

Danske udfordringer af det europæiske menneskerettighedssystem

Af professor, dr.jur. Jens Vedsted-Hansen, Juridisk Institut, Aarhus Universitet

I fortsættelse af *Juristens* temanummer om Menneskerettighedsdomstolens retsanvendelse diskuteres nogle af de centrale udfordringer for det europæiske menneskerettighedssystem. Der fokuseres på den danske debat med afsæt i regeringsdokumenter, der har udfordret Domstolens 'dynamiske fortolkning' af EMRK og udtrykt ønske om at komme tilbage til de 'oprindelige intentioner' med konventionen. I lyset heraf drøftes begrebet 'dynamisk fortolkning', og der skitseres en sondring mellem generel konventionsfortolkning og konkrete vurderinger og afvejninger i enkeltsager. Det er i relation til de sidstnævnte led i menneskeretlige afgørelser, at der er behov for og plads til en 'margin of appreciation' for de nationale myndigheder. Dette er ikke mindst tilfældet for sager om udvisning af kriminelle udlændinge, et sagsområde der står centralt i den aktuelle danske debat. Her er der dog tegn på, at behovet for at korrigere EMD-praksis er mindre end ofte antaget i debatten, navnlig fordi der formentlig allerede er foretaget en praksisjustering hos EMD. På den baggrund konkluderes det, at politiske ønsker om gennem det danske formandskab for Europarådet at søge praksis yderligere påvirket mest hensigtsmæssigt kan realiseres ved at opgive uspecifik kritik af EMD's 'dynamiske fortolkning' for i stedet at fokusere på de dele af den konkrete retsanvendelse, som mere effektivt kan gøres til genstand for diplomatisk-politisk indsats.

1. Indledende bemærkninger

I lyset af den ganske omfattende debat, der i den senere tid har været ført i medierne om det europæiske menneskerettighedssystem og de officielle planer for Danmarks formandskab for Europarådet, hvor regeringen har bebudet særlige initiativer på netop dette område, tilsigtes det med denne artikel at give et beskedent bidrag til fokusering og dermed nuancering af debatten om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og særligt om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). Dette skal navnlig ses på baggrund af det særlige temanummer af *Juristen* om »Menneskerettighedsdomstolens retsanvendelse«, hvis målsætning var at behandle »forskellige sider af Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkningsstil og de handlemuligheder, som med-

lemsstaterne har, hvis de – som den danske regering – er skeptiske over for udviklingen«.¹

I det følgende gøres der først nogle overvejelser om karakteren af de aktuelle udfordringer for det europæiske menneskerettighedssystem med fokus på den danske debat, som navnlig har taget afsæt i centrale regeringsdokumenter fra 2016 (afsnit 2 og 3). Herefter skitseres nogle begrebsmæssige sondringer, som formentlig kan være nyttige for at klargøre grundlaget for diskussion og kritik af de domme og beslutninger, der afsiges af EMD. Den teoretiske og praktiske behandling af de forskelligartede elementer i EMD's afgørelser vil typisk tage sig noget forskelligt ud, når det kommer til kritik af EMD's retsanvendelse, hvilket ikke mindst har betydning i relation til debatten om rollefordelingen mellem EMD og de nationale domstole (afsnit 4). Afslutningsvis kommenteres nogle af de synspunkter og argumenter, der fremkom i *Juristens* temanummer om EMD's retsanvendelse (afsnit 5 og 6).

2. Udfordringernes karakter og grundlag

Såvel i pressede debatten som i nogle af de artikler, der blev bragt i *Juristens* temanummer, kan det undertiden forekomme mindre klart, hvilken retlig karakter udfordringerne for – eller problemet med – det europæiske menneskerettighedssystem menes at have. Dermed bliver det tillige uklart, hvem der er adressat for den fremsatte kritik af dette system, og hvilke handlemuligheder adressaterne kan have med henblik på at imødekomme kritikken i det omfang, de måtte finde anledning hertil.

Dele af kritikken synes således at rette sig principielt mod internationale menneskerettigheder som retligt begreb og normsæt. Dette har kunnet give indtryk af en overordnet og dybtgående legitimitetskrise for den internationale orden til beskyttelse af menneskerettigheder, der blev grundlagt under og efter 2. verdenskrig, og som siden har udviklet sig gradvist i regi af både FN og regionale organisationer, herunder ikke mindst Europarådet og sidenhen tillige EU. Andre dele af kritikken drejer sig snarere om de kontrol- eller monitoreringsorganer, som er

1. Hovedredaktør Jens Kristiansens indledende artikel 'Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkningsstil til debat', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 72.

blevet oprettet i tilknytning til universelle og regionale menneskerettighedskonventioner, og den måde, hvorpå disse fortolker og anvender deres respektive traktatgrundlag. Mens titlen på *Juristens* temanummer kunne indikere, at det sidste aspekt var tænkt som primært sigte for debatten, forekommer der dog her tillige visse elementer af mere grundlæggende kritik af selve karakteren af den juridiske menneskerettighedsbeskyttelse på internationalt plan, hvori blandt andet EMD indgår som aktør.

I debatten om de aktuelle udfordringer for det europæiske menneskerettighedssystem har der ofte været henvist til folkelig utilfredshed med dette system og dets virkninger. Mens der næppe kan være tvivl om, at der forekommer en ganske udbredt skepsis overfor nogle af de *konkrete virkninger*, som iagttagelsen af internationale menneskerettighedsforpligtelser kan have, kunne der dog være behov for i en videnskabelig diskussion at søge karakteren af denne skepsis nærmere belyst. Der kan konstateres åbenbare empiriske svagheder ved henvisninger til folkelige stemninger, som angiveligt skal være vendt mod de eksisterende internationale menneskerettighedsforpligtelser som *generelt fænomen*.

Det forekommer i den forbindelse ikke uden videre overbevisende, når der sættes lighedstegn mellem politikerudtalelser og folkelige opfattelser på den måde, at de første i sig selv anses for at være belæg for de sidste.² Selvom politikeres udtalelser i et demokratisk samfund selvsagt må formodes at afspejle holdninger i befolkningen, er sammenhængen mellem de to fænomener ofte mere kompleks end som så. Befolkningens indtryk af, hvad menneskeretlige standarder forpligter et land som Danmark til, skabes således i betydeligt omfang på baggrund af medieomtale af enkeltsager. Denne er ikke sjældent præget af summarisk sagsfremstilling uden angivelse af den faktuelle og juridiske kontekst, hvilket kan føre til overdrevne forestillinger om menneskerettighedsforpligtelserne som hindring for national indsats mod kriminalitet eller andre fænomener. Dette skal illustreres nedenfor i afsnit 5 ved kort omtale og analyse af enkelte sager, som i de senere år har præget debatten i Danmark på en måde, der næppe svarer til realiteterne, hvad angår EMRK's betydning for de trufne domstolsafgørelser.

Blandt de undersøgelser, der angives at vise den folkelige utilfredshed med EMRK, kan der være særlig anledning til at nævne en opinionsmåling med følgende spørgsmål:

Regeringen vil forsøge at genforhandle den europæiske menneskerettighedskonvention, så det bliver lettere at udvise kriminelle uden dansk statsborgerskab. Bør Danmark udtræde af konventionen, hvis det ikke bliver nemmere at udvise kriminelle?

