

Dynamiske domstole, retssikkerhed og demokrati: Skal menneskerettigheder udvikles af politikere eller dommere?*

Af fhv. højesteretspræsident, professor, dr.merc.h.c. Børge Dahl

Lad mig starte med en tilståelse. Jeg står her som dømt menneskeretskrænker. I 1999 havde vi i Højesteret en sag¹ om eksklusivbestemmelser på arbejdsmarkedet og Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelse om foreningsfrihed.² At det overhovedet kunne blive til en retssag, er sådan set lidt sært. Der står nemlig i forarbejderne til konventionsbestemmelsen om foreningsfrihed, at der var uenighed mellem staterne om synet på eksklusivaftaler, og at man af den grund havde undladt at medtage en regel om, at ingen kan tvinges til at være medlem af en forening.³ Menneskerettighedskonventionen skulle altså beskytte den såkaldte positive foreningsfrihed – retten til at danne og være medlem af en forening, men ikke den såkaldte negative foreningsfrihed – retten til at stå uden for en forening.

Så skulle man jo tro, at det var fuldstændig klart, at det aldrig har været meningen, at konventionen skulle kunne danne grundlag for et forbud mod brugen af eksklusivaftaler.⁴ Men allerede i 1982 fastslog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD), at det er i strid med foreningsfriheden, når en virksomhed indgår en overenskomst med en eksklusivklausul og derefter afskediger allerede ansatte, som ikke vil melde sig ind i fagforeningen.⁵

Det er da et resultat, man godt kan have sympati for – det er bare svært med en dansk dommerbaggrund at forstå, at det resultat ligger inden for konventionen.

Dansk lovgivning blev indrettet efter dommen.⁶ Fagforeningsmedlemskab måtte ikke gøres til et krav over for allerede ansatte,⁷ mens nyansættelse fortsat kunne betinges af fagforeningsmedlemskab.⁸

Spørgsmålet for Højesteret i 1999 var så, om det var godt nok. Højesterets svar var, at det var det. Det fulgte ikke af bestemmelsen om foreningsfrihed i konventionen, at der var noget galt med den danske lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold.

Den forståelse blev underkendt af EMD ved en dom i 2006.⁹ EMD citerer i sin dom, hvad der står i forarbejderne til konventionen, men henviser til, at udviklingen i Europa er gået i retning af et kritisk syn på eksklusivaftaler. EMD henviser i øvrigt til et lovforslag fremsat af den danske regering i 2003 om at forbyde eksklusivaftaler og siger herom, at det var i overensstemmelse med den almene europæiske trend.¹⁰ At regeringen ikke havde kunnet få flertal i Folketinget for forslaget, havde for EMD ingen betydning.

Jeg nævner dette til illustration af, hvad dynamisk fortolkning af menneskerettigheder er for noget. Eksemplet viser, at det ikke er uden grund, at den form for fortolkning undertiden betegnes som kreativ og aktivistisk.¹¹ Dynamisk fortolkning indebærer nemlig, at en domstol ikke blot anvender og udvikler ret under anvendelse af alment anerkendte fortolkningsfaktorer og reelle hensyn inden for en given ramme, men at den også uden beføjelse træder uden for rammen og skaber ny ret.

Jeg nævner det også til illustration af, hvordan Højesteret håndterer sager, hvor menneskerettighedskonventionen er i spil. Eva Smith skrev forleden i en kronik i *Politik*

* Indlæg ved Folketingets Retsudvalgs høring om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis den 11. oktober 2017. Efterfølgende forsynet med enkelte uddybende bemærkninger og fodnoter.

1. Se UfR 1999 s. 1316 og UfR 1999 s. 1496 og også UfR 2000 s. 1728.
2. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11.
3. Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials, Collected Edition of the »travaux préparatoires«, vol. IV, s. 262
4. Se hertil Jens Kristiansen i *Arbejdsretligt Tidsskrift* 2005 s. 203 og 2006 s. 236.
5. Young, James and Webster v. United Kingdom (British Rail), dom af 13. august 1981.

6. Lov nr. 285 af 9. juni 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold.

7. § 2, stk. 1, jf. dog stk. 3

8. § 2, stk. 2.

