

U.2000B.593

Menneskerettigheder 1 - Retspleje 261.6 og 381.5

Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Højesteret har - navnlig efter inkorporationen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i 1992[1] - i betydeligt omfang anvendt EMRK dels som fortolkningsbidrag, dels til at tilsidesætte hidtidig dansk retsopfattelse. For nærmere at belyse betydningen af inkorporationen vil forudsætningerne for inkorporationen af EMRK blive gennemgået, hvorefter der redegøres for retspraksis efter inkorporationen.

Af ph.d.-stipendiat, cand.jur. Jonas Christoffersen, Københavns Universitet

1. Forudsætningerne for inkorporationen af EMRK

Når Danmark påtager sig internationale forpligtelser, skal de overholdes, og Danmark kan efter folkeretten som udgangspunkt frit vælge, hvordan forpligtelserne opfyldes.[2] De folkeretlige forpligtelser, som stiller krav om en bestemt intern retstilstand, må efter dansk forfatningsretlig praksis opfyldes (i) ved inkorporation i form af omskrivning eller henvisning (abstrakt opfyldelse) eller (ii) ved anvendelse af fortolknings- eller formodningsreglen (løbende opfyldelse).[3]

Før EMRK blev inkorporeret, kunne opfyldelsen således ske ved anvendelsen af fortolknings- og formodningsreglen. Højesteret havde i nogle kendelser fra 1985 til 1987 udtalt, at dansk ret var i overensstemmelse med EMRK,[4] hvilket selv sagt forudsatte en prøvelse af dette spørgsmål, og Højesteret fastslog siden hen udtrykkeligt, at dansk ret skal fortolkes i overensstemmelse med konventionen.[5] I mellemtiden havde Carl Aage Nørgaard og Claus Gulmann anbefalet en inkorporation af EMRK,[6] og justitsministeren havde på baggrund af en folketingsbeslutning af 19. maj 1989 nedsat et udvalg, der skulle overveje fordele og ulemper ved en inkorporation af konventionen. Det nedsatte udvalg afgav en betænkning, hvor man anbefalede en inkorporation af konventionen med henblik på at kodificere den hidtidige anvendelse af konventionen.[7]

Betænkningens anbefaling bygger på fire hjørnestejn om lovgivningsmagtens ansvar (afsnit 1.1), intensiteten af domstolsprøvelsen (afsnit 1.2), grundlaget for at anvende EMRK (afsnit 1.3) og domstolenes tilbageholdenhed (afsnit 1.4). Der kan imidlertid rejses tvivl om, hvorvidt udvalgets anbefaling byggede på en fuldt ud retvisende beskrivelse af retspraksis på tidspunktet (afsnit 1.5).

1.1 Lovgivningsmagtens ansvar

Den første hjørnestejn er, at »det er meget vigtigt, at lovgivningsmagten uanset en inkorporationslov fortsat foretager en . . . løbende tilpasning af lovgivningen. En inkorporationslov må ikke blive en sovepude for lovgivningsmagten, således at hovedansvaret for den praktiske efterlevelse af konventionen pålægges domstolene, men [loven] skal skabe et sikkert retsgrundlag for domstolenes kontrolfunktion, der kun kan og bør være en slags sikkerhedsnet for en korrekt opfyldelse af konventionen.«[8] At det primære ansvar for opfyldelsen af EMRK ligger hos lovgivningsmagten, vandt gehør hos lovgiver.[9]

1.2 Intensiteten af domstolenes prøvelse

Den anden hjørnestejn er, at »Højesterets afgørelser fra 1985 og navnlig fra 1989 er udtryk for en intensiv prøvelse af, om der konkret er handlet i

594

overensstemmelse med Menneskerettighedskonventionen, og om danske lovregler lever op til kravene i konventionen.«[10]

At prøvelsen måtte betragtes som »intensiv«, gentages imidlertid hverken i betænkningens afsnit om udvalgets overvejelser eller i be-

tænkningens udkast til lovforslag, end mindre i det fremsatte lovforslag, selv om det er et meget betydningsfuldt element i forståelsen af domstolenes rolle. Udvalget anfører dog, at domstolene »så vidt muligt« skal gennemføre konventionen ad fortolkningsvejen.[11] Det centrale spørgsmål måtte herefter være, hvornår det ikke er muligt at opfylde konventionen ad fortolkningsvejen, men udvalget koncentrerer sig om at fastslå, dels at domstolene skal have klart grundlag for at anvende konventionen, dels at domstolene bør udvise tilbageholdenhed med selvstændige fortolkninger af EMRK. Den traditionelle opfattelse af grænsen for anvendelsen af folkeretten i dansk ret uden inkorporation er, at anvendelsen må ske inden for rammerne af gældende dansk ret, om end denne grænse hverken er fast eller klar.[12]

1.3 Grundlaget for anvendelsen af EMRK

Den tredje hjørnestejn er således, at »danske domstole, i det omfang, der ikke foreligger en klar praksis fra konventionsorganerne, ikke har noget sikkert grundlag for at tage stilling til rækkevidden af konventionsbestemmelserne.«[13] Det er nærliggende at læse sådanne udtalelser som indeholdende en forudsætning om, at grundlaget for at anvende konventionen til at korrigere dansk ret skal være klare afgørelser fra konventionsorganerne.[14]

1.4 Domstolenes tilbageholdenhed

Den fjerde hjørnestejn er udtalelserne om domstolenes tilbageholdenhed med at træffe afgørelser, der har vidtrækkende konsekvenser.[15]

1.5 Kritik af betænkning 1220/1991

På to punkter er der grund til at stille sig kritisk over for betænkningens hjørnestejn og det indbyrdes forhold mellem dem.

Det første kritikpunkt er, at udgangspunktet om den intensive prøvelse af dansk ret i forhold til EMRK nedtones i betænkningen, hvor udvalget koncentrerer sig om tilbageholdenheden og grundlaget for at anvende EMRK. Den skæve vægtning af udgangspunktet (intensiv prøvelse og så vidt muligt gennemføre konventionen) over for undtagelsen (klart grundlag og tilbageholdenhed) fører til, at læseren får den opfattelse, at det centrale er, at domstolene skal udvise tilbageholdenhed, selv om udgangspunktet er, at derskal foretages en intensiv prøvelse af dansk ret for så vidt muligt at undgå krænkelse af konventionen.

