv. højesteretspræsident *Børge Dahl* bl.a. generelt, at danske domstole ikke skal lade sig inspirere af internationale domstoles dynamiske, innovative og kreative fortolkningsstil, som ud fra en integrationsfremmende, principorienteret tilgang fra tid til anden fører til afgørelser, som udvikler retstilstanden med markante, overraskende spring: »Kreativ judiciel aktivisme sætter retssikkerheden under pres og kan på sigt blive en belastning for tilliden til domstolene og for domstolens legitimitet.«

En indgående kritik af EMD's dynamiske fortolkning er fremsat i en festtale, som den daværende præsident for Finlands højesteret, *Pauliine Koskela*, holdt ved 150-årsjubilæet for Juridisk Forening i Finland, trykt i forenin-

gens tidsskrift, *JFT* 4/2012, s. 298 ff. *Koskela* fremfører her en række eksempler fra EMD's praksis på den modstrid, der kan konstateres mellem på den ene side EMD's procesform og retsændelse, og på den anden side de demokratiske værdier, som hyldes i de nordiske lande. Bl.a. udtaler hun:

»Det förefaller att vara en allt mer utbredd uppfattning att Europadomstolen inte lyckats styra en hållbar kurs utan ägnar sig alltför mycket åt en »micromanagement«, vilket bidrar till en försämring av målbelastningen, kvaliteten, behandlingstiderna och till slut domstolens allmänna anseende. När t.ex. en trivial bykhängningstvist mellan två grannar har hamnat upp i domstolens storkammare och dessutom i et läge där den ursprunglige appellanten själv redan var död är det inte ägnat att övertyga folk om att verksamheten har en bra fokus.« (fodnoter, bl.a. til det nedenstående citat fra Lord Hoffmann er udeladt).

Udtalelsen er særligt bemærkelsesværdig, fordi den kommer fra en dengang siddende, nordisk højesteretspræsident. *Koskela* kritiserede ikke blot EMD's retsændelse. Hun fremhæver også de omkostninger i form af faldende respekt for EMD, som denne retsændelse kan medføre. *Koskela* er i dag dommer ved EMD.

Endnu mere markant var kritikken fra en anden højesteretspræsident, *Marc Bossuyt*, fra den belgiske forfatningshøjesteret, den 17. maj 2010 (tilgængelig på <https://strasbourgobservers.com/2010/05/17/president-of-belgian-constitutional-court-criticizes-european-court-of-human-rights/>):

»The European Court of Human Rights is exceedingly transgressing its competence in asylum matters. The Court takes decisions on behalf of the national authorities, it enforces provisional measures despite not having the competence to do so and demands their immediate execution. It has granted property rights on unemployment benefits and has thus realized something that Karl Marx never could. The Court is being buried under new cases, partially caused by the fact that it has sneakily broadened its own competences.«

Også den forhenværende appelretsdommer og Law Lord, Lord (Leonard) Hoffmann har ved forskellige lejligheder kritiseret EMD. I sit forord til rapporten »Bringing Rights Back Home – Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK«, udarbejdet af *Michael Pinto-Duschinsky* og udsendt i 2011 for den britiske tænketank *Policy Exchange*, skriver han bl.a.:

»International institutions which are set up by everyone become in practice answerable to no one, and courts have an age-old tendency to try to enlarge their jurisdictions. And so the Strasbourg Court has taken upon itself an extraordinary power to micromanage the legal systems of the member states of the Council of Europe (or at any rate those which pay attention to its decisions) culminating, for the moment, in its decision that the UK is not entitled to have a law that convicted prisoners lose, among other freedoms, the right to vote.

Since the Convention rights were incorporated into UK law by the Human Rights Act 1998, the UK courts have followed in the wake of Strasbourg, loyally giving effect to its rulings and the principles (where discernible) laid down in its jurisprudence. The result has been that UK judges have reached decisions, sometimes with regret and sometimes with enthusiasm, which would have astonished those who agreed to our accession to the Convention in 1950.«

Lord Hoffmann's synspunkter, som de her udtrykkes, bundet i hans analyse af EMD's og menneskerets-tænkningens berettigelse, som han allerede behandlede i sin *Judicial Studies Board Annual Lecture* den 19. marts 2009 (tilgængelig på <https://www.judiciary.gov.uk/announcements/speech-by-lord-hoffmann-the-universality-of-human-rights/>) under overskriften »The Universality of Human Rights«. Her anførte han bl.a.:

The proposition that the Convention is a »living instrument« is the banner under which the Strasbourg court has assumed power to legislate what they consider to be required by »European public order«. I would entirely accept that the practical expression of concepts employed in a treaty or constitutional document may change. To take a common example, the practical application of the concept of a cruel punishment may not be the same today as it was even 50 years ago. But that does not entitle a judicial body to introduce wholly new concepts, such as the protection of the environment, into an international treaty which makes no mention of them, simply because it would be more in accordance with the spirit of the times. It cannot be right that the balance we in this country strike between freedom of the press and privacy should be decided by a Slovenian judge saying of a decision of the German Constitutional Court – »I believe that the courts have to some extent and under American influence made a fetish of the freedom of the press ... It is time that the pendulum swung back to a different kind of balance between what is private and secluded and what is public and unshielded.«

e. Sammenfatning

Den foranstående gennemgang viser, at der både i dansk og europæisk politik, i den juridiske teori og blandt dommere ved de øverste domstole har været rejst kritik mod EMD's dynamiske fortolkninger. At der her og der fremsættes en sådan kritik betyder i sagens natur ikke, at alle deler denne opfattelse. Det kan i det hele taget være vanskeligt at føre bevis eller modbevis for »den almindelige opfattelse«, navnlig når opfattelser ændrer sig over tid. Man kan konstatere, at skiftende folketingsflertal gennem årene har udvidet Danmarks menneskeretlige forpligtelser, både nationalt og internationalt. På den anden side kan man også konstatere, at Folketinget, trods anbefalingen fra et flertal i betænkning 1546/2014, (endnu?) ikke har inkorporeret yderligere menneskerettighedskonventioner i dansk ret. Derfor er det relevant at spørge, *hvor dybt* den menneskeretlige regulering og EMD's jurisdiktion egentlig er forankret i vor retskultur, og hvilken betydning det vil have at overlade fortolkningen af menneskerettighederne til vore egne domstole. Herom handler de følgende bemærkninger.

3. EMD's rodfæstning i dansk ret

a. Menneskerettighederne i et historisk perspektiv

Den moderne, vestlige menneskerettighedstænkning har rødder i renæssancens og oplysningstidens tænkning. Med inspiration heri formulerede *Thomas Jefferson* den tekst, som førte til USA's *Uafhængighedserklæring* af 1776. Samme tænkning inspirerede i 1789 franskmændene til de paroler om »Frihed, Lighed og Broderskab«, der ledsagede den franske revolution. Alt efter hvordan man afgrænser »menneskerettigheder«, kan udviklingen føres endnu længere tilbage, nemlig til de første retssystemer i antik-

kens Grækenland, og måske endda tidligere, jf. *Ove Bring: De menneskelige rettighedernes väg – genom historien och litteraturen* (2011), s. 65 ff.

Kaster man blikket på hele denne retsudvikling, har menneskerettighederne haft vidt forskellige *skikkelser*, ligesom selve menneskerettighedstænkningen har haft forskellige *årsager og formål*.

Allerede parolerne fra den *franske revolution* var udsat for massiv kritik i samtiden, se hertil *Bring a.st.*, s. 214 ff. Det blodbad, der med guillotinen som henrettelsesmetode udviklede sig i revolutionsårene, viser rystende tydeligt, at de fine ord ikke skabte konsensus om, *hvor* »lige« og »frie«, borgere skulle være. Den britiske filosof *Jeremy Bentham* afviste i et essay fra 1796 »The Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution« tanken om, at bredt definerede menneskerettigheder kunne forvandles til retskrav, som »nonsense on stilts« (opstyttet nonsens), dels fordi begreberne var uegnede til at fælde dom efter, dels fordi der netop ingen domstol var til at forestå denne transformation.² En lignende kritik blev fremsat af *Edmund Burke*, se hertil *Bring a.st.* s. 226 ff.

Det katalog af menneskerettigheder, der blev formuleret efter afslutningen af 2. verdenskrig, er af indlysende grunde præget af Hitlers folkedrab. Med det stærke politiske ønske om en *international* regulering til værn mod sådanne overgreb kunne det nyetablerede FN allerede i 1948 samles om sin *Verdenserklæring om Menneskerettighederne*. Erklæringen var forberedt kort forinden af et udvalg ledet af præsident *Roosevelt's* enke, *Eleanor Roosevelt*, se hertil *Bring a.st.* s. 446 ff. Allerede dengang voldte dele af teksten problemer for nogle lande. Sydafrika undlod at stemme pga. sit apartheid-system. Saudi-Arabien havde problemer med religionsfriheden pga. islam. Og en del kommunistiske lande, herunder Sovjetunionen, så problemer i den forudsatte relation mellem stat og individ. Alligevel blev dokumentet vedtaget. 48 lande stemte for, ingen stemte imod, medens 8 undlod at stemme. En stor del af de lande, der i dag er selvstændige medlemmer af FN, herunder store dele af den afrikanske verden, deltog ikke i denne proces.

Også *EMRK* blev til på kort tid og med erkendelse af, at man ikke havde skabt et perfekt dokument. Navnlig EMD's rolle gav anledning til tvivl. Se hertil *Jonas Christoffersen: Fair balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention of Human Rights* (2009), s. 7-21, *Mikael Rask Madsen i EMD 50 år*, s. 31-47, og *Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen i U 2015B*, s. 13 ff. Her havde man ikke alene blikket på Hitlers folkedrab, men også på Sovjetunionens fremfærd mod anderledes tænkende.

2. *Burkes og Benthams* tanker om menneskerettigheder er bl.a. omtalt af *Kasper Lippert-Rasmussen* i *Hans Siggaard Jensen m.fl. (red.): Tankens magt* (2006), s. 1254 f. og 1258 ff. *Benthams* essay er bl.a. optrykt i *Headline Series; New York* (1998), 318 ff., tilgængelig online fra Det Kongelige Biblioteks REX-database.

