

# For et balanceret dansk formandskab for Europarådet

– EMRK som en national interesse

Af lektor, ph.d., Anders Henriksen, Det Juridiske Fakultet, Københavns Universitet

**Som formand for Europarådet bør den danske regering søge at finde den rette balance mellem på den ene side at være lydør over for den aktuelle kritik af Strasbourgs dynamiske fortolkning og på den anden side være sig bevidst, at Danmark har en udenrigs- og sikkerhedspolitisk interesse i at opretholde respekten for demokrati og grundlæggende frihedsrettigheder i Europa. Regeringens ambition bør være at bidrage til at fremtidssikre EMRK ved at gøre den mere fokuseret og bedre prioriteret. Artiklen peger på to områder, hvor regeringen med rette kan indlede en debat blandt medlemmerne af Europarådet om behovet for at reorientere Strasbourgs praksis. Det drejer sig om Menneskerettighedsdomstolens praksis for henholdsvis sikkerhedsinternering af personer, der udgør en sikkerhedsrisiko under en væbnet konflikt, og beskyttelse af kriminelle udlændinge, som medlemsstaterne ønsker at udvise.**

## 1. Indledning

Danmark er som bekendt formand for Europarådet fra november 2017 til maj 2018, og regeringen har derfor nedsat en særlig taskforce bestående af embedsfolk, der bl.a. har fået til opgave at kigge kritisk på Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) indflydelse i Danmark. Taskforcen skal også vurdere, om formandskabet bør bruges til at opnå opbakning blandt Europarådets medlemmer til en »reform« af konventionen og/ eller ændringer i praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD / Strasbourg). Regeringen skrev i 2025-planen fra august 2016, at den »vil arbejde for, at konventionerne bliver ført tilbage til kernen af de oprindelige beskyttelseshensyn«,<sup>1</sup> og i regeringsgrundlaget for VLAk-regeringen fra november 2016 bemærkes, at »der

er behov for at se kritisk på den måde, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention«.<sup>2</sup>

EMD anlægger en »dynamisk« fortolkningsstil, hvorved Domstolen anser konventionen for at være et »living instrument«, der ikke bør fortolkes med udgangspunkt i den opfattelse, der var gældende, da konventionen blev vedtaget i 1950, men derimod på en måde, der (ifølge Domstolen) afspejler den samtid, hvori konventionen finder anvendelse.<sup>3</sup> Det skal understreges, at Strasbourg på ingen måde er den eneste menneskerettighedsdomstol, der anlægger en sådan fortolkningsstil, og det er generelt således, at menneskerettighedskonventioner fortolkes på en måde, der sikrer, at de yder en effektiv beskyttelse af de pågældende rettighedssubjekter.<sup>4</sup> Der er derfor heller ikke umiddelbart noget odiøst i Strasbourgs dynamiske fortolkningsstil, og der er ikke tale om, at Domstolen har »misbrugt« sin kompetence. Den har alene gjort brug af de beføjelser, den er blevet tildelt af staterne selv, og det har fra starten været intentionen, at Domstolen skulle bidrage til at udvikle menneskerettighedsbeskyttelsen i Europa. Som vi skal vende tilbage til, så har den dynamiske fortolkningsstil faktisk netop været en af de måder, hvorpå medlemmerne af Europarådet har formået at bruge EMRK som et sikkerhedspolitisk værktøj.

Den dynamiske fortolkningsstil har ikke desto mindre været genstand for øget kritik i Danmark, og hvor det indtil for et par år siden stort set kun var medlemmer af Dansk Folkeparti, der var kritiske,<sup>5</sup> tales der nu over en bred kam på Christiansborg (V, K, LA og S) om behovet

\* Nærværende artikel er en omarbejdet og opdateret version af en analyse, der blev publiceret i januar 2017 af tænketanken *Justitia*, se Anders Henriksen, EMRK, den nationale interesse og det danske formandskab for Europarådet, *Justitia*, 16. januar 2017, på <http://justitia-int.org/analyse-emrk-den-nationale-interesse-og-det-danske-formandskab-for-europaradet/>

1. Regeringen, »Helhedsplan – For et stærkere Danmark, august 2016, s. 19, på [http://stm.dk/multimedia/helhedsplan\\_for\\_et\\_st\\_rkere\\_danmar\\_k\\_weba.pdf](http://stm.dk/multimedia/helhedsplan_for_et_st_rkere_danmar_k_weba.pdf)

2. Statsministeriet, Regeringsgrundlag, Marienborgaftalen 2016, »For et friere, rigere og mere trygt Danmark«, s. 55.

3. Se bl.a. *Tyrer mod Storbritannien* (5856/72), 25. april 1978, pr. 31, og *Loizidou v. Turkey* (15318/89), 23. marts 1995, pr. 71.

4. Se også Basak Calu, 'Specialized Rules of Treaty Interpretation: Human Rights', i Duncan Hollis (ed.), *The Oxford Guide to Treaties*, Oxford University Press (2012) s. 525-548.

5. Se bl.a. Beslutningsforslag B 18, Folketinget 2016/17, af 25. oktober 2016. Se også Martin Kaae og Jesper Hvass, »Thulesen Dahl: Danmark skal fri af internationale konventioner«, *Jyllandsposten*, 9. august 2016, på: <http://jyllands-posten.dk/politik/ECE8906271/thulesen-dahl-danmark-skal-fri-af-internationale-konventioner/>;

for – om nødvendigt – at ændre på bl.a. EMRK.<sup>6</sup> Dele af kritikken ser ud til at være inspireret af debatten i England, hvor der i en årrække har været til tider ganske omfattende utilfredshed med Strasbourgs praksis. Briterne benyttede bl.a. deres formandskab af Europarådet i 2012 til at få vedtaget den såkaldte »Brighton-erklæring«, hvori Rådets 47 medlemsstater gav udtryk for en række frustrationer over Domstolen.<sup>7</sup> Kritikken over for den dynamiske fortolkningsstil er også blevet synlig i akademiske kredse, og professor Mads Bryde Andersen (KU) stiller i dette nummer af nærværende tidsskrift spørgsmålet, om der ikke kunne være ræson i at begynde at diskutere den drastiske mulighed, at Danmark opsiges konventionen og i stedet viderefører konventionens materielle bestemmelser i dansk ret, hvis det ikke »viser sig muligt ved politiske midler at ændre EMD's dynamiske fortolkninger«. Ifølge Andersen bør en eventuel dansk opsigelse være ledsaget af en klar markering af, at »udmeldelsen alene sker for at tage afstand fra de *dynamiske* fortolkninger«, og fortsat dansk støtte til »den menneskerettighedstænkning, der ligger til grund for EMRK« kan efter Andersens opfattelse etableres ved, at Danmark »ledsager sin udmeldelse med en *højtidelig erklæring* om fortsat at ville efterleve EMRK's materielle bestemmelser, men uden EMD's dynamiske fortolkninger.« Andersen – der erkender, at en opsigelse af konventionen »i virkelighedens verden« vil kræve, at »flere medlemsstater går samme vej« åbner i stedet op for perspektiverne i at opbygge en nordisk menneskerettighedsdomstol.<sup>8</sup>

Formålet med denne artikel er at bidrage til debatten om den danske regerings tilgang til det forestående formandskab ved at søge at knytte diskussionen til Danmarks langsigtede strategiske interesser. Sigtet er med andre ord at anskue EMRK som andet og mere end en specifik traktat, der giver konkrete rettigheder til en bestemt gruppe mennesker, som man kan være enig eller uenig i bør have sådanne rettigheder. Konventionen er nemlig *også* et redskab i den udenrigs- og sikkerhedspolitiske værktøjskasse, som Danmark har til rådighed for at fremme danske interesser. Det bør debatten om, hvorvidt konventionen og den dynamiske fortolkning er en 'god' eller 'dårlig' ting for Danmark, tage højde for.

