

Forskningsafdeling II

Det Juridiske Fakultet
Københavns Universitet
Årsskrift

Nye retlige design

Dansk ret under konkurrence

S. Jørgensen, H. Krunke,
M. Hartlev & K. Ketscher [red]



Jurist- og Økonomforbundets Forlag

2003

ISBN 87-574-0995-1

S. Jørgensen, H. Krunke
M. Hartlev & K. Ketscher [red]

Nye retlige design

Dansk ret under konkurrence



Jurist- og Økonomforbundets Forlag
2003

*S. Jørgensen, H. Krunke,
M. Hartlev & K. Ketscher [red]*
Nye retlige design
Dansk ret under konkurrence
1. udgave, 1. oplag

© Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2003

Alle rettigheder forbeholdes.
Mekanisk, elektronisk, fotografisk eller
anden gengivelse af eller kopiering fra
denne bog eller dele heraf er ifølge
gældende dansk lov om ophavsret
ikke tilladt uden forlagets skriftlige
samtykke eller aftale med Copy-Dan.

Omslagsfoto: Richard Bryant: Arne Jacobsen »Myren«
Arcaid Picture Library
Tryk: Holbæk Amts Bogtrykkeri
Indbinding: Damm's Forlagsbogbinderi, Randers

Printed in Denmark 2003
ISBN 87-574-0995-1

Jurist- og Økonomforbundets Forlag
Lyngbyvej 17
Postboks 2702
2100 København Ø

Telefon: 39 13 55 00
Telefax: 39 13 55 55
e-mail: forlag@djoeff.dk
www.djoeff-forlag.dk

Indhold

Introduktion	1
<i>Stine Jørgensen, Helle Krunke, Mette Hartlev og Kirsten Ketscher</i>	

Individet

Børns menneskerettigheder	
Om FN's børnekonvention i dansk ret	7
<i>Kirsten Ketscher</i>	

Om tvangsægteskab som indgreb i kvinders rettigheder	27
<i>Stine Jørgensen</i>	

Modstrid mellem menneskerettigheder	
Eksempler fra dansk integrationsregulering	41
<i>Agnete Weis Bentzon</i>	

Syge har også rettigheder	51
<i>Mette Hartlev</i>	

Mødet med den internationale ret

Retten, der banker på	67
<i>Peter Blume</i>	

Domstolene og menneskerettighederne	79
<i>Jens Kristiansen</i>	

Når praksis overhaler grundloven	91
<i>Henrik Palmer Olsen</i>	

De tre tenorer og råstofferne	105
<i>Anita Rønne</i>	

Indholdsfortegnelse

Er mægling anvendelig i internationale børnebortførelsessager?	121
<i>Vibeke Vindeløv</i>	

Kærlighed og konventioner Historien om et bebudet kærestevium	137
<i>Inger Marie Conradsen</i>	

Modernisering

Når udenrigspolitik er indenrigspolitik, og indenrigspolitik er udenrigspolitik	153
<i>Helle Krunke</i>	

Denationalt netværksdemokrati – det tabte fællesskab?.....	169
<i>Jens T. Søndergaard</i>	

Europæisk forvaltningsret – et overblik	183
<i>Michael Gøtze</i>	

Åbenhed i det nye Europa?.....	195
<i>Paul Vang</i>	

Vers quelle Europe : Une Constitution pour l'Union européenne?	211
<i>Vincent Grelet</i>	

La Convention sur l'avenir de l'Europe : bilan et perspectives	227
<i>Marc Culot</i>	

Det nationalstatslige system – kvalitetsdesign?

Arrivasagen Om denationalisering af den kollektive jernbanetrafik i lyset af fællesskabsretlige og nationale udbudsregler	241
<i>Carsten Henriksen</i>	

Om borgervenlig forvaltningsret i konventionernes skær	257
<i>Steen Rønsholdt</i>	

Introduktion

*Stine Jørgensen, Helle Krunke
Mette Hartlev og Kirsten Ketscher*

Den danske designer Arne Jacobsen designede tilbage i 1950'erne den trebenede stol "myren". Stolen er blevet en klassiker, som de fleste opfatter som indbegrebet af dansk design og kvalitet. Stolen ses den dag i dag stadig i mange sammenhænge og i mange hjem. Verden omkring "myren" har ændret sig, siden den blev designet tilbage i 1953 – i øvrigt samme år som den seneste danske grundlovsændring. Stolen skal i dag fungere i andre sammenhænge, end den oprindeligt var tiltænkt. Flere spørgsmål trænger sig på. Er stolen i stand til at tilpasse sig de nye omgivelser, og kan stolen fortsat finde anvendelse uden problemer?

Nationalstaten har traditionelt stået stærkt i en retsvidenskabelig sammenhæng. Såvel det retlige materiale som de retlige fortolkningsfigurer har været orienteret mod dette nationalstatslige udgangspunkt. Dette udgangspunkt udfordres i stigende grad af denationaliseringen, som udgør et af de mest fremtrædende forandringssteg i retten for tiden. Denationalisering indebærer, at nationale parlamenter får vigende betydning. I det 20. århundrede var nationalstaterne ramme for en demokratisk samfundsorden, hvor folkevalgte forsamlinger var de vigtigste regelproducenter, og hvor den nationale lovpositivisme har været nærmest den eneste eller i hvert fald den mest dominerende ramme for retsanvendelse og fortolkning. Selve det nationale system har været rammen for forståelse af retten.

Denationaliseringen har været en fremadskridende proces, der i stigende grad er ved at blive synlig. Denationaliseringen tog for alvor sin begyndelse med Danmarks tiltrædelse til EF i 1972. I de første årtier gik det nærmest sporiøst hen over den nationale retsforståelse. Man indfortolkede tiltrædelsen gennem en national ramme. I forrige århundredes sidste tiår blev det stadig sværere at opretholde denne indstilling. Domme fra EF-Domstolen, forordninger og direktiver er blevet en stadig mere synlig demonstration af, at Folketetinget ikke råder over retten på samme måde. For administrative klageorganer og danske domstole repræsenterede disse retskilder noget nyt og van-

skeligt, hvilket har bidraget til, at EU-retten ikke altid er slået fuldt igennem i dansk ret.

Som led i et internationalt samarbejde har Danmark tiltrådt stadig flere internationale konventioner, mange gennem FN-samarbejdet. Disse konventioners forpligtende betydning har, ligesom EU-samarbejdet, i mange år været håndteret gennem en traditionel folkeretlig forståelsesstil (dualistisk, nationalistisk, lovpositivistisk), hvor nationalstaten råder over feltet. Også denne tydningsramme udfordres, dels gennem håndhævelse ved denationale domstole/overvågningsorganer, hvoraf det mest fremtrædende er Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol; dels udfordres den gennem den større værdiorientering, som disse konventioner er udtryk for, hvilket giver værdier en større synlighed i retten. Retten er under udvikling fra en nationalt teknisk præget lovpositivisme mod en denational værdipræget rettighedstænkning, hvor retskilderne indgår i et mere komplekst samspil. Dette stiller nye krav til fortolkeren og fortolkningen, der skal kunne håndtere mere abstrakte værdiprægede normer. Dette vil tendere mod, at den fortolkningsteknik og den centring omkring en lovs forarbejder, som de mest centrale fortolkningsdata, som generationer af jurister er opdraget med, aftager i betydning. Denne udvikling har faktisk fundet sted. Om dette er godt eller skidt, vil der være forskellige opfattelser af.

De nationale og de denationale retskilder vil tendere mod, at retskildehierarkiet nedbrydes. Det bliver derfor vigtigt at fastlægge indholdet af de nationale og ikke-nationale retskilder ved at omsætte dem i den nationale kontekst.

Artiklerne i bogen relaterer sig til den beskrevne udvikling. Bogens artikler er inddelt i fire grupper. Den første gruppe af forfattere behandler emnet ud fra en *individtilgang*. Der fokuseres på, hvorledes denationale retskilder får betydning for bestemte grupper af individer. Artiklerne afspejler, at værdier får en større betydning i den nationale kontekst som følge af denationaliseringen. Fokus rettes mod, hvem der sidder på "myren". Denne er oprindelig designet til en bestemt prototype. Der er således i designet ikke taget højde for menneskers forskellighed.

Herefter følger en gruppe artikler som alle behandler *mødet med den internationale ret*. De spørgsmål, som artiklerne tager op, er hvorledes dette møde udmøntes på nationalt plan. Dette finder bl.a. sted i lovgivningsprocessen og ved domstolene. Projektet går her ud på at inddrage stole af andet design og få dem til at passe sammen med "myren".

Den tredje gruppe har overskriften *modernisering*. Udgangspunktet for forfatterne i denne gruppe er en konstatering af, at international og europæisk ret er trængt ind i dansk ret. Forfatterne forsøger at tilpasse det nationale system

til udviklingen. Forfatternes projekt er at modernisere, ombygge eller måske helt erstatte "myren" til/med en ny og mere tidssvarende stol.

Den sidste gruppe artikler hører under overskriften *Det nationalstatslige system – kvalitetsdesign?* Forfatternes udgangspunkt er det nationale system, og det overvejes, om det udefrakommende kan bidrage positivt til det eksisterende system. Forfatterne fremhæver kvaliteter ved det nationale system og inddrager, hvorledes det udefrakommende kan bidrage positivt til det eksisterende system. Som udgangspunkt er forfatterne tilfredse med "myrens" design, og udefrakommende påvirkninger må til en vis grad tilpasses formen på "myren".

"A design object should not reflect it's time. It should point to the future."

Anitti Nurmesniemi

Individet

Børns menneskerettigheder

Om FN's børnekonvention i dansk ret

Kirsten Ketscher

1. Børn som borgere, som personer og som mennesker

Borgerskab er en central retlig figur. At være borger indebærer inkludering i samfundet; at blive genkendt som person. At kunne handle i et fællesskab, at kunne tænke, tro og tage egne beslutninger og valg.

Borgerskabet har sin rod i de rettigheder, der vedrører det politiske system: valget og de traditionelle frihedsrettigheder som er forudsætningen for frie valg: ytrings-, forenings- og forsamlingsfrihed etc.

Personrettigheders kerne er spørgsmålet om retlig handleevne: Indgåelse af aftaler, personlig myndighed, ret til at råde over egen person og formuegoder etc.

Menneskerettigheder integrerer borgerrettigheder og personrettigheder i et samlet retligt koncept. Men menneskerettighedsfiguren tilføjer en yderligere dimension til rettighedsbeskrivelsen, idet den bærende værdi er det enkelte menneskes ret til integritet og værdighed.¹ Menneskerettighedsfiguren er utvivlsomt det dynamiske overbegreb i en mere nutidig opfattelse af borgerskab og personers rettigheder.² Det giver dog stadig mening at anvende begreberne borger og person

Opfattelsen af borgerskabets udstrækning og afgrænsning har været en proces siden den amerikanske revolution og uafhængighedserklæring, der for første gang i en samlet formel formulerede tankegangen om alle menneskers lighed og ret til at stræbe efter egen lykke. I den dagældende forestillingsverden var personkredsen afgrænset til et bestemt køn (mænd), en bestemt hudfarve (hvid) og en bestemt alder (over 35 år).

Inkludering af kvinder som borgere og inkludering af alle mennesker uanset race og hudfarve som borgere er sket løbende og anerkendes nu stort set universelt. Udelukkelse fra borgerskab på grund af ung alder har været en af

¹ Mattsson (2002) s. 119 ff.

² Se Dübeck (1997) der skriver om personers rettigheder og integrerer menneskerettighedsaspektet heri, jf. kap. 4 om børns retsstilling.

de sidste barrierer for et totalt inkluderende medborgerskab. Det er således stadig en ret udbredt opfattelse, at børn ikke er borgere og personer, men er ufuldkomne voksne, der vinder deres rettigheder i takt med, at de vokser op og bliver voksne. Indtil da står de under forældrenes beskyttelse og dækkes af deres borgerskab og personrettigheder.

I denne sammenhæng er FN's børnekonvention et skelsættende dokument. Denne konvention formulerer for første gang en samlet konstruktion af børns borgerskab, personrettigheder og menneskerettigheder.

Børnekonventionen er fra 1989 og blev ratificeret af den danske stat i 1991. Senere har Danmark yderligere tiltrådt to valgfrie protokoller: Barnets rettigheder vedrørende inddragelse af børn i væbnede konflikter fra 2000, ratificeret i 2002, og protokollen vedrørende salg af børn, børneprostitution og børnepornografi ligeledes fra 2000, ratificeret i 2003. Danmark har afgivet periodisk rapport til børnekonventionens overvågningsorgan 3 gange.

Konventionen indeholder ud over præamblen tre kapitler, hvor det første vedrører konventionens enkelte rettigheder, det andet vedrører overvågning af, at konventionen overholdes, og det tredje retsvirkning af underskrift og ratifikation.

2. Børn som personer med menneskerettigheder

Børns status som personer både før og efter fødsel med rettigheder og til en vis grad retlig handleevne nyder fra gammel tid almindelig anerkendelse i dansk ret.³ Arveretten er et eksempel herpå. Andre er retten til et navn og retten til at få fastslået et forældreskab.

Børn er omfattet af de almindelige menneskerettigheder, herunder de klassiske frihedsrettigheder, som følger af FN's menneskerettighedskonventioner og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det samme gælder rettighedskataloget i den danske grundlov. Børnekonventionen skaber derfor ikke særlige rettigheder for børn, men dens funktion er at tydeliggøre børns status som borgere, personer og individer. Behovet for at tydeliggøre denne status hænger sammen med, at børn på grund af ung alder og deraf følgende umodenhed er afhængige af andres beskyttelse og omsorg, ligesom omverdenen kan have behov for beskyttelse mod unge individer, der endnu ikke selv formår at sætte grænser for egne handlinger og handle ansvarligt.

Børns forældre er deres naturlige beskyttere. Denne status hviler på, hvad der kan kaldes et biologisk princip; barnets far og mor anses som følge heraf for de nærmeste til at påtage sig denne opgave.⁴ Forældres rettigheder og forpligtelser er nærmere reguleret i såvel familieretlige love som børneloven

³ Se Dübeck (1997) s. 12 f.

⁴ Se Kirsten Sandberg (2003) s. 73 ff.

og lov om forældremyndighed og samvær som i socialretlige love, først og fremmest lov om social service og lov om aktiv socialpolitik.

Fællesskabets ansvar er grundlæggende subsidiært i forhold til forældrenes, jf. den almindelige forsørgelsesregel i dansk socialret, hvorefter forældre skal forsørge deres børn under 18 år.⁵

Børns og forældres ret til et liv sammen med hinanden rubriceres i menneskeretten som "Retten til privatliv", jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMK) art. 8 og Børnekonventionens art 16.

Det er imidlertid vigtigt at understrege, at børn er selvstændige individer. Det forhold, at de i en periode har behov for beskyttelse eller tilsyn fra andre berøver dem ikke status af individ med et individs rettigheder. Det er alene rettighedernes udstrækning, der må fortolkes i forhold til det tilsyns- og omsorgsbehov, som børn har.

Der kræves således ikke klar og utvetydig hjemmel, for at et barn har rettigheder på lige fod med voksne. Det er tværtimod det retlige udgangspunkt, at det er sådan.

Af og til møder man den rent lovpositivistiske opfattelse, at børn ikke har nogen rettigheder, medmindre disse explicit fremgår af skreven national lov, se f.eks. Tine Egelund (2003), der synes at udgå fra en sådan rettighedsmangel. Problemet er imidlertid et andet, nemlig at børns rettigheder ofte krænktes. Dette peger på behovet for tydeliggørelse af reglerne i skreven form og måske at børn bliver det systematiske perspektiv for beskrivelse af disse rettigheder, således at de mest relevante regler, der har betydning for socialrettens børnesager, samles i en fælles retskilde. Dette kan også understrege behovet for at inkorporere Børnekonventionen i dansk ret. Et hensyn, der ikke blev lagt vægt på i bet. 1407/2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, der på et meget teknisk grundlag går imod en inkorporering af børnekonventionen med henvisning til at denne er "speciel" og andre mere "generelle" konventioner (herunder racediskriminationskonventionen!) skal inkorporeres først. Argumentationen forekommer ikke overbevisende, se s. 275 f.

Når der tages udgangspunkt i, at børn ikke har rettigheder, er det et udtryk for en forveksling af deres grundlæggende status som individer med det forhold, at de på grund af ung alder må være afhængige af andre, først og fremmest deres forældre. Men også andre personer er børns interessevaretagere. Der må antages at være sket en betydelig udvidelse af denne kreds, fordi børn i vore dage i mindre omfang tilbringer deres daglige barndomstid sammen med deres forældre.

Børn har ligeledes en meget væsentlig tilknytning til deres opdragere (lærere og pædagoger) i skoler og institution. Dette fællesskab hviler på et socialt princip, dvs. udviklet og forstået gennem den sociale sammenhørig-

⁵ Aktivloven § 2, der er i overensstemmelse med børnekonventionen art. 18. Børn omfattes dog også af dansk rets almindelige selvforsørgelsesprincip, men dækkes af forældrenes forsørgelsespligt.

hed, som disse aktiviteter udgør.⁶ Disse personer og fællesskaber erstatter og supplerer til en vis grad forældrene.

Hertil kommer den udvidelse af børns familie, der består i de voksne, som i kortere eller længere perioder indgår i børns dagligdag. Dette følger af det nu helt almindelige fænomen, at familier løbende omstruktureres. Familierne brydes op, således at børn ikke bor sammen med begge forældre på én gang. Forældrene danner ofte hver for sig nye familier, hvorved også børn får udvidede familierelationer.

Børns menneskerettigheder indebærer, at disse tilknytningsforhold forstås med udgangspunkt i barnets egen status som individ og person med ret til privat- og familieliv.⁷

3. Børnekonventionens værdigrundlag

I børnekonventionens præambel opregnes de grundlæggende værdier for konventionens enkelte bestemmelser:

Først og fremmest er det af retlig betydning, at det i præamblen anerkendes, at enhver er berettiget til alle de rettigheder og friheder, der er nævnt i verdenserklæringen om menneskerettigheder, uden forskelsbehandling af nogen art som følge af: race, hudfarve, køn, sprog, religion, politisk eller anden anskuelse, national eller social forekomst, formueforhold, fødsel eller anden stilling.

Hermed er det generelle udgangspunkt fastslået, nemlig at børn er omfattet af de almindelige menneskerettigheder.

Præamblen bygger yderligere et fundament for fortolkning og forståelse af konventionen ved at nævne en række vigtige grundelementer i børns menneskerettigheder:⁸

- Børns særlige ret til omsorg og bistand.
- Familien som den grundlæggende enhed og ramme for børns opvækst og krav på hjælp og beskyttelse i forhold til denne opgave.
- Barnets opvækst med henblik på fuld og harmonisk udvikling af sin personlighed i et familiemiljø af glæde, kærlighed og forståelse.
- Forberedelse til at leve sit eget liv gennem en opdragelse til fred, værdighed, tolerance, frihed, lighed og solidaritet.
- Særlig hensyntagen til børn, der lever under særligt vanskelige forhold.
- Betydningen af hvert folks traditioner og kulturelle værdier.
- Betydningen af internationalt samarbejde for at forbedre børns vilkår.

⁶ Se om rammen for denne opdragelse nærmere formålsparagrafferne i servicelovens § 8 om dagtilbud og folkeskolelovens § 1.

⁷ Nieminen (2003) fremhæver at "familien" som begreb har fået en extensiv og dynamisk fortolkning i domstolens praksis.

⁸ Kirsten Ketscher (2002) kap. 4 om socialretlige grundværdier.

Disse værdier ligger således i bunden af fortolkningen af staternes forpligtelser som grundlag for konventionens enkelte bestemmelser.

Selvom disse værdier er bredt formulerede, har de stor betydning for fortolkningen af konventionen, også i dansk ret.

Børns grundlæggende krav på ret til omsorg og bistand understreges, og det skal i denne sammenhæng erindres, at dette skal læses i sammenhæng med det almindelige menneskeretlige forbud mod forskelsbehandling.

Understregning af familiens stilling indebærer, at staten må lægge forholdene til rette således, at familien kan varetage denne rolle. I vore dages danske samfund kan man særlig pege på, at arbejdsmarkedet lægges til rette, således at forældre får forbedret mulighed for personlig opdragelse af deres børn, og børn får bedre muligheder for at være sammen med deres forældre.⁹

Kravet om en opvækst i kærlighed og forståelse er ikke blot tomme formuleringer, men angiver en ramme for opdragelsen, f.eks. i forhold til korporlig afstraffelse, ligesom værdierne frihed, lighed og solidaritet f.eks. kan sætte grænse for undervisningens indhold i skolerne. Et aktuelt problem har i Danmark været koranskoler, der har undervist i en særlig variant af islam, som ikke anerkender disse værdier. Dette strider således mod konventionens værdigrundlag og også konventionens art. 29, der opregner en række konkrete indholds krav til børns uddannelse, bl.a. ligestilling mellem kønnene.

En afgørelse fra det norske ligestillingsnævn 1/2001 drejede sig om en kristen fundamentalistisk friskole, hvor man under påberåbelse af religionsfriheden havde et lærebogsmateriale, der docerede mænds overlegenhed over kvinder. Ligestillingsnævnet afgjorde, at dette bl.a. stred mod FN's kvindekonvention, men man kunne tillige have henvist til børnekonventionen, art. 29.

Om forpligtelsen over for børn, der lever under særligt vanskelige forhold, kan der være tale om materielle forhold som fattigdom¹⁰, forældre som ikke magter deres opgave af den ene eller den anden grund, eller f.eks. handicappede børn, der trænger særlig omsorg og tilsyn.

Når hensynstagen til hvert folks traditioner og kulturelle værdier nævnes i præamblen, får det betydning som et krav om, at dette indtænkes som en særlig værdi, når de øvrige generelle værdier opfyldes.

⁹ Se om den retlige tilpasning af arbejdsmarkedet Vigerust (1998) kap. 3 og kap. 10.

¹⁰ Se referat fra ATD fourth world 7th European Conference, hvor perspektivet var de vanskeligheder, der møder forældre, der lever i fattigdom. Konferencen var et led i Den Europæiske Unions strategi i kampen mod fattigdom og social udelukkelse, som blev prioriteret ved Lissabon topmødet 2000.

Man kan sige, at der ikke står noget i præamblen, der ikke ville have været gældende under alle omstændigheder. Betydningen ligger imidlertid i, at disse værdier foreligger aggregeret i én retskilde, hvor børn er i fokus. Hermed hæves opmærksomheden både vedrørende børns særlige behov og deres almindelige menneskerettigheder.

4. Børnekonventionen i socialretlig kontekst

I denne artikel koncentrerer jeg mig først og fremmest om udvalgte enkeltrettigheder, der udfordrer den danske socialretlige lovgivning, og hvor det må konstateres, at opmærksomhedsniveauet i forhold til børns menneskerettigheder trænger til et generelt løft.

Selvom børnekonventionen ikke er inkorporeret, gælder den i dansk ret, da den danske stat ved sin ratifikation har forpligtet sig til at overholde den, og forpligtelsen omfatter alle offentlige myndigheder.¹¹

Udgangspunktet er også i dansk socialret, at børn i forhold til forældre er enkeltindivider med deres egne rettigheder. Forældremyndighedsbegrebet må forstås og fortolkes i overensstemmelse hermed. Forældres kompetence hænger nøje sammen med de tilsyns- og omsorgsbehov, som ung alder og umodenhed forårsager. Men forældre har ikke ejendomsret til deres børn. Også forældre skal respektere børns menneskerettigheder. Hvis sådanne grundlæggende menneskerettigheder krænkes af forældrene, er det statens pligt at sikre disses overholdelse.

Et barn har en række positive rettigheder: naturlig ret til livet (art. 6), ret til ytringsfrihed (art. 13), tankefrihed, samvittigheds- og religionsfrihed (art. 14), forenings- og forsamlingsfrihed (art. 15), ret til familieliv (art. 16), sundhed (art. 24), social sikkerhed, en passende levestandard (art. 27) ret til uddannelse (art. 28), ret til at udøve egen kultur, religion og sprog (art. 30), ret til hvile, fritid, fritidsinteresser og deltagelse i det kulturelle og kunstneriske liv (art. 31). Disse enkeltrettigheder kan føres tilbage til præambles værdier og det grundlæggende krav om, at barnet forberedes til at leve sit eget liv i samfundet.

Staten har forpligtelse til at beskytte børn mod farer og misbrug: forældres misbrug eller vanrøgt (art. 9), bortførelse til udlandet (art. 11), beskyttelse mod fysisk eller psykisk vold mv., mishandling eller udnyttelse, vanrøgt mv., herunder seksuel misbrug (art. 19), beskyttelse mod økonomisk udnyttelse, herunder i børnearbejde (art. 32), mod narkotika mv. (art. 33), seksuel udnyttelse og misbrug (art. 34), bortførelse, salg eller handel med børn (art. 35), alle andre former for skadelig udnyttelse (art. 36), tortur, nedværdigende behandling eller straf (herunder dødsstraf eller livstidsstraf), vilkårlig frihedsberøvelse (art. 37) og mod soldatertjeneste (art. 38). Disse

¹¹ Nærmere om konventioner som danske retskilder se Ketscher (2002 II) s. 153 f.

forpligtelser hænger på den ene side sammen med konventionens grundlæggende krav om børns ret til særlig omsorg og bistand, og på den anden side er de ligesom de positive rettigheder blot et skrevet udtryk for børns almindelige menneskerettigheder.

Ved forståelse og fortolkning af disse enkeltbestemmelser er det overordnede fortolkningsprincip "the best interest of the child" (art. 3, stk. 1), dvs. barnets bedste.

I den danske oversættelse af børnekonventionen er dette blevet til "tarv". Det hænger sammen med, at ordet *tarv* på tidspunktet for den danske ratifikation i 1992 blev anvendt i dansk familieretlig lovgivning. Dansk lovgivning anvender nu også formuleringen "barnets bedste", både som grundlag for vurdering af forældremyndighed og samvær og i forbindelse med foranstaltninger efter serviceloven jf. formålsbestemmelsen i § 32, stk. 5. Denne formulering er også mere tro mod konventionens autentiske ordlyd. "Tarv" har et gammelmodigt og hengemt præg.

Alt i lovgivning, fortolkning og retsanvendelse omfattes endvidere af konventionen.

Således på det samlede rettighedsbillede, som børnekonventionen tegner, taler vi om helt almindelige og reelle rettigheder, som også i dansk ret er vigtige at indtænke i sager vedrørende børn.

Imidlertid fremgår det af Bet. 1407/2001, at børnekonventionen kun påberåbes og anvendes yderst sjældent ved domstole og administrative organer i socialretlige sager. Ankestyrelsen har aldrig selvstændigt anvendt børnekonventionen. Folketingets Ombudsmand har heller aldrig anvendt børnekonventionen. Ved domstolene har advokater og landsretterne i enkeltstående tilfælde påberåbt og anvendt børnekonventionen. Denne meget sparsomme anvendelse af konventionen tyder på dels ukendskab, dels usikkerhed hos de retsanvendende myndigheder og sagførende advokater. Dette understreger behovet for en tydeliggørelse af børnekonventionen som en del af dansk lov.¹² En noget misforstået anvendelse af børnekonventionen sås for et par år siden i Børne- og Ungeudvalget i Københavns Kommune. Sagen vakte en del opsigt, idet udvalget med henvisning til børnekonventionens bestemmelser om etnisk tilhørsforhold hjemgav to handicappede børn til Jordan på faderens begæring. Børnene havde i hele deres liv været anbragt uden for hjemmet i en dansk plejefamilie og talte ikke arabisk. Hertil kom, at de havde specielle behov, der skulle tilgodeses. Det var tvivlsomt om dette kunne ske i Jordan. Se nærmere om sagen i FOU 01/390.

I det følgende vil jeg, som et eksempel på konventionens relevans for dansk ret, behandle servicelovens regler om foranstaltninger for børn og unge og de tilhørende regler om sagsbehandling. Jeg vil herunder vurdere børns status som personer i sagsbehandlingen.

¹² Se også Tine Egelund (2003) s. 44, der gør opmærksom på, at børnekonventionen ikke er slået igennem som et autoritativt retligt instrument i sagsbehandlingen.

Endelig vil jeg placere børnekonventionen i det almindelige menneskeret-tighedslandskab.

4.1. Børns ret til omsorg og tilsyn

Børn har krav på deres forældres omsorg og tilsyn. Dette fremgår af lov om forældremyndighed og samvær.

Børns opholdskommune har en hel generel forpligtelse iht. serviceloven § 6 til at føre tilsyn med de forhold, hvorunder børn og unge lever i kommunen. Denne forpligtelse skal udøves på en sådan måde, at kommunen så tidligt som muligt kan få viden om et barns behov for særlig hjælp.

Kommunens opmærksomhed skal imidlertid ikke kun være rettet mod forældrenes omsorgsforpligtelse. Barnet modtager tillige omsorg og undervisning en stor del af sin tid i såvel skoler som dagtilbud. Det må således utvivlsomt antages, at et barns/børns dårlige trivsel såvel i sit forældrehjem som i en skole eller børnehave er omfattet af den kommunale tilsynsforpligtelse. Et stadig mere omfattende problem er således den mobning, der finder sted i disse institutioner. Her skal kommunen som led i sin forpligtelse gribe ind ved konkrete vanskeligheder, men også forebygge, at mobning finder sted, ved tilrettelæggelse af skolevirksomheden, instrukser af personale etc.

Børnekonventionens art. 3 omhandler staternes forpligtelse til dette tilsyn. Ser man på reglernes udformning i serviceloven, er det karakteristisk, at de er formuleret som en forpligtelse for kommunen. Et evt. ansvar fra barnets side skal således gøres gældende som en forsømmelse af denne tilsynsforpligtelse i forhold til hjem eller institution/skole. I givet fald kan sådanne forsømmelser udløse erstatning.

Mulige seksuelle overgreb mod børn ikke kun i hjemmet, men også institutioner er i stigende grad kommet i fokus.

Se som et eksempel på udøvelse af tilsynsforpligtelsen i denne sammenhæng U 2003 1660 H, hvor en pædagogmedhjælper blev beskyldt for overgreb mod flere børn. Anklagerne blev dog frafaldet. Pædagogmedhjælperen blev afskediget, fordi sagen havde skabt et tillidsbrud. Han fik tilkendt erstatning. Sagen illustrerer de vanskelige bevisspørgsmål vedrørende børns troværdighed. Endvidere rejser håndteringen af sådanne sager alvorlige retssikkerhedsspørgsmål for den, som disse anklager rettes imod.

Mobning af børn er et område, som ikke indtil videre i samme grad har været i søgelyset i forbindelse med tilsynsforpligtelsen. Men det må forventes, at de retlige reaktioner på denne krænkelse af børns rettigheder vil blive genstand for stigende opmærksomhed.

Fra norsk domspraksis kan nævnes en sag fra Oslo Tingrett TOSLO-2000-03008 afsagt i 2002, hvor en skole havde set igennem fingre med, at en overvægtig dreng var blevet systematisk mobbet igennem hele sin skoletid. Han fik tilkendt over 3 mio. Nkr i erstatning. Det-

te forløb kan betegnes som en kvalificeret overtrædelse af børnekonventionens art. 19, hvorefter staten mere generelt er forpligtet til at træffe alle foranstaltninger for effektivt at beskytte barnet mod alle former for fysisk eller psykisk vold og specielt af art. 28, stk. 2, hvorefter staterne skal sikre, at "disciplinen i skolen administreres på en måde, der tilgodeser barnets værdighed som menneske". Børnekonventionen blev ikke påberåbt. Sagen er for tiden (efterår 2003) under anke.

Som et eksempel på at mange kommuner indtil videre har haft vanskeligheder med at overholde deres tilsynsforpligtelse, kan nævnes kønslig lemlæstelse (såkaldt kvindelig omskæring) af pigebørn, der praktiseres i visse etniske indvandermiljøer, først og fremmest det somaliske.

Kønslig lemlæstelse (female genital mutilation) er det udtryk, der anvendes i FN-dokumenter vedrørende dette problem. Det er derfor uhensigtsmæssigt, at man i dansk lovsprog anvender udtrykket "kvindelig omskæring", idet det bliver vanskeligt at identificere opfyldelse af internationale forpligtelser, se også særudtalelse herom af Lars Adam Rehof fra det såkaldte Jurisdiktionsudvalg i forbindelse med forberedelsen af L 386/2002, optrykt som bilag til lovforslaget. Rehof fremhæver, at FN's 4. kvindekongres i 1995 anvender udtrykket kønslig lemlæstelse.

Denne skik er fuldstændig invaliderende for piger og kvinder, og den har været almindelig kendt hos danske myndigheder. Ikke desto mindre har mange af disse valgt at nedtone deres opmærksomhed over for problemet. I forhold til børnekonventionen er der tale om såvel en overtrædelse af forpligtelsen i forhold til art. 24, stk. 3, "effektive og passende forholdsregler med henblik på at afskaffe traditionsbundne ritualer, som er skadelige for børnenes sundhed" som overtrædelse af forbuddet mod forskelsbehandling pga. anden etnisk oprindelse end dansk. Det kan se ud, som om tilsynspligten i disse tilfælde overholdes langt mindre energisk end i forhold til skader, der typisk rammer danske børn pga. f.eks. alkoholiserede eller narkotikamisbrugende forældre.

En undladelse kan være erstatningspådragende for offentlige myndigheder iht. EMD's praksis. Se sagen *Z and Others v. United Kingdom*, hvor kommunen havde undladt at gribe ind over for forsømmelige forældre. Forholdene havde en så grel karakter, at forholdet blev betragtet som en overtrædelse af forbuddet i art. 3 mod nedværdigende behandling. Der var tale om 4 børn, der alle fik tilkendt substantielle erstatninger helt op til 100.000 pund. Alle fik tilkendt 32.000 pund i erstatning for ikke-økonomisk skade. Så vidt vides har der ikke indtil videre været sager for domstolen om kønslig lemlæstelse.

Først i 2003 blev kønslig lemlæstelse af piger i Danmark, i lighed med i de øvrige skandinaviske lande, strafbart her i landet, også selvom lemlæstel-

sen var sket i udlandet.¹³ Et tilsvarende lovforslag kunne ikke gennemføres i 1996 (L 65). Det afvistes under henvisning til princippet om "dobbelt strafbarhed". Dette princip indebærer, at der ikke kan straffes for en handling foretaget i udlandet, in casu kvindelig omskæring, når den ikke er strafbar der, hvor den foretages, in casu Somalia. Dette princip har man således fraveget nu for så vidt angår kvindelig omskæring, jf. straffeloven § 245 a. Forbud mod indgreb af denne type er direkte omhandlet i børnekonventionens art 24, jf. ovenfor. I lovforslaget (pkt. 3.3) henvises til denne bestemmelse og staternes forpligtelse til at tage alle effektive og passende foranstaltninger.

Princippet om "dobbelt strafbarhed" må betegnes som et problem i en verden, hvor det at rejse til andre lande i vore dage er ligeså almindeligt, som det før i tiden var at rejse til andre landsdele. At "legalisere" utilstedelige krænkelse af pigers og kvinders menneskerettigheder med henvisning til dette princip i stedet for at lægge vægt på konventionsmæssige forpligtelser må betegnes som et levn fra tidligere tider. Denne straffelovsændring er derfor et fortjenstfuldt udtryk for en erkendelse af disse princippers utilstrækkelighed ud fra et menneskeretligt eftersyn.

4.2. Børns ret til privat- og familieliv

Ifølge børnekonventionens art. 16 må "intet barn udsættes for vilkårlig eller ulovlig indblanding i privat- og familieliv, sit hjem eller sin brevveksling". Denne bestemmelse står centralt i relation til servicelovens kap. 8 om særlig støtte til børn og unge. Her er der særlig grund til at fokusere på barnets rettigheder i forbindelse med anbringelser uden for hjemmet. Tvangsfjernelser af børn er traditionelt blevet anset som et indgreb i forældremyndighedens rettigheder.¹⁴ Først i de senere år har barnets status som rettighedshaver fået en kontur i disse særlige regler. En fjernelse af et barn fra dets forældre er også et indgreb over for barnet. Ved en tvangsfjernelse er der således tale om to indgreb; ét over for barnet og ét over for forældrene. En afgørelse om at kontrollere korrespondance og telefonsamtaler, jf. serviceloven § 57, er således også en krænkelse af barnets ret til privatliv.

At barnet er rettighedshaver, er anerkendt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis.

Se således Kutzner-sagen app. 46544/99, der drejede sig om, at myndighederne i Tyskland havde fjernet to børn på 6 og 4 år fra deres forstandshandicappede forældre, der kun fik et begrænset samvær. Børnene blev anbragt i hver deres hjem. Domstolen udtalte, at "such re-

¹³ Se lovforslag L 183 Folketinget 2002-03 og den vedtagne lov 386/2003, der er en ændring af straffeloven.

¹⁴ Se M. Johs. Mikkelsen (1960).

striction could only lead to the children's increased "alienation" from their parent and from each other".

Iflg. art. 8 har enhver ret til respekt for sit privatliv og sit familieliv. Dette er ofte blevet misforstået i overensstemmelse med den traditionelle danske retsdogmatiske synsvinkel som respekt for forældrene som rettighedshavere. Hermed illustreres betydningen af børnekonventionens tekstlige tydeliggørelse af, at børn som mennesker har de samme rettigheder.

Fortolkningen af den danske lovtekst skal ske i overensstemmelse hermed, men den burde i langt højere grad have indarbejdet denne konventionsmæssige forståelse.

Foranstaltninger med sigte på børn med forsømmelige forældre har i servicelovens udformning dels et forældreperspektiv og dels et børneperspektiv. Børn, som har behov for særlig hjælp eller støtte, har ret til en række tilbud: konsulentbistand, dagtilbud etc., praktisk og pædagogisk støtte i hjemmet, familiebehandling, døgnophold, aflastningsophold, kontaktperson etc., jf. serviceloven § 40. Det er barnet, som er den reelle modtager af disse foranstaltninger, men afgørelsen træffes i forhold til forældrene, idet barnet først bliver anset som part, når det er fyldt 15 år. Børns samtykke skal altså ikke indhentes, men såfremt barnet modsætter sig at modtage disse hjælpetilbud, kan de ikke gennemføres mod barnets vilje. Det samme gælder undersøgelser iht. §§ 38 og 39. Her havde det været en klar retsikkerhedsmæssig fordel, om barnets retsposition fremgik direkte af lovens tekst i lyset af den menneskeretlige forståelse: at der foreligger et indgreb i henhold til såvel forældre som børn.

Tvangsfjernelse fra hjemmet kan ske iht. § 42, når der foreligger en åbenbar risiko for en alvorlig skade på sundhed eller udvikling. Om denne ultimative udvej siger børnekonventionens art. 9, at et barn ikke må adskilles fra sine forældre mod sin vilje, medmindre en sådan adskillelse er nødvendig af hensyn til barnets bedste. I forhold til formuleringen af serviceloven er det interessante i børnekonventionen, at kriteriet i dennes tekst er, at adskillelsen sker mod barnets vilje.¹⁵ Dette er en konsekvens af, at indgrebet også retter sig mod barnets privatliv.

4.3. Barnets ret til at blive set, hørt og genkendt som person

Et barn har ret til at blive set, hørt og genkendt som person i sager vedrørende egne forhold. Dette fremgår af art. 12 i børnekonventionen, hvorefter børn har en udtaleret vedrørende deres egne forhold. I stk. 2 indskræpes forpligtelsen i forhold til domstole og forvaltningsmyndigheder.

I forhold til partsrettigheder i forbindelse med tvangsindgreb har serviceloven en aldersgrænse på 15 år. Der skal foreligge et gyldigt samtykke fra

¹⁵ Se dog Gording Stang (2003), der problematiserer dikotomien tvang-frivillighed.

den unge, ellers iscenesættes den udvidede procedure i Børne- og Ungeudvalget, jf. serviceloven § 42, stk. 1.¹⁶

For børn under 15 år skal der som hovedregel finde en samtale sted med barnet, inden der træffes afgørelse om foranstaltninger efter kap. 8, eller afgørelse om hjemgivelse.

Den tidligere aldersgrænse på 12 år blev ændret i 2003, se lovforslag L 137 Folketinget 2002-2003. Aldersgrænsens bortfald stemmer med børnekonventionens art. 12, der ikke nævner en bestemt aldersgrænse, men lægger vægt på, at alderen og modenheden kan indtages som konkret moment. Som begrundelse for dette bortfald henvises der i bemærkningerne til undersøgelser af Socialforskningsinstituttet, der viser, at børn i for ringe grad indtages. Der henvises mærkeligt nok ikke til børnekonventionen.

Er beslutningen om anbringelse uden for hjemmet taget, er det indledningen til et forløb, hvor der skal træffes en række yderligere beslutninger. Et meget vigtigt punkt vedrører valg af anbringelsessted, jf. serviceloven § 58.

Endvidere skal der som led i anbringelsen træffes en række afgørelser vedrørende barnets forhold, f.eks. omgang med søskende og familie i øvrigt. Her har retspraksis indtaget den opfattelse, at sådanne beslutninger er faktisk forvaltningsvirksomhed. Afslag på omgang med bedsteforældre, søskende, kammerater i øvrigt kan således ikke påklages, men anses som et led i det, der kaldes "bistandsudøvelse". Denne rubricering bør altid mødes med et kritisk retssikkerhedsmæssigt beredskab.¹⁷

Ifølge praksis fra EMD er et barns familie ikke alene dets forældre, men også dets søskende og andre familiemedlemmer, jf. Kutzner-sagen nævnt ovenfor. At sådanne afgørelser i ikke kan retligt efterprøves i det danske ankesystem, må anses for at være på kollisionskurs med et barns menneskeret-tigheder iht. børnekonventionens art. 16 og i tvivlsom overensstemmelse med den korresponderende bestemmelse i art. 8 i EMK.

Udtaleretten i servicelovens § 58 vedrører efter sin formulering kun "afgørelser". Forpligtelsen efter børnekonventionen er videre, idet art. 12 taler om "alle forhold". Barnet er i øvrigt omfattet af retssikkerhedslovens almindelige dialogprincip i § 4, hvorefter et sagsforløb skal tilrettelægges således, at borgerne får indflydelse på deres sag. Det må antages, at retten til dialog også omfatter børn. Denne ret bliver formentlig ofte overset, fordi den står i en anden lov, og fordi opmærksomheden ikke er hævet vedrørende lovgivningens almindelige udgangspunkt, at alle regler som udgangspunkt omfatter børn. Dette stemmer også overens med den formålsbestemmelsen i ser-

¹⁶ I svensk ret beskikkes der altid en advokat for barnet, mens forældrene har deres egen advokat. I det hele har barnet en mere reguleret stilling i processen end i dansk ret. Se herom Mattsson (2002) del III.

¹⁷ Se Haugli (2000) s. 368 ff om børns samværsrett med andre end forældrene

vicelovens § 32, stk. 3, hvor der står, at "barnets og den unges synspunkter altid skal inddrages". I servicelovens § 58a, stk. 3, er det explicit fastlagt vedrørende kriminelle unge, at handleplaner skal udarbejdes i samarbejde med den unge og dennes familie.

Undersøgelser viser imidlertid, at børns ret til at blive inddraget i egen sag ofte krænktes.¹⁸ Den kommunale administration behandler børn som en genstand for og ikke som en deltager i sagsbehandlingen.

At blive set, hørt og genkendt som person i forhold, der vedrører en selv, er et vigtigt led i respekten for den enkeltes værdighed og integritet. Det forvaltningsretlige høringsinstitut og kontradiktionsprincip mere generelt er imidlertid begrundet i et andet rationale; at disse rettigheder tjener som sikkerhed for, at der træffes en rigtig afgørelse. Denne forståelse af reglerne er baggrund for, der i den almindelige forvaltningsret er udviklet en særlig ugyldighedslære, hvorefter overtrædelse af processuelle regler kan accepteres, hvis ikke overtrædelsen har været konkret væsentlig i forhold til en korrekt afgørelse.

Denne fortolkningsfigur er også almindelig udbredt inden for servicelovens område vedr. børnefjernelser¹⁹. Denne fortolkningsmetode kan efter min opfattelse ikke accepteres i børnekonventionens art. 12 og dermed heller ikke i forhold til servicelovens § 58 og retssikkerhedslovens § 4. Disse deltagelsesregler kan ikke reduceres til hjælpemidler for at få en korrekt retlig materiel afgørelse. De har selvstændig værdi som led i respekten for barnets ret til at blive set og hørt og genkendt som person i sine egne forhold. Dette kan aldrig være konkret uvæsentligt.

4.4. Børns og forældres indbyrdes rettighedsforhold

Det er ubestridt, at forældrene er børns primære interessevaretagere, når de ikke kan handle selv. Et andet problem er spørgsmålet, om den retlige betydning af modstridende interesser mellem børn og forældre. Udgangspunktet er, at børn er selvstændige individer. Også deres forældre skal respektere dette. Men det er åbenbart, at der ligger en grænseflade i forhold til uenighed, der på den ene side kan være et naturligt led i opdragelse af børn og på den anden side kan være et led i barnets ret til at være uenig med forældrene. Det giver sig selv, at jo ældre barnet er, jo større er dets mulighed for at udforme sine egne synspunkter og kræve sin ret i henhold til disse.

Børnekonventionen giver forældre og familie en meget central rolle i forhold til børn. Familien er således i præamblen betegnet som den grundlæggende enhed. Statens forpligtelser i forhold til barnet ydes med respekt for

¹⁸ Jf. Henrik Egelund (2001).

¹⁹ Se således min kritik af dommen UfR 2001.2127 VLD i Ketscher (2002 I). Her accepterede landsretten, at det var konkret uvæsentligt, at børn- og ungeudvalget havde undladt at høre to børn på henholdsvis 12 og 6 år.

forældrenes rettigheder og forpligtelser, jf. art. 5, og staten skal i lyset heraf "yde passende vejledning og støtte til barnet i udøvelsen af rettighederne i denne konvention". Hermed er der imidlertid ikke givet noget klart svar på forholdet mellem børns og forældres rettigheder.²⁰ Som nævnt omfattes børn også af almindelige rettigheder som ytringsfrihed (art. 13), tankefrihed, samvittigheds- og religionsfrihed (art. 14), og forenings- og forsamlingsfrihed (art. 15). I alle disse tre bestemmelser understreges det, at begrænsningen i disse rettigheder kun kan ske iht. lov og af hensyn til andres rettigheder, national sikkerhed, offentlig orden, folkesundhed og sædelighed. Børn skal altså ikke tåle andre indskrænkninger end de sædvanligt anerkendte tvingende grunde. For så vidt angår tankefrihed, samvittigheds- og trosfrihed indeholder art. 14, stk. 2, den modifikation, at staterne skal respektere forældrenes rettigheder og pligter, "der svarer til barnets gradvise udvikling af dets evner". Men staten har ifølge samme stykke 2 forpligtelse til at give retningslinjer til børn med henblik på udøvelsen af denne ret. Det interessante er således, at barnet er adressat for statens forpligtelse og ikke forældrene. Den danske stat har ikke udstedt sådanne generelle retningslinjer til brug for barnets udøvelse af sin ret til tankefrihed, samvittigheds- og religionsfrihed. Man kan imidlertid sige, at servicelovens krav til indholdet af de offentlige dagtilbud i § 8 og formålsbestemmelsen i folkeskolelovens § 1 understøtter disse friheder.

Når den danske stat helt generelt henviser til grundloven i sin første afrapportering til børnekonventionens overvågningskomité med hensyn til børns rettigheder på disse centrale felter og siger, at børn er undergivet forældremyndighed, så har man ikke forholdt sig til kravene i art. 14 og det mere generelle problem om børns menneskerettigheder i forhold til forældrene, jf. pkt. 84 i Danmarks 1. periodiske rapport CRC/C/8/Add. 8 12. oktober 1993.

I forhold til serviceloven er det uomtvistet, at et barn selv kan rette henvendelse til forvaltningen og bede om, at der bliver iværksat hjælpeforanstaltninger. I vurderingen af behovet herfor har forvaltningen således pligt til at vurdere, om disse er påkrævet af hensyn til f.eks. barnets ret til trosfrihed. Et barn kan således ikke mod sin vilje tvinges af forældrene til at deltage i og praktisere religiøse ritualer og sædvaner, som det ikke vil acceptere. Dette problem er formentlig i stigning i indvandrerfamilier, der medbringer en religiøs tro fra deres hjemland, som sættes under pres i det danske civile samfund. Den danske stat er ifølge såvel ifølge børnekonventionen som EMK forpligtet til at sikre børns menneskerettigheder. Hidtil har der ikke været megen praksis på dette felt, hvilket tyder på et stort mørketal. De såkaldte "æresdrab" på modvillige piger i sådanne familier har tilknytning til dette spørgsmål.

²⁰ Se Lucy Smith (1991).

I dansk retspraksis blev problematikken berørt i en Vestre Landretssag UfR 1997.668 Ø, hvor spørgsmålet var, om en ung pige kunne anke ankestyrelsens afgørelse om, at hun skulle hjemgives til sine forældre. Pigen ønskede ikke at blive hjemgivet. Pigen var fyldt 15 år og var derfor part i sagen. Hun var ifølge lovens tekst omfattet af ankeadgang til landsretten og havde også modtaget klagevejledning herom. Ankestyrelsen og landsretten foretog imidlertid en restriktiv tolkning af klage reglerne, der indebar, at pigen ikke kunne få afprøvet ankestyrelsens afgørelse. Dette skete under henvisning til det traditionelle udgangspunkt, hvorefter tvangsfjernelse er et indgreb over for forældrene og ikke over for barnet. Når barnet skal hjemgives, er tvangen derfor ophørt. Barnet, der tvinges tilbage til forældrene, tildeles ingen plads i fortolkningen af tvangsbegrebet. Landsretten udtalte: "Den partslignende status, som unge, der er fyldt 15 år, fik tillagt ved lov nr. 501 af 24. juni 1992 om ændring af bistandsloven, hjemler en særlig retsbeskyttelse uden samtidig at give den unge et offensivt retsmiddel i hænde; der er tale om et skjold, ikke om et sværd."

Pigen fik altså ikke anerkendt sin ret som person. Ved fortolkning af teksten vægtlægger landsretten særligt forarbejder fra 1950'erne, hvorefter forældrene er rettighedshavere. Den nyere udvikling i opfattelsen af børns rettigheder, også i forhold til forældrene, inddrages ikke. EMK art. 6 blev afvist, og børnekonventionen blev ikke påberåbt. Det fremgår ikke af sagen, hvori uenigheden mellem forældre og barn bestod. Havde der f.eks. været tale om en indvandrerproblematik, hvor pigen ikke vil acceptere forældrenes religiøse restriktioner, betyder afvisningen af pigens ankekrav, at man undlader at inddrage børns ret til religionsfrihed, jf. børnekonventionens art. 14 sammenholdt med art. 12.

5. Børnekonventionen i det menneskeretlige landskab

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er en vigtig ramme for fastlæggelse og håndhævelse af børns rettigheder. Børnekonventionen tydeliggør børns almene menneskerettigheder. Børnekonventionens bestemmelser har et vist tekstmæssigt sammenfald med menneskerettighedskonventionens bestemmelser.²¹

I materiel henseende har børnekonventionen tæt sammenhæng med FN's kvindekonvention. Børn har også et køn, hvad der ofte overses. Pigebørn er således også omfattet af kvindekonventionen. Konventionen får yderligere betydning for kvinder som mødre, dels pga. det biologiske udgangspunkt, at kvinderne føder børnene, dels pga. det sociale faktum, at små børn stadigvæk først og fremmest er kvinders ansvar. Forbedring af mødres rettigheder vil således ofte som indirekte effekt have en forbedring af børns rettigheder. Beskyttelse af kvinders sundhed i forbindelse med graviditet og fødsel er så-

²¹ Se Kilkelly (1999) for en grundig gennemgang af børnekonventionens bestemmelser sammenholdt med og med inddragelse af Strasbourg-domstolens praksis.

ledes et indlysende eksempel herpå. Børnekonventionens art. 24 og kvindekonventionens art. 12 dækker således det samme sundhedsmæssige felt. Men det er ligeledes en almindelig kundskab, hvilket der specielt fokuseres på i forbindelse med udviklingsbistand, at kvinders uddannelsesniveau har en meget direkte sammenhæng med deres børns levestandard og livsvilkår.

Den samme indsigt har desværre ikke præget den danske lovgivning f.eks. vedrørende kriminelle drenge fra indvandrerfamilier. Disse er overrepræsenteret i kriminalitetsstatistikken. Mange af disse kommer netop fra indvandrerfamilier, hvor moderens tilknytning til det danske samfund er marginal mht. sproglige færdigheder og tilknytning til arbejdsmarkedet. En målrettet satsning på at forbedre dette vil formentlig betyde langt mere end de konkrete foranstaltninger, der sættes ind mod børnene, når de er blevet kriminelle, se f.eks. socialministeriet vejl. 10/2000 om hurtig indsats over for børn og unge, der begår kriminalitet.

Børnekonventionens almindelige diskriminationsforbud i art. 2 indebærer tillige, at en række andre konventioner også dækker børn. Særligt kan nævnes FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, Den Europæiske Socialpagt og racediskriminationskonventionen. Det væsentlige ved børnekonventionen og kvindekonventionen er imidlertid, at disse også rammer den diskrimination og de overgreb, som børn og kvinder udsættes for i deres egne grupper. Kønslig lemlæstelse af små piger (kvindelig omskæring) er et eksempel herpå. Dette er et meget alvorligt overgreb. Når der indtil 2003 har været udvist bemærkelsesværdigt lidt initiativ for at forebygge og bekæmpe disse overgreb, har det bl.a. hængt sammen med frygten for at diskriminere grupper med anden etnicitet end dansk, idet det drejer sig om, at disse overgreb begås i familier med en bestemt etnisk baggrund. Ønsket om at beskytte forældrene mod diskrimination har således vejet tungere end ønsket om at beskytte børnene. Set fra barnets synspunkt har der været tale om diskrimination, dels pga. etnisk herkomst og dels pga. køn. Dette understreger betydningen af retskilder, der fokuserer direkte på børns og kvinders beskyttelsesbehov. Der er erfaringsmæssigt tale om grupper, der er i risikozonen for overgreb. Børnekonventionen og kvindekonventionen lægger en anden dimension på "dem" og "os". Disse fokuserer på børns og kvinders beskyttelsesbehov uanset etnicitet. Endvidere må det erindres, at der ikke er tale om nogen egentlig regelkonflikt mellem konventionerne, idet det ikke anerkendes, at man kan hævde en rettighed, der krænker andres grundlæggende rettigheder og friheder, jf. herved EMK art. 17.

EU-charteret fra 2000 om grundlæggende rettigheder tydeliggør i art. 24 en række rettigheder for børn: Ret til beskyttelse og omsorg, ret til frit at udtrykke synspunkter og ret til personlig og direkte kontakt med begge forældre. Bestemmelsen fastslår et generelt princip om, at barnets bedste "tarv") skal komme i første række. Der er således tale om et mere kortfattet rettighedskatalog end børnekonventionen. Imidlertid vil børnekonventionen ind-

gå ved fortolkning af alle de øvrige bestemmelser i overensstemmelse med det faktum, at børnekonventionen er tiltrådt af alle Unionens medlemmer. Med den eventuelle vedtagelse af den nye Unionsforfatning, hvoraf chartret formentlig bliver en integreret del, vil der også i EF-Domstolen være et nyt forum for varetagelse af børns menneskerettigheder inden for Unions-traktaten.

6. Status og dynamik vedrørende børnekonventionen i dansk ret

Børnekonventionen er et retligt dokument, som den danske stat har ratificeret og forpligtet sig til at gennemføre i dansk ret. Denne forpligtelse kan ikke gradbøjes.

Indtil videre har konventionen imidlertid kun været anvendt spredt og tilfældigt i forbindelse med lovforberedelse og også kun sparsomt i administrativ praksis og ved domstolene.

Det sociale ankesystem kunne og burde anvende børnekonventionen som fortolkningsbidrag i mange af sagerne, der vedrører børns og unges rettigheder i den sociale lovgivning. Det sociale ankesystem har imidlertid en udpræget national retskildeanvendelse og har ikke været i front, selvom der ikke står nogen retlige problemer i vejen herfor. EMK, som tilmed er inkorporeret i dansk ret, har således heller ikke fundet større anvendelse i børn- og unge-sager. Den manglende anvendelse af disse retskilder udgør et selvstændigt retssikkerhedsproblem. Det må antages, at det bliver domstolenes anvendelse af disse retskilder, der over tid vil kunne få indflydelse på det sociale ankesystems retsanvendelse.

Vi befinder os i retskildemæssig henseende i en overgangsfase, hvor der stadig er uvilje mod og uvidenhed om "indvandrede retskilder". Deres fremtrædelsesform er afvigende. Retsanvenderne er fortrolige med danske retskilder, der derfor ser mere "rigtige" ud. De anvender ord og begreber, man kender. Konventionernes ordvalg og opbygning truer den nationale retlige udtryksform.

Det er således ikke usædvanligt bare at affærdige menneskerettighedskonventioner med, at disse er indholdstomme lyriske tilkendegivelser, idealistiske eller utopiske. Se således Annette Kronborg, Juristen 2002 s. 178 f, der beskriver børnekonventionen som et »politisk program« med "rettighedsretorik" og "jura af pædagogisk karakter" med »friløb for visionerne". Disse karakteristika er dog ikke ledsaget af en nærmere analyse af konventionens ordlyd og præcisering af, hvor og hvordan dette giver sig udslag. Kronborg henviser til Michael King Routledge 1997 s. 178, der kalder børnekonventionen for et Utopia. Egelund (2003) er til dels med på samme linje s. 41 f under henvisning til Kronborg og King, dog med en mere nuanceret og grundig behandling af flere af bestemmelserne. Hun konkluderer dog, at børnekonventionen vil få stigende betydning.

I Norge har man i sommeren 2003 indarbejdet børnekonventionen i norsk ret. Dette lægger i hvert fald grunden til, at konventionen bliver mere synlig og dermed mere anvendt.²²

Det dynamiske aspekt i Danmark er uden tvivl, at børnekonventionen vil få større betydning i dansk national ret, hvad enten den inkorporeres eller ej.

Børnekonventionen er således kun et enkelt led i den generelle tendens, der indebærer at det danske lovgivningsmonopol i det hele taget er under afvikling. Dette er ikke i sig selv dårligt. Danske retskilder kommer til at indgå i et langt mere komplekst retskildebillede, hvor konventionerne og Unionstraktaten bliver et fælles sprog, hvor værdierne får en mere fremtrædende plads. Denne udvikling vil udfordre traditionelle fortolkningsfigurer som forvaltningsrettens "konkrete uvæsentlighed" og strafferettens princip om "dobbelte strafbarhed". Principper som i vidt omfang kun har kunnet overleve ved hjælp af monopoliet. Den tekniske danske lovgivnings- og fortolkningsstil vil forventelig være på retur. I stedet må den i langt højere grad værdibaseres explicit for at kunne matche de retlige fællesskaber, som vi nu er en del af.

Referencer

- Bet. 1407/2001: Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret
Committee on the Rights of the Child: Danmarks 1. periodiske rapport CRC/C/8/Add. 8 12. oktober 1993
- Dübeck, Inger: *Personers rettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets forlag Kbh. 1997
- Egelund, Tine: *Børns tarv og børns ret: Varetages de nødvendige hensyn til barnet i børneforsorgssager*, Dansk Sociologi 2/2003 s. 39-57
- Egelund, Henrik: *Så kommer du et bedre sted*, Forlaget Børn & Unge, Kbh. 2001
- International Movement ATD Fourth World: Parents as the first Partners of their Children's Future: An Objective for an Inclusive Europe, Proceedings the 7th European Conference, Brussels 2001
- Haugli, Trude: *Samværsrett i barnevernssaker*, Universitetsforlaget, Oslo 2. utg. 2000
- Ketscher, Kirsten: *Kvindekonventionen gælder i dansk ret*, Henrik Dam m.fl. (red): Historie og jura, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kbh. 2003
- Ketscher, Kirsten: *Forvaltningsretlig rabat på overholdelse af menneskerettighederne*, Henning Koch m. fl. (red): *Retskulturer*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kbh. 2002 I
- Ketscher, Kirsten: *Socialret* 2. udg. Thomson Kbh. 2002 II

²² Lov om 2003-08-01 nr. 86: Lov om endringer af menneskerettsloven mv (innarbeidning av barnekonvensjonen i norsk lov).

- Killkelly, Ulrika: *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate Dartmouth, Aldershot 1999
- Kronborg, Annette: *Høring af børn i forvaltningen*, Juristen 2002 s. 175-81
- Mattson, Titti: *Barnet och rättsprocessen*, Juristförlaget i Lund 2002
- Mikkelsen, M. Johs.: *Administrativ frihedsberøvelse*, Juristen 1960 s. 74-79
- Nieminen, Liisa: *Mänskliga rättigheter och omhändertagande av barn i Finland*, Retfærd 96/2003
- Routledge, Michael King: *A Better World for Children*, Routledge London/New York 1997
- Sandberg, Kirsten: *Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse*, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo 2003
- Stang, Elisabeth Gordon: *Frivillige tiltak og grenserne mot bruk av tvang i barnevernet*, Retfærd 96/2003
- Smith, Lucy: *Barn, foreldre og menneskerettigheter*, Jussens Venner 1999, s. 101-122
- Vigerust, Elisabeth: *Arbeid, barn og likestilling*, Tano Aschehoug Oslo 1998

Konventioner, love og lovforarbejder m.v.

Ikke-nationale:

- FN-konvention af 20. november 1989 om barnets rettigheder BKI 6/1992
- valgfri protokol af 25. maj 2000 til FN-konventionen om barnets rettigheder vedrørende inddragelse af børn i væbnede konflikter, BKI 30/2002
- valgfri protokol af 25. maj 2000 til FN-konventionen om barnets rettigheder vedrørende salg af børn, børneprostitution og børnepornografi, BKI
- FN's Konvention om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder BKI 83/1983
- FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, BKI nr. 5 af 14/01/1976
- Den europæiske Socialpagt, BKI nr. 74 af 09/07/1965
- Racediskriminationskonventionen, BKI nr. 55 af 04/08/1972
- Verdenserklæringen om menneskerettigheder uden forskelsbehandling af nogen art, vedtaget 10/12/1948.
- Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, 2000/C 364/01
- Lov om 2003-08-01 nr. 86: Lov om endringer af menneskerettsloven mv (innarbejdning av barnekonvensjonen i norsk lov)
- Menneskerettsloven mv. (innarbeidning av barnekonvensjonen i norsk lov) Ot.prp.nr.45 (2002-2003)

Nationale:

- Lov om aktiv socialpolitik, lbkg. nr. 709 af 13/08/2003

Lov om social service, lbkg. nr. 764 af 26/08/2003

Lovforslag L 137 om ændring af lov om retssikkerhed og administration på det sociale område samt lov om social service (Selvstændig handlekommune for anbragte børn samt høring og inddragelse af børn i sagsbehandlingen)

Vejledning om særlig støtte til børn og unge, vejl. nr. 4 af 16/01/2002

Socialministeriets vejledning nr 10 af 31/01/2000 om hurtig indsats overfor børn og unge der begår kriminalitet

Lov om ændring af straffeloven og udlændingeloven (Kvindelig omskæring), lov nr. 386 af 28/05/2003

Lovforslag L 183 om ændring af straffeloven og udlændingeloven Folketinget 2002-2003

Lovforslag L 65 Folketinget 1996-97 om forbud mod omskæring af kvinder

Lov om forældremyndighed og samværsret, lov nr. 387 af 14/06/1995

Børneloven, lov nr. 460 af 07/06/2001

Lov om ændring af bistandsloven, lov nr. 501 af 24/06/1992

Lov om folkeskole, lbkg. nr. 730 af 21/07/2000

Lov om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, lov nr. 285 af 29/04/1992

Domme og afgørelser:

U 2003.1660 H

U 2001.2127 VLD

U 1997.668 ØLD

SM C-32-00

FOU 01/390

Det norske ligestillingsnemda 1/2001

Kutzner v. Germany EMD appl. 46544/99

Z and others v. The United Kingdom EMD appl. 29392/95

Netsteder:

Committee on the Rights of the Child www.unhchr.ch/html/menu2/6/crc/

Kirsten Ketscher er professor, dr.jur. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Socialret og professor II ved Afdeling for Kvinnerett, Det Juridiske Fakultet, Universitetet i Oslo. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> E-mail: Kirsten.Ketscher@jur.ku.dk.

Om tvangsægteskab som indgreb i kvinders rettigheder¹

Stine Jørgensen

Feminism begins for the real lives of women, and the lives of women are highly varied. It is myopic to focus only on conditions and problems that are shared by a local or national group while neglecting the very gender-related problems that may be faced by women in very different political and economic circumstances. Martha Nussbaum, 1999.

1. Indledning

I litteraturen er tvangsægteskaber primært blevet behandlet med udgangspunkt i udlændingelovens regler, almindeligvis i et traditionelt menneskeretligt perspektiv.² Typisk foretages en sondring mellem tvangsægteskaber og arrangerede ægteskaber. Herved signaleres en kultursensibilitet, idet et arrangeret ægteskab henviser til en i visse kulturer traditionel måde at indgå ægteskab på. Arrangerede ægteskaber udgør imidlertid ikke nogen retlig kategori i dansk ret. I retlig henseende er et ægteskab enten indgået under tvang eller med samtykke, og er derved i juridisk forstand retligt gyldigt. Kategorien arrangeret ægteskab vil derfor ikke anvendes i denne artikel. Det retligt interessante bliver herefter at se på, hvornår der er givet et gyldigt samtykke til ægteskabsindgåelse. Den retlige vurdering heraf må, efter min opfattelse, ikke alene være kultursensitiv, men også kønssensitiv, idet et ægteskab indgået under tvang har særlig alvorlige konsekvenser for kvinder.

¹ Tak til Agnete Weis Bentzon og Inger Marie Conradsen for kommentarer.

² Se Jens Vedsted (2000) kap.7 om familiesammenføring i *Udlændingeret* pp. 203-207, samt Menneskeret i Danmark. Status 2001 pp. 50-52 af Det Danske Center for Menneskerettigheder. (Nu Institut for Menneskerettigheder) www.menneskeret.dk. Strafferetten og familieretten har ikke beskæftiget sig meget med dette område. Knud Waaben nævner ikke tvang i forbindelse med ægteskabsindgåelse i afsnittet om ulovlig tvang i den seneste udgave af *Strafferettens specielle del* (1999) pp. 37-42. I *Familieretten* (2001) nævner Linda Nielsen og Jesper Vorstrup Rasmussen blot problemstillingen omkring tvangsægteskaber pp.51-52 samt 249-250, selvom forfatterne påpeger, at "tvangsægteskaber i fremtiden formentlig (vil) spille en større rolle end tidligere" p.252.

Kvindekonventionen³ tager udgangspunkt i kvinders erfaringer og behov og er derved en vigtig denational retskilde, for forståelsen af kvinders rettigheder. I det følgende vil jeg, med udgangspunkt i kvindekonventionen, foretage en retlig analyse af tvangsægteskaber i et kvinderetligt perspektiv.

2. Kvindekonventionen og kvinders rettigheder

Menneskerettigheder gælder for kvinder såvel som for mænd. Kvinders rettigheder har imidlertid ofte ligget uden for synsfeltet for den menneskeretlige diskurs. Menneskerettighedsdokumenter har en tendens til, både i deres indhold og fortolkning, særligt at rette sig mod mænd.⁴ Kvindekonventionen udtrykker således i præamblen *"bekymring over, at der trods (forskellige) konventioner, erklæringer mv. fortsat sker en omfattende diskriminering af kvinder"*.

Kvindekonventionen skaber ikke nye rettigheder, men tydeliggør allerede eksisterende rettigheder og sætter disse i en kvindelig kontekst. Rettigheder, der har særlig betydning for kvinder fremhæves – såsom retten til reproduktive valg efter konventionens artikel 16 (e). Endvidere sætter kvindekonventionen fokus på, hvorledes traditioner, kultur og religion ofte sætter hindringer for kvinders fulde nydelse af grundlæggende menneskerettigheder.⁵ Konventionen hviler på den forudsætning, at fuld ligestilling mellem kønnene kræver, at traditionelle stereotype opfattelser af kønnene, der placerer kvinder i en underordnet position, afskaffes, se eksempelvis artikel 5(a). Arbejdet for at fjerne fordomme og traditionelle opfattelser af kønnene har betydning i forhold til alle konventionens rettigheder.

I den juridiske litteratur har tvangsægteskabet, som nævnt ovenfor, typisk været placeret i en traditionel menneskeretlig diskurs. Denne tilgang har of-

³ Konventionen af 18. december 1979 om afskaffelse af alle former for diskrimination imod kvinder. BKJ nr. 83 af 9/9/1983.

⁴ Se eksempelvis artikel 12 i the Universal Declaration of Human Rights, G.A.Res. 217 (III) der bestemmer *"No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation"*. Min fremhævelse.

⁵ Børnekonventionen, konventionen af 20. november 1989 om barnets rettigheder, jf. BKJ nr. 6 af 16/01/1992 og deklarationen om afskaffelse af vold mod kvinder, U.N.Doc. A/48/629 (1994), sætter ligeledes fokus på forholdet mellem kultur og tradition og krænkelse af kvinder og typisk pigebørns rettigheder. Se Børnekonventionens artikel 24 (3) *"State Parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children"*. Deklarationen om afskaffelse af vold mod kvinder artikel 4(1) *"States should condemn violence against women and should not invoke any custom, tradition or religious consideration to avoid their obligations with respect to its elimination"*.

te et meget lavt opmærksomhedsniveau vedrørende kvinders erfaringer og behov, som også afspejler sig i opfattelsen af kvinder.