Det andet kritikpunkt er, at udtalelserne om domstolenes tilbageholdenhed primært knyttes an til kravet om klare afgørelser fra konventionsorganerne. Udvalgets opfattelse af domstolenes tilbageholdenhed beror - så vidt ses - primært på en efter min opfattelse for restriktiv fortolkning af Højesterets kendelse i UfR 1990.181 H. Spørgsmålet i sagen var, om en retsassessor var inhabil ved domfældelsen af en tiltalt, når retsassessoren i en tidligere sag mod nogle medtiltalte havde lagt den nu tiltaltes salg af narkotika til grund som bevist. Højesteret udtalte indledningsvis, at dette efter dansk ret ikke hidtil var blevet anset som en omstændighed, der kunne være egnet til at vække tvivl om dommerens fuldstændige upartiskhed, jf. retsplejelovens § 62. Derefter udtalte Højesteret (tallene i parenteser er indsat):

»[1] I lyset af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom af 24. maj 1989 i Hauschildt-sagen må det stille sig tvivlsomt, om denne praksis er i overensstemmelse med art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Under hensyntagen til [2] de meget vidtrækkende konsekvenser for domstolsorganisationen her i landet, som en sådan fortolkning ville medføre, navnlig for enedommerembeder, finder Højesteret imidlertid, at [3] det bør overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til dette spørgsmål. Det bemærkes herved, at [4] der ikke ses at foreligge nogen afgørelse fra Menneskerettighedskommissionen eller -domstolen, som tager stilling til habilitetsspørgsmålet i en sag som den foreliggende, og at den tvivl, som er rejst, i hvert fald [5] ikke kan medføre en ophævelse af

595

dommen under de foreliggende omstændigheder, hvor der i landsretten har fundet en fuldstændig ny domsforhandling sted . . . under medvirken af dommere, mod hvis upartiskhed der ikke er rejst indvindinger.«

For det første må det anføres, at det forhold, at Højesteret udviser tilbageholdenhed med at statuere inhabilitet og vil overlade afgørelsen til lovgivningsmagten, når (i) der er meget vidtrækkende konsekvenser på spil, og når (ii) fortolkningen er tvivlsom, er ikke ensbetydende med, at Højesteret vil udvise samme tilbageholdenhed, blot fordi fortolkningen er tvivlsom.

For det andet må man hæfte sig ved fremhævelsen af, at den rejste tvivl »i hvert fald ikke kan medføre en ophævelse af dommen«, da der »i landsretten har fundet en fuldstændig ny domsforhandling sted . . .«. Denne del af præmisserne behandlede udvalget ikke, selv om den viser, at der ikke forelå nogen krænkelse af artikel 6, fordi rettergangsfejlen var repareret ved landsrettens behandling af sagen. Udtalelserne om inhabiliteten var derfor i realiteten et obitor dictum, idet sagen kunne være afgjort som sket, allerede fordi fejlen var repareret, og det er naturligvis centralt, når det skal vurderes, i hvilket omfang Højesteret udviste tilbageholdenhed i sagen.

I stedet for at knytte tilbageholdenheden op på klarheden af EMRK burde udvalget have knyttet tilbageholdenhed op på et andet forhold; »I overensstemmelse med den traditionelle rollefordeling mellem domstole og lovgivningsmagt henskyder Højesteret mere politiske valg til lovgivningsmagten.« [16] I så fald ville det være kommet bedre frem, at det afgørende for tilbageholdenheden er, at der pga. magtfordelingslæren må trækkes en grænse over for de mere retspolitiske valg, som domstolene på grund af deres manglende demokratiske legitimation må overlade til lovgivningsmagten.[17] I så fald ville det også være kommet bedre frem, at der ikke generelt kan stilles strenge krav til grundlaget (klarheden) for at anvende konventionen, og at der ikke nødvendigvis skal udvises tilbageholdenhed med selvstændige fortolkninger af konventionen.

2. Retspraksis efter inkorporationen

Retspraksis efter inkorporationen viser da også, at Højesteret har sat sig ud over de meget snævre rammer, der blev angivet i betænkningen og i lovforslaget.[18] I det følgende vil de vigtigste afgørelse fra navnlig Højesterets praksis blive gennemgået med henblik på at trække nogle overordnede linjer op. Gennemgangen er ikke udtømmende

2.1 Domfældelse af Danmark

Domfældelser af Danmark skaber høj grad af opmærksomhed omkring bestemte problemstillinger, der har fået stor gennemslagskraft i dansk ret.

I Hauschildt-sagen (EMD.154) blev Danmark dømt for brud på habilitetsreglen i artikel 6. Allerede i 1992 advarede dommer Otto Bisgaard mod »hysteriske overreaktioner, som kun medfører en u hensigtsmæssig anvendelse af domstolens ressourcer«, [19] men advarslen blev tilsyneladende siddet overhørig.[20] I Jersild-sagen (EMD.298) blev Danmark dømt for krænkelse af en journalists ytringsfrihed, og Højesteret har efterfølgende indfortolket en højere beskyttelse af journalisters

ytringsfrihed. Det er også værd at bemærke, at Højesteret navnlig de seneste år har anvendt en argumentationsteknik, der ligger i direkte forlængelse af Domstolens.[21] Højesteret viger ikke tilbage fra at foretage en selvstændig vurdering af grænserne for journalisters ytringsfrihed, men man udfolder store bestræbelser for at demonstrere, at der er taget højde for Domstolens praksis.[22] Det er også fastslået, at journalister må have et vist grundlag at udtale sig på.[23]

I Bløder-sagen (Reports 1996-I) fandt Domstolen, at Danmark havde krænket retten til rimelig sagsbehandlingstid efter artikel 6.[24] I civile sager har dommen ført til en ændring af retsplejeloven[25] samt til en betydelig stramning i administrationen af bestemmelserne om

596

forberedelse af civile sager.[26] I straffesager har domstolene i en række tilfælde lempet sanktionsfastsættelsen med direkte henvisning til, at tiltaltes krav på en retfærdig rettergang inden for rimelig tid har været krænket,[27] hvorimod der ikke er fundet grundlag for at fastslå, at konventionen skulle føre til frifindelse.[28]

2.2 Adgang til domstolsprøvelse

En effektiv beskyttelse af rettighederne efter EMRK kan også finde sted, selv om Danmark ikke tidligere er dømt på et område. Domstolene har således i flere tilfælde grebet ind og begrænset legale hindringer for domstolsprøvelse.