9. Sørensen and Rasmussen v. Denmark, dom af 11. januar 2006.

10. Jf. Peer Lorenzen m.fl.: *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer* (3. udg. 2011) s. 908 ff.

11. Se hertil Jørgen Steen Sørensen, *Aktivistiske domstole – et blik på Europa og Danmark*, *Juristen* 2017 s. 73 ff.

ken,¹² at Højesteret i 1994 blev så forskræmt af at blive underkendt af EMD i grønjakkesagen,¹³ at Højesteret siden har anlagt en meget forsigtig linje.

Men sådan forholder det sig ikke. Højesteret bestræber sig på at følge dansk lov til den grænse, som konventionen og EMD sætter. Det viser ikke kun dommen om eksklusivaftaler. Fra pressefrihedsområdet er der f.eks. Højesterets dom fra 1998 om »Politiets blinde øje«, hvor Højesteret dømte to TV-journalister for injurier,¹⁴ hvilket lige netop med 9 stemmer mod 8 ikke blev underkendt ved EMD's efterfølgende dom i 2004.¹⁵ Fra forskelsbehandlingsområdet er der 28-års-reglen, som Højesteret oprettholdt i 2010,¹⁶ men som blev underkendt af EMD i 2016 med dommerstemmerne 12-5.¹⁷ Da Højesteret i 2011 udviste en person, som i pressen blev kaldt Fez Fez,¹⁸ var der heller ikke kalkuleret med nogen sikkerhedsmargin i forhold til EMD for ikke at blive underkendt. I lige netop udvisningssager, som er konkrete afvejningssager, har det imidlertid i mange tilfælde været ret så vanskeligt at fastlægge, hvor grænsen efter EMD's praksis går, og hvor EMD's praksis er på vej hen.¹⁹

Der er altså ikke noget generelt belæg for, at Højesteret ud fra et ønske om ikke at blive underkendt af EMD giver menneskerettighederne længere tøjrslag end EMD. På adskillige områder, f.eks. på udvisningsområdet, skal der i hver enkelt sag foretages en konkret proportionalitetsafvejning ud fra sagens konkrete omstændigheder, parternes procedure og de kriterier, som EMD har opstillet, og det hænder derfor, at der kan være flere meninger om en konkret afgørelse.²⁰

Det kan navnlig være svært at ramme rigtigt i en tid, hvor EMD giver sig til at rebe sejlene og slå bak. I årevis har EMD i masser af udvisningssager optrådt som ren fjerdeinstans. I dag er EMD på mange måder en anden domstol end for få år siden. På det seneste synes EMD på vej til at overlade de nationale domstole et større råderum og f.eks. acceptere, at der tillægges samfundsmæssige behov for udvisning større vægt.

Beskyttelsen af kriminelle mod udvisning bygger på EMRK artikel 8 om retten til respekt for privatliv og familieliv, »men konventionens forarbejder og Domstolens tidlige praksis viser, at det ikke oprindeligt var intentionen, at artikel 8 skulle yde udlændinge beskyttelse mod udsendelse«, jf. Anders Henriksen, For et balanceret formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse, *Juristen* 2017 s. 104, hvor det videre hedder: »Det var først i midten af 1970'erne, at Strasbourg ved brug af dynamisk fortolkning fandt, at artikel 8 kunne beskytte udlændinge mod udsendelse.« (min kursivering)

12. Eva Smith, Menneskerettighedsdomstolen er på vildspor, *Kronikken*, *Politiken* 2. oktober 2017.

13. Jersild v. Danmark, dom af 23. september 1994 (12-7 afgørelse).

14. UfR 1999 s. 122.

15. Pedersen and Baadsgaard v. Danmark, dom af 17. december 2004.

16. UfR 2010 s. 1035.

17. Biao v. Danmark, dom af 24. maj 2016.

18. UfR 2012 s. 225.

19. Jf. Jens Peter Christensen, Højesteret og statsmagten, i Per Magid m.fl.: Højesteret 350 år (2011) s. 290.

20. Se f.eks. Peter Starup, Juridisk frihåndstegning? – en kommentar til U 2013.2587 H, UfR 2014B s. 69 ff.

Om EMD's praksis i 2010 hedder det hos Jon Fridrik Kjølbro: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention for praktikere (3. udg. 2010) bl.a., at der skal foreligge meget tungtvejende grunde for at retfærdiggøre udvisning af fastboende udlændinge, der er født i landet eller indrejst som børn (s. 707), og at har klager ikke bevaret nogen form for tilknytning til modtagerstaten, kan selv meget grove forbrydelser ikke føre til udvisning (s. 706). Udsagnene er gentaget i 4. udgave 2017 (færdiggjort i december 2016) s. 910 og 911.