Som et eksempel kan nævnes Det Danske Center for Menneskerettigheds vurdering af udlændingelovens regler om familiesammenføring. Et lovforslag af 29. februar 2000 om ændring af udlændingeloven⁶ indebar en øget fokusering på tvangsægteskaber. Ifølge lovforslagets § 9, stk. 2, kan familiesammenføring kun ske, såfremt ægteskabet eller samlivsforholdet "utvivlsomt er indgået efter den herboendes eget ønske". Menneskerettighedscentret vurderer denne bestemmelse med udgangspunkt i EMRK artikel 8 om ret til privatliv og familieliv. Centret argumenterer for, at der her skal foretages en meget snæver afgrænsning af tvangsbegrebet set i forhold til retten til familiesammenføring, og at kun statens forpligtelse til at beskytte mod tvangsægteskaber kan begrunde et indgreb i retten til familieliv efter EMRK artikel 8. Dette leder frem til den vurdering, at udlændingelovens bestemmelse kun kan omfatte tilfælde, "*hvor der klart er tale om tvang*" samt at "*forbudet mod tvangsægteskaber indebærer (således) risiko for, at der i konkrete tilfælde vil blive truffet afgørelser i strid med retten til familieliv i EMRK artikel 8*".⁷

Denne forståelse og fortolkning af artikel 8 om retten til familieliv er udtryk for et lavt opmærksomhedsniveau vedrørende kvinders erfaringer og behov. Denne tilgang medtænker ikke situationen for de kvinder, som udlændingelovens bestemmelsen retter sig imod – som er kvinder med anden etnisk og kulturel baggrund end dansk. Opfattelsen af tvangsægteskaber synes her at forudsætte en autonom og frit handlende kvinde, som til hver en tid kan sige fra.⁸ Men situationen vil ofte være en anden. Kvinderne kommer fra en patriarkalsk familiestruktur, hvor kvinden gennem hele sin opvækst har været opdraget til, at forældrene vælger en ægtefælle. Endvidere vil der ofte være en betydelig asymmetri i magtforholdet mellem den unge kvinde og familien, og presset på kvinden vil ofte komme fra både familien og den (minoritets)gruppe, hun er en del af. Endvidere er et tvangsægteskab en grov krænkelse af kvinders rettigheder, der har alvorlige konsekvenser, der rækker langt videre end selve tvangsmomentet ved ægteskabsindgåelsen, jf. mere afsnit 4 og 5.⁹

⁶ L 208 af 29. februar 2000 om ændring af af udlændingeloven (krav om egen bolig ved familiesammenføring, tilknytningskrav ved ægtefællesammenføring og indsats mod ægteskaber, der ikke beror på parternes egen fri vilje). Bestemmelsen har i dag følgende ordlyd "*opholdstilladelse (...) kan ikke, med mindre ganske særlige grunde afgørende taler derfor, gives, såfremt det må anses som tvivlsomt, om ægteskabet er indgået, eller samlivsforholdet etableret efter begge parter ønske*", jf. Lbkg. nr. 608 af 17/07/2002 § 9, stk. 8.

⁷ Menneskeret i Danmark. Status 2001 pp 50-52 af Det Danske Center for Menneskerettigheder. www.menneskeret.dk.

⁸ Det kan argumenteres, at denne tilgang ikke er kultursensitiv, i den ikke medtænker kvindernes kulturelle forudsætninger.

⁹ Se blandt andet Anja Bredal *Arrangerte ekteskap og tvangsekteskap blant ungdom med indvandrerbakgrunn* (1998).

3. Kvindekonventionen som retskilde i dansk ret

Den manglende opmærksomhed vedrørende kvinders rettigheder skyldes ikke mindst en manglende viden på dette område. Kvindekonventionen er, trods sine nu mere end 25-årige eksistens, stadig et meget lidt kendt retligt dokument i Danmark.¹⁰ Konventionen er ikke inkorporeret i dansk ret, hvilket har en stor betydning i forhold til synligheden af denne¹¹. Den manglende inkorporering har imidlertid ingen betydning i forhold til den retlige forpligtelse heraf, da staten allerede ved indgåelse af traktaten har tilkendegivet sin tilslutning hertil.¹²

Kvindekonventionen introducerede, både i en international og national menneskeretlige sammenhæng, en ny måde at forstå og fortolke rettigheder på, der tager hensyn til kvinders særlige behov og erfaringer, og konventionen er en autoritativ platform for udviklingen af den retlige argumentation.

Cedaw (komitéen vedrørende afskaffelse af diskrimination mod kvinder) er kvindekonventionens overvågningsorgan. Komiteen er tillagt kompetence til at overvåge staternes gennemførelse af konventionen. Overvågningen sker dels gennem eksamination af landerapporter (artikel 18), dels ved udarbejdelsen af generelle recommendationer og forslag (artikel 21). Ved en frivillig tillægsprotokol er komitéen desuden tillagt kompetence til behandling af klager fra enkeltindivider.¹³ Som fortolkningsbidrag til kvindekon-

¹⁰ Også i international sammenhæng er kvindekonventionen et ofte overset retligt dokument. Isolationen af konventionen og dens overvågningsorgan, CEDAW, nævnes ofte som en af årsagerne hertil. Cedaw komiteen serviceres af The Division for the Advancement of Women (DAW), som fysisk er placeret i New York, hvorimod andre traktat organer serviceres af Centre for Human Rights i Wien.

¹¹ Danmark har ikke tradition for at inkorporere konventioner i danske ret. Af de "almindelige" menneskerettighedskonventioner er kun Den Europæiske Menneskerettighedskonvention på nuværende tidspunkt gjort til en del af dansk ret ved lovgivning, jf. lov nr. 285 af 29/04/1992. Betænkning nr. 1407 om *Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret* anbefaler i øvrigt ikke, at kvindekonventionen inkorporeres i dansk lovgivning. Udvalget finder, at der i første omgang alene bør inkorporeres et begrænset antal konventioner i dansk lovgivning, og "i den forbindelse finder udvalget, at CCPR, (FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder), CERD (FN's konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination) og CAT (FN's torturkonvention) bør tillægges størst prioritet" p. 292.

¹² Kirsten Ketscher "Kvindekonventionen gælder i dansk ret" (2003) p. 439-452 i *Jura og Historie. Festskrift til Inger Dubeck*.

¹³ Valgfri protokol af 6. oktober 1999 til konventionen om afskaffelse af alle former for diskrimination mod kvinder BKI nr. 5 af 22/2/2001.

ventionen er komitéens generelle recommendationer, på nuværende tidspunkt, de mest interessante.¹⁴

Komitéens recommendationer udarbejdes på baggrund af erfaringer og indsigt fra medlemsstaternes landerapporter. Dette arbejde har over årene udviklet sig både i kvalitativ og kvantitativ henseende. Eksaminationen af landerapporter foregår i udgangspunktet på baggrund af oplysninger, typisk fremkommet fra medlemsstaten selv. Kvaliteten af komitéens arbejde med landerapporterne afhænger i høj grad af indholdet af de modtagne oplysninger, som kan variere fra land til land.¹⁵ Det har betydet, at komitéen de seneste år har udvidet tilgangen af uafhængig information vedrørende forholdene i medlemsstaterne. Lokale ngo'er spiller en stor rolle i den forbindelse, dels ved at forelægge oplysninger direkte for komiteen, dels gennem udarbejdelse af "skygge" rapporter, som fremlægges i sammenhæng med medlemsstatens egne oplysninger.¹⁶ Værdien af Cedaws arbejde styrkes således af, at komiteen, gennem det tætte samarbejde med lokale og international ngo'er, besidder en bred indsigt i kvinders forhold verden over.¹⁷

Ud over eksamination af landerapporter har komitéen, som nævnt, beføjelse til at formulere forslag og generelle recommendationer (General Recommendations) på baggrund af erfaringer gjort ved eksaminationen af landerapporterne, jf. artikel 21. Formelt set har medlemsstaterne ikke tillagt komitéen kompetence til at komme med retligt bindende udtalelser i forbindelse med udarbejdelsen af recommendationerne. Også på dette område er der de senere år sket en udvikling af komitéens arbejde, der gør, at dette formelle udgangspunkt ikke længere er tidssvarende. Indtil dato har komitéen udarbejdet 24 generelle recommendationer. Hvor de første recommendationer var kortfattede og typisk vedrørte proceduren i forbindelse med landerapporteringen, er recommendationerne de senere år meget omfattende, udførlige og deltallerede i deres natur. Komitéen fortolker nu, med udgangspunkt i kvinders erfa-

¹⁴ Komitéens kompetence til at behandle individuelle klager fra private har endnu ikke været benyttet. Det må imidlertid antages, at komitéens afgørelser efter denne vil have stor værdi som retskildemateriale i forhold til konventionen og dermed i forhold til en udvikling af kvinders rettigheder.

¹⁵ Eksempelvis har visse lande ikke erfaringer med udarbejdelsen af sådanne rapporter, ligesom det kan tænkes, at en medlemsstat forsøger at "sminke" på forholdene i landet. Se Camal Shalev (2000) "State Reporting and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women" pp 23-.34 i *The UN Human Rights Treaty System in the 21st Century* (2000).

¹⁶ Camal Shalev *ibid.* pp 24 og 31

¹⁷ Det er et generelt træk ved "nyere" menneskerets organer og konventioner, at der eksisterer et nært samarbejde med NGO'er, som ikke ses i samme udstrækning ved "ældre" konventioner. I Børnekonventionen (1989) er samarbejdet med NGO'er eksempelvis indeholdt i selve konventionsteksten, jf. Artikel 45 (a) og (b).

ringer og behov, på konventionens materielle bestemmelser. Recommendationerne giver gode juridiske argumenter vedrørende kvinders forhold, der kan inddrages i den juridiske analyse, uafhængigt af komiteens formelle status. Selv opfatter komitéen recommendationerne som

“a major vehicle for the Committee to contribute to the understanding of the normative content of the rights contained in the Convention. They have already become an increasingly important source of jurisprudence on the Convention. They are important to the dissemination of the Committee's work, and to the integration of gender issues into the work of the United Nations”.¹⁸

De emner, som Cedaw har taget under behandling, har ofte haft en bred international sammenhæng. Eksempelvis skal recommendation nr. 19¹⁹ fra 1993 om vold mod kvinder ses i sammenhæng med deklarationen om afskaffelse af vold mod kvinder²⁰ samt med udpegelsen af en special rapportør om vold mod kvinder af FN's menneskerettighedskommission.²¹ Dette arbejde blev ikke mindst drevet frem gennem aktive nationale, regionale og internationale kvinderetsgrupper, som satte fokus på vold mod kvinder. Tilsvarende skal også recommendation nr. 21²² om ligestilling i ægteskab og familieliv ses i en bredere international kontekst, blandt andet i forhold til FN's familieår i 1994, der satte fokus på familien.²³ På denne måde har Cedaw komitéen forstået at sætte kvinders rettigheder i en bredere international sammenhæng.

Cedaw har udtalt sig om tvangsægteskab dels i recommendation nr. 21, der vedrører ligestilling i ægteskab og i familierelationer, dels i recommendation nr. 19, der vedrører vold mod kvinder. En forståelse af tvangsægteskaber vil tage udgangspunkt i disse.

4. Tvangsægteskab og kvinders ret til familieliv

Familien danner rammen om nære og intime relationer mellem mennesker. I familien læres grundlæggende menneskelige færdigheder såsom kærlighed, omsorg, empati og troen på andre mennesker. I familier, der omfatter børn, har familien en vigtig rolle i forhold til den moralske uddannelse og udvik-

¹⁸ CEDAW/C/1995/7 pkt. 490.

¹⁹ General Recommendation No.19, 29/01/1992.

²⁰ U.N.Doc A/48/629 (1994).

²¹ U.N. Doc.E/CN.4/1994.

²² Genral Reommendation No. 21 04/02/1994.

²³ *International Year of the Family* U.N.Doc. A/RES/44/82.

ling af barnet.²⁴ Familien er den retligt skabte institution, der har størst indflydelse på, hvorledes mennesker udvikles og formes. Især kvinderetsjurister har på den baggrund været optaget af "retfærdighed" i familien. Radhika Coomaraswamy har udtrykt familiens rolle således,

"without equity in the family, ... there will be no equity in society. Without mutual respect in the family, we can be sure that there will be no respect for others in society".²⁵

Også børnekonventionen er opmærksom på dette aspekt. I præamblen fastslås således, at

"barnet, (bør) med henblik på fuld og harmonisk udvikling af sin personlighed, vokse op i et familiemiljø, i en atmosfære af glæde, kærlighed og forståelse"

Opfattelsen af familien som den primære (moraliske) opdrager og omsorgsgiver indebærer, at visse familieformer må antages bedst at opfylde dette formål.²⁶

Den nævnte opfattelse af familien som stedet for skabelse og udvikling af kærlighed og omsorg og for den grundlæggende moralske skoling betyder, at mange sociale konstruktioner af relationer mellem mennesker kan opfylde denne funktion og derved omfattes af familiebegrebet. "Kernefamilien", som vi er vant til at definere den – en enhed bestående af et heteroseksuelt par og deres børn – er i den henseende blot en af mange familiekonstruktioner. Som nævnt ovenfor var 1994 FN's familieår. Alle forsøg på at formulere en definition af familiebegrebet i den sammenhæng mislykkedes, idet det ikke var muligt at komme frem til en samlet betegnelse, som omfatter alle de forskellige kulturelle familiekonstruktioner, der eksisterer i forskellige kulturer.²⁷

Ægteskabet som ramme for familielivet (indgået enten civilt eller religiøst) har haft – og har stadig i mange lande og kulturer – en vigtig rolle som den almindelige ramme for familien. Dette ses også i kvindekonventionens artikel 16, som vedrører ligestilling mellem mænd og kvinder i familien, og som særlig fokuserer på ligestilling i ægteskabet.

Ifølge artikel 16 skal medlemsstaterne

²⁴ Susan Moller Okin (1989) *Justice, Gender and the Family* p.18.

²⁵ Radhika Coomaraswamy (1994) i "To Bellow like a Cow: Women Ethnicity, and the Discourse of Rights" p. 56 I *Human Rights of Women*.

²⁶ Denne antagelse hviler grundlæggende på en normative opfattelse af mennesket og af "det gode liv". Martha Nussbaum (1999) taler i den forbindelse om en normativ teori om "human flourishing", se *Sex and Social Justice*.

²⁷ Inter-agency statement on the International Year of the Family, 1994, jointly issued by the concerned organizations and specialized agencies of the United Nation system, UN.Doc. A/48/293, Annex, pkt. 1-12.

"tage alle passende forholdsregler til at afskaffe diskrimination mod kvinder i alle ægteskabs- og familieforhold og skal, på grundlag af ligestilling mellem mænd og kvinder især sikre: a) samme ret til at indgå ægteskab, b) samme ret til frit at vælge ægtefælle og til kun at indgå ægteskab med deres frie og uforbeholdne samtykke, c) samme rettigheder og ansvar under ægteskabet og ved dets opløsning, d) samme rettigheder og ansvar som forældre i forhold, der vedrører deres børn, uanset deres ægteskabelige stilling. Det vigtigste i alle tilfælde er børnenes tarv, e) samme rettigheder til frit og under ansvar at bestemme antallet af deres børn og intervallerne imellem dem og til at få adgang til oplysning, undervisning og midler, der gør dem i stand til at udøve disse rettigheder". (f-h udeladt her)

Ægteskabet er imidlertid ikke den eneste familieform, kvindekonventionen anerkender. I recommendation nr. 21, om ligestilling i ægteskab og familierelationer, udtaler Cedaw, at

"the form and concept of the family can vary from State to State and even between regions within a State. Whatever form it takes and what ever legal system, religion, custom or tradition within the country, the treatment of women in the family both at law and in private must accord with (...) principles of equality and justice for all people."²⁸

Den grundlæggende antagelse vedrørende familiebegrebet og familiens funktion afspejler sig i forhold til en vurdering af det retlige indhold af retten til familieliv. Velfærden for det enkelte familiemedlem i sig selv og relationerne med de andre familiemedlemmer bliver vigtig. Retten til familieliv har herved en nær sammenhæng med konceptet omkring menneskelig værdighed og integritet. Menneskers mulighed for selv at vælge et liv i overensstemmelse med sin egen opfattelse og overbevisning er en integreret del af dette koncept.²⁹ I forbindelse med artikel 16 (a) og 16 (b) har Cedaw således udtalt "*a woman's right to choose a spouse and enter freely into marriage is central to her dignity and equality as a human being.*"³⁰ Friheden til at danne familien efter ens egen overbevisning får i denne forståelse af retten til familieliv en central betydning som en forudsætning for ikke mindst kvinder og børns velfærd i familien. Et tvungen ægteskab krænker på denne måde kvinders ret til familieliv.

Tvangsægteskab som indgreb i retten til familieliv har været behandlet af Den Europæiske Menneskerettighedskommission. Sagen omhandlede en ung kvinde, der var tyrkisk statsborger og bosat i Schweiz.³¹ Kvinden var, primært af sin far, blevet tvunget til at gifte sig med en mand under et besøg i Tyrkiet. For kommissionen var spørgsmålet, hvorvidt kvin-

²⁸ General Recommendation No. 21 pkt. 13.

²⁹ Se Martha Nussbaum (1999) i *Sex and Social Justice* p. 5.

³⁰ General Recommendation No. 21 pkt. 16.

³¹ Application No. 29737/96. B. Y. U. against Switzerland.

dens ret til familieliv efter artikel 8 var krænkede, idet kvinden hverken kunne få ægteskabet omstødt eller få en skilsmisse efter national ret og derfor var tvunget til at blive i et ægteskab, hun ikke ønskede at være i. Derudover blev artikel 12 påberåbt, idet kvinden heller ikke havde mulighed for at gifte sig igen. Det var således ikke påberåbt, at tvangsægteskabet i sig selv krænkede i kvindens ret til familieliv. I den forbindelse skal det fremhæves, at den nationale stat ikke anerkendte, at der var tale om et tvangsægteskab. Det siges herom "*the plaintiff's statement in this respect are not at all credible. It is difficult to understand why she could not have resisted the pressure of her father, if she now is in a position to raise and resolutely to pursue a divorce action.*"³² Sagen blev i øvrigt erklæret ikke admissible, idet klageren ikke havde udtømt alle nationale retsmidler efter konventionens artikel 26.

Kvindekonventionen beskytter eksplicit retten til frit at komme ind i et ægteskab og retten til at komme ud af et ægteskab. I retten til frit at danne familieliv ligger endvidere en beskyttelse af retten til *ikke* at indgå ægteskab samt retten til at vælge andre familieformer, eksempelvis at leve i et ugift samlivsforhold eller i et homoseksuelt forhold.

Kvindens ret til frit at danne familieliv relaterer sig også til frit og under ansvar at bestemme antallet af børn og intervallerne mellem dem (artikel 16(e)). Denne ret er udtryk for den betydning, børn har for kvinder, dels i forbindelse med graviditeten, dels i forbindelse med ansvaret for opdragelsen af børn. Dette har indvirkning på kvinders liv i forhold til uddannelse, arbejde og andre aktiviteter, der relaterer sig til kvinders personlige udvikling. Antallet af børn og intervallerne mellem dem har ligeledes betydning i forhold til kvinders psykiske og fysiske helbred. I recommendation nr. 21 udtalte Cedaw, at retten til *ikke* at få børn er omfattet af denne bestemmelse.³³ Denne ret til reproduktiv valg har også en betydning i forhold til tvangsægteskaber, idet der i denne institution implicit ligger en forventning om børn, jf. nedenfor.

5. Tvangsægteskab og vold mod kvinder

Kvindekonventionen indeholder ingen bestemmelser, der direkte vedrører vold mod kvinder. Ved recommendation nr. 19, om vold mod kvinder, satte komitéen fokus på dette problem og fastslog, at forbuddet mod diskrimination mod kvinder efter artikel 1 indeholder alle former for vold mod kvinder. Som komitéen udtrykker, er "*gender based violence (a) form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men*"³⁴. Det fastslås videre, at vold mod kvinder i sig selv er en krænkelse af kvinders menneskerettigheder. Arbejdet med at anerkende vold mod kvinder som et menneskerettighedsspørgs-

³² Op. cit under particular circumstances of the case.

³³ General Recommendation No. 21 pkt. 22.

³⁴ General Recommendation No. 19 pkt. 1.

mål var i høj grad genereret af lokale, regionale og international ngo'er, jf. ovenfor afsnit 3. Dette arbejde fik sat fokus på vigtigheden og nødvendigheden af at inddrage vold mod kvinder i arbejdet for en sikring af kvinders rettigheder. Deklarationen om afskaffelse af vold mod kvinder var ligeledes et udslag af dette arbejde. Deklarationen er, trods sin ikke retlige bindende karakter, et vigtig bidrag til forståelsen af vold mod kvinder³⁵.

Tilsammen udgør recommendation nr. 19 og deklarationen det retligt fundament for forståelsen af vold mod kvinder.

Vold mod kvinder finder sted i alle lande og indenfor alle kulturer. Vold mod kvinder manifestere sig på mange måder. I recommendation nr. 19 defineres vold mod kvinder som

"violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportional. It includes acts that inflict physical, mental or sexual harm or suffering, threats of such acts, coercion and other deprivations of liberty."³⁶

Vold mod kvinder i familien omfatter vold, der optræder i privatsfæren, typisk mellem individer, der er nært forbundne³⁷. Traditionelle stereotype opfattelser af kvinder (og af seksualitet), der placerer kvinder i en underordnede rolle, er medvirkende til at fastholde udbredte skikke og normer, der involverer vold eller tvang mod kvinder. Kønslemlæstelse (omskæring) af kvinder og pige børn, børneægteskaber og jomfrutests er eksempler herpå. Også tvangsægteskaber opfattes som vold mod kvinder, der er kulturelt betinget.

Voldselementet ved et tvangsægteskab relaterer sig til den tvang, der sker i forbindelse med indgåelsen af ægteskabet. Men volden vil ofte ligeledes manifestere sig under ægteskabet, idet kvinder i et tvangsægteskab ofte er udsat for vold og voldtægt³⁸. Der kan konstateres en nær sammenhæng mel-

³⁵ Denne retlige sammenhæng understreges i deklarationens præambel, hvor det fastslås, *"the effective implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women would contribute to the elimination of violence against women and that the Declaration on the Elimination of Violence against Women, set forth in the present resolution, will strengthen and complement that process"*.

³⁶ General Recommendation No. 19 pkt. 6.

³⁷ Deklarationen opdeler vold mod kvinder i 3 kategorier jf. artikel 2 a) violence occurring in the family, b) violence occurring within the general community, c) violence perpetrated or condoned by the State.

³⁸ I den forbindelse er det interessant at notere sig et høringssvar fra den norske Human Rights Service (HRS) i forbindelse med en ændring af den norske straffelov til udtrykkeligt at omfatte tvangsægteskab. jf. Ot. Prp. Nr. 51 (2002-2003). HRS foreslår, at der skelnes mellem tvangsægteskab og et fuldbyrdet tvangsægteskab, ligesom det foreslås at indsætte en henvisning til straffelovens bestemmelser om vold og voldtægt i straffelovsbestemmelsen

lem skikke og normer, der placerer kvinder i en underordnet position, og fysisk eller psykisk vold mod kvinder. Dette udtrykkes af Cedaw på følgende måde:

(...). "Traditional practices by which women are subordinated to men or as having stereotyped roles perpetuate widespread practices and abuse involving violence or coercion, such as (...) forced marriages. Such prejudices and practices may justify gender-based violence as a form of protection or control of women"³⁹.

Med andre ord sætter Cedaw vold i ægteskabet i direkte forbindelse med selve tvangsægteskabet.

Ifølge statistisk materiale⁴⁰ fra Landsorganisationen af Kvindekrisecentre er 32 % af alle kvinder på krisecentre kvinder med anden etnisk baggrund end dansk. Opgøres andelen af kvinder med anden etnisk baggrund end dansk på baggrund af fødeland, har 40 % af kvinderne et andet fødeland end Danmark. Af denne gruppe fordeler kvindernes status sig som følger: 52 % familiesammenførte, 15 % indvandrere, 13,6 % flygtninge, 3% asylansøgere, 16% uoplyst. Over halvdelen af kvinderne fra etniske minoriteter har brug for tolkebistand ved samtaler med personalet. Kvinder med anden etnisk baggrund end dansk har i dobbelt så mange tilfælde som de danske kvinder været udsat for vold fra flere voldsudøvere, og i hvert andet af disse tilfælde er en etnisk kvinde udsat for vold fra andre familiemedlemmer end ægtefællen/samleveren.⁴¹

Et tvangsægteskab hviler på traditionelle opfattelser af kønnene, hvor kvinden antager en underordnet position. Ofte er manden pengeforsørger, og kvinden arbejder i hjemmet. Et tvangsægteskab har således også betydning i forhold til kvinders uddannelse, til deltagelse i arbejdslivet og deltagelse i samfundslivet generelt.⁴² Det har således været argumenteret, at vold mod kvinder i sig selv er indgroet i patriarkalske traditioner og kulturer.⁴³

vedrørende retsstridigt tvang, forslagens pkt. 3. Tiltak mot tvangsekteskap, under afsnit 3.1.4. Høyringsinstansane sitt syn.

³⁹ General Recommendation No. 19 pkt. 11.

⁴⁰ Der findes ingen tal på, hvor mange ægteskaber, der er indgået under tvang. Typisk er der ved sager, der vedrører overgreb mellem personer med nære relationer, "mørke tal" og derfor en betydelig usikkerhed, hvad angår omfanget af overgrebene. Det, der *kan* skaffes tal om, er antallet af kvinder, der søger hjælp på et krisecenter for at få hjælp til at komme væk fra et voldeligt ægteskab.

⁴¹ LOKK's årsstatistik for 2001. www.lokk.dk.

⁴² General Recommendation No. 19 pkt. 11 "while this comment address mainly actual or threatened violence the underlying consequences of these forms of gender violence help to maintain women in a subordinate roles"(...) Om konsekvenser af tvangsægteskab se også *Kan tvang være en æressag? Idekatalog til en dansk indsats mod tvangsægteskaber* p. 17.

⁴³ Radhika Coomaraswamy og Lisa M. Kois op cit (1999) "Violence against women" p. 190 i *Women and International Human Rights Law. Volume 1*.

Ifølge en ny undersøgelse fra SFI om "Unge indvandrere på kontanthjælp i Københavns Kommune" har traditionelle kønsrolleopfattelser en stor betydning, både i forhold til indvandrerkvindernes uddannelsesforløb og i forhold til kvindernes deltagelse på arbejdsmarkedet. Eksempelvis angiver næsten 50 % af de adspurgte kvinder, at de ikke er startet på en uddannelse, bl.a. fordi de skal passe børn, ca. 25% angiver, at de har afbrudt en uddannelse, fordi de skulle have børn, og ca. 35 % af kvinderne passer selv deres børn.⁴⁴

6. Sammenfatning

Forståelsen af de forhold, der er til behandling, har selv sagt en afgørende betydning i forhold til, hvorledes man betragter og definerer begreber. Kvindeperspektivet medtænker kvinders erfaringer og behov, og kan på den måde bidrage til at se nye sammenhænge og til at udvikle kendte juridiske figurer. Kvindekonventionen og Cedaw har bidraget til at sætte kvinder og kvinders rettigheder på dagsordenen, både nationalt og internationalt. Et nært samarbejde med lokale såvel som internationale ngo'er sikrer en forbindelse til kvinder, der lever under forskellige levevilkår og i forskellige kulturer verden over. Dette er medvirkende til at styrke værdien af Cedaw's arbejde. En opfattelse af tvangsægteskab som et indgreb i retten til familieliv og som vold mod kvinder må medtænkes ved vurderingen af, hvornår der er givet et samtykke til at indgå ægteskab.

Referencer:

- Bredal, Anja (1998): *Arrangerte ekteskap og tvangsekteskap blant ungdom med indvandrerbakgrunn*. Det norske kompetansesenter for likestilling.
- Commarraswamy, Radhika (1994) *To Bellow like a Cow: Women Ethnicity and the Discourse of Rights*. Cook, Rebecca J. (ed.) *Human Rights of Women. National and International Perspectives*. University of Pennsylvania Press.
- Commarraswamy, Radhika; Kois, Lisa M. (1999) *Violence against Women*, I Askin, Kelly D; Koenig, Doreen M. (ed.) *Women and International Human Rights Law*, Volume I. Transnational Publishers, Inc.
- Det Danske Center for Menneskerettigheder (2001): *Menneskeret i Danmark. Status 2001*.
- Kan tvang være en æressag?* Idekatalog til en dansk indsats mod tvangsægteskaber. Videnscenter for ligestilling.

⁴⁴ *Unge indvandrere på kontanthjælp i Københavns Kommune. Barrierer for uddannelse og arbejde*. Etniske minoriteter. Arbejdspapir 5:2003. Socialforskningsinstituttet.

Om tvangsægteskab som indgreb i kvinders rettigheder

- Ketscher, Kirsten (2003): *Kvindekongventionen gælder i dansk ret i Jura og Historie*. Festskrift til Inger Dübeck. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Nielsen, Linda; Rasmussen, Jesper Vorstrup (2001): *Familieretten*. GadJura.
- Nussbaum, Martha (1999): *Sex and Social Justice*. Oxford University Press.
- Okin, Susan Moller (1989): *Justice, Gender and the Family*. Basic Books, Inc., Publishers.
- Shalev, Camal (2000): State Reporting and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. Bayefsky, Anne F. (ed.) *The Human Rights Treaty System in the 21st Century*. Kluwer Law International.
- Unge Indvandrere på kontanthjælp i Københavns Kommune. Barrierer for uddannelse og arbejde. Etniske minoriteter. Arbejdsrapport 5:2003. Socialforskningsinstituttet.
- Vedsted, Jens (2000): Kapitel 7, *Familiesammenføring* i Lone B. Christensen m.fl. *Udlændingeret*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Waaben, Knud (1999): *Strafferettens specielle del*. GadJura.

Stine Jørgensen er ph.d.-stipendiat ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>. E-mail: Stine.Joergensen@jur.ku.dk.

Modstrid mellem menneskerettigheder Eksempler fra dansk integrations- regulering

Agnete Weis Bentzon¹

1. Indledning²

Det emne, jeg har taget op, har sit udspring i praktiske problemer for politikere og administratorer i forbindelse med modtagelse og integration af indvandrere og herunder flygtninge. Der er internationale forpligtelser for staten, som der må tages hensyn til. Opgaven er formidabel og følelserne blandede i alle lag af befolkningen. Opfyldelse af forpligtelser til at modtage de fremmede og til at tage hensyn til deres kulturelle særtræk gør gennemførelse af integration stedse sværere. Integrationsministeren forsikrer, at han holder sig inden for rammerne af de internationale forskrifter. Ministeren, der satser på at lette integrationsopgaven ved at hæmme tilstrømningen af asylsøgende, sikrer sig lovmedholdelighed ved at sammenholde sine løsninger med andre EU-landes. Det er dog næppe en tilstrækkelig garanti for overholdelse af FN-konventioner. Løsningen af de problemer, der ligger i den sammenhæng, der er mellem indvandring og integration, har de internationale reguleringer ingen klare svar på.

Denne artikel handler især om indvandreres rettigheder som enkeltpersoner og som del af en gruppe med fælles kulturtræk. Det er rettigheder, der er nedfældet i FN's menneskeretskonventioner. De kan være sammenfaldende men er det ikke altid. Mit hovedsigte er at behandle det specielle problem, der opstår for beskyttelse af enten en grupperettighed eller en individuel rettighed når det drejer sig om menneskerettigheder for indvandrergupper, ikke indfødte minoriteter eller nationale minoriteter. Jeg vil se nærmere på problemer der kan opstå i konkrete situationer for såvel lovgivere som for retsansvendere

¹ Professor em. i retssociologi, tilknyttet Det Juridiske Fakultet, Forskningsafd. II.

² Tak for konstruktiv kritik til Stine Jørgensen, Inger Marie Conradsen og Torben Agersnap.

i forbindelse med en modstrid mellem konventionernes påbud. Eksempler på vanskeligheder og konflikter i forbindelse med nogle af de valgte løsninger på problemerne vil blive berørt. Men først lidt begrebsgymnastik med hjælp fra et par tunge drenge.

2. Begrebet modstrid i forbindelse med retsregler

Det er et emne, der er dyrket i retslæren for den nationale rets vedkommende, hvor der er opstillet principper for løsning af problemer af den art. Man taler om *lex superior* (grundloven går forud for lovregler der igen går forud for bekendtgørelser o.l.), *lex specialis* (den specielle regel går forud for den generelle) og *lex posterior* (yngre regler går forud for ældre). Disse kutymer kan i forskellige konkrete situationer gøre krav på fortrinsret. De kan ikke uden videre anvendes inden for konventionsret, når man ikke har en fast skik om rangordning af konventioner. Hvis konventionerne og deres antagelige modstrid er inkorporeret i den nationale lovgivning, kommer de ovennævnte sædvaneretlige prioriteringsregler i spil. Inkorporeringen kan også ske ved retspraksis, og så er de nævnte principper ikke til samme hjælp.

3. Hvornår er der tale om modstrid?

”To eller flere regler som knytter forskellige retsfølger til samme faktum kan komme i modstrid. Modstrid optræder, hvor de forskellige retsfølger er uforenelige. Uforenelige er retsfølger, når reglerne modsiger hinanden logisk. Ved regler som pålægger pligter er der modstrid, hvis den ene pligt ikke kan opfyldes, uden at en anden brydes. De to pligter gælder samme personer og situationer. Modstrid kan opstå mellem regler, som fritager for pligter og regler som pålægger pligter. Når en frihed er lovfæstet, må der tages standpunkt til, hvilke pligter den fritager for.” (T. Eckhoff 1980).

Modstriden betyder, at man i den konkrete situation vil nå til et forskelligt resultat, afhængig af om man benytter den ene eller den anden forskrift eller fortolkning.

Spørgsmål om modstrid kan dukke op i praksis ved lovforberedelse i en situation, hvor man skal foretage opfølgning på en ratifikation af en konvention. Det kan også vise sig i en konkret sag. Her kan løsningen være en omfortolkning af sproglige vendinger. Torstein Eckhoff taler om harmonisering som en løsning på modstrid: ”Ved harmonisering sigter jeg til den afvejning og samordning af faktorer, når vi foretager os en opgørelse af, hvad en regel går ud på. Ved harmonisering dominerer de skønsmæssige afvejninger, og

der er ikke meget, der kan siges generelt om, hvilke faktorer der skal tillægges størst vægt. Afvejningen kan resultere i et kompromis mellem de stridende hensyn. Men under arbejdet kan man komme dertil, at der er en modstrid mellem regler.”

Jeg ser senere på, om der er vejledning at finde i konventionsretten med hensyn til afgørelse af strid mellem individuelle og kollektive rettigheder. En typisk harmonisering af modstrid kan dreje sig om afgrænsning af ytringsfriheden i forbindelse med udtalelser, der krænker andre beskyttede rettigheder.

Højesteretsdommen i en injuriesag, anlagt af Pia Kjærsgård, gik hende imod. Hun var i Radioavisen af en repræsentant S for folkebevægelsen mod EU blevet beskyldt for at have racistiske synspunkter. Byretten og landsretten fandt udtalelsen ærekrænkende og idømte S bøde, og udtalelsen blev kendt ubeføjet. Højesteret fandt, at udtalelsen var dækket af ytringsfriheden, og henviste til at udtalelsen var fremsat i en relevant politisk sammenhæng og måtte opfattes som møntet på de synspunkter, P.K. havde givet udtryk for som formand for Dansk Folkeparti. Dommen kan nævnes som eksempel på harmonisering ved hjælp af en afvejning og samordning af de specielle omstændigheder, under hvilke udtalelsen var faldet (HRD af 17. juni 2003 i sag 377/2002).

4. Begrebet Menneskerettighed

”Menneskerettighed kan bestemmes positivt retligt ved opslag i konventioner m.m. Men der er også levende menneskeret i retspolitiske værdiorienteringer og retspraksis ... Alle bestemmelser af begrebet Menneskerettighed kan således siges at bestå af 2 dele: Et positivt indhold og en underliggende værdisætning – en retspolitisk ide af langt bredere omfang. Nogle af de uskrevne værdisætninger kan også komme i konflikt med hinanden. De er heller ikke konstante over tid men genstand for en løbende omformning.” (Nordskov Nielsen 1997)

Ovenstående begrebsbestemmelse viser, at konventionerne udtrykker sig i legale standarder. Det er generelt udformede regler også kaldet general klausuler, der inden for rammerne af en angivelse af formålet med reguleringen lægger op til udfyldning. Konventionens standardpræg fører derfor til variation i retsanvendelsen. Den åbne form har konsekvenser for udfyldning og fortolkning af regulerende normer på de pågældende områder. Konventionen forlanger ikke nødvendigvis detaljeret lovgivning af staten. Brugen af udtrykket ”Appropriate Means” tager højde for, at loven som det afgørende reguleringsmiddel ikke nødvendigvis er det mest probate. Erfaringer i flere afrikanske lande med legalt forbud mod omskæring og polygami er eksempler

på, at det kan give bedre beskyttelse at gå lempeligere til værks end med krav om øjeblikkeligt forbud, der ikke overbeviser modstandere af skikkens afskaffelse (Bentzon 1996). Dommerens muligheder for vurdering af, hvilke kilder der bør anvendes, spiller en stor rolle ved tilpasning til den konkrete situation. De kulturelle særtræks samfundsmæssige kontekst må klargøres. Det betyder noget for integrationsprocedurerne i lovgivning og i praksis. Det er også vigtigt at få frem, om hjemlandet har forsøgt at få udryddet visse skikke, som påberåbes over for værtslandet. Så kan man lettere gå imod dem.

Den udvej for problemer med integration, der består i skærpelse af reglerne for asyl, er ikke frit tilgængelig. Lovregler, der hjemler indgreb i rettigheder, må fortolkes restriktivt, hvis man vil undgå overtrædelse af andre påbud. Et eksempel er den nuværende regerings indgreb i en opnået ret til asyl som en tillægsstraf til lovovertrædelser. Højesteret har fortolket bestemmelser om udvisning i tilfælde af lovovertrædelser restriktivt med henvisning til konventions påbud om retten til familieliv. (HDR 21-1-2002 II-401-2001).

5. Respekt for kulturelle særtræk

1966-konventionen om de borgerlige og politiske rettigheder har i artikel 27 en regel om, at man skal respektere kulturelle særtræk, som det enkelte individ føler sig knyttet til og derfor skal have mulighed for at dyrke. Det kan i en konkret situation komme i strid med f.eks. Kvindekongventionen og kvinders ret til ligestilling. (Brownlie 1988). Han har spørgsmål, som også er relevante for denne artikel:

Skal individuelle rettigheder, herunder retten til at skille sig ud fra gruppen, gå forud for gruppelinteresser? Giver statens regler ret til sagsanlæg ved internationale fora for både individer og grupper? Der er bl.a. Den Europæiske Menneskeretsdomstols praksis, der ser på, hvordan man kan skabe balance i tilsyneladende konflikter mellem individuelle rettigheder og grupperettigheder. Men det forudsætter, at stater er villige til at give processuel retlig tilladelse (*locus standi*) til både individer og grupper. Det har tidligere været begrænset i forhold til individer og nærmest ikke forekommet i forhold til grupper eller mindretal. Indtil grupper og individer får retlig status til at forfølge deres krav ved et tribunal uden for egen stat, vil statens interesser have tendens til at have overvægt (Brownlie 1988).

Man kan rejse spørgsmålet, om der er ved at danne sig et prioriteringsprincip i tilfælde af en konflikt mellem regler i to konventioner? Det blev diskuteret på verdenskongressen i Wien 1993. Der blev konsensus om følgende formulering: alle menneskerettigheder er universelle, udelelige og forbundne. Disse rettigheder skal verden over bruges fair og lige. Selvom betydningen af

nationale og regionale særtræk og historisk og kulturel baggrund skal tillægges vægt, "must be born in mind"³, er det staternes pligt, uanset politiske, økonomiske og kulturelle systemer at fremme og beskytte alle menneskerettigheder og fundamentale frihedsgoder. Formuleringen ligner en nedvurdering af betydningen af konventionen fra 1966 om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, men de kulturelle rettigheder er som nævnt også beskyttet af konventionen om borgerlige og politiske rettigheder. Det er imidlertid et vigtigt spørgsmål, der særligt angår indvandreres kulturelle rettigheder.

6. Integrationsministerens redskaber

Modtagelsen og integrationen af indvandrere og herunder flygtninge reguleres i Danmark ved hjælp af to love, udlændingeloven og integrationsloven. Siden deres første tilkomst i 1983 og 1998 er der foretaget ændringer adskillige gange. De seneste udgaver er lovbekendtgørelse af udlændingeloven af 17. juli 2002 og flere senere ændringer, samlet omfang 52 sider, og lovbekendtgørelse af integrationsloven af 28. april 2003. Den fylder 21 sider. Alene omfanget viser, at der er tale om et kontroversielt og uafklaret politisk område med løbende ændringer. Det må være meget svært at administrere tilfredsstillende. Sammenholdt med det faktum at Udlændingestyrelsen, det udøvende organ for statens politik på området, hyppigt skifter medarbejdere, må rutine i sagsbehandlingen være svær at opnå. Men den overordnede målsætning vil hverken nye eller ældre medarbejdere kunne være i tvivl om: Indvandringen skal begrænses. Integrationen skal fremmes. De væsentligste redskaber til fremme af disse mål vil også være kendte og taget i betragtning. Spørgsmålet er, om de internationale retskilder, der sætter grænser for midlernes anvendelse, er kendte og tages i betragtning ved regeludarbejdelsen og administrationen. Noget kunne tyde på det. Det viser sig, at den nyeste lovgivning henviser i bemærkninger til de internationale konventioner, men fortrinsvis til de regler, hvis indhold følges af regeringens forslag, og ikke til de regler, hvor der kan være tvivl eller simpelthen modstrid (se I.M. Conradsen i denne bog).

³ ICCPHR Art.27: In those states in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with members of the group, to enjoy their own culture, to profess and practice their own religion or to use their own language.

7. Indvandringspolitikken

Der er grænser for, hvor restriktiv indvandringspolitikken må være, og der kan ikke på forhånd sættes tal på flygtninge. De seneste stramninger angår da også først og fremmest familiesammenføringer. Familiesammenføring som en ret blev lovfæstet i 1983, men 1. juli 2002 blev retskravet afskaffet. Det er Udlændingestyrelsen, der i den enkelte sag tager stilling til, om lovens strenge krav til familiesammenføring er opfyldt, jvf. udlændingelovens § 9, hvis stykke 2 til 18 opstiller kravene. Jeg nøjes her med at gengive stk. 7, der indeholder det såkaldte tilknytningskrav. Medmindre ganske særlige grunde taler derimod, kan opholdstilladelse kun gives, hvis parrets samlede tilknytning er større til Danmark end til et andet land. Tilknytning kan bero på mange forskellige forhold, og de kan blive vægtet forskelligt fra bedømmer til bedømmer. Kravene var oprindelig gældende for alle, også for statsborgere, der ønskede indrejse for en udenlandsk partner. Det har inden for kort tid rejst et ramaskrig i pressen og fra fagfolk påvisning af mangelfuldt overensstemmelse med konventionskrav om forbud mod diskrimination og om respekt for familieliv. Det er ikke kommet bag på integrationsministeren. Han har erkendt, at han forventede et mindre antal ikke tilsigtede hændelser, men henviser til den betydelige nedgang i familiesammenføringer, der opfylder formålet med stramningerne. Det antydes fra politisk side, at embedsfolkene måske ikke har fulgt de i loven givne anvisninger til punkt og prikke. Der synes dog også hos politikerne at være vilje til at se på lovteksten.

Det er åbenbart, at mange danske jurister – såvel administratorer som advokater og dommere – har mangelfuldt kendskab til indholdet af internationale retskilder. De fleste ved nok, at ratificerede konventioner og EU-direktiver er retskilder for danske retsudøvere, men hvis der ikke er en opfølgende dansk lovgivning eller retspraksis, er chancen for, at retskilden overses, ikke ubetydelig.⁴(Ketscher 2002). Det hænger nok sammen med, at en god del af alle praktiserende jurister har fået deres uddannelse i en tid, hvor studiet ikke gjorde meget ud af menneskerettighederne.

⁴ KVINDERÅDET 10. januar 2002: "CEDAW, FN's konvention om Kvinders rettigheder, skal ikke inkorporeres i dansk lov ifølge et udvalg under Justitsministeriet. Denne anbefaling kan Kvinderådet kun beklage, da kvinders rettigheder i dansk lovgivning bør sikres langt bedre end i dag ..."

8. Integrationspolitikken

Også integrationspolitikken har sine grænser i internationale retskilder. Det er ikke assimilation, hvor indvandrere bliver som danske, men en integration, der skal tilstræbes. Hvordan skal man fortolke konventionens krav om respekt for kulturelle særtræk, retten til at bekende sig til og praktisere egen religion og til at bruge eget sprog? Lad os se på retten til at bruge eget sprog. Har den ret en betydning, som også berører retten til familieliv? Der er ikke skrevet meget på dansk om disse spørgsmål. Det vender jeg tilbage til.

9. Indvandrenes rettigheder som gruppe og som individer

Den retlige regulering af integrationen skal varetage samfundsinteresser, og det må også være i den enkelte indvandrers interesse at opnå ligestilling med landets borgere og som endemål fuldt statsborgerskab. Men statsborgerne er ikke en stor ens masse, og det er indvandrerne heller ikke. Retlig regulering af integrationen handler også om accept af forskellighed, af kulturelle særtræk.

For indvandrenes vedkommende er sådanne særtræk imidlertid fremkommet i en anden samfundsmæssig sammenhæng. Det er et spørgsmål, om de særtræk, der påberåbes, er beskyttelsesværdige uden for den samfundsmæssige kontekst, de opstået i? Kan de forskellige kulturtræk løsrides fra den sammenhæng, som de er udformet i og indlevet i? Der er nogle kulturelle særtræk, som er meget afhængige af den samfundsmæssige sammenhæng og andre, som ikke er det, og som bedre kan overføres. De arrangerede ægteskaber i landbefolkningerne i tredje verdens lande har utvivlsomt til mål at bevare jord i slægtens eje. Arrangerede ægteskaber har også op til nyere tid haft en vis udbredelse i Danmark, og det har ikke været uden forbindelse med ejendomsretten til jord. Skikken kan ikke have samme betydning blandt indvandrere uden jord. Sproget og religionen er særtræk, som ikke er stedbundne, men det kan være svært at finde ud af, om skikke, der påberåbes som del af ens religion, nu også er det. Mens mandlig omskæring er forbundet med religionen inden for jødedommen, forholder det sig anderledes med kvindelig omskæring i islam. Den er ikke foreskrevet i Sharia.

Et vigtigt spørgsmål er også, om de kulturelle normer, som påberåbes, er tilladte i det land, indvandrerne kommer fra. Selv om det er en almindelig og heller ikke helt forkert påstand, at menneskeretskonventionerne er af vestlig oprindelse, er mange af dem tiltrådt af tredje verdens lande.

Konflikter fremstår på nationsniveau, og der er aktuelle problemer i Danmark som i andre lande med indvandring fra tredje verdens lande, hvor reli-

gionen eller sædvaneretten kan opleves som diskriminerende. Det kan være særtræk, der er hæmmende for integrationen i det nye land. Kvinders integration på arbejdsmarkedet hæmmes af en opfattelse og behandling af kvinder som umyndige.⁵

Der er en bestemmelse i loven om aktiv socialpolitik, der umiddelbart er en begunstiggelse af hjemmegående kvinder. Men er den integrationsfremmende? Kirsten Ketscher kritiserer den i sin socialret:

I Danmark er de indvandrerkvinder, der kommer fra en ikke-industrialiseret og urbaniseret kultur, i fare for at stå uden for den almindelige udvikling. Disse kvinder er ofte isoleret fra det danske samfund, fordi de ikke kender sproget. De bliver totalt afhængige af deres mænd og deres ægteskabskontrakt. Den ligestilling, som det danske samfund tilbyder kvinder, har disse kvinder ikke fået del i. Når det er værd at nævne disse kvinder særskilt, hænger det sammen med den i 1997 gennemførte socialreform, som har gennemført en forsørgerregel i aktivlovens § 13, stk.5. Herefter kan en kontanthjælpsmodtagers hjemmearbejdende ægtefælle undlade at stille sig til rådighed for arbejdsmarkedet. I så tilfælde får den hjælpsøgende et forsørgertillæg til sin hjælp. Selv om reglen i sin udformning er kønsneutral, vil den i sin anvendelse konfronteres med den kønsbestemte virkelighed, hvor det er indvandrerkvinderne, der arbejder i hjemmet. Denne regel indebærer en risiko for, at disse kvinder holdes uden for arbejdsmarkedet og dermed ikke omfattes af det almindelige arbejdsprincip, der nu er grundlæggende for erhvervelse af sociale rettigheder. (Ketscher 2002 p. 72).

Beskyttes retten til brug af eget sprog? Det har været en kommunal forpligtelse over for indvandrerne at tilbyde undervisning i modersmål. Det er ikke længere tilfældet i forhold til immigranter fra tredje verdens lande, jvf. lov nr. 142 af 23. maj 2002. En vægt på indlæring af det nye sprog på bekostning af modersmålet skal man dog være forsigtig med. Det forekommer mig at være problematisk, når man samtidig vil modarbejde den skik hos nogle indvandrere, at børn sendes til uddannelse i det land, de kommer fra. Det kan hænge sammen med en dansk politik, der negligerer disse børns og deres forældres behov for, at børnene kan kommunikere med deres herboende ikke dansk slægtninge. Dertil kommer, at man nu forhindrer familiesammenføring med den ældre generation, personer over 60 år. Det er en streng forholdsregel i in-

⁵ På Metropolis Konferencen i Oslo 2001 besøgte vi foreningen NN, der uddanner unge indvandrerkvinder med henblik på at støtte deres integration på arbejdsmarkedet. Blandt andre færdigheder trænes de i at skrive ansøgninger. Man blev imidlertid klar over, at man også måtte uddanne mændene. I tilfælde, hvor ansøgeren blev indkaldt til samtale, hændte det, at den omsorgsfulde ægtemand eller fader ville hjælpe til og fulgte med for at forhandle vilkår for ansættelsen. Den blev ikke til noget.

tegrationens tegn, at man forhindrer børns kontakt med deres bedsteforældre. Det gør også indgrebet i familiesammenføring med de ældre tvivlsomt legitimt.

10. Behov for gensidig kommunikation

Det største problem for øjeblikket er nok de nye danskes manglende kendskab til det danske retlige, politiske og administrative system og samme systems ukendskab til normer og sædvaner hos de forskellige kulturelle minoriteter i Danmark. Der er et massivt behov for en tovejs kommunikation: information til alle danske om, hvordan samfundssystemerne fungerer. Der er ukendskab og mange myter både i flertalsbefolkningen og hos nye danske. Men der er også et massivt behov hos lovgiverne, administrationen og domstolene. Ukendskab til nye danskes særlige normer og sædvaner svækker kvaliteten af lovgivningen og den statslige og lokale administrations indsatser. Den rammer ofte ved siden af og virker undertiden kontraproduktivt. Mange normer og sædvaner er løbende under ændring, og der er behov for, at ajourført viden (løbende forskning) samles et tilgængeligt sted på nettet og i administrationen.

Den retsvidenskabelige tilpasning til det nye samfund peger på, at forestillingerne om retlig centralisme og positivisme må suppleres eller afløses af forestillinger om flere centre for skabelse af retten (retlig polycentri) og udvidet inddragelse af uskrevne kilder specielt sædvaner blandt retskilderne (retlig pluralisme).

De internationale konventioner og dansk lovgivning benytter i en række tilfælde retlige standarder. Det stiller i konkret brug krav til retsanvenderen om indsigt i dynamisk udfyldning og fortolkningsteknik og tilhørende udvidet argumentation, som kan læres under studierne.

Referencer:

- Bentzon A.W. 1996: Vold mod kvinder i Blume, P. m.fl. Årsberetning 1995 København: RIB
- Bentzon A W og T. Agersnap 2003: Danmark på vej mod multikultur og retlig pluralisme i S. Schaumburg-Møller og B. Selmer: Retlig Mangfoldighed
- Brownlie Jan 1988: Rights of Peoples in Modern International Law in James Crawford (ed): The Rights of Peoples. Oxford: Clarendon
- Convention on Civil and Political Rights (ICCPR) 1966 UN
- Convention on Elimination of all Sorts of Discrimination Against Women (CEDAW) 1979 UN
- Crawford, J. 1988: *Some conclusions* in Crawford, J. (ed.) The Rights of Peoples. Oxford: Clarendon
- Eckhoff, T og Helgesen, J. 1997: *Rettskildelære*, Oslo: Tano
- Eckhoff, T. 1980: *Harmonisering mellem rettskildefaktorer og modstrid mellem regler*, i Jussens Venner, hefte 8, p. 289 f.
- Integrationsloven. Bek. 316 af 28. april 2003 om integration af udlændinge i Danmark
- Ketscher, K. 2002: *Socialret* (2.udg.). København, Thomsen
- Kvinderådet 2002: Kvinderne holdt ude af det gode selskab. København: Nyhedsbrev
- Lov nr. 142 af 23. maj 2002 om ændring af lov om folkeskoler
- Lov nr. 417 af 10. juni 2003 om ændring af lov om aktiv socialpolitik
- Ministergruppen om bedre integration 2003: Regeringens vision og strategier for bedre integration. København: Regeringen
- Nordskov Nielsen, L. 1997: *Nogle strøttanker om menneskerettighedsbegrebet og dets brug* i Kjærum, M, Slavinsky, K & Vedsted-Hansen, J.: *Grundloven og menneskerettigheder*. København: DJØF
- Triggs, G. 1988: *The rights of people's and individual rights* in Crawford, J, (ed.): The rights of peoples. Oxford: Clarendon
- Udlændingeloven. Bek. nr. 608 af 17 juli 2002

Agnete Weis Bentzon er associeret professor ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II. E-mail: Agnete.Weis.Bentzon@jur.ku.dk

Syge har også rettigheder

Mette Hartlev

1. Indledning – det normative udgangspunkt

Som en del af sin afsluttende procedure i forbindelse med den såkaldte »Medicinersag« under Nürnbergprocesserne, hvor en række læger var anklaget for at have udført eksperimenter på fanger i KZ-lejrene, henviste anklageren til den tyske dyreværnslov fra 1934. Det overordnede formål med denne lov var at forebygge grusomheder over for dyr, og loven indeholdt en række konkrete bestemmelser bl.a. om forbud mod at udsætte dyr for eksperimenter med anvendelse af kulde, varme eller infektioner. Man kan næsten høre anklageren holde en kunstpause inden han konstaterer at

»If the principles announced in this law had been followed for human beings as well, this indictment would never have been filed. It is perhaps the deepest shame of the defendants that it probably never even occurred to them that human beings should be treated with at least equal humanity«.¹

Både patient- og menneskerettighederne har rødder langt tilbage i tiden. Men erfaringerne fra 2. verdenskrig bidrog til at sætte skub i den internationale udvikling af et retligt beskyttelseskomples. De grusomheder fangerne var udsat for i de tyske KZ-lejre, eksponerede manglen på opmærksomhed vedrørende – for slet ikke at tale om retlig beskyttelse af – den menneskelige værdighed. I den forstand kan man sige at patientrettighederne og de moderne menneskerettigheder blev født i Nürnbergprocessens skygge.

Respekten for den menneskelige værdighed som i dag fremhæves i en række menneskerettighedskonventioner, er også blevet en grundværdi i den internationale patientrettighedsregulering. Den menneskelige værdighed knytter sig i en patientretlig sammenhæng tæt til en række andre grundværdier; nemlig respekt for den personlige autonomi og integritet samt hensynet til at sikre retfærdighed og omsorg over for svage og udsatte personer.

¹ Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Controle Council Law No. 10, Vol. 1, Nuernberg October 1946-April 1949, p. 71.

Med sin tætte tilknytning til menneskerettighederne har patientrettighederne også en stærk international dimension. Det er den internationale ret som har været frontløber i udviklingen og promoveringen af patientrettighederne. Formålet med dette indlæg er at undersøge hvordan den internationale ret har påvirket udviklingen af patientrettighederne i Danmark.

2. Patientrettighedernes grundværdier

Der findes ikke en præcis definition på hvad der forstås ved patientrettigheder, men man kan sige at patientrettigheder er de rettigheder borgerne har når de optræder som patienter. WHO definerer en patient som en bruger af sundhedsvæsenet hvad enten denne er rask eller syg.² Med denne brede definition er patientrettigheder noget der berører os alle – og ikke kun alvorligt syge mennesker.

Udviklingen af patientrettighedsbegrebet er i vidt omfang foregået i den internationale ret. Kravet om det frivillige informerede samtykke blev formuleret i Nürnbergkoden i forbindelse med den i indledningen omtalte medicinersag. Og lige siden har den internationale ret bidraget til at udvikle patientrettighedsbegrebet. Dette er både sket i forbindelse med vedtagelsen af FN's og Europarådets generelle menneskerettighedskonventioner og i særlige regelsæt målrettet borgernes rettigheder som patienter. WHO's Declaration on the Promotion of Patients Rights in Europe fra 1994 er et markant eksempel på en samlet proklamation af patientrettigheder. Som et andet markant eksempel kan nævnes Europarådets Konvention om Menneskerettigheder og Biomedicin 1998. På baggrund af disse internationale regelsæt er det muligt at indkredse de rettigheder man knytter til patienter. Det drejer sig om følgende: Ret til *sundhed og behandling*, ret til *selvbestemmelse*, ret til *information*, ret til *fortrolighed*, ret til at *klage* og ret til at få *økonomisk kompensation*.³

Disse rettigheder har en lidt forskellig karakter. Retten til *sundhed og behandling* kan betragtes som en social rettighed. Denne ret stiller krav om at der i samfundet er et behandlingstilbud som kan imødekomme patienters behov for behandling. Patienters ret til behandling er tæt knyttet til samfundsøkonomiske forhold, og rettigheder på dette område har derfor også traditionelt været forholdsvis diffuse og ubestemte. Patienters ret til behandling beskyttes bl.a. af artikel 11 og 13 i Den Europæiske Socialpagt (1961) og artikel 12 i FN's Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle ret-

² Denne definition stammer fra WHO's »A Declaration of the Promotion of Patients Rights in Europe«, 1994. Den samme definition er lagt til grund i lov om patienters retsstilling, jf. bemærkningerne til lovens § 2.

³ Se f.eks. Lars Fallberg, »Patients Rights in the Nordic Countries«, European Journal of Health Law, 2000, p. 123 ff.

tigheder (1966). Artikel 152 i Traktaten om Den Europæiske Union og artikel 34-35 i EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder har også betydning for EU-borgeres ret til sundhed.

De øvrige patientrettigheder har en lidt anden karakter og falder inden for kategorien af civile og politiske rettigheder. Retten til selvbestemmelse og til information er tæt knyttede til hinanden og udtrykkes normalt i begrebet det *informede samtykke*. Patienter skal således informeres ordentligt for at kunne tage stilling til om de ønsker at blive behandlet, og – i det omfang der findes forskellige behandlingsmuligheder – hvilken behandling de foretrækker. Retten til *fortrolighed* værner patientens privatliv og integritet og er med til at sikre et tillidsforhold mellem patient og sundhedsvæsen. Endelig er patienters ret til at *klage* og blive kompenseret i forbindelse med fx fejlbehandling også en del af patientrettighedskataloget. Disse rettigheder beskyttes bl.a. i WHO's Declaration on the Promotion of Patients Rights, Europarådets Konvention om Menneskerettigheder og Biomedicin og i EU's Charter om Grundlæggende Rettigheder. Herudover er der både i de generelle menneskerettighedskonventioner og i en række deklARATIONER, rekommandationer m.v. bestemmelser som har betydning for patienters rettigheder både i forbindelse med den almindelige patientbehandling og i særlige situationer som eksempelvis organtransplantation, biomedicinske forsøg og genetiske undersøgelser. Der findes også regelsæt som fokuserer på særlige patientgrupper såsom ældre patienter, børn og psykiatriske patienter.

Patientrettighederne er baseret på en række centrale værdier. Med det menneskeretlige udgangspunkt er det ikke mærkeligt at respekten for det enkelte menneskes *værdighed* tillægges en særlig vægt. Fangerne i de tyske KZ-lejre blev netop ikke betragtet som mennesker med værdi i sig selv, men blev anvendt som midler i de eksperimenterende lægers jagt efter ny viden. Risikoen for en sådan tingsliggørelse af mennesket er især til stede hvor der er tale om svage og/eller udsatte mennesker. Selvom man ikke generelt kan betegne patienter som en svag og udsat gruppe, så er sygdom – ikke mindst alvorlig sygdom – ofte forbundet med sårbarhed. Derfor er der god grund til at patientrettighederne fremhæver respekten for den menneskelige værdighed.

Respekten for den enkeltes *autonomi* hører også til blandt patientrettighedernes grundværdier. Patienter har ret til selv at tage stilling til behandling og har krav på at blive respekteret som personer med evne til at tage beslutninger vedrørende sundhed og sygdom. For ikke særligt mange år siden var det ikke ualmindeligt at patienter ikke blev informeret om deres diagnose eller om de risici der kunne være forbundet med en bestemt behandling. Selvom patienten var selvbestemmende i den forstand at der ikke var tale om en tvangsmæssig behandling, kunne man ikke sige at der var tale om en reel stillingtagen fordi patienten ofte ikke havde et klart billede af hvorfor der

var behov for behandling, og hvad denne behandling gik ud på.⁴ Autonomibegrebet har flere facetter. Patientens selvbestemmelsesret kan både antage karakter af en positiv og en negativ rettighed. I de fleste situationer er der tale om en negativ rettighed forstået således at selvbestemmelsesretten værner patienten mod uønskede indgreb. Her spiller patientens samtykke en central rolle. Men man kan også tale om en positiv selvbestemmelsesret i de situationer hvor patienten har en ubetinget ret til behandling. Det samme er tilfældet i forbindelse med retten til information som også udløser en forpligtelse for sundhedspersonalet til at informere patienten.

Inden for moralfilosofien tillægger man autonomibegrebet en forskellig funktion. Nogle vil således pege på at det har værdi i sig selv at være – og blive anset som – et selvbestemmende individ. Hvis man tager udgangspunkt i denne opfattelse, vil man respektere patientens stillingtagen uanset hvor tåbelig den kan forekomme. Som et eksempel kan nævnes patienter som nægter at modtage en livsnødvendig blodtransfusion. Andre fremhæver at respekt for den enkeltes autonomi er et gode fordi det fører til gode konsekvenser at den enkelte selv tager stilling i sin tilværelse. Med denne sidste indfaldsvinkel er der åbnet mulighed for at man kan tilsidesætte den enkeltes stillingtagen hvis de beslutninger man træffer, må antages at have dårlige konsekvenser for én selv.

Autonomiprincippet forudsætter også at man tager stilling til hvornår man kan tale om en autonom *person*, og hvornår man kan sige at den enkelte er i stand til at *handle* autonomt. Det første spørgsmål om personlig autonomi er relevant hvor man kan rejse tvivl om vedkommendes habilitet. Det er fx tilfældet med små børn, ældre demente eller bevidstløse personer. Patienter kan også i faser af deres sygdom være ude af stand til at træffe fornuftsmæssige beslutninger. Det andet spørgsmål om evnen til at træffe autentiske beslutninger er vanskeligere fordi man altid træffer beslutninger i en kontekst som ikke kan undgå at have indflydelse på ens stillingtagen. Den alvorligt syge patient vil måske være villig til at acceptere en endog meget risikofyldt behandling i håb om at blive rask.

Respekten for den enkeltes *integritet* og *privatliv* er også en væsentlig værdi inden for patientretten. Patienter er nødt til at eksponere deres krop og sjæl for sundhedsvæsenet for at blive diagnosticeret og behandlet. Denne sårbarhed påkalder sig derfor krav om en særlig respekt fra omgivelserne. Beskyttelsen af fortrolighedsrelationen mellem patient og sundhedsvæsen har således central betydning.

Endelig er patientrettighederne også baseret på *retfærdighed*. Retten til sundhed er baseret på et ikke-diskriminationsprincip, og det internationale

⁴ Se nærmere Mette Hartlev, »Fra lægefaglig paternalisme til patientautonomi« i Agnete Weis Bentzon, Byrial Bjørst og Henning Koch (red.), »Retskulturer«, København 2002, p. 223 ff.

samfund er også optaget af at sikre sundhed for alle i en global kontekst. Alvorlig sygdom eller handicap vil ofte være forbundet med sårbarhed. Derfor er *omsorgen* over for det svage og udsatte menneske også en naturlig grundværdi inden for patientretten.

Disse patientretlige grundværdier kan udledes af de internationale konventioner. I de næste afsnit ser jeg nærmere på hvorledes de patientretlige grundværdier reflekteres i dansk ret inden for følgende områder: patientens ret til behandling, respekt for patientens autonomi og omsorg for svage og udsatte patienter.

Ret til behandling

Artikel 12 i FN's konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder fastslår at de deltagende stater skal anerkende »... ethvert menneskes ret til at nyde den højst opnåelige fysiske og psykiske sundhed«. Retten til sundhed fremgår ligeledes af artikel 11 og 13 i Den Europæiske Socialpagt. Konventionerne afgrænser ikke mere præcist hvad der forstås ved sundhed, men WHO har defineret sundhed som »... en tilstand af fuldstændig fysisk, psykisk og social velbefindende og ikke blot fravær af sygdom og handicap«. WHO's fokus i forhold til retten til sundhed har traditionelt været på *folkesundheden* og ikke på den enkeltes individuelle rettigheder.⁵ Interessen har fortrinsvis samlet sig om at bekæmpe smitsomme sygdomme, underernæring, dårligt arbejdsmiljø m.v. Konventionernes ordlyd er dog ikke begrænset til folkesundheden, men giver grundlag for at påberåbe sig *individuelle rettigheder*, og den enkeltes ret til at få adgang til behandling er da også fremhævet mere eksplicit i nyere konventioner som FN's kvindekonvention (artikel 12) og børnekonvention (særligt artikel 23-24).

Staterne er forpligtede til at imødekomme den enkeltes behov for fysisk, psykisk og social velbefindende, og retten til sundhed er således ikke begrænset til behandling i tilfælde af sygdom, men omfatter andre forpligtelser for staten. I denne sammenhæng koncentrerer jeg mig dog alene om retten til behandling i tilfælde af sygdom.

Staternes forpligtelse skal ses i lyset af de samfundsøkonomiske muligheder for at imødekomme disse behov, jf. formuleringen »højst opnåelige«. Forpligtelsen vil således variere afhængigt af om der er tale om et rigt samfund som det danske eller et fattigt land. Staterne kan heller ikke siges entydigt at være forpligtede til at stille behandlingsmuligheder *vederlagsfrit* til rådighed. Sygdomsbehandling skal betales hvad enten det sker som et skattefinansieret, forsikringsfinansieret eller individuelt finansieret system. Sta-

⁵ Katarina Tomasevski, »Health rights«, i Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas, »Economic, Social and Cultural Rights«, 1994, p. 125 ff.

terne må dog være forpligtede til at sikre at alle borgere har mulighed for at få adgang til basale sundhedsmæssige ydelser. Som det formuleres i en rekommandation fra Europarådet er det staternes ansvar at sikre at »... necessary medical care is financially accessible«, og der peges her blandt andet på at dette kan nødvendiggøre introduktion af »... a system of financial solidarity among all protected persons«. ⁶

I dansk ret er patienters ret til behandling ligesom i den menneskeretlige regulering forholdsvis upræcis afgrænset. Grundlovens § 75, stk. 2, fastslår at borgerne er berettigede til hjælp fra det offentlige i situationer hvor man ikke er i stand til at forsørge sig selv eller sin familie. Denne forpligtelse omfatter også omsorgsforsørgelse, herunder pleje og behandling. ⁷ Staten er således forpligtet til at sikre borgerne behandling og pleje hvis de ikke selv er i stand til at opfylde dette behov. Denne forpligtelse siger imidlertid ikke noget mere præcist om statens pligt til at sikre udbuddet af bestemte sundhedsydelser for borgerne. Adgangen til sygdomsbehandling er primært reguleret i sygehusloven og sygesikringsloven. Men her er patienternes rettigheder heller ikke særligt præcist formulerede. Ifølge sygehuslovens § 5 yder hver amtskommune vederlagsfri behandling ved sit sygehusvæsen. Men denne bestemmelse afgrænser ikke nærmere *hvilke ydelser* borgerne kan forvente, og siger heller ikke noget om *hvor længe* man kan risikere at skulle vente på en given behandling. Disse to spørgsmål har stor betydning for patienternes faktiske rettigheder i forhold til behandling.

For så vidt angår spørgsmålet om hvilke *behandlingstilbud* man kan forvente, herunder også på hvilket niveau, sætter såvel artikel 12 i FN's Konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder som grundlovens § 75, stk. 2, en nedre grænse. Staterne er forpligtede til og borgerne har dermed ret til at få dækket helt basale behandlingsbehov. Men spørgsmålet er hvordan man får afgrænset det basale. Dertil kommer at staterne ifølge artikel 12 er forpligtede til at anerkende den enkeltes ret til den »højst opnåelige« fysiske og psykiske sundhed.

Sygehusloven udtrykker sig ikke særligt klart om borgernes ret til behandling, hverken når det gælder udbuddet af behandlingsformer eller behandlingsniveauet. Skal amterne således tilbyde enhver form for kendt behandling uanset omkostninger? Og kan patienter kræve en behandling som sundhedsvæsenet ikke mener har en tilstrækkeligt dokumenteret effekt, men som måske anerkendes af nogle læger eller anvendes som metode i andre lande? Det første spørgsmål har bl.a. været fremme i en diskussion af medicin til sklerosepatienter, det andet i forbindelse med cancerbehandling i udlandet.