2. Se som eksempel Anders Henriksen, 'For et balanceret dansk formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 102: »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*.« (fremhævet her).

Svarene fordelte sig således:

- Ja: 48 %
- Nej: 34 %
- Ved ikke: 18 %.³

Ud fra de givne svar virker det umiddelbart plausibelt, når en kommentator udlagde dette som en »opsigtsvækkende skepsis«.⁴ Derimod undlod kommentatoren at reflektere over de forudsætninger, som det stillede spørgsmål bygger på: *at* det skal gøres lettere at udvise »kriminelle udlændinge uden dansk statsborgerskab« og derfor på nuværende tidspunkt må være for vanskeligt, *at* en ændring af denne situation vil kræve genforhandling af EMRK, og *at* konsekvensen af manglende resultater heraf kan blive dansk udtræden af konventionen, såfremt målet vedrørende udvisningspraksis skal nås. Hermed fremstår det implicit som ikke nærmere defineret alternativ, *at* Danmark vil kunne udtræde af EMRK uden angivelse af mulige konsekvenser f.eks. for Danmarks medlemskab af EU, hvis genforhandlingen ikke skulle føre til det ønskede resultat.

At spørgsmålets formulering og forudsætninger vil være afgørende for udfaldet, bekræftes af en samtidig undersøgelse med spørgsmålet: »Synes du fortsat, at Danmark skal være medlem af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention?« Hertil svarede 73 % 'ja', 12 % 'nej' og 15 % 'ved ikke'.⁵

Den senere tids debat om udfordringerne for det europæiske menneskerettighedssystem har været kendetegnet ved øgede bidrag fra akademisk hold til kritikken af dette system, hvilket for så vidt illustreres udmærket i *Juristens* temanummer. Dette må i sig selv betragtes som hensigtsmæssigt, fordi bredere deltagelse i den faglige diskussion selvsagt kan give mulighed for belysning af samspillet mellem EMRK og national ret på forskellige retsområder. To andre tendenser er samtidig blevet tydeliggjort gennem denne diskussion om EMRK og EMD. For det første har det undertiden implicit eller eksplicit været anført, at det ikke hidtil har været muligt at foretage en sådan debat. For det andet har der i nogen grad været tale om debatindlæg af en karakter, der som omtalt baserer sig på mere grundlæggende indvendinger mod internationale menneskerettigheder som retligt normsæt, omend udgangspunktet har været kritik af de eksisterende internationale kontrolorganer. Disse tendenser er næppe uden indbyrdes sammenhæng, og det er vel ikke uforklarligt, at man uden direkte involvering i menneskeretlig forskning

3. Måling foretaget på Norstats internetpanel for *Altinget* blandt 1.000 svarpersoner fra et angiveligt repræsentativt udsnit af befolkningen over 18 år. Svarene er indsamlet i perioden 16.-22. august 2017.
4. Erik Holstein, 'Opbakningen til menneskerettighedskonventioner er på vippen', *Altinget* 4. september 2017.
5. Rasmus Kern-Jespersen, 'Bakker danskerne op om den europæiske konvention om menneskerettigheder?', Faktatjek, *Mandag Morgen* 15. september 2017. Undersøgelsen er foretaget af Yougov, ligeledes via internetpanel, for Jacques Hartmann, University of Dundee, i perioden 25.-27. august 2017.

kan have dannet sig et sådant indtryk af den hidtidige faglige debat.

Det må heroverfor bemærkes, at der også i disse forskningsmiljøer er en betydelig tradition for kritisk undersøgelse og diskussion af praksisudviklingen fra EMD og andre internationale menneskerettighedsorganer. Mens der her fortrinsvis – for så vidt i god overensstemmelse med, hvad der forekommer indenfor andre juridiske forskningsområder – fokuseres på de retlige problemstillinger, der angår manglende klarhed, konsistens og forudsigelighed i retsanvendelsen, er der således snarere tale om en nydannelse, hvad angår *tendensen* i den faglige debat. Det nye er ikke, at der nu foregår en kritisk faglig diskussion, men diskursens indhold og retning, der som anført i nogen grad har været præget af et eksternt perspektiv, hvis tilgang var grundlæggende kritisk og undertiden endog afvisende overfor selve det menneskeretlige system og dets normative udtryk i konventioner og konventionspraksis.

3. Regeringens udspil: udlændingepolitik eller generel EMRK-kritik?

Det er formentlig hævet over tvivl, at det først og fremmest er menneskerettighedernes virkning som begrænsning af staternes indsats mod de aktuelle sikkerhedstrusler i form af terror og anden organiseret kriminalitet samt visse integrationsproblemer i relation til etniske minoriteter, der vækker bekymring hos udbredte dele af befolkningen. Dette har særlig betydning i relation til spørgsmål om udlændinges opholdsret i og udvisning fra Danmark, og disse spørgsmål har da også i høj grad præget den aktuelle debat om EMRK og EMD-praksis. Den centrale placering af netop dette aspekt af menneskerettighederne kom tydeligt til udtryk i de to regeringsdokumenter fra 2016, som har dannet baggrund for en stor del af denne debat, og som tillige synes at have sat rammen for de efterfølgende forberedelser af Danmarks formandskab for Europarådet.

I regeringens 'Helhedsplan 2025' fra august 2016 omtales forholdet til internationale konventioner to steder i nogenlunde ensartede vendinger, som dog samtidig rummer visse nuancer og derfor begge fortjener gengivelse. I det overordnede dokument angående planen siges følgende:

Danmark har en klar interesse i en stærk international retsorden. Regeringen ønsker at indgå i et aktivt internationalt samarbejde og overholde de internationale konventioner, som Danmark har tilsluttet sig. Men der er behov for at se kritisk på den praktiske fortolkning af konventionerne. Regeringen vil arbejde for, at konventionerne bliver ført tilbage til kernen af de oprindelige beskyttelseshensyn.⁶

6. Regeringen, *Helhedsplan – for et stærkere Danmark*, Statsministeriet og Finansministeriet, august 2016, s. 19. Det citerede findes i afsnit 5 med overskriften 'Styr på flygtningestrømmen' (fremhævet her).

I den del af planen, der specifikt angår udlændingepolitikken, anføres lidt mere uddybende og samtidig med sigte på det kommende formandskab for Europarådet:

Danmark har en klar interesse i en stærk international retsorden, herunder respekt for menneskerettighederne. Regeringen mener derfor, at Danmark skal indgå i et aktivt internationalt samarbejde og overholde de internationale konventioner, som Danmark har tilsluttet sig.

Regeringen mener samtidig, at der er behov for at se kritisk på den måde, som den *dynamiske fortolkning* af konventionsteksterne i praksis gennem årene har bragt rækkevidden af konventionerne *ud af trit med de oprindelige intentioner*.

Regeringen vil arbejde for, at vi kommer *tilbage til de oprindelige beskyttelseshensyn*. Det vil være regeringens fokus under det kommende danske formandskab for Europarådet.⁷

Disse udtalelser blev indarbejdet i regeringsgrundlaget fra november 2016, nu med eksplicit omtale af EMD's rolle som led i den praksisudvikling, man stiller sig skeptisk overfor:

Danmark har en klar interesse i en stærk international retsorden, herunder respekt for menneskerettigheder. Regeringen ønsker at indgå i et aktivt internationalt samarbejde og overholde de internationale konventioner, som Danmark har tilsluttet sig.