6. Thue Ahrenkilde Holm, »Borgerlige vil udfordre 'konventionsregimet'«, *BT*, 9. juni 2015, på:

<http://www.bt.dk/politik/borgerlige-vil-udfordre-konventionsregimet> og Kristian Klarskov, »S: europæiske dommere agere politisk«, *Politiken*, på

<http://politiken.dk/indland/politik/ECE3497497/s-europaeiske-dommere-agerer-politisk/>

7. Council of Europe, *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights*, se [http://www.echr.coe.int/documents/2012\\_brighton\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/2012_brighton_finaldeclaration_eng.pdf).

8. Mads Bryde Andersen, 'Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem', *Juristen*, nr 3, s. 96 Se også 'Juraprofessor: Menneskerettighedsdomstol er politisk', *Jyllandsposten*, 10. februar 2017. Tilgængelig på:

<http://jyllands-posten.dk/international/europa/ECE9358556/juraprofessor-menneskerettighedsdomstol-er-politisk/>

Artiklen indledes i afsnit 2 med en række overordnede betragtninger, som regeringens overvejelser bør tage afsæt i. Den første er, at det traditionelt anses for at være en dansk kerneinteresse at sikre international – og især europæisk – respekt for en international retsorden med fokus på demokratiske retsstatsprincipper og grundlæggende frihedsrettigheder. Den anden overordnede betragtning er, at der i disse år kan spores en stadig mere markant folkelig og politisk modstand i Europa mod elementer af netop de former for internationalt institutionelt samarbejde, som Danmark har set en interesse i at værne om. Afsnit 3 konkluderer på den baggrund, at regeringen bør anlægge en balanceret og strategisk tilgang til det kommende formandskab, der har fokus på de langsigtede danske interesser i at bevare den folkelige opbakning til EMRK. Det vil være et strategisk fejlskud at opsiges konventionen eller på anden vis indlede et fundamentalt opgør med EMRK. Men regeringen bør tage den aktuelle kritik af Strasbourgs praksis alvorligt, og den bør søge at forholde sig til den på en konstruktiv måde. Det fremføres derfor, at regeringen bør bruge det forestående formandskab til at rejse en principiel debat om konventionens fremtidige udvikling og at søge at opnå international opbakning til en række *substantielle* ændringer i Domstolens praksis, der vil kunne bidrage til at styrke den folkelige opbakning til konventionen. Afsnit 4 og 5 opregner på den baggrund to konkrete områder, hvor regeringen kan overveje at gå efter en »justering« af praksis. Afsnit 4 diskuterer Domstolens praksis for regulering af frihedsberøvelser under væbnet konflikt, og afsnit 5 forholder sig til praksis i forhold til udvisning af kriminelle. Artiklen rundes af i afsnit 6 med en kort konklusion og en række perspektiverende bemærkninger.

## 2. Respekt for grundlæggende menneskerettigheder er en dansk kerneinteresse

Det centrale budskab i denne artikel er, at Menneskerettighedskonventionen historisk har spillet en vigtig strategisk rolle i dansk udenrigs- og sikkerhedspolitik. Danmark er nemlig en småstat i en region med større og mere magtfulde stater, og det har derfor altid været anset for at være en dansk kerneinteresse at fremme en robust international retsorden, der kanalisere international uenighed væk fra udøvelse af rå magt og over i formaliserede – gerne retlige – rammer. Skiftende regeringers interesse i at bakke op om internationale institutioner og en international retsorden handler med andre ord i høj grad om realisme og om at tage bestik af Danmarks langsigtede interesser og geopolitiske placering. Som en lille stat har vi en interesse i, at vores nærområde er præget af forudsigelighed, stabilitet og fredelige relationer. Som Peter Taksø-Jensen bemærker i sin udenrigs- og sikkerhedspolitiske udredning fra maj 2016, så trives Danmark »bedst i en stabil, liberal og regelbundet verdensorden«, og vi »forsvarer «bedst danske interesser og værdier ved at bidrage

til et regelstyret internationalt system.<sup>9</sup> Det nye regeringsgrundlag fra november 2016 ligger i forlængelse heraf og noterer sig bl.a., at Danmark »som en åben økonomi og et internationalt orienteret land er stærkt afhængig af et velfungerende internationalt samarbejde i multilaterale organisationer og sammenhænge«. <sup>10</sup> Pointen er med andre ord, at veludbyggede folkeretlige relationer og en høj grad af international 'indbinding' er en god ting for den lille stat.

EMRK udgør et centralt element i den internationale retsorden, som Danmark historisk har set en klar national interesse i at bakke op og værne om. Med Taksø-Jensens ord, så er beskyttelsen af grundlæggende menneskerettigheder, respekt for retsstatsprincipper og god regeringsførelse »i de lande, som Danmark og danske virksomheder samarbejder med«, i Danmarks interesse.<sup>11</sup> Som et sikkerhedspolitisk værktøj har EMRK da også historisk tjent både os selv og vores nærområde særdeles godt. Det måske bedste eksempel er den rolle, som konventionen spillede efter den Kolde Krigs ophør, hvor Vesten så en klar sikkerhedspolitisk interesse i at fremme demokratisering og udbredelsen af respekt for menneskerettigheder i de nye demokratier i Øst for på den måde at sikre, at de nye stater blev stabile medlemmer af det internationale samfund. De nye staters »adgangsbillet« til det eftertragtede økonomiske selskab i EU og den sikkerhedspolitiske NATO-paraply var bl.a. en velvillighed til at gennemføre omfattende reformer og respekt for grundlæggende menneskerettigheder.<sup>12</sup> Europarådet og EMRK spillede – og spiller fortsat – her en helt central rolle. Som et liberalt demokrati har Danmark en interesse i et Europa, hvor så mange stater som muligt regeres efter sunde demokratiske retsstatsprincipper med respekt for grundlæggende frihedsrettigheder og minoriteter. Det har EMRK bidraget positivt til.