Om EMD's praksis i 2017 har Jon Kjølbro i et foredrag på Københavns Universitet den 22. september 2017 udtalt, at »there is support in case-law for saying that the Court is already doing what politicians at domestic level have encouraged it to do«, og herved henvist til *Sallem v. Denmark*,²¹ dom af 1. december 2016, *Hamesevic v. Denmark*, dom af 16. maj 2017 og *Alam v. Denmark*, dom af 6. juni 2017 og yderligere til *Ndidi v. United Kingdom*, dom af 14. september 2017. Det efter disse domme afgørende er, som det siges i *Ndidi*, om de nationale domstole »have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant's personal interests against the more general public interest in the case«. Når det er tilfældet, skal EMD ikke »substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities«, medmindre »there are shown to be strong reasons for doing so.« I *Ndidi*-dommen udtales endvidere: »Consequently, in two recent cases concerning the expulsion of settled migrants, the Court declined to substitute its conclusions for those of the domestic courts, which had thoroughly assessed the applicants' personal circumstances, carefully balanced the competing interests and took into account the criteria set out in its case law, and reached conclusions which were »neither arbitrary nor manifestly unreasonable« (see *Hamesevic v. Denmark* (dec.), no 25748/15, § 43, 16 May 2017 and *Alam v. Denmark* (dec.) no 33809/15 § 35, 6 June 2017).«

Det kan konstateres, at EMD inden for de seneste måneder har afsagt nogle domme, som siger noget andet end, hvad Jon Kjølbro skrev om EMD's praksis i 2010 og har gentaget i 2017. De nævnte domme ligger efter Højesterets dom af 12. maj 2016 i den såkaldte Levakovic-sag, UfR 2016 s. 2883. Højesteret henviser i præmisserne i dommen fra 12. maj 2016 helt naturligt til den da foreliggende EMD-praksis, bl.a. *Maslov v. Austria*, dom af 23. juni 2008, en Storkammerdom, som Jon Kjølbro ligeledes støtter sin gennemgang på, også i 2017-udgaven. Ingen af de helt nye domme er afsagt af Storkammeret.

Nogle ser denne udvikling som et resultat af Brighton-erklæringen fra 2012,²² som anbefaler, at EMD giver landene et større spillerum – at subsidiaritet får en mere prominent position. Hvor langt det rækker, hvilken effekt det har eller får, er imidlertid noget usikkert. I dommen om den danske 28-års-regel fra maj sidste år, siges det udtrykkeligt, at skønsmarginen i sagen er meget snæver.²³

Men tilbage til dynamisk fortolkning. Hvad er problemet?

Problemet er, at dynamisk fortolkning kan føre til juridisk aktivisme, som overskrider grænsen til det politiske.²⁴ Ikke fordi reglerne anvendes på ændrede forhold som følge af den teknologiske og samfundsmæssige udvikling, heller ikke fordi reglerne anvendes under hensyn til en

21. Angår Højesterets dom i den såkaldte Fez Fez-sag, UfR 2012 s. 225.

22. High Level Conference 19 and 20 April 2012 on the Future of the European Court of Human Rights, Brighton Declaration.

23. Biao v. Danmark, dom af 24. maj 2016.

24. Jf. herved Mads Bryde Andersen, Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem, *Juristen* 2017 s. 81 ff. med henvisninger.

ændret moral- eller værdiopfattelse i samfundet, men fordi reglerne anvendes som legitimation for udvikling af helt nye rettigheder.

I 1958 tog Højesteret stilling til, om dokumenter, der skulle tinglyses, ikke blot kunne underskrives med pen og blæk, men også med kuglepen. Tinglysningsdommeren og landsretten holdt på det klassiske krav om pen og blæk, dokumenter underskrevet med kuglepen kunne derfor ikke tinglyses. I Højesteret (UfR 1959 s. 40/1) blev resultatet det modsatte. Højesterets begrundelse var, at det var blevet almindeligt at bruge kuglepen, og det var ikke til at se, hvad der kunne være af betænkeligheder. Den form for dommervirksomhed – at anvende gældende regler på ny teknologi i overensstemmelse med en pragmatisk tilgang, reelle hensyn og sund fornuft – er uproblematisk.