Der er imidlertid behov for at se kritisk på den måde, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkning har udvidet rækkevidden af dele af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Regeringen vil afholde en international ekspertkonference om konventionen som led i det kommende danske formandskab for Europarådet.⁸

Mens teksten i disse regeringsdokumenter er holdt i generelle vendinger, er konteksten i dem begge tydeligvis udlændingepolitisk. Dette kunne synes at efterlade en ikke uvæsentlig usikkerhed om det egentlige formål med disse tilkendegivelser, især hvad angår rækkevidden af de initiativer, der blev bebudet med sigte på kritisk vurdering af den »dynamiske fortolkning« og den deraf følgende udvidelse af »rækkevidden af dele af« EMRK. Der kan dog spores en vis konkretisering af udspillet i regeringsgrundlaget, hvor EMD blev udtrykkeligt nævnt som aktør og dermed som adressat for de kommende initiativer under Danmarks formandskab for Europarådet til at begrænse rækkevidden af EMRK. Samtidig henstår det i det uvisse, hvad den påtænkte internationale konference nærmere skal omhandle, omend det kunne synes nærliggende at forvente, at man vil tage udgangspunkt i den kritik af EMD's sagsbehandling, effektivitet og »(manglende) fokus på grundlæggende EMRK-krænkelser«, som har været drøftet ved tidligere konferencer.⁹

7. Regeringen, *Et stærkere Danmark – styr på flygtningestrømmen*, Udlændinge- og Integrationsministeriet, august 2016, s. 19 under overskriften 'Konventioner – tilbage til kernen' (fremhævet her).

8. Regeringen, *Regeringsgrundlag. Marienborgaftalen 2016 – For et friere, rigere og mere trygt Danmark*, Statsministeriet, november 2016, s. 55-56. Citatet stammer fra kapitel 16 med overskriften 'En balanceret og realistisk udlændingepolitik'.

9. Jf. Mads Bryde Andersen, 'Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 81.

Tilbage står flere åbne spørgsmål: Er det i realiteten den *dynamiske fortolkning*, der har udviklet sig gennem EMD-praksis, som generelt står for skud, eller tager kritikken snarere sigte på *specifikke dele* eller *konkrete resultater* af denne praksis, således som den udlændingepolitiske kontekst kunne antyde? Bygger udtalelserne på nogen nærmere afgrænsning af begreberne 'dynamisk' og 'fortolkning', og hvad sigtes der i så fald til? Hvad menes der med det udtrykte ønske om at føre konventioner 'tilbage til de oprindelige beskyttelseshensyn' eller endog til 'kernen' af disse hensyn? Hvad ligger der nærmere i henvisningen til de 'oprindelige intentioner', og hvordan vil disse kunne udfindes?

Umiddelbart kunne det forekomme påkrævet at søge spørgsmål som disse afklaret som led i forberedelserne til det danske formandskab for Europarådet. Hidtil er der dog kun kommet relativt beskedne udmeldinger om de nærmere planer for det danske formandskab i relation til EMRK og EMD. Udenrigsministeren oplyste i marts 2017 i et svar til Folketingets Udenrigsudvalg, at man har sammensat en bred pakke af prioriteter for formandskabet, som har det til fælles, at de vedrører »stærke danske mærkesager, som knytter sig til Europarådets kerneværdier«. Herunder nævnes som den første af fem hovedprioriteter »Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkning af den Europæiske Menneskerettighedskonvention«. ¹⁰ Der synes således vedholdende at blive fokuseret på EMD's 'dynamiske fortolkning' som genstand for den kritiske indsats, der kan forventes fra regeringens side under formandskabet for Europarådet.

Et folketings svar fra udenrigsministeren fra september 2017 anvender en ændret formulering af dette punkt, hvor den 'dynamiske fortolkning' ikke længere nævnes, men bringer ikke i øvrigt nogen nærmere afklaring af, hvad der er formålet for det danske formandskab i relation til EMRK. Her omtales igen de fem formandskabsprioriteter, idet den første nu beskrives som »Reform af det europæiske menneskerettighedssystem«. De øvrige prioriteter er ligestilling, inddragelse af børn og unge i demokratiet, flytning af holdninger og fordomme om personer med handicap samt bekæmpelse af tortur. ¹¹

Det er ikke vanskeligt at få øje på de metodiske svagheder ved uspecifik og ikke nærmere kvalificeret henvisning til 'oprindelige intentioner' med og 'oprindelige beskyttelseshensyn' bag EMRK eller for den sags skyld en hvilken som helst anden international konvention. Disse udtryk kunne umiddelbart lede tanken hen på forestillinger om en juridisk eller politisk strategi for fortolkning eller anvendelse af konventionen, der svarer til den forfatningsretlige 'originalisme' som især er kendt fra USA. Uanset om dette har været tilsigtet eller ej, rejser en sådan påbe-

råelse af 'oprindelighed' behov for præcisering, da der ellers vil være åbenlys risiko for retlig selektivitet eller i værste fald politisk opportunisme i til- og fravalg af de beskyttede rettigheder. De centrale spørgsmål bliver her, hvilke juridisk-politiske kriterier der skal indgå ved udvælgelsen af det 'oprindelige' konventionsindhold, hvilken metodisk tilgang der skal anvendes ved udfindelsen heraf, og hvordan en sådan beskyttelsesstrategi vil kunne gennemføres under respekt af EMD's uafhængighed.

4. EMD's retsanvendelse: 'dynamisk fortolkning', afvejning og andre vurderinger

I betragtning af det ovenfor omtalte officielle fokus på EMD's 'dynamiske fortolkning' og af, at diskussionen i det juridiske fagmiljø ligeledes har haft stærkt og kritisk fokus herpå, kan der være anledning til at analysere dette fænomen samt dets indhold og betydning i den aktuelle sammenhæng lidt nærmere. Ud fra de eksempler, som er blevet fremdraget i denne diskussion, forekommer det ikke altid umiddelbart indlysende, hvad der sigtes til med dette begreb, der undertiden synes anvendt som mere generelt udtryk for de tendenser i EMD's praksis, der kritiseres for at indebære for vidtgående begrænsning af konventionsstaternes suveræne beslutningsmuligheder.

Selvom det givetvis ikke lader sig gøre at fastlægge éntydigt, hvad der skal betragtes som henhørende til EMD's 'dynamiske fortolkning', vil det give god mening at forsøge en vis præcisering af begrebet. Dette drejer sig ikke udelukkende om at øge den teoretiske begrebsklarhed, men tillige om at bidrage til mere veldefinerede og éntydige præmisser for den praktiske og retspolitiske diskussion. Henset til de vidtgående implikationer af uklar begrebsbrug i denne sammenhæng er det sidste ikke uden selvstændig interesse.