Det betyder naturligvis ikke, at konventionen er nogen garanti for, at alle medlemmer af Europarådet 'opfører sig ordentligt', og at de lever op til deres menneskeretlige forpligtelser. Det viser udviklingen i stater som Rusland, Tyrkiet og Ungarn med al tydelighed. Der synes i det hele taget at være plads til forbedringer i forhold til den måde, som systematiske overtrædelser af konventionen håndteres. Konventionen udgør imidlertid ikke desto mindre en folkeretlig ramme, inden for hvilke udviklingen i sådanne stater kan søges håndteret og debatteret, ligesom den tilbyder borgere i de respektive stater et retligt fora, hvor de kan forsøge at opnå en offentlig anerkendelse af, at deres grundlæggende rettigheder trædes under fode.

Regeringen bør være sig bevidst, at det internationale system for beskyttelsen af grundlæggende frihedsret-

tigheder – som EMRK er en del af – udgør et af elementerne i en international retsorden, der igen blot er en af hjørnestenene i en *liberal* verdensorden, der blev skabt af Vesten på ruinerne af Anden Verdenskrig for at undgå en tilbagevenden til de isolationistiske politikker, der i 1920'erne og 30'erne havde været en medvirkende faktor til udbruddet af krig. Ved ophøret af den Kolde Krig og kommunismens sammenbrud i Øst blev den vestlige liberale orden *de facto* (forsøgt) udbredt til resten af kloden, og den har i det store hele siden da været hele det internationale systems samlede »orden«. Udbredelsen af den liberale orden efter ophøret af den Kolde Krig var især tydelig i Europa, hvor de tidligere kommunistiske stater i Øst i løbet af 1990'erne og 00'erne blev nye demokratier og opnåede medlemskab af NATO, EU og Europarådet. Et af kendetegnene har været etableringen af retlige kontrolorganer, der begrænser de nationale politikeres handlefrihed, først og fremmest EU-Domstolen og netop Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg.

Den liberale verdensorden er i disse år blandt andet presset af politiske partier i Vesten, der i stigende grad stiller spørgsmålstegn ved fornuften i det liberale projekt. Der er for det første en ret tydelig tendens til, at USA gradvist bliver mere tøvende over for at udfylde sin historiske rolle som kaptajnen på det store liberale skib. Præsident Obama har ført en mindre ideologisk »vestlig« udenrigspolitik end sin forgænger, og Donald J. Trump er blevet valgt på en klar »America First«-dagsorden, der indikerer et endnu mere afdæmpet og mindre ideologisk USA.<sup>13</sup> Valget af Trump som USA's næste præsident illustrerer også, at den liberale orden endvidere er under et indre pres fra politikere i etablerede politiske partier, der i stigende grad giver udtryk for et ønske om at få større national indflydelse på udformningen af politikken. Der tales således i disse år over en bred kam om nødvendigheden af at »tilbageerobre« magt fra internationale institutioner og domstole som Strasbourg og at komme ud af snærende internationale forpligtelser. I Danmark er det da heller ikke kun EMRK, men også FN's Flygtningekonvention fra 1951 og konventionen om statsløse personers retsstilling fra 1954, der i de senere år er blevet udsat for politisk kritik. Hertil kommer så et massivt pres fra stærkt nationalorienterede politiske partier i Europa, der er endog stærkt kritiske over for centrale dele af den selvsamme institutionelle globalisering, som den vestlige liberale orden er bygget på.<sup>14</sup>

9. Peter Taksø-Jensen, Dansk diplomati og forsvar i en brydningstid: Vejen frem for Danmarks interesser og værdier mod 2030, s. 3.

10. Regeringsgrundlaget (n 2), s. 42.

11. Ibid.

12. Se bl.a. de politiske krav i de såkaldte »Københavnkriterier«, der blev vedtaget det Europæiske Råd i 1993 med henblik på at opstille de krav, som nye EU ansøgerlande skulle opfylde.

13. Se også Anders Henriksen & Jens Ringsmose, *Usikkerhed i Transatlantia: Trump, NATO og den europæiske sikkerhedsarkitektur*, DIIS Report, 2017:04.

14. Se Ronald F. Inglehart og Pippa Norris, Trump, »Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash«, *Harvard Kennedy School*, HKS Working Paper No. RWP16-026, s. 23. Om den øgede populisme og dets bevæggrunde, se også Cas Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge University Press (2007) og samme forfatter i *On Extremism and Democracy in Europe*, Routledge (2016) og *The Populist Radical Right: A Reader (Extremism and Democracy) (red.)*, Routledge (2016).

### 3. En balanceret dansk tilgang til EMRK

Det danske formandskab for Europarådet bør finde den rette balance mellem at anerkende det stigende ønske om at kaste et mere kritisk blik på konventionens indvirkning i Danmark og Danmarks strategiske interesse i at sikre respekten for en international retsorden, som EMRK er en del af. Den konkrete balanceakt kan selvsagt falde forskelligt ud, afhængigt af hvor lodderne i vægtskålene placeres. Mens Mads Bryde Andersen som berørt indledningsvis argumenterer for nødvendigheden af – som en sidste mulighed – at overveje en dansk opsigelse af konventionen koblet med fortsat politisk støtte til »den menneskerettighedstænkning, der ligger til grund for EMRK«, så har Morten Kjærum gjort gældende, at regeringen helt bør afstå fra at åbne for en debat om konventionens fremtid.<sup>15</sup> Andre placerer sig et sted midt imellem Andersen og Kjærum og argumenterer for nødvendigheden af at anlægge et mere eller mindre kritisk fokus. Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen bemærker eksempelvis i en artikel i *Ugeskrift for Retsvæsen* i 2016, at der er »gode grunde til at fastholde et kritisk blik på udviklingen i Domstolens virke«, og forfatterne anbefaler, at den danske regerings strategi for det forestående formandskab »tager udgangspunkt i et ønske om at styrke det europæiske samarbejde ved at bane vejen for en udvikling, hvor Domstolen bedre kan fokusere på de centrale forhold af betydning for beskyttelsen af menneskerettighederne i Europa.« Forfatterne peger konkret på tre forhold, hvor der efter deres mening bør fokuseres. Det drejer sig om 1) processen omkring udpegningen af Domstolens dommere, 2) en grundig vurdering og analyse af, hvordan Domstolens sagsmængde kan reduceres, samt 3) en fokusering på subsidiaritetsprincippet, bl.a. i form af en tydeliggørelse af de veje til at styrke dialogen mellem Domstolen og de nationale myndigheder, der vil gøre Domstolen i stand til at løfte sin opgave.<sup>16</sup>

Efter nærværende forfatters opfattelse bør et dansk fokus på disse (primært processuelle forhold) imidlertid ikke stå alene – dertil er det politiske ønske om at se mere kritisk på konventionen for udbredt. EMRK vedbliver kun med at være et betydningsfuldt udenrigs- og sikkerhedspolitisk instrument, hvis den til stadighed er omgærdet af respekt, ikke mindst fra de folkevalgte. Danmark har brug for et stærkt demokratisk Europa, og vi har behov for en stærk og respekteret Menneskerettighedskon-

vention til at presse magthavere som Orban i Ungarn og Erdogan i Tyrkiet. Danmarks ambition må derfor til stadighed være at sikre, at konventionen og dets praksis ikke fjerner sig for langt fra de europæiske befolkninger.