⁶ Europarådet, Recommendation No. R (86) 5 on making medical care universally available.

⁷ Kirsten Ketscher, »Socialret«, 2. udg., København 2002, p. 249 ff.

Indenrigs- og Sundhedsministeriet har i vejledende udtalelser tilkendegivet at sygehusbehandling i sygehuslovens § 5 skal forstås som en behandling der ikke er eksperimentel, og som har en vis udbredelse i sygehusvæsenet.⁸ Dette skaber imidlertid ikke nogen større klarhed over hvad der forstås ved en sygehusydelse. I realiteten indebærer denne definition at amtskommunerne som sygehusansvarlige i vidt omfang selv er herrer over hvilke ydelser der skal udbydes. Hvis nogle amter gerne vil servicere borgerne og derfor udbyder nye ydelser, kan det blive til en behandling som »har en vis udbredelse«, og som derfor skal være tilgængelig for alle borgere. Hvis amterne derimod kan enes om at undlade at udbyde bestemte ydelser, falder disse uden for definitionen på en sygehusydelse.

Spørgsmålet om en nedre grænse for amternes forpligtelse berøres i den såkaldte Odder-sag (U85.368H). Her nåede Højesteret frem til at en amtskommune ikke var erstatningsansvarlig i forbindelse med et dødsfald som skyldtes at man på sygehuset ikke rådede over en særlig opvågningsstue. Patienten havde ifølge Højesteret fået en lægefagligt set forsvarlig behandling, og man kunne ikke pålægge amtskommunen ansvaret for at forholdene på sygehuset ikke var optimale. Spørgsmålet er imidlertid om det kvalitetsniveau der kan udledes af denne afgørelse, lever op til kravet i artikel 12 i FN's konvention Sociale og Økonomiske rettigheder om at sikre den »højest opnåelige« sundhed. Man kan argumentere for at dette må ligge over niveauet for det »fagligt ansvarlige«. Amternes forpligtelse har i nyere tid fortrinsvis været diskuteret i forbindelse med meget dyre medicinske behandlinger. Dette fik i 2000 den daværende statsminister til at udtale at alvorligt syge patienter skal tilbydes en dokumenteret effektiv behandling.⁹ Hermed tilkendegives det at det ikke er acceptabelt at alvorligt syge patienter alene tilbydes en forsvarlig (billig) behandling, men at patienterne i disse situationer har krav på den bedre behandling – også selvom den er dyrere. Man kan se denne tilkendegivelse som et signal om at man tilstræber at sikre den »højest opnåelige« behandling.

Patienters ret til en *bestemt behandling* har også været diskuteret i forhold til cancerpatienter som har ønsket blive behandlet i udlandet hvor man anvender behandlingsmetoder som den danske Sundhedsstyrelse betragter som eksperimentelle. Patienter kan i visse situationer få betalt behandling i udlandet hvis danske hospitaler ikke tilbyder en bestemt behandling, eller hvis ventetiden til behandling her i landet er meget lang (se nærmere nedenfor). Man har imidlertid været tilbageholdende med at betale for behandling i udlandet hvis behandlingen betragtes som eksperimentel. Spørgsmålet om

⁸ Sundhedsministerens besvarelse af spørgsmål S 413 stillet af Ester Larsen den 9. november 1995.

⁹ Statsministerens besvarelse den 13. december 2000 af spørgsmål S 797 og sundhedsministerens besvarelse den 13. december 2000 af spørgsmål S 798.

hvem der afgør om behandlingen har en eksperimentel karakter, var fremme i EF-Domstolens afgørelser i den såkaldte Smits-Peeboms-sag (C-157/99). Her slår EF-Domstolen fast at vurderingen af om der er tale om en »sædvanlig« behandling, skal foretages på grundlag af en international målestok baseret på den internationale lægevidenskab. Det er således ikke noget gyldigt kriterium at behandlingen ud fra en national målestok ikke betragtes som sædvanlig. EF-Domstolen yder således et meget håndfast bidrag til at sikre patienters ret til behandling. Dommen er baseret på traktatens regler om fri bevægelighed for tjenesteydelser.

Patientens rettigheder i forhold til *ventetid* har også stor betydning. Det hjælper ikke meget at have en ret til behandling hvis ventetiden er uacceptabelt lang. Dette er et område hvor patienters rettigheder er blevet væsentligt forbedret inden for de senere år. Retten til frit sygehusvalg, som blev indført i 1993 og som senere er udbygget i 1996, giver patienten mulighed for at søge behandling på det sygehus hvor ventetiden er kortest. Senest er der i 2002 indført en udvidet ret til frit sygehusvalg som giver patienter ret til at søge behandling på andre sygehuse, herunder på private sygehuse og udenlandske sygehuse, hvis ventetiden overstiger 2 måneder. Retten til behandling på private og udenlandske sygehuse er dog betinget af at der er indgået en aftale mellem amterne og de pågældende sygehuse om behandling. Denne behandlingsgaranti omfatter endvidere ikke alle former for behandling. Behandling af psykiatriske patienter er således ikke omfattet, og visse somatiske behandlinger – kosmetiske operationer, befrugtningsbehandling, sterilisation, kønsskifteoperation og organtransplantation – falder ligeledes udenfor. I forhold til visse livstruende sygdomme er der endvidere fastsat særligt snævre frister for behandlingen, jf. sygehuslovens § 5d.

Folketinget har med disse lovgivningsmæssige initiativer i forhold til sygehusvalg og ventetider indskrænket amternes ret til selv at bestemme over ressourceforbrug og ventetid inden for sundhedsvæsenet. Spørgsmålet om den acceptable ventetid er imidlertid ikke alene et nationalt anliggende. I den tidligere omtalte Smits-Peeboms-sag blev der også taget stilling til ventetidsspørgsmålet, og EF-Domstolen har præciseret sine kommentarer hertil i en nyere afgørelse (C-385/99). Det fremgår af disse afgørelser at det kan være berettiget at give afslag på behandling i udlandet hvis man i hjemlandet *rettidigt* kan tilbyde den samme eller en tilsvarende behandling. Men heraf følger også at der er en grænse for hvor lang ventetiden kan være før en EU-borger har ret til at søge behandling i udlandet og sende regningen til hjemlandet.

Man kan således alt i alt konstatere at den amtskommunale og nationale frihed til selv at definere behandlingsudbuddet og ventetid ikke er ubegræn-

set, men at den udfolder sig inden for rammerne af de internationale konventioner.¹⁰

Autonomi

Respekten for den enkeltes autonomi udspringer af en helt grundlæggende forestilling om mennesket som frit og rationelt. Det frie og rationelle menneske bør kunne forfølge sine egne personlige mål, og indskrænkninger i den enkeltes frihed accepteres som udgangspunkt kun hvis det er nødvendigt for at beskytte andre personers grundlæggende rettigheder, eller hvis det er tvingende nødvendigt af hensyn til fællesskabet. Denne metodik kendes fra menneskerettighederne hvor man normalt proklamerer rettigheden i stk. 1 hvorefter man i stk. 2 gør nærmere rede for under hvilke betingelser denne rettighed kan indskrænkes.

Respekten for den enkeltes autonomi reflekteres blandt andet i kravet om at der skal indhentes et *informeret samtykke* til sygdomsbehandling. Patientens samtykke skal være baseret på fyldestgørende oplysninger om diagnose, behandlingsmuligheder og disses fordele og ulemper, konsekvenser af at undlade behandling m.v. for at man kan tale om et reelt samtykke. Patientens selvbestemmelsesret har også betydning i forhold til håndtering af personoplysninger og disponering over organer og humant materiale.

I Europarådets konvention om menneskerettigheder og biomedicin fremgår det af artikel 5 at ingen intervention på det medicinske område må foretages uden den enkeltes frie og informerede samtykke. Respekten for den personlige autonomi reflekteres endvidere i flere af konventionens øvrige bestemmelser blandt andet om adgang til information, forskning og organ-donation. Konventionen anerkender imidlertid også indskrænkninger i den enkeltes selvbestemmelsesret. Det fremgår således af artikel 26 at man kan indskrænke nogle af den enkeltes rettigheder i henhold til konventionen forudsat at dette sker ved lov og er nødvendigt i et demokratisk samfund blandt andet til beskyttelse af offentlig sundhed eller til beskyttelse af andres rettigheder og frihed. Som man kan se, skal disse indskrænkninger enten være begrundet i en væsentlig samfundsmæssig interesse eller i hensynet til andre personers frihed og rettigheder. Indskrænkningen i den enkeltes rettigheder begrundet i samfundets interesser må antages at have et meget snævert anvendelsesområde da konventionen i artikel 2 fastslår at menneskets interes-

¹⁰ At dette kan være svært at erkende for myndighederne, kan man få et indtryk af ved at læse diskussionen i Ugeskrift for Læger mellem kontorchef i Indenrigs- og Sundhedsministeriet John E. Petersen og professor dr.jur. Kirsten Ketscher og fuldmægtig Kent Kristensen, jf. UfL nr. 163/39 (24. september 2001), 163/43 (22 oktober 2001) og 163/46 (12. november 2001).

ser og velfærd altid har forrang frem for interesser der alene vedrører samfundet og videnskaben. I artikel 10, stk. 3, åbner konventionen også mulighed for at man i enkeltstående særtilfælde kan begrænse patientens ret til information, aktindsigt og ret til ikke-viden såfremt det er i dennes egen interesse. Konventionen anerkender således også at paternalistiske betragtninger kan tillægges betydning. Til trods for dette må man samlet sige at konventionen tillægger respekten for den personlige autonomi særdeles høj værdi, og at man i særlig grad fremhæver betydningen af at sætte hensynet til den enkelte over systemhensyn.

Dansk ret reflekterer også respekten for den enkeltes autonomi. Det fremgår således af patientretsstillingslovens § 1 at lovens formål er at loven skal medvirke til at sikre at patienters værdighed, integritet og selvbestemmelsesret respekteres. Loven indeholder endvidere mere præcise bestemmelser om selvbestemmelsesrettens omfang i forbindelse med sygdomsbehandling, adgang til journalindsigt og håndtering af patientoplysninger. Når det gælder sygdomsbehandling, er loven rensset for tidligere tiders retlige accept af det lægelige privilegium som åbnede mulighed for at man kunne undlade at informere en patient hvis dette måtte antages at være bedst stemmende med vedkommendes tarv. Patientens selvbestemmelsesret skal også respekteres i situationer hvor patientens beslutning kan virke irrationel, som fx beslutningen om ikke at modtage livsnødvendig blodtransfusion. Til gengæld har paternalismen overlevet i bestemmelserne om håndtering af patientoplysninger og om retten til aktindsigt. Her fremgår det af § 20, stk. 2, at man kan give afslag på aktindsigt af hensyn til patienten selv. Dette åbner konventionen om menneskerettigheder og biomedicin ligeledes mulighed for, jf. artikel 10, stk. 3. Det fremgår endvidere af patientretsstillingslovens § 24, stk. 2, nr. 2, og § 26, stk. 2, nr. 2, at man kan videregive oplysninger om patienten uden dennes samtykke hvis dette sker for at varetage væsentlige hensyn til patienten selv. Denne paternalistisk begrundede indskrænkning i patientens selvbestemmelsesret strider umiddelbart mod konventionen som alene åbner mulighed for at indskrænke den enkeltes rettigheder på dette område hvor der foreligger væsentlige samfundsmæssige hensyn eller hensyn til andre personers rettigheder, jf. artikel 26, stk. 1. Den sundhedsretlige lovgivnings forhold til patientens autonomi i forhold til behandlingen af persondata er i det hele taget noget blakket. Patientretsstillingsloven signalerer at patientens autonomi skal tillægges tungtvejende vægt, men dette signal modsiges af flere bestemmelser i den sundhedsretlige lovgivning som pålægger sundhedspersonale at indberette patientoplysninger til diverse registre uden patientens forudgående samtykke. Senest har man – med henvisning til patientens eget tarv – vedtaget en indberetningspligt vedrørende medicinordination så den enkelte patients medicinforbrug registreres samlet i en personlig medicinprofil. Lovgivningen efterlader således det indtryk at der ikke skal meget til før man er parat til at gribe ind i selvbestemmelsesretten.

Respekten for den enkeltes selvbestemmelsesret signalerer respekt for vedkommendes kompetence og værdighed. For menneskerettighederne har det været væsentligt at sikre netop denne respekt og fremhæve det enkelte menneskes rettigheder i forhold til systemerne. Inden for et velfærdsretligt område som sundhedsvæsenet kan man imidlertid se overleveringer både af systemorientering og af velfærdsstatslig paternalisme. I patientretsstillingsloven genfinder man formuleringerne fra artikel 1 i Konventionen om Menneskerettigheder og Biomedicin som fremhæver kravet om respekt for den enkeltes værdighed, integritet og frihed. Derimod finder man ikke formuleringerne fra artikel 2 som fremhæver menneskets forrang frem for interesser der alene vedrører samfundet og videnskaben. Selvom konventionen i lighed med andre menneskeretlige instrumenter anerkender samfundets legitime interesser i at gribe ind i forhold til den enkeltes rettigheder når der foreligger tungtvejende grunde, er formuleringen i artikel 2 væsentlig fordi det signaleres at der skal særligt tungtvejende grunde til at indskrænke den enkeltes rettigheder med henvisning til samfundsmæssige hensyn.

Samlet kan man sige at dansk ret på papiret signalerer respekt for den enkeltes autonomi, men ved nærmere eftersyn kan man imidlertid få det indtryk at det snarere er konventionernes bogstav end ånd man har implementeret. Lovgivningen ser således i en række sammenhænge patientens autonomi som et instrumentelt gode som alene skal respekteres så længe det ikke strider mod systemets interesser eller mod samfundets opfattelse af hvad der er godt for den enkelte.

Svage og udsatte patienter

Menneskerettighederne har som nævnt indledningsvis et særligt blik for svage og udsatte grupper, og dette reflekteres også i forhold til særligt udsatte grupper af patienter. For nogle svage og udsatte grupper opstår problemerne primært i forbindelse med *retten til behandling*. Det kan være grupper som har svært ved at råbe op og gøre opmærksom på et behandlingsbehov. Menneskerettigheder peger blandt andet på at der i forbindelse med prioritering af ressourcerne i sundhedsvæsenet er behov for at sikre at der afsættes tilstrækkelige ressourcer til børn, ældre og psykiatriske patienter, ligesom man fremhæver behovet for at have et særligt øje for personer som lever i marginale situationer som fx hjemløse.¹¹ Selvom man i det danske sundhedsvæsen har særlig forebyggelsesmæssig opmærksomhed rettet

¹¹ Se fx pkt. 2 i Europarådets Recommendation R(99)21 on the Criteria for the Management of Waiting Lists and Waiting Time in Health Care og Recommendation Rec(2000)12 on the adaption of health care services to the demand for health care and health care services of people in marginal situation.

mod børn, må man sige at opmærksomheden vedrørende den retlige beskyttelse af disse grupper generelt er bemærkelsesværdig dårlig. Vilkaarne for de psykiatriske patienter giver igen og igen anledning til kritik, og nogle grupper er dobbeltramte. Det gælder fx mindreårige med psykiatriske lidelser.

Opmærksomheden om svage og udsatte grupper opstår også i forbindelse med de *øvrige patientrettigheder*. Nogle af disse patienter – fx børn og ældre demente – er ikke selv i stand til at tage stilling til behandlingen på grund af mangelfulde eller svigtende mentale ressourcer. Europarådets Konvention om Menneskerettigheder og Biomedicin slår i artikel 6 fast at der kun må foretages interventioner over for patienter som ikke selv er i stand til at give et informeret samtykke hvis dette er til direkte fordel for den pågældende. Det fremgår videre at der skal udpeges en person eller et organ som kan give samtykke på vegne af den inhabile patient.

Selvom der i dansk ret har været en stigende opmærksomhed vedrørende behovet for at beskytte disse patientgrupper, er opmærksomheden dog ikke helt på niveau med menneskerettighederne. I patientretsstillingsloven har man særlige regler om informeret samtykke til behandling for voksne varigt inhabile og for mindreårige, men det fremgår ikke af disse bestemmelser at der kun må træffes afgørelser som er til fordel for patienten. Lovgivningen stiller ganske vist grænser for de beslutninger stedfortræderen kan træffe. I forhold til mindreårige vil man således med hjemmel i den sociale lovgivning kunne gribe ind hvis forældrene træffer beslutninger vedrørende barnets behandling som er livs- eller velfærdstruende for barnet. Patientretsstillingsloven fastslår ligeledes at man kan tilsidesætte de pårørendes beslutning vedrørende behandling af en voksen, varigt inhabil patient hvis beslutningen åbenbart skader patienten eller behandlingsresultatet. Der er imidlertid et kontinuum mellem på den ene side skadelige beslutninger og på den anden side beslutninger som er til fordel for patienten. Forældrenes beslutning om at afvise behandling af den mindreårige kan godt være til barnets ulempe selvom den ikke er direkte velfærdstruende. Tilsvarende vil de pårørendes beslutninger i relation til behandling af en voksen varigt inhabil patient godt kunne være til patientens ulempe uden at man kan tale om beslutninger som skader patienten eller behandlingsresultatet. Her vil menneskerettighederne være på barnets eller den voksne inhabiles side i modsætning til den danske lovgivning som først støtter den udsatte patient når forældre eller pårørende agerer på en måde som er direkte velfærdstruende.

Afrunding

Patientrettighederne tager med sit menneskeretlige afsæt udgangspunkt i individet og den enkeltes rettigheder. Prioriteringen af individet og individets frihed understøttes også af EU-retten som ikke mindst har haft betydning for patienters rettigheder i forhold til at modtage sygebehandling i et andet EU-land. EU-retten har med sin forbrugerretlige optik bidraget til at virkeliggøre menneskerettens ret til sundhed.

I en menneskeretlig optik går interessen for den enkeltes rettigheder hånd i hånd med forpligtelsen til at varetage omsorgen for det svage og udsatte menneske. Dette reflekteres bl.a. i kravet om respekt for den menneskelige værdighed og i menneskerettens opmærksomhed på svage og udsatte grupper.

Spørgsmålet om patienters rettigheder har i Danmark været stærkt præget af et velfærdsretligt paradigme med fokus på fællesskabet, systemets interesser og en paternalistisk indfaldsvinkel til den sociale og sundhedsfaglige omsorg. Det er først i løbet af 1990'erne at patientrettighedstanken for alvor vinder indpas i sundhedsvæsenet. Her sker der til gengæld også noget, og man må sige at patientens autonomi er blevet væsentligt styrket, ligesom patientens ret til behandling er blevet udvidet. Men selvom man i dansk ret har taget mange af de internationale konventioners grundværdier og principper til sig, spiller systemhensyn og rester af paternalisme stadigvæk en rolle. Når den enkeltes rettigheder konfronteres med hensynet til systemet, ser man stadigvæk alt for ofte en tendens til at det er systemhensynene der prioriteres hvad enten det handler om at give patienten ret til at vælge behandling på et tysk sygehus eller ret til at tage stilling til hvem der skal have adgang til fortrolige patientoplysninger. Og – hvad der på en måde er mærkeligt for en velfærdsstat – så har omsorgen for den svage og udsatte patient aldrig for alvor været højt prioriteret i det danske sundhedsvæsen. Man har ganske vist haft særlige forebyggelsesordninger for børn, unge og gravide kvinder, og retsbeskyttelsen for børn og voksne inhabile er blevet styrket med patientretsstillingsloven. Men når vi kommer til udsatte patientgrupper som psykiatriske patienter, ældre patienter og døende, har vi som samfund ikke så meget at byrste os af. Så selvom de internationale konventioner har sat spor i patientrettighedsreguleringen, er der stadig et stykke vej før man kan sige at konventionernes ånd for alvor er trængt igennem.

Referencer:

Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Controle Council Law No. 10, Vol. I, Nuernberg October 1946-April 1949, p. 71.

Lars Fallberg, *Patients Rights in the Nordic Countries*, European Journal of Health Law, 2000, p. 123 ff.

Mette Hartlev, *Fra lægefaglig paternalisme til patientautonomi* i Agnete Weis Bentzon, Byrial Bjørst og Henning Koch (red.), *Retskulturer*, København 2002, p. 223 ff.

Katarina Tomasevski, *Health rights*, i Asbjørn Eide, Catarina Krause og Allan Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights*, 1994, p. 125 ff.

Kirsten Ketscher, *Socialret*, 2. udg., København 2002, p. 249 ff.

UfL nr. 163/39 (24. september 2001), 163/43 (22 oktober 2001) og 163/46 (12. november 2001).

Mette Hartlev er lektor ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Sundhedsret og Bioret og Bioetik. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> E-mail: Mette.Hartlev@jur.ku.dk.

Mødet med den internationale ret

Retten, der banker på

Peter Blume

De retlige regler, der danner grundlaget for fastlæggelsen af gældende ret, kan være genereret mange steder og på vidt forskellige måder. Det er i dag anerkendt, at der ikke er en bestemt kilde til retten, og at de retlige normer bliver til på en sammensat måde og ofte på basis af fragmenter, der hentes fra forskellige kilder. Retsdannelsen er kompleks og er samtidig varierende alt efter hvilket reguleringsområde, der er tale om. Den omstændighed, at retten kan genereres fra mange steder, er dog ikke ensbetydende med, at den kan komme fra alle steder. Spørgsmålet om de retlige kilders hjemsted kan vurderes under forskellige perspektiver, men i det følgende sættes fokus på betydningen af de kilder, der kommer til verden dannet på steder, der ligger uden for den nationale rets grænser. Mere jordnært vedrører problemstillingen den internationale rets betydning for den ret, der praktiseres nationalt. I det følgende er international ret en fælles betegnelse for al ret, som ikke er national, herunder dansk.

I efterhånden mange år er der blevet oparbejdet en tradition, der fremhæver internationalisering, undertiden ligefrem globalisering, som et karakteristisk træk ved samfundsudviklingen og samtidig hermed fremhæver, at den nationale ret som et autonomt fænomen i stadig stigende udstrækning hører fortiden til. Denne tradition kan umiddelbart virke overbevisende, fordi der kan iagttages en meget omfattende international retsdannelse, og fordi det synes at følge af nationale forfatningsretlige normer, at denne retsdannelse har betydning i nationen¹. Om denne fortælling svarer til virkeligheden, vil der bl.a. blive reflekteret over i det følgende.

1. Magt

Der kan til en begyndelse være grund til at fremhæve bestemte karakteristika, og der startes med et magtorienteret. Retten dumper ikke som flaget ned fra den blå himmel, men skabes af personer, som repræsenterer mere eller mindre modsatrettede interesser. Retten er normativ, baseret på formelt set

¹ Den danske grundlov er dog tavs på dette punkt, jfr. Ole Espersen: *Folkeret* (København 2002) p. 97.

legitim magt, som er udtryk for en intention om at ændre en faktisk virkelighed. Går alt, som det skal, bliver dette resultatet, selvom det langt fra er altid, at denne retsoptimisme er berettiget. Der er derfor en betydelig interesse knyttet til hvilket indhold retten gives, og dette afhænger af, hvilke positioner der i den givne kontekst er de stærkeste. Denne sammenhæng, der foreligger i henseende til al ret, er mest tydelig eller i hvert fald gennemskuelig, når er tale om udstedelse af formelle regler. Det er eksempelvis velkendt for udformningen af den nationale ret, at Folketingets partisammensætning har betydning, men dog ikke er enebestemmende, for dennes indhold.

Interessefordelingen har ligeledes betydning for skabelse af international ret, uanset om denne er EU-retlig eller folkeretlig. Det karakteristiske i denne kontekst er, at nationen her har én interesse, der står over for de mange andre nationers. Resultatet kan bero på dygtighed og snilde, men det skyldes tillige og tit i væsentlig udstrækning den enkelte nations styrke. Nationen kan under et forhandlingsforløb indgå alliancer med andre, men også i denne sammenhæng er der styrkeforskelle. Tages der bestik af disse forhold, taler en del for en vis tilbageholdenhed over for den internationale ret, eftersom vor nation ikke hører til blandt de stærke. Vurderingen vil selvsagt afhænge af den konkret gennemførte ret, og hvor tæt den ligger på, hvad vi vil, men på forhånd er der ikke grund til den store begejstring. Dette skyldes endvidere, at små nationer kan opfatte det som nødvendigt at tilslutte sig udstedelse af retlige regler, som man i og for sig ikke synes særligt om. Der er ikke nødvendigvis tale om en frivillig tilslutning. Den foreliggende politiske kontekst kan have betydning for, om den internationale ret faktisk bliver en realitet i nationen, men herom mere senere.

2. Retskilders neutralitet

Vurderingen af den producerede ret afhænger af dennes indhold, og her er der grund til at fremhæve, at vel alle retskildetyper er indholdsmæssigt neutrale. Der findes ikke i denne forstand gode og dårlige retskildetyper. En international konvention kan eksempelvis blive betragtet som såvel god og et fremskridt som dårlig og et tilbageskridt i forhold til nationens ret. Fuldt ud på samme måde, som en national lov kan betragtes. Vurderingen afhænger af øjnene, der ser. Denne banalitet er det vigtigt at fremhæve, ikke mindst fordi der undertiden kan spores en tendens til, at den internationale ret nærmest per se bliver opfattet som bedre end den nationale. Dette har selvsagt ingen mening, og i realiteten er der sikkert ikke nogen, der har en sådan opfattelse. Selvom forummet for rettens skabelse er ændret, er det fortsat de samme mekanismer, der betinger, hvilket indhold retten gives. Der kan udvikles nye retlige former eller retskildetyper, ligesom de processer, der har

indflydelse på, om retlige regler nedskrevet på papir får en faktisk virkning, kan være anderledes end de nationale, men på det almene plan er retskildeproduktionen ikke forandret.

Under dette perspektiv er der ikke knyttet nogen værdimæssig kvalitet til den internationale retsdannelse eller for den sags skyld til internationaliseringen som sådan². At dette fænomen er opstået og har erstattet eller udfyldt en situation præget af spredte og enkeltstående internationale aftaler, beror på den samfundsmæssige udvikling og skyldes mange forskellige faktorer, herunder forbedrede kommunikationsmuligheder, der ideelt beskrevet fører frem til "den globale landsby"³. Vurderingen af internationalt fastsat ret og af internationaliseringen er tæt forbundet, men her koncentrerer opmærksomheden om det førstnævnte, idet denne sammenhæng blot fremhæves.

Det kan konstateres, at der foreligger mange former for international ret, der således allerede af denne grund har varierende betydning for den ret, som faktisk bliver virkeliggjort på det nationale plan. I almindelighed skelnes der traditionelt mellem den ret, der virker direkte eller umiddelbart i den nationale enhed, og den ret, som forpligter staten til at gennemføre eller få gennemført foranstaltninger, der medfører den tilsigtede virkning på det nationale niveau⁴. Der kan være glidende overgange mellem disse to former, men når dette haves i erindring, er denne opdeling nyttig.

3. EU-ret

Den første form for international ret er betinget af en formel national suverænitetsafgivelse. For tiden er det langt overvejende i relation til EU, at denne retskildetype kendes, idet den sædvanligvis karakteriseres ved at være udstedt i form af forordninger. Det afhænger af det overordnede traktatgrundlag, hvornår en forordning kan udstedes, og selvom denne såkaldte supranationale ret er væsentlig på de områder, hvor den kan anvendes, har den i en vis forstand mindre principiel interesse. Spørgsmålet om, hvorvidt reglerne i en forordning bliver overholdt, er reelt ikke anderledes end spørgsmålet om, hvorvidt reglerne i en lov overholdes. Der er tale om en i princippet simpel retsdannelse, som blot er placeret i et andet forum end det nationale. Det er først og fremmest andre typer af international ret, der kan

² Der er naturligvis andre perspektiver end det retlige, herunder internationaliseringens betydning for fredelig sameksistens, men sådanne har ikke retskildemæssig interesse.

³ Det er muligt, at de elektroniske netværk, især Internettet, medfører en tilstand, hvor international ret erstatter national, jfr. Nicholas Negroponte: *Being Digital* (New York 1995) p. 237, hvorefter "national law has no place in cyberlaw". – I denne artikel er det samspillet og ikke substitueringen, der er temaet.

⁴ Med denne opdeling er det samtidig indiceret, at national ret i andre lande ikke har interesse i denne sammenhæng.

give anledning til friktioner og dermed interessante spørgsmål. Disse aktualiseres, når man bevæger sig ned ad skalaen, hvor den fastsatte ret bliver stadig mindre forpligtende, og hvor eksistensen af den gode statslige vilje bliver tilsvarende mere væsentlig for, om retten får en faktisk virkning eller blot får reel mulighed for at få en sådan virkning.

På vej ned ad denne skala er det naturligt at blive i EU-retten, eftersom denne hviler på et særligt retsgrundlag, der skaber en forventning om, at der faktisk kommer noget ud af retsdannelsen. Blandt retsforskrifterne indtager direktiver en særegen position⁵. Udgangspunktet er, at et direktiv skal om sættes til national ret inden for en fastsat frist, og sker dette ikke, kan direktivet i nogle tilfælde få direkte virkning efter fristens udløb. Der bliver på dette tidspunkt tale om en quasiforordning, men dette er dog kun tilfældet, såfremt direktivets tekst er klar og er udtryk for en forbedret retsposition for de retsundergivne, som lider et tab ved at være afskåret fra denne position⁶. Direktiver er dog ikke altid entydigt forpligtende, eftersom de ikke alle er harmoniserende, men derimod udstikker en ramme, der kan udfyldes af den enkelte medlemsstat. Når den internationale rets betydning i almindelighed skal vurderes, har introduktionen af subsidiaritetsprincippet i Maastricht-traktaten (1993) betydelig interesse. Dette princip kan ses som en eksemplifikation af den nationale modstandsret, der behandles nærmere under 5.

Som et illustrativt tilbageblik kan det konstateres, at princippet fik særlig mærkbar virkning i forhold til de direktivforslag, der var under gennemførelse, da princippet kom til verden. Som et tilfældigt eksempel kan nævnes, at det oprindelige forslag til databeskyttelsesdirektiv, fremsat af Kommissionen 1990⁷, var harmoniserende, hvorimod det vedtagne direktiv (95/46 EF) er en blandet landhandel og præget af betydelige frihedsgrader. Direktivers forskelligartede karakter giver anledning til fortolkningsproblemer, idet det ikke altid gøres klart, i hvilken udstrækning harmonisering tilstræbes, og medfører ligeledes, at de ikke altid virker stærkt, men denne historie skal ikke læses således, at direktiver ikke har prægningskraft i forhold til national retsdannelse, men er udtryk for, at selv inden for et finmasket retligt samarbejde mellem nationalstater er der ikke nogen sikkerhed for, at døren bliver åbnet for den ret, der banker på.

Det er i varierende omfang, at de enkelte medlemsstater åbner døren. Det er velkendt, at Danmark hører til blandt de mest artige, idet det kan nævnes, at Kommission i foråret 2003 konstaterede, at Danmark kun mangler at gennemføre 0,6 % af den samlede EU-lovgivning, medens i den anden ende af

⁵ Der er også andre EU-retskilder end dem, der omtales i denne artikel, men de her nævnte er de vigtigste på de fleste områder.

⁶ Det bør anmærkes, at det ikke er nemt at gøre en sådan ret gældende. Der er tale om langsomt virkende ret.

⁷ EFT.C 1990 277/3-12.

af skalaen Italien mangler 3,9 %. Disse opgørelser viser dog blot, at døren er åbnet, men angiver ikke noget om, i hvilken udstrækning reglerne faktisk virker, jfr. under 5.

I forbindelse med EU-retten fremhæves traditionelt den betydning, som EF-Domstolen har. I teoretiske fremstillinger er Domstolen tit det centrale fikspunkt, og denne del af retsdogmatikken kan karakteriseres som domstolsfikseret⁸. Der er da heller ikke nogen tvivl om, at Domstolen trænger ind på det nationale område i den forstand, at dens afgørelser er forpligtende og alt overvejende bliver efterfulgt af medlemsstaterne, men det er blot værd at erindre, at denne virkning selvsagt kun indtræder i forhold til de spørgsmål, der faktisk bliver vurderet af Domstolen, og disse udgør kun et mindre udsnit af den totale EU-ret. Et lille stæk af polycentri i fremstillinger af EU-retten synes at være tiltrængt⁹.

4. Folkeret

EU-retten er kun en del af den internationale ret, der søger at opnå fodfæste. En anden del af himmelen indtages af folkeretten. Det kan i almindelighed iagttages, at denne del af den internationale ret har fået betydeligt højere status, end det var tilfældet for ikke så mange år siden. Det er kun forholdsvis sjældent, at det i dag kan overvejes, om denne ret overhovedet er ret eller snarere blot en *jus imperfecta*¹⁰. Dette gælder, uanset om der er opbygget et selvstændigt reaktionsapparat bag den specifikke folkeretlige regulering, eller om dette ikke er tilfældet. Internationaliseringen har på dette punkt i sig selv haft en væsentlig prægningskraft. Det er fortsat i almindelighed karakteristisk, at denne internationale ret ikke har umiddelbar virkning på det nationale område, idet staten må foretage handlinger, for at dette bliver tilfældet. Denne beskrivelse er dog næppe fuldt ud dækkende på alle områder, idet der muligvis er en tendens til, at regler, som klart angår menneskerettigheder, tillægges en umiddelbar virkning ved retsanvendende instanser, også selvom de ikke følger af EMRK, der har en særegen status som inkorporeret ved national lov (lovbekendtgørelse nr. 750 af 19.10.1998).

Selvom den dualistiske model er svækket, er statslig aktivitet dog i almindelighed nødvendig, og selvom staten f.eks. tiltræder og ratificerer en konvention, er dette ikke uden videre ensbetydende med, at konventionens

⁸ Et eksempel er Hjalte Rasmussen: EU-ret i kontekst (4.udg. København 2001), jfr. p. 27-28.

⁹ Illustrativt kan nævnes spørgsmålet om præambleres retskildeværdi, der normalt ud fra Domstolens praksis vistnok betragtes som nul, medens de i andre retsanvendende instanser utvivlsomt har betydning, jfr. i denne forbindelse Peter Blume, UFR 1996 p. 96-102.

¹⁰ Med tanke på krigen i Irak kan bemærkes, at dette fortsat er tilfældet i nogle situationer.

regler bliver til national ret, der kan anvendes af borgerne¹¹. Eksempler herpå er legio og kan fortsat give anledning til spørgsmålet om, hvorvidt denne type folkeret undertiden har karakter af et spil for galleriet. Burde konventioner o.lign. ikke have en stærkere position, og hvad er meningen med at ratificere en konvention, hvis man ikke vil overholde den?

5. National modstandsret

Dette er spørgsmål, der trænger sig på, og som leder frem til den nationale modstandsret. Disse spørgsmål refererer til tilfælde, hvor der ikke er reel vilje til at gennemføre den internationale ret. Det kan for en umiddelbar betragtning give anledning til forundring, at konventioner, som regeringen underskriver og herefter med Folketingets tilslutning ratificerer, ikke efter et passende tidsrum bliver en del af dansk ret og dermed får et faktisk gennemslag. Sådan er det selvsagt langt fra altid, men situationen forekommer dog. I forhold til et velordnet statsapparat som det danske er der ikke blot tale om glemsomhed, idet det snarere er nærliggende, at der ikke er en vilje til, at den pågældende konvention skal blive ret. Staten viser ikke det samme ansigt indadtil, som den har vist udadtil¹². Den rationelle forklaring herpå er, at man ikke er enig i indholdet af de bestemmelser, der indgår i den pågældende konvention, jfr. yderligere nedenfor.

Det nærliggende spørgsmål er, hvorfor så overhovedet tiltræde og ratificere en sådan konvention. Svaret herpå skal søges i spændingsfeltet mellem det internationale og det nationale. Der foreligger en særlig politisk og retskulturel kontekst, hvorindenfor konventioner bliver til. Statens indflydelse er begrænset, da man er én blandt flere, hvilket indebærer, at man må acceptere uvelkomne bestemmelser for at være med i det gode selskab. Denne position som nølende deltager er den danske stat ikke ene om, og det er ikke kun hos os, at der undertiden kan være langt fra konvention til virkelighed. Det må tilføjes, at disse iagttagelser også har mening i forhold til EU-retten, som ej heller altid reelt bliver opfyldt i national praksis, jfr. under 3.

Vurderingen af sådanne tilfælde er som nævnt afhængig af indstillingen til den konkrete konventions indhold. Man kan selvsagt indtage den position at der altid skal ske opfyldelse, men dette vil i en vis forstand være udtryk

¹¹ Jfr. som eksempel Kirsten Ketscher, Festskrift til Inger Dübeck (København 2003) p. 439-52 med den besværgende titel "Kvindekonventionen gælder i dansk ret", hvilket artiklen viser ikke er gået op for alle. – Undertiden kan tilfælde som dette skyldes, at myndighederne er ubekendt med den folkeretlige forpligtelse.

¹² Dette behøver ikke ske på lovgiverniveau, men kan også vise sig ved kreativ retsanvendelse, der tenderer retspolitik, jfr. hertil Jens Vedsted-Hansen i Jens Evald, Sten Schaumburg-Müller (red): Om retspolitik (København 2002) p. 215-31.

for retsoptimisme. Der er ikke nogen grund til at tro, at afstanden fra papir til virkelighed skulle være mindre kompleks for den internationale ret, end den er for den nationale. Det er ikke noget særegent fænomen, at der kan være et spring fra tekst til virkelighed, men springet er for den internationale ret større, fordi det er en dobbelt afstand, der skal overvindes.

6. Nogle eksempler

I det følgende nævnes nogle eksempler på, hvorledes international ret påvirker eller ikke påvirker national ret. Disse understøtter de sammenfattende konklusioner, der præsenteres under 7. Det må for en god ordens skyld understreges, at der er tale om tilfældige eksempler, og at der givet findes et væld af andre variationer over dette tema.

Der foreligger et ofte lidet gennemskueligt samspil mellem forskellige typer af international ret, hvilket udviklingen inden for databeskyttelsesretten giver en god illustration af. De internationale regler var oprindeligt fastsat i Europarådets konvention 108/81 vedrørende beskyttelse af fysiske personer i forhold til elektronisk databehandling. Konventionen kan ses som en udmøntning af artikel 8 i den europæiske menneskerettighedskonvention. Den trådte i kraft i 1985, men blev først ratificeret af Danmark i 1989, idet denne forsinkelse var udtryk for, at konventionen blev taget alvorligt, eftersom den fastsatte en ret til registerindsigt, som man oprindeligt ikke anså for påkrævet for den private sektors vedkommende, og som først ved en ændring af registerloven blev indført i 1987. Man ventede således pænt med at påtage sig en international forpligtelse, indtil denne faktisk kunne opfyldes. Efter 1989 blev det lagt til grund, at dansk ret var i overensstemmelse med konventionen, men dette blev ikke nærmere efterprøvet, og reelt spillede den ikke nogen betydende rolle i den nationale ret.

Konventionen gælder fortsat, men den er stort set glemt, fordi den reelt er blevet opsuget i direktiv 95/46 EF, der trådte i kraft i 1998, og som danner grundlag for lov nr. 429 af 31.5.2000 om behandling af personoplysninger, der trådte i kraft i 2000. Det er nu direktivet frem for konventionen, der fastslår vores internationale forpligtelser på dette område. EU har villet overtage dette reguleringsområde, der bl.a. har stor betydning for det indre marked¹³ Dette kan umiddelbart betragtes som et fremskridt og udtryk for, at en svagere retskilde viger pladsen for en stærkere. Spørgsmålet er herefter, om dette betyder, at dansk ret nu er direktivbestemt og direktivkonform. Dette er i mange henseender et spørgsmål, der ikke lader sig sikkert besvare. Direktivet og loven er præget af retlige standarder og vage samt upræcise udtryk, hvorfor det ofte er vanskeligt at fastslå, hvad den internationale for-

¹³ Direktivet var det første, der systematisk regulerer et emne omfattet af menneskerettighedskonventionen.

pligtelse præcist går ud på. Direktivets regler er blandede i den forstand, at nogle er harmoniserende, andre udtryk for minimumsregler, uden at det altid er klart, hvilken status den enkelte bestemmelse har.

Det nationale frihedsrum, der herved opstår, blev udnyttet i den danske lovgivningsproces, hvor både regler og lovbemærkninger i videst muligt omfang tog sigte på at opretholde den hidtidigt gældende nationale ret; de to registerlove. Dansk retstradition spillede en stor rolle og påvirkede loven.¹⁴ Lovgivningsprocessen var præget af uvilje over for direktivet, hvis vedtagelse Danmark længe var fristet til at stemme imod. Fastholdelsen af dansk tradition beror i og for sig ikke på nogen ond vilje, idet intentionen bag de regler, hvis direktivkonformitet er tvivlsom, er at skabe en bedre databeskyttelse for borgerne. Reparation af mangler kan opfattes som et af lovens ærinder.

Loven er for så vidt et godt eksempel på modstandsret, idet man ikke fuldt ud følger den internationale retsakt, om end det må tilføjes, at der ikke foreligger nogen autoritativ udtalelse om, at dette ikke er tilfældet. Dette kan bl.a. skyldes, at også inden for EU, hvor de kraftigste virkemidler er til rådighed, er det ikke hurtighed, som karakteriserer processen. Under alle omstændigheder illustrerer dette forløb nogle af de modsætninger, der kan være forbundet med den internationale retsdannelse, og ligeledes, at det ikke er givet, at denne slår eller bør slå igennem i den nationale ret.

En af konsekvenserne af moderne informationsteknologi har været, at det er blevet vanskeligere at beskytte ophavsrettigheder. Ved blot et museklik kan der laves kopier af beskyttede værker, og disse kopier er kvalitetsmæssigt fuldt på højde med de originale; nærmest en kloning. Denne udvikling, der er truende for opretholdelsen af intellektuel ejendomsret, har medført en problematisk international retsdannelse. WIPO, den internationale organisation for immaterialret, vedtog i 1996 en ophavsretskonvention, hvis artikler 11 og 12 fastsætter regler mod brud af tekniske hindringer i beskyttede værkseksemplarer samt en beskyttelse af rettighedsadministrationssystemer. Disse bestemmelser er gentaget i EU's direktiv 2001/29 ("infosoc") og er nu ved lov nr. 1051 af 27.12.2002 blevet en del af den danske ophavsretslov. På dette område har Danmark været en af de artige i klassen og således opfyldt de internationale forpligtelser, i øvrigt betydeligt hurtigere end en del andre lande, der er tøvende.

¹⁴ Gode eksempler er § 6, stk.2-4 om markedsføring samt § 8, der etablerer en særlig kategori af "semi-følsomme" persondata. Denne kategori er ukendt i direktivet og i lovens forarbejder, FT 1999-2000 Tillæg A p.4073, angives for en sikkerheds skyld, at § 8 implementerer artikel 7 om almindelige persondata, men i praksis betragtes de som følsomme.

Der er mange, som mener at vi har været for pæne, fordi disse regler ikke nødvendigvis er ønskværdige. De er entydigt på rettighedshavernes side, og de kan som praktisk konsekvens have, at borgerne, især de ressourcetsvage, afskæres fra at få adgang til samfundsmæssig relevant information, og endnu mere tankevækkende, at der etableres en situation, hvor rettighedshaverne får mulighed for at udøve tankekontrol.¹⁵ Denne regulering er således et eksempel på, at det ikke kun er godt, hvad der kommer udefra. Nogen modstandsret kan man ikke iagttage i dette tilfælde, nærmest tværtimod, men det er ikke givet, at man i dansk ret fuldt ud ville have bevæget sig samme vej, såfremt man kunne være gået på egne ben. Dette kan da i hvert fald være et lønligt håb.

Et af de spørgsmål, der har påkaldt sig størst opmærksomhed i forbindelse med den retlige kamp mod terror, er, i hvilken udstrækning trafikdata, især e-post og telefoni, kan opbevares til senere brug ved kriminalitetsbekæmpelse. En regel herom er blevet fastsat i retsplejelovens § 786, stk. 4, hvorefter teleudbydere har pligt til dataopbevaring i 1 år. Dette er en rent national bestemmelse, selvom den er tilblevet under indtryk af internationale begivenheder. Sideløbende hermed er der i Europarådet blevet gennemført en konvention om IT-kriminalitet (2001), der i artikel 16 giver mulighed for at opbevare sådanne data samt indholdsdata i 90 dage, altså i en betydelig kortere periode. Danmark har til hensigt at ratificere denne konvention, men uden at dette skal medføre en revision af den ovenfor nævnte bestemmelse. Hvordan kan man nu opnå dette, uden at den etårige opbevaring ligner et konventionsbrud. Svaret er, at man vil indføre en yderligere bestemmelse (§ 786a) i retsplejeloven, i hvilken med henblik på et formelt set andet formål, hastesikring af alle former for data, fastsættes en pligt til efter pålæg at opbevare data i 90 dage. Keine Hexerei, nur Behändigkeit! Det kan diskuteres om § 786, stk. 4, direkte er i strid med konventionen, men bestemmelsen går i hvert fald langt videre, og herved foretages modstand, men i det skjulte, så det nok ikke opdages udefra.¹⁶

7. Sammenfatning

På denne baggrund kan det konstateres, at der er mange forskelligartede mekanismer, der kommer i spil, når relationen mellem international og nati-

¹⁵ Det er af pladmæssige grunde ikke muligt her at udfolde problemstillingen, hvorfor der henvises til mit bidrag til Festskrift til Mogens Koktvedgaard (København 2003) p. 77-96.

¹⁶ Hermed menes kun forholdet til konventionen, idet reglen som sådan er kendt langt uden for landets grænser. Lovforslaget foreligger kun i udkastform ved færdiggørelsen af denne artikel, men har givet et flertal bag sig.

onal ret vurderes i det konkrete tilfælde.¹⁷ Der er ikke tale om nogen enkel relation, som kan sættes på en bestemt formel, og en generel stillingtagen er kun mulig under en streng legalistisk synsvinkel. Den internationale ret har utvivlsomt betydning, og denne er øget, men den er kun den ene aktør. Vurderingen af denne ret må som udgangspunkt være den samme som i forhold til andre former for ret. Det er indholdet og virkningerne, som må tillægges betydning. Er denne vurdering negativ, foreligger der fortsat mange muligheder for at udtynde og underspille fastsatte regler, selvom disse formelt måtte have en bindende karakter. International ret bør ikke behandles som et ikon.

Et formelt demokratisk synspunkt kan i denne forbindelse tillægges en vis betydning. Der er langt fra folket til det forum, hvor den internationale ret produceres. Dette gælder især, såfremt man alene fokuserer på det repræsentative element ved demokratiet. Risikoen for, at der opstår legitimitetsproblemer, er større, end når der er tale om nationalt produceret ret. Denne enkle konstatering kan begrunde modstandsret især i de tilfælde, hvor konventionen eller retsakten strider mod den nationale retskultur eller ikke medfører nye eller bedre rettigheder.

Der er alt i alt grund til en distanceret uimponerthed. Ret uden grænser er et svært koncept for jurister, der er vænnet til det nationale perspektiv. Det her anførte kan ses som udtryk for denne vanskelighed, men er snarere ment som udtryk for den grundopfattelse, at international ret repræsenterer retskilder, der sammen med de nationale må indgå i det komplekse samspil, som i sidste instans producerer den ret, der faktisk er. Hvilke retskilder der er mest prægende, kan ikke afgøres generelt, men afhænger af den konkrete situation. Hvilke retskilder der bør være prægende, afhænger af den retspolitiske stillingtagen.

Referencer:

Peter Blume, UFR 1996 p. 96-102

Peter Blume: *Individet, ophavsretten og krisen*. Festskrift til Mogens Koktvedgaard (København 2003) p. 77-96

Ole Espersen: *Folkeret* (København 2002)

Kirsten Ketscher: *Kvindekonventionen gælder i dansk ret*. Festskrift til Inger Dübeck (København 2003) p. 439-52.

Nicholas Negroponte: *Being Digital* (New York 1995)

Hjalte Rasmussen: *EU-ret i kontekst* (4. udg. København 2001)

¹⁷ Diskussionen om kompetencefordelingen i relation til den kommende EU forfatning er et yderligere eksempel på at den selvstændige nationale ret lever.

Jens Vedsted-Hansen i Jens Evald, Sten Schaumburg-Müller (red): *Om retspolitik*
(København 2002)

Peter Blume er professor, dr.jur. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Retsinformatik. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> E-mail: Peter.Blume@jur.ku.dk.

Domstolene og menneskerettighederne

Jens Kristiansen

1. Indledning

Den internationale retsudvikling sætter i disse år sine tydelige spor i dansk ret. Et af de markante udviklingstræk er, at "menneskerettigheder" – især udtrykt ved den europæiske menneskeretskonvention, som fik lovskraft i 1992 – spiller en stadig større rolle i såvel lovarbejdet som afgørelsespraksis.

Det internationaliserede retssystem har sat en ny dagsorden for den måde, domstolene arbejder på, idet "domstolene i højere grad end hidtil skal udøve en selvstændig retsskabende funktion". Dommerstanden må i forlængelse heraf "forventes at skulle arbejde med en bredere fortolkningsstil og en retskildelære, der i et vist omfang går ud over og derved til dels adskiller sig fra den nuværende", jf. betænkning 1319/1996, s. 175.

Det er ikke ganske klart, hvad der nærmere ligger i, at domstolene vil få en mere "retsskabende funktion", og at der som led heri bliver tale om en "bredere fortolkningsstil". Men synspunktet er formentlig, at de mange brede og til dels vage retlige standarder i bl.a. den europæiske menneskeretskonvention lægger en række væsentlige interesseafvejninger i hænderne på dommerne. Grænserne mellem jura og politik og dermed mellem domstolene og Folketinget bliver mere flydende.

Den danske forfatningstradition hviler på en principiel adskillelse mellem den dømmende og lovgivende magt, jf. herved grundlovens § 3. Den tradition afspejler, at domstolene – modsat Folketinget – ikke besidder noget folkeligt (demokratisk) mandat.

Det er på linie hermed i sidste ende Folketinget, der har det overordnede ansvar for, at Danmark honorerer internationale forpligtelser. Det vil således i sidste ende være op til Folketinget at vurdere, hvor langt man vil gå for at opfylde internationale konventioner, jf. betænkning 1220/1991, s. 147ff, og betænkning 1407/2001, s. 306ff.

Domstolene, og især Højesteret, har imidlertid demonstreret en tiltagende vilje til at påtage sig et medansvar for opfyldelsen. Det kommer navnlig til

udtryk i en stadig større tilbøjelighed til at anvende og i nogle tilfælde ligefrem omfortolke nationale regler i lyset af de internationale forpligtelser. Domstolene kommer dermed langt tættere på selve lovprocessen og sætter i en række tilfælde reelt en ramme for en efterfølgende politisk behandling af selv samme spørgsmål. I naturlig forlængelse heraf må domstolene stille strengere krav til den begrundelse, de selv giver for en bestemt fortolkning, og ikke mindst den specifikke rolle, de menneskeretlige argumenter er tillagt, jf. afsnit 2.

Det er tydeligt, at Højesteret generelt tillægger Menneskeretsdomstolens praksis betydelig vægt. Det er udtryk for det medansvar, domstolene har for løbende at tilpasse den nationale retstilstand til de internationale menneskerettigheder, som de fortolkes af de internationale retsorganer. Men det er samtidig et nærliggende synspunkt, at domstolene, og især Højesteret, tillige må have et medansvar for at fastholde væsentlige nationale retsprincipper. Det forekommer ikke mindst naturligt i tilfælde, hvor der er afgørende principper på spil og den internationale praksis har udviklet sig på en måde, der forekommer mindre forenelig med den tiltrådte konventionstekst, jf. afsnit 3.

Det klassiske menneskerettighedskoncept tager sigte på at beskytte borgerne over for staten, og det er også sådanne sager, der står i centrum ved Menneskeretsdomstolen. Men de menneskeretlige konventioner udelukker ikke, at staten også kan have (en vis) forpligtelse til at beskytte private over for andre private. Der er tydeligvis en vis bevægelse i retning af, at Menneskeretsdomstolen tillige forpligter staterne til at sikre private beskyttelse over for andre private. Det er en udvikling, som rejser mange spørgsmål, herunder det ret fundamentale, om processen ved Menneskeretsdomstolen er indrettet til at håndtere sager af denne karakter på en fuldt ud betryggende måde, jf. afsnit 4.

2. Domstolene og den politiske beslutningsproces

At være retsskabende er ikke nogen ny rolle for domstolene. En række af de grundlæggende retsfigurer og retsgrundsætninger i dansk ret er reelt udviklet af domstolene. Det gælder f.eks. de uskrevne retsgrundsætninger om offentlige myndigheders saglige og lige behandling af borgerne.

Alligevel er der næppe tvivl om, at domstolenes rolle bliver en anden fremover, da retsskabelsen i højere grad vil udspille sig inden for rammerne af et internationaliseret retssystem. Hidtil har det stået Folketinget frit for at ændre ved de retsgrundsætninger, som er udviklet af domstolene. Den frihed vil ikke være til stede på samme måde, når retsskabelsen foregår i lyset af internationale forpligtelser, og især menneskeretlige forpligtelser. I disse til-

fælde skal Folketinget i givet fald ikke blot gøre op med en eventuel højesteretspraksis, men tillige med menneskeretlige principper, sådan som de er blevet fortolket af domstolene.

Navnlig Højesteret kommer dermed til at indtage en mere central position for selve lovprocessen, fordi en afsagt dom ikke kun vil formulere en bestemt retstilstand, men samtidig sætte en retlig ramme for en eventuel efterfølgende politisk lovbehandling af spørgsmålet. Det vil derfor gøre en betydelig forskel, om Højesteret omfortolker en bestemt lovregel på egen hånd eller som en direkte følge af menneskeretskonventionen.

Den begrundelse og argumentation, Højesteret anvender for at nå et bestemt resultat, vil formentlig i mange tilfælde være af større betydning end selve resultatet. Det er imidlertid ikke altid lige klart, hvorfor Højesteret når til en bestemt fortolkning under inddragelse af menneskeretlige synspunkter. Som generel rettesnor er det tydeligt, at Menneskeretsdomstolens praksis tillægges betydelig vægt, men i nogle tilfælde sker selv ganske vidtgående omfortolkninger af national lovgivning blot med en generel henvisning til en bestemmelse i menneskeretskonventionen, jf. til illustration U99/1316H og U2002/2060H.

I U99/1316H afgjorde Højesteret den første af en række principielle sager om lovligheden af eksklusivaftaler. Der var tale om en lønmodtager, som havde meldt sig ud af SID, og som i forlængelse heraf blev afskediget fra sit job i Novadan. Parterne i sagen var enige om, at afskedigelsen var i overensstemmelse med foreningsfrihedsloven, og spørgsmålet var derfor alene, om den var i strid med menneskeretskonventionens art. 11.

Højesteret gennemgår kort den relevante praksis fra Menneskeretsdomstolen og når i enighed til, at der "ikke er grundlag for i dommen i Sigurjonsson-sagen at indlægge en anden vurdering af lovligheden af arbejdsmarkedets eksklusivaftaler og disses konsekvenser end den, der fremgår af dommen i British Rail-sagen". Et flertal på 5 dommere foretager imidlertid en indskrænkende fortolkning af undtagelsesbestemmelsen i foreningsfrihedslovens § 2, stk. 3, som "tillige må anses for bedst stemmende med dommen i British Rail-sagen". En fortolkning som ifølge et mindretal på 4 dommere er "mindre vel forenelig med ordlyden" og "i modstrid med bemærkningerne til lovforslaget".

I dommen fastholder Højesteret således British Rail – der er fundamentet for den danske foreningsfrihedslov – som den ledende dom, idet navnlig Sigurjonsson ikke har ændret herved. Højesterets flertal vælger på trods heraf at foretage en omfortolkning af lovens § 2, stk. 3, i lyset af British Rail, og sætter dermed sin egen vurdering af denne doms rækkevidde over Folketingets. Der er dog ikke tale om en omfortolkning med vidtrækkende konsekvenser, og der er argumenteret grundigt for resultatet.

I U2002/2060H afgjorde Højesteret en langvarig tvist om en lønmodtagers adgang til at få efterprøvet, om hendes individuelt forhandlede løn sva-

rede til kvalifikationer, ansvarsområde m.v. Forinden var sagen blevet afvist af en faglig voldgift, Arbejdsretten og Sø- og Handelsretten, som lagde vægt på, at overenskomsten kun gav den faglige organisation adgang til at forhandle om lønnen, ikke at få den efterprøvet retligt. Om lønnen svarede til kvalifikationerne, var med andre ord et interesseløst spørgsmål, ikke et retsspørgsmål.

Højesteret gav – med ultrakorte præmisser – lønmodtageren adgang til civilt søgsmål efter arbejdsretslovens § 11, stk. 2, som ”i lyset af” menneskeretskonventionens art. 6 om retfærdig rettergang måtte fortolkes således, at en lønmodtager ikke blot har adgang til at anlægge sag ved domstolene, når den faglige organisation ikke ønsker at forfølge sagen fagretligt, men også når den – som her – generelt har afskåret sig fra at gøre det. Højesteret tog ikke stilling til, om der reelt var tale om en interesseløst, hvilket spillede en central rolle ved Sø- og Handelsrettens afvisning af at realitetsbehandle sagen.

Den ganske vidtgående fortolkning af arbejdsretslovens § 11, stk. 2, er i modstrid med såvel ordlyden som forarbejderne. Dommen er i formaliteten en fortolkning af bestemmelsen, men i realiteten en omskrivning af den. Denne omskrivning er samtidig bemærkelsesværdig ved, at forarbejderne havde vurderet rækkevidden af den relevante dom af 27. august 1991 (Philis) fra Menneskeretsdomstolen på området, mens Højesteret slet ikke nævner den i sine præmisser. Højesteret nævner heller ikke (betydningen af) den afvisningsafgørelse af 6. juli 2000 (Roepstorff) i en dansk klagesag, som havde en række lighedspunkter med den foreliggende sag.

Dette fravær af en udtrykkelig stillingtagen til Menneskeretsdomstolens praksis på dette område står i skarp kontrast til dommen i U99/1316H. Kontrasten bliver ikke mindre iøjnefaldende af, at omfortolkningen af arbejdsretslovens § 11, stk. 2, har langt større principiel og praktisk rækkevidde end omfortolkningen af foreningsfrihedslovens § 2, stk. 3. Man skulle derfor umiddelbart tro, at Højesteret selv ville kræve et mere sikkert menneskeretligt fundament for at foretage et så drastisk skridt, hvilket også var forudsat i forarbejderne til inkorporeringsloven, jf. betænkning 1220/1991, s. 147ff, og Folketingstidende 1991/92, tillæg A, sp. 5468f.

I mine øjne er problemet ikke, at omfortolkningen af lovbestemmelsen foregår uden støtte i klar menneskeretlig domspraksis. Det egentlige problem består i, at Højesteret ikke foretager nogen åben indholdsmæssig fastlæggelse af indholdet af den menneskeretlige standard, som åbenlyst spiller en central rolle for sagens udfald. På den baggrund får art. 6 nærmest karakter af en juridisk trylleformular.

3. Højesteret som konventionsfortolker

Der er ingen tvivl om, at Menneskeretsdomstolen selv opfatter sig som det retsorgan, der autoritativt fastlægger forståelsen af menneskeretskonventionens indhold. Medlemsstaterne er formelt kun forpligtede til at rette sig efter en dom i en sag, hvor de selv er part, jf. traktatens art. 46. Men de nationale forfatningsdomstole og højesteretter synes i praksis at have accepteret Menneskeretsdomstolen som autoritativ fortolker af menneskeretskonventionen. En sådan accept er også nødvendig, hvis systemet skal fungere i praksis, da man ikke kan have en helt forskellig udlægning af centrale konventionsbegreber i hvert enkelt medlemsland, jf. Isi Foighel (2000), s. 623.

I konsekvens heraf kommer Menneskeretsdomstolens praksis til at indtage en nøglerolle i anvendelse af konventionens generelle standarder. Udgangspunktet synes at være, "at relevant praksis lægges til grund, således at danske domstole og andre retsanvendende myndigheder ikke træffer afgørelser, der må anses for at være i strid med en konvention, således som den er blevet fortolket i den pågældende afgørelse". I den sammenhæng vil det "ikke være tilstrækkeligt at se på afgørelsens resultat, idet det også vil være nødvendigt at se på begrundelsen for resultatet", jf. betænkning 1407/2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, s. 300f.

En automatisk anvendelse af international domspraksis vil ikke være forenelig med den grundlovmæssige ramme, domstolene fungerer inden for. Domstolene har ifølge grundlovens § 64 "alene at rette sig efter loven", hvilket ifølge statsretlig teori må læses som "gældende ret" i bred forstand, jf. Henning Koch (1999), s. 218. Der er i praksis et meget vidt spillerum for gældende ret, men afgørelsen må meningsfuldt kunne støttes på en (bestemt) retsregel, således at domstolsvirksomheden ikke får (rets)politisk karakter, jf. herved den forudsatte magtfordeling mellem domstolene og Folketinget i grundlovens § 3.

Menneskeretsdomstolen praktiserer en såkaldt dynamisk fortolkningsstil med udgangspunkt i, at "the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions", jf. f.eks. dom af 30. juni 1993 i Sigurjonsson. Der er intet i vejen med at arbejde med et sådant dynamisk fortolkningsparadigme, og det vil formentlig langt hen ad vejen sikre en løbende overensstemmelse mellem de generelle retsstandarder og de fremherskende værdimæssige forestillinger i medlemsstaterne. Denne metode kan også have den fordel, at Menneskeretsdomstolen på nogle punkter kan anlægge en mere forsigtig (indskrænkende) fortolkning uden at afskære sig fra en mere offensiv fortolkning sidenhen. Men det må på den anden side også være klart, at begrebet "dynamisk fortolkning" ikke er nogen trylleformular, og at det ikke kan anvendes til reelt at indskrive nye rettigheder i

traktaten. Menneskeretsdomstolen besidder lige så lidt som de nationale domstole den demokratiske legitimitet, der kan berettiggel sådanne skridt.

En dom fra Menneskeretsdomstolen må således som alle andre domme grundlæggende have et retligt fundament, herunder være et resultat af sædvanligt anerkendte fortolkningsprincipper. Som anerkendt af Menneskeretsdomstolen selv må fortolkningsvirksomheden foregå inden for de anerkendte rammer, som sættes i traktatretskonventionen, jf. f.eks. dom af 21. februar 1975 i Golder. Befinder Menneskeretsdomstolens afgørelse sig uden for disse fortolkningsmæssige grænser, må danske domstole i hvert fald nøje overveje, om afgørelsen kan lægges til grund som "gældende ret", jf. herved grundlovens §§ 3 og 64.

På et praktisk plan vil det ofte være sådan, at de nationale domstole har et vist spillerum inden for de rammer, Menneskeretsdomstolen selv opstiller. Det kan bero på, at konventionsreglerne selv – som f.eks. de centrale bestemmelser i art. 8-11 – forudsætter en (national) interesseafvejning. Men Domstolen giver generelt medlemslandene en vis handlefrihed med hensyn til, hvorledes de vil opfylde konventionens bestemmelser, ofte udtrykt som en grundsætning om "margin of appreciation" eller i særlige tilfælde "wide margin of appreciation". Det er naturligvis vigtigt, at de nationale domstole benytter sig af et sådant spillerum til at foretage en menneskeretlig vurdering, så Menneskeretsdomstolen dermed bliver præsenteret for en national domstolsvinkel på spørgsmålet i den konkrete sag.

I den juridiske litteratur er det fremført, at Højesteret i sin iver for at undgå underkendelse ved Menneskeretsdomstolen er "mere katolsk end paven selv". I stedet burde Højesteret overveje at foretage velargumenterede, selvstændige fortolkninger af såvel konventionens regler som domspraksis, også selv om det på nogle punkter vil gå imod den (formodede) opfattelse hos Menneskeretsdomstolen, jf. Eva Smith (2001), s. 58. At de nationale retter må påtage sig et sådant modspil til Menneskeretsdomstolen, er ikke noget ukendt fænomen i Europa og er f.eks. direkte forudsat i forarbejderne til den engelske inkorporationslov, jf. herved Jens Elo Rytter (2002), s. 83f.

Menneskeretsdomstolen fungerer – ligesom de nationale retter – ikke i et lukket rum, men må tage bestik af den praksis, som udvikler sig ved især de nationale forfatningsdomstole og højesteretter. I sidste ende afhænger menneskeretskonventionens gennemslagskraft i de enkelte lande af en løbende accept fra såvel de nationale parlamenter som domstole. Det er derfor nærliggende, at en velargumenteret højesteretsdom kan gøre indtryk på Domstolen, selv om den måske umiddelbart var mere stemt for et andet resultat eller i hvert fald en afgørelse med andre præmisser.

At Menneskeretsdomstolen rent faktisk synes at tage (særligt) bestik af velargumenterede højesteretsafgørelser, kan illustreres ved to nyere afvisningsafgørelser fra Domstolen. Spørgsmålet i begge sager var, om et statsligt indgreb i en kollektiv arbejdskonflikt (strejke) kan være i strid med den

frihed til at organisere sig i faglige organisationer, som enhver nyder i medfør af art. 11 "for at beskytte sine interesser". I en række tidlige domme staturerede Menneskeretsdomstolen, at bestemmelsen ikke sikrer fagforeninger specifikke rettigheder, herunder en konfliktret. Kollektive arbejdskonflikter er ét blandt flere legitime midler til at sikre medlemmernes interesser, men staten har "a free choice" mellem de forskellige midler, jf. navnlig dom af 6. februar 1976 i Schmidt og Dahlström.

Spørgsmålet om konfliktret som et integreret led i (fag)foreningsfriheden i art. 11 opstod på ny i to forskellige sager, som blev afgjort med forholdsvis kort mellemrum i 2002. I begge tilfælde blev sagerne afvist som åbenbart grundløse, men de er interessante i denne sammenhæng ved, at de er afgjort af samme afdeling (med stort set samme dommerpanel), men med noget forskellige præmisser. Mens den første afgørelse antydede en videreudvikling af hidtidig praksis, konfirmerede den sidste snarere hidtidig praksis.

Ved afgørelse af 10. januar 2002 (application No. 53574/99) afviste Domstolen at realitetsbehandle en klage over et indgreb i hospitalsansattes strejkeret i Storbritannien. En varslet strejke i forbindelse med en privatisering af et hospital var blevet forbudt af de nationale domstole. Menneskeretsdomstolen udtalte, at det nedlagte forbud mod strejken var et indgreb i fagforeningens rettigheder i medfør af art. 11, stk. 1, men fandt efter en konkret vurdering, at indgrebet var nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. stk. 2.

Præmisserne er ikke ganske klare, men de antyder en videre beskyttelse af konfliktretten efter art. 11, end der fulgte af tidligere praksis. At det imidlertid ikke er tilfældet, synes – med noget større klarhed – at fremgå af en nyere afvisningsafgørelse af 27. juni 2002 (application No. 38190/97) i en norsk klagesag om et lovindgreb i en konflikt på en olieplatform.

Den klagende fagforening havde anfægtet lovindgrebet ved de nationale domstole som værende i strid med grundloven §§ 110 C og 112 om beskyttelse af menneskerettigheder og fundamentale retsprincipper. Til støtte for, at det ikke var tilfældet, henviste fagforeningen bl.a. til en række forskellige internationale konventioner med tilhørende praksis, og navnlig ILO konvention 87 om foreningsfrihed med den omfattende klagepraksis, herunder den løbende kritik af de norske lovindgreb i konflikter på olieplatforme.

Den norske Høyesterett foretog en særdeles grundig gennemgang af såvel de nationale som internationale forpligtelser. Om ILO-organernes praksis om indfortolkning af konfliktretten som en del af organisationsfriheden i konvention 87 udtalte rettens førstvoterende (med tilslutning fra de øvrige dommere): "Jeg kan ikke se at de til dels vidtgående begrænsninger i adgangen til inngrep som ILO-organene går inn for, har holdepunkter i konvensjonsteksterne slik de blev forhandlet og vedtatt." Det var efter rettens opfattelse usikkert, hvad der kunne udledes af Menneskeretsdomstolens praksis

med hensyn til en konfliktret, men ”i alle tilfælde indeholder ikke EMK (...) detaljerte normer for statenes adgang til å begrense retten til streik”. Den norske stat blev frifundet af en enig Høyesterett.

Ved afgørelse af 27. juni 2002 afviste Menneskeretsdomstolen at realitetsbehandle sagen. Men de principielle præmisser om konfliktrettens status i forhold til art. 11, stk. 1, blev samtidig mere forsigtige. Nu var der således ikke blot tale om ”a choice” som i den første afgørelse, men (som hidtidig domstolspraksis) ”a free choice” for staten til at vælge mellem de legitime midler for fagforeningens interessevaretagelse. Og Domstolen tilføjede – modsat den første afvisningsafgørelse – at indgreb i konfliktretten ikke i sig selv giver anledning til at rejse spørgsmål under art. 11. Domstolen valgte dog alligevel at foretage en vurdering efter art. 11, stk. 2, under den forudsætning (”assumption”), at der var tale om et indgreb efter stk. 1. Denne vurdering faldt – efter en ganske grundig gennemgang af baggrunden for lovindgrebet – ud til, at der var tale om et nødvendigt indgreb i et demokratisk samfund.