I UfR 1994.953 H var arbejdsretslovens § 11, stk. 2, til hinder for domstolsprøvelse, når den faglige organisation ikke ønskede kravet prøvet, men Højesteret fastslog, at bestemmelsen sammenholdt med EMRK artikel 6 må »fortolkes således, at en lønmodtager, hvis faglige organisation ikke har ønsket fagretslig behandling af et lønkrav i forbindelse med en afskedigelse, ikke er afskåret fra selv at anlægge sag om kravet ved domstolene.« [29] I UfR 1998.141 V fandt landsrettens flertal det efter inkorporationen af EMRK »rettest«, at en for Arbejdsretten indbragt tvist om foreneligheden af Arbejdsrettens sammensætning med grundlovens § 64 og kravet om uafhængige domstole i EMRK artikel 6 kunne indbringes for de ordinære domstole, selv om tvisten efter arbejdsretsloven ikke kunne indbringes for de ordinære domstole.[30] I UfR 1997.889 fandt Højesteret, at der måtte ske domstolsbehandling af en afgørelse truffet af et ved lov oprettet samarbejdsudvalg, der dels fratog en læge retten til at udøve vagtlægekørsel, dels pålagde ham at tilbagebetale tilskud, da afgørelsen berørte hans borgerlige rettigheder og forpligtelser.[31]

Afgørelserne viser, at domstolene er indstillet på at begrænse hindringer i adgangen til domstolsprøvelse, hvis det findes nødvendigt for at sikre opfyldelsen af EMRK.

2.3 Negativ foreningsfrihed

Det ledende eksempel på, at der måtte tages og blev taget lovgivningsmæssige initiativer som konsekvens af en bestemt dom afsagt af Menneskerettighedsdomstolen, er foreningsfrihedsloven, der blev vedtaget for at sikre den beskyttelse af den negative foreningsfrihed, som Domstolen havde fastslået i den såkaldte British Rail-sag (EMD.44, Young, James and Webster). Lovforslaget, der lå til grund for loven, er meget forvirrende, da det er præget af afgørende skrivefejl,[32] men det illustrerer den politiske modvilje mod at gå videre end højst nødvendigt for at opfylde dommen. Således fremstår de specielle bemærkninger til lovforslaget som en lang opremsning af tilfælde, hvor loven ikke skal gælde, og flere af eksemplerne er i modstrid med lovteksten.[33] Da Domstolen i en senere sag udtalte sig om fortolkningen af artikel 11 (EMD.264, Sigurdur A. Sigurjónsson), blev det af flere udlagt som gående videre end British Rail-sagen.[34]

I UfR 1999.1316 fandt Højesteret, at der ikke var grundlag for at indlægge en anden vurdering af eksklusivaftaler og disses virkning end den, der fulgte af British Rail-sagen. Foreningsfrihedslovens § 2, stk. 2 (om lovligheden af at kræve fagforeningsmedlemskab ved ansættelsen), var »klart afgrænset« og gav ikke anledning til »tvivl med hensyn til foreneligheden med dommen i British Rail-sagen«. Højesteret

delte sig i spørgsmålet om, hvorvidt det er lovligt i medfør af lovens § 2, stk. 3, at afskedige en lønmodtager, der ikke ved ansættelsen var bekendt med kravet om fagforeningsmedlemskab, men som efterfølgende melder sig ind i fagforeningen og senere melder sig ud igen. Fem dommere fandt efter en længere gennemgang af lovens ordlyd sammenholdt med forarbejderne, at det ikke var

597

lovligt at afskedige i en sådan situation. Flertallet tilføjede, at den angivne fortolkning »tillige [må] anses for bedst stemmende med dommen i *British Rail-sagen*«. [35]

Dommen viser, at Højesteret ikke viger tilbage fra at foretage en selvstændig fortolkning af Domstolens afgørelser, heller ikke selv om Domstolen ikke har taget stilling til, hvordan frivilligt henholdsvis pligtmæssigt efterfølgende foreningsmedlemskab skal vurderes. [36]

2.4 Tilbageholdenhed over for lovgiver

Højesteret har også efter inkorporationen taget stilling til lovbestemte ordningers forenelighed med konventionen. Afgørelserne bekræfter Højesterets standpunkt i UfR 1990.13 H: der foretages ikke generelle indgreb i videre omfang end nødvendigt, men der foretages konkrete indgreb, i det omfang det findes nødvendigt. Afgørelserne viser, at Højesteret er parat til at tilsidesætte lovbestemte ordninger, også selv om det har betydelige konsekvenser.

2.4.1 Konstituerede dommere

I UfR 1994.536 tog Højesteret stilling til, om en fuldmægtig, der var ansat i politikontoret i Justitsministeriets departement (hvorunder sager om politi, anklagemyndighed og procesbevillinger inden for strafferetsplejen hørte), og som gjorde tjeneste som dommerfuldmægtig, kunne konstitueres som dommer i en straffesag.

På det generelle plan fandt Højesteret, at principperne om »irremovability« og »appearance of independence« gjorde det »tvivlsomt om ordningen som helhed kan anses for forenelig med konventionen.« Højesteret veg imidlertid tilbage fra generelt at tilsidesætte konstitutionsordningen, »Da der ikke er noget sikkert grundlag for at fastslå konventionens rækkevidde i denne henseende, og da en fortolkning, der i væsentlig grad afskærer anvendelsen af konstituerede dommere, vil have meget indgribende følger for domstolsorganisationen . . .«

Om den konkrete sag fastslog Højesteret udtrykkeligt, at ansættelse i Justitsministeriet efter »den hidtidige opfattelse« ikke gør den konstituerede inhabil. »På baggrund af det tillidshensyn (»appearance of independence«), som efter konventionsorganernes praksis er et væsentligt led i uafhængighedskravet . . ., finder Højesteret det imidlertid ikke foreneligt med [artikel 6], at den foreliggende straffesag blev behandlet under medvirken af en konstitueret dommer, der samtidig var tjenestegørende i [politikontoret].« Højesteret tilsidesætter således konstitutionsordningen for så vidt angår fuldmægtige i politikontoret. [37]