Den dynamiske fortolkning er som berørt netop baseret på en præmis om, at retlige normer må være i stand til at ændre sig i overensstemmelse med samtidens præferencer og ændrede prioriteringer. Det må i sagens natur også betyde, at omfanget af den konkrete menneskerettighedsbeskyttelse kan ændre sig med tiden – både i den ene og i den anden retning. Hvis der bliver for stor afstand mellem idealer og realiteter, mister idealerne deres troværdighed og opbakning. Den britiske befolknings beslutning om at trække Storbritannien ud af EU ('Brexit') illustrerer, hvad der kan se, hvis en folkelig skepsis over for øgede internationale samarbejder og forpligtelser ikke tages alvorligt. Så forkastes det.

Det vil afgjort ikke være i Danmarks langsigtede strategiske interesse at følge Mads Bryde Andersens anbefaling og overveje at indlede et egentlig principielt opgør med EMRK i form af en eventuel opsigelse af konventionen. Regeringen skal være varsom med at åbne for – og legitimere – en reel »genforhandling« af konventionen, og Danmark må ikke ende med at gå stater som Tyrkiet, Rusland eller Ungarns ærinde. Men regeringen kan godt bruge formandskabet til at rejse en debat blandt Europarådets medlemmer om, hvorvidt der er behov for en justering af Strasbourgs praksis på visse følsomme politikområder.<sup>17</sup> I den forstand er nærværende forfatter enig med Andersen, når denne skriver, at det må være 'legitimt' at kritisere og debattere EMD's dynamiske fortolkninger (nr. 3, 2017, s. 77). Opgaven må som berørt være at »fremtidssikre« konventionen og på den lange bane sikre den fulde folkelige respekt for konventionen, så den kan blive en garant for en fokuseret og prioriteret beskyttelse af fundamentale og grundlæggende menneskerettigheder i Europa. Et tilsvarende budskab genfindes i Jørgen Steen Sørensens bidrag til dette temanummer, hvori Sørensen giver udtryk for, at »man må ønske sig, at Domstolen i passende omfang tager realistisk bestik af omverdenens syn på dens praksis«, og at »fokusering og prioritering må være nøgleord.«<sup>18</sup> Det bemærkes i øvrigt også i regeringsgrundlaget, at regeringen »vil aktivt arbejde for reformer i det multilaterale samarbejde og i de enkelte organisatio-

15. Morten Kjærum, 'Stop hetzen mod menneskerettighederne', *Dagbladet Politiken*, 1. marts 2017, på:

<http://politiken.dk/debat/kroniken/art5854213/Stop-hetzen-mod-menneskerettighederne>

16. Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen, »Menneskerettighedsdomstolens fremtid: Midtvejsstatus efter Brighton-erklæringen«, *Ugeskrift for Retsvæsen*, U.2016B.392, s. 401. Se også Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen, »Reformer af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal sikre stærk europæisk retsorden«, *Dagbladet Information*, 16. december 2016, på: <https://www.information.dk/debat/2016/12/reformer-europaeiske-menneskerettighedsdomstol-sikre-staerk-europaeisk-retsorden>

17. Behovet for at lytte til den folkelige kritik af dele af menneskerettighedernes udvikling genfindes i Jacob Mchangama, »Regeringen vil begrænse menneskerettighedernes rækkevidde. Det kan faktisk være i menneskerettens interesse«, *Zetland*, 16. december 2016, på:

<https://www.zetland.dk/historie/seQ3VqYp-aevmJ36a-2e8d1> og Jens Elo Rytter, »Lad os tage de folkelige protester alvorligt – og tage menneskerettighederne op til kritisk revision«, *Dagbladet Information*, 3. december 2016, på: <https://www.information.dk/indland/2016/12/lad-tage-folkelige-protester-alvorligt-tage-menneskerettighederne-kritisk-revision>

18. Jørgen Steen Sørensen, 'Aktivistiske domstole – et blik på Europa og Danmark', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 77.

ner, så de hele tiden er i stand til effektivt at levere konkrete og efterspurgte resultater.<sup>19</sup>

Det må erkendes, at en strategisk »instrumentalisering« af EMRK, som der åbnes for i denne artikel, vil kunne blive opfattet som en glidebane. For hvis indholdet af konventionen ikke ligger endegyldigt fast, men derimod vil følge samtidens præferencer, kan det være svært at få øje på, hvor går grænsen går for, hvor langt 'tilbage' beskyttelsen kan rulles, når den politiske appetit på menneskerettighederne mindskes. Grænsen går efter min opfattelse ved konventionens kerne. En instrumentalisering er også sårbar over for en påstand om, at der er en risiko for, at vi ender med »at skylle babyen ud med badevandet« ved at være åben for at »begrænse for at bevare«. Men efter nærværende forfatters opfattelse, så overstiger fordelene imidlertid disse ulemper. Regeringen bør indse, at EMRK er til forhandling, og den må ikke bidrage til at underminere respekten for konventionen ved at afvise at lytte til den udbredte folkelige skepsis, der kommer til udtryk i de politiske udmeldinger fra Christiansborg.<sup>20</sup>

I de kommende to afsnit rettes opmærksomheden mod to konkrete områder, hvor regeringen med rette kan arbejde for at få ændret praksis fra EMD, så de passer bedre med Danmarks strategiske interesser. De to områder er valgt, fordi der er tale om følsomme sagsområder, hvor folkeretten traditionelt anerkender staterne et stort selvstændigt råderum, og hvor Domstolen i kraft af sin dynamiske fortolkning med tiden har bevæget sig et godt stykke væk fra det, den var tiltænkt at regulere, og som må siges at være dens kerne. Hertil kommer, at en »tilbagerulning« af Domstolens praksis på i hvert fald det andet af områderne må forventes at imødegå noget af den politiske kritik, som Strasbourg for tiden er udsat for i Danmark.