En teoretisk velbegrunnet og praktisk hensigtsmæssig sondring mellem forskelligartede led i typiske menneskeretlige beslutningssituationer og afgørelseselementer vil formentlig kunne foretages mellem på den ene side generel eller abstrakt *fortolkning* af EMRK's bestemmelser og på den anden side den konkrete *vurdering*, *subsumption* og *afvejning*, der typisk må foretages som led i afgørelsen af, om der i den enkelte sag er handlet i overensstemmelse med konventionen. ¹² I det følgende skal det kort skitseres og illustreres med nogle eksempler fra EMD-praksis, hvad der ligger i denne begrebsbrug, og hvordan den med fordel vil kunne holdes in mente også i forbindelse med de retspolitiske overvejelser. Som sagt er det ikke ambitionen at foretage nogen éntydig eller udtømmende fastlæggelse af begrebet 'dynamisk fortolkning', men ale-

10. Udenrigsministeriets brev af 16. marts 2017 til Folketingets Udenrigsudvalg med svar på spørgsmål 128 til udenrigsministeren.

11. Udenrigsministeriets brev af 12. september 2017 til Folketingets Udenrigsudvalg med svar på spørgsmål 261 til udenrigsministeren.

12. For en tilsvarende begrebsfastlæggelse og mulige sonderingskriterier med særligt sigte på problemstillinger i relation til nationale domstoles selvstændige fortolkning af konventionen, se Jens Vedsted-Hansen, 'Menneskerettighedskonventioner som bestanddel af landets indre retsorden', i Jens Hartig Danielsen (red.), *Max Sørensen 100 år*, København 2013, s. 279-288. Se tillige Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder. Domstolens fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, København 2000, s. 76-77 og s. 88-93 med delvist tilsvarende sondring baseret på andre kriterier.

ne at skitsere væsentlige og centrale aspekter af en nødvendig sondring mellem forskellige led i de menneskeretlige afgørelser, som bliver truffet af EMD.

4.1. Generel konventionsfortolkning

Denne type juridisk aktivitet i relation til EMRK og andre menneskerettighedskonventioner foregår ofte nærmest upåagtet og i hvert fald uden at give anledning til nærmere anbringender fra parterne eller til særskilt begrundelse i EMD's beslutninger og domme. Størstedelen af de for EMD indbragte klagesager kan afgøres uden eksplicit stillingtagen til generelle spørgsmål om indhold og rækkevidde af de relevante konventionsbestemmelser på grundlag af den fortolkning, som fremgår af allerede indarbejdet retspraksis.¹³ Denne fortolkning vil i mange tilfælde være baseret på en tidligere udtrykkelig stillingtagen til indholdet af den pågældende bestemmelse, og fortolkningen vil da ofte forekomme ganske uproblematisk eller måske ligefrem selvindlysende. I andre og langt færre tilfælde vil den generelle fortolkning være omstridt, hvilket undertiden kan resultere i afklaring eller ændring af retstilstanden ved en principielt formuleret dom fra EMD.¹⁴

Som typiske eksempler på abstrakt fortolkning kan nævnes, at det allerede i 1970'erne blev fastslået, at udtrykket 'korrespondance' i EMRK artikel 8 omfatter enhver form for kommunikation, herunder telefonsamtaler, selvom disse ikke er udtrykkeligt nævnt i denne bestemmelse.¹⁵ Tilsvarende er det nu næsten 25 år siden, EMD tog stilling til rækkevidden af begrebet 'privatliv' i artikel 8 og i den forbindelse udtalte, at dette ikke er begrænset til en indre sfære, hvor mennesker kan leve deres personlige liv uforstyrret efter eget ønske, men tillige i et vist omfang omfatter retten til at etablere og udvikle relationer til andre mennesker.¹⁶ I samme forbindelse blev det afklaret, at begrebet 'hjem' i denne bestemmelse omfatter ikke alene rent privat beboelse, men tillige lokaler til brug for professionelle eller kommercielle aktiviteter, i dette tilfælde et advokatkontor.¹⁷ Denne fortolkning er senere blevet udviklet videre til at omfatte juridiske personer, herunder selskabers, domicil, der nu tilsvarende anses for at falde indenfor udtrykket 'hjem' i artikel 8.¹⁸

Andre eksempler på generel konventionsfortolkning har drejet sig om udstrækning af begrebet 'familieliv' i EMRK artikel 8 i relation til par af samme køn,¹⁹ afgrænsning af begrebet 'forening' i artikel 11 overfor offentligretlige organisationer²⁰ og afgrænsning af 'ejendom' i Protokol 1 artikel 1 i relation til skattefinansierede sociale ydelser.²¹ I sådanne tilfælde kan der tænkes at være en glidende overgang mellem videreudvikling af en allerede etableret fortolkning og egentlig nyfortolkning af den pågældende konventionsbestemmelse. Ligeledes kan der være glidende overgange mellem generel fortolkning og konkret anvendelse af bestemmelsen, f.eks. mellem fortolkningen af foreningsbegrebet i EMRK artikel 11 og den konkrete vurdering af, hvorvidt en bestemt organisation skal betragtes som primært offentligretlig eller som en genuin forening i artikel 11's forstand.

Med den her skitserede begrebsfastlæggelse må det være klart – og formentlig samtidig forholdsvis ukontroversielt – at der ikke efterfølgende vil være plads til eller legitimt behov for nogen national 'margin of appreciation' i relation til sådanne fortolkningsspørgsmål, når der én gang er taget stilling hertil af EMD. Det ville ganske enkelt fratage konventionen dens effektive beskyttelsesindhold, hvis hver enkelt konventionsstat mere eller mindre uafhængigt af en allerede af EMD fastlagt fortolkning kunne gennemføre sin egen definition af centrale konventionsbegreber og derigennem selektivt indskrænke de enkelte bestemmelses normative indhold ud fra nationale præferencer. Det er således også fast antaget, at EMRK-begreber som dem, der er blevet taget stilling til af EMD i de ovenfor omtalte domme, har *autonom* betydning i henhold til konventionen.²² Dette kan illustreres med følgende præmisudtalelse i en dom angående foreningsfrihed efter EMRK artikel 11:

However, the question is not so much whether in French law ACCAs are private associations, public or para-public associations, or mixed associations, but whether they are associations for the purposes of Article 11 of the Convention.

13. Jf. hertil Jon Fridrik Kjølbro, 'Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol: Praktiske udfordringer, juridiske udfordringer og et spørgsmål om legitimitet', *Juristen* nr. 5, 2017, s. 150-151.
14. Jf. hertil Jens Kristiansen, 'Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkningsstil til debat', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 71-72, hvor de givne eksempler overvejende angår spørgsmål om generel konventionsfortolkning i den betydning, begrebet her er forelået anvendt.
15. EMD, plenudom af 6. september 1978, *Klass and Others v. Germany*, pr. 41.
16. EMD, dom af 16. december 1992, *Niemietz v. Germany*, pr. 29.
17. *Ibid.*, pr. 30-31. Om de særlige processuelle garantier efter EMRK artikel 8 i forbindelse med ransagning af advokatkontorer, se tillige dom af 21. januar 2010, *Xavier Da Silveira c. France*, og dom af 3. september 2015, *Sérvulo & Associados – Sociedade de Advogados RL c. Portugal*.
18. EMD, dom af 16. april 2002, *Société Colas Est and Others v. France*.