Under den kolde krig fik menneskerettighedstænkningen en særlig politisk betydning i henholdsvis USA og Europa, og hvert sted med sin begrundelse. I sin bog »Reclaiming American Virtue. The Human Rights Revolution of the 1970s« (2014) beskriver *Barbara J. Keys*, hvordan menneskerettighederne fik en rolle i amerikansk politik efter Vietnam-krigen ved indgangen til *Jimmy Carters* præsidentperiode. Carter gjorde menneskerettighedsargumentet gældende over for Sovjetunionen, bl.a. ved at støtte russiske dissidenter. I Europa hang accepten af – eller modstanden mod – menneskerettighedstanken i mange år sammen med støtten til eller modstanden mod Sovjetunionen. Nordmanden *Jon T. Johnsen* giver i den af *Kjell Å. Modéer & Martin Sunnqvist* redigerede antologi »1968 och därefter – De kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap« (Museum Tusulanums Forlag, 2010) sit bud på, hvorfor den »kritiske juss« ikke tog menneskerettighedstænkningen til sig (s. 221): »Menneskerettigheder som politisk ideologi trekker jo veksler på den franske revolusjon, ikke på den russiske, og ble derfor opfattet som en lære om borgerlige rettigheder uden særlig betydning for arbejderklassen.«

Som anført af *Jonas Christoffersen* og *Mikael Rask Madsen* i U 2015B, s. 16, var sagsmængden ved EMD i begyndelsen af 1980'erne begyndt at vokse hurtigere, end EMD kunne behandle dem. Staternes reaktion herpå var imidlertid ikke at gøre modstand mod EMD, men at støtte reformer med henblik på yderligere styrkelse. Denne støtte fortsatte i årene derefter gennem vedtagelse af talrige nye menneskeretlige instrumenter. Også kredsen af stater, der samles om en menneskeretlig regulering, er vokset. Berlinmurens fald førte til en udvidelse af Europarådet og dermed af EMRK's betydning. Den store østudvidelse af EU fandt sted i en tid, hvor ønsket om international samhandel gik hånd i hånd med tanken om, at der eksisterer en række mere eller mindre universelle menneskerettigheder eller »grundlæggende rettigheder« for individet. I takt hermed har menneskeretstænkningen bredt sig, og i nutidens politik anvendes »menneskerettigheder« som slogan til støtte for så forskellige politiske formål som bekæmpelse af hungersnød, tortur og terrorisme og sikring af demokrati, ytringsfrihed, miljø, børn, handicappede og kvinder.

I de seneste år har globaliseringen skabt flere forskellige retninger inden for menneskeretstænkningen: Ligesom menneskerettighederne er opfattet forskelligt gennem historien, kan forskelle i kulturel baggrund eller religion påvirke opfattelsen af, hvad der bør anses for »menneskerettigheder«. Stater med islamisk styre presser fx på for at sikre religioner mod fornærmelser, selv om en sådan »menneskeret« nødvendigvis må begrænse ytringsfriheden. Samtidig har fremkomsten af de mange forskellige typer af menneskerettigheder skabt stadigt flere konflikter mellem de enkelte rettighedstyper.

At den politiske støtte til de generelle menneskerettigheder er kommet under pres, som illustreret ved den kritik, der omtales i afsnit 2, kan også ses som en reaktion på sådanne kollisioner. Derfor er det relevant ikke bare at diskutere, hvilken rolle menneskerettighedstænkningen

skal spille efter *gældende ret*, men også hvilken *politisk påvirkning* vore folkevalgte kan udøve mod EMD's dynamiske fortolkninger. Det må være legitimt at betragte dynamiske fortolkninger som anden retlig regulering, der kan kritiseres og debatteres både som et spørgsmål om, hvilke instanser der bør have *jurisdiktion* til at udvikle hvilke regler, og om *indholdet* af de enkelte afgørelser. En sådan diskussion handler ikke om, hvorvidt man er »for eller imod« menneskerettigheder, men om, hvordan vi i Danmark ønsker at sætte rammerne for vort folkestyre.

Når rettigheder kolliderer, må der træffes valg, enten af *nationale beslutningstagere*, som led i en *demokratisk proces*, eller af *domstolene*, som led i en *retssag*. Den retsstilling, der følger af en domstolsafgørelse, har ikke pr. definition højere »kvalitet« end den, der besluttet politisk. Ligesom kvaliteten af en *lov* beror på den demokratiske proces (og herunder faktorer som åbenhed, ekspertise, repræsentation), der har skabt loven, beror kvaliteten af en *dom* på den procesordning (sagsbehandling, dommerrekruttering og retskildetraditioner mv.), der har ført til dommen.

Vælger man fortsat at lade menneskeretten fortolke via *domstolene*, og ikke gennem en politisk debat, står valget igen mellem at lægge valget hos EMD, der med sine *dynamiske* fortolkninger reelt afkobler de nationale demokratiske processer, eller ved danske domstole, der benytter en mere *forudsigelig* retskildeanvendelse.

b. EMD-domstolskontrollens styrker og svagheder

En stor del af debatten om menneskerettighederne skyldes, at *kompetencen* til at afgøre deres grænser er forskubbet fra *nationale* lovgivere og domstole til *internationale* lovgivere og domstole (primært EMD). Hovedparten af de rettigheder, som i dag anses som »menneskerettigheder«, fandtes allerede i dansk ret, inden de blev ophøjet til menneskerettigheder via traktater og konventioner. Derfor har det været så forholdsvis ukontroversielt ikke alene at tilslutte sig EMRK (indtil de dynamiske fortolkninger blev dagens orden), men også at inkorporere den i dansk ret.

EMD's domstolskontrol udgør ikke den eneste metode til håndhævelse af menneskerettigheder. For det første har *danske domstole* den primære kompetence til at fortolke konventionen. For det andet har *EU-domstolen* kompetence til at fortolke EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder, hvis rettighedskatalog med virkning for EU-retten (som anført i Charterets art. 51) delvis overlapper med EMRK (se Charterets art. 53). At en menneskeret på den måde kan håndhæves via internationale domstole, er altså ikke et definitorisk kendetegn. Det er derimod noget helt særligt for EMRK, at borgerne med art. 34 har en individuel klageadgang, der kan udvirke en domstolsbehandling, hvis slutprodukt kan forpligte medlemsstaten.³

3. Regler om individuel klageadgang findes også på andre områder af menneskeretten, se hertil kapitel 8 i betænkning 1546/2014. Man kan bl.a. klage over Danmark til FN's Menneskerettighedskomité, FN's Racediskriminationskomité, FN's Torturkomité, FN's Kvindekomité, FN's Handicapkomité og FN's Børnekomité over krænkelser af forskellige FN's konventioner.

Klageadgangen til EMD giver EMRK en særlig slagkraft. Og med EMD's dynamiske fortolkning er menneskerettighedstænkningen flyttet fra at være produkt af en *politisk og parlamentarisk proces*, hvor udfaldet som udgangspunkt vil bero på en almindelig konsensus og accept, til at blive afgjort gennem *retssystemet* af ikke-folkevalgte dommere.

Hovedargumentet for at lade *internationale domstole*, og ikke folkevalgte lovgivere og nationale domstole, afgrænse menneskerettighederne ligger i ønsket om at *be-grænse* medlemsstaternes politiske råderum. Sådanne hensyn har navnlig vægt over for stater, der bevidst ønsker at begå menneskerettighedskrænkelser. Men for en stat som Danmark, der bevæges af et grundlæggende ønske om at efterleve disse rettigheder, vejer det ikke tungt. Danske domstole er mindst ligeså kvalificerede til at fortolke menneskerettigheder, som EMD er, og som anført af *Jonas Christoffersen* (2014), s. 60 ff., har de ofte gjort det. Det forhold (som nærmere uddybes under 3.c.), at procesgarantierne ved danske domstole er langt højere end ved EMD, taler ligefrem for at henlægge fortolkningskompetencen her.⁴

EMD's domstolskontrol er imidlertid mindre effektiv overfor meget *alvorlige krænkelser*. For det første er den langsommelige proces uegnet til at håndtere sådanne alvorlige sager. For det andet vil det ofte være umuligt at opfylde kravet om, at »alle nationale retsmidler er blevet udtømt«, jf. art. 35. Da den tyrkiske regering fx i kølvandet på kupforsøget i juli 2016 internerede et stort antal personer (herunder et stort antal dommere, myndigheds-personer og journalister) ud fra en formodning om, at de ville være illoyale overfor styret, var det nok opfattelsen i de fleste europæiske stater, at Tyrkiet krænkede EMRK. I skrivende stund har imidlertid hverken EMRK-systemet eller EMD vist sig i stand til at reagere herpå. Den 26. januar 2017 udtalte EMD's præsident, at man havde modtaget 5.363 klager i anledning af kuppet, men at ingen af dem var antaget, fordi klagerne ikke havde udtømt nationale retsmidler, jf. EMRK art. 35. Først i april 2017 besluttede Europarådets parlamentariske forsamling at sætte Tyrkiet under skærpet overvågning (såkaldt fuld monitoring). Ingen af Tyrkiets partnere i Europarådet har taget skridt til at iværksætte den *inter state-procedure*, der er anordnet i medfør af EMRK art. 33.

EMD's slagkraft i dansk ret skyldes primært, at vi med inkorporeringsloven (jf. lovbekendtgørelse nr. 750 af 19. oktober 1998) har valgt at gøre EMRK og et antal tillægsprotokoller til en del af dansk ret. Hverken EMRK eller andre folkeretlige forpligtelser pålægger Danmark at tage dette skridt. Også uden inkorporering ville danske dom-

stole fortsat skulle inddrage konventionen i sin retsanvendelse, gennem den såkaldte *fortolkningsregel*, ligesom offentlige myndigheder i kraft af den såkaldte *instruktionsregel* skal det, se hertil betænkning 1546/2014 om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet, s. 34 f., og nedenfor under 6.a. En fældende dom fra EMD ville uden inkorporeringsloven kun have den *umiddelbare* retsvirkning, at medlemsstaten skal udrede erstatning til klageren, jf. EMRK art. 41. Dernæst vil fældende domme kunne udvirke diplomatiske reaktioner i medfør af EMRK art. 46 som led i Ministerkomitéens overvågning af dommens fuldbyrdelse, jf. herom under 6.a.⁵

Det skyldes derfor væsentligst inkorporeringsloven, at EMD's dynamiske fortolkninger har fået så stor betydning i dansk ret. Som nærmere anført af *Michael Hansen Jensen og Jens Garde* i *Juristen* 2002, s. 76 ff., og i Børge Dahl m.fl.: *Festskrift til Jens Peter Christensen* (2016), s. 867 ff., er domstolene *ikke tvunget* til at lægge EMD-retspraksis til grund, hvis den strider mod dansk ret på områder, som lovgivningsmagten har ønsket at regulere anderledes end EMRK. Var domstolene tvunget til at følge EMD's fortolkninger uanset modsat gældende national ret, kunne inkorporeringen af EMRK næppe være sket uden proceduren i grundlovens § 20.⁶ *Jens Elo Rytter* antager a.st., s. 83 f., og i »Individets grundlæggende rettigheder«, 2. udg. (2016), s. 53, samme reservation, hvis EMD's praksis overskrider de principper og grænser for traktatfortolkning, som har været en forudsætning for tiltræden af EMRK.⁷

Som anført af dissenserne i betænkning 1546/2014, s. 12 ff., har inkorporeringsloven ikke desto mindre reelt flyttet magt fra danske domstole til EMD. Hvis EMD's fortolkning adskiller sig fra danske domstoles fortolkning, forventes de danske domstole at inddrage denne praksis som et tungtvejende fortolkningselement. Det sker fx i udvisningssager, der ofte må afgøre, om udvisningen krænker »retten til familieliv«, jf. EMRK art. 8, som bl.a. har fundet udtryk ved en række bestemmelser i udlændingeloven, fx § 7, stk. 2.