I UfR 1995.428 blev den tilsvarende problemstilling forelagt Højesteret i relation til andre ansatte i Justitsministeriets departement. Højesteret udtalte, »at en generel afklaring af spørgsmålet om anvendelse af konstituerede dommere bør ske ved lovgivning. Det er oplyst, at Justitsministeriet ved skrivelse af 20. april 1994 har anmodet Domstolsudvalget om at fremkomme med forslag, der sikrer, at Danmark opfylder kravene i art. 6, stk. 1, i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Under hensyn hertil og til den bestående usikkerhed om rækkevidden af art. 6, stk. 1, finder Højesteret ikke grundlag for at fastslå, at ansatte i Justitsministeriets departement alene i kraft af ansættelsesforholdet er afskåret fra at virke som konstituerede dommere i straffesager i videre omfang end, hvad der følger af kendelsen af 18. april 1994.« Det må antages, at Højesteret reelt har antaget, at der forelå forenelighed med EMRK. [38]

2.4.2 Varetægtsfængsling under domsforhandlingen

I UfR 1996.234, jf. UfR 1994.225, tog Højesteret stilling til, om en dommer var inhabil, når han under domsforhandlingen afsagde kendelse om varetægtsfængsling på grundlag af en særlig bestyrket mistanke.

Efter Hauschildt-sagen var retsplejelovens § 60, stk. 2, blevet ændret, således at en dommer var inhabil, såfremt han *inden* domsforhandlingen af en straffesag havde afsagt en sådan kendelse. Spørgsmålet var således, om man kunne opretholde den tidsmæssige grænse, der var trukket i loven (*inden/under* domsforhandlingen).

På det generelle plan fandt Højesteret, at det ikke kunne være tilfældet, hvis den må anses for uforenelig med EMRK. Højesteret var således rede til at sætte sig

598

igennem over for den utvetydige lovtæst og de meget klare forarbejder, selv om »[der] ikke af konventionsorganerne [er] truffet senere afgørelser, som belyser spørgsmålet om betydningen af afgørelser om varetægtsfængsling under domsforhandlingen«. Højesteret udtalte, at »vanskeligheder af praktisk art, ikke [kan] begrunde, at der ses bort fra upartiskhedskravet, men [det] bør muligt give anledning til lovgivningsmæssige overvejelser«. De fem dommere var enige om, at der hverken var grundlag for at fastslå, at forudsætningen »generelt må anses for urigtig«, eller »i alle tilfælde vil være forenelig«.

På det konkrete plan fandt tre dommere, at habiliteten »reelt må bedømmes på samme måde som i forbindelse med fængslinger forud for domsforhandlingen«, hvorefter det fremhæves, at dommeren var inhabil, fordi »bevisførelsen ikke da var afsluttet, og tiltaltes forsvarer ikke [havde] haft lejlighed til at procedere sagen«. Højesterets flertal tilsidesatte derved den i loven fastsatte ordning om, at der under domsforhandlingen kunne fængsles på grundlag af en særlig bestyrket mistanke. [39]

UfR 1990.13 H, UfR 1994.536 H og UfR 1996.234 H ligger i naturlig forlængelse af hinanden og viser, at betænkning 1220's opfattelse af domstolens tilbageholdenhed næppe var fyldestgørende. Afgørelserne illustrerer også en udvikling i, hvor store vanskeligheder Højesteret er villig til at påføre »systemet«. De »vanskeligheder af praktisk art«, som ikke kunne stille sig hindrende i vejen for den foretrukne fortolkning, var ganske betydelige, hvilket illustreres af, at det tog 41/2 år at finde en løsning på problemet. [40]

2.5 Udvisning af kriminelle udlændinge

EMRK har måske haft sin mest markante betydning i Højesterets domme om udvisning af kriminelle udlændinge. Folketinget vedtog i 1996, at alle udlændinge, der bliver idømt ubetinget frihedsstraf for narkotikakriminalitet, skal kunne udvises af Danmark, uanset straffens længde, uanset varigheden af opholdet i Danmark, og uanset, hvilken type narkotika der var tale om. [41] Udvisning skal dog undlades, såfremt en individuel vurdering »afgørende taler herimod«. I lovforslaget hedder det, at udvisning skal udelades »i det omfang, det ville stride mod Danmarks internationale forpligtelser«. [42] I 1998 blev indgrebet over for kriminelle udlændinge udvidet til at omfatte en række andre forbrydelser, tilsyneladende uden at forholdet til EMRK blev overvejet nærmere, om end det også her blev forudsat, at der ikke vil blive udvist, hvis det strider mod Danmarks internationale forpligtelser. [43]

Højesteret har undladt at udvise i sager, hvor der er givet op til ét års fængsel, og derved på meget markant vis sat sig igennem over for lovgivningsmagten, selv om et varigt flertal i Folketinget står bag disse indgreb. Det gælder både i sager om narkotikakriminalitet [44] og i sager om anden kriminalitet. [45] Højesteret har herved til dels retableret lovens trappe-system. [46]

Højesteret har efter lovændringerne udvist i en række sager, hvor der er idømt meget betydelige fængselsstraffe. [47] men Højesteret har også undladt udvisning i nogle sager, selv om der er idømt helt op til fire års fængsel. [48] I tilfælde, hvor den konkrete straf ikke efter

599

praksis anses for tilstrækkelig til at udvise, kan forstraffe dog føre til udvisning. [49]

Det har været antydnet, at Højesteret er gået videre end nødvendigt for at undgå at krænke EMRK.[50] Menneskerettighedsdomstolens afgørelser er imidlertid meget konkrete, og det er særdeles vanskeligt at finde det (laveste) niveau, Menneskerettighedsdomstolen måtte acceptere. Der kan således peges på afgørelser, som kunne tyde på, at Højesteret er gået videre end nødvendigt,[51] idet Højesteret formentlig kunne have udvist i enkelte sager.[52] Der kan imidlertid også peges på afgørelser, som måske tyder på, at Højesteret ikke er gået videre end nødvendigt.[53]

Det afgørende er, at Højesteret har lagt sit eget niveau, og at lovændringerne reelt kun har ført til udvisning i ganske få sager, hvor der formentlig ikke ville være blevet udvist efter hidtidig praksis.[54] Det er den naturlige konsekvens af, at Folketinget har overladt det til domstolene at sikre overholdelsen af EMRK. Forudsætningen om, at inkorporationen af EMRK ikke måtte blive en sovepude for Folketinget, har således ikke holdt stik på dette område, og Højesterets indgreb over for lovgivningsmagtens stramninger på udlændingeområdet må betragtes som værende i overensstemmelse med holdningen ved inkorporationen af EMRK: »hvis folkettinget efter at have inkorporeret konventionen lader stå til, må domstolene påtage sig en mere retsskabende rolle, for borgernes rettigheder skal jo beskyttes.«[55] (Efter manuskriptets antagelse til offentliggørelse er bind 3 af Anklagemyndighedens Årsberetning 1998-1999 offentliggjort.)