At der er tale om en forskel på præmisserne i de to afgørelser, er iøjnefaldende, men om den reelle forskel er lige så markant, kan måske diskuteres, da Domstolen i begge tilfælde foretager en testning efter stk. 2, jf. Jonas Christoffersen (2003), s. 112f. Der er imidlertid næppe tvivl om, at den mere forsigtige stil i den sidste afgørelse er en bevidst nedtoning af konfliktrettens (selvstændige) beskyttelse. Det er nærliggende, at denne mere forsigtige stil har at gøre med den meget grundige afvisning af en konventionsstridig adfærd, som den norske Høyesterett selv havde foretaget. Sagens alvor blev ydermere understreget af den norske regering, der anførte, at ”there was no basis in law for the proposition that the doctrine of evolutive interpretation could be used to read a right to strike into Article 11”, og at der i givet fald ville være tale om ”an impermissible legislative move necessitating the creation of a whole code of industrial relations under the Convention”.

4. Menneskeretlige tvister mellem private

Menneskeretskonventionen forpligter efter art. 1 de kontraherende stater, og det er i forlængelse heraf tillige kun staterne, der kan indklages for Menneskeretsdomstolen i medfør af art. 34. Det følger naturligt heraf, at menneskeretskonventionen ikke skaber pligter og rettigheder mellem private. Den danske lovmæssige gennemførelse af konventionen ændrer ikke herved.

Efter Menneskeretsdomstolens praksis kan medlemsstaterne imidlertid i visse tilfælde have pligt til ikke blot selv at afstå fra indgreb i sikrede rettigheder, men også at beskytte private mod indgreb i rettigheder fra andre pri-

vate. Domstolen træder dog (stadig) med betydelig varsomhed på dette område, bl.a. ved ofte at tilkende medlemsstaterne "a wide margin of appreciation" i disse tilfælde.

Domstolens praksis er omdiskuteret, men der er næppe tvivl om, at den tidligere reservede teoretiske attitude er ved at blive afløst af en mere accepterende holdning til anvendelse af menneskerettighedskonventionen mellem private, jf. f.eks. Jens Elo Rytter (2001), s. 121ff, og Erik Werlauff (2001), s. 261ff. Der er efter min opfattelse stadig god grund til at udvise skepsis over for anvendelse af konventionens regler på privatretlige forhold, da det menneskeretlige system ikke er indrettet til at håndtere sager af denne karakter.

I praksis vil det menneskeretlige spørgsmål blive behandlet i en tvist direkte mellem de private parter, f.eks. som i U99/1316H mellem arbejdsgiveren og den ansatte, der blev afskediget for ikke at være organiseret i den faglige organisation, som var part i overenskomsten (med eksklusivaftale). I dette tilfælde var den faglige organisation (overenskomstparten) tillige indtrådt som biintervenient til støtte for arbejdsgiveren. Sagen blev afgjort efter det nationale retsgrundlag (foreningsfrihedsloven), men det reelle spørgsmål i sagen vedrørte afskedigelsens og eksklusivaftalens overensstemmelse med menneskeretskonventionens art. 11 om foreningsfrihed. Der var tale om en principiel sag, og for begge parter stod der en hel del på spil, jf. tillige de tilsvarende sager i U 99/1496H og U2000/1728H.

Ved samtlige domme fandt Højesteret, at foreningsfrihedsloven (og dermed eksklusivaftaler som sådan) var forenelige med Menneskeretsdomstolens praksis (men i U99/1316H omfortolkede Højesteret dog lovens § 2, stk. 3). I forlængelse heraf klagede de afskedigede lønmodtagere (og de organisationer, de var repræsenteret af) til Menneskeretsdomstolen.

På det tidspunkt er der formelt set ikke længere tale om en tvist mellem de involverede private parter, men mellem den ene af sagens parter og staten. Den anden part (og biintervenienten) er ikke en del af sagen, selv om det er den konkrete sag mellem parterne, der danner baggrund for såvel sagsfremstillingen som afgørelsen ved Menneskeretsdomstolen. Formelt set er denne ordning retfærdiggjort ved, at konventionskrænkelsen i dette tilfælde består i en mangelfuld statslig beskyttelse af de klagende lønmodtagere. Staten optræder i en anden rolle end normalt, da den ikke skal forsvare en bestemt (positiv) myndighedsadfærd, men begrunde en (passiv) holdning over for en bestemt privat adfærd. Den statslige passivitet og den private adfærd kan således ikke meningsfuldt holdes ude fra hinanden i dette tilfælde.

Partskonstellationen ved Menneskeretsdomstolen indebærer i realiteten, at den ene af de private parter i sagen må se sig henvist til at være repræsenteret ved en statslig myndighed. Det har ikke blot betydning for den konkrete involverede private part, men også mere generelt for de interesser, som den pågældende private part repræsenterer i sagen, f.eks. interessen i at kunne

anvende eksklusivaftaler. Også ud fra en menneskeretlig betragtning er partskonstellationen iøjnefaldende, da Menneskeretsdomstolen selv i sin praksis om retfærdig rettergang efter art. 6 lægger afgørende vægt på, at parterne er stillet på ligeværdig måde ved domstolsbehandling, jf. om praksis Peer Lorenzen m.fl. (2003), s. 229 ff. ("equality of arms").

Menneskeretsdomstolen har mulighed for at give såvel andre medlemsstater som private personer adgang til at afgive tredjepartsindlæg ved behandlingen af en sag, jf. traktatens art. 36, stk. 2. Men der er ikke nogen (nævnsværdig) praksis for at gøre det, og Domstolen tager ikke selv initiativ til at indhente indlæg fra andre private parter i sager af denne karakter.

Partens manglende adgang til selv at fremføre sine argumenter og synspunkter kan især være et problem i de tilfælde, hvor staten (regeringen) tilsyneladende har større sympati for klagerens sag end for partens sag. Det var f.eks. den nytiltrådte konservative regering i Storbritannien, der skulle forsvare fagforeningens adgang til at benytte eksklusivaftaler i British Rail-sagen. Man gør næppe nogen uret ved at påpege, at forsvaret for den bestående nationale orden ikke havde helt samme intensitet i denne sag, som den f.eks. havde i den norske strejkeforbudssag, der er omtalt i afsnit 3. Menneskeretsdomstolen måtte f.eks. af egen drift undersøge, om eksklusivaftaler kunne være et nødvendigt led i et demokratisk samfund, da regeringen udtrykkeligt afstod fra at gøre dette synspunkt gældende.

På tilsvarende vis opstår der det ejendommelige skisma i de verserende danske klagesager om eksklusivaftalers forenelighed med konventionens art. 11, at eksklusivaftalerne skal forsvares af en regering, som selv har deres afskaffelse som politisk programpunkt. Der er efter min opfattelse ikke belæg for, at det danske forsvar vil være påvirket af regeringens politiske synspunkter, men man kan vel næppe fortænke de udelukkede private parter (og især fagforeningerne) for at anse konstruktionen for mindre betryggende.

De særlige problemer, som knytter sig til behandlingen af menneskeretlige spørgsmål i tvister mellem private – herunder den delikate rettighedsafvejning – understreger det fælles ansvar, som Menneskeretsdomstolen og de nationale domstole har for en fair behandling af alle involverede. Derfor var det også godt, at Højesteret i bl.a. U99/1316H foretog en nøje granskning af Domstolens praksis med det formål at vurdere, om foreningsfriheden stod mål med de krav, Menneskeretsdomstolen stiller. Det siger selv, at Højesterets præmisser opstiller en ret fast ramme for det forsvar, der må forventes af den danske regering i disse sager.

Man kan til gengæld også notere sig, at Højesterets præmisser ikke tager stilling til den negative foreningsfriheds udstrækning (art. 11, stk. 1) og dens afvejning over for andre modstående rettigheder og samfundshensyn (art. 11, stk. 2). I realiteten overlader Højesteret disse ganske vitale spørgsmål til Menneskeretsdomstolen, selv om spørgsmålene er særdeles politisk

kontroversielle i Danmark, og Menneskeretsdomstolen har udviklet en fortolkning af art. 11, som ikke stemmer vel overens med sædvanlige fortolkningsprincipper, herunder traktatretskonventionens art. 31 og 32.

Referencer:

- Betænkning 1220 om den europæiske menneskerettighedskonvention og dansk ret, 1991.
- Betænkning 1319 fra Domstolsudvalget, 1996.
- Betænkning 1407 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, 2002.
- Jonas Christoffersen, *Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention*, UfR 2000.B593ff.
- Jonas Christoffersen, *Menneskerettighedsdomstolens praksis i 2002, EU-ret og Menneskeret*, 2003, s. 101ff.
- Børge Dahl, *Grundlovsskrivning*, i Torsten Iversen m.fl. (red.), *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 99ff.
- Isi Foighel, *Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg*, i Peter Garde m.fl. (red.), *Dommeren i det 20. århundrede*, 2000, s. 621ff.
- Jens Garde og Michael Hansen Jensen, *Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis – et tungtvejende fortolkningselement eller en ubetinget bindende retskilde?*, Juristen 2002, s. 76ff.
- Henning Koch, *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, s. 213ff.
- Peer Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskeretskonvention*, 2003.
- Torben Melchior, Maastricht, *Tvind ... og hvad så?*, i Torsten Iversen m.fl. (red.), *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 2003, s. 201ff.
- Jens Elo Rytter, *Grundrettigheder som almene retsprincipper*, Juristen 2001, s. 121ff.
- Jens Elo Rytter, *Menneskerettigheder i Europa: Fra eufori til besindelse?*, i Kirsten Hastrup (red.), *Menneskerettens udfordring*, 2002, s. 73ff.
- Eva Smith, *Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourgdomstolens praksis?*, Juristen 2001, s. 54ff.
- Ole Spiermann, *Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner*, UfR 2002.B412.
- Erik Werlauff, *Frihedsrettigheders virkning mellem private*, UfR 2001.B261ff.
- Henrik Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder. Sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner*, i Morten Kjærum m.fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder*, 1997, s. 361ff.

Jens Kristiansen

Jens Kristiansen er professor, dr.jur. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Arbejdsret. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>. E-mail: Jens.Kristiansen@jur.ku.dk.

Når praksis overhaler grundloven

Henrik Palmer Olsen

1. Grundlovens formelle ordning af forholdet mellem national og international ret

Grundlovens systematik med hensyn til forholdet mellem national og international ret er udtrykt i forholdet mellem §§ 19, 20 og 88. Bestemmelserne udtrykker tilsammen det formelle princip, at jo mere den internationale ret griber ind i den styreform, der er fastsat i grundloven, jo strengere krav stilles der til den procedure, der skal anvendes for at gøre den internationale ret gældende i Danmark.

Som udgangspunkt fastslås det i grl. § 19, at regeringen kan indgå forpligtelser. Hermed menes, at regeringen kan indgå overenskomster med andre lande der indebærer, at Danmark på forskellig vis bliver forpligtet. Det kan dreje sig om en forpligtelse til at afholde udgifter, at stille det danske territorium til rådighed for forskellige formål, at sikre en bestemt retstilstand, eller lignende. Regeringen kan ikke uden Folketingets samtykke indgå forpligtelser, som kun vil kunne opfyldes ved Folketingets medvirken, eller som er af større betydning.

Fælles for de typer af forpligtelser, der kan indgås gennem anvendelse af § 19-proceduren, er, at de formelt set ikke indebærer ændringer i den organisatoriske beslutningsstruktur, som følger af grundloven. Historisk set har udgangspunktet for anvendelsen af international ret ved danske myndigheder været, at den internationale ret kun forpligter udadtil. For at skabe forpligtelser indadtil i forhold til borgere eller myndigheder er det fast antaget, at den internationale ret skal inkorporeres. Det forfatningsretlige udgangspunkt er således, at folkeretlige regler ikke uden videre er en del af dansk ret, hvorfor disse regler heller ikke uden videre kan håndhæves af danske domstole eller andre retsanvendende myndigheder¹.

Forudsætningen om, at folkeretlige regler skal inkorporeres, kan brydes gennem vedtagelse af en lov i overensstemmelse med § 20. § 20 skal an-

¹ Se hertil Christoffersen (2001), med henvisning til litteratur.

vendes, såfremt det internationale samarbejde indebærer, at internationale myndigheder får tildelt en kompetence, som i henhold til grundloven hidtil har tilkommet danske myndigheder. Max Sørensens udtaler i sit responsum til Forfatningskommissionen:

"Man taler her ofte om indskrænkninger i den nationale suverænitet, hvilket er en træffende udtryksmåde, idet det pågældende internationale organ i sådanne tilfælde optræder med retlig forbindelse virkning direkte overfor de enkelte staters borgere og dermed udøver den beføjelse, som er kærnen i den statslige suverænitet, medens de nationale organer i tilsvarende omfang berøves denne beføjelse. Undertiden fremhæves, ligeledes med rette, at det drejer sig om en udvikling i føderativ retning, idet der over de enkelte stater skabes myndigheder, der delvis har samme beføjelser som en forbundsstats myndigheder, medens de enkelte stater i tilsvarende omfang reduceres til en stilling, der svarer til ledstaterne i en forbundsstat." (Betænkning 1953, s. 124).

§ 20 finder således anvendelse, når regeringen ønsker at tiltræde en traktat, som indebærer, at et internationalt organ kan optræde med retlig forbindende virkning direkte over for danske borgere. Det foreløbigt eneste eksempel på dansk deltagelse i et sådant internationalt samarbejde er medlemskabet af EU². Som jeg har redegjort for andetsteds³, er den retlige konstruktion i relation til Danmarks deltagelse i EU ikke helt i overensstemmelse med Max Sørensens beskrivelse af forholdet. Godt nok er samarbejdet karakteriseret ved, at visse kompetencer, som i henhold til grundloven tilkommer danske myndigheder, nu kan udøves af EU's organer, ligesom den EU-retlige regulering i henhold til traktaterne har forrang for national ret. Men samtidig antages det i dansk forfatningsret, dels at lovgiver til hver en tid, ved almindelig lov, kan tilbagetrække de tildelte kompetencer, dels at de danske domstole har kompetence til at underkende EU-retsakter, såfremt disse er i strid med den danske tiltrædelseslov⁴. Dette følger af det forfatningsretlige udgangspunkt, om at international rets virkning altid hviler på en national retsakt, der nærmere fastlægger rammerne for den internationale rets gennemslagskraft. International ret kan med andre ord aldrig virke umiddelbart i

² Også Den Europæiske Patent-konvention er omfattet af grl. § 20, men dette samarbejde er udelukkende af teknisk karakter og har derfor ikke interesse i nærværende sammenhæng.

³ Se Olsen (2001).

⁴ Som jeg har redegjort for i Olsen (2001), kan det diskuteres, om lovgiver kan udstede retsregler, der er i strid med EU-retten. Set fra et EU-retligt synspunkt er svaret ganske sikkert nej, men set ud fra et forfatningsretligt synspunkt har det traditionelt været antaget, at det står lovgiver frit for at begå folkeretsbrud. I ovennævnte artikel redegør jeg for, at denne frihed måske ikke består længere i forhold til EU.

dansk ret⁵. Når Max Sørensen således skriver om den type af samarbejde, der kan etableres gennem grl. § 20, at det "... pågældende internationale organ i sådanne tilfælde optræder med retlig forbindende virkning direkte overfor de enkelte staters borgere ...", så skal ordet "direkte" forstås med den kvalifikation, at det internationale organs kompetence er begrænset af den danske tiltrædelseslov (og – naturligvis – grundloven). Dette er også fastslået i U1998.800H.

Grundloven er en national retsakt, der konstituerer et nationalt myndighedssystem. Internationale retsakter kan kun få virkning i dansk ret, hvis de er inkorporeret. Afhængig af hvilken måde den internationale ret skabes og fungerer på, kan inkorporering ske ved almindelig lov eller bekendtgørelse (§ 19-systemet) eller ved en lov, der vedtages gennem en særlig procedure (§ 20-systemet). Såfremt international ret skal opnå en højere grad af selvstændighed i det danske retssystem, vil dette kræve en grundlovsændring (§ 88). Gennem en grundlovsændring vil Danmark eksempelvis kunne gøres til en delstat i EU, ligesom international ret ville kunne gives direkte og umiddelbar virkning i dansk ret – uden særlig inkorporering.

2. Forholdet mellem national og international ret i retspraksis – EMK som eksempel

Grundlovens formelle regulering af forholdet mellem national og international ret er bygget op omkring den forudsætning, at inkorporering af international ret er en politisk handling, der kræver opbakning fra de politiske organer. Inkorporering skal derfor ske gennem de relevante politiske organers (Folketing og regering) udstedelse af retsakter. Inden for rammerne af dette formelle system finder der imidlertid en udvikling sted i retspraksis, som til en vis grad synes at bryde med grundlovens formelle system.

EMK blev inkorporeret i dansk ret i 1992. Allerede før dette tidspunkt havde konventionen imidlertid spillet en vis rolle i dansk ret. På trods af at konventionen ikke var inkorporeret, blev dansk ret i et vist omfang tilpasset konventionen ad fortolkningsvejen, se nærmere Betænkning 1220/1991, afsnit 5.2. og 5.4⁶.

Selv om EMK nu er inkorporeret ved lov, er EMD's afgørelser ikke *direkte* bindende i dansk ret. En dansk borger, der har vundet en sag mod den danske stat ved EMD, kan ikke umiddelbart støtte ret på afgørelsen, da domstolens afgørelser ikke har direkte virkning i dansk ret. En dom afsagt

⁵ Til gengæld er der naturligvis ikke noget til hinder for, at international ret kan virke indirekte, hvilket da også er almindeligt anerkendt i såvel teori som praksis. Se eksempelvis Zahle (2001 II, kap. 50).

⁶ Se også mere generelt gennemgangen af principperne for anvendelsen af international ret i dansk ret, i Zahle (2001 II, kap. 50).

af EMD kan kun få effekt i Danmark gennem en selvstændig afgørelse afsagt af en dansk myndighed. Såfremt domstolens afgørelse skulle være direkte bindende, ville dette forudsætte anvendelsen af proceduren i § 20, men dette er ikke intentionen med konventionen. Danmarks tiltrædelse af EMK er sket gennem den almindelige § 19-procedure, og den efterfølgende inkorporering er sket ved almindelig lov, hvilket er den formelt korrekte procedure. Om dette forhold endvidere betyder, at EMD's afgørelser ikke udgør en selvstændig retskilde i dansk ret, men kun inddrages som fortolkningsprincipper i overensstemmelse med de almindeligt anerkendte principper for anvendelsen af international ret i dansk ret, er et spørgsmål, der er en vis uenighed om i litteraturen⁷. Denne uenighed afspejler formentlig, at de forskellige forfattere i deres fremstillinger tillægger grundlovens formelle system forskellig betydning.

Følger man således strengt grundlovens formelle system, peger mest i retning af, at EMD's afgørelser *ikke* udgør selvstændige retskilder i dansk ret. I princippet kræves, at hver enkelt afgørelse inkorporeres for sig. Dette er også forudsat i de almindelige bemærkninger til inkorporeringsloven (FT 1991/92, till. A, sp. 5421ff, afsnit 4.3.), hvor der i afsnit 4.3.1. står:

"Som nævnt i afsnit 4.2. er konventionen principielt allerede gennemført i dansk ret ved omskrivning og konstatering af normharmonien, og det fremgår af betænkningen [betænkning 1220/1991], at det har ligget udvalget stærkt på sinde at fremhæve vigtigheden og nødvendigheden af, at man i lovgivningsproceduren også i fremtiden gør sig klart, om et lovforslag kommer i strid med konventionskomplekset. Udvalget har endvidere fundet at burde fremhæve, at det først og fremmest tilkommer lovgivningsmagten at ændre relevante lovbestemmelser, når der træffes nye afgørelser af konventionsorganerne. Den tradition, der nærmere er redegjort for i betænkningens kapitel 4, hvorefter regeringen fremsætter nødvendige lovforslag til opfyldelse af konventionsforpligtelser som afklaret i Domstolens praksis, bør videreføres."

Dog er der tilsyneladende i forarbejderne åbnet en lem for, at EMD's afgørelser efter omstændighederne kan få selvstændig betydning, nemlig gennem den mærkværdige formulering: "at det først og fremmest tilkommer lovgivningsmagten at ændre relevante lovbestemmelser". Man har tilsyneladende ment, at andre end lovgivningsmagten undtagelsesvis skulle kunne ændre relevante lovbestemmelser. Dette kunne pege i retning af en kompetence for domstolene til at tilsidesætte lovgivning, som er kommet i strid med konventionen på grund af ny praksis fra EMD. Henholder man sig imidlertid til den formelle betragtningsmåde, vil man fortolke udtalelsen derhen, at meningen må være, at domstolene efter omstændighederne kan omfortolke lovgivningen (i overensstemmelse med de traditionelle princip-

⁷ Se senest Rytter (2000) og Garde og Hansen Jensen (1998) og (2002).

per for inddragelse af international ret) på en måde, som bringer loven i overensstemmelse med EMD's praksis. En sådan fortolkning vil dermed vende tilbage til det formelle udgangspunkt i grundlovens system: Den udvikling i udlægningen af konventionsteksten, som finder sted ved EMD, skal således følges op af den danske regering, der løbende skal sørge for at fremsætte de lovforslag, der er nødvendige, for at Danmark kan opfylde sine folkeretlige forpligtelser i henhold til konventionen. Imidlertid er der to udviklingstendenser, som skaber en vis disharmoni mellem dette system og den betydning, som EMK og EMD's afgørelser har fået i praksis. Den første er tendensen til, at EMK's standarder indfortolkes i grundlovens menneskerettigheder, og den anden er tendensen til, at de danske domstole aktivt anvender EMD's afgørelser ved fortolkningen af dansk lovgivning på en måde, som giver disse afgørelser en praktisk forrang for dansk national lovgivning⁸.

2.1. Indfortolkning af EMK's beskyttelsesniveau i grundlovens menneskerettigheder

På en lang række punkter er borgernes grundlæggende rettigheder bedre beskyttet i EMK end i grundloven. EMK indeholder, med få undtagelser, både en bredere beskyttelse – således er eksempelvis borgernes privatliv langt bredere beskyttet i EMK art. 8 end i grl. § 72 – og en mere intensiv beskyttelse – således rækker beskyttelsen af ytringsfriheden i EMK art. 10 betydeligt videre end beskyttelsen i grl. § 77. Efter inkorporeringen af EMK er der i teorien blevet rejst det spørgsmål, om det fortsat giver mening at operere med EMK og grundloven som to parallelle, men forskellige, beskyttelsessystemer. I Den Kommenterede Grundlov skriver Peer Lorenzen, efter at have fremført en række forhold, der kan begrunde en vis tilbageholdenhed med hensyn til at fortolke grundloven gennem inddragelse af EMK og EMD's praksis:

"På den anden side forekommer det dog vanskeligt i længden at fastholde en retstilstand, hvorefter bestemmelser, hvis indhold og beskyttelsesformål i alt væsentligt er identiske, fortolkes forskelligt. Som nævnt kan det ikke udelukkes, at domstolene i fremtiden under på-

⁸ Dette støttes også af Jens Elo Rytter, der skriver: "EMRK må antages at have "quasi-forfatningsretlig" status i dansk ret. I alle praktisk forekommende tilfælde må det antages, at danske domstole vil anse sig forpligtet til at lægge EMRK – som den fortolkes af EMD – til grund for fortolkningen af dansk ret, uanset om dette medfører tilsidesættelse af den hidtidige retstilstand, herunder tilsidesættelse eller omfortolkning af gældende lovgivning, og uanset lovgivers forudsætninger om lovgivningens overensstemmelse med EMRK." (Rytter 2000, s. 118). Se i modsætning hertil Garde og Hansen Jensen (2002), der skriver: "... at inkorporeringsloven selvsagt er en almindelig lov, og at den derfor ikke har – og efter grundloven ikke kan have – højere status end almindelige love." (s. 82).

virkning af internationale strømninger vil udvikle en bredere, mere formålsbetonet fortolkningsstil, der indebærer, at de i højere grad påtager sig en retsskabende funktion. Det må i så fald forventes, at også grundloven i et vist omfang ved omfortolkning tilpasses internationale standarder." (Lorenzen i Zahle 1999, s. 20)

Kort tid efter, at Lorenzen skrev dette, afsagde Højesteret dom i den såkaldte rockersag (UfR 1999.1798H). Sagen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt § 1 i lov nr. 907 af 15. oktober 1996 om forbud mod ophold i bestemte ejendomme var i strid med grl. § 79. Loven indeholder en adgang for politiet til at gøre indgreb i forsamlingsfriheden, derved at politiet kan forbyde en person at opholde sig i en bestemt ejendom, og spørgsmålet var, om dette var i strid med retten til "uden forudgående tilladelse at samle sig ubevæbnede" (grl. § 79). Højesteret udtalte i sine bemærkninger:

"Af hensyn til muligheden for gennem forsamlinger at befordre meningstilkendegivelser sikrer bestemmelsen [§ 79], at forsamlinger kan afholdes uden forudgående tilladelse fra en offentlig myndighed og ikke vilkårligt kan forbydes. Bestemmelsen hindrer imidlertid ikke, at der ved lov fastsættes regler, som – uden at være rettet mod en forsamlings meningstilkendegivelser – begrænser forsamlingsfriheden, når dette sker til beskyttelse af andre væsentlige interesser, herunder andres liv og velfærd. Sådanne begrænsninger må dog ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for en sådan beskyttelse, jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11." (UfR 1999.1798H, s. 1808, min fremhævelse).

Dette er muligvis ikke en klokkeklar angivelse af, at Højesteret nu fortolker grl. § 79 gennem inddragelse af EMK, men dette ville også ligne Højesteret dårligt. Afgørelsen er konkret begrundet, og det fremgår ikke eksplicit af præmisserne, at grl. § 79 og EMK art. 11 nu er smeltet sammen i praksis. Meget afhænger i den henseende af, hvordan man fortolker Højesterets anvendelse af ordet "også" i ovennævnte citat. Imidlertid synes det ret klart, at den efterfølgende konkrete vurdering af lovforslagets overensstemmelse med grl. § 79 har karakter af en forholdsmæssighedsbetragtning, der ret nøje svarer til EMD's bedømmelser i lignende sager.⁹ Meget tyder således på, at

⁹ Citatet fra UfR 1999.1798H ovenfor fortsætter således: "Loven om forbud mod ophold i bestemte ejendomme indeholder i § 1 hjemmel til, at politiet etablerer en forbudsordning, som – ifølge forarbejderne til loven – skal "forhindre, at de pågældende ejendomme fortsat kan anvendes som tilholdssteder" for nærmere definerede grupper af personer. Det er således en tilstræbt følge af lovens forbudsordning, at personer, som tilhører eller har tilknytning til en sådan gruppe, forhindres i at mødes på gruppens sædvanlige tilholdssted. Disse personer begrænses herved i adgangen til at forsamles netop dér, mens de med hensyn til forsamling andetsteds ikke er underkastet andre begrænsninger end alle andre. En sådan begrænsning af forsamlingsfriheden kan efter lovens § 1, stk. 3, kun ske, hvis gruppen er involveret i et gensidigt – væbnet – opgør mellem grupper. Det er endvidere efter lovens § 1, stk. 1, nr. 2, en betingelse, at "den pågældendes tilstedeværelse i ejendommen og omstændighederne i

Højesteret er villig til at fortolke grundloven gennem inddragelse af EMK. Præcis på hvilken måde og i hvilket omfang dette fremover vil ske, er ikke til at sige på nuværende tidspunkt, men udviklingstendensen¹⁰ synes at være, at EMK og EMD's praksis får en stadigt stigende betydning.

2.2. Anvendelse af EMD's afgørelser ved fortolkningen af dansk lovgivning

Som nævnt ovenfor blev det i de almindelige bemærkninger til inkorporeningsloven fremhævet, at det først og fremmest tilkommer lovgivningsmagten at ændre relevante lovbestemmelser, når der træffes nye afgørelser af konventionsorganerne, og at det er op til regeringen at fremsætte de nødvendige lovforslag til opfyldelse af konventionsforpligtelserne, således som disse fremstår i lyset af EMD's praksis, jf. FT 1991/92, till. A, sp. 5421ff, afsnit 4.3.1. I forlængelse heraf tilføjes det:

"Kun hvis disse forudsætninger opfyldes løbende, kan man efter udvalgets opfattelse fastholde, at domstole og andre retsanvendende myndigheder kan gå ud fra en formodning om, at lovgivningen er forenelig med konventionskomplekset" (Ibid.)

Med andre ord: I det omfang regeringen og lovgivningsmagten *ikke* løbende er opmærksomme på EMD's praksis og foretager de lovgivningsmæssige ændringer, som måtte være fornødne som følge af denne praksis, vil domstolene (og andre retsanvendere) aktivt kunne inddrage EMD's praksis med henblik på at korrigere gældende lov, på en måde, som bringer den i overensstemmelse med EMK (som denne forstås i lyset af EMD's praksis). Betydningen heraf er, at jo mere passive regering og lovgiver er med hensyn til at opdatere lovgivningen i forhold til EMD's praksis, i jo højere grad kommer EMK til at fungere som en semi-konstitutionel ramme for domstolenes

øvrigt skønnes at indebære risiko for angreb, der vil være til fare for personer, der bor eller befinder sig i nærheden af ejendommen«. Disse betingelser må forstås således, at forbud kun kan nedlægges, hvis der foreligger en reel og aktuel – og ikke blot abstrakt – risiko for et farligt angreb. Lovens forbudsordning er begrundet i hensynet til beskyttelse af omkringboende og forbipasserende. Den er ikke rettet mod gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse. En afskæring af vedkommende gruppe fra ophold på den pågældende ejendom medfører, at den bliver uegnet som angrebsmål. Lovens forbudsordning må derfor anses for egnet til at opnå det formål, den forfølger. Ordningens betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt udsættes for fare. Ved gruppernes fortsatte tilstedeværelse på deres kendte tilholdssteder ville denne fare for udenforstående kun kunne afværges effektivt ved en så omfattende politiindsats, at følgerne heraf ville være langt mere indgribende."

¹⁰ For en samlet oversigt, se betænkning 1407/2001.

fortolkning af dansk ret. Udviklingen i praksis tyder på, at den forudsætning som er omtalt i forarbejderne til inkorporeringsloven, i det store og hele ikke er opfyldt. Dette kan skyldes, at regering/lovgiver ikke er tilstrækkelig opmærksom på EMD's praksis og derfor ikke tilretter lovgivningen i overensstemmelse hermed. Imidlertid er der også en anden mulig forklaring på forholdet. I et vist omfang må det nemlig erkendes, at det rent teknisk slet ikke er muligt at foretage en sådan tilretning, hvilket skyldes retsgrundlagets karakter af skønsmæssighed. Således vil eksempelvis den retspraksis, der knytter sig til den retlige figur "nødvendig i et demokratisk samfund"¹¹, næppe på udtømmende vis kunne inkorporeres i den gældende lovgivning på en måde, som ville kunne fritage danske domstole fra at skulle forholde sig selvstændigt til indholdet af EMD's praksis.

Uanset hvad forklaringen er, må det konstateres, at danske domstole i stigende omfang anvender dansk ret i lyset af og med de begrænsninger, som følger af EMK og EMD's praksis. Om denne praksis hedder det i Betænkning 1407/2001:

"Ved fortolkningen og anvendelsen af konventionens bestemmelser inddrager danske domstole ofte praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Danske domstole inddrager således konkrete domme, som de forholder sig til (se f.eks. U 1994 988 H). I afgørelser, hvor konventionen inddrages, afspejler præmisserne ofte Domstolens praksis i lignende sager. Dette fremgår tydeligt af sager om ytringsfrihed (se f.eks. U 1997 259 H og U 1999 122 H), sager om udvisning (se f.eks. U 1999 271 H), sager om sagsbehandlingstid (se f.eks. U 1997 1792 H), og sager om dommeres uafhængighed og upartiskhed (se f.eks. U 1994 536 H og U 1996 254 H). Der kan derfor være grund til at antage, at det netop er i kraft af praksis fra Domstolen, der fortolker konventionens bestemmelser, og dermed præciserer indholdet af konventionens forpligtelser, at konventionen tillægges en så stor betydning ved danske domstoles behandling af sager." (Betænkning 1407, s. 57).

Betænkningen bekræfter således, at der foreligger en tendens til, at de danske domstole aktivt anvender EMD's afgørelser ved fortolkningen af dansk lovgivning, uanset at disse afgørelser som nævnt ikke – formelt set – udgør en del af dansk ret. Endvidere bekræfter betænkningen, at domstolene går meget langt i deres fortolkning af dansk ret for at undgå en krænkelse af konventionen¹². Det kan diskuteres, om denne praksis går videre, end hvad der kan legitimeres ved de almindelige principper for anvendelse af international ret

¹¹ Se EMK, art. 8-11.

¹² Se Betænkning 1407/2001, s. 58, hvor U 1994 953 H og U 1995 338 Ø nævnes som eksempler. Torben Jensen tilkendegiver i en artikel fra 1995, at domstolene ligefrem er forpligtede til om fornødent at foretage en omtolkning af dansk ret, der bringer den i overensstemmelse med konventionen, således som denne udlægges af EMD: "Danske dommere er af denne grund og som følge af konventionsreglernes forrang derfor ikke alene bundet af konventionsteksten, men også af den retstilstand, der er fastslået gennem præjudikatsystemet,

gitimeres ved de almindelige principper for anvendelse af international ret ved fortolkningen af danske lovbestemmelser. I hvert fald må det konstateres, at domstolene de seneste 8-10 år er gået længere end hidtil, jf. også Jensen (1995). En mulig måde at forklare dette på og samtidig fastholde den formelle synsvinkel er, at EMD's afgørelser anses for forhåndsinkorporerede via EMK art. 32, der fastlægger Domstolens kompetence til at fortolke konventionen. Der kan således argumenteres med, at inkorporeringen af konventionen indebærer, at også EMD's afgørelser automatisk er inkorporeret, jf. art. 32. Inkorporeringsloven opfattes på denne måde som en slags "pakkeløsning". Dette vil dog muligvis kunne opfattes som værende i strid med § 20, jf. Garde og Hansen Jensen (1998) om en fortolkning, der lægger hovedvægten på "... det reelle tab af kompetence for danske myndigheder ..." (s. 356). Det ligger udenfor rammerne af nærværende artikel at forfølge dette yderligere.

3. Forfatningspolitiske overvejelser

Meget tyder på, at EMK og EMD får stadig større betydning for den forfatningsretlige udvikling i Danmark. Der er således, som dokumenteret i Betænkning nr. 1407/2001, i dag langt flere sager ved domstolene, hvor EMK inddrages, end tilfældet var for 10 år siden. Endvidere viser den ovenstående gennemgang, at domspraksis går i retning af, at domstolene anlægger en fortolkning af EMK's bestemmelser, der i vidt omfang tager hensyn til EMD's praksis, medens på den anden side lovgiver ikke aktivt foretager opdateringer af den danske lovgivning på en måde, der bidrager til domstolenes fortolkning af EMK. På menneskerettighedsområdet er der således en del, der tyder på, at EMD's praksis har større betydning for danske domstoles fortolkning af EMK end forarbejder til relateret dansk lovgivning. På sigt kan det tænkes, at denne udvikling også vil komme til at indbefatte den måske kommende EU-forfatning og den dertil knyttede praksis fra EF-Domstolen (eller andet domstolsorgan).

Set i dette lys fremstår grundlovens regler om forholdet mellem national og international ret som inadækvat, fordi de ikke tager højde for, at retsudviklingen gennem et samspil mellem internationale domstole, der er knyttet til en inkorporeret konvention og danske domstole, der anvender den internationalt udviklede praksis, kan bevirke lige så stærke reelle bindinger på den politiske proces i Danmark som suverænitetsafgivelse i formel § 20-

uanset om der herved sker modifikationer af hidtidig national retsopfattelse, og uanset om denne retsopfattelse har været baseret på national lovgivning eller dommerskabt ret. Konsekvensen er, at danske domstole, hvor konventionsorganerne har foretaget en dyberegående kontrol med overholdelse af grundrettigheder, end der hidtil har været tradition for i Danmark, også i disse tilfælde har pligt til efterfølgelse." Jensen (1995, s. 246-247).

forstand. I det følgende vil jeg på pege på en række problemer, som bør give anledning til principielle forfatningsmæssige overvejelser.

Den retsudvikling, der finder sted gennem de internationale domstoles fortolkning af konventionstekster (og EMD/EMK er et godt eksempel) er *ikke* genstand for et organiseret politisk modspil, i stil med det der kendes fra det danske forfatningssystem. I Danmark sker den rettlige regulering i vid udstrækning ved almindelig lovgivning og heraf afledede retsakter (bekendtgørelser, cirkulærer m.v.). Da det politiske system, som producerer disse retsakter, hviler på en demokratisk legitimitet, har domstolene traditionelt været tilbageholdende med at stille sig hindrende i vejen for den retsudvikling, der er iværksat gennem lovgivningsmagtens løbende tiltag. Danske domstole har i den forbindelse opfattet deres rolle som værende at sikre en retssikkerhedsmæssig forsvarlig håndhævelse af gældende lov m.v. – ikke selv at drive en politisk udvikling frem. I det internationale forfatningssystem, som udgøres af EMK, findes der ikke en tilsvarende politisk kontekst. På grund af Europarådets historiske baggrund (oprettet efter 2. verdenskrig som værn mod gentagelser af de mange menneskelige overgreb, som fandt sted i Europa i perioden 1939-1945) har menneskerettighederne i EMK fået en fremtrædende rolle som overnational ret, der er blevet højt respekteret i medlemslandene. EMD har således udviklet sig i en politisk kontekst der mere har båret præg af, at Domstolen skulle sætte grænser for medlemsstaternes handlefrihed for dels at beskytte enkeltindviders menneskerettigheder og dels at sikre den løbende respekt for menneskerettighederne – altså en mere aktiv politisk rolle end den, de danske domstole traditionelt har indtaget. I denne kontekst har EMD løbende fortolket indholdet af de enkelte rettigheder dynamisk, således at beskyttelsesområdet har udviklet sig over tid¹³.

Betydningen af dette er, at den forfatningsretlige udvikling på menneskeretsområdet i et vist ikke ubetydeligt omfang styres af EMD. Dette kan man beklage eller besynge, men meget tyder på, at udviklingen vil fortsætte i denne retning i hvert fald i en del år endnu. Den beskrevne udvikling giver derfor anledning til at genoverveje forholdet mellem på den ene side det ret-

¹³ Det kan diskuteres, om udviklingen også har ført til en udvidelse af beskyttelsesområdet. At en sådan udvikling har fundet sted, mener i hvert fald Eva Smith, der skriver: "EMD's beføjelser kan på mange måder minde om oplyst enevælde. Historien viser imidlertid, at det er farligt, når et organ selv definerer grænserne for dets magtbeføjelser. Og vi har jo set, hvorledes EMD stadig *udvider* grænserne for, hvad menneskerettighederne kræver." (Smith 2001, min fremhævelse). I samme retning Torben Jensen, der skriver: "... der er overladt et internationalt teknokratisk dommerpanel uden folkeligt mandat en kompetence til at anvende og fortolke konventionens grundrettigheder på en intensiv måde, der er videregående end den prøvelsesret. Folketinget helt op til nutiden har været betænkelig ved at overlade til danske domstole med hensyn til loves grundlovsmæssighed ..." (Jensen 1995, s. 244).

lige samspil mellem national og international ret og på den anden side grundlovens formelle regulering af dette samspil i grl. §§ 19, 20 og 88.

For det første tyder noget på, at grænserne mellem almindeligt internationalt samarbejde (§ 19) og supranationalt samarbejde (§ 20) ikke er særligt klare på den dømmende magts område. EMK er tiltrådt og inkorporeret gennem en § 19-procedure, medens EMD's afgørelser i realiteten har en retlig tyngde, der svarer til, at dommene har direkte præjudikatsvirkning, ligesom de direkte påvirker fortolkningen af grundloven. Når EMD's afgørelser ikke formelt set er direkte bindende, skyldes det karakteren af traktaten, der ikke efter sit indhold pålægger medlemsstaterne at tillægge Domstolens afgørelser direkte virkning. Men set i lyset af dansk retspraksis på området, har EMD's afgørelser på nogle områder en betydning, der rækker videre, end hvad der ville kunne opnås ved anvendelse af de traditionelle principper for indfortolkning af international ret i dansk ret. Problemet med grundlovens system – set i dette lys – er, at den knytter an til formelle kriterier for, hvornår noget anses for suverænitetsafgivelse. Dette kan e.o. være til hinder for en realistisk forståelse af, i hvilket omfang det internationale samarbejde påvirker retsudviklingen. Konsekvensen af dette kan være, at der ikke ofres den fornødne politiske opmærksomhed på sagen.

For det andet, selv om man havde anvendt en § 20-procedure i forhold til EMK/EMD, må det nok erkendes, at § 20, selv om den er formuleret på en måde, som formelt set tager højde for, at både lovgivende, udøvende og dømmende magt kan overlades til en supranational organisation¹⁴, i realiteten er designet til at håndtere afgivelse af lovgivende magt. Ved afgivelse af lovgivende magt, således som det eksempelvis er sket gennem samarbejdet i EU, styres retsudviklingen gennem en politisk proces, hvor den danske regering har mulighed for aktivt at arbejde for opnåelsen af bestemte resultater. Ved afgivelse af dømmende magt til en international domstol, som fortolker en mere eller mindre løst formuleret traktattekst, er situationen imidlertid en anden. I denne situation afgives kompetencen fra en national domstol til en international domstol. Da domstole som udgangspunkt er upolitiske organer (eller i hvert fald er politiske i en anden forstand og på en anden måde, end det lovgivende organ er), antager kompetenceoverførslen en væsentlig anden karakter, end tilfældet er ved afgivelse af lovgivende magt. Den magtfordelingslære, vi kender fra den danske forfatning (grl. § 3), og hvorefter domstolene traditionelt har udvist stor tilbageholdenhed med at

¹⁴ I Forfatningskommissionens betænkning af 1953 hedder det således i bemærkningerne til § 20: "Ved rigets myndigheder forstås såvel den lovgivende som den udøvende og dømmende myndighed." (Betænkningen s. 31, 2. sp.).

underkende lovgivning som stridende mod menneskerettighederne¹⁵, er ofte ikke til stede i samme grad ved de internationale domstole, fordi disse typisk ikke indgår i et magtfordelingsmæssigt samspil med en demokratisk legitimeret lovgiver. Endvidere er dommene fra de internationale domstole – hverken før eller efter de bliver afsagt – genstand for politisk diskussion om deres betydning for den nationalretlige kontekst, de kommer til at indgå i, når dommene skal efterleves i de nationale retssystemer. Eller i hvert fald er sådan diskussion kun sjældent forekommende. Dette står i modsætning til den situation, hvor der er overført lovgivende magt til en international institution – her er den politiske diskussion om indholdet af den supranationale regulering nemlig tilstedeværende på såvel nationalt som supranationalt plan og finder sted såvel før som efter udstedelsen af den pågældende regulering.

For det tredje tyder noget på, at det internationale samarbejde på sigt kan medføre en ganske vidtgående omfortolkning af grundlovens menneskerettigheder, således at disse i realiteten kommer til at antage et andet indhold, uden at dette andet indhold er blevet genstand for politisk debat og vedtaget i overensstemmelse med grl. § 88. Igen synes udviklingen at foregå, uden at der kommer nogen politisk diskussion af, hvad indholdet af den menneskeretlige beskyttelse bør være i Danmark. Politisk berøringsangst medfører, at den nødvendige udvikling bliver båret frem af EMD og de danske domstole.

Hvad fremtiden vil byde, er ikke til at vide. Men hvad fremtiden bør byde på, kan man have en mening om. Efter min opfattelse bør fremtiden byde på en øget politisk debat om og stillingtagen til, hvilken status og hvilket indhold menneskerettighederne bør have i dansk ret. Kun gennem en sådan debat kan danske domstole gives et behørigt modspil og kvalificeret input til den fortsatte praksisudvikling på området.

Referencer:

Betænkning 1220/1991.

Betænkning 1407/2001.

Betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946.

Christoffersen, Jonas (2001) – *Folkerettens virkning i dansk ret*. I U2001B.143.

Garde, Jens og Hansen Jensen, Michael (1998) – *Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed*. I Juristen, s. 351-356.

¹⁵ Nogle har ment, at denne tilbageholdenhed har været for fremtrædende, se eksempelvis Rytter (2000, s. 29f).

- Garde, Jens og Hansen Jensen, Michael (2002) – *Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis – et tungtvejende fortolkningselement eller en ubetinget bindende retskilde?* I Juristen, s. 76-82.
- Jensen, Torben (1995) – Domstolskontrollen med overholdelse af grundrettigheder. I: UfR B, s. 241-250.
- Olsen, Henrik Palmer (2001) – *En selvstændig stat*. I Petersen, Hanne; Koch, Henning; Koch, Pernille Boye (red.) – *Staten i forandring*. Jurist og Økonomforbundets Forlag.
- Rytter, Jens Elo (2000) – *Grundrettigheder*. Forlaget Thomson / GAD Jura.
- Smith, Eva (2001) – *Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strasbourg-domstolens praksis?* I: Juristen nr. 2, s. 54-60.
- Zahle, Henrik (1998) – *EU og den danske grundlov*. Christian Ejlers Forlag.
- Zahle, Henrik (red.) (1999) – *Danmarks Riges Grundlov med kommentarer*. Jurist- og økonomforbundets Forlag.
- Zahle, Henrik (2001) – *Dansk forfatningsret*, bd. 2. Christian Ejlers Forlag.

Henrik Palmer Olsen er lektor, ph.d. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II Fagleder i Forfatningsret. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>, samt den personlige hjemmeside <http://www.jur.ku.dk/henrikpalmerolsen/>.
E-mail: Henrik.Palmer.Olsen@jur.ku.dk.

De tre tenorer og råstofferne

Anita Rønne

1. Optakten

En vigtig begivenhed fandt sted i Rom den 7. juli 1990. Tre midaldrende mænd vendte en udvikling, da de sammen førte operaen ind i en ny epoke. De tre tenorer – Luciano Pavarotti, José Carreras og Plácido Domingo – stillede for første gang op til en fælles koncert – efter at have været rivaler i operaverdenen i årevis. Hermed opnåede operaen en markant stigning i popularitet.

Også Danmark lod sig inspirere af initiativet og fik sine egne nationale tenortrioer. For eksempel De Tre Tenorer: Kenneth Ørsøe, Stig Rossen og Kurt Ravn, eller de tre tenorer fra rockens verden: Michael Falch, Steffen Brandt og Poul Krebs.

Knap ti år senere – helt nøjagtig den 25. juni 1998 – fandt en anden skelsættende begivenhed sted. Denne gang i Århus, og denne gang inden for miljø- og energiområdet. Her mødtes de europæiske miljøministre og underskrev den såkaldte Århuskonvention, der fastlægger nye rammer for borgernes adgang til oplysninger, til at deltage i beslutninger samt til klage- og domstolsprøvelse på miljøområdet. Århuskonventionen blev – præcis som Pavarottis, Carreras' og Domingos fælles koncert – symbolet på en markant udvikling, hvor omdrejningspunktet også er tre parter, der sammen skal virkeliggøre et projekt, og som tager afsæt i et forsøg på at skabe samarbejde og åbenhed frem for rivalisering og modstand. Udviklingen udgør dermed et bidrag til – om end ikke en fælles koncert – så et fælles produkt, og ikke mindst en større accept af dette produkt!

2. En udviklingsproces

I råstofudnyttelsens tidlige start var en koncession udstedt af centraladministrationen – en offentlig tilladelse – det eneste retlige instrument, der blev krævet, før aktiviteter, der var forbundet med udgravning af en mine, udnyttelse af vandkraft eller udbygning af et olie og naturgasfelt, kunne igangsæt-

tes. I dag er der tale om en ganske anden intensiv juridisk regulering af resourceudnyttelse, og kravet om direkte inddragelse af offentligheden, berørte borgere og interesseorganisationer er sidste skud på reguleringsstammen. Det forum, der er involveret i forbindelse med udstedelsen af en koncession eller tilladelse og senere godkendelser, er dermed også blevet væsentligt større, og der er ikke længere tale om en sag, der kun vedrører myndigheden og den udførende part. Der er kommet en tredje stemme i forholdet, og inddragelsen af denne tredje part har udviklet sig til en decideret rettighed for de berørte. Kravet er således gået fra at være såkaldt "soft law" til "hard law", og denne udvikling har ikke bare national, men tillige global udbredelse.

Det vil ikke være korrekt at give Århuskonventionen hele æren for, at offentligheden i stadig stigende grad oplyses om og inddrages i energi- og miljøspørgsmål. Mange nationale og internationale initiativer har gødet jorden ved at sætte fokus på det vigtige i at informere og lade befolkningen tage del i beslutninger, der har betydning for miljøet. Det startede med den globale miljøkonference i Rio i 1992¹; intensiveredes i Sofia i 1995, da de europæiske miljøministre mødtes til den tredje pan-europæiske miljøministerkonference og vedtog retningslinjer for en styrkelse af borgernes rolle i beskyttelsen af natur og miljø, og kulminerede så endelig med underskrivelsen af Århuskonventionen² ved den fjerde miljøministerkonference i Århus i 1998.

¹ Bæredygtig udvikling blev sat på den internationale dagsorden, da Brundtlandkommissionen i 1987 udgav rapporten *Vor Fælles Fremtid*, også kaldet Brundtlandrapporten. Brundtlandkommissionens arbejde blev i 1992 fulgt op af FN's Konference om Miljø og Udvikling i Rio (UNCED - også kaldet Rio-konferencen). På Rio-konferencen vedtog 181 lande bl.a. Rio-deklarationen og et handlingsprogram for det 21. århundrede: Agenda 21. Hensigten var i fællesskab forsøge at styre udviklingen i en mere bæredygtig retning. Agenda 21 er fortsat udgangspunktet for arbejdet med at konkretisere og implementere en bæredygtig udvikling, se <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc.htm>. Om bæredygtighedsbegrebet se også Anita Rønne: *The Legal Dimension of Sustainable Development with the Emphasis on the Energy Sector*, i "Law and Ecology", 1994, p 54 - 65 og *Bæredygtighed - Om begrebets retlige dimension og betydning for energisektoren*, Retsvidenskabeligt Institut B, Årsberetning 1991, s 155-64.

² Århuskonventionens officielle navn er *Konvention om adgang til oplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsafgørelser på miljøområdet*. Den findes i en officiel dansk oversættelse på <http://www.mst.dk/tværf/01020000.htm>. På engelsk: UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, se <http://www.unece.org/env/pp>. De pan-europæiske miljøministerkonferencer finder sted under overskriften *Environment for Europe*, og de bliver formelt afholdt i regi af FN's økonomiske organisation for Europa (ECE) med medlemslande fra Europa og Nordamerika.

Århuskonventionen dækker lande fra Atlanterhavet i vest til Centralasien i øst og dermed lande med meget forskellige demokratiske traditioner. Selvom den har regional udbredelse, så har den haft global betydning. Som noget nyt ved internationale forhandlinger har miljøorganisationerne deltaget aktivt under hele arbejdet med konventionen, som trådte i kraft den 30. oktober 2001, da 16 lande havde ratificeret. Danmark vedtog allerede sin "Århuslov" i maj 2000³, mens andre lande fortsat er i gang med processen med at omsætte konventionen til national lovgivning.

De rettigheder, der er omfattet af Århuskonventionen, er tre centrale områder for ethvert demokrati: For det første har borgerne en ret til at få information omkring større udviklingsprojekter. For det andet en ret til at deltage i den administrative beslutningsproces i forbindelse med disse projekter – f.eks. beslutningen om udstedelse af en tilladelse til råstofudnyttelse. Og for det tredje en ret til at klage og få sin sag samt myndighedernes behandling af den prøvet af et uafhængigt organ. Der er således tale om, at tre forskellige parter – myndighederne, den udførende "entreprenør" og borgerne – skal inddrages i beslutningsforløbet. Og der er tale om tre typer af rettigheder for borgerne/offentligheden – nemlig ret til at få oplysninger, ret til deltagelse og indflydelse samt ret til at klage og få sagen prøvet ved domstol eller lignende.

Det kan formentlig ikke undre, at den, der ønsker at udnytte og indvinde naturråstoffer som kul, vand, olie, naturgas m.v., mødes med en række krav. Energi er i dag forudsætningen for velfærd, velstand og velbefindende, hvad enten det går ud på at producere varer, at regulere kulde og varme eller få lys. Udnyttelse af jordens naturlige råstoffer med henblik på energiproduktion har imidlertid samtidig en miljømæssig slagside, idet både indvinding af råstofferne og forbruget har store miljømæssige konsekvenser. Derfor berøres ikke kun ejeren og producenten, men hele befolkningen som sådan.

I år 2000-2002 deltog jeg i et internationalt forskningsprojekt om inddragelse af offentligheden i aktiviteter, der vedrører råstofudnyttelse. Projektet blev igangsat og implementeret af en gruppe juridiske forskere, som dækker alle kontinenter⁴ – the Academic Advisory Group under International Bar Association's Section on Energy and Natural Resources Law (henholdsvis IBA og SERL). Resultatet blev bogen "Human Rights in Natural Resource Development – Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources" udgivet på Oxford University Press i 2002⁵

³ Lov nr. 447 af 31. maj, 2000. Danmark ratificerede Århuskonventionen den 29. september samme år.

⁴ Argentina, Australien, Danmark, England, Holland, Japan, Kina, Mexico, New Zealand, Nigeria, Norge, Singapore, Ukraine og USA.

⁵ Redigeret af Donald N. Zillman, Alastair R. Lucas og George (Rock) Pring. Det danske bidrag i bogen – Anita Rønne: *The Emphasis on Public Participation in Energy Resource*

samt en række indlæg på konferencen Energy Law 2002, arrangeret af IBA, SERL i Edinburgh i maj 2002. Denne artikel bygger på disse resultater.

3. Hvilke rettigheder?

Århuskonventionen indeholder en lang række regler om borgernes adgang til aktindsigt, deltagelse i beslutninger og klageadgang m.v. Reglerne har forskellig karakter, spændende fra krav om bindende regler i lovgivning over regler, der blot kræver en efterlevelse i praksis og til regler, der alene indeholder opfordringer til at tilstræbe en bestemt retstilstand eller praksis. Konventionen er juridisk set vanskeligt tilgængelig og giver anledning til mange fortolkningsspørgsmål. Den består, foruden af en præambel, af 22 artikler og to bilag.

3.1. Retten til viden

Adgangen til oplysninger er nærmere reguleret i konventionens artikel 2, stk. 3, samt artikel 4-5 og opstiller nye krav til myndighedernes åbenhed. Den omfatter to hovedelementer – dels det mere velkendte krav om aktindsigt, der sker efter anmodning, dels en aktiv informationspligt fra myndighedernes side.

Konventionen har en meget bred definition af miljøoplysninger. Definitionen omfatter stort set alle de oplysninger, der kan relateres til miljøet, herunder menneskers livsvilkår, sundhed og sikkerhed, jf. artikel 2, stk. 3. Det gælder således miljøtilstanden af bl.a. luft, vand, jord, landskaber og naturområder samt biologisk mangfoldighed. Og det gælder faktorer, som vil kunne påvirke disse tilstande, herunder f.eks. politik, planer, lovgivning, aftaler samt økonomiske analyser og forudsætninger, som er anvendt i forbindelse med beslutningsprocesser på miljøområdet. Det skal desuden sikres, at offentligheden ved overhængende trusler mod sundhed og miljøet får alle de oplysninger, som er nødvendige for at forebygge eller begrænse truslen.

De enkelte stater⁶ har forpligtet sig til at sikre, at enhver har adgang til disse oplysninger uanset statsborgerskab, nationalitet og bopæl, og uden at den, der anmoder om oplysningerne, skal begrunde sin anmodning. Der kan opkræves et gebyr for at give adgang til oplysninger, men gebyrets størrelse må ikke overskride et rimeligt beløb, ligesom der skal gives offentlig ad-

Development in Denmark, and the Rights of Greenland and the Faroe Islands. Om Århuskonventionen se Pring og Noé i bogens kapitel 1 og Davies i kapitel 4. Se endvidere Veit Koester: *Århus-konventionen om "borgerlige rettigheder" på miljøområdet*, Juristen nr. 3-1999, s. 87-102 og Ellen Margrethe Basse: *Miljøret – samspillet mellem lovgivning og aftalte ordninger*, 1999, kap. 8.

⁶ I alt 40 stater har underskrevet konventionen, mens 25 har ratificeret.

gang til oversigter, registre eller kartoteker uden betaling. Endvidere skal sager om aktindsigt som hovedregel ekspederes inden for en måned.

I særlige tilfælde kan der dog gøre sig offentlige eller private hensyn gældende, som indebærer, at visse oplysninger ikke skal udleveres. Det kan for eksempel være myndighedernes foreløbige vurderinger af en sag, at forhandlinger pågår, hensyn til den offentlige sikkerhed eller fortrolige oplysninger om virksomheders forretnings- eller fabrikationshemmeligheder. Det understreges, at de nævnte grunde til afslag skal fortolkes restriktivt. Et afslag på en anmodning skal som hovedregel meddeles skriftligt, det skal begrundes, ligesom der skal gives klagevejledning, jf. artikel 4.

Det er imidlertid ikke nok at informere, når nogen beder om informationer. Myndighederne skal selv tage initiativ til løbende at ajourføre deres miljøoplysninger, sikre adgang til oplysninger på en gennemsigtig og lettilgængelig måde bl.a. via elektroniske databaser og Internettet, samt sørge for at sprede viden om miljøet. Med jævne mellemrum (max. 3-4 år) skal der således offentliggøres en rapport over miljøets tilstand, som indeholder oplysninger om miljøkvaliteten og oplysninger om, på hvilke områder miljøet er under pres. Myndighederne skal også offentliggøre lovgivning og dokumenter om politikker, ligesom de skal tilskynde private til at informere om, hvilken betydning deres aktiviteter har på miljøet, jf. artikel 5.

3.2. Retten til at deltage

Det andet centrale område, der er omfattet af konventionen, er kravet om, at offentligheden inddrages ved konkrete beslutninger af betydning for miljøet, ligesom borgerne skal inddrages, når der laves planer, politikker og lovgivning på miljøområdet. Miljøoplysninger skal som beskrevet ovenfor forstås meget bredt. Reguleringen findes i konventionens artikel 6-8.

Bestemmelserne sikrer, at offentligheden kan deltage i beslutningsprocessen, når der skal anlægges nye virksomheder eller påbegyndes nye aktiviteter, som kan være forurenende. De omfattede virksomheder er nærmere beskrevet i et bilag til konventionen⁷. For så vidt angår energisektoren, vedrører det for eksempel olieraffinaderier, kraftvarmeværker, kulværker, atomkraftværker samt udvinding af olie og naturgas, rørledninger til transport af naturgas og olie (diameter på over 800 mm og længde på over 40 km) samt elkabler (spænding på mindst 220 kV og en længde på over 15 km). Offentligheden skal dog også inddrages i beslutningsprocessen for andre aktiviteter, hvis aktiviteten kan påvirke miljøet væsentligt.

Landene forpligter sig til at inddrage offentligheden på et tidligt tidspunkt i beslutningsprocessen, mens alle muligheder stadig er åbne. Der skal tillige være rimelig tid til, at offentligheden opnår en reel deltagelse. Blandt andet

⁷ Jf. Bilag 1: Liste over aktiviteter henvist til i Århuskonventionens artikel 6, stk.1 (a). (om offentlig deltagelse i afgørelser vedrørende konkrete aktiviteter).

skal det være synligt, hvad ansøgningen går ud på, hvilken myndighed der træffer afgørelse, og hvordan offentligheden kan deltage og komme med bemærkninger – for eksempel gennem offentlige høringer. Den berørte offentlighed skal normalt have gratis adgang til at gennemgå alle oplysninger, der er relevante for beslutningsproceduren, og dét så snart oplysningerne foreligger.

I den endelige afgørelse skal resultatet af den offentlige deltagelse tages behørigt i betragtning, og offentligheden skal straks informeres på passende vis, herunder om selve afgørelsens indhold samt de væsentligste begrundelser for og overvejelser ved afgørelsen, jf. artikel 6.

Konventionen indeholder også en generel forpligtelse til, at myndighederne skal inddrage offentligheden på en gennemsigtig og retfærdig måde, når der udarbejdes planer, programmer og politikker på miljøområdet, jf. artikel 7. Endelig skal offentligheden inddrages på effektiv vis, når myndighederne udarbejder bindende regler som love og bekendtgørelser, der kan have en væsentlig indvirkning på miljøet, jf. artikel 8.

3.3. Retten til at klage

Det tredje væsentlige område, som konventionen dækker, er borgernes adgang til at klage og/eller få afgørelser prøvet ved domstolene, jf. artikel 9. Såvel den enkelte borger som organisationer og virksomheder har ret til at klage. Konventionen sikrer ret til at klage i tre situationer:

For det første skal alle sager om aktindsigt på miljøområdet kunne prøves ved en domstol eller ved et tilsvarende uafhængigt og upartisk organ, der er etableret ved lov. Det kan for eksempel være et klagenævn. Man kan ikke nøjes med en adgang til domstolsprøvelse. Der skal sideløbende være mulighed for en hurtigere prøvelsesadgang – for eksempel ved, at en overordnet myndighed eller et særligt klageorgan behandler klagen.

For det andet skal spørgsmål, der opstår i forbindelse med regler om ret til at deltage i beslutninger ved anlæg af nye virksomheder eller aktiviteter, der kan være forurenende, også kunne prøves ved enten en domstol eller ved et tilsvarende uafhængigt og upartisk organ, der er etableret ved lov. Denne ret skal komme alle borgere til gode, der berøres af beslutningen, og landene skal anerkende, at miljøorganisationerne som hovedregel har adgang til at anlægge sag eller klage.

Konventionen indeholder for det tredje en mere bred bestemmelse, der forpligter landene til at sikre borgerne en generel adgang til at lægge sag an eller klage over spørgsmål inden for lovgivningen om miljø, natur og planlægning. Konventionen overlader det til de enkelte lande at afgøre, hvem der skal have denne ret. Det følger derfor ikke automatisk, at alle og enhver skal have mulighed for at lægge sag an eller klage.

I alle de nævnte situationer kræver konventionen, at det organ, der efterprøver afgørelsen, skal kunne ændre afgørelsen. Det kræves også, at dommen/afgørelsen skal begrundes skriftligt.

Ud over disse tre centrale områder indeholder konventionen naturligvis også andre regler, eksempelvis om partsmøder, sekretariat og procedurer m.v., jf. artikel 10-22.

4. Konventionen i den nationale ret

4.1. Iøjefaldende træk

Det er karakteristisk for et stort antal lande, at principperne om inddragelse af offentligheden har fundet sin plads i de nationale retssystemer. Der er især tre forhold, som det er interessant at bide mærke i. For det første selve implementeringen, der er højst uensartet og foretaget på forskellig måde og ved hjælp af forskellige retlige instrumenter. Det hænger til dels sammen med, at flere lande, således som det f.eks. gælder Danmark, allerede før vedtagelsen af Århuskonventionen har gennemført rettigheder for offentligheden til aktindsigt, parthøring og klageadgang. Faktisk er der tale om en udviklingsproces, der har fundet sted over en periode på mere end 40 år. Århuskonventionens regler genfindes derfor typisk heller ikke i en enkelt lov.

Det er endvidere kendetegnende, at den mest omfattende nyudvikling i omfanget af offentlig deltagelse findes i reglerne om miljøkonsekvensvurdering – Vurdering af Virkningerne på Miljøet (VVM-vurdering). Endelig er det interessant at bide mærke i de udvidelser, der knytter sig til omfanget af det persongalleri, der har fået rettigheder, især for så vidt angår procesrettigheder.

4.2. Hvor finder man reguleringen?

I det følgende vil jeg rette fokus på det legale rammeværk. For det første undersøges, hvor og hvorledes principperne om offentlig deltagelse er gennemført. Dernæst vil jeg se nærmere på, om der er nogle fælles karakteristika, der bør fremhæves, og endelig, hvorvidt Århuskonventionen har haft nogen indflydelse på udviklingen herhjemme.

Det er ikke nemt at danne sig et hurtigt overblik over implementeringen af konventionens rettigheder og pligter. Det første ord, der kommer frem på nethinden er faktisk: Kaos! Det er nemlig kendetegnende, at kravene om offentlig deltagelse ikke kan findes i en enkelt lov eller for den sags skyld i en enkelt kategori af love. Praxis afspejler mange varianter, og en kortlægning viser, at krav om offentlig deltagelse i konventionens forstand, dvs. adgangen til oplysninger, til inddragelse i beslutningsprocessen og prøvelsesretten, findes i forfatninger, forvaltningslove, offentlighedslove, planlove, i

andre miljølove samt i sektorlovgivninger, herunder i love om minedrift og energi. Det efterlader tvivl om, denne spredning nu også resulterer i den mest effektive gennemførelse af borgernes rettigheder – og berører dermed spørgsmål af retssikkerhedsmæssig art.

Forfatninger

Mange forfatninger har som bekendt mange år på bagen og er skrevet i det 19. århundrede. Det er klart, at offentlig deltagelse i energi- og miljøprojekter ikke var et "issue" på dette tidspunkt. Mange grundlove er imidlertid ikke overraskende blevet ændret i løbet af en periode på omkring 150 år. Når emnet handler om borgerrettigheder, har der været tale om tre udviklingstrin.

Den første gruppe af rettigheder, der er blevet beskyttet forfatningsmæssigt, omfatter de klassiske menneskerettigheder som retten til et privatliv, integritet og personlig udfoldelse. Den anden gruppe relaterer sig til beskyttelse af minoritetsrettigheder, og den tredje og seneste er bestemmelser om miljørettigheder, herunder krav om viden om tilstand og indgreb i naturen.

Når nationale forfatninger revideres, ses således en stigende tendens til at inkludere miljørettigheder enten i form af et særligt statsformål eller som en ret for befolkningen til at bevare et rent miljø og en ret for offentligheden til at blive inddraget i beslutninger, der har forbindelse hertil. Eksempler er forfatningerne i Norge (§ 110b), Finland (§ 20), Holland (Art. 21 og 110), Spanien (Art. 45) og Tyskland (Art. 20a). Også i Danmark har spørgsmålet om, hvilke værdier der skal indgå i en moderne grundlov, indgået i den grundlovsdebat, der har fundet sted siden 1999. I forbindelse med grundlovskonferencen om behovet for en grundlovsrevision i november 1999 blev der således udarbejdet et særlig baggrundspapir om "Menneskerettigheder"⁸. Det fremhæves heri, at:

⁸ Jf. Peer Lorenzen og Linda Nielsen: *Menneskerettigheder*, jf.

www.ft.dk/Samling/20021/MENU/00479324.htm. Se tillige Folketingets præsidium: *Folketingets festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum den 5. juni 1999*, særlig Lars Adam Rehof s. 541 ff., og *Grundlovens nutid og fremtid*. Studier nr. 69, Årsberetning 1998, Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, 1999, samt Henrik Zahle: *Naturen ind i grundloven – menneskeret eller naturbeskyttelse? i Retligt set – synsvinkler på arealanvendelseslovgivningen*, red. Ole Christiansen, 1995, s. 356. For så vidt angår den norske grundlov se www.lovdato.no/all/nl-18140517-000.html. For så vidt angår den finske:

<http://www.om.fi/21910.htm>, den hollandske:

http://www.minbuza.nl/default.asp?CMS_ITEM=MBZ458867, den spanske:

<http://www.spainemb.org/information/constitucionin.htm>, den tyske:

<http://www.jurisprudencia.de/index.html>.

"Det kan overvejes nærmere at indføre en bestemmelse om beskyttelse af miljø og natur af hensyn til de fremtidige generationer – i form af en pligt for staten. Denne vil være usanktioneret, men være udtryk for en vigtig underliggende værdisætning og en forpligtelse for staten. Det kan eventuelt overvejes i en præambel tillige at indføje en bestemmelse, som fastslår, at borgerne har ret til at leve i rene og ikke sundhedsskadelige omgivelser."

Som eksempel på den ene type, der har karakter af en løfteparagraf, kan nævnes den finske forfatnings § 20, som lyder således:

"Det offentlige skal virke for, at alle tilsikres et sundt miljø og har mulighed for at påvirke beslutninger, som gælder ens eget livsmiljø".

Den norske grundlovs § 110b garanterer derimod en egentlig "ret" til et sundt miljø og oplysninger om miljøet, herunder om virkningen af påtænkte miljøindgreb. Den lyder:

"Enhver har Ret til et Milieu som sikrer Sundhed og til en Natur hvis Produktionsævine og Mangfold bevares. Naturens Ressourcer skulle disponeres ud fra en langsigtig og alsidig Betragtning, der ivaretager denne Ret ogsaa for Efterslægten.

For at ivaretage deres Ret i Henhold til foregaaende Led, ere Borgerne berettigede til Kundskab om Naturmilieuets Tilstand og om Virkningerne af planlagte og iværksatte Indgreb i Naturen.

Statens Myndigheder giver nærmere Bestemmelser til at gennemføre disse Grundsætninger."

Hvilken retlig betydning har en sådan bestemmelse så? Er der tale om en ren programmerklæring, eller indebærer bestemmelsen en grundlovsfæstet ret til et rent miljø og viden om miljøtilstanden og virkningerne af diverse projekter?

Svaret ligger nok et sted midt imellem. På den ene side anerkendes der visse miljøværdier og idealer, men på den anden side normeres der ikke en minimumstandard for beskyttelsen, informationsniveauet og omfanget af den offentlige deltagelse. Den norske grundlovsbestemmelse, som udtrykker en "ret", forudsætter en nærmere udfyldning i lovgivningen. Der vil af samme grund vanskeligt kunne støttes ret alene på grundlovens § 110b.⁹ Det er imidlertid ikke ensbetydende med, at der ikke er retlige konsekvenser forbundet med at indføre sådanne bestemmelser i forfatninger. De har således betydning for det politiske og administrative niveau i henholdsvis lovgivningsprocessen og sagsbehandlingen. Miljøhensyn mv. må med andre ord indgå og er endog kommet højt op på listen over relevante hensyn, der

⁹ Se også Inge Lorange Backer: *Innføring i Naturressurs- og Miljørett*, s. 52 med yderligere henvisninger, samt Ola Mestad i *Human Rights in Natural Resource Development*, jf. ovenfor note 5 s. 386.

skal indgå, når love, administrative forskrifter og beslutninger skal udarbejdes, ligesom de udgør en fortolkningsfaktor for retsanvendelsen.