Hvis man fra dansk side ønsker at frigøre sig yderligere over for EMD's dynamiske fortolkninger, kunne dette

4. I det følgende lader jeg spørgsmålet om EU-domstolens retsskabende virke som udvikler af en fælles EU-retlig menneskeret ligge. Trods ligheder i den dynamiske fortolkning, er der nemlig også forskelle. EU-retten er i højere grad påvirkelig for politiske initiativer og indgår i en kompleks sammenhæng, hvor medlemsstaterne i kraft af EU-samarbejdet i højere grad kan siges at »få noget igen«, end tilfældet er i EMRK-samarbejdet.

5. Som det fremgår af Betænkning 1546/2014, s. 33 ff., kan inkorporering i dansk ret også ske ved blot at konstatere normharmonien. Den metode er nok den mest benyttede i de mange tilfælde, hvor Danmark i forvejen efterlever de krav, der følger af en traktat. En tredje måde består i at omskrive konventionsforpligtelsen til et selvstændigt regelsæt. Gennem denne metode sikres det, at den menneskeretlige regulering kommer til at forme sig som en harmonisk del af dansk ret.

6. *Gorm Toftegaard Nielsens* påpeger på s. 172 ff. i den af ham redigerede bog »Parlamentarismen, hvem tog magten?« (2001), at den kompetence, som man ved inkorporeringsloven har overført til EMD, muligvis rummer en suverænitetssafgivelse, der burde være sket efter fremgangsmåden i grundlovens § 20.

7. Til sammenligning afviste Højesteret i *U 2017.824 H* (»Ajos-sagen«) at anvende de uskrevne principper om aldersdiskrimination, som EU-domstolen har udviklet i sin praksis, over for en privat virksomhed, idet disse principper ikke ansås for omfattet af EU-tiltrædelsesloven. Hvilke folkeretlige (EU-retlige) konsekvenser en sådan retsanvendelse kan få for Danmark over for Europarådet (henholdsvis EU), bør ikke påvirke udfaldet af en sådan sag.

forholdsvis enkelt ske ved at *ophæve inkorporeringsloven* og de særlige lovregler (herunder i udlændingeloven), der inkorporerer særlige menneskeretlige regler. Vælges den mulighed, vil EMD's fortolkninger dog fortsat binde Danmark folkeretligt, ligesom de i et vist omfang vil få betydning i national ret gennem den førnævnte fortolkningsregel. Man kan imidlertid også vælge den mere vidtgående løsning at lade Danmark *træde ud* af EMRK, samtidig med at Danmark, som foreslået under 7.a, afgiver en *højtidelig erklæring* om fortsat at ville efterleve EMRK's materielle bestemmelser efter *nationale* domstolsfortolkninger. Står valget mellem disse muligheder, bliver det et hovedtema, om Danmark har tillid til EMD's fortolkninger.

Om man har det, beror ikke alene på fortolkningerne, men også på den retssikkerhedsmæssige kvalitet af EMD's sagsbehandling. Dette sidste spørgsmål vurderes i det følgende.

c. Kvaliteten af EMD's sagsbehandling

I valget mellem at lade menneskerettighederne fortolke af danske domstole eller af EMD er det relevant at se på, om EMD alene i kraft af sin sagsbehandling tilbyder bedre procesgarantier end retsplejeloven. For at besvare dette spørgsmål må man navnlig se på domstolens sammensætning, jurisdiktion og arbejdsform.

i. *Sammensætningen*. Ifølge EMRK art. 20 skal EMD bestå af et antal dommere, der svarer til antallet af medlemsstater, dvs. 47, i Europarådet. Ud fra et ønske om at sikre ligelig repræsentation har man ladet hver medlemsstat udpege én dommer. Det betyder, at store medlemsstater som Rusland (med en befolkning på 144 mio. indbyggere), Tyskland (81 mio.), Tyrkiet (79 mio.), Storbritannien (65 mio.) og Frankrig (67 mio.) er repræsenteret ved ligeså mange dommere i EMD som småstater som Andorra (85.000 indbyggere), Lichtenstein (37.000), Monaco (38.000) og San Marino (30.000). Det siger sig selv, at en medlemsstats mulighed for at rekruttere dommere med de høje kvalifikationer, der er foreskrevet i EMRK art. 21, stk. 1, øges, jo større medlemsstaten er. Nogle mindre medlemsstater har da også valgt at udpege dommere med en anden nationalitet for at sikre de krævede kvalifikationer. Andre har ikke. Men generelt kan man spørge, om det er rimeligt at give alle europarådsstater lige dommervægt trods de betydelige forskelle i befolkningsunderlag og retskultur.

ii. *EMD's jurisdiktion* afgrænses af Europarådets medlemskreds. Området er både geografisk langt større og kulturelt langt mere *forskelligartet* end det i forvejen enorme og mangfoldige EU. Europarådet samler i dag 47 medlemsstater, der omfatter en befolkning på godt 800 mio. mennesker, altså langt over dobbelt så mange som USA's. Kulturelt omfatter kredsen både det muslimske Tyrkiet, et antal tidligere kommunistiske sovjetrepublikker og det overvejende kristne Central- og Vesteuropa. Disse mange kulturer knyttes alene sammen i kraft af deres geografiske placering på det europæiske kontinent. Der er ingen nære historiske, kulturelle, religiøse, ideologiske og derfor heller ingen naturlige juridiske bånd mellem og på tværs af

alle disse mange retssystemer. De fleste betjener sig af hvert sit sprog. De demokratiske – og udemokratiske – traditioner og kulturelle påvirkninger adskiller sig også fra stat til stat med deres vidt forskellige medier og debatformer, ligesom der er betydelige forskelle i økonomisk udvikling og levestandard. Det er umuligt at forestille sig, at man på tværs af disse forskellige kultur- og retsområder kan udvikle ensartede opfattelser af, hvad der er etisk, moralsk og juridisk »rigtigt«.

Ligeså vanskeligt det er at tænke sig en fælles *retspolitisk debat* om disse opfattelser henover Europarådets 47 medlemsstater, ligeså uaktuel er udsigten til, at en sådan debat skulle kunne give EMD rettesnore for sin praksis. Hvor dommerne ved en national ret er uddannet i deres hjemstat, hvor deres karriere har formet sig, og hvor de typisk vil kende det praktiske retsliv (med en heraf følgende forståelse af, hvordan deres domme påvirker det samfund, hvori de skal efterleves), er en sådan gensidig »dialog« reelt umulig i relation til EMD's domme. Der findes nok her og der en vis kontakt mellem EMD og de juridiske fagmiljøer, der beskæftiger sig med menneskerettigheder, men ikke nødvendigvis med de fagmiljøer, som berøres ved dommene (fx procesretten, presseretten, udlændingetretten, den militære strafferet etc.). Hertil kommer fraværet af en løbende *politisk debat* på europarådsplan. Den nationale debat artikuleres primært i national presse, og i øvrigt typisk først efter at en vidtgående afgørelse er truffet. Den nationale presse får ofte først kendskab til EMD-sagen (der jo altid former sig som en international klagesag på toppen af en for længst afgjort national sag), når dommen er afsagt i det pågældende kammer.

På denne baggrund ligger der på forhånd et stort problem i at have »fælleseuropæiske« tvingende opfattelser af de vanskelige spørgsmål, som ofte foreligger til pådømmelse for EMD. Ligeså vanskeligt det er at opnå politisk konsensus herom, ligeså vanskeligt er det at foretage de nuancerede, men vanskelige afvejninger, der indgår i de værdipolitiske temaer, som EMD lægger til grund for sine afgørelser. Det nærmeste toneangivende eksempel, vi har på en domstol med mandat til at udfylde frihedsrettigheder, er *U.S. Supreme Court*. Men denne domstol har jurisdiktion over et føderalt system, der er samlet under samme forfatning (som amerikanerne holder hellig), dens retsundergivne taler i hovedsagen samme sprog, og det amerikanske samfund er bundet sammen af en i hovedsagen fælles infrastruktur. Det hører også med til billedet, at det amerikanske forfatningssystem anser dommerudnævnelser i almindelighed, men i særdeleshed udnævnelse af dommere til Supreme Court, som et særdeles vigtigt politisk spørgsmål. Dertil kommer, at sagstallet ved Supreme Court i kombination med de (kun) 9 dommere sikrer en både grundigere og mere koordineret praksis.

iii. *Sagsbehandlingen*: Reglerne om *sagsbehandlingen* ved EMD findes dels i EMRK, se navnlig afsnit II (artiklerne 19-51), dels i de *Rules of the Court*, der i medfør af EMRK art. 25, litra d), er fastsat af rettens plenarforsamling, senest den 14. november 2016. Disse regler giver dog langt fra nogen udtømmende beskrivelse af sagsbehandlingen

og voteringsformen. En sådan beskrivelse findes i en intern vejledning for EMD's dommere, som imidlertid ikke er offentligt tilgængelig.⁸

Hovedparten af de sager, der pådømmes i realiteten (og som altså ikke blot afvises af et panel bestående af 1 eller 3 dommere), afgøres af kamre med 7 dommere. Ved disse kamre foregår sagsbehandlingen som regel skriftligt, ligesom vi kender det under danske kæresager eller i administrative klageinstanser. Der afholdes altså ingen mundtlige forhandlinger og foretages ingen bevisførelse med afhøringer mv. Kun helt principielle sager bliver behandlet mundtligt efter hovedforhandling. Det sker ved de såkaldte storkamre, hvor der medvirker 17 dommere svarende til godt en tredjedel af det samlede antal dommere. At en sag afgøres ved et storkammer svarer altså ikke til, at den forelægges en domstols plenum. Det ene storkammer vil være sammensat anderledes end det andet.