2.6 EMRK og grundloven

I UfR 1999.1798 tog Højesteret stilling til foreneligheden af »Rock-erloven« med grundlovens § 78. Efter at have citeret grundloven og anført nogle generelle betragtninger om ytrings- og forsamlingsfrihedens betydning for et demokrati anførte Højesteret, at begrænsninger i forsamlingsfriheden »ikke [må] gå videre end, hvad der er nødvendigt for [beskyttelse af andre væsentlige interesser], jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11.« Henvisningen til EMRK er en utilsøret angivelse af, at EMRK mindst har inspireret Højesteret ved fortolkningen af grundloven.[56] Anvendelsen af ordet »nødvendigt« peger på artikel 11, stk. 2, hvorefter et indgreb i forsamlingsfriheden bl.a. skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund« for at kunne legitimeres.

Det er bemærkelsesværdigt, at Højesteret benytter ordvalget »jf. herved også« ved henvisningen til EMRK, dels fordi Højesteret - uanset flere oplagte lejligheder - (endnu) ikke har henvist til grundlovens § 77 i sager om materiel ytringsfrihed, dels fordi det ikke på seneste grundlovsgivende forsamling blev antydnet, at grundloven skulle fortolkes i lyset af EMRK. Som udgangspunkt må man vel være skeptisk over for fortolkninger af grundloven i lyset af EMRK, primært fordi Danmarks tilslutning til EMRK efter dansk ret kan ophæves ved almindelig lov, hvorved grundlaget for fortolkningen bortfalder, men også fordi det må forudsætte mere generelle overvejelser, hvis grundloven skal fortolkes som EMRK. Denne skepsis er ikke udtryk for, at der i grundloven ikke skal indfortolkes en effektiv beskyttelse, men grundloven bør fortolkes på egne præmisser.

I UfR 1999.1536 indlægger Højesteret en proportionalitetsgrundsætning i grundlovens § 77. Højesteret tiltrådte, at »en adgang for journalisterne til at besøge Kurt Thorsen i arresten med henblik på at interviewe ham om sagen ville kunne skade den fortsatte efterforskning . . . Risikoen herfor kunne ikke på tilstrækkelig måde imødegås gennem kontrol af besøget fra kriminalpolitets side . . . Den begrænsning i Kurt Thorsens ytringsfrihed af hensyn til efterforskningen i sagen, som afslaget

600

indebar, kan ikke anses for stridende mod Grundlovens § 77 eller art. 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.« Højesteret anvender et proportionalitetsprincip, jf. ordene »ikke på tilstrækkelig måde imødegås«, men anvender dog ikke formuleringen »jf. herved også«. Henvisningen til først grundloven, siden EMRK, er at foretrække

frem for en »jf. herved også«-formulering, fordi grundlovens selvstændighed i forhold til EMRK derved fastholdes.

2.7 Højere beskyttelsesniveau end nødvendigt

Domstolene har i nogle tilfælde anlagt fortolkninger og fastsat et højere beskyttelsesniveau end nødvendigt efter Domstolens praksis,[57] men i så fald er afgørelserne primært begrundet ud fra dansk ret.

I UfR 2000.1201 vidnefritog Højesteret en skyldner, der efter konkurslovens § 100 havde pligt til at afgive forklaring for skifteretten. Der er ikke hjemmel i konkursloven til at vidnefritage i denne situation, men Højesteret fandt hjemmel hertil i grundprincippet om sigtedes ret til at udtale sig, jf. retsplejelovens § 752, stk. 1, og § 754, stk. 1, og beskyttelsen mod selvinkriminering efter EMRK artikel 6. Afgørelsen må ses som udtryk for, at Højesteret vælger at håndtere en potentiel konflikt med EMRK på den måde, som harmonerer bedst med det danske retssystem. Efter Domstolens praksis ville det formentlig have været berettiget at pålægge skyldneren at afgive forklaring, såfremt forklaringen ikke efterfølgende ville tjene som det eneste eller det afgørende bevis i en straffesag mod skyldneren.[58] Når Højesteret ikke vælger en sådan løsning, beror det formentlig på, at en regel om beskyttelse mod forklaringens efterfølgende anvendelse er vanskelig at håndtere og harmonerer mindre godt med det danske retssystem.

I UfR 2000.1326 fandt Højesteret, at det - uanset ordlyden af og forarbejderne til retsplejelovens § 745, stk. 3 - som udgangspunkt bør tillades, at sigtede er til stede i monitorrummet under afhøringer i sager om seksuelle overgreb på børn.[59] Højesteret skaber ved afgørelsen en hjemmel, som ikke tidligere antoges at gælde, men som dog i praksis blev fulgt i visse retskredse. At beskyttelsesniveauet er højere end strengt nødvendigt, fremgår af, at Højesteret i UfR 2000.1751 fastslog, at selv om denne retssikkerhedsgaranti måtte være overtrådt, har det ikke betydning for spørgsmålet om anvendelsen af afhøringen som bevis. I kendelsen tillod Højesteret dog ikke afspilning under domsforhandlingen af en videoafhøring, bl.a. fordi tiltalte ikke forud for afhøringen havde drøftet sagen med den i monitorrummet tilstedeværende forsvarer, og fordi tiltalte ikke efterfølgende havde set afhøringen.[60]

Disse afgørelse må anses som udtryk for en udvikling, hvor EMRK anses som et fortolkningshensyn, der anvendes på lige fod med (anden) dansk ret, og ikke blot som et fortolkningshensyn, der bringes i anvendelse, når der opstår tvivl om, hvorvidt dansk ret er i overensstemmelse med EMRK. § 745, stk. 3-afgørelsen viser desuden, at Højesteret er rede til at gå ind på et særdeles kompliceret og retspolitisk ømtåleligt område, selv om det retlige grundlag herfor ikke var klart. Afgørelsen har således ført til nedsættelsen af et udvalg, der skal granske spørgsmålet om retssikkerhed i sager om seksuelle overgreb på børn.