#### 4. EMD-praksis for frihedsberøvelser under væbnet konflikt

Regeringen bør for det første udfordre EMD-praksis i forhold til sikkerhedsinternering af personer, der udgør en sikkerhedsrisiko under en væbnet konflikt. Konventionens regulering af væbnede konflikt er blevet en dansk kerneinteresse i takt med den øgede danske militære aktivisme, og det må derfor undre, at Strasbourgs praksis ikke har genereret mere politisk debat i Danmark, end tilfældet er. I maj 2017 var danske specialstyrker udsendt til Irak og Syrien som led i et større dansk bidrag til *Operational Inherent Resolve* og kampen mod ISIL.<sup>21</sup>

19. Regeringsgrundlaget (n 2) s. 42.

20. Se også Anders Henriksen, Der er brug for en reform af menneskerettighederne, *Dagbladet Politiken*, 17. januar 2017. Tilgængelig på: <http://politiken.dk/debat/art5792662/Der-er-brug-for-en-reform-af-menneskerettighederne> og Anders Henriksen, 'Europarådsformandskabet: Respons til Morten Kjærum', *ruleoflaw.dk*, 8. marts 2017, på: <http://www.ruleoflaw.dk/europaraadsformandskabet-respons-til-morten-kjaerum/>

Strasbourg har gentagne gange konkluderet, at EMRK også finder anvendelse under væbnede konflikter,<sup>22</sup> og dens praksis er her konsistent med afgørelser fra eksempelvis Den Internationale Domstol i Haag.<sup>23</sup> Det følger endvidere af Domstolens praksis, at danske styrker er bundet af EMRK, hvis de pågriber personer som led i udførelsen af militære operationer uden for dansk territorium.<sup>24</sup> Det er ikke *i sig selv* problematisk, at EMRK finder anvendelse under væbnede konflikter og på danske styrkers handlinger uden for Danmark, men det er kritisabelt, hvis Strasbourgs fortolkning af staternes forpligtelser i henhold til konventionen afviger fra indholdet af de forpligtelser, som staterne er underlagt i henhold til den humanitære folkeret, der – i modsætning til de internationale menneskerettigheder – er blevet udviklet med henblik på at regulere netop væbnede konflikter og derfor i langt de fleste tilfælde er at anse som *lex specialis*. Og Strasbourgs praksis indikerer desværre, at Domstolen ikke gør sig de store anstrengelser for at tilse, at indholdet af konventionen fortolkes i overensstemmelse med den humanitære folkeret.<sup>25</sup> Det interessante for diskussionen på dette sted er, at Strasbourg-praksis i forhold til staters beføjelser til at sikkerhedsinternere medlemmer af fjendtlige styrker under ikke-internationale væbnede konflikter forekommer svært at forene med den eksisterende folkeret.

Den humanitære folkeret sonderer mellem interstatslige konflikter – »internationale væbnede konflikter« – og alle andre konflikter, der udkæmpes mellem en stat og en privat aktør eller mellem flere private aktører indbyrdes – »ikke-internationale væbnede konflikter«. Genevekonvention III og IV indeholder en udtrykkelig hjemmel til at sikkerhedsinternere medlemmer af fjenden og civile personer, der anses for at udgøre en sikkerhedsrisiko under *internationale væbnede konflikter*. Det primære formål med sikkerhedsinterneringen er *ikke* at retsforfølge den internerede person men at imødegå den sikkerhedsstrusel, som personen udgør. Interneringen er herved en form for forebyggende frihedsberøvelse, der er baseret på den præmis, at de involverede stater bl.a. søger at nedkæmpe fjendens militære kapacitet ved at sætte dets kombattanter ud af spillet. Enten ved at bruge dødelig magt eller ved at

21. En oversigt over de danske militære bidrag, herunder bidraget til kampen mod ISIL, kan fås på: <http://www2.forsvaret.dk/viden-om/udland/IRAK/Pages/defaultt.aspx>

22. Se bl.a. *Jaloud mod Holland* (47708/08) 20. november 2014, *Hassan mod Storbritannien* (29750/09), 16. september 2014 og *Al-Skeini m.fl. mod Storbritannien*, (55721/07), 7. juli 2011.

23. *Advisory Opinion on The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, ICJ Reports (1996) 226, pr. 24-25, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Reports (2004) 136, pr. 105-106, og *Case Concerning Armed Activities on the territory of the Congo*, ICJ reports (2005) 000 168, pr. 215-216.

24. *Al-Skeini* (n 22) See also Marko Milanovic, 'Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg', *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 1 (2012), s. 121-139.

25. Se hertil også kritikken i kritikken i Anders Henriksen, »Menneskerettighedsdomstolen i krig«, i Jonas Christoffersen og Mikael Rask Madsen (red.), *Menneskerettighedsdomstolen – 50 års samspil med dansk ret og politik*, Thomson Reuters (2009), s. 258-261.

pågribe og frihedsberøve fjendens kombattanter, indtil de ikke længere udgør en sikkerhedsrisiko – i praksis som oftest indtil den væbnede konflikts ophør. Brug af dødelig magt og sikkerhedsinternering er herved to sider af samme mønt, så hvis en kombattant ikke vil risikere at blive gjort til genstand for dødelig magt, så må pågældende overgive sig og lade sig internere, indtil konflikten er afsluttet. Hvis sikkerhedsinternering ikke var en mulighed, vil det ikke kunne kræves, at hans modstander afstår fra brug af dødelig magt. Som den amerikanske højesteret har bemærket, så er internering ganske enkelt »a fundamental incident of waging war«.<sup>26</sup>

Ikke-internationale væbnede konflikter er reguleret mere sporadisk i den humanitære folkeret, og sikkerhedsinternering er ikke *explicit* berørt. Der er ikke desto mindre flere grunde til at konkludere, at internering også er tilladt i den type konflikter.<sup>27</sup> Det er for det første svært at se, hvorfor klassificeringen af en væbnet konflikt som »ikke-international« frem for »international« skulle spille en afgørende rolle for en stats adgang til at sikkerhedsinternere, da de involverede parter jo også i ikke-internationale væbnede konflikter søger at nedkæmpe hinandens militære kapaciteter. Det synes da også at være en *implicit* forudsætning i reguleringen af ikke-internationale væbnede konflikter, at personer kan sikkerhedsinterneres.<sup>28</sup> At sikkerhedsinternering er tilladt i ikke-internationale væbnede konflikter bakkes også op af den amerikanske højesteret,<sup>29</sup> af Internationalt Røde Kors (ICRC)<sup>30</sup> og flere toneangivende eksperter i litteraturen.<sup>31</sup> Forsvarets militærmanual er også baseret på den antagelse, at sikkerhedsinternering er mulig i en ikke-international væbnet konflikt.<sup>32</sup>

Strasbourg har imidlertid i en afgørelse fra 2014 indikeret, at EMRK *ikke* tillader sikkerhedsinternering i en ikke-international væbnet konflikt. EMRK regulerer retten til frihed i artikel 5, og sikkerhedsinternering under væbnet konflikt er ikke at finde blandt de fem tilladte undtagelser

til forbuddet mod frihedsberøvelse i artiklens stk. 1. I *Hassan mod Storbritannien* fandt Domstolen ikke desto mindre alligevel via en kreativ inddragelse af standarder fra den humanitære folkeret, at en stat – konkret Storbritannien – var berettiget til at internere en person, der udgjorde en sikkerhedsstrusel, i en international væbnet konflikt mellem Irak og Storbritannien.<sup>33</sup> Strasbourg bemærkede imidlertid ved samme lejlighed, at det kun er »in cases of international armed conflict, where the taking of prisoners of war and the detention of civilians who pose a threat to security are accepted features of international humanitarian law, that Article 5 could be interpreted as permitting the exercise of such broad powers.«<sup>34</sup> Domstolens vendinger må umiddelbart fortolkes på den måde, at artikel 5 ikke tillader sikkerhedsinternering i en ikke-international væbnet konflikt. Det er langt fra sikkert, at »problemet« med sikkerhedsinternering under ikke-internationale væbnede konflikter kan »løses« ved, at en medlemsstat gør brug af konventionens artikel 15 og adgangen til at fravige artikel 5, hvis udsendte styrker har behov for at kunne sikkerhedsinternere. For selvom retten til frihed ikke er en uforgærlig rettighed, så har den britiske højesteret udtalt, at artikel 15 ikke nødvendigvis kan bringes i anvendelse ved deltagelse i 'peace keeping operations abroad'.<sup>35</sup>