19. EMD, dom af 24. juni 2010, *Schalk and Kopf v. Austria*, pr. 90-95.
20. EMD, storkammerdom af 29. april 1999, *Chassagnou and Others v. France*, pr. 100. Se tillige dom af 30. juni 1993, *Sigurður A. Sigurjónsson v. Iceland*, pr. 31.
21. EMD, beslutning af 6. juli 2006, *Stec and Others v. United Kingdom*, pr. 39-56. Det kan i øvrigt forekomme noget forenklet, når denne EMD-beslutning angives at have slået fast, at »retten til sociale ydelser skal anses for beskyttet af« Protokol 1, jf. Jørgen Steen Sørensen, 'Aktivistiske domstole – et blik på Europa og Danmark', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 76. Se hertil beslutningens pr. 54 samt Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, bind 2, København 2011, s. 1259-1261.
22. Jf. Bernadette Rainey, Elisabeth Wicks og Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey, The European Convention on Human Rights*, 7. udgave, Oxford 2017, s. 69. Om den tilsvarende problemstilling i relation til autonom betydning af EU-retlige begreber, se hertil Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen og Jens Hartig Danielsen, *EU-retten*, 6. udgave, København 2014, s. 107-108 og som konkrete udtryk herfor EU-Domstolens dom af 23. marts 1982 i sag 53/81, *Levin*, pr. 9-12, og dom af 3. juli 1986 i sag 66/85, *Lawrie-Blum*, pr. 16.

If Contracting States were able, at their discretion, by classifying an association as »public« or »para-administrative«, to remove it from the scope of Article 11, that would give them such latitude that it might lead to results incompatible with the object and purpose of the Convention, which is to protect rights that are not theoretical or illusory but practical and effective ...

The term »association« therefore possesses an autonomous meaning; the classification in national law has only relative value and constitutes no more than a starting-point.²³

Det må betones, at det ovenfor anførte ikke er udtryk for, at begrebsindholdet i sådanne tilfælde bliver fastlagt og eventuelt udviklet af EMD ud fra rent friretlig betragtning. Der bliver ved fortolkningen af disse centrale EMRK-begreber i vidt omfang taget hensyn til konventionsstaternes nationale retstilstand, men i modsætning til 'margin of appreciation' er der her tale om en slags *retrospektiv* tilgang til national ret. Hvor denne margin indebærer rum for de nationale myndigheders efterfølgende udfyldning indenfor rammerne af den enkelte konventionsbestemmelse, indgår konventionsstaternes allerede eksisterende nationale retstilstand typisk i EMD's stillingtagen til en mulig nyfortolkning, idet der ofte – som led i Domstolens komparative metode i forhold til afgørelsen af sådanne fortolkningsspørgsmål²⁴ – vil blive henvist til en udbredt udvikling i staternes nationale ret som udtryk for en bestående europæisk *konsensus* angående behovet for og betimeligheden af at justere ved den tidligere fastlagte generelle fortolkning af EMRK på det relevante punkt.

Herefter bliver spørgsmålet naturligvis, hvornår der – i lyset af den her skitserede begrebsfastlæggelse – vil være tale om en fortolkning, der meningsfuldt kan betegnes som *dynamisk*.

EMD's fortolkningspraksis er baseret på Wienerkonventionen om Traktatretten, i varierende omfang tillempet eller muligvis suppleret i lyset af EMRK's særlige karakter som menneskeretlig traktat, hvilket i sig selv gør 'dynamisk' fortolkning tilladelig og efter omstændighederne uomgængeligt nødvendigt.²⁵ Det er i lyset heraf ikke i sig selv overraskende, at der jævnligt har måttet anvendes kilder og metoder ved fortolkningen af konventionsbestemmelser, som ikke umiddelbart virker sædvanlige eller

genkendelige ud fra en national fortolkningstradition. Dette gør sig ikke mindst gældende her i landet, idet dansk lovfortolkning i meget vidt omfang bliver foretaget på basis af forarbejderne til de enkelte lovbestemmelser, modsat hvad der er tilfældet ud fra de principper for traktatfortolkning, som typisk vil følge af folkeretlige fortolkningsprincipper.²⁶

Det her anførte indebærer selvsagt ikke, at stillingtagen til generelle fortolkningsspørgsmål nødvendigvis er retligt éntydig eller politisk ukontroversiel. Som et nyligt eksempel på det modsatte kan nævnes en dom fra 2016 vedrørende spørgsmålet om adgang til sagsdokumenter hos offentlige myndigheder.²⁷ Der kan anføres relevante og vægtige juridiske argumenter til støtte for både flertallets og mindretallets retsopfattelse, hvad angår den generelle fortolkning af EMRK artikel 10 i denne henseende såvel som det konkrete resultat heraf henset til karakteren af de offentlige dokumenter og den begrundelse for ønsket om adgang hertil, som klageren i sagen havde gjort gældende.²⁸ Derimod er det ikke uden videre indlysende, at det af flertallet indtagne fortolkningsstandpunkt i særlig grad skulle være udtryk for 'judiciel aktivisme'.²⁹ Begge retsopfattelser måtte nødvendigvis bero på en kompleks afvejning af retskildefaktorer og samfundsmæssige hensyn, hvis udfald kun vanskeligt kan siges at være éntydigt bestemt af juridisk metode eller rensset for overvejelser om resultatets konsekvenser for samfundet og de involverede aktører. For så vidt kan man vel konstatere, at det modsatte resultat af det, EMD's flertal nåede frem til, lige så vel kunne have givet anledning til »politisk panderynken«.³⁰

4.2. Vurdering af konkrete sagsfakta

Er det én gang blevet afklaret, hvordan en konventionsbestemmelse skal fortolkes, vil der som nævnt ofte ikke opstå generelle fortolkningsspørgsmål i efterfølgende sager om den pågældende bestemmelse. I stedet vil de centrale spørgsmål ofte dreje sig dels om den bevismæssige stillingtagen til de konkrete fakta i sagen, dels om hvorvidt disse fakta kan henføres under den pågældende bestemmelse.

Navnlig de *bevismæssige vurderinger* vil ofte blive genstand for meget tilbageholdende prøvelse fra EMD's side. Dette er et ganske karakteristisk udslag af den subsidiære

23. EMD, storkammerdom af 29. april 1999, *Chassagnou and Others v. France*, pr. 100 (fremhævet her).

24. Om EMD's komparative eller muligt 'dobbeltkomparative' fortolkningsmetode, se Ida Elisabeth Koch og Jens Vedsted-Hansen, 'International Human Rights and National Legislatures – Conflict or Balance?', *Nordic Journal of International Law* Vol. 75, 2006, s. 11-13, Jonas Christoffersen, *Fair Balance – The Principles of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009, s. 57-66, samt Bernadette Rainey, Elisabeth Wicks og Clare Ovey, *Jacobs, White, and Ovey, The European Convention on Human Rights*, 7. udgave, Oxford 2017, s. 80-81.

25. Jf. hertil Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder. Domstolens fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten*, København 2000, s. 153-154 og s. 156-162, Jonas Christoffersen, *Fair Balance – The Principles of Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden 2009, s. 50-51, samt Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, bind 1, København 2011, s. 21-26.

26. Se illustrative udtryk herfor hos Børge Dahl, 'Dynamiske domstole, retssikkerhed og demokrati: Skal menneskerettigheder udvikles af politikere eller dommere?', *Juristen* nr. 5, 2017, s. 145 og s. 147.