2.8 Sammenfatning

EMRK har haft betydelig større indvirkning på dansk ret, end det var forudsat og forudset på tidspunktet for inkorporationen. Det kan fremhæves, at domstolene flere gange har tilsidesat dansk ret og anlagt fortolkninger, som ikke ville være blevet anlagt uden EMRK, at domstolene oftest ikke har haft andet grundlag for at ændre dansk ret end almindelige principper fra Menneskerettighedsdomstolens praksis, at domstolene ikke har udvist den forudsatte tilbageholdenhed over for lovgivningsmagten og har accepteret betydelige konsekvenser af anlagte fortolkninger, at domstolene har ladet EMRK smitte af på fortolkningen af grundloven, at domstolene i flere tilfælde er gået længere end nødvendigt for at skabe harmoni med EMRK, og at EMRK anvendes som fortolkningsbidrag på lige fod med (anden) dansk ret i stedet for at blive anvendt som korrektur i tilfælde af tvivl om foreneligheden af dansk ret med EMRK.

1. Lov nr. 285 af 29. april 1992 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention trådte i kraft den 1. juli 1992.

2. Wienerkonventionen om traktatretten af 23. maj 1969 artikel 27, jf. Lovt. C, bekg. nr. 34 af 29.4.1980 og Ole Spiermann: Moderne folkeret (1999) s. 507 ff.
3. Når instruktionsreglen ikke nævnes, skyldes det, at den er et specialfald af de nævnte regler, jf. også Ole Spiermann a.st. s. 497.
4. UfR 1985.1080 H (om dokumentation af forklaring afgivet til politirapport), UfR 1986.871 H (om overførsel af uudnyttet personfradrag til ugift samlever), UfR 1986.898 H (om foreningsfrihed), jf. Riis i UfR 1987.B.50 ff., og UfR 1987.440 H (om valg af forsvarer).
5. UfR 1989.928 H (om ændring af anbringelsesstedet for tvangsmæssigt fjernede børn), UfR 1990.13 H (om inhabilitet efter afsigelse af kendelser, hvor mistankegrundlaget bl.a. var særlig bestyrket mistanke), UfR 1990.181 H (om inhabilitet i efterfølgende sag mod medtalt) og UfR 1990.903 H (om rettergangsfejl ved dokumentation af forklaring afgivet til politirapport).
6. UfR 1987.B.73 henhv. Juristen 1988.285.
7. Bet. 1220/1991 om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, s. 13, 147 og 193.
8. Bet. 1220/1991, s. 148, jf. s. 47 ff.
9. Folketingstidende 1991-92 tillæg A sp. 5470 f. og Folketingstidende 1991-92 tillæg B sp. 891 f.
10. Bet. 1220/1991, s. 80.
11. Bet. 1220/1991, s. 12, 80, 146 og 192.
12. Gjelsvik: Lærebog i Folkeret (Oslo 1915) s. 52, Axel Møller: Folkeretten i Fredstid og Krigstid, første Del (1925) s. 10 f., Ross: Lærebog i Folkeret, almindelig Del (1942) s. 77 f., Gulmann m.fl.: Folkeret (1989) s. 94, Zahle: Dansk Forfatningsret bind 3 (1997) s. 45 f., Torben Jensen: Højesteret og Retsplejen (1999) s. 283, og Ole Spiermann a.st. s. 503, jf. s. 506 f.
13. Bet. 1220/1991, s. 153. Se også bet. 1220/1991, s. 192 og Folketingstidende 1991-92 tillæg A sp. 5464: »Højesteret [har] været tilbageholdende med at træffe afgørelser, der kunne fremslå som retsskabende, i tilfælde hvor rækkvidden af konventionen ikke har været klar.«, og »Højesteret [har] udtalt tvivl om, hvilken betydning konventionen skal tillægges overfor en fast retsopfattelse i dansk ret, når der ikke er klare afgørelser fra konventionsorganerne.« Større nuance udtrykkes i bet. 1220/1991, s. 146 og Folketingstidende 1991-92 tillæg A sp. 5469: »Domstolene er hidtil vejet tilbage for at foretage en selvstændig fortolkning og udfyldning, som ikke har klar støtte i konventionsorganernes praksis, og som har vidtgående konsekvenser for det danske samfund.«
14. Smh. Gulmann a.st. s. 94 og Torben Jensen i UfR 1995.B.444.
15. Jf. note 13. Det være sig konsekvenser for samfundet (s. 197), for retstilstanden (s. 149) eller uden angivelse af nogen særlig interesse (s. 146).
16. Bet. 1220/1991, s. 81 smh. s. 193.
17. Jf. f.eks. UfR 1978.315 H (om Christiania), UfR 1980.970 Ø (om offentlig erstatningsansvar for manglende daginstitutionspladser), UfR 1985.368 H (om offentligt sygehus' erstatningsansvar for manglende opvågningsstue), jf. Pontoppidan i UfR 1985.B.248, UfR 1997.1508 H (om ret til forhandling af lokalløn), UfR 1998.800 H (tiltrædelse af Maastricht-traktaten), UfR 1999.940 H (om offentligt erstatningsansvar for skade efter blodtransfusion), UfR 2000.321 H (om ret til forhandling af overenskomst), UfR 2000.1196 H (om krav på bestemt behandlingsmetode mod uforklaret barnløshed) og Bent Christensen i UfR 1990.B.73, Munch i Juristen 1989.45, Torben Jensen i UfR 1990.B.441 og UfR 1995.B.241 samt Zahle i Lov & Ret 1997, nr. 5, s. 26.
18. Smh. Torben Jensen: Højesteret og Retsplejen (1999) s. 283.
19. Otto Bisgaard i Fuldmægtigen 1992.117.
20. Otto Bisgaard i UfR 1998.B.351 og Eva Smith i UfR 1998.B.375.