Under storkammersager, hvor der er mundtlig behandling, får klageren og den indklagede advokat kun 30 minutter til deres mundtlige indlæg. Herpå får dommerne adgang til at stille spørgsmål til advokaterne, hvorpå parterne kan give et kort afsluttende mundtligt indlæg. En storkammersag er normalt forhandlet færdig på en formiddag, så voteringen kan indledes omkring frokost. Hvor voteringen i kammersager i hovedsagen sker skriftligt, dog med et opfølgende møde, hvor de medvirkende dommere gennemgår ugens sager, strækker voteringen i storkammersager sig ofte over dage. Voteringsresultater ofte i et antal flertals- og mindretalsvota. Se nærmere herom redegørelsen hos Peer Lorenzen i Børge Dahl m.fl. (red.): Festskrift til Jens Peter Christensen (2016), s. 879 ff.

På alle disse punkter adskiller EMD-sagsbehandlingen sig helt grundlæggende fra dansk retspleje, hvor der gælder en hovedregel om mundtlighed, og hvor der er en langt videre adgang til at fremlægge synspunkter og føre beviser. Og netop i de sager, hvor EMD står foran at skulle erklære en demokratisk vedtagen national lovgivning for uvirksom, må dette give anledning til overvejelser.

Der er også afgørende forskelle i partskonstellationen i sager, der indbringes for EMD, sammenlignet med sager, der afgøres af nationale domstole. Se hertil Jens Kristiansen i Stine Jørgensen m.fl. (red.): »Nye retlige design – Dansk ret under konkurrence« (2003), 79 ff. (s. 86 ff.). Forskellene skyldes den individuelle klageadgang, som man indførte med EMRK, jf. art. 34, og som ledsages af et officialprincip, hvorefter EMD foretager den indledende oplysning af sagen.

8. Trods EMD's store betydning for national ret kunne man vente sig, at disse processuelle spørgsmål var behandlet i den juridiske teori. Den omfattende danske litteratur om EMD beskæftiger sig dog stort set ikke med EMD-sagsbehandlingen. Ser man uden for Danmark er det nærmeste man kommer en officiel beskrivelse af den praktiske sagsbehandling ved domstolen *Part 1* om »Practice and Procedure« i Karen Reid's standardværk »A practitioner's Guide to the European Convention of Human Rights«, 5th edition (2015), som jeg støtter mig til i det følgende. Til at supplere dette materiale har jeg haft god hjælp af den danske dommer ved EMRK, Jon Fridrik Kjølbro.

Som i anden klagesagsbehandling opstår herved en primær relation mellem klageren og EMRD, som den indklagede stat alene inddrages i efter reglerne i EMRK art. 36, stk. 1, dvs. med ret til at afgive skriftlige bemærkninger og til at deltage i høringer. Hvis indgrebet reelt berører tredjeparter (fx arbejdsmarkedets parter, som tilfældet var i sagen om eksklusivaftalerne, *Sørensen & Rasmussen mod Danmark*), kommer disse tredjeparter typisk ikke til orde. Tredjeparter kan kun intervenere efter særlig tilfaldelse fra EMD's præsident, jf. EMRK art. 36, stk. 2. Ifølge Karen Reid (2015), s. 17 (1-020) meddeles sådanne tilladelser kun med henblik på begrænsede indlæg om national ret eller statistiske forhold, men ikke med henblik på retlige synspunkter om sagens substans. Illustrative eksempler herpå fra praksis findes hos Peer Lorenzen m.fl.: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer (2011), s. 1132 f.

Også andre for en dansk procesbetragtning fremmedartede egenskaber ved EMD-procesordningen kunne fremhæves. Men her rækker det at bemærke, at EMD's dynamiske fortolkninger på den ene side gør EMD til en reel aktør i vor lovgivende magt, men at EMD's procesregler på den anden side ikke sikrer noget fyldestgørende kendskab til det retssystem, som dens fortolkninger får gyldighed for. En »dynamisk« domstol, som mere eller mindre virker i et lukket rum og med begrænset partsdeltagelse, står i risiko for at miste den respekt, som enhver domstol burde omgives med, og som navnlig domstole med reel magt til at underkende national lovgivning bør have. Citaterne i afsnit 2 viser, at EMD i hvert fald på nogle punkter har realiseret denne risiko.

d. Afvejningen

Det grundlæggende spørgsmål i debatten om EMRK er nu, om fordelene ved den dynamiske fortolkning vejer så tungt, at man må leve med de anførte demokratiske, juridiske og magtfordelingsmæssige ulemper. Interessen samler sig her om følgende hovedsynspunkter.

i. *Materiel anerkendelse.* Den første og væsentligste grundelse for at opretholde EMRK-reguleringen i den forståelse, der er skabt ved EMD's dynamiske fortolkninger, bygger på det synspunkt, at fortolkningerne tilføjer de nationale retssystemer en værdi, der overstiger tabet af demokratisk kontrol via de nationale parlamenter. Synspunktet er altså, at EMRK efter sit indhold, og EMD efter sin praksis, har skabt en retsstilling, som ikke blot nyder almindelig accept (for i så fald kunne vi jo bare selv indføre den), men som er *bedre* end den, man kunne vedtage i de nationale parlamenter.

Styrken af dette synspunkt beror på, hvilket perspektiv man anskuer EMD's praksis i. De *vindende klager* vil selvfølgelig støtte EMD's dynamiske fortolkninger. Det gælder fx de transseksuelle, der ved en række domme i årene fra 1986-1992 opnåede ligestilling med andre på en række områder, hvis ikke denne ligestilling var gennemført ad politisk vej. Men de *folkevalgte* i de medlemsstater, der har fået national lovgivning tilsidesat, og som nu – måske mod deres vilje – skal implementere nye forskrifter i lyset

af EMD's dom, kan se anderledes på det. For det første kan der være nationalt betingede grunde til at have indvendinger mod den således pålagte retstilstand. Og selv om der ikke er det, indebærer EMD-afgørelsen, at dette lovgivningsprojekt nu skal prioriteres over andre, måske ligeså væsentlige projekter, blot fordi EMD har besluttet det.

Heroverfor står imidlertid to væsentlige grunde til at nære forbehold overfor dynamiske fortolkninger:

Den første grund handler om kontrol: Jo mere man tillader en domstol at fortolke sit retsgrundlag dynamisk, desto mere flytter man magten til at regulere fra de folkevalgte og hen til domstolen. Denne mekanisme er velkendt i national ret, hvor der findes talrige lovregler (fx om »god skik« på forskellige samfundsområder), som skal fortolkes af myndigheder og domstole. Men i modsætning til en sådan national retsanvendelse kan magten ikke ved almindelig lovændring flyttes tilbage fra EMD til de nationale folkevalgte, der måtte være uenig i en EMD-dom. Fraværet af denne politiske reaktionsmulighed kan skabe spændinger overfor hele EMD-systemet, der dermed opleves som en politisk magtfaktor. Det kan bidrage til spændingerne, at EMD, i modsætning til de nationale domstole, er bemandet med dommere, der for hovedpartens vedkommende som nævnt ikke har rødder i det retssystem, som de fælder dom over, jf. bemærkningerne herom under 3.c.

Kritikken om, at EMD's dynamiske fortolkninger sker uden politisk modspil, har EMD søgt at imødegå gennem sit princip om »margin of appreciation«. Synspunktet er, at EMD kontrollerer sig selv ved ikke blot at fælde dom, hvor der – måske – foreligger et brud på en menneskerettighed, men netop i mange tilfælde frifinder. Sammen med andre fortolkningsprincipper (se hertil generelt Jonas Christoffersen: Fair balance (2009), kap. 2-5) har disse principper formentlig begrænset gennemslagskraften af EMD's dynamiske fortolkninger, men ikke i et omfang, der har tilfredsstillet den kritik, der fortsat fremføres fra både politisk og juridisk side, jf. herom i afsnit 2. I øvrigt er selve forestillingen om, at en magthaver kan kontrollere sig selv, problematisk. Ansås sådanne mekanismer generelt for at være effektive, behøvede man slet ingen magtfordeling med »checks and balances«.

Den anden grund handler om forudsigelighed. Når udfaldet af en dom ikke kan læses ud af det underliggende retsgrundlag, fordi resultatet først finder sit indhold ved domsafsigelsen, får retstilstanden reelt tilbagevirkende kraft. Den tabende part (staten eller den part, der har haft fordel af den retsstilling, som nu underkendes) dømmes nemlig på et grundlag, som ikke var kendt, da handlingerne fandt sted. Denne konsekvens bryder mod grundlæggende retsstatslige principper (»the rule of law«). Og det mærkes især, hvis en EMD-afgørelse (reelt) fortrænger en national regel med hjemmel i inkorporeringsloven.

ii. *Etisk pligt?* En anden tungtvejende begrundelse for at opretholde EMRK-reguleringen i sin dynamiske skikkelse er, at de medlemsstater i Europarådet, der har stolte traditioner for at beskytte individets grundlæggende rettigheder,

har en slags *etisk pligt* til at eksportere denne retsbeskyttelse til andre stater med mindre stolte traditioner. Ud fra denne tankegang kan man frygte, at de vesteuropæiske lande, der måtte vælge at opsiges EMRK, vil »ofre« de østeuropæiske lande, hvis magthavere dermed vil kunne opfange et signal om, at disse rettigheder ikke længere spiller nogen rolle.

Dette hensyn taler med en vis vægt. Ifølge de årlige opgørelser fra Europarådets Ministerkomité står Rusland (17 %), Ukraine (16 %) og Tyrkiet (11 %) for næsten halvdelen af de sager, der giver anledning til skærpet tilsyn i medfør af EMRK art. 46, se hertil Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the ECHR (10th Annual Report of the Committee of Ministers, 2016), s. 64. Hvis nogle EMRK-medlemsstater gav sig til at »stemme med fødderne«, kunne det give andre stater en undskyldning for (også) at se bort fra konventionen, men uden udmeldelse. Heroverfor står, at den nuværende EMRK-deltagelse tydeligvis ikke har sikret fuld respekt for EMD's domme. I øvrigt synes problemet med den manglende efterlevelse bedre egnet for politiske reaktioner, jf. bemærkningerne oven for i afsnit 3.b om Tyrkiet, end for domstolsprocesser i enkeltsager.

iii. *Tradition.* Den tredje begrundelse for at fastholde EMRK er måske mere formel end reel. Den handler om tradition. Jurister kan have en tendens til at sympatisere med den retsorden, der nu en gang består. Det er disse regler, man har studeret og fundet mening i, og ofte vil den retlige regulering på ét område hænge så fast sammen med andre retsområder, at det føles vidtrækkende at foreslå regelændringer – navnlig når disse ændringer netop knytter sig til en flerhed af retsområder. Dernæst vil en beslutning om at nedlægge EMD få virkning for den meget store arbejdsplads, som Europarådet har lagt tilrette her, bestående af godt 250 jurister, fraregnet dommere.