27. EMD, storkammerdom af 8. november 2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*.

28. Jf. *ibid.*, pr. 117-170 med flertallets generelle fortolkning af EMRK artikel 10 og pr. 171-200 om anvendelsen heraf på den konkrete sag samt dommens tre særudtalelser, hvoraf den ene indeholder dissens fra to af dommerne.

29. Jf. således Jørgen Steen Sørensen, 'Aktivistiske domstole – et blik på Europa og Danmark', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 76. Det ovenfor anførte kan i nogen grad illustrere et mere generelt problem ved den anvendelse af begrebet 'judiciel aktivisme', som denne forfatter bygger sin kritik på, se *ibid.*, s. 73.

30. *Ibid.*, s. 76.

rolle, Domstolen som udgangspunkt indtager under henvisning til, at de nationale domstole typisk vil have »the benefit of direct contact« med sagens parter og vidner og dermed langt bedre forudsætninger for at bedømme de fremkomne udsagn og eventuelt tillige skriftligt materiale i lyset heraf. Dette viser sig i praksis blandt andet i sager, hvor asylansøgere efter afslag på asyl gør gældende, at tilbagesendelse til deres oprindelsesland vil udsætte dem for risiko for overgreb i strid med EMRK artikel 3. På dette sagsområde har EMD navnlig gennem de senere år normalt afstået fra selvstændig vurdering af de bevismæssige spørgsmål, medmindre der har kunnet påvises forholdsvis klare mangler ved de nationale myndigheders bevisvurdering eller ved det resultat af artikel 3-vurderingen, som de på grundlag heraf er kommet frem til.³¹

En variant af disse konkrete vurderinger angår situationer, hvor de bevismæssigt fastlagte forhold har været genstand for en *fagkyndig vurdering* hos de nationale myndigheder. Dette forekommer i praksis navnlig i sager angående forældremyndighed og samvær med børn samt om tvangsmæssig anbringelse af børn udenfor hjemmet. Her vil EMD ligeledes normalt lægge betydelig vægt på den »benefit of direct contact«, som disse myndigheder – og navnlig de domstole, som normalt vil have behandlet sagen som sidste nationale instans forud for klagen til EMD – har haft med sagens parter og eventuelle vidner. Forudsat at de nationale myndigheder i øvrigt har iagttaget de fornødne processuelle garantier i forhold til sagens parter, vil EMD som udgangspunkt afholde sig fra at efterprøve sådanne fagkyndige vurderinger, idet man da vil finde de nationale afgørelser båret af »relevant and sufficient reasons«.³²

Mens der i relation til bevisvurderinger for så vidt kan tales om en 'margin of appreciation' for de nationale domstole, er dette ikke nødvendigvis tilfældet for den retlige *subsumption* af de faktuelle omstændigheder under en bestemt artikel i EMRK. Som ovenfor nævnt vil der ofte være en glidende overgang mellem dette led i den konkrete afgørelse og den mere generelle fortolkning af en konventionsbestemmelse. Jo mere den konkrete subsumption beror på generel fortolkning, desto mindre tilbageholdende kan man formentlig typisk forvente, at EMD's prøvelse af sådanne subsumptions spørgsmål vil være. Dette kan illustreres ved visse situationer, hvor EMRK artikel 3 har været påberåbt som beskyttelse mod tilbagesendelse til generelle risici for overgreb i oprindelseslandet.³³ Som et andet eksempel kan nævnes sagerne vedrørende eksklusivaftaler, hvor EMD ikke i almindelighed kan siges at have udvist tilbageholdende prøvelse

af den konkrete subsumption, når det først var fastslået, at der i den konkrete situation forelå en ordning, der berørte det negative aspekt af foreningsfriheden efter EMRK artikel 11. Den mere eller mindre tydelige 'margin of appreciation', som EMD har anlagt ved bedømmelsen af sådanne tilfælde, har derimod drejet sig om afvejningen af hensynet til den enkelte, der ikke ønskede at være organisationsmedlem, overfor de generelle samfundshensyn, som måtte tale for tvungen organisering på det aktuelle område.

4.3. Konkret afvejning og 'margin of appreciation'

De eksempler på EMD-praksis, som har været fremdraget i den senere tids kritiske mediedebat, drejer sig kun i meget begrænset omfang om tilfælde af det, der ovenfor er blevet betegnet som generel konventionsfortolkning, og heller ikke EMD's prøvelse af konkrete vurderinger af bevismæssig eller fagkyndig art er blevet udsat for nogen særlig kritik. Som nævnt i afsnit 2 og uddybet nedenfor i afsnit 5 drejer den helt overvejende del af kritikken af EMD og af konventionspraksis sig om EMRK artikel 8 som hindring for udvisning af kriminelle udlændinge, der har familiemæssige eller anden tilknytning til Danmark. Denne kritik tager først og fremmest sigte på spørgsmålet om, hvilken 'margin of appreciation' EMD i sådanne tilfælde skal overlade de enkelte stater i forhold til den proportionalitetsvurdering, der skal foretages efter artikel 8, stk. 2. Derimod har den politiske og mediemæssige debat kun i meget ringe grad fokuseret på den generelle konventionsfortolkning, der ligger til grund for EMD's praksis på dette sagsområde, og som blev fastlagt flere årtier tilbage i tiden og synes at have vundet almindelig accept.³⁴

De konkrete afvejninger, der således står i centrum af den aktuelle danske debat om EMRK, hænger undertiden uløseligt sammen med spørgsmål om den generelle fortolkning, der sætter rammen for sådanne afvejninger.³⁵ Uanset dette synes hensynet til begrebsmæssig klarhed at tale for, at diskussionen om udvisningspraksis foretages på grundlag af det, der er den centrale problemstilling i sådanne sager, nemlig afvejningen af samfundets og individets modsatrettede interesser i henhold til artikel 8, stk. 2. Balancen mellem eller afgrænsningen af de nationale domstoles udøvelse af denne proportionalitetsvurdering overfor EMD's prøvelse af sådanne afvejninger efter artikel 8, stk. 2 kan næppe meningsfuldt diskuteres som spørgsmål om 'dynamisk fortolkning'. Ved at anskue dette som afvejningsspørgsmål bliver betydningen af konventionsstaternes 'margin of appreciation' og dermed de

31. Jf. Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, 3. udgave, bind 1, København 2011, s. 247-248.

32. Se som typiske eksempler herpå EMD's storkammerdomme af 8. juli 2003, *Sommerfeld v. Germany*, pr. 62-74 og *Sahin v. Germany*, pr. 64-77.

33. Se til illustration heraf EMD, dom af 28. juni 2011, *Sufi and Elmi v. United Kingdom*, pr. 212-219 og pr. 225-226.

34. Se dog Anders Henriksen, 'For et balanceret dansk formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 104 med henvisning til, at det »ikke oprindeligt var intentionen, at artikel 8 skulle yde udlændinge beskyttelse mod udsendelse«. Jf. heroverfor Jens Elo Rytter, 'Udvisning af kriminelle udlændinge og EMRK artikel 8 – Menneskerettighedsdomstolen knæsætter bred skønsmargin for staterne', *Juristen* nr. 5, 2017, s. 164-165.