Det vil kunne skabe store praktiske problemer for udsendte danske styrker, hvis EMD ikke tillader sikkerhedsinternering under ikke-internationale væbnede konflikter, da de danske styrker i så fald vil kunne ende med at have personer i deres varetægt, der udgør en sikkerhedsrisiko, men som ikke kan tilbageholdes af sikkerhedsmæssige hensyn. I det omfang, at styrkerne ikke kan overdage personerne til en anden stat (som det for øjeblikket er tilfældet i Syrien), vil de være nødsaget til at løslade dem. Strasbourgs praksis skaber i realiteten et særdeles uheldigt incitament til, at soldaterne tyer til overdreven brug af dødeligt magt. Hvis Strasbourg ikke tillader sikkerhedsinternering i ikke-internationale væbnede konflikter vil det for det andet betyde, at Danmark underlægges strengere folkeretlige forpligtelser end en række af de allierede vestlige stater, vi ofte er involveret i væbnede konflikter med. Det gælder eksempelvis USA og Canada. Der vil nemlig i så fald være ét sæt regler for medlemmer af Europarådet og et andet sæt regler for andre vestlige stater. Det vil kunne komplicere dansk deltagelse i visse internationale militære koalitioner.

## 5. EMD praksis for udvisning af kriminelle udlændinge med familie i Danmark

Regeringen bør også overveje at stille skarpt på Strasbourgs praksis i forhold til beskyttelsen af kriminelle udlændinge, som medlemsstaterne ønsker at udvise. Det er en klassisk folkeretlig grundsætning, at stater i udgangs-

26. *Hamdi et al. v. Rumsfeld*, 542 US 507 (2004) s. 12.

27. Se dog opfattelsen i Peter Vedel Kessing, *Terrorbekæmpelse og Menneskeret*, Jurist- og Økonomforbundets forlag (2009), s. 542. I *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence* [2014] EWHC 1369 (QB) konkluderede en britisk appelret i 2014, at den humanitære folkeret ikke hjemler sikkerhedsinternering i ikke-internationale væbnede konflikter, se pr. 310 og 239-268. Ved ankesagen for den britiske højesteret forholdt de britiske dommere sig ikke eksplicit til spørgsmålet, se højesterets afgørelse [2017] UKSC 2, af 17. januar 2017.

28. Se bl.a. Fælles artikel 3 til Geneve-konventionerne fra 1949 og art. 5 i Anden Tillægsprotokol.

29. *Hamdi* (n 26)

30. Jean-Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law (Volume I)*, Cambridge University Press (2005), Rule 128, s. 453-456. Se også ICRC resolution 32IC/15/R1 af 10. december 2015.

31. Sandesh Sivakumaran, *The Law of Non-International Armed Conflict*, Oxford University Press (2012) p. 98-99, Yoram Dinstein, including his *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict* (2<sup>nd</sup> ed.) Cambridge University Press (2010) s. 226-230.

32. Forsvarsministeriet, *Militærmanual om folkeret for danske væbnede styrker i internationale militære operationer*, september 2016, s. 419.

33. *Hassan* (se note 22) pr. 104.

34. *Ibid*, pr. 104.

35. *HoL R (on the application of Al-Jedda) v Secretary of State for Defence*, [2007] UKHL 58, 12. december 2007, pr. 38.

punktet selv bestemmer, hvem der må indrejse og tage ophold på statens territorium,<sup>36</sup> men stater kan begrænse deres frihed til at bestemme ved at indgå konventioner, der giver udlændinge beskyttelse mod udsendelse. EMRK er et eksempel på en konvention, som Strasbourg i stigende grad har fortolket på en sådan måde, at den beskytter udlændinge mod udsendelse. I det følgende berøres kun den beskyttelse mod udsendelse, der indeholdes i artikel 8's beskyttelse af retten til privat- og familieliv.<sup>37</sup> Det skal bemærkes, at EU-retten også yder visse udlændinge beskytter mod udsendelse.<sup>38</sup>

Essensen i artikel 8 i EMRK er, at en stat kun må gøre indgreb i en persons privat- og familieliv, hvis det sker med lovhjælp, og hvis det er »nødvendigt i et demokratisk samfund« for at forfølge et sagligt hensyn.<sup>39</sup> Kravet om »nødvendighed« er i realiteten en proportionalitetsafvejning, der pålægger en stat at foretage en konkret afvejning af – på den ene side – hensynet til en persons privat- og familieliv og – på den anden – det hensyn, som et konkret indgreb i denne rettighed søger at varetage. Så jo mere intensive indgreb i retten til privat- og familieliv, jo mere tungtvejende skal hensynet være.

Artikel 8 i EMRK har i dag et meget bredt anvendelsesområde, men konventionens forarbejder og Domstolens tidlige praksis viser, at det ikke oprindeligt var intentionen, at artikel 8 skulle yde udlændinge beskyttelse mod udsendelse.<sup>40</sup> Det var først i midten af 1970'erne, at Strasbourg ved brug af dynamisk fortolkning fandt, at artikel 8 kunne beskytte udlændinge mod udsendelse.<sup>41</sup> Siden slutningen af 1980'erne og starten af 1990'ere er beskyttelsen af især udlændinge med længerevarende ophold i en medlemsstat udvidet i en sådan grad, at der skal ganske meget til for, at en udvisning af en kriminell udlænding, der er født i staten, eller som er indrejst som barn og har tilbragt det meste af sin barn- og ungdom i staten, er forenelig med artikel 8.<sup>42</sup> Artikel 8 beskytter i øvrigt ikke kun