21. Jf. første gang UfR 1997.259 H (om en journalists gengivelse af injurierende udtalelser fremsat i en klage til Advokatnævnet).
22. UfR 1999.122 H (om journalisters ærekrænkende sigtelser over for to navngivne polititjenestemænd). Smh. UfR 1994.988 H (om journalists indtrængen i Svend Aukens have) og UfR 1999.1675 H (om journalisters indtrængen på Peberholm), jf. Eva Smith i UfR 1995.B.145 og Bent Unmack Larsen i UfR 1995.B.250.
23. UfR 1999.560 H (om et landsdækkende dagblads viderebringelse af »et udokumenteret rygte« om en identificerbar person).
24. Danmark er senest dømt den 15. februar 2000 (Kurt Nielsen mod Danmark), og der er senest indgået frivilligt forlig med økonomisk kompensation for langvarig sagsbehandlingstid den 28. marts 2000 (Henry Krog Pedersen mod Danmark).
25. Lov nr. 414 af 10. juni 1997 om ændring af retsplejeloven.
26. Jf. Jonas Christoffersen i Advokaten 1999.209 og Ketilbjørn Hertz i UfR 2000.B.82.
27. Jf. f.eks. UfR 1997.1292 Ø (straffe gjort betingede), UfR 1998.1752 Ø (straffe nedsat), UfR 1998.1759 Ø (straffe gjort betingede), UfR 1999.342 Ø (straf nedsat). Strafreduktioner må betragtes som tilstrækkelige til at kompensere en konventionskrænkelse, selv om det ikke udtrykkelig fremgår af afgørelsen, at artikel 6 er fundet krænknet, jf. Lie og Berntsen mod Norge af 16. december 1999 (appl. no. 25130/94).
28. UfR 1997.803 V.
29. Smh. UfR 1990.596 H (en afskediget, hvis faglige organisation ikke ønskede at rejse krav om nævnbehandlings, kunne indbringe en sag for domstolene, selv om den i Undervisningsministeriets cirkulære nr. 11 af 12. januar 1968 nævnte voldgiftsnævnsbehandling forudsatte, at krav herom rejses af den forhandlingsberettigede organisation). 1994-dommen førte til en ændring af § 11, stk. 2, i lov nr. 183 af 12. marts 1997 om Arbejdsretten.
30. Se nu § 8, stk. 2, i lov nr. 183 af 12. marts 1997 om Arbejdsretten. Se også Jens Kristiansen i Juristen 2000.213 ff.
31. Se også UfR 1995.249 V (genoptagelse af faderskabssag da tvivlsomt, om praksis var forenelig med principperne i artikel 8). UfR 1999.829 H (om domstolsprøvelse af afgørelse truffet af Apotekerforeningens kollegiale ret) begrundes ikke med EMRK. UfR 1997.1157 H og UfR 1999.1243 H (om afskæring af domstolsprøvelse af flygtningeansøgnets afgørelser) er forenelige med EMRK, idet udvisningssager ikke er omfattet af artikel 6, men af artikel 1 i 7. tillægsprotokol af 22. november 1984.
32. Jf. Stuer Lauridsen i UfR 1983.B.75 f.
33. Jf. Folketingstidende 1981-92 tillæg A sp. 1605 f.
34. Jf. f.eks. Henrik Karl Nielsen: Funktionærloven (1997) s. 219 f samt samme og Lars Adam Rehof: International arbejdsret (1998) s. 135. I pr. 35 udtaler Domstolen sig i generelle vendinger om beskyttelsen af den negative foreningsfrihed, men ved den konkrete afgørelse i pr. 36 holder Domstolen sig nøje til de forhold, der førte til dommen i British Rail-sagen, jf. også pr. 15 og 18.
35. Mindretallet nøjedes af processuelle grunde med at anføre, at »flertallets fortolkning synes mindre vel forenelig med ordlyden . . . og efter vores opfattelse . . . i modstrid med bemærkningerne til lovforslaget«.
36. Se også UfR 1999.1496 H (om ferieafløser, der - efter ansættelse betinget af medlemskab af SiD - nægtede at melde sig ind, hvorfor han lovligt blev afskediget) og UfR 2000.1728 H (om funktionær, som ikke ved ansættelsen var gjort bekendt med eksklusivaftale).
37. Smh. UfR 1996.365 Ø (dommerfuldmægtig ikke inhabil ved udmåling af fællesstraf bl.a. på grundlag af dom afsagt af en retsassessor i retskredsen).
38. Jf. Lorenzen i Lov og Ret 1999, nr. 3, s. 4 ff., om 1994-kendelsen: »Højesteret tog ikke stilling og havde heller ikke behov for at tage stilling til, om ordningen generelt var i strid med artikel 6, fordi det i det konkrete tilfælde var klart, at der forelå inhabilitet.«, og - mere generelt - »Er der det fornødne grundlag for at konstatere en konventionskrænkelse, bør domstolene ikke afstå herfra, fordi dette vil indebære tilsidesættelse af en lovbestemt orden - heller ikke selv om konsekvenserne heraf kan være betydelige.«
39. Mindretallet på to dommere fandt, at der »navnlig... i situationer, hvor afgørelsen træffes på et tidligt tidspunkt under domsforhandlingen«, vil kunne blive tale om inhabilitet, men at dommeren i den konkrete sag var habil, da »langt den væsentligste del af bevisførelsen var gennemført.« I bet. 1220/1991 s. 192 anføres, at ordningen »utvivlsomt« er i orden, mens det af Justitsministeriet i inkorporationslovforslaget »antages«, at den er i orden, jf. Folketingstidende 1991-92 tillæg A sp. 5462.