35. Jf. hertil EMD, storkammerdom af 11. juli 2002, *Christine Goodwin v. United Kingdom*, pr. 89-93.

retlige virkemidler, disse vil kunne tage i anvendelse for at påvirke og udvide denne margin, samtidig tydeliggjort. Dette skal søges uddybet i det følgende afsnit.

5. Reorientering af EMD-praksis gennem 'strategisk instrumentalisering'?

I sit bidrag til *Juristens* temanummer fremhæver Anders Henriksen nogle væsentlige og interessante aspekter ved EMRK som et centralt element i den internationale retsorden og dermed som et betydningsfuldt udenrigs- og sikkerhedspolitisk instrument, hvis opretholdelse udgør en national interesse for Danmark.³⁶ Mens han på den baggrund betegner det som et »strategisk fejlskud« at opsiges konventionen eller på anden vis indlede et fundamentalt opgør med EMRK, anbefaler han, at det danske formandskab for Europarådet anvendes til at rejse principiel debat om konventionens fremtidige udvikling og at søge at opnå international opbakning til en række substantielle ændringer i EMD's praksis, som angiveligt vil kunne bidrage til at styrke den folkelige opbakning til konventionen.³⁷ I den forbindelse fremdrages to konkrete retsområder, hvor Anders Henriksen anbefaler regeringen at »udfordre EMD-praksis«, nemlig praksis vedrørende sikkerhedsinternering af personer under ikke-internationale væbnede konflikter og praksis vedrørende udvisning af kriminelle udlændinge med familie her i landet. Han finder, at regeringen her »med rette kan arbejde for at få ændret praksis fra EMD, så de [to områder] passer bedre med Danmarks strategiske interesse«. ³⁸ Samtidig medgiver han, at initiativer som de foreslåede vil kunne åbne for »strategisk 'instrumentalisering'« af EMRK, hvilket i og for sig kan siges at illustrere det, der ovenfor i afsnit 3 er anført angående de principielle og metodiske problemer, der er forbundet med selektivitet under påberåbelse af konventionens 'kerne' eller 'oprindelige intentioner'.

Hvad først angår sikkerhedsinternering, er det bemærkelsesværdigt, at EMD i relation til *international* væbnet konflikt har antaget en nok så pragmatisk retsopfattelse ved at indfortolke standarder fra international humanitær ret i EMRK artikel 5 med det resultat, at adgangen til frihedsberøvelse efter denne bestemmelse er blevet udvidet under hensyntagen til de sikkerhedsmæssige behov, der vil kunne opstå under væbnet konflikt.³⁹ Mens Anders Henriksen betegner dette som en »kreativ inddragelse« af standarder fra den humanitære folkeret, kritiserer han samtidig EMD's afvisning af en tilsvarende retsopfattelse i relation til *ikke-international* væbnet konflikt med den begrundelse, at det vil kunne skabe »store praktiske problemer for udsendte danske styrker«, hvis EMD ikke tilli-

ge vil tillade sikkerhedsinternering i sådanne konflikter.⁴⁰ Det skal ikke på dette sted nærmere drøftes og derfor heller ikke anfægtes, at der vil kunne opstå sådanne praktiske problemer, men det gengivne illustrerer vanskeligheden ved at finde en principielt sammenhængende og bæredygtig konstruktion af den retlige eller retspolitiske argumentation, der kan føre til sådanne retikulære ændringer i EMD-praksis.

Det andet retsområde, hvorpå Anders Henriksen gerne ser regeringen »stille skarpt« på EMD-praksis, er som anført udvisning af udlændinge på grund af kriminalitet. Efter at have henvist til, hvad der oprindeligt var intentionen med EMRK artikel 8, omtaler han den formentlig udvidede 'margin of appreciation', som EMD gennem de senere år har givet staterne på dette område, formentlig i lyset af Interlaken-, Izmir- og Brighton-erklæringerne. Uanset denne udvidelse finder han det »legitimt, at den danske regering opretholder det politiske pres på Domstolen på netop dette område« på grund af dets følsomme karakter og betydning for respekten for EMRK.⁴¹ Dette er givetvis en korrekt antagelse, jf. ovenfor i afsnit 2, samtidig med at der ikke mindst her er behov for at fastholde et præcist og nuanceret billede af, hvad de bestående menneskeretlige forpligtelser indebærer, og i hvilket omfang disse faktisk begrænser staternes muligheder for effektiv indsats til opklaring, bekæmpelse og forebyggelse af organiseret kriminalitet.

Af særlig interesse er det i den forbindelse at notere de gentagne henvisninger til *Levakovic*-sagen, der blev afgjort af Højesteret den 12. maj 2016. Mens denne dom ikke ses omtalt i Anders Henriksens artikel i *Juristen*, er den tillagt ganske stor betydning i hans forudgående analyse, hvoraf artiklen er en omarbejdet og opdateret version,⁴² såvel som i bredere medieformidling af de her fremførte vurderinger og konklusioner.⁴³ På den baggrund kan der være grund til at betone, at denne dom formentlig er et ganske svagt belæg for den generelle opfattelse, hvorefter EMRK artikel 8 skulle være til hinder for udvisning i et uacceptabelt omfang. Bortset fra, at dommen som nævnt er afsagt af Højesteret og således ikke kan tages som sikkert udslag af EMD's afvejning af udvisningsgrundene overfor hensynet til respekt for familielivet, må man hæfte sig ved den konkrete begrundelse for domsresultatet. Efter at have redegjort for, at der ved proportionalitetsvurderingen efter EMRK artikel 8 skal lægges vægt på, at den tiltalte

36. Anders Henriksen, 'For et balanceret dansk formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 99-102.

37. *Ibid.*, s. 99.

38. *Ibid.*, s. 102.

39. Jf. EMD, storkammerdom af 16. september 2014, *Hassan v. United Kingdom*, pr. 96-107.

40. Anders Henriksen, 'For et balanceret dansk formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 103 med henvisning til *Hassan v. United Kingdom*, pr. 104.

41. *Ibid.*, s. 105.

42. Anders Henriksen, 'EMRK, den nationale interesse og det danske formandskab for Europarådet', Tænk tanken *Justitia*, 16. januar 2017, s. 23.

43. Se navnlig Erik Holstein, 'Folkeretsekspert: Levakovic-sagen var enormt skadelig', *Altinget* 16. januar 2017, hvor Anders Henriksen er citeret for denne udtalelse: »Levakovic-sagen er en enormt skadelig sag, for den er med til at erodere legitimiteten og respekten for konventionen. ... sagen er blevet et symbol på, at den konkrete afvejning er skæv. Derfor skal kritikken tages meget seriøst.«

havde levet næsten hele sit liv i Danmark og havde familiemedlemmer og børn her, på tilknytningen og hensynet til de mindreårige børn samt på tiltaltes meget begrænsede tilknytning til sit oprindelsesland, hvor han aldrig har været, anførte Højesteret:

På denne baggrund finder Højesteret, at det trods alvoren af hans aktuelle kriminalitet og trods hans kriminelle løbebane, der dog som nævnt ikke tidligere har medført, at der er blevet nedlagt påstand om udvisning, vil være et uproportionalt indgreb i hans ret til respekt for privatliv og familieliv at udvise ham.⁴⁴

Den fremhævede passus skal ses i lyset af de forudgående led i præmisserne, hvor der forekommer en ganske bemærkelsesværdig parentetisk bemærkning:

Der har ikke tidligere været nedlagt påstand om udvisning eller betinget udvisning over for T (efter de regler, der var gældende, da han begik de forhold, som han blev dømt for i 2011, kunne der ske betinget udvisning i tilfælde, hvor en udlænding i forbindelse med en dom for strafbart forhold måtte antages at være tæt på at blive udvist).⁴⁵

Dette kan næppe forstås på anden måde, end at udfaldet af proportionalitetsvurderingen efter EMRK artikel 8 kunne og sandsynligvis ville være blevet anderledes, såfremt der tidligere var blevet nedlagt påstand om udvisning, idet en sådan påstand med betydelig sandsynlighed ville være blevet taget til følge af domstolene.⁴⁶ På den baggrund kunne man mene, at såvel de politisk ansvarlige og pressen som den juridiske fagekspertise i kommentarer til dommen lige så vel kunne have peget på anklagemyndighedens dispositioner i det tidligere sagsforløb som den selvstændige betydning af EMRK artikel 8 som årsag til den opståede hindring for udvisning af en massivt recidiverende kriminel udlænding, som der i denne sag var tale om.

I forlængelse heraf kan det yderligere nævnes, at en højesteretsdom fra 2012 om udvisning af en udlænding, der havde haft en »central og ledende rolle i udøvelsen af vedvarende, organiseret og grov narkotikakriminalitet«⁴⁷ senere i 2016 blev accepteret af EMD som overensstemmende med EMRK artikel 8.⁴⁸ EMD fandt, at det i udvisningen liggende indgreb i udlændingens familieliv fandt støtte i »relevant and sufficient reasons« og dermed var proportionalt, idet Højesteret havde »carefully balanced the competing interests and explicitly took into account the criteria set out in the Court's case-law«.⁴⁹ Dette er kun ét blandt flere eksempler i nyere EMD-praksis på, at konventionsstaterne gives en ganske betydelig 'margin of appreciation' i forbindelse med udvisning af alvorligt

kriminelle udlændinge, og at EMRK således ikke nødvendigvis vil være til hinder for en stram national politik på dette område.⁵⁰

6. EMRK som led i Danmarks medlemskab af og formandskab for Europarådet

Som det vil være fremgået af ovenstående, indgår der flere og nok så forskelligartede elementer i den retsanvendelse hos EMD, som for tiden står for skud i den danske debat. Den politiske debat og i vidt omfang tillige den fagjuridiske diskussion har haft primært sigte på EMRK som begrænsning af de nationale beslutningstageres råderum, særligt i sager om udvisning af kriminelle udlændinge. Noget tyder på, at det aktuelle behov for at korrigere EMD-praksis i denne henseende er mindre end ofte antaget i debatten, idet der dels kunne synes at være et vist potentiale i mere stringent praksis hos anklagemyndigheden, dels og navnlig allerede er foretaget en praksisjustering hos EMD i lyset af konventionsstaternes pres på Domstolen for at overlade dem en videre 'margin of appreciation'.

Såfremt det i lyset af denne udvikling stadig anses for politisk ønskeligt at anvende det danske formandskab for Europarådet som basis for at søge EMD-praksis yderligere påvirket i denne retning, vil det formentlig være både teoretisk og praktisk hensigtsmæssigt at opgive den forholdsvis uspecifikke omtale af EMD's 'dynamiske fortolkning' som genstand for den diplomatisk-politiske indsats. I den juridiske diskussion vil det samtidig være nyttigt at søge yderligere afklaring af, hvad der menes med dette begreb, idet der jævnligt forekommer uklarheder med hensyn til, hvad kritikken mod EMD egentlig tager sigte på, hvilket retligt grundlag denne kritik fremsættes på, og ikke mindst hvad der vil blive konsekvenserne af mere generel afvisning af den 'dynamiske fortolkning' af konventionen.

I forbindelse med realiseringen af en sådan afvisning i dens mest vidtgående form er det ikke realistisk at forestille sig, at Danmark ville kunne opretholde den materielle beskyttelse af menneskerettigheder – forstået som det aktuelle beskyttelsesomfang og -niveau i relation til de rettigheder, der er formuleret i EMRK – ved i tilknytning til eventuel opsigelse af konventionen at afgive en »højtidelig erklæring« om fortsat respekt for EMRK's materielle

44. U 2016.2883 H, s. 2897 (fremhævet her).

45. *Ibid.*, s. 2897.

46. Jf. således Højesterets forudgående henvisning til to domme fra EMD, hvoraf det fremgår, at »det kan indgå i proportionalitetsvurderingen, hvis en domfældt har fortsat sin kriminelle løbebane, efter at myndighederne har advaret den pågældende om, at dette kan føre til udvisning«, *ibid.*, s. 2897.

47. U 2012.225 H, s. 255.

48. EMD, dom af 1. december 2016, *Salem v. Denmark*.

49. *Ibid.*, pr. 82.

50. Som andre eksempler herpå, se EMD, dom af 25. april 2017, *Krasniqi v. Austria*, og dom af 14. september 2017, *Ndidi v. United Kingdom*. Jf. hertil Anders Henriksen, 'For et balanceret dansk formandskab for Europarådet – EMRK som en national interesse', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 104-105, Jacob Mchamgama, 'EMD's brug af artikel 8 i sager om udvisning af kriminelle udlændinge', Tænketanken *Justitia*, 28. september 2017, Jon Fridrik Kjølbro, 'Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol: Praktiske udfordringer, juridiske udfordringer og et spørgsmål om legitimitet', *Juristen* nr. 5, 2017, s. 151-152 samt den indgående analyse hos Jens Elo Rytter, 'Udvisning af kriminelle udlændinge og EMRK artikel 8 – Menneskerettighedsdomstolen knæsetter bred skønsmargin for staterne', *Juristen* nr. 5, 2017, s. 167-171.

regler.⁵¹ Disse reglers beskyttelsesindhold lader sig helt enkelt ikke adskille fra den fortolkning og anvendelse af konventionen, som EMD er tillagt kompetence til at foretage som led i Domstolens behandling af klagesager.

Af samme grund ville afgivelse af en »højtidelig erklæring« som foreslået have en så uafklaret og usikker folkeretlig virkning, at det ikke uden videre kan antages, at Danmark efter opsigelse af EMRK ledsaget af en sådan

erklæring ville kunne opretholde sit medlemskab af Europarådet.⁵² Også derfor kan det formentlig være nyttigt at genoverveje begrebsbrugen med henblik på at udsondre 'dynamisk fortolkning' af EMRK fra andre dele af EMD's retsanvendelse, som lettere og mere effektivt lader sig påvirke med henblik på at imødekomme politiske ønsker om øget råderum for nationale myndigheder indenfor bestemte politikområder.

51. Mads Bryde Andersen, 'Menneskerettighedsdomstolens dynamiske fortolkninger som retspolitisk problem', *Juristen* nr. 3, 2017, s. 95-97.

52. Jf. Tobias Stadarfeld Jensen og Claus von Barnekow i *Weekendavisen* 15. september 2017 og Justitsministeriets besvarelse af 26. oktober 2017 af spørgsmål nr. 1023 fra Folketingets Retsudvalg angående konsekvenserne af Danmarks udtræden af EMRK, særligt afsnit 3 og 5.