udlændinge med familie (ægtefælle, børn osv.) i en medlemsstat men også udlændinge med mere generelle sociale forbindelser til staten.<sup>43</sup> Den praktiske konsekvens er, at en udvisning af en kriminell udlænding kan udgøre et »indgreb« i udlændingens ret til privat- og familieliv, og at en medlemsstat, der ønsker at udvise udlændingen, er forpligtet til at afveje, om det hensyn, som udvisningen skal opfylde (som regel en beskyttelse af samfundet mod udlændingens kriminelle aktiviteter), overstiger hensynet til det privat- og familieliv, som den kriminelle udlænding har skabt under sit ophold i staten. Strasbourg har endvidere opregnet de kriterier, som den *de facto* pålægger de nationale myndigheder at lægge vægt på i deres skønmæssige proportionalitetsvurdering.<sup>44</sup> Da proportionalitetsvurderinger involverer afvejningen af modsatrettede hensyn, er de altid meget konkrete,<sup>45</sup> og Strasbourg anerkender generelt stater en særlig skønsmargin – den såkaldte »margin of appreciation« – i den konkrete vurdering af, om et indgreb strider med en persons rettigheder i henhold til konventionen.<sup>46</sup> Det skyldes, at nationale myndigheder som regel er i bedre kontakt med nationale strømninger og traditioner end Strasbourg og derfor også bedre kan foretage en konkret afvejning af eventuelt modsatrettede hensyn. Grundantagelsen er altså et princip om »subsidiaritet« (som det også kendes fra EU-retten), hvorefter Strasbourg ikke skal agere appellinstans for afgørelser truffet af nationale myndigheder men alene skal holde øje med, at staternes konkrete vurderinger ligger inden for skiven af det, konventionen tillader.

Det er imidlertid ikke helt klart, hvor stor skønsmargin Strasbourg indrømmer stater i sager om udvisning af kriminelle udlændinge. Det var indtil for et par år siden ret tydeligt, at marginen ikke var særlig stor,<sup>47</sup> og Domstolen agerede reelt som en appelsinstans, der ikke afstod fra at sætte sig udover komplekse nationale skøn. Det er blevet hævdet, at Strasbourg er begyndt at anerkende stater en større skønsmargin.<sup>48</sup> Ifølge en analyse af Jacob Mchangama fra 2013 skulle der i hvert fald nu kunne spores en »signifikant forskel i EMD's tilgang i retning af større respekt for subsidiaritetsprincippet og den nationale skønsmargin.«<sup>49</sup> I en afgørelse den 1. december 2016 i

36. Grundsætningen genfindes i Strasbourgs egen praksis, se bl.a. *Chahal mod Storbritannien* (22414/93), 15. november 1996, pr. 73.

37. Beskyttelse mod udsendelse vil også følge af forbuddet mod udsendelse til en behandling i strid med artikel 3 og forbuddet mod kollektiv udsendelse af udlændinge i artikel 4 i Protokoll 4 til EMRK.

38. Se bl.a. Europaparlamentet og Rådets direktiv 2004/38/EF af 29. april 2004, herunder i særdeleshed art. 28.

39. For en oversigt, se Jens Elo Rytter, *Individets grundlæggende rettigheder* (2. udg.), Karnov Group (2016) s. 195-233.

40. Se hertil Explanatory Report to Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the first Protocol thereto, Strasbourg, 16. IX. 1963, s. 11-12.

41. De tidligste sager synes at være *X mod Tyskland* (6357/73), 8. oktober 1974, *X mod Schweiz* (7031/75), 12. juli 1976 og *X og Y mod Tyskland* (7816/77), 19. maj 1977. I ingen af de tre sager blev der fundet en krænkelse af art. 8. for krænkelse, se *Berrehab mod Holland* (10730/84), 21. juni 1988 vedrørte ikke udsendelse pga. kriminalitet) og *Moustaquim mod Belgien* (12313/86), 18. februar 1991. For udvisning af kriminelle udlændinge, se bl.a. *Boultif mod Schweiz* (54273/00), 2. august 2001, pr. 39, 46, og *Uner mod Holland* (46410/99), 18. oktober 2006, pr. 54.

42. Se også *Maslov mod Østrig* (1638/03), 23. juni 2008, pr. 75.

43. Se bl.a. *Uner* (n 41) pr. 59. Se også *Maslov* (n 41) pr. 63 og 71-73.

44. Se bl.a. *Boultif* (n 41) pr. 48; *Uner* (n 41) pr. 57-58.

45. For en oversigt og diskussion af praksis, se Rytter (n 39) s. 228-232. Se også *Maslov* (n 42) pr. 70.

46. For klassiske afgørelser, se *Handyside mod Storbritannien* (5493/72), 7. december 1976, pr. 48-49 og *Wingrove mod Storbritannien* (17419/90), 25. november 1996.

47. *Maslov* (n 42) pr. 76. Se også *Sarkozi and Mahran mod Østrig* (27945/10), 2. april 2015, pr. 65.

48. Se dog Justitsministeriet, Udvalget for Udlændinge- og Integrationspolitik 2012-13, UUI Alm. Del., endeligt svar på spørgsmål 151, 21. december 2012, på <http://www.ft.dk/samling/20121/almdel/uui/spm/151/svar/932450/1200634/index.htm>

49. Jacob Mchangama, »Er der sket en udvikling i Menneskerettighedsdomstolens praksis angående udvisning af kriminelle udlændinge?«, *EU-ret & Menneskeret* nr. 1, Jurist- og Økonomforbundet, 2013, s. 34-36.

den såkaldte 'Fez Fez-sag' afviste Strasbourg, at danske myndigheders udvisning af en kriminel libanesisk statsborger med otte børn i Danmark var i strid med artikel 8. Domstolen noterede sig, at de danske domstole havde inddraget de kriterier, som Strasbourg selv har opstillet i artikel 8-sager<sup>50</sup> og afstod selv fra at foretage sin egen konkrete skønsafvejning. En eventuel ændring i Domstolens skønsmargin udspringer formentlig af den kritik af Domstolen, der indeholdes i erklæringerne fra Interlaken (2010),<sup>51</sup> Izmir (2011)<sup>52</sup> og Brighton (2012).<sup>53</sup> Det påpeges eksempelvis i Izmir-erklæringen, at Strasbourg ikke er en »immigration Appeals Tribunal or a Court of fourth instance«, og det noteres også, at Domstolen i dets behandling af sager relateret til asyl og migration bør »take full account of the effectiveness of domestic procedures and, where these procedures are seen to operate fairly and with respect for human rights, to avoid intervening except in the most exceptional circumstances.«<sup>54</sup> Presset på Domstolen genfindes i Protokol Nr. 15 til EMRK fra 2013, der endnu ikke er trådt i kraft. I henhold til protokollens artikel 1 skal der indføres en eksplicit henvisning til staternes skønsmargin i konventionens præambel.