I 1965 tog Højesteret stilling til, om John Clelands »Fanny Hill, Memoirs of a Woman of Pleasure« var »utugtig« i straffelovens forstand. Svaret blev et nej (UfR 1965 s. 415). Der blev bl.a. lagt afgørende vægt på »den frihed, der i nutiden råder med hensyn til skildringer af seksuelle foreteelser«. Også den form for dommervirksomhed – at tage hensyn til en ændret moral- og værdiopfattelse i samfundet – er uproblematisk.

Det er en anden sag, når f.eks. en »negativ« frihed, som regeludsteder udtrykkeligt har fravalgt, ved dom inddrages under den »positive« frihed, et regelsæt er udstedt med. Samtidig er det et problem, når udviklingen i nogle lande bliver styrende for bedømmelsen i andre.

Er det en naturlig dommeropgave løbende at udvide det katalog af menneskerettigheder, som er demokratisk vedtaget, med en stadig strøm af nye rettigheder? Er det en naturlig dommeropgave løbende at øge beskyttelsesstandarderne? Ingen ret kommer uden en pris – hvad der gøres til en menneskerettighed for den enkelte, har en pligt- eller tåleside for andre og for fællesskabet. I Danmark har traditionen været, at grundlæggende samfundsmæssige afvejningsspørgsmål bliver besvaret demokratisk af vores politikere – af den simple grund, at der er tale om, hvad vi opfatter som politiske spørgsmål.

Det stemmer samtidig bedst med vores opfattelse af retssikkerhed. Rettens forudsigelighed indgår som noget væsentligt i vores retssikkerhedsforståelse. Danske dommere finder ret, opfinder den ikke – kreativ domstolsaktivisme viger vi tilbage for af hensyn til retssikkerheden og domstolens legitimitet. Og af hensyn til tilliden til domstolene. Og demokratiet selvfølgelig. Når EMD gennem dynamisk fortolkning lægger nye rettigheder ind i EMRK, er det ikke til at vide, hvad retstilstanden er, eller hvad den bliver. Dommerne kommer til at drive politik i strid med vores demokratiopfattelse.

Det er på mange måder forbløffende, hvad EMD gennem tiden har behandlet som et menneskerettighedsproblem. Hvis der gælder regler om en særlig lempelig arveafgift for ægtefæller, og den regel udvides til at gælde for ægteskabslignende forhold, er det så ikke urimelig forskelsbehandling, hvis den særligt gunstige arveafgiftsregel ikke gælder for et ældre søskendepar, som i fællesskab har overtaget og bor sammen i deres fødehjem? For mig at se er det et rent politisk spørgsmål, og det er sådan set uinteressant, hvad EMD's resultat bliver i sådan en sag – sagen burde nemlig aldrig have været taget op som en

menneskerettighedssag.²⁵ I Danmark har vi en omfattende lovgivning om sociale ydelser, og ejendomsretten er beskyttet i grundloven. Er det et menneskerettighedsproblem, hvis lovgivningen om sådanne ydelser ændres, så nogle afskaffes, nye kommer til, eller størrelsen af ydelserne reguleres (nedad)?²⁶ Eller hvad med nabostøj – skal støjgrænser fastsættes af EMD?²⁷

På det europæiske menneskerettighedsområde deltager vi imidlertid i et samarbejde med 46 andre stater. Hvert land har sin historie, sin politiske kultur, sin dommerkultur og sit svar på, hvor balancepunktet mellem jura og politik ligger.

Det europæiske menneskerettighedsamarbejde er grundlagt som et fredens projekt vendt mod etnisk udrensning, koncentrationslejre og andre uhyrligheder.²⁸ Det er et samarbejde, som er med til at definere vores værdigrundlag, og som samtidig er af betydning ikke blot for den enkelte, men også for sikkerheden i Europa.²⁹ I et sådant samarbejde er grænsen mellem jura og politik ikke et rent nationalt anliggende, men påvirkes af, hvor balancepunktet findes i andre lande, og hvor EMD gennem sin praksis finder sit ståsted.

Det er et samarbejde, som gennem inkorporeringsloven er fuldstændig integreret i dansk ret. Set med dommerøjne er det helt sikkert at foretrække at være med i et fællesskab, hvor magtens sværd er erstattet af rettens, så der er et system til beskyttelse mod det, som vi under ingen omstændigheder kan leve med.

Det betyder selvfølgelig ikke, at vi bare skal bøje os i støvet for, hvad der kommer fra Strasbourg. Tværtimod skal vi forholde os til det med sund fornuft og kritisk sans. For os er menneskerettigheder menneskeværk. Vores balancepunkt er demokratisk funderet, og det er vigtigt, at udviklingen internationalt ikke bliver så dynamisk, at man ikke kan følge med nationalt.