Offentligheds- og forvaltningslove

Det er et generelt træk, at de vestlige lande allerede i de tidlige 1960'ere vedtog en general lovgivning, som gav borgerne mulighed for at få adgang til oplysninger i central- og lokalforvaltningen uden særlig begrundelse. Offentlighedslove eller love om aktindsigt indeholder stadig vigtige rettigheder, der er omfattet af begrebet inddragelse af offentligheden. Reglerne om aktindsigt kan gennemtvinges ved domstolene med visse undtagelser. Retten til aktindsigt er således ofte begrænset under hensyn til f.eks. statens sikkerhed, udenrigspolitiske interesser, det offentliges økonomiske interesser, eller når det drejer sig om interne arbejdsdokumenter.

Den offentlige forvaltning i Danmark dvs. både stat, amt og kommune har pligt til at meddele aktindsigt ifølge offentlighedsloven¹⁰. Og loven gælder også for en række kommunale fællesskaber samt en række energiforsyningsvirksomheder.

Danmark har desuden i 1994 vedtaget en særlig lov, der giver en udvidet ret til aktindsigt i miljøoplysninger, se nedenfor.

Forvaltningslove udstikker principperne for beslutningsprocessen på det administrative niveau og indeholder de mest grundlæggende rettigheder i forholdet mellem forvaltningen og borgeren. Et af de vigtigste i denne sammenhæng er retten til at blive hørt og klageadgangen. Disse rettigheder tilkommer dog kun den, som er part i en forvaltningssag, og giver ikke offentligheden, som ikke har en sådan status, tilsvarende rettigheder.¹¹ I energi- og råstofsager vil det typisk være ejeren til ejendommen (eller andre med ejer- eller brugsrettigheder) og den, der skal udføre aktiviteterne, der er de relevante parter.

Plan- og miljølove

Plan- og miljølovene er børn af 1970'erne og 1980'erne. De fysiske planlove blev gennemført med henblik på at skabe rammerne for udviklingen af et helt land, en region eller en kommune. Formålet har været overordnet styring og kontrol med udviklingen, og en styrkelse af den offentlige debat. Nogle planprocesser har rettet fokus på en specifik sektor, f.eks. energiplanlægningen.

I Danmark er vi gået en tak videre og har gennemført detaljeret planlægning ikke bare af energiforsyningen som sådan, men også af de

¹⁰ Lov nr. 572 af 19. december 1985 om offentlighed i forvaltningen, som ændret ved lov nr. 429 af 31. maj 2000.

¹¹ Se også den danske forvaltningslov, lov nr. 571 af 19. december 1985, som ændret ved lov nr. 347 af 6. juni 1991.

enkelte sektorer, herunder varmforsyningen. Processen blev iværksat med henblik på at reducere Danmarks olieafhængighed og for at introducere naturgassen i det danske forsyningssystem i starten af 1980'erne.¹² Alle forslag til varmforsyningens tilrettelæggelse skulle offentliggøres, ligesom borgere og virksomheder fik mulighed for fremkomme med indsigelser og ændringsforslag. Pærellet med denne offentliggørelsesfase var der krav om, at de berørte ejere og myndigheder skulle underrettes. Der var tillige krav om offentliggørelse af den vedtagne plan.

Antallet af miljølove er stort – naturfredningslov, naturbeskyttelseslov, miljøbeskyttelseslov, lov om beskyttelse af havmiljøet, lov om forurennet jord og lov om vandløb, og de har alle bestemmelser, som giver det civile samfund visse rettigheder. Mange miljøreguleringer har deres oprindelse i USA, og listen er tilsvarende lang: National Environmental Policy Act, the Endangered Species Act, the Surface Mining Control and Reclamation Act, the Coastal Zone Management Act, Federal land Policy and Management Act and Clean Air Act.¹³ I disse tidlige miljølove udmøntede der sig tre primære deltagelsesmåder: adgang til oplysninger, adgang til at deltage i beslutningsprocessen og adgang til at prøve sagen ved domstolene. De matcher med andre ord de samme rettigheder, som er omfattet af Århuskonventionen.

I Danmark blev der i 1994 vedtaget en særlig lov om aktindsigt i miljøoplysninger¹⁴. Loven implementerer Rådets direktiv 90/313/EØF af 7. juni 1990 om fri adgang til miljøoplysninger. Dette direktiv indledte således allerede i 1990 en udvikling i EF hen imod en ændring af de offentlige myndigheders holdning til åbenhed og gennemsigtighed ved at fastsætte en række minimumsregler for, hvornår medlemslandene skal give borgerne adgang til miljøoplysninger.

Miljølovene giver en udvidet adgang til aktindsigt, end hvad der gælder efter de almindelige offentlighedslove. Lov om aktindsigt i miljøoplysninger § 1, stk. 2, giver således ret til aktindsigt hos alle virksomheder, hvis aktiviteter kan have indflydelse på miljøet, og hvor det offentlige gennem ejerskab har en bestemmende indflydelse på virksomhedens drift.

Den vigtigste kategori af miljøplanlægningslove, som giver offentligheden forskellige rettigheder, er imidlertid dem, der omhandler miljøkonsekvens-

¹² For yderligere information se Anita Rønne i *Energy Law in Europe – National, EU and International Law and Institutions* (ed. Martha M. Roggenkamp, Anita Rønne, Catherine Redgwell, Inigo del Guayo) Oxford University Press, 2001, Kap. 6.

¹³ Se Celia Campbell-Mohn i *Human Rights in Natural Resource Development, jf oven for note 5*, s. 235 og note 7. Se også Peter Pagh: *Studier over Amerikansk Miljøret*, 1994, s 80 f og 129.

¹⁴ Lov nr. 292 af 27. april 1994 med senere ændringer.

vurdering – Vurdering af Virkningerne på Miljøet (VVM-vurdering). Det er et fællestræk for alle vestlige lande, men også for en del udviklingslande, at man har vedtaget regler om VVM. I Danmark har det siden 1989 været en del af regionplanlægningen at udføre en vurdering af virkningerne på miljøet af større enkeltanlæg, der må antages at påvirke miljøet væsentligt. Formålet med VVM er at sikre det samfundsmæssigt bedst mulige beslutningsgrundlag samt at sikre offentlighedens mulighed for at blive hørt og få indflydelse i løbet af beslutningsprocessen. Den nærmere beskrivelse af VVM-proceduren og afgrænsning af, hvilke anlæg der omfattes af VVM-reglerne, findes i bekendtgørelse nr. 428 af 2. juni 1999. Reglerne er en implementering af direktiverne 85/337/EØF, som ændret ved 97/11/EF.

VVM-reguleringen har også sin oprindelse i USA og stammer helt tilbage fra 1969. Netop dette forhold kan undre! Almindeligvis bliver USA jo beskyldt for konservatisme og med fokus på det private erhvervsliv! I USA udviklede man desuden en anden nyordning, der er værd at omtale – de såkaldte "Friendly-neighbour Contracts" fra midten af 80'erne. De blev indgået mellem en virksomhed og en gruppe borgere med henblik på at støtte en bæredygtig udvikling og tiltag, der var mindre forurenende, stabile og retfærdige¹⁵. Disse aftaler varierer indbyrdes, men set over ét omfatter de typisk lokalsamfundets adgang til informationer, adgang til at inspicere produktionsanlæg, beredskab i tilfælde af ulykker eller forureningsfare, lokale jobfremstød og imødekommelse af lokale økonomiske behov. Til gengæld for disse fordele kunne borgergruppen så gå ind på at stoppe protester og negativ omtale eller afbryde igangværende voldgifts- eller domstolssager.

Sektorlove

Reglerne om miljøkonsekvensvurderinger er ofte yderligere detaljerede i energi- og råstoflove. Tilladelser og godkendelser efter den danske undergrundslov kan således kun meddeles på baggrund af en vurdering af de miljømæssige konsekvenser, og efter at den berørte offentlighed og de berørte myndigheder og organisationer har haft lejlighed til at udtale sig.¹⁶ Bestemmelsen er nærmere uddybet i en bekendtgørelse.¹⁷

Det er karakteristisk, at vurderingerne følger et projekt gennem hele livsforløbet – fra efterforskning over udvikling og konstruktion, til produktion og

¹⁵ Jf. Celia Campbell-Mohn i *Human Rights in Natural Resource Development*, jf. oven for note 5, s. 239.

¹⁶ Jf. § 28 a i lov om anvendelse af Danmarks undergrund, jf. lovbekendtgørelse nr. 552 af 29. juni 1995.

¹⁷ Bek. nr. 884 af 21. september 2000 om miljømæssig vurdering (VVM) af projekter til indvinding af kulbrinter og til etablering af rørledninger på dansk søterritorium og kontinentalsokkelområde.

transport og endelig ophør. Hver gang man bevæger sig fra en fase til en ny, skal der udføres en Vtil VM-vurdering.

4.3. Den konkrete implementering af Århuskonventionen

Århuskonventionen er implementeret i dansk ret ved lov nr. 447 af 31. maj 2000 om ændring af visse miljølove. Selvom der i princippet er tale om ændringer af 13 love,¹⁸ er der i vidt omfang kun tale om justeringer af den gældende miljø- og energilovgivning. Det er netop, fordi Danmark er et af de lande, hvor borgerne havde flest formelle rettigheder i forvejen.

Især på klageområdet og adgang til domstolsprøvelse har Århuskonventionen haft betydning. Miljøorganisationer har således ikke i alle tilfælde kunnet forventes at blive indrømmet søgsmålskompetence.¹⁹ Alle landsdækkende organisationer, hvis hovedformål er at beskytte natur og miljø, samt organisationer, der varetager rekreative interesser, har nu klageret. Det er nyt, at organisationer med rekreative interesser tages med, og her er Danmark faktisk gået længere end Århuskonventionens krav. Klageretten er desuden udvidet til at omfatte lokale foreninger med samme typer af formål som de landsdækkende. Der er dog den forskel, at de lokale organisationer skal have henvendt sig på forhånd for at opnå klageret, mens dette krav ikke gælder for de landsdækkende.

Der har imidlertid også været behov for justeringer begrundet i konventionens myndighedsbegreb, den brede definition af miljøoplysningerne og videre krav om forudgående inddragelse af offentligheden. Endelig har der været behov for at sikre offentlighedens adgang til udskrift af domme og andre retsafgørelser i civile sager på miljøområdet.

Århuskonventionen har derfor med sine krav om større åbenhed ikke kun haft betydning for f.eks. de Central- og Østeuropæiske lande, men også for Danmark og EU.

5. Konklusion og den forventede udvikling

Inddragelse af offentligheden har nærmest haft karakter af en eksplosiv udvikling og er blevet introduceret under mange forskellige betegnelser: medindflydelse, medansvar, medbestemmelse, nærdemokrati, decentralisering, delegation, selvforvaltning, bydelsråd, minoritetsbeskyttelse og oprindelige folks rettigheder. Den har også en central plads i begrebet en bæredygtig

¹⁸ Lov om aktindsigt i miljøoplysninger, lov om miljøbeskyttelse, lov om beskyttelse af havmiljøet, lov om forurennet jord, lov om planlægning, lov om anvendelse af Danmarks undergrund, lov om kontinentalsoklen, lov om elforsyning, lov om naturbeskyttelse, lov om råstoffer, skovloven, lov om sommerhuse og camping samt endelig lov om vandløb.

¹⁹ Se i øvrigt Pernille Boye Koch: *Retlig interesse – Et begreb i forvandling* UfR. 2001 B.283-290.

udvikling. Inddragelse af offentligheden er således blevet et centralt tema i international politik og forhandling og ikke mindst i den praktiske gennemførelse af projekter. Og få sektorer er blevet ramt dybere end råstof- og energiindustrien.

I dag er der en mangfoldighed af interesser på forskellige niveauer, som kræver adgang til forhandlingsbordet. Man kan tale om, at der er sket en demokratisering af beslutningsprocessen, og at der er kommet en menneskelig dimension i ressourceplanlægning og projektgodkendelser.

Århuskonventionen er en ny type regulering, som binder miljørettigheder og menneskerettigheder sammen, og den er et resultat af en proces, der spænder over fire årtier. De oprindelige initiativer omkring inddragelse af offentligheden er ofte startet som pilotprojekter og hensigtserklæringer for efterhånden at udvikle sig til bindende normer. Det er en udvikling, der er sket i en vekselvirkning mellem skridt, der er taget i enkelte lande, og som så er taget op i internationale fora, for så igen at blive gennemført nationalt.

Udviklingen bygger på forskellige underliggende tankegange. Bestemmelserne om aktindsigt, retten til at blive hørt og til at klage hviler på et princip om, at individet skal beskyttes over for den magtfulde stat. Det er vigtigt at give borgerne visse værktøjer, så de kan beskytte sig selv i deres personlige forhold. Planlægningsreglerne er en fortsættelse af denne tankegang, men kombineret med formålet om at støtte den offentlige debat. Princippet om en bæredygtig udvikling har yderligere forstærket vigtigheden af at inddrage offentligheden. Bæredygtighed har fået en udbredt politisk støtte, og bæredygtige løsninger lader sig kun realisere, hvis borgerne får mulighed for indsigt, debat og medindflydelse på de beslutninger, der træffes.

Disse nye rettigheder til at kontrollere private entreprenører er måske den mest signifikante "trend", som råstof- og energiindustrien har oplevet ved optakten til det 21. århundrede. Selskaber og dem, der realiserer projekter har måttet sande, at det kan være endog meget dyrt ikke at have offentlighedens opbakning. Shell glemmer formentlig ikke lige med det samme Brent Spar – boreplatformen, som de britiske myndigheder havde tilladt Shell at dumpe i Atlanterhavet, men hvor Greenpeace-aktioner og en omfattende boykot fra den brede befolknings side af Shells tankstationer resulterede i, at Shell ændrede sin beslutning. Hvad der skete for Shell, kan imidlertid lige så godt ske for en hvilken som helst anden virksomhed. Magtbalancen er blevet anderledes – og i den forbindelse skal betydningen af Internettets fremkomst også fremhæves. Det er simpelthen blevet nemmere at nå ud til den brede offentlighed og for denne at give sin mening til kende.

Den økologiske opvågning i 1970'erne indledte en proces, som vi næppe har set slutningen på endnu. Aldrig er der, som i de seneste år, talt så meget om åbenhed og gennemsigtighed! I en vis forstand har den 11. september 2001 dog lagt en dæmper på udviklingen, idet faren for terrorisme har haft afledte virkninger for åbenheden og det offentliges adgang til informationer.

Det gælder ikke mindst i USA. Ikke desto mindre er det formentlig ikke en overdrivelse at påstå, at inddragelse af offentligheden ser ud til at blive en af de helt afgørende faktorer i dette århundrede for udviklingen og gennemførelsen af store økonomiske projekter – og ikke mindst for deres succes!

Tonen er slået an!

Referencer:

Human Rights in Natural Resource Development – Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources, redigeret af Donald N. Zillman, Alastair R. Lucas and George (Rock) Pring, Oxford University Press, 2002, herunder:

Anita Rønne: *The Emphasis on Public Participation in Energy Resource Development in Denmark, and the Rights of Greenland and the Faroe Islands* (Kap. 9);

Georg (Rock) Pring og Susan Y. Noé: *The Emerging International Law of Public Participation Affecting Global Mining, Energy, and Resources Development* (Kap. 1);

Barry Barton: *Underlying Concepts and Theoretical Issues in Public Participation in Resources Development* (Kap. 2);

Peter Davies: *Public Participation, the Aarhusconvention, and the European Community* (Kap. 4);

Celia Campbell-Mohn: *The Human Dimension in Twenty-first Century Energy and Natural Resources Development: The New Law of "Public Rights" in Private Development in the United States* (Kap. 7);

Ola Mestad: *Rights to Public participation in Norwegian Mining, Energy and Resource Development* (Kap. 10) og

Martha M. Roggenkamp: *Public Participation in Sustainable Development of Energy Supply in the Netherlands* (Kap. 11)

Brundtlandkommissionen (1987): *Vores Fælles Fremtid*, FN-forbundet og Mellemfolkeligt Samvirke, København

Inge Lorange Backer: *Indføring i Naturressurs- og Miljøret*, Ad Notam Gyldendal, Annen udgave, 1995

Pernille Boye Koch: "Retlig interesse – Et begreb i forvandling" UfR. 2001 B.283-290

Peer Lorenzen og Linda Nielsen: *Menneskerettigheder*, baggrundspapir, 1999, jf. www.ft.dk/Samling/20021/MENU/00479324.htm

Henrik Zahle: *Naturen ind i grundloven – menneskeret eller naturbeskyttelse?* i Retligt set – synsvinkler på arealanvendelseslovgivningen, red. Ole Christiansen, 1995, s. 356.

Peter Pagh: *Studier over Amerikansk Miljøret*, 1994, s 80 f og 129.

Folketingets præsidium: *Folketingets festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum den 5. juni 1999*, særlig Lars Adam Rehof, s. 535 ff

Grundlovens nutid og fremtid. Studier nr. 69, Årsberetning 1998, Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, 1999

Anita Rønne: *The Legal Dimension of Sustainable Development with the Emphasis on the Energy Sector*, artikel i *Law and Ecology*, Retfærd, 1994, p 54-65, og *Bæredygtighed. Om begrebets retlige dimension og betydning for energisektoren*, Retsvidenskabeligt Institut B, Årsberetning 1991, s 155-64

Anita Rønne i *Energy Law in Europe – National, EU and International Law and Institutions* (ed. Martha M. Roggenkamp, Anita Rønne, Catherine Redgwell, Inigo del Guayo) Oxford University Press, 2001, Kap. 6 Agenda 21, <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/english/agenda21toc.htm>

Konvention om adgang til oplysninger, offentlig deltagelse i beslutningsprocesser samt adgang til klage og domstolsafgørelser på miljøområdet, se <http://www.mst.dk/tværf/0100.000.htm>

UNECE Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters, se <http://www.unece.org/env/pp>

Lov nr. 447 af 31. maj 2000 om ændring af visse miljølove (Implementering af Århuskonventionen m.v.)

Anita Rønne er lektor ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Energiret. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>, samt den personlige hjemmeside <http://www.jur.ku.dk/anitaronne/>. E-mail: Anita.Ronne@jur.ku.dk.

Er mægling anvendelig i internationale børnebortførelsessager?

Vibeke Vindeløv¹

1. Indledning

I takt med den stigende internationalisering er rejser mellem lande hyppigere og forekomsten af blandede ægteskaber derfor større. Hermed er også antallet af skilsmisser øget, hvor ægtefæller enten kommer fra hver sit land eller bosætter sig i et andet land end oprindelseslandet.

Sager om forældremyndigheds- og samværsspørgsmål har altid været vanskelige, og naturligvis bliver de ikke mindre konfliktfyldte, når forældrene i forbindelse med samlivsophævelse vælger at bosætte sig i hver sit land. Erfaringer fra sager om tilbagegivelse af børn viser, at disse sager ofte har meget store menneskelige omkostninger for alle de implicerede parter, herunder for den af forældrene, der har bragt barnet til Danmark. Den pågældende forælder er ikke altid klar over, at vedkommende har begået et ulovlig handling, og har ofte den opfattelse, at vedkommende har handlet til barnets bedste.²

I mange lande er skilsmissekonflikter et af kerneområderne for anvendelse af mægling. Det er derfor naturligt at overveje, om mægling også vil kunne være anvendelig i sager om forældremyndighed og samvær, når forældrene bosætter sig i hver sit land og en af dem mener, at barnet eller børnene ulovligt er blevet fjernet.

Ved folketingsbeslutning i foråret 2003 blev nedsat et udvalg til overvejelse af, hvorvidt mægling skal kunne anvendes i børnebortførelsessager, hvor barnet ulovligt opholder sig i Danmark.³ Hensigten med denne artikel er ikke at tage stilling til dette spørgsmål, idet dette ville være præmaturligt i forhold til udvalgets arbejde. Hensigten er alene at videregive foreløbige re-

¹ Psykolog Lars Diemer fra Københavns Statsamt takkes for værdifulde kommentarer.

² Vedrørende en meget omdiskuteret børnebortførelsessag, den såkaldte Kirsten Chesnut-sag, henvises til Justitsministeriets hjemmeside, www.jm.dk under pressemeddelelser, 27. sept. 2002.

³ Jfr. Kommissorium for børnebortførelsesudvalget.

fleksioner over nogle forhold, man bør være særligt opmærksom på ved indførelse af mægling i disse sager. Set i sammenhæng med det overordnede emne for denne bog vil man ved mægling i internationale børnebortførelsessager gå videre end til blot denationalisering og over i en slags privatisering af retsområdet.

Artiklen er bygget op således, at der først redegøres for regelgrundlag mv. for internationale børnebortførelsessager. Dernæst beskrives mægling generelt og statsaternes nuværende ordning om mægling i forældres konflikter vedrørende deres børn. Endelig sammenholdes disse erfaringer med eventuel mægling i børnebortførelsessager. Som følge af artiklens begrænsede omfang vil mange aspekter kun blive overfladisk berørt. Imidlertid vil disse forhåbentlig give inspiration til videre drøftelse og uddybning.

2. Hvornår er der tale om børnebortførelser?

Det aktuelle grundlag for overvejelser om mægling i børnebortførelsessager vedrører ifølge kommissoriet alene sager, hvor børn ulovligt er ført her til landet eller ulovligt tilbageholdes her i landet. Afgrænsningen af, hvornår børnebortførelser er til stede, kan findes i bemærkningerne til ændring af lov om international fuldbyrdelse af forældremyndighedsafgørelser mv.⁴ Herefter må bortførelse navnlig forekomme, hvor den af forældrene, som ikke har del i forældremyndigheden, uden samtykke fra indehaveren af forældremyndigheden bringer barnet her til landet. Selvom forældrene har fælles forældremyndighed, kan en af forældrenes indrejse med barnet her til landet være ulovlig, hvis forældrene på tidspunktet for rejsen er uenige om, hvem af dem der skal have forældremyndighed alene. I dette tilfælde skal begge forældrene give samtykke til, at barnet kommer med til Danmark.

Selvom selve rejsen fra udlandet til Danmark ikke er ulovlig, kan der senere blive tale om ulovlig tilbageholdelse. Dette vil f.eks. være tilfældet, hvis en forælder, som ikke har del i forældremyndigheden, med forældremyndighedsindehaverens samtykke har samvær med barnet i Danmark, men hvor den pågældende ikke giver barnet tilbage efter samværrets afslutning.

Er bortføreren ikke en af barnets forældre, men f.eks. en bedsteforælder eller en anden nærtstående, der ulovligt har ført barnet til Danmark eller tilbageholder det her, opfattes disse på lige fod med forældrene og således ikke som helt fremmede, som med kriminel hensigt har bortført barnet f.eks. mhp. at opnå løsepenge.⁵

⁴ L 198 vedtaget 15. maj 2003.

⁵ Vedrørende afgrænsning af bortførelser af børn fra Danmark henvises til bemærkninger til lovforslag, 2002-03-L-198 side 4.

3. Fakta om internationale bortførelsessager set fra en dansk synsvinkel

a. Problemets omfang

De danske myndigheder har siden 1991 behandlet omkring 100 sager om tilbagegivelse af børn, der er bragt *fra* udlandet *til* Danmark. Siden 1998 har antallet af sager om udlevering af børn *til* Danmark *fra* udlandet efter Haagerkonventionen ligget på ca. 10 om året. Antallet af sager om udlevering af børn *fra* lande, der ikke er omfattet af internationale konventioner, f.eks. Iran, Libanon og Syrien, lå fra 1991 til 1997 på 3 eller 4 årligt og har i 2001 og 2002 ligget på ca. 20.

Børnebortførelsessager må således generelt anses for et stort problem og stigende, hvad enten der er tale om bortførelser til eller fra Danmark.

b. Regelgrundlaget

Danmark tiltrådte i 1991 Haagerkonventionen af 1980 om de civilretlige virkninger af internationale børnebortførelser og Europarådskonventionen af 1980 om anerkendelse og fuldbyrdelse af forældremyndighedsafgørelser. Formålet med konventionerne er at forebygge internationale børnebortførelser og at sikre bortførte børns tilbagevenden til det land, der er bortført fra, medmindre det er åbenbart, at en tilbagegivelse vil være i strid med barnets bedste. Konventionerne er gennemført i dansk ret ved lov nr. 793 af 27. november 1990 om international fuldbyrdelse af forældremyndighedsafgørelser m.v. (internationale børnebortførelser) (børnebortførelsesloven).

Børnebortførelsesloven fastsætter nærmere regler for behandlingen af sager om tilbagegivelse af børn, der ulovligt er bragt til eller tilbageholdes i Danmark.

Afgørelsen af, om et barn skal tilbagegives, træffes af domstolene, jfr. lovens § 10. For at sikre samarbejdet kræver begge konventioner imidlertid, at der udpeges en centralmyndighed, hvilket i Danmark er blevet Civilretsdirektoratet. Efter konventionerne er centralmyndighedens opgave overordnet set at sikre, at konventionsforpligtelserne overholdes, og at bortførte børn bringes tilbage.

Børnebortførelsesområdet er særegent derved, at en administrativ myndighed, Civilretsdirektoratet, som centralmyndighed har en række opgaver i forhold til sager, som behandles ved domstolene, og at direktoratet ikke optræder som part eller partsrepræsentant i disse sager.

I børnebortførelseslovens § 3 findes alene en overordnet beskrivelse af den danske centralmyndigheds opgaver. Af forarbejderne fremgår, at man har valgt at udforme centralmyndighedens forpligtelser generelt, idet centralmyndighedernes opgaver ifølge konventionsteksten er omfattende og affattet med henblik på at opnå det overordnede mål at fremskynde sagsbehandlingen. I § 3, stk. 2, er der en bemyndigelse til justitsministeren

handlingen. I § 3, stk. 2, er der en bemyndigelse til justitsministeren til at fastsætte nærmere regler om centralmyndighedens virksomhed. Denne hjemmel er imidlertid hidtil ikke udnyttet.

Efter Haagerkonventionens artikel 7 skal centralmyndighederne enten direkte eller gennem mellemlidende tage alle passende forholdsregler for at sikre den frivillige tilbagegivelse af barnet eller tilvejebringelse af forligsmæssig løsning. I Danmark overlades det normalt til fogedretten at søge at opnå en sådan frivillig tilbagegivelse.⁶

c. Involverede myndigheder

Ud over Civilretsdirektoratets rolle som centralmyndighed indtager de danske domstole en central rolle i behandlingen af sagerne om internationale børnebortførelser. Efter retsplejelovens § 17 a påhviler ansvaret for, at en sag behandles af en person med den fornødne viden og erfaring, dommeren ved det pågældende embede (ved flerdommerembeder den administrerende dommer eller præsidenten). Internationale bortførelsessager behandles i lighed med nationale bortførelsessager af fogeden knyttet til det aktuelle dommerkontor. Den enkelte foged vil kun sjældent kunne trække på egne erfaringer fra tidligere sager, henset til at antallet af sager, som de danske fogeder behandler, er relativt beskedent. Der stilles derfor meget store krav til den enkelte foged.⁷

Børnebortførelseslovens kapitel 5 indeholder visse særlige regler om domstolens behandling af børnebortførelsessager. Herudover gælder de almindelige tvangsfuldbyrdsregler i retsplejelovens kapitel 45, 46 og navnlig kapitel 48.

I situationer, hvor det er uvist, hvor barnet befinder sig, vil politiet ofte blive inddraget med henblik på at få fastslået barnets opholdssted. På tilsvarende måde kan politiets bistand være nødvendig ved politifremstilling for retten eller ved tvangsfuldbyrdelse af en afgørelse om tilbagegivelse.

De sociale myndigheder vil ligeledes i visse tilfælde blive inddraget i sager om børnebortførelser. Det kan være i tilfælde, hvor fogedretten i medfør af børnebortførelseslovens § 17 beslutter, at barnet under sagen skal anbringes på et neutralt sted ved de sociale myndigheders foranstaltning, hvis det skønnes nødvendigt for at sikre barnets tilstedeværelse. Også i forbindelse med den faktiske tilbagegivelse af barnet kan det være hensigtsmæssigt at inddrage de sociale myndigheder, ligesom disse myndigheders medvirken kan være nødvendig i forbindelse med tvangsfuldbyrdelse af en afgørelse om tilbagegivelse.⁸

⁶ Se kommissoriet for Børnebortførelsesudvalget.

⁷ Se kommissoriet for Børnebortførelsesudvalget.

⁸ Se kommissoriet for Børnebortførelsesudvalget.

Er mægling anvendelig i internationale børnebortførelsessager?

I forholdet mellem de nordiske lande gælder særlige regler, som indebærer, at udlevering kan foretages alene via politiet uden involvering af hverken statsamt eller domstole.

d. Nyere initiativer

I maj 2001 har det Permanente Bureau under Haagerkonferencen oprettet en database (INCADAT). Databasen indeholder en gengivelse af et stort antal principielle afgørelser truffet af de internationale domstole i de forskellige konventionsstater vedrørende anvendelsen af Haagerkonventionen. Herudover har Domstolsstyrelsen i 2001 udpeget en såkaldt kontaktdommer, der kan yde generel rådgivning til de danske fogeder om konventionen.

Ligeledes blev ved Haagerkonferencens møde i Haag i september 2002 fremsat forslag til "Guide to Good Practice" på området.⁹ Det permanente Bureau offentliggjorde i januar 2003 første og anden del af Guide to Good Practice, som fortrinsvis retter sig imod de centrale myndigheder bl.a. med forslag til grundlag for diskussioner med nationale fora om øgede resurser og ændringer i lovgivning samt om samarbejdet mellem forskellige centrale myndigheder. Guiden, som er på i alt 242 sider, omtaler ikke etablering af mægling som en mulighed i forbindelse med behandling af internationale bortførelsessager.

Under hensyn til, at såvel antallet af mulige involverede myndigheder og deraf følgende vanskeligheder med såvel koordinering som oparbejdelse af erfaring som til de generelt ofte meget ulykkelige sager for såvel forældre som børn, synes det i disse sager rimeligt at overveje muligheden for mægling for derved at søge de menneskelige omkostninger mindsket.

4. Mægling¹⁰

a. Værdigrundlaget

Mægling, som den anvendes i f.eks. de danske statsamter og konfliktråd, hviler på nogle grundværdier, som kan udtrykkes som *respekt for det enkelte individ*, hvorfor parternes *autonomi* og *værdighed* bliver afgørende. Dette indebærer, at parternes egen *retfærdighedsopfattelse* tillægges afgørende vægt. Hertil kommer, at respekt og værdighed anses som forudsætninger for at opnå en *genoprejsning* og *forsoning* mellem parterne.

Herudover hviler mægling på forskellige antagelser, som influerer på såvel udøvelsen af processen som på indholdet. Disse er:

⁹ se kommissoriet for Børnebortførelsesudvalget.

¹⁰ "Mægling" er i denne sammenhæng det samme, som i statsamtsregi kaldes 'konfliktmægling' og i konfliktrådsregi mediation.

- en forståelse for, at konflikter anses som et livsvilkår. Konflikter anses i sig selv hverken som gode eller dårlige, idet *måden*, hvorpå de håndteres, bliver afgørende for, hvorvidt de bliver konstruktive eller destruktive,
- en tillid til, at parterne bedst ved, hvad der er godt for dem. Dvs., at de ses som eksperter på deres eget liv,
- en tillid til, at det er muligt at nå frem til gensidigt tilfredsstillende løsninger, hvis parterne vil,
- at dialog er ønskelig i enhver konflikt og midlet til at nå målet, og endelig,
- en accept af, at der er flere virkeligheder.

Mægling defineres som en frivillig og fortrolig konfliktløsningsmetode, hvor en eller flere upartiske tredjepersoner hjælper parterne med selv at forhandle sig frem til en for dem tilfredsstillende løsning gennem en struktureret proces. Tredjepersonen træffer ingen afgørelse i sagen.

Herefter er *for det første* parternes *frivillige* medvirkning til mæglingsprocessen vigtig.

Frivillighed betyder i denne sammenhæng, at parterne selv vælger, om de vil deltage i mægling, og herudover, om de vil indgå en aftale, og hvilket indhold den i så fald skal have. Den frivillige deltagelse indebærer, at parterne når som helst kan forlade mæglingen, og at de ikke er bundet af noget (bortset fra udgifter påført i forbindelse med første del af mæglingen), før end den endelige aftale er underskrevet.

Dernæst skal mæglingen være *fortrolig*, hvorved ikke blot forstås, at mægleren har tavshedspligt i forhold til det, som erfares under mæglingen, men også at parterne skal være villige til ikke at inddrage udenforstående i konflikten. Fortroligheden danner basis for det rum, hvori parterne siden trygt skal kunne komme med indrømmelser og give udtryk for deres ønsker.

Mægleren skal endvidere være *upartisk*, hvorved forstås, at han ikke tager parti for den ene part imod den anden. Begrebet upartiskhed har nær sammenhæng med begrebet *neutralitet*, som i denne sammenhæng betyder, at mægler ikke *tager stilling til*, hvordan konflikten skal løses, og ikke har en interesse i et bestemt udfald

Endvidere skal parterne finde frem til en løsning, der er *tilfredsstillende* ved hjælp af *forhandling*. Da en forhandling forudsætter, at begge parter er indstillede på at bevæge sig væk fra sit oprindelige udgangspunkt, indebærer denne del af definitionen, *både* at parterne – med bistand – er i stand til at varetage deres egne interesser på en tilfredsstillende måde, *og* at de er villige til at bevæge sig, så at også denne opnår et tilfredsstillende resultat. Ingen mægling uden forhandling.

Mæglingen giver mulighed for, at parterne kan give udtryk for deres krav, krænkelse, behov og forventninger og giver således rammerne for en mere tæt kommunikation, end man f.eks. finder ved en retssag. Imidlertid er formålet med mæglingen (som altovervejende hovedregel), at parterne når frem til en aftale. For at sikre dette mål foregår mæglingen som en *struktureret proces*. Det er mæglerens opgave at bevare overblikket og gelejde parterne trygt igennem processen.

Endelig må mægleren *ikke træffe afgørelse* i sagen, idet der i så fald ikke er tale om en mægling, men en form for autoritativ konfliktløsning, der fratrækker parterne ansvaret for løsningen og derfor stiller krav om helt andre beskyttelsesforanstaltninger såsom offentlighed, andre krav til 3. persons uddannelse mv.

5. Den nuværende ordning om mægling i statsamtet

I forbindelse med etablering af en landsdækkende ordning med konfliktmægling som supplement til den børnesagkyndige rådgivning i statsamtene udarbejdede en projektgruppe under Civilretsdirektoratet forslag til, hvilken udformning ordningen skulle have.¹¹

I rapporten fastslås, at *visitationen* af parterne for deltagelse i konfliktmægling er afgørende, idet parterne skal have "en vis evne og vilje til at finde løsninger, for at de kan drage nytte af et mæglingstilbud". Da formålet med konfliktmægling er at finde løsninger, der så vidt muligt tilgodeser begge parter, og da parterne selv har ansvaret for, at der indgås aftaler, skal de være parate til "at give og tage". Parterne skal derfor tillige være i stand til at kunne forpligtige sig over for den aftale, de måtte indgå.

Det må på den baggrund nøje overvejes i den enkelte sag, om mægling er det rette tilbud for netop dette par. F.eks. anses konfliktmægling ikke for et egnet tilbud, hvis en eller begge har misbrugsproblemer eller svære psykiske lidelser. I praksis udnyttes mulighederne for konfliktmægling imidlertid ikke alle steder i det omfang, det var tilsigtet.

Af forslaget til konfliktmægling i statsamter fremgår endvidere, at der bør iværksættes *co-mediation*, dvs. at mæglingen foretages samtidigt af to mæglere, oftest en psykolog og en jurist, som med henholdsvis børne- og familiesagkyndig samt familieretlig viden kan supplere hinanden, idet det fremhæves, at ulempen ved de højere udgifter fuldt opvejes af de kvalitetsmæssige fordele ved to mæglere. I praksis er princippet om *co-mediation* dog enkelte steder fraveget og mæglingen overladt til en jurist alene.

¹¹ Indførelse af Konfliktmægling i Statsamtene, udarbejdet af Projektgruppen om Konfliktmægling, februar 2001.

Da *fortrolighed* er afgørende i konfliktmægling, må der tillige være "vandtætte skodder" mellem mæglingen og mæglerne og den almindelige sagsbehandling/sagsbehandleren. Det fremhæves, at mægleren ikke må kende sagen eller sagens parter inden mæglingen, og at mæglerne ej heller må melde tilbage til en eventuel sagsbehandler om resultatet eller om, hvad der er sket under mæglingen. Naturligvis må mægler heller ikke selv senere virke som sagsbehandler i samme sag.¹²

Det særlige spørgsmål om *notatpligt* i henhold til offentlighedslovens § 6 blev foreslået løst derved, at en samværs sag, hvor statsamtet har afgørelseskompetence, henlægges med parternes samtykke, når konfliktmægling iværksættes. Herved ophæves kravet om notat, jfr. offentlighedslovens § 6, stk. 1.

I notatet understreges derfor betydningen af, i forbindelse med visitation af sagen til konfliktmægling at få parternes udtrykkelige samtykke til at henlægge statsamtets afgørelsessag. Denne vil således være "lukket" under konfliktmæglingen og vil kun kunne "åbnes" igen, hvis forældrene selv retter henvendelse til statsamtet med en ny ansøgning om forældremyndighed eller samvær.¹³

I praksis har det vist sig, at nogle forældre som en del af deres aftale om samvær bestemmer, at aftalen skal tilgå statsamtets sag med henblik på udfærdigelse af en samværsresolution.

Da statsamtet ikke har afgørelseskompetence i forældremyndighedskonflikter, bliver problemet om notatpligt, henlæggelse mv. ikke på noget tidspunkt aktuelt i denne type sager. Dog kan statsamtets afgørelse om eventuel bevilling af fri proces til en forældremyndighedssag ved domstolene afvente udfaldet af konfliktmæglingen.

Projektgruppen anbefaler endvidere, at *børn ikke deltager* i konfliktmægling. Det anføres, at indsatsen "ud fra en praktisk synsvinkel bør koncentrerer om forældrene, da det er dem, der vil kunne profitere af mæglingen, mens børnene – i modsætning til den almindelige rådgivningsordning – ikke kan antages at have særskilt behov for at deltage i mægling. Dette skyldes angiveligt, at børnene i almindelighed ikke er aktive deltagere i forældrenes konflikt. Det vil til gengæld først og fremmest være børnene, som kan profitere af, at denne konflikt mindskes eller bilægges".¹⁴

Anbefalingen skal endvidere ses i lyset af, at en stor del af forældrenes konflikt ofte vedrører deres indbyrdes kommunikation og samarbejde, og at de aftaler, forældrene indgår med hinanden, ofte vedrører disse emner. I nogle statsamter, er praksis imidlertid i sager, hvor ældre børn (med tilstrækkelig modenhed og alder) må antages at have deres egen mening om

¹² Notatet s. 6.

¹³ Notatet s. 8.

¹⁴ Notatet s. 6.

samværets form og omfang, at børnene bliver henvist til rådgivningsordningen, eller barnet vil blive indkaldt til en samtale i henhold til § 29 i lov om forældremyndighed og samvær, så barnets mening kan indgå i statsamtets afgørelse.

Endelig fremhæves i rapporten *behovet for uddannelse* som mægler for med tilstrækkelig viden og erfaring at kunne varetage mægling i disse vanskelige sager. På denne baggrund iværksatte Civilretsdirektoratet i efteråret 2001 et uddannelsesforløb for både børnesagkyndige og jurister.

Af forslaget fremgår i øvrigt, at det har grundlag i et menneskesyn og et værdigrundlag, som ligger meget tæt op ad det, som er beskrevet i afsnit III. Det fremhæves herudover eksplicit, at grundlaget for at finde frem til gensidigt tilfredsstillende løsninger er, at parterne via mæglingsprocessen får øget indsigt i egen og modpartens situation og oplevelse af konflikten.¹⁵

6. Overvejelser om mulig anvendelse af mægling i børnebortførelsessager?

Det er naturligt ved diskussion af indførelse af mægling i internationale bortførelsessager at tage udgangspunkt i de overvejelser, der ligger til grund for den nuværende praksis med mægling i forældremyndigheds- og samværskonflikter ved de danske statsamter. Disse vil derfor her blive gennemgået samt tilføjet kommentarer affødt af de særlige forhold, der gør sig gældende i internationale børnebortførelsessager. Endvidere vil sagernes afgrænsning samt etiske spørgsmål i forbindelse med mægling blive drøftet.

a. *Ad visitation:* Utvivlsomt er det også i internationale børnebortførelsessager nødvendigt, at parterne har "en vis evne og vilje til at finde løsninger" for at kunne drage nytte af mæglingstilbuddet. Det må derfor for det første slås fast, at forældre med misbrugsproblemer, eller hvor en eller begge har svære psykiske lidelser, ikke er egnede til mægling.

Demæst må man gå ud fra, at viljen til at bidrage til løsninger, der tilgodeser begge parter, i høj grad er afhængig af, at parterne føler, de selv så vidt muligt har "herredømme" over konflikten. Dette indebærer sandsynligvis, at mægling i lighed med den nuværende statsamtsordning bør være et tilbud, som parterne frit kan tage eller afslå, og ikke som f.eks. i norske forældremyndigheds- og samværskonflikter skal være tvunget. Frivilligheden ikke bare ved valg af deltagelse i mægling, men naturligvis også ved selve aftalens indgåelse, anses generelt for at være en afgørende faktor for holdbarheden og parternes frivillige opfyldelse af den indgåede aftale.

¹⁵ Notatet s.12.

Muligvis har frivillighedsaspektet en særlig dimension netop i forbindelse med internationale bortførelsessager, idet man kan forestille sig, at en udenlandsk forælder, der frivilligt har medvirket til mægling i Danmark og f.eks. via denne har indgået aftale om barnets faste ophold her i landet, kan få et stort forklaringsproblem i forhold til sin familie i hjemlandet. Det bør derfor nok overvejes, hvilke foranstaltninger der kan foretages for at give den pågældende "et alibi" for aftalens indhold i forhold til sin familie, samtidig med at frivillighedsaspektet fastholdes. Eventuelt kan medvirken af "bisidder" under mæglingen i form af et familiemedlem overvejes i visse mæglinger.

b. *Ad co-mediation*: Samtidig mægling af to mæglere har vist sig nyttig i mange mæglinger, hvor forskellige kvalifikationer er påkrævet. I familiesager vil kvalifikationsbehovene ofte kunne mødes, dersom én mægler er psykolog og en anden jurist. Mindst lige så vigtig er imidlertid kønssammensætningen, idet par, der deltager i mægling, ofte er meget følsomme over for eventuelle alliancer mellem den ene part og mægleren af samme køn. Uanset om alliancen er reel eller blot opleves som sådan, kan det påvirke mæglingen i en uheldig retning. Derfor anbefales det generelt, om end det ikke altid er muligt at gennemføre i praksis, at de to mæglere ud over at være af forskellig faglig baggrund også er af forskelligt køn.

I internationale bortførelsessager tilføres yderligere den dimension, at parterne er fra hvert sit land og hver sin kultur. Man må derfor gå ud fra, at det i mange tilfælde vil være formidlende for parternes tryghed og derfor for processen, dersom mæglingen forstås af to mæglere med samme kulturbaggrund som parterne. Den praktiske gennemførelse af dette forslag vil utvivlsomt ofte være vanskelig, men bør i al fald tilstræbes. Eventuelt kan man overveje, at der gives parterne mulighed for selv at vælge de pågældende mæglere.

Overvejelserne har nær sammenhæng med kravet om mæglernes upartiskhed, som igen har sammenhæng med spørgsmålet om neutralitet. Når det i definitionen ikke kræves, at mægler skal være neutral i forhold til indholdet, skyldes det, at det forekommer at være en illusion, at mægleren skulle være helt uden antagelser om, hvordan konflikten mest hensigtsmæssigt kan løses. Hvad der derimod må kræves er, at mægler er i stand til at skyde sin egen eventuelle opfattelse heraf til side og derved sikre, at resultatet bliver parternes eget. Utvivlsomt har de fleste en, bevidst eller ubevidst, opfattelse af ens egen kultur som den, det vil være bedst for et barn at vokse op i. Det må derfor antages, at vanskeligheden ved at opfylde dette krav vil være stigende jo mere fremmedartet partens kultur er i forhold til mæglerens egen kultur. Mæglerens opmærksomhed på egen bias bør derfor skærpes kraftigt i disse sager.

Er mægling anvendelig i internationale børnebortførelsessager?

Af samme grund vil det være afgørende, at mæglingens facilitative karakter fastholdes. Dette indebærer, at mægleren alene er formidler af processen og holder egne vurderinger og forslag tilbage, så parterne gennem hele processen beholder ansvaret for indholdet. Tillader mæglerne sig derimod at benytte sig af en evaluativ form, og kommer de eventuelt endog med forslag til løsning og kommentarer til parternes forslag, er risikoen for tab af upartiskhed og dermed af parternes tillid til mæglerne og processen stor. Det skal understreges, at en facilitativ proces ikke afskærer mæglerne fra at udføre såkaldt realitetstestning med parterne, hvorved det realisable i deres mulige aftale eller mulige vanskeligheder herved vil blive afklaret.

c. *Ad fortrolighed:* Spørgsmålet om fortrolighed og dermed etableringen af et "trykt rum" for parterne til at arbejde med deres konflikt er afgørende for, at en mægling kan lykkes. Fortroligheden gælder både fra parterne i forhold til deres omverden, herunder familie, og for mæglerne i forhold til sagsbehandlere mv. Kravet om fortrolighed bør være ufravigeligt, og i lighed med håndhævelsen heraf ved mægling i statsamtene indebære, at mæglerne hverken kender sagens parter eller sagen inden mæglingen. Fortroligheden gælder også i forhold til den myndighed, som i givet fald bliver nødt til at træffe afgørelse i sagen, dersom mæglingsforsøget mislykkes, og mæglerne bør derfor være afskåret fra at melde tilbage om, hvad der er sket under mæglingen. Det kan dog overvejes, om mæglerne skal have adgang til at melde tilbage om, hvorvidt mæglingen har resulteret i en aftale eller ej, idet en mislykket mægling eventuelt kan medføre behov for foranstaltninger imod mulige fortsatte eller nyiværksatte ulovligheder.

d. *Ad notatpligt:* For så vidt angår kravet om notatpligt og mulighederne for ikke at bryde kravet om fortrolighed herved, synes ordningen som foranstaltet af statsamtet i de nuværende mæglingssager at være umiddelbart anvendelig og vil derfor ikke medføre flere kommentarer her.

e. *Ad børns deltagelse i mægling:* Spørgsmålet om børns deltagelse i mægling er et område, som kræver ganske mange nye overvejelser. Besvares spørgsmålet bekræftende, må det endvidere overvejes, om samme aldersgrænse da skal gælde ved mægling som i afgørelsessager. Hertil kan anføres mindst to principielle overvejelser.

Den ene principielle overvejelse vedrører *partsbegrebet* under mæglingen, dvs. selve beslutningen om, hvem der skal være til stede under en mægling. Almindeligvis gives dette spørgsmål ingen opmærksomhed, når mægling introduceres i retlige sammenhænge. I den nye forsøgsordning om retsmægling, som er iværksat i marts 2003 ved 5 retter i Danmark, er spørgsmålet om partsbegrebet ikke drøftet. Dette er heller ikke tilfældet i den norske forsøgsordning om retsmægling, der danner forbillede for den

danske ditto. I begge ordninger går man uden videre ud fra, at parterne i mæglingen er de samme som parterne i retssagen, idet en forudsætning for at modtage tilbud om mægling er, at sagen er anlagt og retsafgift betalt. På den baggrund er det forståeligt, at der ikke har fundet drøftelser sted af partsbegrebet.

Ikke desto mindre bør dette være genstand for drøftelse i forbindelse med overvejelser om mægling i bortførelsessager. Mæglingsprocessen er, selvom det er en struktureret proces, netop defineret ved uformalitet: der er ikke bestemte regler for, hvem der deltager, hvem der taler først, hvilke dokumenter der skal udleveres, om nogle, hvad man må tale om osv. Tværtimod er mægling netop karakteriseret ved, at det, som parterne finder relevant, tillægges vægt, selvom de samme forhold ville være uden nogen som helst plads i en retlig proces. Man må derfor stille spørgsmål ved, om ikke man bør være åben over for det hensigtsmæssige i forhold til selve mæglingsprocessen i at inddrage andre end forældrene i mæglingen, det være sig børn, bedsteforældre eller lignende. I al fald synes der ikke at være noget principielt i mæglingskonceptet, der taler herimod – snarere tværtimod.

En anden principiel overvejelse vedrører selve det rimelige og forsvarlige i, set fra børnenes side, at børn deltager i mæglingsprocessen.

Den afgrænsning af sager om bortførelse af børn, der er beskrevet i afsnit 2, indebærer, at sagen ses alene fra forældrenes side. Afgrænsningen giver således ikke plads til overvejelser over, hvorvidt situationen også opfattes som en bortførelse ud fra barnets perspektiv. Afgrænsningen er baseret på en opfattelse af barnet som en "ting", som er forudsætningen for, at barnet kan anses for "stjålet" fra forældremyndighedsindehaveren. Afgrænsningen, som er fuldt i tråd med den almindelige opfattelse af forældremyndighedskompetencen og børns retsstilling, bør imidlertid overvejes i sammenhæng med spørgsmålet om børns adgang til at give deres mening til kende om, hvor de gerne vil bo mv.

Af FN-konventionen af 20. november 1989 om Barnets Rettigheder, artikel 12, fremgår, at "Deltagerstaterne skal sikre et barn, der er i stand til at udforme sine egne synspunkter, retten til frit at udtrykke disse synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet; barnets synspunkter skal tillægges passende vægt i overensstemmelse med dets alder og modenhed."¹⁶,¹⁷

Af instruktionen til de ratificerende lande i forbindelse med artikel 12 fremgår, at de skal sikre, at et barn i disse sager kan få mulighed for at tale frit og gøre sin mening kendt.

¹⁶ FN-konventionen trådte i kraft den 2. marts 1990 og blev ratificeret af Danmark ved BKI nr. 6 af 16.01.1992 med senere ændringer i BKI nr. 90 af 07/10/1993.

¹⁷ Se Annelise Hendriks og Cees van Leuven, *Child in Mediation*. Oplæg på konference i Buenos Aires, maj 2003.

Umiddelbart må det konstateres, at Danmark ikke lever op til denne bestemmelse, når børn som bestemt i statsamtsnotatet på forhånd er udelukket fra at deltage i mæglingen. I afgørelsessager ved domstolene er det, efter at 12-års-grænsen er ophævet, stadig mere almindeligt, at dommere tager samtaler med børn også i 8-9 års alderen – oftest sammen med en psykolog. Samme mulighed foreligger nu også ved statsamternes behandling af afgørelsessager om samvær. Denne udvikling er vel i overensstemmelse med, at børn i dag ofte er særdeles modne, og det ikke på nogen måde er urealistisk at forestille sig et barn på f.eks. 10 år have meget klare og velbegrundede meninger om, hvor det gerne vil bo osv.

Uanset at praksis som nævnt ovenfor også i konfliktmægling giver mulighed for, at børn kan inddrages i rådgivningsordningen og ved § 29-samtaler, må både en formel udelukkelse af børn ved mægling og i givet fald fastholdelse af en bestemt alder for barnets medvirken være at anse for så formalistisk, at det ikke hører hjemme i en sammenhæng, hvor formalia netop i vidt omfang er ophævet.

Hertil kommer, at erfaringer fra familieterapeutiske sammenhænge har vist, at børn i visse situationer kan opleve lettelse ved at være sammen med forældrene, når disse modtager hjælp til at løse deres indbyrdes konflikter, idet der herved kan gives børnene mulighed for at opleve, at det er forældrene og ikke dem selv som børn, der hverken er årsag til konflikten eller ansvarlig for dens løsning.¹⁸ Man må derfor stille spørgsmål ved, om ikke de værdier om autonomi, respekt og værdighed, der er grundlaget for mægling, bør udvides til også at omfatte de involverede børn, således at medvirken af børn i højere grad gøres legitim, naturligvis under berettiget hensyntagen til aktuelle modhensyn såsom barnets loyalitetsdilemma, alder, modenhed mv.

Spørgsmålet om berettigelsen af børns medvirken i mæglinger mellem forældrene er i øvrigt et emne, der bliver stadigt mere diskuteret også på nordisk plan, hvorfra mulig inspiration kan hentes.

f. Mæglingens retlige status og etiske overvejelser: Da mægling udøves i et fortroligt rum uden specifikke retningslinjer for et eventuelt resultat og ofte – og helst – uden partsrepræsentation, er spørgsmål om mæglingens placering i forhold til det retlige system og etiske overvejelser forbundet hermed af afgørende betydning.

Forudsætningen for, at en mæglingsaftale indgås, vil typisk være, at parterne mener, de har opnået mere, end de ville have opnået på anden vis. Det betyder på den ene side, at parterne ikke bør stilles ringere, end de ville have været, dersom konflikten var blevet afgjort af den relevante myndighed, på

¹⁸ Se f.eks. Kempler inst.

den anden side, at det står parterne frit for at indgå en aftale, som fraviger et muligt retligt resultat, men som samlet opleves som et bedre resultat, end myndighedsafgørelsen ville have gjort. Dette indebærer, at det f.eks. kan være nødvendigt at forholde sig til, hvad henholdsvis børne- og kvindekonventionen sætter af grænser for, hvilke aftaler der må indgås. Hermed bliver det aktuelt at tage stilling til, om parter i en eventuel mægling i børnebortførelsessager bør sikres adgang til konsulentbistand fra en advokat, som kan vejlede dem om deres mulige retsstilling i henhold til de internationale konventioner, idet rådgivning herom, uanset mæglerens kvalifikationer, i tråd med kravene til neutralitet og upartiskhed ikke bør foretages af mægleren.

For så vidt angår mæglingens retlige status bør det overvejes, om mæglingsaftalen i forbindelse med børnebortførelsessager skal være et alternativ eller et supplement til en myndighedsbeslutning.

Når herboende forældre i dag uden om mægling indgår aftale om fordeling af forældremyndighed eller om omfanget af samvær og derefter giver statsamtet besked herom, vil parterne typisk ikke blive indkaldt til samtale. Til trods for at parterne principielt ikke har rådighed over sagsgenstanden, nemlig barnet, skal forældrene altså ikke stå til regnskab for deres beslutning, og der sker således ingen indholdsmæssig kontrol med aftalen. Aftalen fungerer som et reelt alternativ til en myndighedsafgørelse.

Konsekvensen er, at parterne i princippet kan aftale, at en 3-årig pige skal følge med sin far eller mor til Somalia, med nærliggende risiko for, at barnet bliver udsat for omskæring, som i øvrigt er forbudt ifølge dansk ret, uden at statsamtet griber ind. Uanset at konfliktmæglere i lighed med andre privatpersoner eller offentligt ansatte, der er vidne til aftaler mellem forældrene, der udsætter et barn for vanrøgt eller overgreb, har (skærpet) indberetningspligt til de sociale myndigheder, vil risikoen for barnet ved parternes aftale alene kunne være underforstået for de direkte berørte og indberetningspligten derfor i vidt omfang være illusorisk. Uden at overdrive kan man med den gældende ordning derfor finde det vanskeligt at se, hvordan hensynet til barnet, i al fald ud fra danske værdier, bliver tilstrækkeligt iagttaget.

Skulle forældre under en mægling ønske at indgå aftale med sådant eksplicit indhold, kan selve det forhold, at mægler på grund af kravet om neutralitet og upartiskhed ikke må have indflydelse på mæglingsaftalen, bringe mægleren i et etisk dilemma. Skal mægleren fortsætte mæglingen eller afbryde mæglingen med den konsekvens, at parterne enten indgår aftalen uden om mæglingen eller ikke indgår aftale, og risikoen for bortførelse af barnet derved bliver aktualiseret? Under hensyn til, som tidligere nævnt, at de fleste sandsynligvis umiddelbart er af den opfattelse, at netop deres kultur er den rette for et barn at vokse op i, sammenholdt med det forhold, at en mægler ikke vidende må medvirke til ulovligheder, kan det etiske dilemma blive stort.

Dette og givet mange andre etiske spørgsmål vil blive aktualiseret i forbindelse med mægling i internationale børnebortførelsessager.

7. Afsluttende bemærkninger

Fordelen ved mægling er almindeligvis ikke bare, at parterne har mulighed for at indgå en aftale, som begge kan føle sig tilfredse med, men også at de via processen ofte opnår en større forståelse for sig selv og den anden part. Konsekvensen vil derfor ofte være en forbedring af parternes relation, som i sammenhæng med det ansvar, som hver part har påtaget sig for aftalens indhold, medfører, at aftalerne i vidt omfang bliver frivilligt opfyldt, og at parterne bedre er i stand til hen ad vejen at tale sig til rette, når der er behov for justeringer – til gavn for såvel børn som forældre.

Mægling indeholder derfor utvivlsomt potentialer, som gør processen særdeles ønskelig også i forbindelse med internationale børnebortførelsessager. I det foregående er beskrevet blot nogle af de overvejelser af både retlig og etisk karakter, som det vil være nødvendigt at tage stilling til. Udfordringerne for en ordning om mægling i børnebortførelsessager er imidlertid mange, hvoraf her blot skal opsummeres nogle få: hvordan foretages afgrænsningen mellem retsregler på den ene side og aftalefriheden på den anden side, hvordan undgås misbrug af tilbuddet om konfliktmægling til at trække en afgørelse i langdrag, og, som en helt grundlæggende problematik i den forbindelse, hvorledes afgøres rummeligheden eller grænsedragningen over for andre kulturer end vores egen?

Referencer:

Boseup, Hans: *Mediationens processer*.

Hendriks, Annelise og Cees van Leuven, *Child in Mediation*. Oplæg på konference i Buenos Aires, maj 2003.

Kommissorium for børnebortførelsesudvalget.

Lov nr. 198 vedtaget 15. maj 2003.

lovforslag, 2002-03-L-198 side 4.

Notat om Indførelse af Konfliktmægling i Statsamtene, udarbejdet af Projektgruppen om Konfliktmægling, februar 2001.

Vindeløv, Vibeke: *Konflikt, tvist og mægling*, København 1997.

Vibeke Vindeløv, er docent, dr.jur. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II. Leder og master i Konfliktløsning. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>
E-mail: Vibeke.Vindelov@jur.ku.dk.

Kærlighed og konventioner¹

Historien om et bebudet kærestevisum

Inger Marie Conradsen

1. Indledning

Denne artikel har sit udspring i det tværfaglige og tværeuropæiske forskningsprojekt »Gender relations in Europe at the turn of the millennium. Women as subjects in migration and marriage«, som er finansieret af Europakommissionen under det 5. rammeprogram.² Projektets formål er bl.a. at undersøge kvinders øst-vest migration i forbindelse med indgåelse af ægteskab. Projektets kerne er således grænseoverskridende relationer, i ordets bogstaveligste forstand. Københavns Universitet udgør projektets nordlige såvel som retlige dimension.³ Centralt i projektets retlige analyse står stramningerne vedrørende ægtefællesammenføring i den danske udlændingelovgivning. Formålet med denne artikel er med udgangspunkt i disse ændringer at forsøge at kortlægge, hvilken rolle internationale konventioner spillede i forbindelse med behandlingen af L152 Forslag til lov om ændring af udlændingeloven og ægteskabsloven med flere love, som blev fremsat den 28. februar 2002.⁴ Formålet er således ikke at vurdere de danske reglers overensstemmelse med relevante internationale konventioner, men derimod at undersøge, hvordan aktørerne i den danske lovgivningsproces anvendte internationale konventioner i deres argumentation.

Nedenfor følger efter en præsentation af problemstillingens relevans først en gennemgang af de gennemførte ændringer vedrørende ægtefællesammenføring. Dernæst følger en analyse af konventioners rolle i lovgivnings-

¹ Tak til Agnete Weis Bentzon og Stine Jørgensen for konstruktive kommentarer.

² Foruden Københavns Universitet deltager universiteterne i Budapest, Sofia og Utrecht samt Det Europæiske Universitetsinstitut i Firenze. For mere detaljerede oplysninger om projektet se www.iue.it/RSCAS/Research/GRINE/Index.shtml.

³ Fra Københavns Universitet deltager ud over forfatteren til denne artikel professor, dr.jur. Hanne Petersen og lektor, lic.jur. Annette Kronborg.

⁴ Nu Lov nr. 365 af 6.juni 2002, se i øvrigt bekendtgørelse nr. 608 af 17. juli 2002 af udlændingeloven. Lovens forarbejder findes i Folketingstidende 2001-2002, 2. samling, Forhandlingerne 3885, 7049, 7575, 7774, tillæg A 4091, 3952, tillæg B 1389, 1616, tillæg C 678. I artiklen henvises til internetversionen af forarbejderne på www.folketinget.dk.

processen. Artiklen afrundes med en gennemgang af henholdsvis oppositionens og regeringens forslag til et såkaldt kærestevisum, der skal afbøde konsekvenserne af de strammede regler.

2. Præsentation

I sit oplæg til en ny udlændingepolitik skriver regeringen, at den hviler på tre grundlæggende hensyn.⁵ Det første af disse er Danmarks forpligtelser efter internationale konventioner. Først herefter følger de indholdsmæssige ændringer: antallet af udlændinge, der kommer til Danmark, skal ned; og endelig at flygtninge og indvandrere, der allerede er i Danmark, skal integreres bedre. Både lovforslagets bemærkninger og integrationsministerens fremsættelsestale henviser til disse tre hensyn. Henvisningen til Danmarks konventionsretlige forpligtelser springer i øjnene af flere grunde. Først og fremmest, fordi henvisningen er overflødig; at international lovgivning skal overholdes af lovgiver og regering, bør ikke komme som en overraskelse. Hertil kommer udsagnets placering i rækken af opregnede formål. En ting er, at regeringen føler (politisk) trang til at understrege sine gode hensigter, men at henvise til egen intenderede internationale lovlydighed, inden der henvises til forslaget politiske indhold, er bemærkelsesværdigt på grænsen til det mistænkelige. Endelig er henvisningen til internationale konventioner særlig interessant på udlændingeområdet, fordi kontrollen med adgangen til territoriet og til statsborgerskab historisk har været nationalstatens prærogativ.

Inden vi ser nærmere på, hvordan der henvises til konventioner i udlændingelovens forarbejder, er det nyttigt med en kort oversigt over de foreslåede, nu vedtagne, ændrings karakter.

3. Ændringerne i udlændingeloven

Som nævnt var formålet med stramningerne, at færre udlændinge skulle have adgang til Danmark, og at de, der allerede er her, skulle integreres bedre. Da flugt og familiesammenføring er to væsentlige undtagelser under et indvandringsstop, er det naturligt, at netop disse to områder pådrager sig opmærksomhed i forsøget på at begrænse antallet af udlændinge, der kommer til Danmark.⁶

Lovforslaget er bygget op som en række stramninger, der, som det understreges flere steder i bemærkningerne, skal ses i sammenhæng. Resultatet er en række regler, der tilsammen udgør et fintmasket net. Budskabet er for så vidt beundringsværdigt klart: der skal færre udlændinge ind i landet.

⁵ En ny udlændingepolitik, 17. januar 2002.

⁶ Flygtningespørgsmålet falder uden for denne artikel. Se hertil Kim U. Kjær, Afskaffelse af de facto-begrebet – fup eller fakta? Juristen 2003 p. 3.

Når fokus er på ægtefællesammenføring, er de helt centrale stramninger dels alderskravet i § 9, stk. 1, som kræver, at begge ægtefælle, skal være mindst 24 år, inden familiesammenføring kan finde sted, og dels tilknytningsskravet i § 9, stk. 7, som kræver, at parternes samlede tilknytning til Danmark er større end til et andet land. Ingen af disse bestemmelser er nye, men begge er strammet i forhold til de tidligere regler, hvor aldersgrænsen var 18 år, og tilknytningen til Danmark blot skulle være den samme som til et andet land. Også stramningerne vedrørende tvangsægteskab og proformaægteskab har ægteskabet og den heri indbyggede mulighed for ægtefællesammenføring som sit omdrejningspunkt. Heller ikke disse regler er nye, men begge er strammet i forhold til tidligere. At ægteskaber spiller en så fremtrædende rolle i lovforslaget, som tilfældet er, er ikke underligt – tværtimod. Dels betragtes familiesammenføring som immigrationsgeneratoren par excellence; f.eks. antages det på EU-niveau, at hver indvandrer pga. familiesammenføring skal ganges med 2,5.⁷ Dels udgør familiesammenføring, hvoraf ægtefællesammenføring står for langt størsteparten, en af ganske få undtagelser til det indvandringsstop, som indførtes i 1970'erne. Ægteskabet er derfor et vigtigt instrument, når indvandringen skal begrænses – uden at det hermed er sagt, at enhver stramning er mulig eller ønskelig.

4. Konventionernes rolle

Inden vi ser nærmere på henvisningerne til konventioner, er det væsentligt at være opmærksom på det politiske klima, som forhandlingerne udspandt sig i. Henvisningerne er med andre ord ikke udelukkende juridisk betinget. Men uanset baggrunden får henvisningen retlig betydning som en del af lovens forarbejder. Det er derfor af værdi at se nærmere på, hvordan henvisningerne til internationale konventioner finder sted, dvs. hvordan og hvornår de anvendes i den nationale argumentationen. Mere overordnet kan henvisningen tages som udtryk for, at internationale retskilder har en fremtrædende placering i aktørernes, de politiske såvel som de bureaukratiske, bevidsthed. Dette er i sig selv et nyere fænomen. Hertil kommer, at den direkte henvisning til konventioner i en lovs forarbejder tilføjer en ekstra dimension til konventionens betydning som retskilde. Foruden sin selvstændige betydning som *konvention* får den betydning som *lovforarbejde*.⁸ Ud over den øgede opmærksomhed på en konventions eksistens, som en sådan direkte

⁷ Peter J. van Krieken (red.): *The Migration Acquis Handbook* p. 117.

⁸ Se hertil Henrik Zahle: *Dansk Forfatningsret* kapitel 50. Beslægtet med, men forskellig fra denne diskussion er spørgsmålet om inkorporeringsloves betydning for konventioners retsvirkning i dansk ret. Ifølge Kirsten Ketscher har en sådan lov alene betydning for tydeliggørelsen af en konvention, men ændrer ikke dens retskildemæssige værdi, som gælder fra ratifikationstidspunktet. *Socialret* p. 154.

henvisning medfører, har det også potentiel selvstændig betydning for fortolkningen af loven. F.eks. vil den stærke tilkendegivelse af tilstræbt konventionsmedholdelighed i lovforslagets bemærkninger lægges til grund, hvis det senere skulle vise sig, at en eller flere af lovens bestemmelser faktisk er konventionsstridige. Det er dog givet, at domstolene, og andre retsanvendere, ikke er begrænset af lovforarbejdernes mere eller mindre selektive henvisninger til konventioner, når de træffer afgørelser.

På denne plads er det nyttigt at understrege forskellen mellem at tale om konventioner som form og som indhold. Ofte omtales menneskerettighederne som udgørende en »bundlinje«, dvs. en indholdsmæssig mindstestandard, der ikke kan fraviges. Temaet her er et andet; vi er interesseret i konventioner som form, dvs. den grad af tydelighed, hvormed en konvention træder frem i det retlige landskab. Det er imidlertid klart, at »bundlinjen«, dvs. det materielle indhold af konventionsregler, får øget betydning, jo tydeligere den fremstår. Form og indhold indgår med andre ord i et samspil.

Nedenfor følger en gennemgang af, hvordan internationale konventioner anvendes i udlændingelovens forarbejder. Jeg har fundet det naturligt at lade gennemgangen følge kronologien i Folketingets behandling af lovforslaget. Det bemærkes, at de forskellige delelementer af en lovs forarbejder ikke nødvendigvis indgår med samme vægt i en senere fortolkning, men for en analyse som den foreliggende, en undersøgelse af konventioners rolle i forarbejderne, er det mindre problematisk at give de forskellige elementer samme plads.⁹

4.1 Lovforslaget

Omdrejningspunktet for behandlingen er naturligvis selve lovforslaget og dets bemærkninger, og man skal ikke lede længe for at finde en konventionshenvisning: allerede første paragraf, der afskaffer de facto-flygtningebegrebet, henviser til flygtningekonventionen. Bortset fra denne henvisning, der for så vidt falder uden for artiklens emneområde, men som spillede en central rolle i lovforslaget og derfor medtages for fuldstændighedens skyld, indeholder forslaget ikke direkte henvisninger til konventioner. Anderledes er det med lovforslagets bemærkninger. Her henvises indledningsvis til regeringens udlændingeudspil, og de tre grundlæggende hensyn, som udlændingepolitikken hviler på, gentages: respekt for Danmarks internationale forpligtelser; begrænsning i antallet af udlændinge, der kommer til landet; og bedre integration af de flygtninge og indvandrere, der allerede er her.