Uanset om Strasbourg er begyndt at indrømme staterne en større skønsmargin i sager om udvisning af kriminelle udlændinge, er det legitimt, at den danske regering opretholder det politiske pres på Domstolen på netop dette område. Spørgsmålet om udlændinges ret til adgang og ophold på en medlemsstats territorium er i disse år et endog særlig følsomt politisk anliggende, der truer med at erodere respekten for konventionen i sin helhed. Hertil kommer, at konventionens beskyttelse af kriminelle udlændinge i artikel 8 ligger ganske langt fra det, der må anses for at være konventionens kerneområde.<sup>55</sup>

## 6. Konklusion – og vejen frem

Det primære budskab i denne artikel har været, at den danske regerings ambition med det forestående formandskab bør være at bidrage til, at EMRK »fremtidssikres« ved, at den bliver mere fokuseret og bedre prioriteret. Danmark har brug for et stærkt demokratisk Europa, og vi har behov for en stærk Menneskerettighedskonvention. Regeringen skal tage den øgede kritik af Strasbourgs praksis alvorligt, men den skal også huske, at Danmark har en klar national interesse i at sikre den internationale respekt for demokrati og grundlæggende frihedsrettigheder. Det er balancegangen mellem disse to hensyn, der er

regeringens udfordring. Artiklen har i den forbindelse gjort gældende, at regeringen mere konkret bør rejse en debat blandt Europarådets medlemmer om behovet for en substancial re-orientering af Strasbourgs praksis på visse følsomme politikområder, hvor Domstolen har flyttet konventionens fokus langt fra den oprindelige kerne, og hvor udviklingen møder folkelig modstand. Artiklen har peget på to konkrete områder, hvor regeringen passende kan sætte ind.

Både Mads Bryde Andersen og Peter Vedel Kessing har redegjort for, hvorledes den danske regering kan søge at få gennemført ændringer i EMD's dynamiske fortolkning eller få ændret Danmarks tilhørsforhold til konventionen (hvis det er det, der ønskes).<sup>56</sup> En af mulighederne er, at regeringen bruger dansk lovgivning til at »skubbe menneskerettighederne« tilbage ved eksempelvis at ændre i inkorporeringsloven fra 1992.<sup>57</sup> En anden er, at konventionen opsiges, og at Danmark efterfølgende søger at genindtræde med et eller flere traktatforbehold på de områder, der fra dansk side anses for at være uacceptable.<sup>58</sup> Der er også den tredje mulighed, at regeringen søger at få gennemført en ændring af selve konventionen i form af vedtagelsen af en tillægsprotokol. En fjerde tilgang er, at regeringen på Danmarks vegne indgår en efterfølgende aftale med de øvrige medlemsstater om, hvorledes konventionens bestemmelser bør fortolkes. Sigtet vil i så fald ikke være at ændre i selve konventionen men alene at præcisere, hvorledes staterne mener, at konventionen i praksis skal forstås.

Som både Andersen og Kessing nævner, så er der ingen af de nævnte tilgange, der er uden problemer, og regeringen må især forvente, at det bliver op ad bakke at få vedtaget en egentlig tillægsprotokol til konventionen eller på anden vis få gennemført materielle ændringer i selve konventionen. En egentlig udtræden med efterfølgende genindtræden er næppe heller politisk realistisk.

Der er imidlertid et par mindre indgribende ting, som regeringen kan kigge på. Den kan for det første arbejde aktivt for, at de stater, der endnu ikke har ratificeret Protokol Nr. 15, får det gjort. Protokollen indfører som berørt bl.a. en tilføjelse til konventionens præambel, der betoner subsidiaritetsprincippet. Den kan for det andet have som ambition, at det kommende formandskab munder ud i en politisk erklæring, der i klare vendinger opretholder det politiske pres på Domstolen, som bl.a. Brighton-erklæringen var med til at lægge. Som berørt i afsnit 5, så er det muligt, at Domstolen allerede er begyndt at tillade staterne en større skønsmargin i vurderingen af, om udvisning af en kriminel udlænding krænker artikel 8. Hvis det er

50. *Salem mod Danmark* (77036/11), 1. december 2016, pr. 82.

51. *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Interlaken Declaration* 19. February 2010, på [http://www.echr.coe.int/documents/2010\\_interlaken\\_finaldeclaration\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/2010_interlaken_finaldeclaration_eng.pdf)

52. *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, Izmir, Turkey*, 26-27 April 2011, på [http://www.echr.coe.int/Documents/2011\\_Izmir\\_FinalDeclaration\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/2011_Izmir_FinalDeclaration_ENG.pdf)

53. Se note 7.

54. Se note 52, s. 3. Pkt. A, 3.

55. Se også Mchangama (n 17)

56. Mads Bryde Andersen »Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem«, *Juristen*, nr. 3, s. 92-97 og Peter Vedel Kessing, »Kan menneskerettighederne begrænses?« *Advokaten*, nr. 09 (2016) s. 36-40.

57. Se hertil Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

58. Traktatforbehold reguleres i Wienerkonventionen om traktater af 1969, se hertil art. 19-23. EMRK art. 58 indeholder en procedure for opsigelse af konventionen.



korrekt, så tyder det jo på, at Domstolen *er* modtagelig over for klare politiske signaler fra medlemsstaternes side. Det må dog også erkendes, at det forhold, at staterne formentlig har meget forskellige opfattelser af, hvilke dele af den dynamiske fortolkning, der bør »rulles tilbage«, og at en skærpet tone kræver enighed hos de 47 stemmer, i sagens natur vil komplicere regeringens arbejde. En tredje mulighed er, at regeringen forsøger sig med konkrete processuelle tiltag, der kan ændre ved magtfordelingen mellem Strasbourg og medlemsstaterne. Det kunne bl.a. ske ved at se på, om det var muligt at gøre det vanskeligere for Domstolen – evt. i kraft af regler om kvalificeret flertal blandt dommerne – at anlægge dynamiske fortolkninger, der ændrer markant på eksisterende praksis. Man kunne også se på, om staterne skulle gives adgang til at få »genoptaget«/»anket« sager, de finder særligt kontroversielle.

Formandskabet kunne måske også være en kærkommen anledning til, at regeringen og andre relevante myndigheder i Danmark kiggede lidt indad og gjorde sig nogle overvejelser om, hvorvidt man ikke fra København kunne gøre mere for at lægge løbende pres på Strasbourg.

Regeringen kunne eksempelvis begynde at anlægge en væsentlig mere aktiv stil ved Domstolen og udnytte den allerede eksisterende mulighed for at intervenere i sager, hvis udfald vil kunne have interesse for Danmark og dansk ret.<sup>59</sup> Med tanke på den store politiske opmærksomhed, der omgærder udfaldet af nogle af sagerne – især de sager der vedrører frihedsberøvelse eller udvisning – er det påfaldende, at Danmark så vidt vides aldrig har gjort brug af denne adgang.

Endelig er der naturligvis den rolle, som de danske domstole spiller i forhold til at give EMRK gennemslagskraft i dansk ret, og som regeringen i sagens natur ikke kan gøre så meget ved i praksis. Det kan til tider være svært at undgå det indtryk, at domstolene – herunder måske især Højesteret – gerne vil udvise en vis grad af forsigtighed over for at »gå til grænsen« af Strasbourgs praksis, bl.a. i udvisningssager. Det kan der være mange gode grunde til. Spørgsmålet er ikke desto mindre, om ikke lidt mere pro-aktive – og i nogle tilfælde kritiske – domstole vil kunne spille en konstruktiv rolle i forhold til at lægge det fornødne pres på Strasbourg.

59. Se konventionens art. 36.