Derfor vil det falde mange jurister naturligt at bevare den orden, der nu er skabt omkring EMRK. EMD's praksis har jo udviklet sig gennem årtier, store dele af den har vundet anerkendelse, og mange af de dynamiske fortolkninger (fx inden for området for ytringsfrihed) reflekterer uden tvivl udbredte politiske ønsker blandt de folkevalgte. Kritikken mod enkelte af dens afgørelser er jo ikke væsensforskellig her end på andre områder, hvor udfaldet af en skønspregt retsafgørelse mødes af kritik.

Efter min opfattelse er dette argument det væsentligste i diskussionen. Men dets vægt beror netop på, hvilken politisk anerkendelse, der hersker om fortolkningerne i de enkelte medlemsstater, samt på forudsigeligheden af de praksisændringer, der indtræder ved hver nyfortolkning. Der ligger i forvejen et retskildemæssigt problem i at opretholde en dobbelt regulering, både i national ret og gennem EMD-praksis. Denne dobbelthed skaber i sig selv omkostninger til juridisk kildesøgning mv., som sammenlignet med anden kildesøgning forstærkes af, at dommene fra EMD ikke oversættes til dansk, idet de kun offentliggøres på engelsk eller fransk. Men fordi EMD kan slå ind på nye fortolkninger, vil der altid herske en vis usikkerhed om gældende menneskeret, som ikke alene kan redu-

cere respekten for EMD's praksis, men som påfører det retssøgende publikum yderligere usikkerhed og omkostninger i forsøget på at opnå kendskab til gældende ret.

iv. Konklusion: Disse overvejelser efterlader i min optik to hovedargumenter for at fastholde EMD's jurisdiktion inden for rammerne af den eksisterende EMRK. Det ene er, at vi på godt og ondt har vænnet os til EMD's regulering, og at den måske efter en samlet politisk vurdering ligefrem anses for at være værdifuld. Det andet er, at EMRK bidrager til at sprede menneskeretsideologien til dele af europaråds kredsen, hvor det ellers ikke falder så let at acceptere den, og at det derfor kan sende et problematisk signal udadtil at forlade EMRK. Imod dette argument taler omvendt, at EMD på en række punkter har skabt spændinger i forholdet til nationale parlamenter og domstole som følge af den magtfor skydning, der er sket til EMD.

Med denne konklusion opstår herefter spørgsmålet, hvordan de nationale og europæiske folkevalgte kan reagere på EMD's dynamiske fortolkninger. Oversigtsmæssigt står valget mellem at søge EMD's praksis påvirket uden ændringer i retsgrundlaget herfor (herom under 4.), at ændre i retsgrundlaget for EMD (herom under 5.), at indføre nationale begrænsninger i EMRK's anvendelighed i dansk ret (herom under 6.) eller helt at forlade EMRK (herom under 7.).

4. Kan EMD's dynamiske praksis påvirkes?

a. Folkeretlige reaktionsmidler

En medlemsstats folkeretlige muligheder for at påvirke EMD's praksis beror på, om den agerer alene eller i en koalition med andre stater. Agerer medlemsstaten alene, kan den kun vælge mellem at blive eller udtræde af konventionen i sin helhed. En medlemsstat kan ikke træde ud af EMRK delvis, fx i relation til bestemte artikler eller sagsområder. EMRK art. 57 tillader kun oprindelige forbehold i det omfang en lov, som på tidspunktet for konventionens underskrivelse var i kraft, ikke er i overensstemmelse med en konventionsbestemmelse. Bortset herfra er valgmuligheden begrænset til at vælge de materielle tillægsprotokoller til og fra. Så længe Danmark har tiltrådt EMRK, er danske domstole og danske retsanvendere nødt til at tage den, som den er, og med de fortolkninger, der følger af EMD's praksis.

Forskellige mellemløsninger har været overvejet for at omgå denne manglende fleksibilitet. I *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, s. 751-788 (2008) har den britiske professor *Ed Bates* fx formuleret en række forslag til, hvordan medlemsstater ved at tage forskellige folkeretlige skridt kan bringe konventionsbaserede menneskeretlige forpligtelser til ophør. Forfatteren foreslår flere fremgangsmåder, fx udtræden med henblik på senere indtræden. Et lignende forslag findes i det (senere forkastede) forslag til folketingsbeslutning om den europæiske menneskerettighedskonvention (B18), som Dansk Folkeparti stillede i Folketinget den 25. oktober 2016. Ifølge det skulle regeringen pålægges at ophæve inkorporeringsloven og at tage initiativ til, at Danmark får et forbehold

over for EMRK, som sikrer, at den danske regering fremover kan føre den udlændingepolitik, der er flertal for i Folketinget.

Sådanne skridt kan måske gennemføres juridisk, men i deres realitet bryder de mod den politiske forståelse, der ligger til grund for EMRK. *Peter Vedel Kessing* påpeger i *Advokaten* 09/2016, s. 37 f., at et sådant skridt kan sætte Danmark i et troværdighedsproblem, fordi vi i 1998 protesterede, da Trinidad og Tobago foretog noget tilsvarende over for konventionen om klage til FN's menneskerettighedskomité.

b. Politiske reservationer og henstillinger

Som bekendt behøver politiske initiativer ikke nødvendigvis at tage form af lovgivning. Er der enighed om en politisk retning, kan det være ligeså effektivt at benytte »bløde« midler i form af uforpligtende henstillinger og anbefalinger, der måske følges af en almindelig accept eller baner vejen for andre og mere forpligtende vedtagelser. Den slags dokumenter kan tilmed efter omstændighederne inddrages i fortolkningen af internationale traktater, jf. neden for om artikel 31, stk. 2, litra b), i Wienerkonventionen af 23. maj 1969 om traktatretten.

Henstillingsvejen har været benyttet fra og med 2004 i regi af Europarådet, herunder ved forskellige diplomatiske konferencer. Både før, men navnlig efter, at Storbritannien i 2011 rejste kritik af EMD's praksis, er der vedtaget flere erklæringer med henstillinger af forskellig art på diplomatiske konferencer i henholdsvis *Interlaken* (19. februar 2010), *Izmir* (27. april 2011), *Brighton* (20. april 2012) og *Bruxelles* (27. marts 2015). Erklæringerne udtrykker en stigende bekymring for EMD's sagsbunker, sagsbehandling, effektivitet og troværdighed. De to førstnævnte erklæringer beskæftiger sig primært med domstolens arbejdsform. Pkt. 6 i *Interlaken*-erklæringen betonedes fx behovet for at gennemføre en effektiv filtrering af de mange ansøgninger og for at løse det problem, der lå i gentagne ansøgninger om samme forhold. Disse henstillinger er fulgt op med etableringen af en »Filtering Section« ved EMD den 1. januar 2011.

Brighton-erklæringen tager for første gang fat om det grundlæggende problem ved sin, i forhold til tidligere erklæringer, meget direkte bemærkning (pkt. 12, a) om, at den diplomatiske konference »Welcomes the development by the Court in its case law of principles such as subsidiarity and the margin of appreciation, and encourages the Court to give great prominence to and apply consistently these principles in its judgments« (udhævet her).

Ifølge pkt. 34 i *Brighton*-erklæringen skal Europarådets Ministerkomité inden udgangen af 2019 »decide whether the measures adopted have proven to be sufficient to assure sustainable functioning of the control mechanism of the Convention or whether more profound changes are necessary.« Det kan tænkes, at denne undersøgelse reelt vil finde sted på den internationale konference, som den danske regering nu forbereder.

Brighton-erklæringen er senest fulgt op med *Bruxelles-erklæringen*, hvor medlemsstaterne (i præambelen) optimistisk antager, at »... the backlog of manifestly inadmissible cases is expected to be cleared in 2015.« Om henstillingerne i Brighton-erklæringen begrænser Bruxelles-erklæringen sig til at notere sig »... the work currently being carried out by the Steering Committee for Human Rights (CDDH) on the reform of the Convention system and its long-term future, the results of which are foreseen in December 2015«.

Resultatet af dette arbejde foreligger i en rapport af 11. december 2015 fra Europarådets Steering Committee for Human Rights (CDDH) med titlen »CDDH report on the longer-term future of the system of the European Convention on Human Rights«. Rapporten forholder sig åbenhjertigt til to store udfordringer for EMD: Sagsmængden (som uomtvisteligt er for stor) og den faldende respekt for dens afgørelser (som angiveligt har flere årsager, herunder problemer med dommerudpegning og stadigt flere kollisioner med andre menneskeretlige konventioner). For at klare sagsmængden foreslås en ekstra bevilling på 30 mio. € til anvendelse over en periode på 8 år (pkt. 82). Dette beløb tænkes brugt til at ansætte 40 yderligere »highly qualified lawyers«. Rapporten lægger derimod ikke op til reformer, der skal påvirke EMD's fortolkningspraksis mv.

Det er uvist, om Brighton-erklæringens anbefaling til EMD om at »give great prominence to and apply consistently« principperne om »subsidiarity and the margin of appreciation« vil påvirke EMD's dynamiske fortolkninger. Har der været en virkning, har den hverken været dramatisk eller tydelig. Storkammerets afgørelse i sagen *Biao v Denmark* tyder ikke på, at skønsmarginen er udvidet i forhold til tidligere. I sagen fandtes den såkaldte 28-årsregel diskriminerende og stridende mod retten til et familieliv. Sagen var utvivlsomt »på vippen«. Allerede i Højesteret var der dissens (4-3), se *U 2010.1035 H*. Der var også dissens i storkammeret, og flertallet i et tidligere kammer var nået til et modsat resultat. Uanset hvad man må mene om udfaldet af en sag som denne, er det vanskeligt at hævde, at sagen omhandlede en åbenbar menneskerettighedskrænkelse. Også det Folketing, der i sin tid vedtog reglen, var delt. Nogle mente, at den var en god idé. Andre tog afstand fra den.

Omvendt findes der så vidt ses ingen *leading cases*, hvor domstolen har lagt afstand til tidligere præjudikater under henvisning til henstillingen Brighton-erklæringen. Og spørgsmålet er, om de kommer. EMD skal jo træffe sine afgørelser efter EMRK's regler efter de principper, der er skrevet ind i 1969-Wienerkonventionen om traktatretten. Her spiller mere eller mindre klart udtalte politiske ønskemål kun en rolle, hvis de enten tager form af en aftale mellem alle deltagere i traktaten (art. 31, stk. 2, litra a), eller som »et dokument, som er udarbejdet af en eller flere deltagere i forbindelse med traktatens indgåelse og godkendt af de øvrige deltagere som et dokument i tilknytning til traktaten i denne konvention« (art. 31, stk. 2, litra b). At EMD ikke blot ændrer praksis ud fra politiske henstillinger er umiddelbart forståeligt for en dansk jurist, der er lært op med grundlovens § 64 som citeret ovenfor. Der-

for må konventionen ændres, hvis EMD's praksis skal ændres mere markant.