Det bliver nemlig på sigt et problem for tilliden til danske domstole, når domstolene bliver sat til at stå på mål for afgørelser fra internationale domstole, der er så dynamiske, at det ikke er til at se retsstatsprincippet respekteret. Hensynet til retssikkerheden sætter en grænse for, hvor kreativt og dynamisk domsmagt kan udøves. Det bliver tilsvarende et problem for tilliden til demokratiet, når vores valgte politikere som følge af sådanne afgørelser afskæres fra at bestemme over væsentlige samfundsmæssige spørgsmål i overensstemmelse med, hvad befolkningen kan se sig selv i.

25. Se *Burden and Burden v. United Kingdom*, dom af 12. december 2006, og *Burden v. United Kingdom*, Grand Chamber dom af 29. april 2008.

26. Om beskyttelsen af sociale ydelser efter Tillægsprotokol nr. 1 se *Peer Lorenzen m.fl. op.cit.* (note 10) s. 1257 ff.

27. Om beskyttelse mod nabostøj, se *Peer Lorenzen m.fl. op.cit.* (note 10) s. 700 ff.

28. Se f.eks. *Jens Elo Rytter: Individets grundlæggende rettigheder* (2. udg., 2016) s. 21 ff.

29. Jf. herved *Anders Henriksen, For et balanceret dansk formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse*, *Juristen* 2017 s. 98 ff.

Vi skal derfor ikke forsømme nogen lejlighed til at tage bestik af udviklingen på menneskerettighedsområdet og forholde os til den.³⁰ Vi skal gribe enhver mulighed for dialog. Der kan dog ikke være nogen tvivl om, at danske domstole i almindelighed må følge den linje, som er udstukket af EMD – der skal foreligge særlige omstændigheder for ikke at rette ind.³¹

I forarbejderne til inkorporeringsloven er det da også forudsat, at det er lovgivningsmagten, som skal spille førsteviolin.³² Det er helt i overensstemmelse hermed, hvis politikerne f.eks. i utilfredshed med konkrete danske domme, som følger praksis fra EMD, gennem lovgivning bestemmer, hvor skabet skal stå.

I øvrigt er der sådan set nok at tage fat på, hvad EMD angår. EMD har alt, alt for mange sager. Der ligger vel op imod 100.000 på hylderne. Domstolen afsiger tusinde domme eller flere om året – det er så mange, at selv dommerne ved EMD må have svært ved at følge med i alle domme, og hvad de får af konsekvenser. Det tager alt

for lang tid at få sagerne afgjort. Mange af sagerne er et resultat af, at Domstolen løbende har udvidet menneskerettighedsområdet og hævet standarderne, så spørgsmålet ikke længere er, hvad der er for dårligt, men om det er godt nok. En lille snebold af en menneskerettighed kan i praksis – dynamisk forstået – vise sig at rumme en lavine. Og rumme en afgørelse af spørgsmål, som nationalt er så højspændt politisk, at det kan være afgørende for udfaldet af nationale valg, og som af hensyn til den nationale sammenhængskraft kan være bedst tjent med en national løsning.

Det forekommer nærliggende at arbejde for færre sager med fokus på det fundamentale og uden for det fundamentale i det mindste for større spillerum til de enkelte lande, ikke mindst på områder, hvor afvejningen bedst sker nationalt – det er ikke alt, som kan og skal besvares ud fra en konventionstekst, og det er ikke alt, som kræver samme svar i alle lande.

30. Brighton-erklæringen (jf. note 22) opfordrer til »open dialogues between the Court and States Parties«, herunder ikke mindst dialog mellem EMD og nationale højesteretter og mellem EMD og Europarådets Ministerkomité »including on the principle of subsidiarity and on the clarity and consistency of the Court's case law«.

31. Den engelske højesteret har udtalt: »Where ... there is a clear and constant line of decisions whose effect is not inconsistent with some fundamental substantive or procedural aspects of our law, and whose reasoning does not appear to overlook or misunderstand some argument or point of principle, we consider that it would be wrong for this court not to follow that line«, i *R (Chester) v Secretary of State for Justice; McGeoch v Lord President of the Council* [2013] 3 WLR 1076.

32. Se Folketingstidende 1991-92, Tillæg A, sp. 5470.