Afsnit 7 i lovforslagets bemærkninger vedrører familiesammenføringsområdet. Her gentages det, efter en redegørelse for det (for) høje antal sam-

⁹ Se for en grundig gennemgang af de forskellige elementers vægt i fortolkningen von Eyben: Retskilderne. Og for de særlige forhold, der vedrører forskeres retsanvendelse, Henrik Zahle: Rettens kilder samt Inger Marie Conradsen, Hiv, graviditet og hvad så?

menføringer og et (udbredt) misbrug af en vesteuropæisk funderet ægteskabstradition, at de foreslåede stramminger skal ske på en måde, så »de internationale konventioner naturligvis overholdes«. Det tilføjes dernæst, nærmest for en god ordens skyld, at ændringerne ikke har indflydelse på adgang til ophold, inkl. familiesammenføring, efter EF-reglerne om fri bevægelighed.¹⁰ Denne dobbelte henvisning til regler, der er fastsat ikke alene uden for, men tillige langt væk fra det danske Folketing, viser på eksemplærisk vis internationale retskilders »indvandring« i dansk ret.¹¹ Dette understreges yderligere af, at begge henvisninger vedrører adgangen til territoriet, fordi kontrollen med territoriet historisk har været nationalstatens prerogativ.

Bemærkningernes afsnit 7.6 omhandler direkte lovforslagets forhold til internationale konventioner, hvilket må siges at være en udmærket indikator for om ikke andet så i det mindste Integrationsministeriets vurdering af konventionernes relevans. Der kan spores to tendenser i argumentationen. Dels en detaljeret henvisning til enkeltbestemmelser i konventioner, hvor disse bestemmelser støtter de foreslåede stramminger. Det gælder bekæmpelsen af tvangsægteskaber, ligesom det gælder udvidelsen af både alderskrav og tilknytningskrav til danske statsborgere. Dette sidste støttes på forbuddet mod diskrimination, og der henvises i den forbindelse til bestemmelser i ikke mindre end fire konventioner.¹² Herudover er der for så vidt angår de øvrige bestemmelser en mere generel henvisning til forslagets konventionsmedholdelighed: »Det er endvidere regeringens vurdering, at de øvrige foreslåede ændringer i reglerne om familiesammenføring er i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Danmarks øvrige internationale forpligtelser.«¹³ Det er dog værd at bemærke, at regeringen i forslagets § 9c, stk. 1, 1. pkt., har indsat en »nødventil«, som giver mulighed for opholdstilladelse i tilfælde af, at loven ikke skulle give mulighed for familiesammenføring, hvor Danmark efter konventionen er forpligtet til at give en sådan.¹⁴

¹⁰ Jf. Udlændingelovens §§ 2 og 6 samt den i medfør heraf udstedte udlændingebekendtgørelse.

¹¹ Udtrykket er lånt fra Kirsten Ketscher: Socialret. Jeg har dog valgt at bibeholde den traditionelle betegnelse international retskilde i stedet for den af forfatteren introducerede betegnelse denational retskilde.

¹² Lovforslaget p. 45.

¹³ Lovforslaget p. 43.

¹⁴ En lignende struktur både fsva. henvisninger og nødventil kan genfindes i bemærkningerne til lovforslagets ændringer til ægteskabsloven. Disse ændringer vedrører bl.a., at det er en betingelse for indgåelse af ægteskab her i landet, at parterne har enten dansk indfødsret eller lovligt ophold. Herudover indebærer ændringerne en oplysningspligt for prøvelsesmyndighederne om udlændingelovens ægtefællesammenføringsregler, herunder at indgåelse af ægteskab ikke automatisk indebærer, at den udenlandske ægtefælle kan få ophold i Danmark, og at et proformaægteskab ikke giver ret til ægtefællesammenføring. Endelig introduceres

Lovforslagets specielle bemærkninger bringer ikke selvstændigt nyt i forhold til internationale konventioner, men anvendelsesområdet for den ovenfor beskrevne »nødventil« uddybes. Det understreges således, at »der i alle tilfælde, hvor nægtelse af familiesammenføring vil være i strid med Danmarks internationale forpligtelser, og hvor der ikke efter andre bestemmelser er mulighed for at tillade familiesammenføring, vil skulle meddeles ophold efter bestemmelsen«.¹⁵

Heller ikke integrationsministerens fremsættelsestale, der markerer begyndelsen på den formelle del af lovgivningsproceduren, bringer selvstændigt nyt. Talen konstaterer blot, at lovforslaget udmønter regeringens udlændingeudspil og gentager de tre hensyn, som forslaget hviler på.

4.2 Førstebehandlingen

Ordføreren fra ministerens parti indleder førstebehandlingen af lovforslaget med en konstatering af, at Folketinget under tidligere debatter har brugt alt for mange kræfter på at diskutere konventioner, og slår derefter fast, som en parallel til lovforslagets understregning af det samme, at lovforslaget bygger på de internationale konventioner, som Danmark er forpligtet af. Hendes opfordring til at diskutere politik i stedet for konventioner vinder genklang hos de efterfølgende talere, der benytter lejligheden til diskutere hhv. forslagens fornuftighed,¹⁶ menneskelighed¹⁷ og anstændighed.¹⁸ Konventionerne er dog ikke forsvundet helt ud af debatten. I forbindelse med omtale af tvangsægteskaber kategoriserer Socialdemokratiets ordfører det, at unge med udenlandsk baggrund tvinges af deres familier til at indgå sådanne ægteskaber, som uacceptabelt, og tilføjer, at det i øvrigt er et brud på FN's Kvindekongvention. Henvisningen, der ikke uddybes yderligere, fremstår således som et tillægsargument, hvor det væsentlige er, at tvangsægteskaber er uacceptable.

I sin ordførertale lader Dansk Folkepartis ordfører i første omgang lovforslagets henvisning til internationale konventioner ligge og går direkte til forslagens formål nummer to, begrænsningen i antallet af udlændinge, der kommer til Danmark. Spørgsmålet om overholdelse af konventioner genintroduceres dog om end i en indirekte form, da hun henviser til, at kritikere uden for Folketinget har karakteriseret forslaget som værende på kant med menneskerettighederne. De øvrige partier er ikke sene til at tage bolden op og afæsker med tiltagende styrke ordføreren et svar på partiets holdning til internationale konventioner og de fundamentale rettigheder, de beskytter.

en indberetningspligt for de borgerlige vielsemyndigheder i tilfælde af mistanke om proforma ægteskab.

¹⁵ Lovforslaget p. 87.

¹⁶ Enhedslisten, førstebehandlingen p. 2.

¹⁷ Socialdemokratiet, førstebehandlingen p. 3.

¹⁸ Det Konservative Folkeparti, førstebehandlingen p. 26.

Svaret ligger i forlængelse af regeringens tilbagevendende tilkendegivelse af, at konventionerne skal overholdes, men Dansk Folkeparti går et skridt videre og efterlyser dels en domstolsprøvelse af lovforslagets overensstemmelse med internationale konventioner,¹⁹ dels en analyse af, hvordan andre EU-lande fortolker konventionerne.²⁰ Det fremgår tydeligt af sammenhængen, at denne henvisning til en ekstra-parlamentarisk, juridisk afklaring af konventionernes rækkevidde sker med henblik på at få klarlagt råderummet for yderligere stramminger.

Ordføreren for Det Konservative Folkeparti understreger, i hvad der skulle vise sig at blive en foregriben af diskussionen om kærestevisum, se nærmere herom nedenfor, vigtigheden af lovgivningens anstændighed i forhold til såvel udlændinge som danskere, og nødvendigheden af accept i befolkningen af lovgivningen på området, fordi en manglende accept let vil kunne komme til at gå ud over udlændinge. I forhold til 24-års-reglen og dens afledte konsekvens, at afskære unge ægtefæller fra at leve sammen i Danmark, både »ved og erkender og anerkender« den konservative ordfører, »at der bliver nogle problemer også for helt almindelige danskere«²¹ – og hun indrømmer, at hun gerne ville have været reglen foruden, hvis formålet kunne være nået på anden vis. Ordføreren for SF går, ikke overraskende, et skridt videre end regeringspartiet og vil erstatte afvisningen af kærester eller ægtefæller til danskere ved den danske grænse på grund af alder med et »menneskeligt og moderne alternativ«, uden at dette dog uddybes nærmere ud over en henvisning til partiets udlændingeudspil.²² Efter indledningsvis at udtrykke glæde over den placering, respekten for internationale forpligtelser har i regeringens lovforslag, fortsætter den radikale ordfører, hvor ordføreren fra SF slap, og kritiserer tilknytningskravet ved familiesammenføring for danske statsborgere. »Jeg forstår ikke, hvordan man kan bringe sig selv i en situation hvor man fremsætter et lovforslag som betyder, at man må sige til danske statsborgere med dansk pas og danske stemmeret: nej I er ikke velkomne til at bo i Danmark med jeres ægtefælle. Desværre nej. I er godt nok danske statsborgere, I har godt nok dansk pas, I har godt nok dansk stemmeret. Desværre, I kan ikke bo her med den I har forelsket jer i.«²³ Hun konkluderer, at »det strider muligvis ikke mod nogen konven-

¹⁹ Anne Baastrup (SF) erindrer i den forbindelse om, at Højesteret (i U2000.1600 H) afviste at udvise en udlænding i en narkosag, fordi en udvisning pga. udlændingens tilknytning til Danmark ville være i strid med EMRK, selv om Folketinget havde indlagt en anden fortolkning af konventionen i loven. Førstebehandlingen p. 21.

²⁰ Førstebehandlingen p. 22. Dette blev senere indføjet i den aftale, der blev indgået mellem regeringen og Dansk Folkeparti mellem første- og andenbehandlingen af lovforslaget. Aftalen er optrykt som bilag til folketingsudvalgets betænkning.

²¹ Førstebehandlingen p. 30.

²² Førstebehandlingen p. 31.

²³ Førstebehandlingen p. 32-33.

tioner, men det strider altså mod min opfattelse af, hvordan et fædreland skal være over for sine borgere. Jeg synes, at det strider imod anstændighed for at sige det rent ud». ²⁴ Som vi skal se senere, rummer dette udsagn essensen af den diskussion, der førte til fremsættelsen af et forslag om indførelse af kærestevisum.

Hvis man skal opsummere argumentationstendenserne i forhold til internationale konventioner under lovforslagets førstebehandling, kan man inddele dem i tre grupper. For det første regeringens »upfront«-manøvre i både lovforslaget, der jo sætter dagsordenen for førstebehandlingen, og den indledende ordførertale. Her tilkendegives de gode intentioner, nemlig overholdelse af konventionerne, og så ønsker man i øvrigt, at Folketinget bruger sine kræfter på at diskutere forslagets politiske indhold. Dette er for så vidt et fromt ønske, og man må vel også konkludere, at manøveren lykkedes, for konventionerne spillede kun en begrænset rolle i debatten. Dansk Folkeparti forsøgte i første omgang at undgå en konventionsdiskussion, men var langt fra så succesfuld i sit forehavende som regeringspartierne. Partiet efterlyste afslutningsvis en ekstra-parlamentarisk afklaring af konventioners rækkevidde, så graden af yderligere råderum for stramninger kunne blive klarlagt. Det Radikale Venstre efterlyste derimod en ekstra-legal afklaring af, hvad der er rimeligt.

4.3 Betænkningen

Foruden fem ændringsforslag til lovforslaget, hvoraf ingen vedrører familie-sammenførbingsområdet, indeholder folketingsudvalgets betænkning over lovforslaget, som det er kutyme, de forskellige partiers indstillinger og politiske bemærkninger til lovforslaget. Ikke overraskende har regeringspartierne ikke yderligere bemærkninger. Dansk Folkeparti, regeringens støtteparti, understreger bl.a., at der fortsat kan ske en tilpasning af udlændingepolitikken inden for Danmarks forpligtelser i forhold til internationale konventioner. Udtalelsen er fremsat i en flygtningekontekst, men afspejler ikke desto mindre partiets grundindstilling, at det er nødvendigt med yderligere stramninger, og, hvad der er det vigtige i denne sammenhæng, at konventionerne ikke er til hinder for yderligere stramninger. Der henvises i øvrigt til den aftale, som blev indgået mellem partiet og regeringen efter førstebehandlingen, og som er optrykt som bilag til betænkningen, ikke mindst til, at der i fremtiden vil være et bedre grundlag for at gennemføre justeringer i tide. Socialdemokratiet henviser alene til FN's kvindekonvention som et tillægsargument for det uacceptable i, at perioden, der kræves for at få permanent opholdstilladelse, udvides fra tre til syv år, hvilket vil gøre det umuligt for kvinder at forlade et voldeligt ægteskab. SF, De Radikale og Enhedslisten, der udgør et andet mindretal i udvalget, har ingen henvisninger til konventioner i deres betækningsbidrag.

²⁴ Førstebehandlingen p. 41.

Konventioner spillede med andre ord ingen stor rolle i udvalgsbetænkningen. Og bortset fra fraværet af en anstændighedsdiskussion i forbindelse med de vanskeligheder, forslaget påfører danskere med udenlandske ægtefæller, der ønsker at leve i Danmark, er der stor lighed med de temaer, der blev rejst under forslagets førstebehandling.

Udvalgets tillægsbetænkning tager alene stilling til de yderligere fremsatte ændringsforslag og berører således ikke spørgsmålet.

4.4 Andenbehandlingen

Betænkningen danner udgangspunktet for andenbehandlingen af lovforslaget, og ændringsforslagene, hvoraf ingen som nævnt ovenfor vedrørte familiesammenføring, dominerede naturligt nok debatten. Konventionsspørgsmålet blev kun nævnt ganske kort og i forbindelse med drøftelse af asylspørgsmål. Til gengæld optager spændingen mellem ret og rimelighed vedrørende muligheden for at få en udenlandsk ægtefælle eller kæreste til Danmark, en spænding, der blev introduceret mod slutningen af lovforslagets førstebehandling, forholdsvis meget plads under andenbehandlingen. Det gælder ikke mindst tilknytningskravet. SF's ordfører tager udgangspunkt i en liste med henvendelser fra 20 par, som enten pga. ung alder, dvs. under 24 år, eller utilstrækkelig tilknytning ikke kan bo i landet, og konstaterer, at denne fratagelse af danske statsborgeres ret til at finde deres ægtefælle uden for landets grænser er beklagelig. De Radikale skærper tonen og betegner det, at man som dansk statsborger under visse omstændigheder ikke er velkommen til at slå sig ned i sit fædreland, for »skammeligt, uigennemtænkt og fuldstændig urimeligt«.²⁵ Begge regeringspartier indrømmer, at danskere vil komme i klemme,²⁶ og Dansk Folkeparti erkender, at det i enkelte tilfælde kan føles urimeligt af den enkelte.²⁷ Så også hos tilhængerne kan man spore om ikke utilfredshed med reglen, så dog en forståelse for, at den har urimelige konsekvenser.

Karakteristisk for andenbehandlingen er således, at konventionerne aftager i betydning for argumentationen til fordel for rimelighed.

4.5 Tredjebehandlingen

Diskussionen om tilknytningskravets rimelighed fortsætter under lovforslagets tredjebehandling. SF's ordfører kalder forslaget et omvendt tvangsægteskab, fordi man forhindrer personen i at være sammen med den, han eller hun elsker, og appellerer til, at den liberale tankegang om den enkeltes frihed til selv at vælge udstrækkes til det essentielle valg af partner.²⁸ Kriste-

²⁵ Andenbehandlingen p. 36.

²⁶ Andenbehandlingen p. 34 og 38.

²⁷ Andenbehandlingen p. 38.

²⁸ Andenbehandlingen p. 29–30.

ligt Folkeparti slutter sig til koret af kritikere og karakteriserer tilknytningskravet som absurd.²⁹

Som under andenbehandlingen fylder konventionerne ikke meget. De dukker dog op mod afslutningen af tredjebehandlingen. I forlængelse af ministerens omtale af den i aftalen med Dansk Folkeparti indeholdte redegørelse for det spillerum, der er i de internationale konventioner, beder Dansk Folkeparti ministeren understrege, at hverken aftalen eller lovforslaget er i nærheden af »at støde an mod nogen konventioner«. ³⁰ Ministeren bekræfter, at det er regeringens opfattelse, at de ikke er på kanten af konventionerne, men tværtimod på den trygge og rigtige side af dem.

Forslaget blev vedtaget med 59 stemmer mod 48.

4.6 Afrunding

For en umiddelbar betragtning virker det, som om konventionernes rolle i forarbejderne aftager i betydning, som behandlingen af lovforslaget skrider frem. Den betydning, som deres fremtrædende placering i lovforslagets bemærkninger indebærer, skal imidlertid ikke underkendes. Konventionerne bliver så at sige det filter, som den vedtagne lov skal læses og anvendes igennem.

5. Et kærestevisum tager form

Resultaterne af de vedtagne stramninger er ikke udeblevet. Dette fremgår dels af Udlændingestyrelsens statistik, der viser et fald i antallet af familiesammenføringsansøgninger fra 15.370 i 2001 til 11.250 i 2002, et fald på 4.120 svarende til ca. 25%. ³¹ Dels fremgår det af de mange historier, der har været refereret i medierne om dansk-udenlandske par, der er blevet ramt af stramningerne og har set sig nødsaget til at bosætte sig i bl.a. Sverige. Hvor faldet i antallet af familiesammenføringer var et af lovforslagets erklærede mål, er de mange sager om dansk-udenlandske par, der ikke kan få opholdstilladelse, om ikke utilsigtet – det fremgår faktisk flere steder af forarbejderne, at det er en nødvendig konsekvens af at hæve snoren for familiesammenføringer, at også danskere vil snuble i den – så dog en uønskelig konsekvens. Og man må da også sige, at det er en ganske bizar ordning, der opstiller betingelser for en statsborgers mulighed for at bosætte sig i sit hjemland.

Det uønskelige i ordningen, som jeg ovenfor beskrev som spændingen mellem ret og rimelighed, var baggrunden for, at oppositionen i foråret 2003

²⁹ Andenbehandlingen p. 43.

³⁰ Tredjebehandlingen p. 50.

³¹ Nøgletal på udlændingområdet 2002, Udlændingestyrelsen 2003. Antallet af asylsøgere er i samme periode mere end halveret fra 12.512 i 2001 til 6.068 i 2002.

fremsatte et beslutningsforslag, der pålagde regeringen at indføre et såkaldt kærestevisum.³² Essensen i forslaget var at give danskere og udlændinge, der har opholdt sig i Danmark i 2 år, mulighed for at afprøve deres forhold til en udenlandsk kæreste ved at give den udenlandske kæreste et tidsbegrænset, etårigt visum. Forslaget stillede en række krav til parterne. Foruden at skulle erklære, at de er i et kæresteforhold, skulle de fraskrive sig den udenlandske parts ret til offentlig forsørgelse. Herudover måtte den herboende ikke være dømt for ægtefællevold de seneste 10 år, ligesom han eller hun kun kunne fungere som reference for et kærestevisum med 3 års mellemrum. Det springende punkt under beslutningsforslagets behandling var den manglende kontrol med kæresteforholdets karakter, som indebar mulighed for omgåelse af såvel lovens tilknytningskrav som aldersgrænsen på 24 år. Foruden den manglende kontrol med forholdets karakter blev forslagens diskrimination af ægtefæller, der fortsat ville være afskåret fra at leve sammen, kritiseret. Forslaget nåede ikke at blive andenbehandlet inden Folketingets sommerferie.

I løbet af sommeren 2003 refererede flere medier, at integrationsministeren var i færd med at forberede sit eget kærestevisumforslag, der dog adskilte sig fra oppositionens tidligere forslag ved alene at være rettet mod statsborgere fra USA, Canada og Japan. I realiteten drejede det sig om at udvide en ordning, der i forvejen gjaldt for yngre statsborgere fra Australien og New Zealand, der kunne få et års visum til en såkaldt »working holiday«. Igen havde konventionerne en fremtrædende rolle, da ministeren i div. interviews understregede, at ordningen ikke indebar brud på nogen konventioner.³³

Ministerens forslag fik senere på sommeren følgeskab af et forslag fra den socialdemokratiske ordfører, i erkendelse af, at det skærpede tilknytningskrav, som partiet var med til at vedtage, rammer for mange af de forsørgte. Partiet foreslår derfor en ordning, der tilgodeser danskere, der har levet i udlandet med deres ægtefælle og nu ønsker at vende hjem. Partiet støtter sit forslag på, at den eksisterende administration af tilknytningskravet er i strid med menneskerettighederne.³⁴ Partiets eget forslag punkteres imidlertid med samme begrundelse af en forsker fra Institut for Menneskerettigheder den følgende dag.³⁵

Dansk Folkeparti replicerer på konventionernes tilsyneladende ståen i vejen for en særbehandling af danske statsborgere, der har boet i udlandet,

³² B127 Forslag til folketingsbeslutning om indførelse af kærestevisum fremsat 27. marts 2003. Forslaget blev førstebehandlet 6. maj 2003.

³³ Se f.eks. Politiken 23. juni 2003, Information 27. juni 2003 og pressemeddelelse fra Integrationsministeriet 2. juli 2003.

³⁴ Pressemeddelelse 2. juli 2003.

³⁵ Information 3. juli 2003.

med at foreslå, at ikke alene den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men tillige FN's Flygtningekonvention opsiges.³⁶

Trods forslagernes forskellighed er de alle udtryk for, at den eksisterende ordning repræsenterer for stort et spænd mellem, hvad der er ret, og hvad der er rimeligt. Men forslagene afslører samtidig en stor bevidsthed hos de politiske aktører om ikke alene konventionernes eksistens, men tillige den forpligtethed, de fører med sig.

6. Afslutning

Hvordan historien om det bebudede kærestevisum ender, er endnu uvist, da ministerens forslag i skrivende stund ikke er tilgængeligt. Men eksemplet fra ændringen af udlændingeloven viser, at til trods for konventionernes fremtrædende rolle i lovforslaget spillede de en mere beskeden rolle i selve behandlingen af det. At *måden*, konventionerne blev anvendt på, konkret kun spillede en behersket rolle, må imidlertid ikke overskygge den generelle betydning af, at de rent faktisk blev anvendt aktivt i argumentationen. Dette er med til at afspejle lovgivers erkendelse af indskrænkningerne i egen kompetence. At denne erkendelse finder sted på udlændingeområdet, hvor kompetencen traditionelt har været suveræn, giver efter min opfattelse erkendelsen øget styrke.

Men eksemplet viser også, at selv om det er nødvendigt at orientere sig mod retsproducenter uden for de nationale parlamenter, så kan man dér kun finde svaret på, hvad der er ret. Om det også er rimeligt, er en helt anden historie.

Referencer:

- Louise Ackers: *Shifting spaces. Women, citizenship and migration within the in European Union*, Policy Press, Bristol, 1998.
- Lone B. Christensen m.fl.: *Udlændingeret*, 2. udg., Djøfs Forlag, København, 2000
- Inger Marie Conradsen, *Hiv, graviditet og hvad så?*, Retfærd nr. 65, 1994.
- Kay Hailbronner: *Immigration and asylum law in and policy of the European Union*, Kluwer, The Hague, 2000.
- Kirsten Ketscher: *Socialret*, 2. udg., Thomson, København 2002.
- Kim U. Kjær, *Afskaffelse af de facto-begrebet – fup eller fakta*, Juristen 1/2003
- Nøgletal på udlændingeområdet 2002, Udlændingestyrelsen 2003.
- Hanne Petersen (red): *Love and Law in Europe*, Ashgate, 1998.
- Henrik Zahle: *Dansk Forfatningsret*, 3. udgave, Christian Ejlers Forlag, København 2001.

³⁶ Information 5.-6. juli 2003 og Berlingske Tidende 11. juli 2003.

Henrik Zahle: *Rettens kilder*, Christian Ejlers Forlag, København 1999.

Peter. J. van Krieken (red.): *The Migration Acquis Handbook*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2001.

W.E. von Eyben: *Juridisk Grundborg. Retkilderne*. 5. udg, Djøfs forlag, København, 1991.

Ph.d. Inger Marie Conradsen er tilknyttet forskningsprojektet "Gender relations in Europe at the turn of the millenium. Women as subjects in migration and marriage" ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II. E-mail: Inger.Marie.Conradsen@jur.ku.dk

Modernisering

Når udenrigspolitik er indenrigspolitik, og indenrigspolitik er udenrigspolitik

Helle Krunke

1. Indledning

I artiklen vises det, at den parlamentariske kontrol med udenrigspolitikken¹ er øget i takt med, at det internationale/europæiske samarbejde og dermed også anvendelsen af regulering ved konventioner er øget. Det overvejes, om ikke blot Folketinget, men også regeringen kan have en interesse i denne oprustning af parlamentets indflydelse på udenrigspolitikken. Dette skyldes, at såvel regering som Folketing kan have en interesse i at forsøge at fastholde nationalstatens magtposition i en verden, som til stadighed bliver mere globaliseret, og hvor der til stadighed siver kompetence ud fra nationalstaterne til europæiske og internationale organisationer/institutioner. Endelig overvejes det, hvordan man kan organisere Folketingets kontrol med udenrigspolitikken, således at kontrolformen bedre afspejler den flydende grænse mellem indenrigs- og udenrigspolitik, som er blevet en realitet.

2. Konventioners stigende betydning

I takt med, at det internationale samarbejde intensiveres, kommer konventioner til at spille en større og større rolle. Således tilslutter Danmark sig i dag kvantitativt langt flere konventioner om året, end det var tilfældet for f.eks. 50 år siden. Også den indholdsmæssige karakter af konventionerne har ændret sig. Områder, som har direkte betydning for borgernes dagligdag, og som tidligere blev reguleret ved national lovgivning, gøres nu oftere og oftere til genstand for international regulering i konventioner. Dertil kommer, at Danmark ved konventioner har afgivet lovgivningskompetence på bestemte områder til EU, således at EU-reguleringen har direkte bindende virkning i

¹ Ved *udenrigspolitik* forstås der i denne artikel almindelig udenrigspolitik og europapolitik. Man kan anføre, at det på sin vis er mere rigtigt at betegne europapolitikken som indenrigspolitik, i hvert fald de dele af det europæiske samarbejde, som er supranationalt. Se hertil Helle Krunke, 2003, s. 5-6 og s. 100-101.

Danmark. Denne regulering er ofte meget detaljeret og har ligeledes ofte betydning for almindelige borgeres hverdag. I begge tilfælde gælder det, at grænsen mellem udenrigs- og indenrigspolitik er blevet mere flydende.

3. Hvad betyder den øgede konventionsregulering for forholdet mellem Folketinget og regeringen?

Man kan herefter spørge, hvilken betydning den øgede konventionsregulering har for forholdet mellem det danske Folketing og den danske regering.

Den øgede brug af konventioner og udviklingen i retning af, at områder, som tidligere var ren indenrigspolitik og alene genstand for national lovgivning, nu ofte reguleres i internationale konventioner, betyder, at den rolle, som lovgiver og dermed også parlamentet tidligere har haft, ændrer sig.

I den retlige teori har udgangspunktet traditionelt været, at international ret skal transformeres til dansk ret for at blive en del af denne.² Der har imidlertid kunnet observeres en udvikling bort fra dette dualistiske udgangspunkt i nyere retlig teori, domstolspraksis og administrativ myndighedspraksis. I nyere teori er der således opstået en praktisk monisme-teori, hvorefter international ret udgør en retskilde i dansk ret.³ I praksis tillægges ikke-inkorporerede konventioner undertiden vægt ved domstolene.⁴ Ligeledes anvender administrative myndigheder ikke-inkorporerede konventioner.⁵ Hvad betyder en sådan udvikling fra et dualistisk udgangspunkt mod en mere monistisk retsopfattelse da for forholdet mellem Folketinget og regeringen?

Dette spørgsmål har været behandlet af Pia Justesen (samt af Jørgen Aall for så vidt angår norsk ret). Pia Justesen og Jørgen Aall argumenterer for, at der ikke finder en materiel lovgivningskompetenceforskydning sted fra parlament til regering.⁶ Dette skyldes – i dansk ret – at Folketinget efter grl. § 19 skal give sit samtykke, såfremt regeringen ønsker at tiltræde en konvention, til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig, samt hvis forpligtelsen er af større betydning.

² Se f.eks. Alf Ross, 1966, s. 398, Alf Ross, 1983, s. 397 og Max Sørensen, 1973, s. 276 ff.

³ Se f.eks. Ole Espersen, 1970, s. 163. Senest er det blevet gjort gældende, at rettigheder, som private kan påberåbe sig i folkeretten, i visse tilfælde bør have forrang frem for dansk ret. Se hertil Jonas Christoffersen 2001, s. 143-148.

⁴ Se hertil Betænkning nr. 1407 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, 2001, s. 9, 61, 395-401.

⁵ Se hertil Betænkning nr. 1407 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, 2001, s. 9 og 87-88.

⁶ Se Pia Justesen, 2000, s. 290, Pia Justesen, 1997, s. 109-110 og Jørgen Aall, 1989, s. 618.

Denne slutning forudsætter, at et samtykke og en inkorporeringslov har en så identisk karakter, at et samtykke kan erstatte en lov.⁷ Et samtykke kan gives ved lov, folketingsbeslutning og motiveret dagsorden. I praksis er beslutningsformen den mest anvendte,⁸ hvorfor spørgsmålet oftest vil kunne udformes således: Kan en folketingsbeslutning erstatte en inkorporeringslov? De to beslutningsformer har mange fællestræk, men lovformen må formentlig siges at understøtte muligheden og grundlaget for debat i tinget og dermed de demokratiske processer bedst.⁹

De to forfattere har formentlig ret i, at der ikke er tale om en egentlig formel kompetenceforskydning ved overgangen fra dualisme mod monisme.¹⁰ Dette er dog ikke ensbetydende med, at Folketinget ikke reelt stilles svagere, eller at udviklingen ikke kan være betænkelig.

Et problem opstår, såfremt regeringen vil indgå en konvention, som den ikke har til hensigt at inkorporere, og Folketingets samtykke indhentes, men Folketinget forudsætter, at inkorporation efterfølgende vil finde sted.¹¹

Et andet problem er, at såfremt regeringen vil indgå en konvention, som den ikke har til hensigt at inkorporere, kan man vel sætte spørgsmålstejn ved, om regeringen overhovedet altid har pligt til indhente Folketingets samtykke. Dette skyldes, at der da ikke er behov for en lovændring (forudsat hjemmel ikke allerede foreligger i eksisterende lovgivning) jf. grl. § 19, stk. 1, 2. pkt. Samtidig kan det imidlertid tænkes, at en retsanvendende myndighed inddrager konventionen i sit beslutningsgrundlag på grund af glidningen bort fra dualismen.¹² Retsanvendende myndigheder inddrager, som nævnt ovenfor, undertiden også ikke-inkorporerede konventioner.

Et tredje problem følger af, at det normalt antages i teorien, at folketingsbeslutninger og forarbejderne hertil har en svagere – måske endda ingen – retskildeværdi end love og deres forarbejder. Ved dualisme vil der altid foreligge lovhjemmel – og forarbejder til loven – som udgør en retskilde, som domstolene efterfølgende skal inddrage, når de behandler et spørgsmål, som er reguleret ved konventionen. Med et mere monistisk udgangspunkt vil domstolene imidlertid anvende konventioner, som ikke nødvendigvis er inkorporeret ved lov eller har hjemmel i eksisterende lov. I disse tilfælde har Folketinget samtykket ved folketingsbeslutning. Den overvejende del af teo-

⁷ Jeg har i min Ph.D.-afhandling »Den Udenrigspolitiske Kompetence. Udenrigspolitik og magtfordeling ved overgangen til det 21. århundrede« diskuteret, hvorvidt denne slutning holder. Se Helle Krunke, 2003, s. 148-157.

⁸ Se Ole Espersen, 1972, s. 67-68.

⁹ Se Helle Krunke, 2003, s. 154. Der foretages en grundig analyse af ligheder og forskelle ved de to beslutningsformer på s. 148 ff.

¹⁰ Se Helle Krunke, 2003, s. 156-157.

¹¹ Se Mohammed Ashan og Søren Skibsted, 2002, s. 93.

¹² Se Helle Krunke, 2003, s. 156.

rien er af den opfattelse, at folketingsbeslutninger ikke har retlig betydning. Dermed foreligger der færre nationale fortolkningsbidrag, end det er tilfældet ved en dualistisk retsopfattelse.^{13 14}

Om end der ikke synes at finde en formel kompetenceforskydning sted ved en overgang fra en dualistisk mod en mere monistisk retsopfattelse, må det antages, at Folketinget i praksis reelt stilles svagere.

4. Folketingets og regeringens reaktion på den øgede brug af konventioner

I takt med det øgede internationale og europæiske samarbejde, og dermed den øgede regulering ved konventioner, har Folketinget oprustet sin kontrol med regeringens udenrigspolitiske dispositioner.

Siden indførelsen af de stående udvalg i 1972 har Folketinget oprustet de stående udvalg på det udenrigspolitiske område. Således har man oprettet flere udvalg på det udenrigspolitiske område: Udenrigsudvalget, Europaudvalget (oprindelig benævnt Markedsudvalget), Forsvarsudvalget og Sikkerhedsudvalget (sidstnævnte udvalg er dog siden blevet nedlagt igen). Interessant er det ligeledes, at Udenrigsudvalgets sagsområde er blevet udvidet betydeligt. Fra oprindelig at være et udvalg, som beskæftigede sig med udviklingshjælp samt folkeretlige og udenrigspolitiske forhold, som ikke blev behandlet i Det Udenrigspolitiske Nævn, er udvalgets arbejdsområde i dag defineret som det generelle udenrigspolitiske område.¹⁵

I midten af 1990'erne foretog Folketinget en revision af sine kontrolorganer på det udenrigspolitiske område. Formålet var at styrke Folketingets rolle i forbindelse med udformningen af dansk udenrigspolitik. Resultatet blev bl.a., at en række procedurer fra de almindelige stående udvalg blev overført til Det Udenrigspolitiske Nævn i løbet af 1990'erne. I dag har Det Udenrigspolitiske Nævn overtaget de almindelige stående udvalgs procedurer (i nogle tilfælde i en let tilpasset form), for så vidt angår skriftlige spørgsmål til ministeren, stedfortrædere, beretninger, høringer, udskiftninger af medlemmer, rejser og registrering af bilag i udvalgsdatabasen.¹⁶ Denne udvik-

¹³ Se Helle Krunke, 2003, s. 154-155.

¹⁴ Overgangen fra dualisme til monisme kan således på sin vis anføres som et argument for at betragte folketingsbeslutninger som retligt relevante.

¹⁵ Regeringen har respekteret, at Udenrigsudvalgets arbejdsområde er udvidet, og at udvalget derfor i nogle tilfælde skal have de samme informationer og dokumenter tilsendt som Det Udenrigspolitiske Nævn. Se hertil Helle Krunke, 2003, s. 163-164, med henvisning til en brevveksling mellem daværende udenrigsminister Niels Helveg Petersen og daværende formand for Udenrigsudvalget Jørgen Estrup.

¹⁶ Der kan i den forbindelse henvises til undersøgelsen af procedureændringer omkring Nævnet i Helle Krunke, 2003, s. 168-179.

ling må ses som en tilnærmelse af Folketingets rolle på det prærogative udenrigspolitiske område til Folketingets rolle i al almindelighed.¹⁷ Reglerne vedrørende almindelige stående udvalg i Folketingets Forretningsorden er i flere tilfælde blevet overført (undertiden) i let tilpasset form til Det Udenrigspolitiske Nævn. Hermed »normaliseres« det prærogative område.¹⁸

Endvidere har Folketinget øjensynlig forsøgt at overføre den forhandlingsmandatprocedure, som gælder omkring Europaudvalget, til Det Udenrigspolitiske Nævn – som traditionelt udelukkende har haft en rådførende rolle jf. grl. § 19, stk. 3 – idet man har forsøgt at indføre en sondring mellem orientering og indhentelse af mandat/beslutningstagen.¹⁹ Regeringen retter sig normalt efter Det Udenrigspolitiske Nævns holdning til udenrigspolitiske spørgsmål.²⁰ Nævnet er i øvrigt begyndt at opstille procedureregler i beretningsform, ligesom det er praksis i Europaudvalget.²¹

Endelig er der undertiden blevet indhentet et forhandlingsmandat fra Europaudvalget i sager vedrørende det europæiske samarbejde om udenrigs- og sikkerhedspolitik (det såkaldte søjle 2-samarbejde).²² Dette er sket på initiativ fra regeringen. Søjle 2-samarbejdet vedrører formelt den mellemstatslige del af det europæiske samarbejde og ikke den overstatslige del, hvorfor mandatproceduren formelt ikke finder anvendelse på disse sager. Der er således blevet indhentet mandater i Europaudvalget på det almindelige udenrigspolitiske område.

For så vidt angår Europaudvalgets kontrol med den supranationale del af det europæiske samarbejde, har Europaudvalget – tidligere Markedsudvalget – som bekendt øget sin indflydelse. I tiltrædelsesloven fra 1972 hed det, at regeringen *underretter* Markedsudvalget. Dette har Markedsudvalget allerede i en betænkning fra 1973 præciseret, således at regeringen *rådfører* sig med Markedsudvalget.²³ Ligeledes indførtes forhandlingsmandatproceduren allerede i 1973 ved en aftale mellem regeringen og Markedsudvalget. Regeringen handler herefter på grundlag af et forhandlingsmandat i Ministerrådet. Disse forhandlingsmandater er uden tvivl politisk bindende for regeringen, men muligvis også retligt bindende.²⁴ Efterfølgende er udvalget også

¹⁷ Se Helle Krunke, 2003, s. 168.

¹⁸ Se Helle Krunke, 2003, s. 178.

¹⁹ Se Helle Krunke, 2003, s. 187-192.

²⁰ Se Helle Krunke, 2003, s. 190.

²¹ Se Helle Krunke, 2003, s. 186-187.

²² Se Beretning om Det Udenrigspolitiske Nævns inddragelse i sager vedrørende EU's fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik (FUSP) afgivet den 16. marts 2001, s. 13 og s. 8. Se endvidere Helle Krunke, 2001.

²³ Se Beretning fra Markedsudvalget afgivet den 29. marts 1973.

²⁴ Se Henrik Zahle, 2001, s. 295 samt Helle Krunke, 2003, s. 212.

begyndt at behandle søjle 2- og søjle 3-sager.²⁵ Formelt afgives der kun forhandlingsmandater under søjle 1 og søjle 3,²⁶ men som nævnt ovenfor er der også undertiden afgivet forhandlingsmandat under søjle 2.²⁷ I forbindelse med den seneste ændring af tiltrædelsesloven er Europaudvalget direkte blevet nævnt i § 6, stk. 2, og procedurerne omkring forhandlingsmandater beskrives udtrykkeligt i forarbejderne hertil.

5. Magtforskydning – en fælles interesse?

Som det fremgår af afsnit 4, er den parlamentariske kontrol med udenrigspolitikken forøget i takt med Danmarks stadig tættere involvering i internationalt/europæisk samarbejde. De fleste initiativer er taget fra Folketingets side – og er siden i vid udstrækning blevet accepteret af regeringen – men også regeringen har, f.eks. ved undertiden at fremlægge forhandlingsmandater i sager af europæisk udenrigs- og sikkerhedspolitisk karakter, bidraget til at styrke den parlamentariske indflydelse på udenrigspolitikken.

Det vækker måske ikke den store undren, at Folketinget forsøger at opruste sin kontrol med og indflydelse på udenrigspolitikken. Man kan fremføre, at statsorganer naturligt vil forsøge at opnå mest mulig magt. Den klassiske magtfordelingslære bygger netop på den antagelse, at man er nødt til at fordele magten på forskellige organer, som herefter kan holde hinanden i skak og kontrollere hinanden, for at undgå magtmissbrug. Dertil kommer, at udviklingen i retning af en mere flydende grænse mellem indenrigs- og udenrigspolitik, hvor forhold, som tidligere blev reguleret ved national lovgivning, nu reguleres ved konventioner, betyder, at parlamentet må have øget indflydelse på udenrigspolitikken for at bevare den indflydelse, som det er tillagt i relation til lovgivningsmagten i den klassiske magtfordelingslære.²⁸ Tilsvarende kan anføres for så vidt angår EU-politikken. Afgivelsen af lovgivningskompetence må resultere i en intensiv indflydelse fra Folketingets side på den overstatslige del af EU-politikken.

Det kan måske undre mere, at regeringen tilsyneladende også til en vis grad billiger udviklingen. Dette kan naturligvis skyldes politisk pres jf. grl. § 15 eller måske en erkendelse hos regeringen af, at den udenrigspolitiske

²⁵ Se Beretning om regeringens orientering af Folketinget om EU-sager afgivet af Markedsudvalget den 20. maj 1994.

²⁶ Forhandlingsmandater er blevet indhentet i søjle 3-sager siden 1996.

²⁷ Se hertil Beretning om Det Udenrigspolitiske Nævns inddragelse i sager vedrørende EU's fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik (FUSP) afgivet af Det Udenrigspolitiske Nævn den 16. marts 2001, s. 13. For så vidt angår spørgsmålet om søjle 2-mandaters retlige betydning, kan henvises til Helle Krunke, 2003, s. 213-218.

²⁸ Se Helle Krunke, 2003, s. 361-362.

kontekst har ændret sig, og at omfanget og intensiteten af den parlamentariske kontrol med/indflydelse på udenrigspolitikken må tilpasses de ændrede rammer. Accepten kan imidlertid også skyldes, at regeringen også selv har en interesse i den øgede parlamentariske kontrol. Hele systemet omkring den nationale parlamentariske kontrol med regeringens førelse af udenrigspolitikken er en integreret del af den traditionelle verdensorden med en række separate nationalstater. Den parlamentariske kontrol i sig selv forudsætter jo eksistensen af gammeldags nationalstater og bidrager dermed til at fastholde nationalstaternes position i en mere og mere international/globaliseret verden.²⁹ Regeringer og parlamenter har en fælles interesse i at forsøge at opretholde nationalstaternes gamle magtposition. Ikke kun de nationale parlamenter, men også de nationale regeringer føler nemlig, at de mister kompetence som følge af udviklingen.

De klassiske magtfordelingsteorier beskæftiger sig med magtforholdet statsorganerne imellem på nationalt plan. Den europæiske og den internationale dimension må i dag inddrages i en beskrivelse af magten på nationalt plan. Dette skyldes, at det europæiske og internationale samarbejde påvirker de nationale magtrelationer statsorganerne imellem. Antagelsen om, at statsorganer vil misbruge magten, hvis ikke den fordeles på flere statsorganer, sættes muligvis til en vis grad ud af spillet, når der er afgivet kompetence til europæiske/internationale organer, fordi der kan opstå et fællesskab blandt de nationale statsorganer. Dette fællesskab går ud på at afværge en endnu større fare end at miste magt til et andet nationalt statsorgan; nemlig at miste for meget magt udadtil, dvs. til supranationale og internationale organer.³⁰ Samtidig kan man dog anføre, at regeringerne som udgangspunkt opnår øget magt i forhold til parlamenterne, når de politiske forhandlinger og beslutningsprocesser flyttes fra de nationale parlamenter til europæiske/internationale fora, hvor alene regeringerne sidder med til bords, når beslutningerne træffes. Man kan således anføre, at regeringerne på nationalt plan kan have en interesse i magtafgivelsen til europæiske/internationale organer. Det europæiske/internationale samarbejde spiller således en rolle for fordelingen af magt på nationalt plan.

6. Danmarks position udadtil

Hvad betyder det da for Danmarks gennemslagskraft udadtil, når Folketingets kontrol med udenrigspolitikken styrkes?

²⁹ Se i den forbindelse også Watt i Cassese, 1982, s. 136.

³⁰ Det skal dog samtidig nævnes, at nationale parlamenter og regeringer rent faktisk også medvirker til, at der afgives kompetence udadtil. I Danmark er det således ofte befolkningen end Folketinget og regeringen, som forsøger at bremse udviklingen i EU.

Det traditionelle standpunkt har været, at udenrigspolitikken var og burde være et regeringsprærogativ. Dette skyldtes dels et levn fra enevælden og dels en opfattelse af, at udenrigspolitiske forhandlinger er undergivet nogle særegne vilkår.³¹ Nationen stilles således bedre forhandlingsmæssigt, såfremt regeringen har en vis handlefrihed. Det har været den udbredte opfattelse, at dette behov for handlefrihed forhindrede Folketinget i at opnå betydelig indflydelse på udenrigspolitikken, idet Danmark ellers ville blive stillet dårligt i forhandlingssituationer og derved opnå dårligere resultater.

Heroverfor kan man imidlertid hævde, at nationens forhandlingsposition styrkes ved en øget indflydelse til Folketinget på udenrigspolitikken. Detaljerede forhandlingsmandater, dagsordener og memorandaer på et bredt parlamentarisk grundlag kan nemlig give et lille land større gennemslagskraft.³² Den praksis, hvorefter Europaudvalget giver regeringen et forhandlingsmandat, som denne forhandler ud fra ved møder i EU, lader da også til at have fungeret udmærket i praksis.³³ Ikke blot Folketinget, men også regeringen kan have en interesse i en sådan mulig større gennemslagskraft.

7. Fremtidens kontrol med udenrigspolitikken

Hvordan kan man forestille sig den parlamentariske kontrol med udenrigspolitikken udmøntet i fremtiden? Hvordan kan kontrollen følge med udviklingen i retning af en flydende grænse mellem indenrigs- og udenrigspolitik samt et mere intensiveret samarbejde?

7.1 Inddragelse af stående udvalg i kontrollen med udenrigspolitikken

For det første kan man forestille sig dele af kontrollen med EU- og udenrigspolitikken fordelt ud på de respektive stående fagudvalg. Et sådant tiltag ville afspejle den flydende overgang mellem indenrigs- og udenrigspolitik, som er realiteten i dag, bedre end det bestående kontrolsystem, som er blevet til i et samfund, hvor indenrigs- og udenrigspolitik bedre kunne udskilles fra hinanden, og hvor udenrigspolitikken var en mere veldefineret størrelse. Forbindelsen til nationale tiltag og lovgivning på et specifikt område ville blive styrket gennem fagudvalgenes involvering i EU-politiske tiltag, og der ville kunne drages nytte af udvalgenes fagspecifikke ekspertise på de pågældende områder.

³¹ Se hertil Helle Krunke, 2000, s. 126-127.

³² Se Dansk og europæisk sikkerhed, genoptryk af Det Sikkerheds- og Nedrustningspolitiske Udvalgs redegørelse fra 1995, DUPI, 1997, s. 44.

³³ Se Helle Krunke, 2003, s. 250-251.

7.1.1 Europapolitikken

Eftersom EU-reguleringen bliver mere og mere detaljeret og ofte forudsætter specialviden inden for bestemte områder, kan man overveje, om det ville være hensigtsmæssigt at henlægge dele af Europaudvalgets opgaver til fagudvalgene, dvs. de respektive stående udvalg.³⁴ Disse udvalg må antages at have en specifik viden og erfaring inden for netop deres felt. Europaudvalget kan herefter varetage mere overordnede spørgsmål, f.eks. omkring institutionelle spørgsmål i forbindelse med udarbejdelsen af en ny EU-forfatning samt de overordnede linjer i dansk EU-politik.³⁵

Man kan herefter overveje, om der er noget retligt til hinder for en sådan omfordeling af udvalgsområder. Som udgangspunkt er det Folketinget selv, som definerer de enkelte stående folketingsudvalgs arbejdsområder. Det fremgår således af § 7, stk. 2, i Folketingets Forretningsorden, at Udvalget for Forretningsordenen træffer beslutning om udvalgenes sagsområder. Dette peger i retning af, at det ikke vil være et problem at indskrænke Europaudvalgets sagsområde til mere generelle EU-politiske spørgsmål og at flytte mere fagspecifikke EU-politik-spørgsmål til de respektive fagudvalg.

Europaudvalget har imidlertid en speciel karakter. Således nævnes Europaudvalget ved navn i tiltrædelsesloven. Dette blev indført i forbindelse med den seneste ændring af tiltrædelsesloven. Bestemmelsen har herefter følgende ordlyd:³⁶

§ 6, stk. 2, Regeringen underretter Folketingets Europaudvalg om forslag til rådsvedtagelser, der bliver umiddelbart anvendelige i Danmark, eller til hvis opfyldelse folketingets medvirken er nødvendig.

I den oprindelige tiltrædelseslov hed det »et af folketinget nedsat udvalg«, hvilket umiddelbart ville harmonere bedre med en uddelegering af Europaudvalgets kompetence til andre fagudvalg end den nye formulering, hvorefter Europaudvalget nævnes ved navn.

Hertil kommer, at der over de sidste 30 år har udviklet sig en fast praksis omkring regeringens indhentelse af Europaudvalgets forhandlingsmandater. Det antages i dele af teorien, at de udvalgsberetninger, som beskriver procedurerne omkring indhentelse af forhandlingsmandat, har retlig relevans.³⁷

³⁴ Se hertil interview med Helle Degn i Helle Krunke, 2003, s. 407-426, specielt s. 417.

³⁵ Det bemærkes, at et problem ved den nævnte ordning kan være, at Folketinget mister overblikket over kontrollen med EU-politikken, såfremt kontrollen fordeles på mange kontrolorganer – det vil i hvert fald kræve en vis koordinering.

³⁶ Se hertil Lov nr. 499 af 7. juni 2001 om ændring af lov om Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber og Den Europæiske Union (Danmarks ratifikation af Nicetraktaten).

³⁷ Se Henrik Zahle, 2001, s. 295.

Det har også været hævdet, at praksis sammenholdt med den seneste ændring af tiltrædelsesloven og de forarbejder, som knytter sig hertil, peger i retning af, at forhandlingsmandaterne har retligt bindende karakter.³⁸ Spørgsmålet er herefter, om de stående fagudvalg også kan afgive forhandlingsmandat til regeringen, og om regeringen vil være retligt bundet heraf. Såvel praksis som den seneste ændring af tiltrædelsesloven og forarbejderne hertil er knyttet til Europaudvalget. Det er dog næppe i strid med formålet med eller ånden i den seneste ændring af tiltrædelsesloven (eller den oprindelige tiltrædelseslov) at inddrage andre fagudvalg i EU-politikken. Bestemmelsernes primære formål har været at sikre Folketingets inddragelse i EU-politikken, og det kan næppe antages at have den store betydning, om dette sker gennem det ene stående udvalg eller det andet. Man kan muligvis også opfatte omfordelingen som en art delegation fra Europaudvalget til andre stående udvalg.³⁹ Under alle omstændigheder kan omfordeling vedtages ved lov.

Det bemærkes, at der siden 1993 i praksis har fundet en parallel information af fagudvalgene og Europaudvalget sted.⁴⁰ Der er dog ikke tale om, at fagudvalgenes behandling af EU-spørgsmål erstatter behandlingen i Europaudvalget, og forhandlingsmandatproceduren er stadig forbeholdt Europaudvalget. Der er tale om en parallel behandling. De enkelte fagudvalg må selv tage initiativ til at indkalde ministeren i samråd etc. – der er altså ikke tale om en systematisk og struktureret behandling af EU-spørgsmål på de respektive fagudvalgs område. Ordningen må dog betragtes som et vigtigt skridt i retning af en bredere inddragelse af hele Folketinget i EU-spørgsmål. Ordningens formål har været at styrke den offentlige debat, men den kan formentlig samtidig ses som en erkendelse fra Folketingets side af, at grænsen mellem udenrigs- og indenrigspolitik er blevet mere udvisket.

I forbindelse med Europaudvalgets behandling af udkastet til en ny europæisk forfatningstraktat, har Europaudvalget inddraget de andre fagudvalg i arbejdet med traktaten. Europaudvalget har således opfordret de andre fagudvalg til at diskutere og overveje, hvad forfatningstraktaten betyder på deres respektive områder og til at stille spørgsmål og kalde de respektive ministre i samråd.⁴¹

³⁸ Se Helle Krunke, 2001, s. 405-406, samt Helle Krunke, 2003, s. 211-212.

³⁹ En sådan konstruktion vil dog muligvis give Europaudvalget kompetence til at omgøre andre fagudvalgs beslutninger og til i det hele taget at omfordele kompetencen til at træffe beslutninger på det EU-politiske område mellem Europaudvalget og de andre stående udvalg.

⁴⁰ Se Beretning om regeringens orientering af Folketinget i EU-sager afgivet af Markedsudvalget den 20. maj 1994.

⁴¹ Se hertil skrivelse af 17. oktober 2003 fra Formanden for Folketingets Europaudvalg til fagudvalgene i Folketinget og Det Udenrigspolitiske Nævn. Skrivelsen er optrykt på Folke-

7.1.2 Den almindelige udenrigspolitik

Man kan overveje en tilsvarende konstruktion for det almindelige udenrigspolitiske område og fordele nogle af Det Udenrigspolitiske Nævns opgaver til de stående fagudvalg. Konventioner vedrører efterhånden mere og mere tekniske og fagspecifikke spørgsmål. I disse tilfælde kunne det være relevant at inddrage de respektive stående fagudvalg. Det Udenrigspolitiske Nævn ville samtidig kunne koncentrere sig om de overordnede linjer for dansk udenrigspolitik.

En sådan omfordeling rejser flere spørgsmål. Det Udenrigspolitiske Nævn og dets kompetence er som bekendt hjemlet ved grl. § 19, stk. 3, samt ved nævnsløven. Situationen er forskellig fra tilfældet med fordeling af Europaudvalgets kompetence til andre stående udvalg. I det tilfælde er der tale om omfordeling fra et stående udvalg til et andet stående udvalg. Det Udenrigspolitiske Nævn er imidlertid ikke et stående udvalg.

Det Udenrigspolitiske Nævn har eksisteret siden 1923, hvor det blev indført ved lov⁴² – allerede i 1918 havde man oprettet et »politisk forhandlingsudvalg«, som var et bindeled mellem regeringen og Rigsdagen i sager om rigets forhold udadtil.⁴³ Nævnet og dets funktion blev grundlovshjemlet i 1953. Nævnet er således ikke et stående udvalg. Nævnets funktion har traditionelt været at udgøre et fortroligt konsultationsorgan for regeringen i udenrigspolitiske spørgsmål.⁴⁴ Spørgsmålet er, om det ikke er en forudsætning i reglerne i grl. § 19, stk. 3, og nævnsløven om Folketingets inddragelse i udenrigspolitikken, at konsultationen finder sted i netop Det Udenrigspolitiske Nævn med de rammer og procedurer, som gælder for Nævnet. Selvom procedurene omkring Nævnet som nævnt har tilnærmet sig procedurerne omkring de stående udvalg, er der stadig forskel på procedurene omkring Nævnet og procedurene omkring udvalgene. Når regeringen kun konsulterer ét organ, opstår der en større fortrolighed mellem regeringen og nævnsmedlemmerne, end hvis regeringen skal konsultere forskellige orga-

tingets hjemmeside: <http://www.ft.dk/> f.eks. under bilag uddelt til Det Udenrigspolitiske Nævn (FT del – bilag FT4).

⁴² Se lov nr. 137 af 13. april 1923 om nedsættelse af et udenrigspolitisk nævn.

⁴³ Se Paul Fischer og Niels Svenningsen, 1970, s. 83.

⁴⁴ Fortrolighedens betydning fremhæves i forarbejderne til den oprindelige nævnsløve fra 1923, hvorved Nævnet oprettedes. Se hertil Betænkning over Forslag til Lov om Nedsættelse af et udenrigspolitisk Udvalg, Rigsdagstidende 1922-23, tillæg B, spalte 493-494. Også i forarbejderne til grundlovens § 19 fremhæves fortrolighedens betydning. Se hertil Max Sørensens responsum vedrørende de problemer, der knytter sig til grundlovens § 18, pkt. 50, som er optrykt som bilag til Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946. Se s. 123.

ner.⁴⁵ Det må også antages, at det er nemmere at opretholde den fortrolighed, som er essentiel i udenrigspolitiske spørgsmål. Der kan således muligvis godt argumenteres for, at en konsultering af relevante stående folketingsvalg i stedet for Nævnet ikke stemmer specielt godt overens med de forudsætninger, som har været knyttet til regeringens konsultation af Nævnet.

Omvendt kan man naturligvis, ligesom det var tilfældet med Europaudvalget, argumentere for, at hovedformålet med lovens/grundlovens bestemmelser om Nævnet er at sikre Folketinget en vis indflydelse på regeringens udenrigspolitik, og denne indflydelse kan lige så godt finde sted gennem et stående udvalg som gennem Nævnet. Endvidere må grl. § 19, stk. 3, og nævnsloven naturligvis ses i den kontekst, som bestemmelserne skal fungere i, og eftersom sammenhængen mellem udenrigs- og indenrigspolitik er langt større, end det var tilfældet i 1953, kan man måske godt argumentere for, at de stående udvalg i visse tilfælde er mere egnede end Nævnet til at tage stilling til i konkrete fagspecifikke udenrigspolitiske spørgsmål. Man kan således godt argumentere for, at grundlovens/lovens forudsætninger har ændret sig siden 1953.

En fordeling af Nævnets opgaver til de stående udvalg, for så vidt angår mere fagspecifikke konventioner og andre udenrigspolitiske spørgsmål, kan naturligvis indføres ved en grundlovsændring, men det kan heller ikke udelukkes, at det kunne ske ved en ændring af nævnsloven.

Jeg argumenterer i min afhandling »Den Udenrigspolitiske Kompetence. Udenrigspolitik og magtfordeling ved overgangen til det 21. århundrede« for, at en principstyret nyfortolkning af grl. § 19, set i lyset af ændringer i parlamentarisk praksis og ændringer i den udenrigspolitiske kontekst, fører til, at Det Udenrigspolitiske Nævn må antages at være i stand til at afgive retligt bindende mandater til regeringen i udenrigspolitiske spørgsmål. Dermed opstår der et yderligere problem i forhold til en omfordeling af arbejdsopgaver til de stående udvalg. Kan denne kompetence overføres til de stående udvalg ved behandlingen af et udenrigspolitisk spørgsmål?

Praksis omkring regeringens indhentelse af Nævnets stillingtagen i udenrigspolitiske spørgsmål og dens efterlevelse heraf er knyttet til Nævnet, og det fremstår derfor tvivlsomt, om man kan overføre mandatproceduren direkte til relevante stående udvalg. Dette udelukker naturligvis ikke, at udvalgene behandler udenrigspolitiske spørgsmål og konventioner, som er re-

⁴⁵ Dette kan dog også være et problem på den måde, at det kan svække kontrollen. Se hertil Torstein Eckhoff, 1980, s. 294. Torstein Eckhoff bemærker, at den utvidede utenrikskomite er kommet til at tjene mere som et redskab for regeringen end for Stortinget. Dette skyldes, at regeringen har mulighed for at påvirke komiteemedlemmerne, således at disse undertiden bliver solide »støttespillere« for regeringen i Stortinget.

levante for deres område, men det er tvivlsomt, om en egentlig mandatafgivning til regeringen kan finde sted i disse udvalg.

Der finder som nævnt allerede en behandling af udenrigspolitiske spørgsmål sted i andre kontrolorganer end Det Udenrigspolitiske Nævn; således i Udenrigsudvalget, Forsvarsudvalget og Europaudvalget. I disse tilfælde er der imidlertid tale om en supplerende behandling i fht. Nævnet – ovenfor har jeg diskuteret, hvorvidt man kunne erstatte dele af konsulteringen med Nævnet med en konsultering af relevante stående udvalg og samtidig, om regeringen kan nægte at konsultere andre organer end Nævnet. Problemet i fht. grundlovens § 19, stk. 3, er, som det fremgår ovenfor, at denne bestemmelse og nævnsløven henlægger en kompetence til at blive konsulteret til Nævnet. Endvidere henlægges en pligt til at konsultere Nævnet til regeringen, og måske også samtidig en ret til at konsultere Nævnet.

7.2 Retligt bindende forhandlingsmandater

Som nævnt anser dele af teorien Europaudvalgets mandater for retligt bindende for regeringen. Endvidere har jeg som nævnt argumenteret for, at Det Udenrigspolitiske Nævns holdninger til udenrigspolitiske spørgsmål er retligt bindende for regeringen i min afhandling fra 2003. En præcisering af dette i henholdsvis tiltrædelsesloven, nævnsløven og grundloven ville være hensigtsmæssig. Den udvikling, som har fundet sted, ville da afspejle sig i lovens/grundlovens tekst, og borgere samt udlændinge, som ønskede at danne sig et overblik over dansk forfatningsret på dette område, ville kunne slå op i loven/grundloven og danne sig et realistisk billede af retstilstanden.

Man kan i øvrigt spørge, om det ikke er betænkeligt, at Europaudvalget og Det Udenrigspolitiske Nævn træffer beslutninger på vegne af hele Folketinget. Det er klart, at det ville være bedre med en bred debat i Tinget. En spredning af Europaudvalgets opgaver ud på de relevante stående udvalg vil mindske det demokratiske problem, idet mange flere folketingsmedlemmer vil blive inddraget i EU-politikken. Det samme gør sig naturligvis gældende for en eventuel spredning af almindelige udenrigspolitiske spørgsmål fra Det Udenrigspolitiske Nævn til de stående udvalg.

Det må dog konstateres, at udenrigspolitik kræver fortrolighed, og at det udenrigspolitiske område aldrig vil kunne komme til fuldstændig at ligne andre politik-områder. Prisen for denne fortrolighed er, at det undertiden alene vil være regeringen samt Det Udenrigspolitiske Nævn og/eller Europaudvalget, som kan blive inddraget i udenrigspolitiske beslutninger. En tidlig inddragelse af en mindre del af Folketinget må dog formentlig betragtes som bedre end en efterfølgende inddragelse af det samlede Folketing med mulighed for, at ministeren efterfølgende kan pådrage sig et politisk/retligt ansvar for sine handlinger.

7.3 Parlamentariske organer i europæiske/internationale organer

Parlamentarisk kontrol i nationale parlamenter kan i fremtiden suppleres og til dels erstattes af direkte folkevalgt indflydelse i internationale/europæiske organer, som det f.eks. er tilfældet i Europa-Parlamentet. Det bemærkes i den forbindelse, at fælles politiske interesser ikke nødvendigvis er knyttet til nationalitet – en gruppe danske borgere med en bestemt politisk interesse kan sagtens tænkes at have mere tilfælles med tilsvarende grupper af borgere med samme interesse i andre (europæiske) lande end med andre grupper af danskere. Måske bliver det nødvendigt mere grundlæggende at nytænke demokrati-begrebet.⁴⁶ Danmark kan i praksis blive tvunget af omgivelserne til at opgive den traditionelle opfattelse af nationalstaternes rolle og betydning. Det internationale/europæiske samarbejde kan have fordele, men også nogle »ulemper«, og en af disse »ulemper« er, at demokrati ikke kan tænkes eller realiseres på traditionel nationalstatslig vis. Dette betyder dog ikke nødvendigvis, at de nye institutioner og strukturer er udemokratiske.

8. Konklusion

Det må konstateres, at den parlamentariske kontrol med og indflydelse på udenrigspolitikken er øget samtidig med, at grænserne mellem udenrigspolitik og indenrigspolitik bliver mere og mere flydende. At dette har kunnet finde sted, kan muligvis hænge sammen med, at regeringen og Folketinget har en fælles interesse i til en vis grad at bibeholde nationalstatskonceptet og den kompetence, som traditionelt har været knyttet til dette. Parlamentarisk kontrol – og en styrkelse heraf – forudsætter nationalstatskonstruktionen. Derfor har såvel regeringen som Folketinget en interesse i, at Folketingets indflydelse på udenrigspolitikken styrkes i takt med, at Danmark involveres mere og mere i europæisk/internationalt samarbejde. Som det fremgår af artiklen, behøver en sådan øget indflydelse til Folketinget ikke nødvendigvis at svække Danmarks gennemslagskraft udadtil. Tværtimod kan et lille lands gennemslagskraft styrkes ved øget parlamentarisk indflydelse på udenrigspolitikken. Den parlamentariske kontrol med udenrigspolitikken bør dog muligvis i højere grad afspejle, at udenrigspolitik er blevet indenrigspolitik, og indenrigspolitik er blevet udenrigspolitik. En sådan tilpasning til den ændrede kontekst kan f.eks. finde sted, ved at man involverer de stående udvalg mere i europapolitikken og den almindelige udenrigspolitik. Denne kontrol må suppleres med direkte folkevalgt repræsentation i europæiske og internationale institutioner.

⁴⁶ Se f.eks. Jon Pierre (ed), 2000.

Referencer

- Ahsan, Mohammed og Skibsted, Søren: *Menneskerettighedskonventioners retskildemæssige værdi i dansk ret* i Juristen nr. 3, 2002, s. 92-104
- Christoffersen, Jonas: *Folkerettens virkning i dansk ret*, Ugeskrift for Retsvæsen 2001 B, s. 143-148
- Eckhoff, Torstein: *Stortingets unnfallenhet i saker om utenriks- og sikkerhetspolitikk i Lov & Rett*, 1980, s. 275-294
- Espersen, Ole: *Indgåelse og opfyldelse af traktater*, Juristforbundets Forlag, København, 1970
- Fischer, Paul og Svenningsen, Niels: *Den danske Udenrigstjeneste 1770-1970*, bind 2, Schultz, København, 1970
- Justesen, Pia: *Menneskerettighedernes status i dansk ret, i Grundloven og Menneskerettigheder i dansk og europæisk perspektiv*, s. 105-124, red. Morten Kjærum, Klaus Slavensky og Jens Vedsted-Hansen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 1997
- Justesen, Pia: *Lighedskravet for etniske minoriteter på arbejdsmarkedet. Et menneskeretligt perspektiv*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000
- Krunke, Helle: *Grundrettigheder og udenrigspolitik*, i *Grundrettigheder*, s. 119-137, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000
- Krunke, Helle: *Folketingets kontrol med den europæiske udenrigs- og sikkerhedspolitik* i Ugeskrift for Retsvæsen 2001 B s. 401-409
- Krunke, Helle: *Den Udenrigspolitiske Kompetence. Udenrigspolitik og magtfordeling ved overgangen til det 21. århundrede*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2003
- Pierre, Jon (ed.): *Debating Governance. Authority, Steering and Democracy*, Oxford University Press, 2000
- Ross, Alf: *Dansk Statsforfatningsret*, Nyt Nordisk Forlag, København, 1966
- Ross, Alf: *Dansk Statsforfatningsret*, Nyt Nordisk Forlag, København, 1983
- Sørensen, Max: *Statsforfatningsret*, 2. udgave, Juristforbundets Forlag, København, 1973
- Watt, D.: *The role of foreign affairs committees – the present and the future*, s. 134-142, i *The impact of foreign affairs committees on foreign policy*, ed. Antonio Cassese, Cedam, Padova/Oceana Publications inc., New York, 1982
- Zahle, Henrik: *Dansk forfatningsret*, bind 2, Christian Ejlers' Forlag, København, 2001
- Aall, Jørgen: *Menneskerettighedskonventionerne som rettskildefaktor i intern norsk rett* i Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1989

Udvalgsrapporter, betænkninger mv.

Betænkning nr. 1407 om Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, 2001

Beretning om Det Udenrigspolitiske Nævns inddragelse i sager vedrørende EU's fælles udenrigs- og sikkerhedspolitik (FUSP) afgivet den 16. marts 2001

Dansk og europæisk sikkerhed, genoptryk af Det Sikkerheds- og nedrustningspolitiske Udvalgs redegørelse fra 1995, DUPI, 1997

Beretning om regeringens orientering af Folketinget om EU-sager afgivet af Markedsudvalget den 20. maj 1994

Beretning fra Markedsudvalget afgivet den 29. marts 1973

Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946

Betænkning over Forslag til Lov om Nedsættelse af et udenrigspolitisk Udvalg, Rigsdagstidende 1922-23, tillæg B

Helle Krunke er adjunkt, ph.d., ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Forfatningsret. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> E-mail: Helle.Krunke@jur.ku.dk

Denationalt netværksdemokrati – det tabte fællesskab?

Jens T. Søndergaard

Nationalstaten har indtil for nyligt udgjort det naturlige teoretiske udgangspunkt såvel for demokratiteorien som for forfatningsretten. Demokratiteorien og forfatningsretten har set det som sin fornemmeste opgave at sikre, at folkets vilje bliver kanaliseret ind i det politisk-institutionelle system, hvori den bliver transformeret til juridisk gyldige regler. Folkets accept er blevet opfattet som den afgørende målestok for retsreglers legitimitet. *Folk* er blevet forstået som *nationale* folk eller befolkninger. Ikke nødvendigvis på grund af nationalisme, men snarere på grund af manglen på andre forståelser af begrebet folk. Den primære metode til at omsætte den folkelige vilje til gyldige regler har været det repræsentative demokrati. Folket vælger et parlament, hvorefter parlamentet laver reglerne. Således omsættes folkets vilje ifølge den traditionelle doktrin til demokratiske regler.

En central pointe i den globaliseringslitteratur, der er udgivet i en lind – og stadig tiltagende – strøm over det seneste årti, er, at regler i stigende omfang produceres af andre end de nationalstatslige parlamenter.¹ Regler produceres for det første i stigende grad i geografisk henseende på lavere niveauer. For Danmarks vedkommende i amtskommuner, i kommuner, i skolebestyrelser, i statslige aktieselskabers bestyrelser og så videre. Regler produceres for det andet i stigende grad i geografisk henseende på højere niveauer. For Danmarks vedkommende i forskellige internationale og supranationale organisationer, som vi har tilsluttet; herunder først og fremmest i den Europæiske Unions regi.

De pågående forandringer forårsager ikke blot en *geografisk* forrykkelse af regelproduktionen. Der er ifølge de fleste globaliseringsteoretikere tale om en mere grundlæggende og kvalitativ forandring af regelproduktionen. Regler produceres i stigende omfang af selvstyrende og ikke-hierarkisk opbyggede *netværk*.² Over de seneste år har forskellige forfattere og institutio-

¹ Se eksempelvis Twining (2000), p. 9, Held et al. (1999), pp. 52-58 og Bauman (1998), pp. 63-69.

² Om netværkssamfundet, se eksempelvis Bard & Söderqvist (2002) og Castells (1996).

ner forsøgt at skabe de teoretiske redskaber, der kan muliggøre, at man kan demokratisere disse netværk. Denne artikel udgør et forsøg på kortfattet at beskrive og problematisere nogle centrale og gennemgående træk ved flere af disse forestillinger om netværksdemokrati.