40. Jf. L 14 i Folketingstidende 1999-2000 § 1, nr. 10 med bemærkninger (punkt 3, s. 24 ff.).
41. Lov nr. 1052 af 11. december 1996 om ændring af udlændingeloven, jf. Folketingstidende 1995-96 tillæg A s. 1016 f., navnlig s. 1017 højre spalte.
42. Folketingstidende 1995-96 tillæg A s. 1017 højre spalte og s. 1018 højre spalte.
43. Lov nr. 473 af 1. juli 1998 om ændring af udlændingeloven, jf. Folketingstidende 1997-98 tillæg A s. 1567 venstre spalte og s. 1584 venstre spalte. Smh. betænkning 1326/1997 om udvisning bind 2, s. 732, 868 og 886 f.
44. UfR 1999.271 H (23-årig med 19 års ophold, 14 dages hæfte), UfR 1999.1390 H (40-årig med 10 års ophold, 60 dages fængsel), UfR 1999.1394 H (34-årig med 24 års ophold, 4 mdr.s fængsel), UfR 1999.1503 H (51-årig med 14 års ophold, 3 mdr.s fængsel), UfR 1999.1507 H (52-årig med 19 års ophold, 8 mdr.s fængsel), UfR 1998.376 Ø (27-årig med 25 års ophold, fællesstraf på 10 mdr.s fængsel), UfR 2000.545/1 H (fællesstraf på 20 dages hæfte) samt UfR 2000.293 H (14 dages hæfte).
45. UfR 2000.545/2 H (10 års ophold, 6 måneders fængsel for bl.a. tyveri, hæleri og narkotikakriminalitet), UfR 2000.820 H (35-årig med 7 års ophold, 60 dages fængsel for vold), U 2000.1685 H (22-årig med 4 års ophold, 40 dages fængsel for § 119).
46. I UfR 1999.1394 udtalte Højesteret direkte, at det »ikke kan komme på tale« at udvise, og at en udvisning måtte forudsætte »en langvarig fængselsstraf« eller »flere fængselsstraffe af betydelig længde«.
47. UfR 1999.1818 H (37-årig med 15 års ophold, 5 års fængsel), UfR 1999.1842 H (29-årig med 7 års ophold, nu 3 år og 7 måneders fængsel og tidligere 41/2 års fængsel), UfR 1999.2032 H (42-årig med 8 års ophold, 5 års fængsel), UfR 2000.1818 H (udvisning efter 5 års fængsel), og UfR 2000.1499 (T2: 29-årig med 12 års ophold, 3 år og 9 måneders fængsel for narkotikakriminalitet).
48. UfR 2000.822 H (26-årig med 22 års ophold, 21/2 års fængsel for røveri, førstegangsstraf), UfR 2000.1499 H (T1: 39-årig med 27 års ophold, 31/2 års fængsel for narkotikakriminalitet), UfR 2000.1600 H (24-årig født i Danmark, 3 års fængsel for tyveri og røveri), UfR 2000.1687 H (19-årig født i Danmark, 4 års fængsel, inkl. fællesstraf, for røverier).
49. UfR 1999.1500 H (udvisning i 10 år af 42-årig med 27 års ophold, 8 måneders fængsel, men tidligere 7 års fængsel for narkotikakriminalitet og recidiv kun 71/2 måneder efter prøveløsladelse) og UfR 2000.546 H (34-årig med 21 års ophold, nu 5 måneders fængsel og tidligere bl.a. knap 31/2 års fængsel for narkotikakriminalitet og i alt 6 års fængsel over en periode på 13 år, herunder 7 domme fra 1993 til 1997).
50. Jf. Gomard i UfR 2000.B.349. Efter afsigelsen af Højesterets dom af 27. april 2000 (UfR 2000.1499) udtalte den retspolitiske ordfører for det Konservative Folkeparti ønske om yderligere stramminger, således at Højesteret lægger sig på Menneskerettighedsdomstolens niveau.
51. Boughanemi, Reports 1996-II (28-årig tunesisk statsborger med 20 års ophold i Frankrig, udvist efter tidligere idømt i alt ca. et års fængsel og nu tre års fængsel for rufferi), Djaid, no. 38687/97 af 9.3.1999 (23-årig algerisk statsborger ankom til Frankrig som knap ét år, udvist efter 3 års fængsel for narkotikakriminalitet), Baghli, no. 34374/97 af 30.11.1999 (28-årig algerisk statsborger ankom til Frankrig som knap 2-årig, udvist efter tre års fængsel, hvoraf to blev gjort betingede, for narkotikakriminalitet) og måske Dalia, Reports 1998-I (26-årig algerisk statsborger ankom til Frankrig som 17-årig, udvist efter 1 års fængsel for narkotikakriminalitet).
52. UfR 2000.822 H, UfR 2000.1499 H (T1), UfR 2000.1600 H og UfR 2000.1687 H.
53. Moustaquim, Series A no. 193 (21-årig marokkansk statsborger ankom som knap 2-årig til Belgien, hvor hans forældre og syv søskende nu boede, udvist efter 2 års fængsel samt et par kortvarige straffe for 22 forhold begået inden for 11 måneder, mens han var under 18 år gammel), og Mehemi, Reports 1997-VI (33-årig algerisk statsborger født i Frankrig, udvist efter 6 års fængsel for medvirken til indsmugling af 142 kilo hash, hvoraf han selv havde besiddet 7 kilo).
54. UfR 1999.1500 H, UfR 1999.1842 H, UfR 2000.546 H og UfR 2000.1499 H (T2).
55. Formanden for udvalget bag betænkning 1220/1991, Karsten Hagel-Sørensen, i Lov & Ret 1991, nr. 3, s. 31.
56. Se nærmere Jens Elo Rytter: Grundrettigheder (2000) s. 169 ff.
57. Jf. Gomard i UfR 2000.B.349.
58. Jf. om Domstolens praksis Jonas Christoffersen i Juristen 2000.45 (navnlig afsnit 2.4 og 3.2), Jon Fridrik Kjølbro i EU- & Menneskeret 1999, nr. 4, s. 131 ff og - navnlig - Domstolens dom af 19.9.2000 i sagen I.J.L., G.M.R. og A.K.P. v. the United Kingdom (Appl. no. 29522/95, 30056/96 and 30574/96) pr. 100 og 101.
59. Højesteret henviste ikke til EMRK i præmisserne, men Pontoppidan, der voterede i kendelsen, fremhævede under et foredrag i Juridisk Forening den 27. marts 2000 afgørelsen som et eksempel på, at Højesteret har sat sig ud over dansk ret, jf. UfR 1996.1536 Ø.
60. Jf. UfR 1996.992 Ø (afhøringen ikke tilladt afspillet under domsforhandling, da bevist reelt var det eneste i sagen, og da lovligheden af afhøringen på trods af forsvarerens anmodning herom ikke var indbragt for retten) og UfR 2000.1632 Ø (afspilning ikke tilladt pga. omstændighederne omkring afhøringen), men modsat UfR 1995.346 Ø.