Som en udløber af de diplomatiske drøftelser om Brighton-erklæringen har europarådskredsen vedtaget Protokol nr. 15 den 24. juni 2013, som dog endnu ikke er trådt i kraft, fordi den ikke er tiltrådt af det fornødne antal medlemsstater. Som anført af *Christoffersen og Madsen* i *U 2016B*, s. 392 ff., vil den bl.a. ændre konventionen, så der i slutningen af dens præambel indføres en udtrykkelig henvisning til subsidiaritetsprincippet og princippet om staternes skønsmargin (Protokol nr. 15, art. 1).

Om en sådan præambelbestemmelse vil udvirke en ændring i EMD's fortolkningspraksis, vides i sagens natur endnu mindre. Men det er værd at bemærke, at den i givet fald ikke vil ændre de materielle retsgrundlag for EMD's retsanvendelse. Retskildemæssigt er forskellen mellem en sådan løsning og den henstillingsløsning, der allerede kendes fra Brighton-erklæring, derfor næppe stor.

c. Rekrutteringsstyring

Medlemsstater kan forsøge at påvirke EMD's praksis gennem rekrutteringsstyring. Da EMD-dommerne maksimalt kan beklæde deres embede i 9 år, jf. artikel 23, kan en sådan form for styring forekomme relevant. I medfør af EMRK art. 22, udpeges dommerne ud fra en liste indsendt af den enkelte medlemsstat. At Finland for et par år siden lod sin daværende højesteretspræsident, *Paulina Koskelo*, der som nævnt ovenfor under 2.a har udtalt kritik af EMD's dynamiske praksis, være en af de tre dommere, Finland indstillede til det ledige dommerembede, kan muligvis ses som et sådant forsøg.

Om denne metode kan resultere i en mindre dynamisk fortolkningspraksis ved EMD, vides først, når man ad åre kan se, hvordan nyudpegede dommere voterer, enten i enkeltformation, i almindelige kamre eller som del af et storkammer. Denne viden har vi endnu ikke, men en ting ligger klart: En sådan påvirkning af domstolens praksis har i bedste fald særdeles lange udsigter, allerede fordi den enkelte dommer alene repræsenterer godt 2 % af stemmevægten i den samlede domstol.

5. Hvordan kan EMRK revideres?

a. Revision af de materielle EMRK-regler

Ifølge princippet om magtens tredeling burde den kritik, som har været rejst mod EMD, kunne håndteres ved at ændre EMRK's materielle regler. Hvis en flerhed af delta-gerlande ønsker at sætte andre rammer for domstolen, kan man jo blot invitere til genforhandling af de bestående traktater.

En sådan løsning er imidlertid lettere i teorien end i praksis.

For det første er det ikke formuleringerne af EMRK, som har skabt modstanden mod EMRK, men EMD's dynamiske fortolkning, kombineret med den individuelle klageadgang.

For det andet er der næppe den store uenighed om EMRK's materielle bestemmelser, som de står skrevet.

Uenighederne handler om deres udmøntninger efter EMD's dynamiske fortolkninger. Nogle medlemsstater vil være enige i disse fortolkninger, andre ikke. Det er svært at forestille sig, at alle Europarådets 47 medlemsstater, med deres vidt forskellige retskulturer og politiske interesser, skulle blive enige om præcis hvilke dynamiske fortolkninger, der ikke længere skulle være gældende. Det nærmeste, man er kommet en politisk enighed herom, er den under pkt. 4.b nævnte protokol nr. 15, der som nævnt i afsnit 4.b vil indsætte en udtrykkelig henvisning i EMRK's præambel til subsidiaritetsprincippet og princippet om staternes skønsmargin.

Det mest grundlæggende problem i at revidere EMRK er derfor, at man formentlig ikke kan mobilisere noget flertal for at ændre konventionen på en måde, der tilgodeser medlemsstaternes vidt forskellige interesser. Samme pessimistiske tone slås an af *Jonas Christoffersen & Mikael Rask Madsen* i U 2015B, s. 13 ff. (s. 23). Og selv om der skulle være et sådant flertal, ville det være tvivlsomt, om en revideret EMRK ville blive ratificeret af ligeså mange medlemsstater, som den gældende. Dermed gør EMRK's folkeretlige fundament den reelt immun overfor politiske ændringsønsker.

Denne kendsgerning er velkendt fra andre områder af folkeretten, der af samme grund i stigende grad bevæger sig bort fra konventionsinstrumenter til fordel for »bløde« instrumenter (i form af henstillinger, modellove og guidelines), som fx Brighton-erklæringen, jf. herom afsnit 4.b. Sådanne instrumenter kan benyttes til at markere enighed om en uforpligtende formulering, som man dog kunne enes om, når staterne ikke ønskede at forpligte sig i videre omfang. Forpligtende international regulering i den store stil kendes i dag primært som flertalsbestemte retsakter, fx i form af EU-forordninger.

Lægges det således til grund, at man vanskeligt kan ændre EMRK's materielle regler, kan man spørge, hvordan muligheden da er for at ændre i konventionens øvrige regler. Her samler opmærksomheden sig om EMD's sagsbehandlingsregler, henholdsvis *før* (herom under b.) og *efter* (herom under c.) at en sag pådømmes. Derudover kan man overveje at tillade medlemsstaterne at tage forbehold overfor enkelte domme eller sagsområder (herom under d.).

b. Genindførelse af en filtreringsmekanisme

Et nærliggende forslag om at ændre procesordningen, så den føres tilbage til tiden før 1998 (se herom *Carl Aage Nørgaard* i U 1987B, s. 83 ff.), er stillet i en »Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers«, der blev afgivet den 15. november 2006, CM (2006)203, se hertil *Peer Lorenzen* i EMD 50 år, s. 55 f. Den del af EMD's store sekretariat, der forestår arbejdet med at forberede sagerne til domstolen, skulle herefter udskilles til en administrativ enhed (en ny Kommission, her benævnt »Judicial Committee«), som på sekretariatsniveau foretog den indledende filtrering af afgørelserne. Gennem denne løsning ville man undgå, at de lange sagsbehandlingstider trak EMD's anseelse nedad.

Tilsvarende filtreringsmekanismer kendes på andre områder. Indtil vi fik Procesbevillingsnævnet (som har en højeretsdommer som formand), lå afgørelser som oprejsnings- og tredjeinstansbevillinger fx hos Justitsministeriet. I andre domstolsordninger, fx i USA, træffes afgørelser om såkaldt *certiorari* (dvs. tilladelse til prøvelse for U.S. Supreme Court) af U.S. Supreme Court selv. Der indsendes et stort antal ansøgninger herom. Rundt regnet 1 procent opnår tilladelsen. Samme ordning findes fx i Norge.

Forslaget fra vismandsudvalget kunne ikke opnå tilslutning. En udtalelse om forslaget afgivet af EMD's plenarforsamling den 2. april 2007 foreslog bl.a., at man først indhenter erfaringer fra den mulighed, som Protokol 14 giver mulighed for at afvise sager i enkeltdommerformation. Protokollen trådte først i kraft den 1. juni 2010. Om den foreslåede filtrering i sig selv havde påvirket EMD's dynamiske fortolkninger, ville i øvrigt nok være tvivlsomt. Forslaget sigtede ikke mod dette mål. Resultatet ville blive, at der var færre domme og mindre sagsbunker – ikke nødvendigvis en mindre dynamisk praksis.

c. Grundigere sagsbehandling

Sagernes forberedelse og partskonstellation: Som nævnt i afsnit 3.c adskiller sagsbehandlingen ved EMD sig fra sagsbehandlingen ved danske domstole i sager, hvor det kan komme på tale at ændre en retstilstand. EMD-sagerne behandles i vid udstrækning skriftligt, med en beskeden mulighed for bevisførelse og mundtlig procedure. Hertil kommer, at de private parter, som en menneskeret påfører pligter, kun undtagelsesvis kan ytre sig over for EMD. Dermed består der en generel risiko for, at ikke alle modhensyn er taget under overvejelse.

Ved en revision af procesreglementet for EMD burde der gives tredjeparter med en retlig interesse mulighed for at afgive mere fyldige skriftlige og mundtlige indlæg. En sådan adgang ville harmonere med danske procesregler. Medlemsstaterne benytter sjældent deres ret til at intervenere. En forklaring herpå kan ligge i omkostningerne ved at skulle intervenere i det store antal sager, hvor nationale interesser kunne være på spil. En anden forklaring kan ligge i manglende kendskab til sagerne. Muligvis kan der også herske en ulyst mod at skulle blande sig i andre staters indre anliggender.

En udvidet mundtlig sagsbehandling kombineret med en udvidet adgang til tredjepartsintervention vil imidlertid koste ressourcer i EMD og forlænge sagsbehandlingstiden. Og da EMD netop kritiseres for sine lange sagsbehandlingstider (som i sagens natur indirekte angår ressourcepørgsmål) må et sådant forslag anses for politisk uaktuelt.

Kamrenes sammensætning. Et andet kritikpunkt mod EMD ligger i, at de forskellige kamre (og storkamre) er bemandet med forskellige dommere, der dermed kan risikere at dreje praksis i forskellige retninger. Årsagen her til ligger i reglen om, at hver medlemsstat uanset størrelse udpeger én dommer. Det store antal dommere må siges at være en svaghed ved EMD's sagsbehandling. En slagkraftig domstol som USA's *Supreme Court* består fx af 9 dom-

mere, der alle deltager i den enkelte sag. Den internationale domstol i Haag består af 15 dommere.

Skulle man reducere EMD-dommertallet, ville det være nærliggende, at lande med en stor befolkning (fx Rusland, Tyrkiet, Storbritannien, Tyskland og Frankrig) fik permanent sæde i domstolen, så der indførtes en rotationsordning for de øvrige lande. Politisk vil et sådant forslag næppe vinde tilslutning fra de små lande, der dermed ville blive nødt til at afgive deres nuværende indflydelse. Forslaget må af den grund på forhånd anses for urealistisk.

d. Adgang til at afgive forbehold

Uden i øvrigt at ændre hverken materielle regler eller sagsbehandlingsregler kunne man overveje at tillade medlemslandene at afgive *forbehold over for dele af EMD's praksis*. Ifølge den gældende EMRK art. 57 består muligheden for at tage forbehold kun i relation til lovgivning, som var gældende ved konventionens indgåelse. For medlemsstater, der tiltrådte EMRK på et tidspunkt, hvor EMD ikke (reelt) havde ændret konventionens indhold gennem dynamiske fortolkninger, var det uaktuelt at gøre brug af denne adgang. Men når forståelsen af EMRK i kraft af dynamiske fortolkninger reelt ændres efter en tiltrædelse, kunne det synes relevant helt at give medlemsstater, der anser deres forudsætninger for tiltrædelsen for bristede, adgang til at tage forbehold.