Jeg har inddelt min beskrivelse af den netværksdemokratiske tænkning i tre hovedafsnit. I det første hovedafsnit beskriver jeg en række typiske fællestræk ved hovedparten af den netværksdemokratiske tænkning. Jeg tager i dette afsnit i stort omfang udgangspunkt i en nyere dansk bog om emnet, Eva Sørensens *Politikerne og netværkssamfundet. Fra suveræn politiker til meta-guvernør* fra 2002. Jeg ser først på struktur (afsnit 1.1), hvorefter jeg i de to efterfølgende afsnit ser på aktørerne – henholdsvis politikerne og borgeren i netværkssamfundet (afsnit 1.2 & 1.3). I det næste hovedafsnit (afsnit 2) ser jeg nærmere på, hvilke eventuelt bevaringsværdige elementer ved tidligere forestillinger af demokrati, som trues af de nye forestillinger om netværksdemokrati. Et centralt element, der trues, er muligheden for fællesskab. I det afsluttende hovedafsnit ser jeg derfor på, om der kan peges på måder, hvorpå man fortsat kan bevare denne mulighed (afsnit 3).

1. Netværksdemokratiet

Et vigtigt begreb for mange af de forfattere, der skriver om netværksdemokrati, er udtrykket '*governance*', eller hvad man med et dansk udtryk kan kalde *regeren*. Ordet bruges i mindst to betydninger; samfundsdiagnostisk og normativt.

Ordet bruges for det første til at beskrive, hvorledes styring finder sted i vores i stigende grad globaliserede samfund – altså som en diagnosticering. Påstanden er, at vi bevæger os fra et samfund, hvor styring sker gennem '*government*', til et samfund, hvor styring i stigende grad sker gennem '*governance*'.³ Hvor styring tidligere tog sit udgangspunkt i et personificeret centrum, en *regering*, så er der ikke længere et sådant personificeret centrum. Man kan således ikke længere studere styring ved at studere, hvorledes den centraliserede regering handler. Man må i stedet studere, hvorledes *regeren* som sådan finder sted. Styring foretages ikke af en person eller en gruppe af personer, som står uden for det øvrige samfund, men finder sted som samfundets selvregulering.

Ud over at blive brugt samfundsdiagnostisk bruges udtrykket '*governance*' også normativt som udtryk for den styringsform, som ifølge en række forfattere bedst egner sig til det nutidige globaliserede og komplekse netværkssamfund.⁴ Kun ved selvregulering kan denne komplekse enhed regu-

³ Se eksempelvis Rosenau (2000). Der refereres ofte til Michel Foucaults tekst om "*Governmentality*" (1991) som et slags primært udspring for denne tænkning.

⁴ Se eksempelvis Sørensen (2002) og Jessop (2000).

leres. I den sammenhæng støder man også på udtryk som principper for 'good governance'.⁵ I erkendelse af, at styring i dag finder sted som 'governance', forsøger man at opstille principper for, hvorledes denne styring kan udøves på god og demokratisk vis.

1.1. Gennemsigtighed, gennemskuelighed og offentlighed

Internationale organisationer har været forholdsvis hurtige til at acceptere forestillingen om overgangen fra et hierarkisk opbygget 'government'-system til et netværksbaseret 'governance'-system. EU-kommissionens *White Paper on European Governance. Enhancing democracy in the European Union*⁶ og FN-generalsekretæren Kofi Annans rapport '*We the Peoples'. The Role of the United Nations in the 21st Century*' – begge fra 2000 – kan nævnes som eksempler på rapporter, hvor overgangen til 'governance'-systemet lægges til grund. I den sidstnævnte rapport skriver generalsekretæren:

"(...) the very notion of centralizing hierarchies is itself an anachronism in our fluid, highly dynamic and extensively networked world – an outmoded remnant of nineteenth century mindset."⁸

På spørgsmålet om, hvorledes man styrer under disse nye omstændigheder, er svaret i begge rapporter 'good governance'. Generalsekretæren skriver, at "(b)etter governance means greater participation, coupled with accountability".⁹ I forhold til FN som organisation udmønter dette sig som et krav om, at organisationen må blive mere "effective, efficient, and accessible to the world's peoples."¹⁰ I EU-kommissionens rapport beskrives principperne for 'good governance' som "accountability, clarity, transparency, coherence, efficiency and effectiveness."¹¹ Kravene, der ifølge disse rapporter bør stilles til de internationale organisationers struktur for at sikre demokratisk styring fremover, kan nogenlunde sammenfattes som krav om gennemsigtighed, gennemskuelighed, offentlighed samt, at den organisation, som man på denne vis får adgang til at kigge i kortene, faktisk fungerer på effektiv vis.

⁵ Man støder også på brugen af udtrykket 'good government', jf. Bell (1998).

⁶ Commission of the European Communities, *White Paper on European Governance. Enhancing democracy in the European Union*, Brussels, 11 October 2000, SEC (2000) 1547/7 final.

⁷ Kofi A. Annan, Secretary-General of the United Nations, '*We the Peoples'. The Role of the United Nations in the 21st Century*' (2000). New York: United Nations Department of Public Information.

⁸ Ibid., p. 13.

⁹ Ibid., p. 13.

¹⁰ Ibid., p. 74.

¹¹ Commission of the European Communities (2000), p. 4.

Problemet ved kravet om gennemsigtighed, gennemskuelse og offentlighed er, at netværkssamfundet netop er defineret ved sin kompleksitet og konstante foranderlighed. Spørgsmålet er, om man kan lave en sådan struktur tilgængelig uden samtidig at vende tilbage til de centraliserede hierarkier, som nu hævdes at være 'gået af mode'. Der peges i den netværksdemokratiske litteratur typisk på to midler til at overkomme dette problem. For det første bør netværkene organiseres således, at de virker mest hensigtsmæssigt for de personer, for hvem de politiske beslutninger har betydning. Det bliver politikerenes nye rolle i netværksdemokratiet at skulle forestå denne organisering. For det andet bør borgeren 'oplyses' i en sådan grad, at hun er i stand til at deltage i den netværksbaserede beslutningsproces. I stedet for at gøre strukturen simplere, kan man altså gøre borgeren 'klogere', så hun bedre kan forstå og begå sig i det komplekse netværkssamfund. Disse to midler – politikeren som organisator og den 'oplyste' borger – behandler jeg i de to følgende underafsnit.

1.2. Politikeren som meta-guvernør

Kofi Annan skriver i sin rapport om FN's fremtid:

"We must strive, not to usurp the role of other actors on the world stage, but to become a more effective catalyst for change and coordination among them. Our most vital role will be to stimulate collective action at the global level."¹²

FN bør altså ikke selv *direkte* iværksætte politisk forandring, men bør via sin rolle som katalysator *indirekte* iværksætte politisk forandring. Forandringen skal komme fra folk selv. Den internationale organisations rolle er reduceret til at være organisator. Eva Sørensen opstiller i sin bog *Politikerne og netværkssamfundet. Fra suveræn politiker til meta-guvernør* forestillingen om den tilbagetrukne "*spilstyrer*"¹³ som ideal for politikeren i netværksdemokratiet. Eva Sørensen bog trækker på en række af de centrale og herskende teorier om '*governance*' og netværksdemokrati, som flourer for tiden. Jeg bruger i det følgende hendes bog som fikspunkt med henblik på at diskutere disse teoris problemes i almindelighed.

Eva Sørensen taler – med den engelske sociologi-professor Bob Jessop som den primære inspirationskilde¹⁴ – om politikeren som *meta-guvernør*. Politikerenes rolle er ikke at *regere*, men at *regere regeren*. En intern modsigelse i den netværksdemokratiske tænkning synes her at snige sig ind. Såfremt man godtager tesen om, at vi har bevæget os fra et samfund, hvor sty-

¹² Annan (2000), p. 67.

¹³ Sørensen (2002), p. 60. Nærmere om kravene til den gode meta-guvernør, se Sørensen (2002), pp. 271-275.

¹⁴ Ibid., p. 55.

ring foregår gennem hierarkiske strukturer, til et samfund, hvor styring foregår via ikke-hierarkiske selv-regulerende netværk, så godtager man også, at der ikke er nogen position uden for disse netværk, som man kan indtage og styre fra. Hvis der var en sådan position, så er der stadig tale om en i en vis forstand hierarkisk organiseret struktur. Forestillingen om, at man kan placere sig på et meta-niveau og *regere regeren*, forudsætter, at denne position eksisterer.

Hvis man trods denne indvending antager, at det er muligt at indtage denne position, kan man sætte spørgsmålstejn ved, om det er ønskværdigt, at politikeren indtager denne position. Politikerens rolle bliver ifølge Eva Sørensen – og den stribe af forfattere, som hun trækker på – primært at organisere den politiske beslutningsproces og sekundært at deltage heri. Politikerens skal i større grad beskæftige sig med form og i mindre grad med indhold. Politikerens bliver en social ingeniør. Hun bliver en *ikke-politiker*. Og alligevel ikke, for det, der sker, er snarere, at meta-guvernøren skjuler sin politiske virksomhed ved at benævne sig selv som organisator og ikke som deltager. Form og indhold lader sig nemlig ikke så nemt adskille.

Lad mig nævne et eksempel. Eva Sørensen nævner blandt meta-guvernørens opgaver løbende at træffe afgørelser om "*hvem, der i forskellige sammenhænge skal medregnes til de berørte*."¹⁵ Meta-guvernøren skal altså beslutte, hvem der som potentielt påvirket af en beslutning bør deltage i den politiske beslutningsproces, der leder til en sådan beslutning. Meta-guvernørens beslutning kan her umiddelbart synes kun at angå form, men der er i høj grad tale om et indholdsmæssigt spørgsmål. Hvem er eksempelvis berørt af mængden af tilladt spildevand, som ledes ud i vores vandløb? Kun dem, der bor i nærheden? Alle forbrugere, idet de potentielt kan spise fisk fra vandløbet? Medlemmerne af Dansk Naturfredningsforening? De kommende generationer, som eventuelt mister adgangen til at bruge denne naturressource? Om man giver det ene eller det andet svar på dette spørgsmål, afhænger i stor grad af ens almindelige politiske ståsted.¹⁶ Det er et spørgsmål om indhold, ikke blot form.

Meta-guvernørens konceptualisering af sin egen virksomhed som ikke-politisk indebærer en fralæggelse af ansvar. Ved at give borgerne forestillingen om, at beslutningerne er lagt ud til dem selv – ved at give dem forestillingen om, at ingen suveræn magtudøvelse har fundet sted – så efterlader man ikke nogen instans, som borgerne kan klage til, hvis de er utilfredse med de beslutninger, der bliver truffet. De har selv truffet beslutningerne, så de må selv tage konsekvenserne. At politikerens bør påtage sig mindre ansvar, kommer også implicit til udtryk hos Eva Sørensen. Således beskriver

¹⁵ Ibid., p. 272.

¹⁶ For en tilsvarende kritik af denne figur, se eksempelvis Pogge (1992).

hun et af problemerne for de bagstræberiske kommunalpolitikere i forhold til at indtage positionen som meta-guvernør på følgende vis:

"Til trods herfor er det dog de færreste kommunalpolitikere, der helt kan sige sig fri fra forestillingen om, at de i sidste ende har ansvaret for de beslutninger, der bliver truffet. Det viser sig især når der lokalt opstår uenighed om en sådan beslutning, eller hvis noget går galt i en konkret sag som andre har besluttet. I sådanne situationer føler mange kommunalpolitikere, at der er deres ansvar at skære igennem og afgøre eller omgøre sagen."¹⁷

Politikeren skal derimod ud fra Eva Sørensens forestilling om netværksdemokrati træde et skridt tilbage fra den politiske scene og give plads til den handlekraftige borger.

1.3. Den handlekraftige borger

Et afgørende element i det velfungerende netværksdemokrati er ifølge Eva Sørensen, at borgeren ikke blot har *adgang* til politisk medindflydelse, men at hun besidder en *politisk handlekraft*, der gør, at hun er i stand til at udnytte denne adgang.¹⁸ Det er blandt meta-guvernørens opgaver at understøtte udviklingen af handlekraftige borgere.¹⁹ Eva Sørensen er selv bevidst om faren ved denne udvikling:

"Skærskeneriet er, at vi med netværkssamfundet er på vej mod et samfund, hvor ressourcestærke aktører fra marked og civilsamfund sætter sig på den politiske magt, og derved reducerer almindelige menneskers politiske indflydelse og individuelle råderum."²⁰

Netværksdemokratiet har således en tendens til at favorisere den ressourcestærke borger, hvorimod den mindre ressourcestærke borger står svagere. Fællesskabs-dimensionen står svagere i netværksdemokratiet. Eva skriver følgende, idet hun kommenterer validiteten af den franske revolutions idealer i det nutidige samfund:

"Demokratibegrebet er uløseligt knyttet til sin historie, og til den betydning som det har været tildelt i fortiden. Derfor lader det sig ikke uden videre forandre. Det viser sig bl.a. i den vedholdenhed, hvormed der i den liberale demokratitradition refereres til lighed og frihed som demokratiske kerneværdier. Disse værdier har vist sig langt mere overlevedsdygtige end broderskabet – den tredje af demokratiske kerneværdier, der blev lanceret med den franske revolution i 1789."²¹

¹⁷ Sørensen (2002), p. 230.

¹⁸ Ibid., p. 268.

¹⁹ Ibid., p. 273.

²⁰ Ibid., p. 268.

²¹ Ibid., p. 281.

Broderskabet erstattes af handlekraftige borgere, der i sund – og tilstræbt jævnbyrdig – konkurrence forsøger at tilkæmpe sig indflydelse over egne liv. Friheden bliver den afgørende værdi, mens lighed omformuleres til et krav om ligelig konkurrence. Hvis der træffes beslutninger over ens liv, som man ikke har indflydelse på, så skyldes det ens egen mangel på ressourcer. Ansvar kan ikke placeres hos samfundet, hos staten eller hos den ikke-politiske meta-guvernør. Ansvar kan kun placeres ét sted, hvis 'ens brik bliver slået af pladen' – eller hvis det aldrig er lykkedes for en at slå en sekser, så man i det hele taget kan komme ind på pladen. Hos individet selv, der alene har ansvaret for at komme ind på spillepladen ved at blive ressourcestærk. Det må gå til psykolog, gestaltterapi, selvforsvar, eller hvad det nu kræver. Den netværksdemokratiske tænkning bevirker på denne vis en individualisering af demokratiet, som jeg nærmere vil beskrive i næste afsnit.

2. Det individualiserede demokrati

Specielt sociologerne Ulrich Beck og Zygmunt Bauman har beskæftiget sig med den generelle samfundsmæssige *individualiseringsproces*. Førstnævnte har beskrevet processen på følgende vis:

"Problemer, som vedrører systemet, gøres til et spørgsmål om personlig utilstrækkelighed, hvorved de neutraliseres politisk."²²

Zygmunt Bauman har i bogen *The Individualized Society* beskrevet individualiseringsprocessens indvirkning på demokratiet på følgende vis:

"This is the Gordian knot which binds the future of democracy hand and foot: the growing practical impotence of public institutions strips interest in common issues and common stands of its attraction, whereas the fading ability and vanishing will to translate private sufferings into public issues facilitates the job of global forces which prompt that impotence while feeding on its result. It will take the insight and courage of an Alexander of Macedonia to cut the knot."²³

Min påstand er, at de ovenfor beskrevne forestillinger om netværksdemokrati ikke udgør midler til at binde denne gordiske knude op. De strammer tværtimod knuden yderligere. I henhold til disse teorier skal politikerne reduceres til at være den praktiske organisator af den indholdsmæssige politiske diskurs. De offentlige institutioner bliver på denne vis endnu mere impotente. Den egentlige politiske magt 'overlades' – i hvert fald på

²² Beck (1997), p. 120.

²³ Bauman (2001), p. 205.

det diskursive plan – til det enkelte individ. Den enkelte borger siges at blive myndiggjort og medansvarliggjort. Hvis ens interesser bliver nedtromlet – eksempelvis af de i stigende grad globaliserede markeds kræfter – så er det et personligt problem, hvis man ikke er i stand til at stå imod. Det er ikke systemets fejl. Det har jo overladt magten til individet selv. Løsningen for det 'nedtromlede' individ er derfor ikke revolution, men lykkepiller. Demokratiet privatiseres. Det bliver et privat anliggende. Demokratiet bliver på paradoks vis en apolitisk størrelse – i hvert fald i den forstand, at den ikke længere angår *polis*, byen, det fælles. Spørgsmålet er, om man skal acceptere, at begreber som broderskab og politik blot er antikverede begreber, som viste sig ikke at være overlevelsedygtige. Skal vi acceptere, at de ingen plads har i vores globale netværkssamfund? Er et nyt fællesskab trods alt ikke muligt?

3. Hvor skal det nye fællesskab komme fra?

Selvom Eva Sørensen i sin bog om *Politikerne og netværksdemokratiet* beskriver broderskabet som et antikveret ideal, tillægger hun ikke desto mindre *forestillingen* om fællesskab en afgørende betydning for det velfungerende netværksdemokrati. Det er således en af meta-guvernørens opgaver at skabe sådanne forestillinger. Hun skriver:

"(...) Derfor er der behov for en meta-guvernør, der frem for at se sådanne fællesskaber og identiteter som givne, opfatter det som sin opgave, at bidrage til skabelsen af demokrati-fremmende politiske fællesskabs- og identitetsformer."²⁴

Denne tilgang forekommer problematisk af mindst to grunde. For det første kan man diskutere, om den er praktisk mulig. Dette spørgsmål kan man i hvert fald stille, hvis man godtager, at netværkssamfundet ikke efterlader privilegerede positioner, hvorudfra man kan implementere sådanne 'skabte' identiteter. For det andet synes det problematisk, at identiteter og fællesskaber – som en anden vare – kreeres og implementeres af 'udvalgte' meta-guvernører. Deltagerne i de demokratiske fællesskaber synes at spille en mindre rolle i formuleringen af de identiteter, som de senere selv skal bære. Mange af forsøgene på at skabe en europæisk identitet inden for rammerne af den Europæiske Union synes at rumme tilsvarende problemer.²⁵ Spørgsmålet er, om det positive potentiale ved netværkssamfundet ikke netop er, at det åbner mulighed for, at identitetsdannelsen kan ske *nedefra* og ikke *oppefra* – altså fra civilsamfundet og ikke fra det suveræne, institutionelle politi-

²⁴ Sørensen (2002), p. 272.

²⁵ Se eksempler på sådanne teoretiske forsøg i Massimo La Torre, *European Citizenship. An Institutional Challenge* (1998). The Hague: Kluwer Law International.

ske system. Spørgsmålet er, om selve forestillingen om en meta-guvernør ikke er et levn fra en tænkning, der har suveræniteten som sit udgangspunkt.

Lad mig her afslutningsvis kort opridse to alternative udgangspunkter for fællesskabstænkning, som er blevet bragt på banen de seneste år, og som måske kan vise vejen frem. Ingen af de to tilgange tager det politiske institutionelle system som deres udgangspunkt. De tager derimod begge deres udgangspunkt i civilsamfundet og de relationer mellem mennesker, der dannes her. Lad mig benævne løsningerne henholdsvis den *etiske* og den *immanente* løsning.

Den *etiske* løsning finder man blandt andet hos to så forskellige forfattere som den slovenske filosof og psykoanalytiker Slavoj Žižek og den polsk-engelske sociolog Zygmunt Bauman. Begge forfattere trækker på den jødisk-kristne arv, når de opstiller *kærligheden til næsten* som det middel, der skal sikre fællesskabets fortsatte overlevelse. Žižek trækker i den forbindelse specielt på Paulus' lære,²⁶ mens Bauman trækker på den jødiske tænker Emmanuel Levinas og den danske teolog Knud Løgstrup. Bauman beskriver relationen mellem næstekærlighed og fællesskabsfølelsen på følgende vis:

"Love (...) calls for solidarity with the Other, and so implies subordination of the self to something endowed with greater importance and value."²⁷

At man underkaster sig noget af større betydning og værdi end en selv, betyder ikke, at man underkaster sig en suveræn politisk magt. Det betyder ikke engang, at man underkaster sig en magt, der er stærkere end en selv. Tværtimod beskriver Bauman det moralske bud, som budet om næstekærlighed rummer, på følgende vis:

"Against the common conception of morality cut in the likeness of law, Levinas and Løgstrup offer a view of morality as a challenge; as a matter of responsibility for the weakness of the Other, rather than a responsibility to a superior power."²⁸

Det tidspunkt, hvor dette bud viser sig sværest at overholde, er typisk, når katastrofen indtræder. Når man eksempelvis står over for den flugttilist, der har kørt ens datter ned, eller – i en større skala – da man stod og skulle finde en passende respons på den terrorisme, der væltede tvillingetårnene i New York den 11. september 2001. På den anden side er det også i denne situation, at budet viser sig i sin yderste konsekvens. Herom handler Žižeks bog *Velkommen til virkelighedens ørken*. At man skal elske sin næste, viser sig her som et bud om, at man skal elske det for en absolut fremmede og øjen-

²⁶ Se specielt Žižek (2002a).

²⁷ Bauman (2001), p. 167.

²⁸ Bauman (2001), p. 171.

synligt uforklarlige – det, som man umiddelbart vil afvise som indbegrebet af ondskab. Zizek beskriver i bogen budets indhold i forhold til den israelsk-palæstinensiske konflikt på følgende vis:

"Deri består faktisk israelernes vanskelige etiske prøve i dag: 'Elsk din næste!' betyder 'Elsk palæstinenserne!' (som er deres næste *par excellence*) ELLER DET BETYDER IKKE NOGET SOM HELST."²⁹

Zizek og Bauman finder altså i næstekærligheden muligheden for et fællesskab, som ikke er baseret på en fælles identitet, men som tværtimod tager sit udgangspunkt i uforeneligheder og konflikter – i konflikten mellem en selv og næsten, mellem israelerne og palæstinenserne, mellem vesten og islam.

Problemet ved Zizek og Baumans *etiske* løsning er, at den tager udgangspunkt i et *reagerende* individ, der skal forholde sig til de begivenheder, som det bliver udsat for. Den anden løsning, som jeg kort vil beskrive her – den *immanente* løsning – tager derimod udgangspunkt i et *agerende* og skabende civilsamfund. Den immanente løsning tager udgangspunkt i den mulighed for fællesskab, der ligger i *opløsningen* af fælles identiteter.

Den immanente løsning findes blandt andet beskrevet hos den franske filosof Jean-Luc Nancy og hos det amerikansk-italienske makkerpar Michael Hardt og Antonio Negri. Disse forfattere ser ikke netværkssamfundets opløsning af privilegerede positioner – og dermed tabet af et punkt, hvorfra en fælles politisk overbygning eller en meta-guvernør kan installere en fælles identitet – som et tab af muligheden for fællesskab. Tværtimod ser de med denne opløsning af identitet helt nye muligheder for fællesskab – et fællesskab, hvor det netop er manglen på fælles grund, der binder folk sammen. Uden en fælles politisk overbygning står man ikke med et samfund, hvor *nogle* er forskellige fra *andre*, men med et samfund, hvor *alle* er forskellige fra *alle*. Ud af denne grundlæggende uforenelighed opstår en ny lighed og et nyt fællesskab. Nancy beskriver dette forhold på følgende vis:

"It is also fraternity, if fraternity, it must be said, aside from every sentimental connotation (...), is not the relation of those who unify a common family, but the relation of those whose *Parent*, or common substance, *has disappeared*, delivering them to their freedom and equality. Such are, in Freud, the sons of the inhuman Father of the horde: becoming brothers in the *sharing* of his *dismembered* body. Fraternity is equality in the sharing of the incommon-surable."³⁰

²⁹ Zizek (2002b), p. 133.

³⁰ Nancy (1993), p. 72.

Hierarkiernes opløsning leder til en tilstand af *immanens*. Den immanente tilstand står i modsætning til den *transcendente* tilstand, hvilket er en tilstand, hvor der fortsat findes suveræne og privilegerede positioner.³¹

Hierarkiernes opløsning kan på den ene side lede til det ikke-politiske individualiserede netværkssamfund. Det kan på den vis lede til politikens død. Det kan imidlertid – som den immanente løsning påpeger – også lede til det stik modsatte. Hierarkiernes opløsning fjerner den platform, hvorfra den klassiske politiker eller meta-guvernøren kan bedrive politik. Det forhold, at denne platform fjernes, indebærer imidlertid ikke nødvendigvis, at politik slet ikke kan bedrives mere. Opløsningen kan også hævdes at lede til det resultat, at politik nu kan bedrives af alle – og ikke kun af politikere. Udjævningen af hierarkierne forårsager en opløsning af grænsen mellem politiker og ikke-politiker. Fra et hvilket som helst punkt i netværkssamfundet kan man sætte en politisk bevægelse i gang. Man kan ikke være sikker på, at bevægelsen får de virkninger, som man intenderede, men den bliver i hvert fald ikke holdt tilbage af den suveræne politiks snærende bånd. Denne mulighed for en udbredelse af den politiske praksis er central i Michael Hardt og Antonio Negris meget omtalte værk fra 2000 *Empire*.³² De skriver:

"The democratic network is a completely horizontal and deterritorialized model (...) An indeterminate and potentially unlimited number of interconnected nodes communicate with no central point of control; all nodes regardless of territorial location connect to all others through a myriad of potential paths and relays."³³

4. Afslutning. Et forbehold

Således ender vi op med to forskellige modeller for, hvorledes demokrati kan tage sig ud i netværkssamfundet. For det første kan man som Eva Sørensen bevare en skelnen mellem politiker og den almindelige borger, men dog omformulere disses roller. For det andet kan man som Hardt og Negri ophæve denne skelnen og netop i denne ophævelse se en mulighed for udbredelsen af det politiske.

Der er imidlertid et forhold, som jeg har undladt at tage op til eksplicit behandling her i artiklen, men som begge disse forestillinger tager for givet: At beskrivelsen af den nuværende samfundsmæssige tilstand som et netværk uden suveræne hierarkier faktisk er en adækvat beskrivelse. Det falder ganske uden for denne artikels rammer at kommentere dette enormt omfattende spørgsmål, men lad mig gøre det ultrakort. Jeg tvivler på, at beskrivel-

³¹ Se herom Hardt & Negri (2000), pp. 328-329.

³² Se hertil blandt andet *Distinktion – tidsskrift for samfundsteori*, nr. 6, 2003, som udgjorde et temanummer om *Empire*.

³³ Hardt & Negri (2000), p. 299.

sen af det ikke-hierarkiske netværkssamfund er adækvat, og jeg frygter, at den gentagne påstand om, at det er tilfældet, gør os blind for de hierarkier, som vi faktisk er undergivet. Jeg tror ikke på, at hierarkierne er forsvundne. De antager blot nye former. Derfor må vi som Eva Sørensen nok fortsat medtænke en forskel mellem dem, der udøver magt, og dem, der udøves magt over for. På den anden side må sigtet for den demokratiske tænkning konstant være som hos Hardt og Negri – at gøre *alle* aktive og medskabende. Kun på den måde kan vi potentielt genskabe det tabte fællesskab.

Referencer:

- Bard, Alexander & Söderqvist, Jan: *Netocracy. The New Power Elite and Life after Capitalism*. London: Reuters.
- Bauman, Zygmunt (1998): *Globalization. The Human Consequences*. Cambridge: Polity Press.
- Bauman, Zygmunt (2001): *The Individualized Society*. Cambridge: Polity Press.
- Beck, Ulrich (1997): *Risikosamfundet – på vej mod en ny modernitet*. København: Hans Reitzels Forlag.
- Bell, John (1998): "The Europeanisation of Constitutional Law" in Thomas G. Watkin, *The Europeanisation of Law*. London: The United Kingdom National Committee of Comparative Law.
- Castells, Manuel (1996): *The Information Age. Economy, Society and Culture. Volume I. The Rise of the Network Society*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Foucault, Michel (1991): "Governmentality" in samme, *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*. London: Harvester-Wheatsheaf.
- Hardt, Michael & Negri, Antonio (2000): *Empire*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Held, David, McGrew, Anthony, Goldblatt, David & Perraton, Jonathan (1999): *Global Transformations*. Cambridge: Polity Press.
- Jessop, Bob (2000): *Globalisering og interaktiv styring*. Frederiksberg: Roskilde Universitetsforlag.
- Pogge, Thomas (1992): "Cosmopolitanism and Sovereignty" in *Ethics*, pp. 48-75.
- Nancy, Jean-Luc (1993): *The Experience of Freedom*. Stanford, Californien: Stanford University Press.
- Sørensen, Eva (2002): *Politikerne og netværksdemokratiet. Fra suveræn politiker til meta-guvernør*. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag.
- Twining, William (2000): *Globalisation & Legal Theory*. London: Butterworths.
- Zizek, Slavoj (2002a): *Det skrøbelige absolutte – eller hvorfor den kristne arv er værd at kæmpe for*. København: Gyldendal.
- Zizek, Slavoj (2002b): *Velkommen til virkelighedens ørken. Essays om verden efter den 11. september*. København: Informations forlag.

Jens Teilberg Søndergaard er adjunkt, ph.d. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Retsslære. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>
E-mail: Jens.Teilberg.Sondergaard@jur.ku.dk

Europæisk forvaltningsret – et overblik

Michael Gøtze

Globalisering, internationalisering, europæisering og denationalisering er nogle af de ord, som for tiden optræder hyppigt som overskrifter, røde tråde og opsamlinger i diskussioner og selvransagelser om juraens og de juridiske fags tilstand og fremtid. Også den almindelige danske forvaltningsret med dens mange regler og principper om relationen mellem borgere og offentlige myndigheder er ved at blive indhentet af disse ord og diskussioner, og især forvaltningsrettens europæisering trækkes frem som en markant fortløbende udvikling og som en anledning til modernisering af dansk forvaltningsret.

1. Mod en europæisk forvaltningslov

Jeg forfølger her det europæiske spor ved at se på fire tekster med generelt forvaltningsretligt indhold, nemlig charteret om grundlæggende rettigheder, forslaget til ny forfatning fra Det Europæiske Konvent, kodeksen om god forvaltningsskik og forordningen om aktindsigt. Mit sigte er at præsentere disse relativt nye initiativer i EU-regi. Charteret og kodeksen er interessante, fordi de forsøger at omskrive udvalgte forvaltningsidealer i en rund og almen form. Konventets forslag til ny forfatning for EU handler som bekendt om meget andet end forvaltning, men dog *også* om forvaltning. Samlet set bevæger man sig i EU i retning af at trække forvaltningsprincipper om f.eks. åbenhed, kontradiktion, lighed, proportionalitet og høflighed mere og mere frem i lyset. For den borger, der ønsker at kende sin ret til god forvaltning, er det vigtigt at være opmærksom på, at vi nærmer os noget, der ligner en europæisk forvaltningslov. Selv om ordet europæisk forvaltningsret har et bredt indhold og ikke kun omfatter EU's, men også f.eks. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions (EMRK) betydning for myndigheder, behandles EMRK dog ikke nærmere i denne artikel.¹

¹ En beskrivelse af europæisk forvaltningsret findes i bl.a. Jürgen Schwarze.

2. Charter om grundlæggende rettigheder

Vi starter med at se på Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.² Efter en lang række tilløb og grundige forberedelser blev charteret underskrevet og højtideligt proklameret på Det Europæiske Råds møde i Nice i december 2000, og man nåede dermed en første afslutning på et projekt om »Den Europæiske Unions demokratiske karakter«, som det siges i forordet til charteret. Hovedsigtet med charteret – et grænseoverskridende og moderne Magna Charta³ – om de europæiske borgeres grundlæggende rettigheder og friheder over for Unionens institutioner og organer var at *samle* i én og samme tekst en vifte af rettigheder, der hidtil havde været spredt i en lang række internationale og nationale instrumenter.

Grundrettighedscharteret indeholder principbestemmelser om europæiske borgeres borgerlige, politiske, økonomiske og (også) sociale rettigheder, og der er blevet lagt vægt på at formulere rettighederne på en relativt kortfattet og tilgængelig måde. Forfatterne til charteret har forsøgt at skrive i et sprog, som kan forstås ikke bare af myndigheder, men også borgere i EU.

3. Borgerens ret til god forvaltning

En række forvaltningsprincipper indgår i charterets omfattende katalog over grundrettigheder, og i forhold til bl.a. EMRK repræsenterer dette en nyhed. I charterets kapitel V findes bl.a. borgerens *ret til god forvaltning*.⁴ Denne ret går ud på, at »enhver har ret til at få sin sag behandlet uvildigt, retfærdigt og inden for en rimelig frist af Unionens institutioner og organer«. Selv om charteret er inspireret af EMRK, går det på det forvaltningsretlige område videre ved at rumme *udtrykkelige* forvaltningsprincipper.

I artikel 41, 42 og 43 fremhæves basale elementer i retten til god forvaltning, herunder navnlig retten for enhver til at blive hørt, inden der træffes afgørelse, retten for enhver til aktindsigt i de akter, der vedrører ham/hende, pligt for forvaltningen til at begrunde sine beslutninger og retten for enhver til at klage til Unionens ombudsmand over tilfælde af fejl og forsømmelser foretaget af Fællesskabets institutioner.

² Se EF-Tidende nr. C 364/1 af 18. december 2000. Kan findes på f.eks. <http://ue.eu.int>.

³ Magna Charta er navnet på det store frihedsbrev, som den engelske kong Johan Uden Land i 1215 blev tvunget til at underskrive, og som skulle sikre undersåtterne mod vilkårlighed.

⁴ I menneskerettighedsliteraturen kaldes fundamentale forvaltningsprincipper undertiden for »fourth generation human rights«, jf. f.eks. A. W. Bradley.

På denne måde sammenfatter grundrettighedscharteret nogle af bl.a. de processuelle retsprincipper, som især EF-Domstolen har udviklet i konkrete sager. Selv om EU-ombudsmanden i forbindelse med udarbejdelsen af charteret plæderede for yderligere inddragelse af forvaltningsidealer, f.eks. de materielle principper, blev disse ikke inkluderet. Disse almene hjemmelsprincipper er dog at finde i andre dele af charteret, idet artikel 21 omtaler forbuddet mod forskelsbehandling og artikel 49 legalitets- og proportionalitetsprincipperne (dog kun i forbindelse med strafferetlige afgørelser). Borgerens adgang til effektiv domstolsprøvelse fastslås i charterets artikel 47.

4. Charteret overhaler den danske grundlov

Set med danske øjne er charterets fokus på retten til god forvaltning af interesse, fordi vi ikke finder tilsvarende fokus på forholdet mellem myndigheder og borger i den danske grundlov.⁵ De paragraffer, som man kan finde i grundlovens nuværende tekst, er f.eks. § 55 om oprettelse af Folketingets Ombudsmand og § 63 om domstolenes prøvelse af forvaltningens afgørelser. Det er bestemmelser, som ser det hele ovenfra, og som er institutionelt prægede. De tager ikke borgerens ret til god forvaltning i nærmere betragtning. Grundlovens korte katalog i kapitel 8 med frihedsrettigheder er dog af relevans for myndigheders virksomhed i forhold til borgeren, men det fremgår ikke klart af teksten. F.eks. er § 77 om retten til at ytre sig i praksis blevet *fortolket* som udslag af en bredere idé, som skal tillægges betydning f.eks. i forbindelse med offentligt ansattes ytringsfrihed. Det er desuden blevet overvejet i relation til § 78 om foreningsfrihed, om der kan *udledes* et almindeligt diskriminationsforbud på forfatningsniveau.

Det er således ikke på noget tidspunkt blevet til en grundlovsfæstelse af kontante og eksplicite fordringer til forvaltningens virksomhed. End ikke kravet om lovformelighed og legalitet udtrykkes i grundlovens tekst. EU-charterets alsidighed gør, at det faktisk har større anvendelighed som informationskilde om borgerens rettigheder over for danske myndigheder end grundloven, selv om charteret kun gælder EU's institutioner.⁶

5. Synliggørelse af borgernes rettigheder i EU

Grundrettighederne i bl.a. charterets artikel 41 er ikke indholdsmæssigt nye. De skaber ikke ny ret og har ikke uden videre ændret borgerens retsstilling.

⁵ Danmarks Riges Grundlov af 5. juni 1953.

⁶ Debat om bl.a. grundlovens fremtid kan findes på www.grundlovsdebatten.dk.

Det afgørende er for så vidt deres form, idet de på skrift og på ophøjet vis kodificerer og bekræfter gældende EU-ret. De letter adgangen til viden om retten, idet man som borger – i hvert fald i første omgang – spares for at dykke ned i bl.a. EF-Domstolens omfattende praksis. Uskreven ret er således sat på enkel og abstrakt formel i charteret. Valget af brede *grundprincipper* og ikke veldefinerede og eksakte *regler* i charteret lægger op til en dynamisk anvendelse af principperne og overlader fortsat en betydelig del af retsudviklingen til f.eks. domstole. Charteret er dog et lovgivningsmæssigt og retspolitisk bloktilskud til bl.a. borgerens ret til god forvaltning.

Det hører med i beskrivelsen af charteret, at det også varetager politiske mål, og det som sådan indgår i en større sammenhæng om Unionens profil og appel over for sine borgere/vælgere. Den politiske debat om charteret har bl.a. sat sig spor i spørgsmålet om charterets status, som ikke kunne afklares endeligt i 2000. Kompromiset i Nice blev, at charteret ikke skulle gøres til et retligt bindende dokument, men forblive en politisk tekst. Umiddelbart var tanken, at charteret ikke skulle generere nye rettigheder og ikke have en retlig merværdi i forhold til f.eks. EMRK.⁷ Charterets politiske visioner sammenfattes af Erling Olsen, den daværende danske regerings repræsentant i den forberedende charterforsamling, på følgende måde:

»Charteret skulle for det første synliggøre, at EU ikke blot var rammen om arbejdskraftens og kapitalens frie bevægelighed, men også et fællesskab om en række *værdier*, der ikke kan måles i penge. For det andet skulle det synliggøre, at det ikke blot var *systemet*, dvs. EU's institutioner, som havde rettigheder over for borgerne, men også *borgerne*, som havde rettigheder over for institutionerne« (her fremhævet).⁸

Charteret om grundlæggende rettigheder er dog uanset dets formelle status blevet brugt til at gøde jorden for en mere føderal ramme om EU.

⁷ Selv om charteret indtil videre kun er politisk, er det blevet inddraget i (enkelte) domme af Retten i Første Instans, nemlig sag T-177/01 af 3. maj 2002, Jégo-Quéré mod Kommissionen og sag T-54/99 af 30. januar 2002, max.mobil Telekommunikation Service GmbH mod Kommissionen. Kan findes på f.eks. <http://curia.eu.int>. Der er dog en del og stadig flere henvisninger til charteret i generaladvokaternes forslag til afgørelser

⁸ Se Erling Olsen side 11. Se evt. også Jens Eo Rytter og Michael Gøtze. Den retlige status for Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder er nærmere beskrevet i en meddelelse af 11. oktober 2000 fra Kommissionen, jf. KOM (2000) 644 endelig.

6. God og åben forvaltning i fremtidens EU

Det leder os frem til det forslag til nyt traktatgrundlag for Unionen, som blev fremsat den 12. juni 2003 af Det Europæiske Konvent.⁹ For så vidt angår charteret er det Konventets indstilling, at det skal forfremmes til at blive en integreret del af en kommende forfatning. Det hedder sig i Konventets forslag, at »Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i charteret om grundlæggende rettigheder, som udgør anden del af denne forfatning«. Dette fremgår af artikel I-7 i forslagens afsnit om bl.a. grundlæggende rettigheder. Charterets principper om god forvaltning forbliver i deres hovedindhold uændrede, men får bindende virkning, hvis Konventets forslag bliver vedtaget ved regeringskonferencen i 2004.

På det forvaltningsretlige område sigter Konventet desuden mod en yderligere betoning af princippet om åbenhed i EU-institutionernes arbejde. Konventet foreslår følgende formulering i artikel I-49: »For at fremme gode styreformer og sikre civilsamfundets deltagelse arbejder Unionens institutioner, organer og agenturer med den størst mulige respekt for princippet om åbenhed«. Med hensyn til aktindsigt udtales det: »Alle unionsborgere og alle fysiske og juridiske personer ... har ret til aktindsigt i dokumenter fra Unionens institutioner, organer og agenturer«. Set med EU-ombudsmandens øjne er det lidt ærgerligt, at Konventet ikke i traktatforslaget – f.eks. i det retlige grundrettighedscharter – strejfer kodeksen om god forvaltningsskik. Det ville have styrket kodeksen.

7. Kodeks om god forvaltningsskik – europæisk forvaltningslov

Denne kodeks om god forvaltningsskik er udarbejdet af EU-ombudsmanden og bruges som et generelt bedømmelsesgrundlag i klage- og egen drift-sager om fejl og forsømmelser i fællesskabsinstitutionerne.¹⁰ Kodeksens sigte er at forklare, hvad charterets ret til god forvaltning i navnlig artikel 41 betyder i praksis, og kodeksen opsamler inden for det forvaltningsretlige område spredte og tidligere uskrevne principper. Arbejdet med kodeksen går tilbage til bl.a. 1998, hvor ombudsmandsinstitutionen undersøgte mulighederne og

⁹ CONV 797/1/03 REV1. Kan findes på f.eks. <http://european-convention.eu.int>.

¹⁰ Den europæiske kodeks for god forvaltningsskik er tilgængelig på Unionens 12 sprog på ombudsmandens hjemmeside www.euro-ombudsman.eu.int.

behovet for en kodeks. I september 2001 blev kodeksen med visse ændringer godkendt og støttet af Europa-Parlamentet i en beslutning.¹¹

Kodeksen indeholder 27 artikler med de principper, som EU's institutioner bør iagttage i forhold til borgerne. Ombudsmanden bringer principperne ind under en hat, nemlig *god forvaltningsskik* (»bonne conduite administrative«, »gute Verwaltungspraxis«, »Good Administrative Behaviour«), som altså bruges i bredere forstand end i dansk ret. Kodeksens eksempler på god forvaltningsskik er navnlig:

- lovformelighed
- ikke-forskelsbehandling
- proportionalitet
- forbud mod misbrug af beføjelser
- uvildighed, uafhængighed og objektivitet
- respekt for borgerens berettigede forventninger
- upartiskhed og redelighed
- høflighed
- bekræftelse af modtagelse af henvendelser fra borgeren
- ret til at blive hørt og ret til at udtale sig
- rimelig tidsfrist for afgørelser
- pligt til at anføre de grundlæggende årsager for en afgørelse
- pligt til angivelse af mulighederne for appel
- pligt til databeskyttelse
- ret til at begære oplysninger og aktindsigt
- ret til at indgive klage til Den Europæiske Ombudsmand

Visse principper er formuleret som borgerens *ret* til f.eks. at blive hørt, andre som myndighedens *pligt* til f.eks. at begrunde afgørelser. Der er beskyttelsen af og respekten for borgeren, der dog er det idemæssige omdrejningspunkt. Nogle dele af kodeksen har en juridisk klang og stiller krav til EU-myndighedens afgørelser som f.eks. krav om proportionalitet, hvorimod andre dele sigter bredt mod at påvirke tjenstemandens adfærd og etik som f.eks. idealer om redelighed. Set med kritiske briller kan kodeksens afbildning af det valgte stof virke flimrende og impressionistisk, men det at give et hurtigt indtryk af normative konturer er netop hovedtanken.

¹¹ Kodeksens oprindelse er skitseret i bl.a. EU-ombudsmandens beretning 2002 side 19 f. Baggrunden for undersøgelsen i 1998 kan findes i EU-ombudsmandens beretning 1998 side 222 ff. En kort præsentation af kodeksen findes i bl.a. Wanda Yeng-Seng.

8. Kodeksen som borgerens udsigtspunkt

Kendetegnende for kodeksens indhold er desuden samordningen af både sagsbehandlings- og hjemmelsgrundsætninger, dvs. både principper om f.eks. kontradiktion og begrundelse og f.eks. proportionalitet, lighed og saglighed. Kodeksen bygger på en mindre kantet sontring mellem form og indhold end den, man støder på i dansk ret, og kodeksens forsøg på at hæve sig over gængse kategorier kan generelt være en inspiration. Den vigtigste skrevne lov om dansk forvaltningsret er forvaltningsloven, der som bekendt først og fremmest handler om procedure, form og fremgangsmåde.¹²

Rent lovteknisk er kodeksen et forsøg på at panorere hen over en bred vifte af principper uden at fortabe sig i princippernes tekniske og subtile indhold. Der er tale om regulering i overskrifter, som sætter ord på og løfter sløret for grundværdier i forvaltningens møde med borgere. Borgeren er medtænkt som adressat.¹³ Læseren må selv om fornødent søge de præcise forskrifter andre steder, men kodeksen viser betænksomt vejen til specifikke europæiske love om databeskyttelse og aktindsigt i henholdsvis artikel 21 og 23.

9. God forvaltning er venlig forvaltning

Hvis vi skal gå lidt mere ind i en enkelt artikel i kodeksen, kan f.eks. artikel 12 fremhæves. Kodeksen opstiller her standarder for venlighed, som i forhold til den danske forvaltningslov er vidtgående, idet EU-tjenestemanden forventes at »være forekommende, korrekt, høflig og imødekommende i sine forbindelse med offentligheden ... Sker der en fejl, som krænker en borgers rettigheder eller interesser, undskylder tjenestemanden fejlen, bestræber sig på at *afhjælpe* dens negative følger så hurtigt som muligt samt informerer borgeren om klagemulighederne« (her fremhævet). God forvaltning er her gjort til ikke kun spørgsmål om procedure og afgørelsesshjemmel, men også om menneskelige relationer. EU-ombudsmanden har bl.a. anvendt artikel 12 i en undersøgelse af uhensigtsmæssig og uværdig sprogbrug i udtalelser om klager fra Det Europæiske Center for Udvikling af Erhvervsuddannelse.¹⁴

I forvaltningsloven er smilet noget strammere, og det anføres tonløst i § 7: »En forvaltningsmyndighed skal i fornødent omfang yde vejledning og bistand til personer, der retter henvendelse om spørgsmål inden for myndighedens sagsområde.« Kodeksens eksponering af principper om høflighed er inspireret af bl.a. den svenske forvaltningslov, som indeholder detaljerede

¹² Lov nr. 571 af 19. december 1985 med senere ændringer.

¹³ Formuleringen er lånt fra Kirsten Ketscher side 304.

¹⁴ Se EU-ombudsmandens beretning 2002 side 206 ff.

retningslinjer for forvaltningens servicering af sit publikum.¹⁵ Der er efterhånden grund til at opdatere den danske forvaltningslov på bl.a. dette punkt, og man kan f.eks. overveje at lovfæste de standarder om hensynsfuld forvaltning, som er udviklet af den danske ombudsmand.¹⁶

10. Forvaltningsret i nye og gamle demokratier

Kodeksen om god forvaltningsskik er ikke bindende og kan ikke håndhæves af en domstol på samme måde som f.eks. en forordning. Den er udtryk for EU-ombudsmandens anbefalinger og opfordringer til Unionens mange administratorer. EU-ombudsmanden har i øvrigt foreslået, at der vedtages en EU-forvaltningslov gældende for alle institutioner og organer i form af en forordning, men forslaget er ikke blevet fulgt. Kodeksen har dog ved hjælp af Europa-Parlamentets opbakning til den og charterets fokus på ret til god forvaltning fået mere overbevisningskraft og autoritet.

I hvert fald ideelt må man ydermere antage og håbe, at det kan have en disciplinerende indvirkning på en fællesskabsinstitution, at den ved at glemme eller at vende det blinde øje til kodeksens budskaber om god forvaltningsskik skader Unionens renommé som sådan. Hvis pressen kaster sig over sagen og får indblik i det nærmere forløb, kan denne disciplinerende virkning blive mere konkret også måske i andre og fremtidige sager. EU-ombudsmanden antyder kodeksens kobling til det overordnede projekt om at demokratisere og modernisere EU på i forordet:

»Ved at fremme god forvaltningsskik forventes Ombudsmanden at bidrage til at forbedre forholdet mellem Den Europæiske Union og borgerne ... Kodeksen er rettet til EU's borgere og tjenestemænd. Borgerne informeres om, hvad de med rette *kan* forvente af forvaltningen, og tjenestemændene om, hvilke principper de *skal* følge under udøvelsen af deres aktiviteter. Det er min faste overbevisning, at en fuldstændig overholdelse af denne kodeks vil give borgerne *større tillid til EU* og EU's institutioner« (her fremhævet).

Kodeksen satser på at få borgeren til selv at kunne medvirke mere *aktivt* og kvalificeret i udbredelsen af og kampen for god forvaltning. Det er en vigtig

¹⁵ Se Förvaltningslag 1986:223 med senere ændringer, bl.a. §§ 4 og 5. Går man uden for EU, er den norske forvaltningslov også mere udfoldet i beskrivelsen af mindstekrav til forvaltningens vejledning, jf. forvaltningslov af 10. februar 1967 med senere ændringer, § 11. En oversigt over navnlig svensk og finsk påvirkning af europæisk forvaltningsret findes i Seppo Laakso. Generelt er den europæiske forvaltningsret påvirket af principper fra fransk ret (f.eks. legalitet og forbud mod magtfordrejning) og tysk ret (f.eks. proportionalitet).

¹⁶ Se herom f.eks. Hans Gammeltoft-Hansen m.fl. side 617 ff. (kapitel af Jens Olsen).

satsning i et demokrati. Hertil kommer, at der er meget at vinde for retssikkerheden og samfundsøkonomien, hvis borgeren uden at sætte et tungt klageapparat i gang kan bevæge en myndighed til at følge lov og ret.

Kodeksens principper om god forvaltning findes for en meget stor dels vedkommende også i dansk offentlig ret. Når kodeksen på et tidspunkt bliver mere indarbejdet i den almindelige danske forvaltningsretslitteratur, kan den således f.eks. anvendes som introduktion til både *dansk* og *europæisk* ret. Hvis vi skuer længere ud i horisonten, kan kodeksen blive et forbillede for moderne forvaltningslovgivning i nogle af de lande, der indtræder i EU i de kommende år. Oprettelse af en ombudsmand er i sig selv således blevet brugt til at udvikle og konsolidere en demokratisk udvikling i bl.a. Østeuropa.¹⁷

11. Forordning om aktindsigt – europæisk offentlighedslov

Det var udvalgte træk af charteret og kodeksen. De er runde og bløde tekster. Vi vender nu blikket mod den hårde jura i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter. Der er tale om en slags europæisk offentlighedslov af stor praktisk og principiel betydning.¹⁸

Forordningen er den foreløbige kulmination på udviklingen i aktindsigt og åbenhed i bredere forstand, og den skal være med til at gøre op med den lukkethedskultur, som indtil starten af 1990'erne kendetegnede fællesskabet.¹⁹ Åbenhedsideologien støttes i EU af bl.a. Holland, Danmark og ikke mindst Sverige. Sverige har en særligt veludviklet offentlighedslovgivning med bl.a. regler på grundlovsniveau.²⁰

Forordningens målsætninger udtrykkes i de indledende betragtninger, som kan og bør medinddrages under fortolkningen af de enkelte bestemmelser. Det udtales bl.a., at åbenhed »giver borgerne bedre mulighed for at deltage i beslutningsprocessen og sikrer forvaltningen en større legitimitet, effektivitet og gør den mere ansvarlig over for borgerne i et demokratisk samfund. Åbenhed bidrager til at styrke principperne om demokrati og respekt for grundlæggende frihedsrettigheder«, jf. betragtning 2. Det proklameres endvidere, at forordningen skal »give retten til aktindsigt størst mulig virkning«, jf. betragtning 4. Endelig kan man hæfte sig ved den vigtige betragtning 15 om,

¹⁷ Se f.eks. særligt om Østersøområdet Ole Espersen.

¹⁸ Se EF-Tidende L 145/43 af 31. maj 2001. Kan findes på f.eks. <http://europa.eu.int>.

¹⁹ En introduktion til forordningens baggrund findes i Henriette Schjøtt.

²⁰ Se bl.a. kapitel 2 i Trykfrihedsförordningen (1949:105), som er en af fire svenske grundlove. Se for en diskussion af dansk og svensk offentlighedslovgivning f.eks. Tim Knudsen.

at forordningen ikke tilsigter eller medfører en ændring af *national* lovgivning. Dette er dog et af de punkter, som har givet anledning til debat.

12. Hovedregel med mange undtagelser

I forordningen opstilles herefter detaljerede – og alt andet end enkle og nemt gennemskuelige – regler. Hovedreglen er, at enhver unionsborger har ret til aktindsigt i institutionernes fysiske og elektroniske dokumenter og ret til god forvaltningsskik i den forbindelse, jf. artikel 2. Hvis man herudover skal zoome ind på forordningen, kan man som borger og ansøger bl.a. notere sig følgende detailregler:

- begæringen om aktindsigt kan indgives elektronisk via e-mail
- begæringen kan indgives på ethvert af Unionens sprog
- begæringen skal være nogenlunde præcis
- institutionen er forpligtet til at vejlede med at identificere dokumenter
- borgeren har ret til journalindsigt
- borgeren skal inden 15 dage have svar på aktindsigtsbegæringen
- et afslag på aktindsigt skal begrundes
- har borgeren ikke fået svar, kan begæringen genfremsættes
- afslag på genfremsat begæring skal oplyse om klagemuligheder

Disse regler er interessante i sig selv og i en dansk kontekst. Det kan f.eks. nævnes, at retten til journalindsigt efter sin ordlyd i forordningens artikel 12 giver borgeren en *bedre* retsstilling ved anmodning om aktindsigt hos f.eks. Kommissionen end ved anmodning om aktindsigt hos en dansk myndighed efter den danske offentlighedslov.²¹ Offentlighedslovens § 5 giver ikke ret til generel journalindsigt, hvad der kan hindre ansøgninger om aktindsigt.

EU-forordningen indeholder navnlig i artikel 4 undtagelser fra aktindsigt f.eks. i forbindelse med dokumenter om offentlig sikkerhed, internationale forbindelser og privatlivets fred. En vigtig kategori er institutionernes interne dokumenter, som i forordningen er bredt beskyttet mod aktindsigt. Ofte er undtagelserne i en offentlighedslovgivning vigtigere end hovedreglerne, og det må også siges om forordningens undtagelser, som er et helt kapitel for sig.

Selv om man ved udarbejdelsen af forordningen har forsøgt at præcisere undtagelsesreglerne og at indsnævre myndighedernes skøn, er forordningens undtagelser blevet kritiseret for at give borgeren en *dårligere* retsstilling end

²¹ Lov nr. 572 af 19. december 1985 med senere ændringer. Loven er under revision, og der er i 2002 nedsat en offentlighedskommission. En arbejdsbeskrivelse findes på www.jm.dk.

tidligere.²² Der peges bl.a. på, at en medlemsstat i forordningens artikel 4, stk. 5, har fået ret til at nedlægge veto mod aktindsigt i (alle) dokumenter, som hidrører fra medlemsstaten. Hertil kommer at domstolene i EU indtil videre har været forsigtige og tilbageholdende i prøvelsen af institutionernes fortolkning af bl.a. undtagelserne. Kun ved grundlæggende fejlfortolkninger af forordningen er dommerne parate til at underkende afslag på aktindsigt.²³

Man kan generelt se forordningen som et eksempel på, at der skal meget til for at skabe en ny og bedre retstilstand i administrative systemer. Uanset de kritiske bemærkninger til forordningen er der dog alligevel grund til at gøre opmærksom på, at den eksisterer. Den har uden tvivl fortsat nyhedsværdi for mange, herunder danskere. Ved at søge om aktindsigt kan man som borger på direkte vis påvirke EU i retning af større åbenhed, og det gælder også på det europæiske plan om at se og gribe de muligheder, der findes. Man har fra institutionernes side gjort det nemmere for borgere at søge om aktindsigt, idet der på mange hjemmesider ydes vejledning i reglerne og i fremgangsmåden.²⁴ Dette er en opfyldelse af forordningens regel i artikel 14 om udbredelse af information om retten til aktindsigt.

13. Mod større almenviden om europæisk forvaltningsret

Det var de fire europæiske tekster. Jeg har ikke fordybet mig i spørgsmålet om efterfølgende kontrol og tvangshåndhævelse, selv om det jo ellers ofte er det primære i juridiske diskussioner. Det er naturligvis klart, at et indgående og effektivt eftersyn med fællesskabsinstitutionernes mere eller mindre gode forvaltningsskik er og bliver særdeles vigtigt, men spørgsmålet om kontrol bør dog ikke overskygge det grundlæggende problem med manglende eller fragmentarisk *viden* om eksistensen af basale rettigheder over for EU.

Min hovedpointe er, at især charteret om grundlæggende rettigheder og kodeksen om god forvaltningsskik er værd at bemærke som bestræbelser på at udbrede den europæiske forvaltningsret. Det er ikke sikkert, at det er initiativer, der i forhold til alle Unionsmyndigheder medfører, at pejlemærker for god, retfærdig og åben forvaltning holdes for øje. Men der i forhold til den enkelte borger gjort et forsøg på at give et overblik over og et nyt udgangspunkt for retten til god forvaltning.

²² Se Magdalena Elisabeth de Leeuw.

²³ Se f.eks. sag T-14/98 af 19. juli 1999, Hautala mod Rådet, sag T-204/99 af 12. juli 2001, Mattila mod bl.a. Rådet og sag T-211/00 af 7. februar 2002, Kuijer mod Rådet.

²⁴ De forskellige hjemmesider for f.eks. Parlamentet, Rådet og Kommissionen kan findes via <http://europa.eu.int>. (Kommissionens vejledning findes kun på engelsk, tysk og fransk).

Referencer:

- Bradley, A. W.: *Administrative Justice: A Developing Human Right?* European Public Law, Volume 1, Issue 3, 1995, side 347 ff.
- Espersen, Ole, *En regional ombudsmand for demokrati og menneskerettigheder*, EU-ret og menneskeret 5/1996, side 231 ff.
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl., *Forvaltningsret*, DJØFs forlag, 2002.
- Ketscher, Kirsten: *Socialret*. Almindelige principper – Retssikkerhed og administration – Grundværdier. Forlaget Thomson, 2002.
- Knudsen, Tim: *Findes der en særlig nordisk offentlighedstradition? Eller nøler Danmark?* Nordisk Administrativt Tidsskrift 4/2002, side 291 ff.
- Laakso, Seppo: *Kodifisering af det förvaltningsrättsliga regelverket inom Europeiska unionen*, Nordisk Administrativt Tidsskrift 4/2002, side 367 ff.
- Leeuw, Magdalena Elisabeth de: *The Regulation on public access to European Parliament, Council and Commission documents in the European Union: are citizens better off?* European Law Review, 2003, side 324 ff.
- Olsen, Erling: *EU-Charter – et vigtigt politisk signal*, Lov og ret, okt. 2000, side 10 ff.
- Rytter, Jens Elo og Michael Gøtze: *The EU Charter of Fundamental Rights – Implications for Danish Law*, European Review of Public Law, Volume 14, No 1, 2002, side 311 ff.
- Schjøth, Henriette: *Aktindsigt i EU-dokumenter – et Ph.D.-projekt*, Juridiske emner ved Syddansk Universitet, Bent Iversen (red.), DJØFs forlag, 2003, side 271 ff.
- Schwarze, Jürgen: *The Convergence of Administrative Laws of the EU Member States*, European Public Law, Volume 4, Issue 2, 1998, side 191 ff.
- Yeng-Seng, Wanda, *Premier bilan de l'activité du médiateur européen*, Revue du Marché commun et de l'Union européenne, mai 2003, side 326 ff.

Michael Gøtze er lektor ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Forvaltningsret. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>. E-mail: Michael.Gotze@jur.ku.dk.

Åbenhed i det nye Europa?

Paul Vang

1. Introduktion

Europa gennemgår i disse år en markant udvikling. Jerntæppet er væk, Unionen er under udvidelse og den geopolitiske virkelighed i regionen er under forandring. Selv om det nok vil være lidt af en overdrivelse at påstå, at det nye Europa er en entydig eller helt gennemskuelig størrelse, synes der dog at være solid basis for at hævde, at tendensen går i retning af et mere integreret Europa. Først og fremmest i Unionens regi, men også bredere gennem de parallelle ordninger, der er etableret for lande, der ikke deltager fuldt ud i Unionen. Sideløbende hermed er der en tendens til, at stadig flere aktiviteter reguleres af lovgivning, der har sit udgangspunkt uden for de nationale parlamentariske processer, og bl.a. som en konsekvens af denne udvikling sker der en etablering og udbygning af et stadig mere omfattende EU-retligt forvaltningsapparat. De nationale forvaltninger, der har været reguleret af de enkelte landes respektive nationale forvaltningsret, suppleres af en række nye forvaltningsudøvende ikke-nationale organisationer. På EU-rettens virkefelt sker det både i form etableringen af en række fagligt afgrænsede organisationer og gennem Kommissionens mere bredt funderede administrative organer. EU har på godt og ondt fået vokseværk, og et led i denne udvikling er, at der i EU-regi er etableret et stadig mere omfattende hierarkisk opbygget bureaukrati, der varetager en lang række sagsforhold af stor betydning for unionens medlemmer, både på nations-, gruppe- og individniveau.

Det kan betragtes som et gennemgående synspunkt i den vestlige demokratiopfattelse, at der til opbygningen af en forvaltning i et retsstatssamfund også hører opbygningen af rutiner, procedurer og retningslinjer for, hvordan forvaltningen bør varetage sin virksomhed. Med andre ord, de ting vi kender som forvaltningsret med kombinationen af retsregler og normer for "god forvaltningsskik". En sådan udvikling er også i gang i Den Europæiske Union. I EU er en selvstændig ikke-nationalt baseret forvaltningsret under etablering, og denne udvikling rummer mange interessante aspekter, hvoraf denne artikel primært beskæftiger med et enkelt, nemlig spørgsmålet om af-

grænsningen mellem borgernes adgang til at se forvaltningerne nærmere efter i sømmene (aktindsigt) og begrænsningerne i denne adgang begrundet i hensynet til det enkelte individs informationelle privatliv (persondatabeskyttelse).

Problemstillingen er aktualiseret gennem en helt konkret konflikt. Parterne i konflikten er i første række EUs (daværende) Ombudsmand, Jacob Södermann, og EU-Kommissionen. Baggrunden er den, at der i en række tilfælde er blevet nægtet borgere aktindsigt i forvaltningsakter¹ hidrørende fra Kommissionen med den begrundelse, at de persondatabeskyttelsesretlige regler hindrer adgang til dokumenterne (idet dokumenterne indeholder information, der kan henføres til personer). Som reaktion herpå udsendte Den europæiske Ombudsmand den 25. september 2002 et brev². Brevet har overskriften "Misbruget af databeskyttelsesregler i den Europæiske Union", og med brug af ordet "misbrug" allerede i overskriften er tonen slået an omkring Ombudsmandens opfattelse af Kommissionens konkrete brug af databeskyttelsesreglerne i de refererede tilfælde³. Den Europæiske Ombudsmand finder den konkrete anvendelse og afvejning i strid med reglerne om persondatabeskyttelse.

2. Aktindsigt og personoplysningsbeskyttelse

Retsgrundlaget, der knytter sig til den nærmere afvejning af hensynet til beskyttelse af individers informationelle privatliv sat over for hensynet til indsigt i EU-forvaltningens virksomhed, er ganske kompliceret og mangeartet, og det kan derfor være på sin plads at beskrive dette lidt nærmere, inden der ses på selve konflikten. Udgangspunktet for den retlige regulering af aktindsigt i dokumenter hidrørende fra EUs myndigheder er Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter⁴, der kan betragtes som

¹ Det kan diskuteres, hvad den rette betegnelse for denne type dokumenter hidrørende fra EU-myndigheder egentlig bør være, men her er det valgt at kalde dem forvaltningsakter for at understrege parallellen til national forvaltningsret.

² Det bemærkes, at breve og notater fra Den europæiske Ombudsmand i et vist omfang minder om de danske ombudsmandsudtalelser og også har disses offentlige karakter.

³ Se vedrørende de 4 konkrete refererede tilfælde senere i denne artikel.

⁴ Det kan i øvrigt supplerende bemærkes, at også Parlament og Råd er omfattet af disse regler om aktindsigt i modsætning til Danmark, hvor reglerne om aktindsigt gælder for offentlige myndigheder, mens Folketinget med tilhørende institutioner ikke er omfattet. Dog må det omvendt noteres, at indsigt i forvaltningens (primært departementernes) dokumenter ofte kan frembringe den ønskede viden, men der er dog en betydelig forskel. Det danske Folketing kan på nogen områder siges at besidde en betydelig grad af åbenhed, men denne er i

en udmøntning af artikel 42 i EU's charter om grundlæggende rettigheder⁵. Af denne forordnings artikel 2 følger bl.a., at forordningens udgangspunkt er *fuld aktindsigt* for unionsborgere og fysiske eller juridiske personer med bopæl eller hjemsted i en medlemsstat. Dette udgangspunkt modificeres dog af en række undtagelser indeholdt i artikel 4 og artikel 9. Da artikel 9 alene vedrører særligt følsomme dokumenter (klassificeret "top secret", "confidentiel" og lignende), udgør undtagelserne i forordningens artikel 4 i relation til denne konflikt den væsentligste undtagelsesbestemmelse. Artikel 4.1. indeholder i litra a) en række undtagelser begrundet i hensynet til offentlig sikkerhed, forsvar og militære anliggender, internationale forbindelser og en særlig henvisning til hensynet til Fællesskabets og medlemsstaternes finans-, valuta- og økonomiske politik, mens det er i litra b), at man finder den i denne sammenhæng særdeles væsentlige undtagelse begrundet i hensynet til "privatlivets fred og den enkeltes integritet, navnlig i henhold til Fællesskabets lovgivning om beskyttelse af personoplysninger". Det følger af undtagelsens ordlyd ("navnlig"), at denne principielt ikke behøver at være fuldstændig overensstemmende med omfanget af persondatabeskyttelsen, og at der i begrænset omfang kan være plads til at foretage selvstændige vurderinger af dette hensyn til privatlivets fred og den enkeltes integritet. Samtidig står det dog helt klart, at det er reglerne om persondatabeskyttelse, der som altovervejende hovedregel markerer omfanget af denne undtagelsesbestemmelse, og at bedømmelsen derfor i markant grad læner sig op ad dette regelsæt. Det må derfor konkluderes, at det har formodningen imod sig, at en undtagelse fra aktindsigt med forordning 1049/2001 kan begrundes i hensynet til privatlivets fred uden selvstændigt at opfylde EU's regler om beskyttelse af personoplysninger, herunder personoplysningsdirektivets betingelser for, hvornår en konkret oplysning bør være beskyttet, og reglerne i forordning 45/2001 (EF) om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger. Det bliver derfor af stor betydning at undersøge nærmere, hvorvidt direktivet i sig selv kan begrunde en beskyttelse af personhenførbare

nogen grad selvvalgt og er i høj grad centreret om, hvad der sker i salen og/eller forelægges denne.

⁵ EU's Stats- og regeringschefer blev på Det Europæiske Råds møde i Köln den 3. og 4. juni 1999 enige om at påbegynde arbejdet om udformning af et charter om grundlæggende rettigheder. Det blev besluttet at nedsætte et såkaldt "konvent", dvs. en gruppe eller et udvalg sammensat af repræsentanter fra forskellige nationale og fælleseuropæiske institutioner. Resultatet af konventets arbejde blev vedtaget som en højtidelig politisk erklæring af EU's Stats- og regeringschefer i Nice d. 7. december 2000 i form af et charter om grundlæggende rettigheder.

oplysninger i relation til sagsbehandling ved EU's myndigheder, både i de af EU's Ombudsmand skitserede tilfælde og mere generelt for EU-myndighedernes sagsbehandling.

Europaparlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 45/2001 af 18. december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger regulerer beskyttelsen i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutioner og -organer, og omfatter al behandling af personoplysninger, dvs. også vedrørende personer der er ansat i disse institutioner og organer. Denne forordning fremtræder umiddelbart som en konkretisering af personoplysningsdirektivet med henblik på den behandling, der finder sted i fællesskabsregi. Af præambelens afsnit (15), sidste sætning, fremgår dog, at aktindsigt, herunder aktindsigt i dokumenter, der indeholder personoplysninger, hører under de bestemmelser, der er vedtaget på grundlag af traktatens artikel 255, hvilket i praksis navnlig vil sige forordning 1049/2001, der er beskrevet ovenfor. Dermed er afvejningen omkring aktindsigtsspørgsmålet tilbage i henvisningen til reglerne om personoplysningsbeskyttelse, og afvejningen må derfor fortsat søge sin støtte i direktiv 95/46s bestemmelser⁶.

Som det fremgår, vil en bedømmelse af, hvorvidt aktindsigt kan gives i dokumenter, der indeholder personhenførbare oplysninger, altså i sidste ende primært bero på en fortolkning af, hvorvidt betingelserne i direktiv 95/46 (EF) om beskyttelse af personoplysninger er overholdt⁷. Udlevering af oplysninger er at betragte som en behandling, in casu en behandling af vidtrækkende karakter, og skal derfor bedømmes ud fra direktivets bestemmelser. Direktivet og navnlig de heri indeholdte behandlingsbetingelser kan siges netop at repræsentere et sæt retningslinjer (i form af direktivets konkrete regler) for afvejningen mellem hensynet til beskyttelsen af det enkelte individs informationelle integritet og fordelene ved at kunne foretage forskellige former for behandling (herunder navnlig elektronisk behandling) af personoplysninger. Mange former for behandling af personoplysninger er i praksis

⁶ I øvrigt bemærkes det, at reguleringen generelt skelner mellem udveksling af oplysning mellem fællesskabsmyndighederne internt og så den eksterne videregivelse, idet der er betydelig bedre muligheder for intern udveksling om personoplysninger. Dette gælder også i relation til ansatte i fællesskabsmyndighederne, hvor der er relativt brede rammer til, at oplysningerne kan videregives til andre myndigheder, uden at disse behøver at bliver udleveret eksternt.