Fordelen ved at tillade sådanne forbehold kunne være, at adgangen tilgodeser nationale politiske hensyn. Man vil sikre *checks and balances* overfor EMD, fordi de pågældende områder af konventionen ikke vil kolliderede med den nationale lovgivning. Bortset fra de områder, som den enkelte stat måtte have taget forbehold for (og som vil synliggøre dens menneskeretlige orientering), vil den kunne sikre fortsat politisk støtte til EMRK. Den iøjnefaldende ulempe vil være, at man vil fratage EMRK en væsentlig del af dens slagkraft, eftersom det reelt bliver op til det enkelte medlemsland, om det vil være forpligtet af konventionen. Til dette modargument er dog at sige, at medlemslandet altid vil have ret til at udtræde med 6 måneders varsel, jf. art. 58. En mulighed for delvis udtræden kan reducere antallet af opsigelser i et politisk scenarie, hvor støtten til EMRK falder.

En variant af dette forslag kunne være at benytte *forbehold over for enkelte EMD-domme*, så en fældende dom ikke tvinger medlemsstaten til at ændre sin lovgivning. En sådan model kendes herhjemme fra det private klagenævnssområde. Således foreskriver § 32 i forbrugerklage-loven, at en erhvervsdrivende, der ikke ønsker at være bundet af en afgørelse, som Forbrugerklagenævnet eller et godkendt privat tvistløsningsorgan har truffet, skriftligt skal meddele dette til nævnet eller tvistløsningsorganet inden 30 dage fra forkyndelsen. Sker det, mister afgørelsen sin gyldighed.

Tillader man sådanne forbehold, vil EMD komme til at ligne de komitéer, der er etableret i medfør af FN's menneskerettighedskonventioner, og nationale ombudsmandsinstitutioner. Sådanne uformelle organer kan have en vis

slagkraft, selv om der ingen retlig pligt består til at efterleve deres udtalelser, men slagkraften af en ikke-bindende dom fra EMD må utvivlsomt formodes at være højere.

6. Kan EMD-praksis begrænses ved national lovgivning

a. Ophævelse af inkorporeringsloven

EMRK-reglernes direkte anvendelighed i dansk ret kan bringes til ophør ved at ophæve inkorporeringsloven. En sådan ophævelse vil dog ikke medføre nogen radikal ændring af dansk ret, da hovedparten af EMRK-reglerne i forvejen gælder i dansk ret og også gjaldt, inden Danmark tiltrådte, og senere inkorporerede, EMRK. En ophævelse vil betyde, at man ikke længere kan se bort fra dansk lovgivning, der måtte være uforenelig med EMD-afgørelser, jf. *U 1986.898 H* (EMRK inden den blev inkorporeret) og *U 2006.770 H* (ILO-konventioner).

Vælger Danmark helt at *træde ud* af EMRK, vil det følge som en nærliggende (men, som det vil fremgå, ikke nødvendig) konsekvens også at ophæve inkorporeringsloven. Ophæver man derimod inkorporeringsloven *uden også* at opsigte EMRK-medlemskabet, må der tages stilling til, hvordan den fortsatte konventionsforpligtelse skal påvirke den nationale rets anvendelse. Der må her sondres mellem Danmarks *folkeretlige* forpligtelser overfor EMRK-partnerne på den ene side, og på den anden side retsvirkningerne i *national ret*:

Folkeretligt vil en ophævelse af inkorporeringsloven hverken afskære den individuelle klageadgang eller fritage Danmark for at skulle opfylde sine EMRK-forpligtelser over for konventionspartnerne. En fældende dom pålægger staten en retlig forpligtelse til at opfylde den, jf. EMRK art. 46, stk. 1. Medlemsstaten skal altså træffe de nødvendige individuelle og generelle foranstaltninger til efterlevelse af dommen og herunder betale erstatning til klageren, jf. EMRK art. 41. Efterlevelsen påses af Ministerkomitéen, der ifølge EMRK art. 46, stk. 2, får dommen oversendt med henblik på at overvåge dens fuldbyrdelse. Den dømte stat vil dermed være under et politisk pres, idet sagen vil forblive på dagsorden (og dermed versere for Ministerkomitéen), indtil staten har truffet de nødvendige foranstaltninger til efterlevelse af dommen

Brud på EMRK kan også håndhæves ved, at andre medlemsstater rejser statsklager i medfør af EMRK art. 33. Denne fremgangsmåde benyttes i praksis meget sjældent. Se herved oversigten i *Peer Lorenzen m.fl.*: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 3. udg. (2011), s. 1063 f.

Når det gælder retsvirkningerne i *national ret* vil danske domstole og myndigheder uden inkorporeringsloven kun skulle følge EMRK i det omfang de såkaldte *fortolknings-, formodnings- og instruktionsregler* gælder, se herom i afsnit 3.b. Ønsker Folketinget helt at afskære domstolene og myndighederne fra at anvende disse regler, kan også de bringes til ophør ved lov.

b. Politiske skridt

Den nuværende regering har ved forskellige lejligheder anført, at spillerummet inden for de forskellige internationale konventioner skal udforskes – og om nødvendigt

udfordres gennem lov og administrativ praksis. Se fx ministerens svar på spørgsmål 651 (14. juni 2016) til Udlændinge-, Integrations- og Boligudvalget med henvisning til tidligere ministersvar. Folketinget har i flere tilfælde fulgt op på denne linje, bl.a. ved lov nr. 102 af 3. februar 2016, der fastslog, at personer med midlertidig beskyttelsesstatus først kan ansøge om familiesammenføring efter 3 år. I bemærkningerne til denne lovændring (L87, fremsat 10. december 2015), anføres det (pkt. 2.2.2.1), at der er »en vis risiko« for, at EMD vil nå frem til, at det ikke er muligt efter EMRK art. 8 (om ret til familieliv) generelt at stille krav om 3 års ophold, men at det imidlertid er regeringens opfattelse, at der er »tungtvejende argumenter« (den betingelse, der ifølge dansk retspraksis kræves for at kunne fravige EMD-praksis, se herom neden for under 6.c) for at anse den foreslåede ordning for forenelig med art. 8. Østre Landsret har i skrivende stund en sag herom til pådømmelse.

En sådan lovregulering forekommer nærliggende på områder, hvor der består reel tvivl om omfanget af Danmarks folkeretlige forpligtelser. Den kan derfor være en adækvat modforanstaltning over for den usikkerhed, der følger af EMD's praksisændringer. Usikkerheden kan for det første gøre sig gældende på enkelte sagsområder, hvor menneskerettighederne er i udvikling. Brighton-erklæringens henstilling til EMD om at »give great prominence to and apply consistently« principperne om skønsmargin og subsidiaritet, kan for det andet tænkes at skabe en mere generel tvivl om rækkevidden af etableret praksis. Men i øvrigt taler grundlægende demokratiske hensyn for at lade medlemsstaterne, og ikke EMD, fortolke EMRK efter »present day conditions«, navnlig når der uforudset viser sig store samfundsmæssige omkostninger ved at følge tidligere fortolkninger. Sådanne forhold, der mærkbart vil påvirke den internationale konsensus om disse regler, bør kunne indgå i EMRK-fortolkningen, også selv om man ikke befinder sig i de »offentlige faretilstande«, der ifølge EMRK art. 15 giver hjemmel for fravigelse af konventionens regler.

c. Nationale domstoles fortolkning af EMD-praksis

Som anført i afsnit 3.b har EMD's fortolkning af konventionsteksterne to typer af retsvirkninger. Den ene retsvirkning er *konkret* og handler om de retskrav, der kan rettes mod en medlemsstat efter en fældende dom, nemlig dels klagerens erstatningskrav, jf. EMRK art. 41, dels fuldbyrdelsen via Ministerkomitéen, jf. art. 46. Den anden retsvirkning er *generel* og handler om danske domstoles fortolkning af den relevante konventionsbestemmelse i fremtidige sager. Som anført samme sted forventes de danske domstole at inddrage EMD's fortolkning som et »tungtvejende fortolkningselement«, uden at være forpligtet hertil, hvis andre tungtvejende argumenter gør sig gældende.

Når det gælder dette sidstnævnte element, har det været overvejet, om danske domstole er for tilbageholdende med at inddrage sådanne andre tungtvejende argumenter. Således påpeger *Jens Kristiansen* i Stine Jørgensen m.fl. (red.): »Nye retlige design – Dansk ret under konkurren-

ce« (2003), 79 ff., de uheldige konsekvenser ved at pålægge private parter menneskeretlige pligter, der alene støttes på dynamiske fortolkninger. Spørgsmålet skal ikke berøres yderligere her, men der kan være grund til at pege på, at den modstand, som i nogle dele af justitsvæsenet findes mod de dynamiske fortolkninger, som illustreret ved citaterne i afsnit 2.c, formentlig kan afsvækkes gennem større frihedsgrader i national rets anvendelse, uanset hvilke folkeretlige konsekvenser dette måtte indebære. Med sin dom i *U 2017.824 H* (»Ajos-sagen«) valgte Højesteret således at fortolke EU-inkorporeringsloven således, at en uskrevet retsgrundsætning ikke kunne gøres gældende over for en privat part, uanset om dette resultat måtte indebære en krænkelse af Danmarks EU-retlige forpligtelser.

7. Opsigelse af EMRK-medlemskabet

a. Retlige og politiske aspekter

En processuelt set forholdsvis enkel løsning på de problemer, som er skabt ved EMD's dynamiske fortolkninger, er at opsigse EMRK-medlemskabet. Hertil kræves alene 6 måneders varsel, jf. art. 58. Da konventionen er indgået med Folketingets samtykke, skal også opsigelsen vedtages af Folketinget, jf. grundlovens § 19, stk. 1, sidste pkt. Et flertal i Folketinget kan fx vedtage en beslutning, der pålægger regeringen at tage de nødvendige skridt til at opsigse EMRK.

En opsigelse af EMRK vil muligvis have konsekvenser for Danmarks forpligtelser i henhold til andre konventioner, der henviser til EMRK. Uden at gå i detaljer med de problemstillinger, der måtte følge heraf, er der grund til at tro, at deres omfang reduceres, hvis Danmark samtidig med opsigelsen afgiver en højtidelig erklæring om at ville efterleve EMRK's materielle regler.

En sådan erklæring må formodes at skærme Danmark mod mulige sanktioner for ikke at efterleve den pligt, der følger af den Statut for Det Europæiske Råd af 5. maj 1949, der danner grundlag for etableringen af Europarådet. Ifølge art. 3 i statuten skal ethvert medlemsland »anerkende de for retsstater almindeligt gældende grundsætninger og det princip, at menneskerettighederne og de fundamentale frihedsrettigheder tilkommer enhver person inden for dets jurisdiktion, og samarbejde oprigtigt og effektivt på virkeliggørelsen af Rådets formål, således som anført i kapitel I«.

På tilsvarende vis må det antages, at en opsigelse ikke skaber problemer i Danmarks opfyldelse af Traktaten om Den Europæiske Union. At de grundlæggende rettigheder ifølge EMRK også udgør generelle principper i EU-retten, jf. Traktatens artikel 6, stk. 3, afskærer ikke en sådan opsigelse. Denne EU-retlige inkorporering af EMRK beror netop på denne artikel og ikke på medlemsstaternes tilslutning til EMRK. EU-domstolen har i øvrigt ved sin plenumudtalelse af 18. december 2014 (nr. 2/13) selv modsat sig, at EU kan udnytte den hjemmel, som protokol nr. 8 til EU-traktaterne giver Unionen for at tiltræde EMRK.

En EMRK-opsigelse kan være en slagkraftig metode til at frigøre sig fra EMD's dynamiske fortolkninger. De folkevalgte kan derfor overveje at tage dette skridt, hvis ikke det viser sig muligt ved politiske midler at ændre EMD's dynamiske fortolkninger. Ulempen ved dette skridt ligger dog i risikoen for, at Danmark med *Lord Hoffmanns* ord a.st., vil »... cast ourselves as a pariah state.« I virkeligheds verden vil en opsigelse af EMRK kræve, at flere medlemsstater går samme vej.

Denne opfattelse er da også lagt til grund af VLAK-regeringen, der ved forskellige lejligheder har udtalt, at debatten om de internationale konventioner ikke er en debat, Danmark kan tage alene, idet den »... kræver, at andre er med.« (her citeret fra ministerens svar af 14. juni 2016 på spørgsmål 651 til Udlændinge-, Integrations- og Boligudvalget). Storbritannien har tidligere truet med udmeldelse. Men efter udfaldet af den britiske Brexit-afstemning den 23. juni 2016 har man som tidligere nævnt prioriteret Brexit-forhandlingerne højere end EMRK. En anden mulig støtte kunne måske hentes i nogle af de nordiske lande, hvor de dynamiske fortolkninger også har givet anledning til kritik.

Derfor bør dette skridt i givet fald tages på en måde, der ikke kan opfattes som en afstandtagen til den regulering, der følger af EMRK's materielle bestemmelser uden dynamiske fortolkninger. Det bør – som også anført i VLAK-regeringsgrundlaget – klart markeres, at udmeldelsen alene sker for at tage afstand fra de *dynamiske* fortolkninger. Det er i den forbindelse vigtigt at understrege over for offentligheden, at de menneskeretlige regler hverken er faste eller uforanderlige, at der findes mange – og mange indbyrdes uforenelige – »menneskerettigheder«, at den moderne menneskeretstænkning har en relativt kort historie bag sig, og at de problemer, som man forsøger at løse ved en udmeldelse, ikke udspringer af konventionsteksten, men af EMD's dynamiske forståelse af den. I en retspolitisk debat kan man i øvrigt pege på, at den begrænsning af medlemsstaternes demokratiske råderum, der følger af en dynamisk fortolkning, i et eller andet omfang truer den grundlæggende menneskeret til national selvbestemmelse, som fx følger af art. 1, stk. 1, i FN-konventionen af 16. december 1966 om borgerlige og politiske rettigheder.

En støtte til den menneskerettighedstænkning, der ligger til grund for EMRK, kan etableres ved, at medlemsstaten ledsager sin udmeldelse af en *højtidelig erklæring* om fortsat at ville efterleve EMRK's materielle bestemmelser, men uden EMD's dynamiske fortolkninger. Skal en sådan markering tages alvorligt, må der imidlertid være realiteter bag. Den enkleste metode (herom i afsnit 7.b) kunne være at fastholde inkorporeringsloven trods udmeldelse, men således at de nationale domstole overtager fortolkningskompetencen. En mere ambitiøs metode (herom i afsnit 7.c) kunne være at etablere nye prøvelsesfora.

b. Menneskerettigheder uden dynamiske fortolkninger

Vælger Danmark at udtræde af EMRK uden i en eller anden form at sikre, at EMRK's materielle regler fortsat

gælder uden dynamiske fortolkninger, vil der umiddelbart opstå en slags »retstomt rum«, som vil medføre usikkerhed om den retstilstand, som er etableret på de mangfoldige områder, hvor EMRK-reguleringen har vundet indpas.

Der er imidlertid intet til hinder for at lade inkorporeringsloven blive stående med de tekniske ændringer, der er nødvendige for at sikre, at fortolkningskompetencen kan overgå til de danske domstole, idet den direkte klageadgang til EMD nødvendigvis må falde bort, når Danmark ikke er medlem af EMRK. Et argument imod en sådan ordning kan være, at der så vil gælde to forståelser af EMRK, nemlig dels den forståelse, som udvikles ved de danske domstole, og dels den forståelse, der udvikles ved EMD. I princippet findes en sådan ordning allerede i konsekvens af EMD's princip om skønsmargin. Ved i højere grad at overlade det til danske domme at fortolke konventionsteksterne har man blot udvidet denne margin. Udvidelsen vil i øvrigt alene ske i overensstemmelse med de skøn, domstolene måtte vælge at anlægge.

En udmeldelse af EMRK vil betyde, at Danmark er forpligtet af en tekst, som vi ikke (længere) har noget diplomatisk medansvar for. En sådan situation er dog ikke ukendt. Danmark har fx valgt at lade kronen følge eurokursen (inden for visse bånd). EØS-landene har reelt valgt at underlægge sig de retsakter, der udgår fra EU-systemet. Arbejdet i Europarådet følges i forvejen af observatørstater. Det må antages, at Danmark uden videre kunne opnå en sådan status efter en EMRK-udmeldelse. Konsekvensen heraf vil blot være, at det bliver op til den danske lovgiver og danske domstole, hvilke fortolkninger af denne tekst man vil lade sig forpligte af. Finder en dansk domstol, at Danmark har krænket EMRK, må klageren tilgodeses ved »passende erstatning«, jf. EMRK art. 41. Det vil derimod være op til lovgiveren, for fremtiden, at ændre lovgivningen, således at det forhold, der ansås som en krænkelse, ikke længere er det.

Anser man det for problematisk at være underlagt en konvention, som man ikke har undertegnet, kunne man indføre et *nationalt menneskerettighedskatalog*, som kunne fortolkes af vore egne domstole. En sådan model overvejes i Storbritannien, jf. omtalen i afsnit 2.b af den »Bill of Rights«, som daværende premierminister *David Cameron* foreslog tilbage i 2011. Hvis udmeldelsen sker i en koalition med andre lande, der ser med samme skepsis på EMD's dynamiske fortolkninger, som Danmark gør, kunne man overveje at indføre denne regulering i et sådant internationalt samarbejde.

Som bestanddele af et sådant katalog kunne man overveje at inddrage EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder, i det omfang Charteret ikke allerede, i kraft af dets art. 51, gælder for Danmark. Herfor taler, at chartret er langt mere moderniseret end EMRK. Imod denne løsning taler, at Charteret fortolkes af EU-domstolen, der også har tradition for dynamiske fortolkninger. Det vil være vanskeligt at opretholde en national fortolkning af samme regelsæt som den, der praktiseres af EU-domstolen, når Danmark i forvejen er omfattet af EU-domstolens praksis

på andre områder. Derfor vil denne løsning reelt betyde, at man erstatter den ene slags dynamiske fortolkninger med den anden.

c. Nye domstolsfora

Hvis Danmark gennem en opsigelse af EMRK frigør sig for pligten til at være underlagt EMD's fortolkninger, kan man spørge, om ikke man burde etablere et nyt internationalt domstolsforum for prøvelse af disse sager. Som anført i note 3 ovenfor giver mange menneskerettighedskonventioner, navnlig fra FN, hjemmel for individuel klageadgang til særligt oprettede komitéer. Tilsvarende komitéer kunne oprettes med sigte på EMRK-reglerne. Da komitéerne imidlertid *også* er kendt for at anlægge dynamiske fortolkninger, kan man overveje, om denne løsning er et adækvat modtræk.

Ønsket om at sikre en international kontrol med EMRK-fortolkningerne kunne derimod tale for at opbygge regionale domstole. En nærliggende tanke var her at etablere en *nordisk menneskerettighedsdomstol*. En sådan domstol ville sikre den kulturelle forankring i nordisk retstænkning, som i forvejen har været afgørende for udviklingen af nordisk ret. Domstolen ville ikke kunne bemandes med dommere ansat på heltid (som EMD's dommere er), men der findes mange eksempler på internationale domstole, der alene benytter dommere med anden hovedstilling. Sådan var EMD fx bemanded gennem sine første år, og sådan forholder det sig fortsat med EFTA-domstolen.

8. Konklusion

Redegørelsen ovenfor har vist, at der kan være flere rets-politiske løsninger på de problemer, som danske politikere og andre ser i EMD's dynamiske fortolkninger. I det fortsatte arbejde bør samtlige mulige løsninger indgå, herunder også den mest drastiske: at opsiges EMRK. En drøftelse er nødvendig for at få klarhed over, hvordan vor omverden vil stille sig, og hvad der kan være af modforestillinger, også selv om opsigelse sker i kombination med en videreførelse i dansk ret af den materielle beskyttelse, som følger af EMRK's bestemmelser, og afgivelse af en højtidelig erklæring om fortsat respekt for EMRK's materielle regler. Vil en sådan en erklæring blive taget for gode varer? Og vil vi selv stole på lande uden vor demokratiske tradition, der måtte beslutte sig for at tage tilsvarende skridt?

Som kommende formandsland for Europarådet har Danmark mulighed for at sætte en dagsorden, som lægger op til den bredest mulige drøftelse af EMRK's fremtid. Denne mulighed bør ikke forpasses. I den forbindelse kan det også overvejes, om den tekst, som forventes at komme ud af det kommende internationale møde i Danmark, skal indledes med den sædvanlige støtte til domstolen, hvorefter »Reaffirms the deep and abiding commitment of the States Parties to the Convention ...« etc., som senest gjort ved Bruxelles-erklæringen af 27. marts 2015. Ved at udelade disse ord kunne grunden måske lægges til en helt åben debat, hvor alle muligheder bliver endevendt.