⁷ Reglerne om behandling af personoplysninger skal i øvrigt ses i sammenhæng med EMRK art. 8, der fastslår retten til privatlivsfred som en grundlæggende menneskerettighed. Mere specifikke regler, herunder navnlig direktivet og dets nationale udmøntninger om behandling af personoplysninger, konkretiserer omfanget og indholdet af denne ret.

en helt central del af almindelig informationshåndtering og en aktivitet, som de fleste mennesker tager for givet uden at tænke nærmere over dette⁸. Selv om enhver form for behandling af personoplysninger er omfattet, er det i praksis ofte primært de behandlinger, der antager en vidererækkende karakter, som giver anledning til bekymring, og dette gælder, såvel hvis det er typen af behandling, som hvis det er de behandlede oplysningers karakter eller det, at behandlingen konkret kan medføre ubehagelige følger⁹. Hermed er det bl.a. indikeret, at en lang række behandlinger er fuldt legale, og at det, at der sker behandling af personoplysninger, nok medfører, at der skal ske en bedømmelse af behandlingen på baggrund af direktivets regler, men også at afvejningen mellem hensynet til rationel informationshåndtering og beskyttelse af individers informationelle privatliv i praksis tager helt konkrete hensyn og søger at opnå en rimelig balance. Den opfattelse, der nogle steder synes prædominant, nemlig at reglerne om beskyttelse af personoplysninger lægger meget stramme begrænsninger for behandling af personoplysninger, må således i vidt omfang siges at være mere myte end realitet. Direktivets regler giver vide muligheder for at behandle personoplysninger, idet det dog altid kræves, at der skal foreligge saglige grunde for behandlingen, altså at behandlingen skal have et (fornuftigt) formål.

I relation til spørgsmålet om hvorvidt direktivets regler konkret tillader, at der kan gives aktindsigt i dokumenter indeholdende oplysninger om ansatte i EU's myndigheder, må der derfor ske inddragelse af de for afvejningen relevante oplysninger. Bedømmelsen tager sit afsæt i direktivets artikel 7¹⁰, hvorefter generelt følger, at behandlingen skal være "nødvendig"¹¹ og opfylde en af de yderligere kvalificerende betingelser i artiklens litra b)-f) (medmin-

⁸ Som eksempler på en sådan "harmløs" behandling kan fx nævnes den behandling, der finder sted i forbindelse med tidsskriftabonnementer, i banker, på et folkebibliotek og så videre.

⁹ Man kan noget forenklet hævde, at der vil være en tendens til at være mere skeptisk omkring persondatabehandling i forbindelse med ubehagelige ting som fx parkeringsbøder, simpelt hen fordi ingen bryder sig om at modtage en sådan bøde. I dette eksempel er det således ikke typen af behandling (forbinde en bil med dennes ejer), og det er heller ikke oplysningens karakter, men selve formålet med behandlingen, der er ubehageligt. Hvis den samme type behandling af den samme type oplysning fx sker i forbindelse med tildeling af parkeringstilladelser, vil de fleste givetvis have et andet syn på behandlingen, idet der ikke er ubehagelige følger forbundet med formålet og resultatet af behandlingen.

¹⁰ Idet det bemærkes, at selve det forhold, at en person er ansat i en myndighed under EU, umiddelbart må rubriceres som en almindelig oplysning efter direktivets artikel 7, idet oplysningen kun i helt særegne tilfælde kontekstuel kan inkorporere følsomme oplysninger efter direktivets artikel 8.

¹¹ Det bemærkes, at der ikke er tale om et "strengt" nødvendighedskrav, men at ordet her kan forstås som noget i retning af "begrundet hensigtsmæssigt".

dre der foreligger samtykke fra den registrerede, idet samtykke generelt kan begrunde behandling). Formålet med behandlingen, nemlig at opfylde, hvad der kan betegnes EU-forvaltningsretlige forpligtelser, vil som overordnet udgangspunkt veje tungt i retning af tilladelse til behandlingen, og kan efter omstændighederne hævdes at være omfattet af såvel litra c) (retlig forpligtelse, der påhviler den registeransvarlige), som litra e) og f) (henholdsvis opgave under offentlig myndighedsudøvelse og legitim interesse). Heroverfor står, at behandlingen reelt indebærer en videregivelse/offentliggørelse af oplysninger, hvilket må betragtes som en behandling af ganske vidtgående karakter, hvilket i praksis kan have betydning for den samlede vurdering. Det må dog foreløbigt konkluderes, at der ikke i direktivets regler om behandling af personoplysninger er noget, der i sig selv generelt forhindrer, at der gives aktindsigt i oplysninger om, fx hvem der er ansat i EU's myndigheder, eller hvem der har indflydelse på bestemte beslutninger. I sidst ende vil afgørelsen bero på en konkret bedømmelse af den enkelte sags omstændigheder ud fra den brede vifte af hensyn, som indgår i en afvejning omkring behandling af personoplysninger, men at anlægge en forhåndsformodning, der overvejende udelukker aktindsigt i de tilfælde, hvor personoplysninger indgår, må siges at savne belæg i de relevante retlige kilder.

3. Retten til aktindsigt som europæisk grundrettighed

Over for individers ret til beskyttelse af deres informationelle privatliv (personoplysningsbeskyttelsen) står i den her omhandlede konflikt borgernes ret til aktindsigt i dokumenter, og i dette tilfælde aktindsigt i dokumenter fra EU's myndigheder. I modsætning til national forvaltningsret, hvor reglerne om aktindsigt har en længere forhistorie, repræsenterer de EU-retlige aktindsigtsregler en interessant udvikling, hvor der kan argumenteres for tilstedeværelsen af en tendens i retning af, at essensen af en bredere national retsudvikling overføres til en ikke-national organisation.

Som nævnt ovenfor fremgår reglerne om aktindsigt på europæisk plan af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter. Som det kendes fra de fleste nationale regelsæt, herunder også det danske, er hovedreglen, at fysiske og juridiske personer har ret til aktindsigt i de omhandlede myndigheders dokumenter, og som det ligeledes kendes fra nationale regelsæt, knytter der sig til denne hovedregel en række undtagelser, der strækker sig fra overordnede internationale og nationale hensyn over hensyn knyttet til myndighedernes egen mulighed for at tilrettelægge sagsbehandlingen med en vis grad af fortrolighed over hensynet til de eksterne par-

ter i form af fysiske og juridiske personer, om hvem oplysninger indgår i dokumenterne (med en række yderligere undtagelser imellem disse positioner). Som det fremgår ovenfor, afhænger omfanget af den i denne sammenhæng relevante undtagelse om personoplysninger i udstrakt grad af omfanget af beskyttelsen efter personoplysningsdirektivet, hvilket følger af såvel forordningen om aktindsigt¹² som af forordningen om beskyttelse af personoplysninger i forbindelse med sagsbehandling i fællesskabsregi¹³.

Forvaltningsretlige grundrettigheder er et område inden for Unionens retlige grundlag, der i de senere år har været i betydelig udvikling, navnlig fsva. disse rettigheders retlige position. Da EU's charter om grundlæggende rettigheder blev proklameret på Nice-topmødet i december 2000, var der indeholdt en række artikler om rettigheder af forvaltningsretlig karakter. Det drejede sig primært om Charterets artikel 41 om ret til god forvaltning i form af bl.a. høring, aktindsigt (egenaces) og begrundelse (samt traktatsprog), artikel 43, der etablerede en klageret til EU's Ombudsmand samt endelig den i relation til nærværende problemstilling om aktindsigt og personoplysninger væsentlige artikel 42, der fastslog aktindsigt som en generel rettighed, og som dermed kan siges at udgøre et væsentligt grundlag for forordning 1049/2001 (EF). Mens charteret om grundlæggende rettigheder kun i dette omfang omhandler de forvaltningsretlige aspekter af Unionens udvikling og derfor kan siges at have en mere overordnet position, er der imidlertid et mere grundlæggende regelsæt, der i bredere forstand forventes at få betydning for den europæiske forvaltningsret som sådan.

Det drejer sig om det EU-kodeks for god forvaltningsskik, hvor Europa-Parlamentet den 6. september vedtog en beslutning om at godkende det af den Europæiske Ombudsmand fremlagte forslag. Denne kodeks har til formål at forklare i enkeltheder, hvad charterets rettigheder af forvaltningsretlig karakter betyder i praksis, og kan således opfattes som et væsentligt skridt i retning af en egentlig EU-forvaltningslov med etablering af forvaltningsretlige rettigheder og sagsbehandlingsregler. Det vil føre for vidt her at diskutere den eksakte EU-retlige status af kodeksen, og her må det derfor alene konstateres, at kodeksen må forventes at have en væsentlig regulerende virkning på de enkelte myndigheders adfærd, også selv om den principielt fortsat udgør en form for soft law. Som det også i nogen grad ses i Danmark, vil forvaltningsretten i EU utvivlsomt udgøre et felt, hvor der ikke altid er fuld overens-

¹² Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter.

¹³ Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 45/2001 af 18. december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger.

stemmelse mellem teori og praksis, men der er på den anden side næppe tvivl om at ingen myndighed ønsker sig selv hængt ud for at have problemer med at overholde basale krav til sagsbehandling. På den facon kan situationen således også minde om den danske, hvor ombudsmandsudtalelser i praksis tillægges stor vægt. Europa-Parlamentet har i øvrigt med hjemmel i EF-traktatens artikel 192 opfordret Kommissionen til at fremsætte forslag til forordning indeholdende denne kodeks for god forvaltningsskik. Dette sker, fordi en medtagelse af kodeksen i en forordning angiveligt vil understrege den bindende karakter af regler og principper, som er indeholdt i kodeksen. Gennemføres denne proces, kan det hævdes, at der endegyldigt er etableret en EU-forvaltningslov, hvorefter Ombudsmanden – med hjemmel i charterets artikel 43 – bindende vil kunne "bedømme" bl.a. Kommissionens forvaltningsvirksomhed ud fra charterets artikel 43 og kodeksens artikel 26. Herefter ville spørgsmål om aktindsigt (i EU-institutionerne) skulle reguleres jf. charter artikel 41.2, 2. pind, samt kodeks artikel 22, 23 og 24. Dette er dog i skrivende stund endnu ikke sket, og det er fortsat et åbent spørgsmål, hvorvidt Kommissionen overhovedet vil være i stand til at mønstre den nødvendige entusiasme i retning af at få fastsat regler, der lader en uafhængig ombudsmandsinstitution foretage bindende reguleringer af dens forvaltningsvirksomhed.

Kodeksen får dog en videre gennemslagskraft på en anden måde, uanset om den optages i en forordning eller ej. Charterets artikel 43 etablerer en ret for enhver fysisk eller juridisk person med bopæl eller hjemsted i en medlemsstat til at klage til Unionens Ombudsmand over tilfælde af fejl eller forsømmelser i forbindelse med handlinger foretaget af Fællesskabets institutioner eller organer (med undtagelse af Domstolen mv.). Som led i beslutningen af godkendelsen af kodeksen vedtog Europa-Parlamentet en beslutning, hvorefter Ombudsmanden opfordres til at anvende kodeksen, når det undersøges, hvorvidt der er tale om administrative fejl og forsømmelser, i forbindelse med borgernes ret til god forvaltning efter charterets artikel 41. Dette betyder, at Ombudsmanden anvender kodeksen som en form for de facto-standard for, hvilke former for forvaltningsadfærd, der konkret konstituerer god forvaltning. Man kan derfor lidt populært hævde, at kodeksen på denne måde udgør et stykke soft law, der i nogen grad antager status af hard law, men dog kun indirekte og så at sige ad bagdøren.

4. Den aktuelle konflikt

I den aktuelle konflikt mellem Ombudsmanden og Kommissionen er der allerede i de eksisterende regelsæt (dvs. forordningen om aktindsigt og personop-

lysningsdirektivet) det fornødne grundlag for at foretage denne afvejning mellem beskyttelsen af personoplysninger og retten til aktindsigt. De konkret omhandlede sager synes i nogen grad at udgøre en anledning for EU's Ombudsmand til at tage spørgsmålet mere generelt. De 4 sager eller eksempler, som er nævnt i Ombudsmandens brev af 25. september 2002, omhandler henholdsvis (manglende) offentliggørelse af et register med navne på parlamentarikerassistenter, der modtager betaling fra EU's budget og af en liste med navne på succesfulde ansøgere til udvælgelsesprøver, Kommissionens afslag på at frigive oplysninger om, hvem der havde indflydelse på en artikel 226-undersøgelse¹⁴, samt endelig Kommissionens afslag på et dagblads anmodning om at få aktindsigt i et register, som indeholder godkendelse af Kommissionsansattes eksterne aktiviteter. De to første eksempler vedrører således en afvisning af generel offentliggørelse af oplysninger, mens de to sidste vedrører afslag på anmodninger om aktindsigt.

Ombudsmandens holdning i relation til både de omhandlede sager og (navnlig) til spørgsmålet mere generelt er helt klar. Efter Ombudsmandens opfattelse eksisterer der *"Ingen grundlæggende ret til at deltage anonymt i offentlige aktiviteter"*. Ombudsmanden finder således ikke, at EMRK artikel 8 om beskyttelse af personoplysninger kan tages til indtægt for den af Kommissionen anlagte vinkel på omfanget af personoplysningsbeskyttelsen¹⁵, og nævner i den forbindelse, at netop principperne om åbenhed og aktindsigt til-lader borgerne at forstå og "overvåge" offentlige¹⁶ aktiviteter. Ombudsman-

¹⁴ I dette tilfælde er det Ombudsmandens opfattelse, at afslaget kunne have været begrundet i, at offentlighedens interesse i effektiviteten af artikel 226-proceduren retfærdiggør løfter om fortrolighed (som efterfølgende må holdes), hvilket på baggrund af tidligere domstols-praksis ville være validt som argument. Ombudsmanden er imidlertid af den opfattelse, at Kommissionen at synes at have anvendt sagen som en "test-sag for anvendelsen af databe-skyttelse som ny retfærdiggørelse for hemmelig beslutningstagning".

¹⁵ Det må dog bemærkes, at de "mellemliggende lag" af persondatabeskyttelsesmæssige re-guleringer netop har en betydelig større detaljerighed mht. beskyttelsens konkrete omfang. Derfor må selve direktivet og forordningen undersøges nærmere for at fastslå, om det oven-for formulerede udgangspunkt nu også holder vand.

¹⁶ Det kan være fristende at være semantisk i denne sammenhæng: Netop i ordet "offentlig" eller "public" ligger der en antydning af, at den "offentlige" sektor har en basal grundkarak-ter, der netop gør, at også dens forhold er offentlige, mens den private sektor netop har en større mulighed for selv at vælge, hvor grænsen for, hvad der kan og bør holdes privat, går. I sidste ende er dette en argumentatorisk blindgyde, i og med at der sættes lighedstegn mellem to forskellige betydninger af ordene, men undertonen forbliver der; offentlig-public, dvs. af (og for) folket. Der foreligger en mere eller mindre velunderbygget grundholdning om, at "folket" har en mere vidtgående ret til at følge med i "hvad der foregår", herunder også per-sonelt.

den finder i øvrigt i den sammenhæng, at internationale erfaringer viser, at åbenhed er et af de bedste midler mod korruption.

Ses der på selve regelgrundlaget i form af såvel charter og kodeks som forordning og direktiv, kan det fastslås, at charterets artikler 41 og 42 etablerer en grundlæggende ret til aktindsigt, der dog skal udøves "under iagttagelse af legitime fortrolighedshensyn samt tavshedspligt og sagernes fortrolighed ...". Det kan derfor konkluderes, at begrænsninger i aktindsigten efter denne formulering skal støttes på disse legitime fortrolighedshensyn, tavshedspligten og det almindelige hensyn til sagernes fortrolighed. Reglerne om beskyttelse af personoplysninger kan udgøre et sådant legitimt hensyn, mens en generel uvilje mod at give borgerne aktindsigt selvklart ikke kan betragtes som værende legitimt.

Ordlyden af forordning 45/2001 må i øvrigt siges at underbygge Ombudsmandens opfattelse af, at der ikke består en grundlæggende ret til anonymitet i relation til offentlige aktiviteter, idet forordningen netop alene henviser til hensynet til beskyttelse af personoplysninger, der ikke er at betragte som et absolut krav, men som en rettighedsposition, der må afvejes over for andre modstående rettighedspositioner, in casu retten til aktindsigt. Det tentative resultat bliver derfor, at undtagelse fra aktindsigt kræver "*noget andet og mere*" end blot det, at der kan ske videregivelse af (almindelige) personoplysninger, idet der intet sted fastslås, at ansatte har en decideret ret til anonymitet efter forordningen (hvilket ellers i nogen grad synes at udgøre Kommissionens begrundelse). Retten til anonymitet hviler som sagt netop på en konkret afvejning, og der ses ikke at være noget retligt belæg for en grundantagelse om at enhver offentliggørelse af personoplysninger i relation til udøvelse af aktindsigt konstituerer en krænkelse af reglerne om beskyttelse af personoplysninger.

Omvendt kan det dårligt benægtes, at også offentlige, ansatte har krav på beskyttelse af oplysninger vedrørende deres personlige forhold¹⁷. Det er i den forbindelse yderst nærliggende at skelne mellem de forhold omkring ansættelsen, der primært kan siges at vedrøre den ansatte og dennes helt personlige forhold, og de forhold, der har markante træk af at udgøre et offentligt anliggende. Dette står ikke i modsætning til den af Ombudsmanden lancerede holdning, der jo som udgangspunkt alene argumenterer for, at personoplysninger ikke pr. definition er undtaget fra aktindsigt. Spørgsmålet bliver herefter, hvilke forhold aktindsigten konkret omfatter og – navnlig – ikke omfatter.

¹⁷ Som alle andre borgere og med støtte i personoplysningsdirektivet.

5. Den danske model

Dette spørgsmål har som bekendt fundet sin retlige behandling i dansk forvaltningslovgivning i 1990'erne. Situationen var her den, at bestemmelserne om aktindsigt efter offentlighedsloven i nogle tilfælde blev anvendt på en måde, der kunne betegnes som chikanøs, idet det hændte, at utilfredse borgere til tider søgte aktindsigt i personalesager og andre sager relateret til de forvaltningsmedarbejdere, der havde deltaget i afgørelsen af borgernes sager, med det klare formål at chikanere de pågældende. Dette oplevedes som stærkt krænkende over for den enkelte ansatte, der på denne måde måtte acceptere, at borgere kunne få indsigt i forhold¹⁸, der var den enkelte sag og myndighedsudøvelsen helt uvedkommende. Der var således ved behandlingen af dette spørgsmål tale om en afvejning mellem på den ene side hensynet til gennemsigtighed i den offentlige sagsbehandling og på den anden side hensynet til de enkelte ansattes ret til et informationelt privatliv. Det, der imidlertid var særdeles interessant i relation til den her behandlede EU-retlige konflikt, var, at en nærmere analyse afslørede, at disse hensyn ikke nødvendigvis står i modsætning til hinanden. De offentligt ansattes privatliv er i overvejende grad sagsbehandlingen uvedkommende, og omvendt behøver aktindsigt omkring sagsbehandlingen kun i minimalt omfang at involvere oplysninger om ting, der kan henregnes til denne enkelte ansattes privatsfære. Heri ligger en central nøgle til afvejningen. Forvaltningsansatte kan siges at have to sider af deres individualitet i relation til ansættelsen; en offentlig og en privat. Der vil naturligvis være visse situationer, hvor der i praksis er et overlap, idet oplysninger kontekstuellet kan rumme information af såvel "privat" som "offentlig" karakter, men uanset dette viste den danske regelændring, at det i praksis er muligt i overvejende grad at rubricere information om de ansatte på den måde, der tilgodeser både de ansattes ret til privatlivsbeskyttelse og offentlighedens ret til indsigt i relevante forhold omkring offentlig myndighedsudøvelse. I sidste ende er det i grænsetilfældene en politisk og retspolitisk beslutning, hvor langt man vil strække de enkelte hensyn, men uden for netop grænsetilfældene er rubriceringen overraskende enkel.

I den danske model, der blev gennemført ved lov nr. 276 af 13. maj 1998¹⁹, er den retlige grundfigur den, at personalesager (sager om ansættelse eller forfremmelse samt andre sager om enkeltpersoners ansættelsesforhold i det offentliges tjeneste²⁰) – modsat alle øvrige sager – som udgangspunkt er undtaget fra aktindsigt. Dog gives der aktindsigt i de specifikke ting, som optræ-

¹⁸ In casu forhold, der ikke var omfattet af offentlighedslovens undtagelsesregler.

¹⁹ Lov om ændring af lov om offentlighed i forvaltningen (Aktindsigt i personalesager)

²⁰ Jf. offentlighedslovens § 2, stk. 2, som affattet efter denne lovændring.

der i den reviderede offentlighedslov § 2, stk. 3. Denne bestemmelse rummer en art positivliste over personalesagsrelaterede oplysninger, som specifikt er omfattet af de generelle regler om aktindsigt. Det drejer sig om oplysninger vedrørende den pågældendes navn, stilling, uddannelse²¹, arbejdsopgaver, lønmæssige forhold og tjenesterejser samt for ansatte i chefstillinger²² også oplysninger om disciplinære reaktioner af advarsel og derover i en periode på 2 år, efter den endelige afgørelse om disciplinær reaktion er truffet. Der er dermed sket en stillingtagen med hensyn til, hvilke forhold der antages (teoretisk) at kunne have indflydelse på sagsbehandlingen, eller måske mere præcist, hvilke forhold som borgeren med rette kan forvente er i orden, og som der derfor bør være adgang til at kontrollere: Hvem er sagsbehandleren²³, og er vedkommende sagligt kompetent, over- eller underbetalt og så videre, er således alle ting, som borgeren efter denne model både kan forvente er "i orden" og har mulighed for at kontrollere. Derimod findes retten til aktindsigt at måtte vige for hensynet til det informationelle privatliv i relation til andre ting, der er uvæsentlige i relation til selve sagsbehandlingskvaliteten.

Der kan argumenteres for den opfattelse, at det gradvise skift i ansættelsesform fra den traditionelle tjenestemand-/embedsmandsrolle (med den indbyggede myndighedsfunktion i ansættelsen) til en ansættelse med opgaver og profil i retning af en mere traditionel ansættelse i den private sektor, bør have betydning for de rettigheder, der eksisterer omkring indsigt omkring individuelle ansættelsesforhold. Jo mindre fremtrædende den traditionelle embedsmandsrolle bliver, jo mindre oplagt er begrundelsen for omfattende indsigt i de forvaltningsansattes forhold. Anerkender man dette argument, bliver det en relevant faktor, at den typiske EU-ansattes rolle i større grad fortsat har myndighedskarakter i forhold til den typiske offentligt ansatte i Danmark, hvor servicefunktioner og praktiske opgaver i stigende grad tegner billedet af de offentligt ansattes opgavefelt. Dette i sig selv taler yderligere i retning af en større grad af åbenhed i EU's forvaltninger, og det er klart, at karakteren af ansættelsesforholdet ikke efter denne opfattelse kan begrunde den i forhold til dansk lovgivning manglende åbenhed, der derimod i højere grad kommer til at

²¹ Uddannelse, men ikke specifikke karakterer fra denne.

²² Almindeligvis forstået som kontorchefniveau og derover.

²³ Her er det dog værd at bemærke, at Internettets massive søgemuligheder har medført, at relativt få data som fx navn og alder kan bruges som udgangspunkt til at give et mere omfattende billede af en person. Dette er dog en selvstændig problemstilling af personoplysningsretlig karakter. Se fx hertil Blume (2000), s. 43-47.

fremstå som et udslag af en form for ”forvaltningsselvtilstrækkelighed”²⁴.”

Både på grundlag af de tilgængelige retskilder og rent retspolitisk er der således meget, der taler for, at EU’s Ombudsmands opfattelse af reglerne omkring aktindsigt på EU-plan er den korrekte, og at Kommissionens afvisning af at give aktindsigt i de af Ombudsmanden fremhævede eksempler derfor enten hviler på en forkert fortolkning af reglerne om beskyttelse af personoplysninger i sammenhæng med reglerne om aktindsigt eller ganske simpelt hen hviler på en manglende vilje til at opfylde sine retlige forpligtelser. Ingen af delene er holdbare, og der er derfor grund til at fremhæve essensen i Ombudsmandens grundlæggende udmelding: Der er ikke en selvstændig ret til anonym deltagelse i offentlige aktiviteter. Udfordringen består herefter i at fastlægge, hvor grænsen mellem det offentlige og det private går i relation til oplysninger om de ansatte, og her kan de danske regler som nævnt fungere som en form for inspiration til en fortolkning af personoplysningsdirektivets regler i relation til aktindsigtsproblematikken. Disse regler indikerer omrids til en opdeling mellem de momenter, der overvejende har betydning for sagsbehandlingen og de, der overvejende ikke har denne karakter. På europæisk plan kan man fx forestille sig, at denne opdeling enten kan ske i form af konkrete afgørelser i hver enkelt situation eller mere generelt i form af praksis fra EU’s Ombudsmand på baggrund af charterets artikel 43-procedure eller endelig ved direkte retlig regulering som i det danske tilfælde. På denne måde kan det sikres, at charterets bestemmelser i relation til forvaltningsretlige krav og rettigheder opfyldes på en måde, der tilgodeser såvel retten til aktindsigt, jf. charterets artikel 42, som det mere overordnede formål, nemlig god forvaltning jf. charterets artikel 41.

6. Perspektiver

Konflikten mellem Kommissionen og EU’s Ombudsmand om afvejningen af hensynet til ansattes informationelle privatliv over for fysiske og juridiske personers ret til aktindsigt er ud over i sig selv at udgøre en klassisk retlig afvejningskonflikt også særdeles interessant af andre grunde, herunder fordi konflikten illustrerer udviklingen i retning af noget, der antager form af en ”pan-europæisk” forvaltningsret. EU’s udvikling i retning af stadig mere fø-

²⁴ En tendens, der efter traditionel nordeuropæisk fordom – rigtigt eller forkert – opfattes som kendetegnende fx den franske forvaltningsmodel.

deral²⁵ form medfører, at forskellige landes syn på, hvad der konstituerer god forvaltning, over tid må finde sammen i en form for (overnational) syntese.

Selv om kodeksen for god forvaltningsskik er godkendt af Europa-Parlamentet som sådan, kan der i nogen grad argumenteres for, at kodeksen indeholder en tendens til at orientere sig mod en nordeuropæisk og skandinavisk forvaltningsretlig tradition²⁶. Med den stadig stigende grad af europæisk integration og med udsigten til etablering af charteret som regulært juridisk bindende på baggrund af det forslag til et EU-konvent²⁷, der i skrivende stund²⁸ foreligger, tegner der sig et billede af en konfliktarena, hvor fastlæggelsen af en europæisk forvaltningsret bevæger sig ind på områder, der traditionelt har været opfattet som nationale enemærker. Her kan den europæiske ombudsmandsinstitution vise sig at være såvel et redskab til en samling af Europa som et potentielt stridspunkt mellem de projektets deltagende nationalstater. Også i relation til udviklingen i Kommissionens til tider kritiserede forvaltningsstil kan netop den europæiske ombudsmandsinstitution vise sig at være en væsentlig faktor. Disse ting er dog primært spekulationer, og netop i europæisk sammenhæng har det vist sig, at udviklingen ikke altid bevæger sig i forudsigelige retninger²⁹.

Uanset disse ting må det dog konkluderes, at EU set i det forvaltningsretlige perspektiv kan siges i stigende grad at etablere sig med en række retlige figurer, der traditionelt har været knyttet til nationalstaten. Det kan i den forbindelse påpeges, at netop udviklingen af legal regulering af EU's institutioner ikke alene udgør et potentielt konfliktfelt, men også et potentielt konsensusfelt, hvor udviklingen mod en bredere europæisk retlig forståelse muliggør en sideløbende udvikling af en mere integreret europæisk identitet, hvorved den retlige regulering kan siges ikke alene at regulere sit egentlige virkefelt, men også får en afledt "socialt" regulerende effekt. Skabelsen af

²⁵ Det kan diskuteres, hvorvidt udviklingen går imod en egentlig føderation, men det er vanskeligt at afvise, at graden af supranational integration i Europa er stadig voksende.

²⁶ Kodeksen er udarbejdet under den tidligere EU-Ombudsmand Jacob Södermann, hvis baggrund netop kan siges at ligge i skandinavisk forvaltningsretlig opfattelse qua hans finske baggrund, der bl.a. har inkluderet posten som finsk justitsminister og ombudsmand i Finland. Fra og med 1. april 2003 har den Europæiske Ombudsmand været græske P. Nikiforos Diamandouros, og det bliver i den sammenhæng interessant at se, hvilken fortolkningsstil den nye ombudsmand vil udvise i forbindelse med sin virksomhed efter charterets artikel 43.

²⁷ Hvor det i øvrigt ligner en tanke, at udkastet har placeret artikel 49 om åbenhed (og dermed aktindsigt) i EU-institutionernes arbejde og artikel 50 om beskyttelse af personoplysninger umiddelbart efter hinanden.

²⁸ Juni 2003.

²⁹ Murens fald og den relativt hurtige integration af Østeuropa er eksempler på begivenheder, der ikke forekom umiddelbart forudsigelige mht. nærmere indhold og tidspunkt, førend relativt kort tid før begivenhederne faktisk fandt sted.

men også får en afledt "socialt" regulerende effekt. Skabelsen af en europæisk forvaltningskultur har således potentiale til at få betydning ud over det forvaltningsretlige område. Hvorvidt dette potentiale indfries, vil dog formentlig forblive et åbent spørgsmål en rum tid fremover.

Referencer:

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1049/2001 af 30. maj 2001 om aktindsigt i Europa-Parlamentets, Rådets og Kommissionens dokumenter EF-Tidende nr. L 145 af 31/05/2001 s. 0043 - 0048
http://europa.eu.int/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&lg=da&numdoc=32001R1049

Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) Nr.45/2001 af 18.december 2000 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger i fællesskabsinstitutionerne og -organerne og om fri udveksling af sådanne oplysninger

http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/docs/application/286_da.pdf

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder

http://www.europarl.eu.int/charter/default_da.htm

Den europæiske kodeks for god forvaltningsskik

http://www.euro-ombudsman.eu.int/code/pdf/da/code_da.pdf

Den Europæiske Ombudsmand: Notat af 25. september 2002 om Misbruget af databeskyttelsesregler i den Europæiske Union.

<http://www.euro-ombudsman.eu.int/letters/da/20020925-1.htm>

Den Europæiske Ombudsmand: Pressemeldelse Nr. 25/2002 Ombudsmanden anmoder Kommissionen om at præcisere databeskyttelsesreglerne.

<http://www.euro-ombudsman.eu.int/release/da/2002-10-02.htm>

Lov nr. 276 af 13. maj 1998 om ændring af lov om offentlighed i forvaltningen (Aktindsigt i personalesager)

Blume, Peter (2000): *Databeskyttelsesret*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Paul C. Vang er ph.d.-stipendiat ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside:

<http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> E-mail: Paul.C.Vang@jur.ku.dk.

Vers quelle Europe : Une Constitution pour l'Union européenne?

Vincent Grelet

Dansk resumé

EU er på vej mod at få sin egen forfatning som et resultat af arbejdet i EU-konventet. Formålet med denne nye konstruktion er at forene de forskellige europæiske traktater i én tekst med henblik på at gøre det europæiske projekt mere åbent og gennemsigtigt. En europæisk forfatning er på samme tid et juridisk og et politisk instrument og skal tjene til at give det europæiske borgerskab et indhold og en mening. Metoden er ny, idet konventets blandede sammensætning repræsenterer forskellige former for legitimitet (de nationale parlamenter, medlemsstaternes regeringer og de europæiske institutioner), hvilket skal sikre, at befolkningernes interesser bliver repræsenteret. En forfatning betyder ikke, at EU forvandles til en føderation, men at unionens grundlag mister sin folkeretlige karakter til fordel for en mere borgervenlig struktur.

« Il y a grande apparence que les hommes auraient été à la fin obligés de vivre sous le gouvernement d'un seul, s'ils n'avaient imaginé une manière de constitution qui a tous les avantages intérieurs du gouvernement républicain et la force extérieure d'une monarchie. Je parle de la République fédérative. Cette forme de gouvernement est une convention par laquelle plusieurs corps politiques consentent à devenir citoyens d'un État plus grand qu'ils veulent former. C'est une société de sociétés qui en font une nouvelle qui peut s'agrandir par de nouveaux associés, jusque sa puissance suffise à la sûreté de ceux qui se sont unis ».

Montesquieu¹

¹ De l'esprit des lois (1748), Livre IX, chapitre 1

Introduction

En décembre 2000, lors du Conseil européen de Nice, les quinze Chefs d'État et de gouvernement de l'Union européenne (UE) ont lancé un large débat sur l'avenir de l'Europe sous le titre : quelles perspectives voulons-nous offrir aux citoyens européens² ? Des débats nationaux se sont déroulés, au cours desquels les différentes opinions publiques européennes ont fait part de leur vision de l'Europe de demain. Tirant les conclusions de ces nombreuses contributions, le Conseil européen de Laeken, en décembre 2001, a décidé de convoquer une Convention chargée de réfléchir aux possibles réformes du fonctionnement de l'Union européenne. Cette rénovation du projet européen est présentée comme indispensable pour approfondir son intégration politique et dans la perspective de son élargissement imminent³.

En effet, au regard de la clarté du projet communautaire, de la démocratisation de ses institutions et de la place qu'elles reconnaissent aux citoyens, l'Europe est à la croisée des chemins. Pour aborder cette période charnière de son existence, il est revenu à cette Convention consultative, composée de parlementaires nationaux et européens, et de représentants des gouvernements, la tâche de proposer une adaptation et un renouvellement du cadre institutionnel et politique de l'Union européenne. Et sa conclusion est la suivante⁴ : La refondation du projet européen doit s'inscrire dans une Constitution européenne ou du moins dans un traité par lequel les États européens contractants décident de rédiger et soumettre aux peuples européens un projet de Constitution européenne⁵. Les protagonistes ne

² La déclaration de Nice retient quatre thèmes de réflexion: Une délimitation plus précise des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, qui soit conforme au principe de subsidiarité ; le statut de la Charte des droits fondamentaux proclamée à Nice ; la simplification des traités ; le rôle des parlements nationaux dans l'architecture européenne.

La réflexion sur ces thèmes sera menée en vue « d'améliorer et d'assurer en permanence la légitimité démocratique et la transparence de l'Union et de ses institutions ».

³ Cette Convention est une assemblée consultative qui s'est appuyée sur les conclusions des débats nationaux sur l'avenir de l'Europe. Au cours de son mandat, elle est restée en relation avec les représentants de la population civile.
(http://europa.eu.int/futurum/index_fr.htm).

⁴ Le 10 juillet 2003, la Convention a achevé ses travaux et a remis à la présidence italienne de l'UE, le 18 juillet, le projet de Traité établissant une Constitution européenne.

⁵ Une certaine confusion s'est installée au sujet de la dénomination des travaux de la Convention et une formule est apparue « Traité constitutionnel ». Dans le vocabulaire du droit, Traité et Constitution sont deux objets différents répondant à des définitions

donnent pas nécessairement la même définition au mot de « Constitution », et n'attribuent pas toujours la même finalité à une éventuelle démarche « constitutionnelle »⁶. Les États membres de l'Union européenne souhaitent que le contenu du traité soit en grande partie analogue à ce que l'on trouve d'ordinaire dans une Constitution. Leur volonté est donc de rassembler dans un traité unique les dispositions qui, dans les traités actuels, relèvent par leur contenu du domaine constitutionnel, éventuellement en les modifiant pour rendre le fonctionnement de l'Union plus proche d'un modèle fédéral. Par cette formule, l'Union serait dotée d'un texte de base qui est un traité par sa forme et proche d'une Constitution par son contenu.

Au-delà du débat sur la dénomination et sur le contenu même des travaux de ce projet, se profilent des interrogations fondamentales : Tout d'abord, en quoi un texte constitutionnel peut-il être utile, aujourd'hui, à la construction européenne ? Ensuite, penser l'Europe en termes constitutionnels, n'est ce pas reconnaître implicitement les limites de la méthode communautaire basé sur l'intégration fonctionnelle ? Enfin, l'approfondissement de l'Union européenne par la voie d'une Constitution, nous conduira à réfléchir sur sa finalité et ainsi, sa dénomination future.

1- Réécrire les objectifs fondamentaux du projet européen en les rendant plus lisibles et plus visibles

Une première étape nous amène à nous interroger sur la compatibilité d'un texte constitutionnel avec la nature même de l'Union européenne. Dans un contexte strictement national, toute constitution est à la fois un instrument politique, une architecture juridique et un moment historique⁷. Il s'agit de couronner l'avènement d'un État, ou bien de changer de régime politique.

propres. Lire article de Dominique Rousseau, « *Traité constitutionnel* » : *Un monstre juridique*. Le Monde du 21 octobre 2002

⁶ Un des éléments d'ambiguïté du débat est que certains de ceux qui emploient le terme de Constitution européenne ont en réalité à l'esprit un « Traité constitutionnel ». C'est le cas du Président français M. Jacques Chirac.

⁷ Robert Badinter, Une Constitution européenne, Fayard, « *La France, à cet égard, offre une richesse sans pareille. En deux siècles, les États-Unis ont connu une seule Constitution et vingt-cinq amendements. Pendant la même période, de 1787 à 1987, les Français ont vécu sous trois monarchies, deux empires, cinq républiques, usés treize constitutions et d'innombrables amendements. Produits d'une histoire traversée de désastres et de révolutions, le constitutionnalisme est devenu en France un art national. A la moindre crise politique, on évoque l'urgence de changer de constitution, voire de changer de République* ».

Mais, l'Union européenne n'est ni un État, ni un État fédéral, ni une confédération, ni une simple association de libre échange, elle serait un « objet politique non identifié »⁸.

L'évolution des Communautés européennes montre assez clairement le caractère inédit de leur configuration institutionnelle actuelle. De ce fait, la construction communautaire constitue donc un défi théorique. En raison de sa nature hybride, originale et spécifique, l'Union européenne n'est pas juridiquement classable par le droit international ou le droit constitutionnel. L'Union européenne et les Communautés européennes ne relèvent pas précisément de l'une ou de l'autre des formes politiques classiques que sont l'État Fédéral ou la Confédération d'États. Une situation ambiguë qui emprunte à chacune de ces formes certains éléments. Il ne fait plus de doute, du moins pour les juristes⁹, que cette entité régionale, est une réalité politique *sui generis*. Rien d'étonnant alors à ce que la perception de l'édifice par les opinions publiques européennes soit brouillée et confuse.

Pour faire face à cet imbroglio, le mandat de la Convention sur l'Avenir de l'Europe, telle que définie dans la Déclaration de Laeken¹⁰, est « *d'examiner les questions essentielles que soulève le développement futur de l'Union et de rechercher les différentes réponses possibles* ». Fonctionnant avec quatre traités fondateurs¹¹, les objectifs, les compétences et les instruments

⁸ Selon la formule de Jacques Delors, ancien président de la Commission (1985-1995)

⁹ La Cour de justice des Communautés européennes qualifie la Communauté européenne d'« ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres » CJCE 15/7/1964, «*Costa contre E.N.E.* » et considère le traité CE comme la « Charte constitutionnelle d'une communauté de droit » CJCE, arrêt du 23 avril 1986, «*Parti écologiste Les Verts contre Parlement européen*», aff. 294/83, rec.1339 et avis n 1/91 du 14 décembre 1991 sur le projet d'accord instituant l'Espace économique européen, rec. I-6079.

¹⁰ Le Conseil européen, lors de sa réunion de Laeken les 14 et 15 décembre 2001, a décidé la mise en place d'une Convention qu'il a chargée de réfléchir à l'avenir de l'Union. Cette Convention a débuté ses travaux le 1^{er} mars 2002 pour les terminer officiellement le 10 juillet 2003.

¹¹ L'intégration européenne repose sur quatre traités fondateurs :

- Le traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), signé à Paris le 18 avril 1951, qui est entré en vigueur le 23 juillet 1952, a expiré le 23 juillet 2002 ;
- Le traité instituant la Communauté économique européenne (CEE) ;
- Le traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom), signé (en même temps que le traité CEE) à Rome, le 25 mars 1957, et qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1958. ces traités sont souvent appelés les « traités de Rome ». Le terme « traité de Rome » désigne uniquement le traité CEE.

politiques de l'Union européenne se trouvent dispersés. Pour cela, cette assemblée consultative doit proposer des réponses claires et consensuelles à des questions fondamentales¹². En trois mots, il s'agit de rendre l'Europe plus démocratique, plus transparente et plus efficace. Mais ce qui nous intéresse principalement dans cette déclaration hautement symbolique, c'est sa référence explicite à la solution à adopter : « *Cette simplification et ce réaménagement ne devraient-ils pas conduire, à terme, à l'adoption d'un texte constitutionnel ?* ».

Si les mots Constitution européenne sont lâchés, c'est que l'Union européenne doit être dorénavant traitée comme une question constitutionnelle. La demande de clarification et de simplification du système européen et la mise en place d'outils nouveaux pour aller vers « plus d'Europe »¹³ doivent se fonder sur un texte qui lui donne corps et légitimité.

- Le traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992 est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 1993. Le traité de Maastricht a simplifié la dénomination de la Communauté économique européenne, qui est devenue « la Communauté européenne ». Il a aussi instauré de nouvelles formes de coopération entre les gouvernements des États membres, en matière de défense et de « justice et affaires intérieures ». En ajoutant cette forme de coopération intergouvernementale au système « communautaire » existant, le traité de Maastricht a créé une nouvelle structure de nature politique et économique, composée de trois piliers ». il s'agit de l'Union européenne (UE).

Ces traités ont fait l'objet de plusieurs modifications notamment lors de l'entrée de nouveaux États membres. D'autres réformes plus profondes ont entraîné des changements institutionnels importants et ont attribué aux institutions européennes de nouveaux domaines de compétences.

¹² Plus précisément, la réflexion de la Convention porte sur:

- la répartition des compétences entre l'Europe, les États membres et les régions;
 - la simplification des traités avec une distinction entre un traité de base et des dispositions d'application des traités;
 - l'intégration dans le traité de la Charte des droits fondamentaux adoptée en décembre 2000 à Nice, l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'adoption d'une constitution européenne...;
 - le rôle des Parlements nationaux dans la future architecture institutionnelle de l'Union.
- La Convention s'est appuyée sur les conclusions des débats nationaux sur l'avenir de l'Europe et est restée en relation avec les représentants de la société civile (partenaires sociaux, milieux économiques, organisations non gouvernementales, milieux académiques...).

¹³ Pour répondre aux besoins de Sécurité et de justice et d'une politique étrangère et de défense commune exprimés jusque-là par les trois piliers des traités UE.

Pourtant la « Charte constitutionnelle »¹⁴ existe déjà. En signant le Traité de Rome et les traités réformateurs, les Etats membres ont délibérément donné naissance à une Communauté de droit *sui generis*. Celle-ci est dotée d'organes propres, indépendants entre eux, capable de générer des normes juridiques auxquelles les États membres se soumettent et qui peuvent s'appliquer directement à leurs citoyens. Ainsi, en suscitant un ordre juridique propre et en mettant en place un système institutionnel spécifique, les traités contiendraient déjà, implicitement, une Constitution de l'Union¹⁵. Si l'Union a déjà un « Traité constitutionnel »¹⁶, à quoi sert alors le projet de la Convention sur l'Avenir ?

Tout simplement, parce que l'ensemble des traités constitutifs de l'Union européenne est illisible et incompréhensible pour beaucoup. Il est donc nécessaire et indispensable de codifier cette « Constitution » existante, de la rendre explicite, sans pour autant modifier le contenu des traités mais de les simplifier pour présenter aux citoyens européens une Europe claire et lisible dans laquelle ils se reconnaîtront. Réécrire les objectifs fondamentaux du projet européen en les rendant plus lisibles et plus visibles, voilà toute l'ambition d'une Constitution européenne.

2. La nécessité de mener une véritable politique civique

Toute constitution est l'expression d'une souveraineté. Dans le projet européen, cette souveraineté est ambiguë. En effet, l'Union européenne est

¹⁴ La Cour de justice des Communautés européennes a ainsi qualifié les traités de « Charte constitutionnelle de base » ou encore de « Charte constitutionnelle d'une communauté de droit ». CJCE, arrêt du 23 avril 1986, « *Parti écologiste Les Verts contre Parlement européen* », aff. 294/83, rec.1339 et avis n 1/91 du 14 décembre 1991 sur le projet d'accord instituant l'Espace économique européen, rec. I-6079

¹⁵ Rapport sur la « *constitutionnalisation des traités* », préparé par M. Olivier Duhamel pour la commission des Affaires constitutionnelles du Parlement européen, « le contenu même des traités comprennent les éléments matériels d'une Constitution, tels l'énoncé des valeurs fondamentales et des objectifs, une structure institutionnelle, des règles d'exercice du pouvoir et une définition des compétences qui font l'objet des politiques publiques ». Octobre 2000, A5-0289/00

¹⁶ Dominique Rousseau, « *Traité constitutionnel: un monstre juridique* », Le Monde, 2002,

L'expression « traité constitutionnel » apparaît comme une monstruosité juridique, pour l'auteur, la seule définition juridiquement compatible serait : Traité par lequel les États européens contractants décident de convoquer une Assemblée élue par les citoyens européens pour rédiger et soumettre aux peuples européens un projet de Constitution européenne

une construction originale où deux sources de légitimité co-existent. La souveraineté repose à la fois sur les États membres qui lui la délèguent au fil des Traités et plus directement sur le peuple de l'Union composé des peuples de chaque État membre, les citoyens européens¹⁷.

Puisque les États membres de l'Union Européenne envisagent de poursuivre leur intégration politique, comment concevoir un modèle qui traduise à la fois l'union des peuples et des États dans une architecture institutionnelle respectant cette double racine du projet européen ? Sans États, il n'y aura pas d'union des peuples, mais sans les peuples, l'Union des États ne sera qu'une fiction.

Une Constitution européenne doit être un texte dans lequel « prend corps » un projet politique correspondant aux besoins de la société qu'il régit. L'Union européenne se définit par la capacité et la volonté d'adhésion à un modèle économique et politique. Le moment n'est-il pas venu pour cette Europe de se doter d'un véritable texte fondateur qui s'adresse directement aux citoyens européens et vise à pallier les défauts d'une construction essentiellement économique? Un texte Constitutionnel redonnerait du sens à la construction communautaire tout en ayant en plus cette qualité d'identification simultanée et immédiate au projet européen à l'égard du citoyen¹⁸. Depuis sa création, il est reproché aux Communautés européennes d'être une construction purement économique, juridique et technique ne se souciant absolument pas des opinions publiques. Ce texte Constitutionnel européen participerait à la création d'une nouvelle identité européenne puisqu'elle en constitue son avenir¹⁹.

Seulement l'Europe est plongée dans une crise existentielle dont elle est coutumière. La construction européenne se développe depuis l'origine à travers une succession de crises qui se sont finalement résolues à son avantage. Mais persiste le problème de la perception de l'Europe auprès des citoyens : les Européens ne connaissent pas l'Union européenne. Souffrant d'un « manque de démocratie », elle semble aussi inaccessible au citoyen du

¹⁷ La citoyenneté de l'Union, créée par le traité de Maastricht, comprend seulement aujourd'hui quatre éléments : le droit de circulation et de séjour ; le droit de vote aux élections municipales et européennes dans l'Etat de résidence ; le droit à la protection diplomatique par un autre Etat membre lorsque l'Etat dont on est ressortissant n'est pas représenté ; le droit de pétition et de saisine du Médiateur.

¹⁸ Renaud Dehousse, « Un nouveau Constitutionnalisme ? » Une Constitution pour l'Europe ? Presse de Science Po, 2002

¹⁹ Article 1 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Union européenne : « *Inspirée par la volonté des citoyens et des États d'Europe de bâtir leur avenir commun, cette Constitution établit l'Union européenne, à laquelle les États membres confèrent des compétences pour atteindre leurs objectifs communs...* »

fait de la complexité de son fonctionnement. Elle leur apparaît souvent à leurs yeux comme une création par des élites politiques, économiques ou administratives. Et pourtant, à l'analyse des différents sondages et enquêtes d'opinions publiques, il existe un intérêt général pour les questions européennes et une perception globale plutôt positive. Mais l'attachement à l'Europe reste fragile et flou. Le sentiment qui domine est celui d'un processus irréversible, ce qui n'est pas synonyme d'adhésion. Les conséquences directes sont le désintéressement des populations européennes aux projets communautaires.

Ce dilemme, auquel est confrontée l'Union européenne, est de plus en plus important : plus elle est présente dans les faits, moins elle semble présente dans les esprits. Certes, les citoyens se rallient aux grands objectifs de l'Union, mais ils ne voient pas toujours le lien entre ces objectifs et son action quotidienne²⁰. Ils demandent que l'Union s'occupe davantage de leurs préoccupations concrètes, plutôt que s'immiscer jusque dans les détails dans des affaires qu'il vaudrait mieux, compte tenu de leur nature, confier aux élus des États membres et des régions. Une réflexion « constitutionnelle » pourrait contribuer à régler le problème de la répartition des compétences, qui tend à devenir un obstacle aux progrès de la construction européenne. Certains ressentent même cette attitude comme une menace pour leur identité. L'Union européenne doit faire face à la réalité. L'appartenance nationale, la Communauté-nation sont des faits vécus par tous les peuples de l'Europe et sont beaucoup plus important que l'appartenance au projet de communauté européenne²¹. Mais, ce qui est sûrement plus problématique, les citoyens trouvent que tout se règle bien trop souvent à leur insu et veulent un meilleur contrôle démocratique. Il n'y aura pas d'adhésion, pas d'opinion européenne sans que les peuples n'interviennent dans le choix d'un exécutif.

L'ambition principale de la Convention sur l'Avenir est de présenter ce texte comme un acte politique d'envergure majeure et de donner du sens à l'intégration pour se présenter comme la base à l'édification de l'identité collective des européens. L'Union a besoin d'un texte constitutionnel qui mette en forme les principes de la vie publique européenne, qui énumère les valeurs et les droits fondamentaux encadrant la citoyenneté européenne, qui réaffirme les principes d'égalité entre les États et de cohésion et de solidarité sur lesquels repose la construction européenne, et enfin qui configure l'organisation des organes de pouvoir et la répartition des niveaux de compétence, sur la base du principe de subsidiarité. Avec ce traité établissant

²⁰ L'exemple quotidien de la monnaie unique : l'euro.

²¹ Serge Berstein, « Existe-t il une identité européenne ? », L'Europe en perspective, cahiers français, La Documentation Française, no.298, 2000

une Constitution, l'Europe franchit définitivement le pas vers une union politique : L'Union des citoyens et l'Union des États membres.

Cette refondation politique et constitutionnelle de l'Union européenne marque la volonté de poursuivre la construction européenne sur de nouvelles bases.

3. Les limites de la méthode communautaire

*« L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble ; elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait »*²². Le « fonctionnalisme » écarte ainsi à la fois l'intégration globale au profit d'une intégration par secteurs et l'intégration politique au profit de l'intégration économique. Au commencement de la création des Communautés, l'unification s'est réalisée d'abord dans un domaine économique. L'unification politique s'opérerait implicitement, elle découlerait de la solidarité de fait, de la fusion des intérêts. Selon une méthode s'inspirant du pragmatisme prudent, les « pères spirituels²³ » de la construction européenne considéraient qu'en conduisant l'Europe économique on conduirait en même temps l'Europe politique. Les États qui se seraient engagés dans le processus d'unification économique se trouvant entraînés, malgré eux, par un « système d'engrenage » dans la voie de la construction politique²⁴.

Ainsi, l'Europe s'est construite par les traités, c'est-à-dire par la volonté des États. Mais après la difficile ratification du traité sur l'Union européenne dit de Maastricht en 1992, le traité d'Amsterdam de 1997 et le Traité de Nice de 2000, la méthode des Conférences intergouvernementales pour faire avancer l'Union arrive à épuisement²⁵. Il suffit d'observer ce qui s'est passé au Conseil européen de Nice pour s'en convaincre. Comment ne pas imaginer l'énorme difficulté rencontrée lorsque l'Union européenne sera composée d'une trentaine d'États. Le moment venu n'est plus aux compromis institutionnels sans vision directrice. Confier le pouvoir de modifier les traités

²²Extrait de la Déclaration faite à Paris, le 9 mai 1950, par Robert Schuman, ministre français des Affaires étrangères au sujet de la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Cette phrase résume la méthode de Jean Monnet.

²³ Sont considérées les personnalités qui ont pris une part active à la construction européenne. De nombreux noms sont souvent avancés : Alcide De Gasperi, Jean Monnet et Robert Schuman.

²⁴ Guy Isaac, *« Droit Communautaire Général »*, Armand Colin, 2001.

²⁵ Le non danois au Traité de Maastricht et sa difficile ratification par les États membres, le non irlandais au Traité de Nice.

exclusivement à ceux qui les ont signé, à savoir les États réunis au sein du Conseil ne semble plus adapté à l'évolution actuelle de l'Union européenne qui se voit constamment critiquée pour son déficit démocratique. L'entrée en vigueur des Traités d'Amsterdam et de Nice ne suffit plus et l'Union européenne souhaite dorénavant se considérer comme plus proche des citoyens européens. L'ouverture d'un grand débat sur l'avenir de l'Europe qui devrait s'achever en 2004 par une Conférence intergouvernementale avec une énième réforme institutionnelle à la clé, la cinquième en moins de vingt ans, ne peut plus être justifiable aux yeux des opinions publiques. Les « citoyens européens » que nous sommes, ne pouvons plus se satisfaire de ces réformes opaques, ponctuelles et marchandées.

La convocation d'une Convention résultait justement de l'échec relatif de la dernière conférence intergouvernementale qui avait mis en évidence les limites de négociation entre les gouvernements. Une nouvelle méthode est donc instituée : Pour assurer une préparation aussi large et aussi transparente que possible, la méthode conventionnelle choisie par le Conseil européen est celle d'une Convention rassemblant les principales parties prenantes au débat sur l'Union. Un précédent existe puisqu'une convention avait déjà été mandatée par le Conseil européen pour élaborer la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁶. Cette Convention n'est pas une Constituante mais une assemblée consultative de parlementaires nationaux et européens, et de représentants des gouvernements qui s'est appuyée sur les conclusions des débats nationaux sur l'avenir de l'Europe²⁷.

Une Constitution est l'expression d'une certaine conception du pouvoir politique qui trouve sa légitimité dans des principes fondateurs. Pour les partisans d'un « traité établissant une Constitution » le texte fondamental de l'Union doit continuer à reposer sur l'accord unanime d'États qui restent titulaires de la souveraineté. Par sa représentativité des différentes opinions publiques européennes, les membres de la Convention sur l'Avenir n'ont pas adopté qu'un simple document qui sert de point de départ à une nouvelle conférence intergouvernementale mais cette Convention s'érige en Assemblée constitutante, première étape vers une évolution constitutionnelle.

Avec cette nouvelle méthode, il sera donc politiquement très difficile, de la part des États membres, de rejeter ses conclusions et propositions du fait du

²⁶ Florence Deloche-Gaudez : La Convention pour l'élaboration de la Charte des Droits Fondamentaux : Une méthode « Constituante » ? Une Constitution pour l'Europe ? Presse de Science Po, 2002

²⁷ En outre, un forum plus large que cette Convention et distincte de cette dernière est mis en place pour associer la société civile désireux de suivre le débat sur l'avenir de l'Europe (http://europa.eu.int/futurum/index_fr.htm).

large consensus qui s'en dégage. Les opinions publiques européennes ne comprendraient pas qu'elles soient écartées du projet qui doit justement leur permettre enfin de se rapprocher de l'Union européenne. En l'occurrence, les États membres doivent conclure ce traité pour doter l'Union européenne d'une Constitution. Le fait que ce soient les États membres qui concluent un traité pour doter l'Union d'une Constitution n'altérera pas sa portée. Le traité sera ensuite ratifié par les citoyens de l'Union, directement ou par leurs représentants.

4. L'avènement d'une architecture politique inédite

Cette démarche « constitutionnelle » présente l'avantage d'amener tous les États membres à réfléchir ensemble à la finalité politique de l'Union. Europe fédérale, Fédération d'État-Nations, États-Unis d'Europe, le débat sémantique sur l'Avenir de la construction européenne recourt à une grande variété de termes. Parce que nommer ou classer les choses permet de se persuader que l'on peut s'en rendre maître : comment dès lors, ne pas comprendre le besoin naturel de vouloir définir l'Europe d'aujourd'hui et surtout l'Europe de demain²⁸?

L'idée d'une Constitution européenne évoque celle d'un processus pleinement démocratique avec une finalité fédérale²⁹. La construction communautaire constitue un défi théorique. Il est devenu banal de constater que toutes les tentatives de conceptualisation du projet communautaire résistent aux modèles connus. Cependant, au sens habituel, l'Union ne peut avoir de Constitution sans la mise en place d'un État fédéral.

Mais la création d'un État fédéral européen ne correspond pas à la réalité juridique et européenne. Au sens courant, une Constitution est la loi fondamentale d'un État souverain. Une fédération classique implique la disparition de la souveraineté internationale des États membres. Au sens traditionnel, doter l'Union d'une Constitution ne pourrait avoir de sens que si

²⁸ Vlad Constantinesco, « *Europe fédérale ou fédération d'États-nations ?* », Une Constitution pour l'Europe ? Presse de Science Po, 2002

²⁹ Il faudrait pour cela « *parvenir à un texte qui, outre la préservation des libertés fondamentales, mette en place un gouvernement de l'Union, une délimitation des compétences, une souveraineté extérieure, un pouvoir budgétaire et fiscal, une possibilité de révision sans que l'unanimité des États membres soit requise. En bref, si l'on prend en compte ces différents points, il apparaît qu'une Constitution de l'Union n'aurait son sens plein que si elle traduisait la création d'un État fédéral ou quasi-fédéral* » M. Jean-Claude Piris, Actualités de la délégation pour l'Union européenne, n° 47, pp.9-10

cette Constitution lui accordait en même temps les attributs d'un Etat souverain³⁰. Or, dans le cas de l'Union européenne, les États membres sont souverains et entendent le demeurer³¹.

L'Union est-elle une fédération composée d'États souverains ou une « Fédération d'États-nations »³² ? Ces formules illustrent bien l'originalité de l'Union européenne. L'expression "fédération d'États-nations" peut paraître une contradiction dans les termes mais constitue, à mon sens, la meilleure dénomination pour indiquer la voie que nous empruntons, la meilleure expression de l'ambition dont nous voulons doter l'Europe. En proposant de réaliser une fédération d'États-nations, nous entendons concrétiser une proposition apparemment paradoxale, qui exige beaucoup de détermination et de talent politique. Lui attribuer une dénomination, c'est alors lui conférer un sens. Cette démarche, à vertu pédagogique, a vocation avant tout de souligner la dimension politique de l'Union aux yeux des citoyens et à les associer davantage au débat européen. Mais, c'est aussi oublier la nature unique et spécifique de la construction communautaire. Il serait dangereux de figer cette dernière à un stade trop précoce de son évolution.

Selon le texte présenté par la Convention, il faut arriver à définir une Union d'États européens conservant leur identité nationale, qui coordonnent

³⁰ Il manque aujourd'hui à l'Union la plupart des caractéristiques d'un État souverain - elle n'a pas la « compétence de la compétence », mais au contraire exerce les compétences qui lui sont attribuées par des traités conclus entre États souverains (même si ces États exercent en commun une partie importante de leur souveraineté dans le cadre de ces traités) ;

- l'Union en tant que telle n'a pas d'armée, et n'a pas encore de personnalité juridique complète sur le plan international ;

- pour l'application de ses décisions, l'Union est tributaire des États membres : elle n'a ni les moyens administratifs et financiers, ni les instruments de coercition (police et justice) qui sont ceux d'un État ;

- la citoyenneté européenne, selon les traités eux-mêmes, complète la citoyenneté nationale et ne la remplace pas.

³¹ Pour exemple, la France et la Grande-Bretagne ne lâcheront pour rien leur siège au Conseil de sécurité des Nations-unies.

³² Formule de Jacques Delors, « Lorsque je suis rentré dans la vie militante européenne, j'ai toujours dit : je suis pour une approche fédéraliste mais non pour le dépérissement des nations. C'est pourquoi, j'ai relancé cette notion de Fédération des Etats-Nations, surtout dans un souci pédagogique. Le terme fédération signifie que l'approche fédérale est la seule qui permet d'être plus efficace et plus démocratique, celui d'Etats-Nations, que les Etats n'ont pas à disparaître », *Ma vision d'une fédération des États Nations*, Le Monde des Débats, juillet 2000.

étroitement leurs politiques au niveau européen, et qui gèrent, sur le mode fédéral, certaines compétences communes ³³.

L'Union européenne est une réalité politique *sui generis*. Celle-ci doit absolument garder son originalité pour tenter de construire une forme inédite de pouvoir politique non-étatique en prenant en considération l'acquis institutionnel communautaire et certains éléments empruntés à d'autres formes politiques classiques.

Conclusion

Quelles que soient les insuffisances et les imperfections, la Convention et son projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe doivent être salués comme une étape essentielle sur la voie d'un contrat social entre les peuples et les États européens. Le Conseil européen de Thessalonique³⁴ a estimé les travaux de la Convention être « une bonne base de départ » pour la Conférence intergouvernementale³⁵. Les propositions de la Convention ont le mérite d'exister et doivent être interprétées comme un compromis entre les tendances intergouvernementales et communautaires qui façonnent la construction européenne. Elles visent à approfondir l'Union dans un sens plus politique et plus démocratique et à fonder constitutionnellement sa nature originale comme communauté de citoyens et d'États. Ce texte Constitutionnel ne sera donc pas une constitution formelle classique de type national³⁶. Elle ne peut tout simplement ne pas l'être car l'Union est une entité politique inédite.

Le « fédéralisme à l'envers » qui a caractérisé les cinquante dernières années de la construction européenne arrive à son terme : aussi longtemps que l'Europe ne parviendra pas à se doter d'une véritable identité politique, elle sera condamnée à rester une puissance inachevée.

³³ Voir projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Titre 1, Définitions et objectifs de l'Union

³⁴ Le Conseil européen des 19 et 20 juin 2003, la dernière réunion à ce niveau sous la présidence grecque de l'Union européenne (UE), a donné l'occasion aux chefs d'État et de gouvernement des États membres, ainsi que des États adhérents, d'entendre un exposé du président de la Convention européenne et d'examiner le document final contenant les résultats des travaux de la Convention. Ce document sert de base aux travaux de la prochaine conférence intergouvernementale (CIG).

³⁵ La Conférence intergouvernementale s'ouvre le 4 octobre 2003 à Rome sous la présidence italienne

³⁶ Journée d'Études Constitutionnelles du 28 mars 2003, Association Française des Constitutionnalistes.

Il faut espérer que la dynamique qui s'est enclenchée, ainsi que l'équilibre trouvé dans la synthèse sur laquelle la Convention est parvenue à un « large » consensus, au terme d'un examen long et minutieux, seront préservés par les États membres et les États candidats. L'un des enjeux essentiels du projet de Traité établissant une Constitution est de fournir aux peuples européens la possibilité d'exercer leur influence, d'entrer dans le champ de la délibération politique, sous la forme du pouvoir constituant, source ultime du pouvoir dans les démocraties constitutionnelles.

La responsabilité des États membres devant l'Histoire et les générations futures est aujourd'hui engagée. Ou ils entraînent les pays de l'Union et leurs opinions vers le pas décisif que constitue pour les peuples du continent, l'adoption d'une Constitution faisant de l'Europe une entité d'influence et de sécurité dans le monde. Ou ils condamnent leurs nations à l'impuissance et à ce qu'elle comporte de risque. Les États membres et les citoyens européens que nous sommes devront maintenant faire preuve du même courage que celui qu'avaient eu les pères fondateurs de l'Europe. On suivra à cet égard, avec beaucoup d'attention la prochaine conférence intergouvernementale.

Bibliographie

Badinter Robert, « *Une Constitution européenne* », Fayard, 2002.

Dehousse Renaud : « *Un nouveau Constitutionnalisme* », Une Constitution pour l'Europe ? Presse de Science Po, 2002.

Duhamel Olivier, « *Rapport sur la Constitutionnalisation des Traités* », Commission des affaires constitutionnelles, Parlement européen, FINAL A-50289/2000 PE 286.949.

Fischer Joschka, « *Discours sur la finalité de l'intégration européenne* » prononcé le 12 mai 2000 à Berlin.

Habermas Jürgen, « *Why Europe needs a constitution* », New Left review 11, October 2001.

Haenel Hubert, « *Rapport d'information fait au nom de la délégation du Sénat pour l'Union européenne sur l'idée d'une Constitution pour l'Union européenne* », Session ordinaire 2001-2002, no. 363.

Isaac Guy, « *Droit Communautaire général* », Armand Colin, 2001.

Lesquins Jean-Louis, « *Souveraineté et constitution en Europe* », in Le Débat, n° 118, 2002.

Piris, Jean-Claude, « *L'Union européenne a-t-elle une constitution ? Lui en faut-il une ?* », in Revue trimestrielle de droit européen, n° 4, 1999.

Quermone Jean-Louis, « *Le système politique européen, Des Communautés économiques à l'Union européenne* », Montchrestien, 2001.

Vers quelle Europe : Une Constitution pour l'Union européenne?

Rousseau Dominique, « *Pour une Constitution européenne* », *Après-demain*, no.446, septembre 2002.

Touscoz Jean, « *La constitution de l'Union européenne* », Bruxelles, Bruylant, 2002.

Zorbibe Charles, « *Histoire de la Construction européenne* », PUF, 1997

Site de la Convention européenne, Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe :

<http://european-convention.eu.int/>

Le site Futurum est ouvert aux citoyens, aux associations et organisations désireux de suivre le débat sur l'avenir de l'Europe :

<http://europa.eu.int/futurum/>

La Déclaration de Laeken relative à l'Avenir de l'Union européenne, 2001 :

http://europa.eu.int/futurum/documents/offtext/doc151201_fr.htm

Vincent Grelet er uddannet i jura og statskundskab i Frankrig. Han er udsendt af det franske udenrigsministerium som gæsteforelæser ved Københavns universitet, hvor han underviser i Den Europæiske Union og i fransk retsvæsen.

Vincent Grelet est un juriste français, diplômé en droit et en science politique, envoyé par le Ministère des Affaires étrangères français auprès de l'Université de Copenhague. Chargé de cours à la faculté de droit, il enseigne l'Union européenne et le droit français.

La Convention sur l'avenir de l'Europe : bilan et perspectives

Marc Culot

Dansk resumé

Det Europæiske Råd besluttede i 2001 at indkalde et EU-konvent med henblik på at diskutere EU's fremtidige struktur. Hvilken rolle kommer denne forsamling til at spille? Begrebet konvent stammer fra ældre amerikansk og fransk statsret. Dette ikke-beslutningsdygtige organ har til formål at foreslå en europæisk forfatning. Konventet karakteriseres ved et flertal af nationale parlamentarikere med henblik på at sikre en direkte forbindelse til borgerne. EU-konventet deltager således i udformningen af en "pouvoir constituant" på det europæiske plan. De kommende måneder bliver afgørende for konventets forslag. Medlemsstaterne er stadigvæk traktaternes herrer, men ved at sende forfatningen til folkeafstemning i flere stater, end det var praksis hidtil, bidrager regeringerne til oprettelsen af en europæisk forfatningsret.

Introduction

La Convention pour l'avenir de l'Union européenne a été chargée, à la suite de la Déclaration de Laeken, adoptée les 14 et 15 décembre 2001 par le Conseil européen, de présenter un projet de réforme des institutions européennes destiné à remplacer les traités existants. Dans le cadre actuel, il est commun de dénoncer la lourdeur et la complication des traités. Leur manque de lisibilité et le défaut de définition claire de la répartition des compétences contribuent au manque de transparence des procédures européennes. La Convention est parvenue à se mettre d'accord sur la présentation d'un projet de Constitution pour l'Union européenne¹. On pourrait penser que cette nouvelle étape signifierait parallèlement l'instauration d'une procédure d'adoption, différente de la ratification des traités dans chaque Etat membre. Or, il n'en est rien. En l'état actuel des

¹ Le projet de Constitution présenté par la Convention est consultable sur le site de la Convention : <http://european.convention.eu.int>

choses, la nouvelle constitution européenne devra suivre un cheminement identique aux traités.

La construction d'une Europe constitutionnelle apparaît comme une tentative d'adaptation aux défis constitués par la globalisation. L'accusation de perte des identités nationales serait alors compensée par une intégration renforcée des Etats européens entre eux. Notre objectif est de présenter certaines questions particulières sur lesquelles les Etats européens auront à prendre position à l'occasion des futurs débats constitutionnels. Ces réflexions doivent être considérées comme une contribution au débat général sur l'avenir des institutions européennes

En vue de comprendre les conséquences qu'entraînerait l'adoption d'un texte constitutionnel, il serait intéressant de s'interroger dans un premier temps sur le statut de la Convention pour l'Avenir de l'Union européenne. Dans un second temps, nous étudierons dans quelle mesure la Convention participe à la formation d'un pouvoir constituant au niveau européen. Dans un troisième temps, enfin, nous envisagerons le sort du projet de Constitution européenne devant la Conférence Intergouvernementale

1. Le statut de la Convention sur l'Avenir de l'Europe

La Convention est née de la volonté du Conseil européen de préparer l'avenir de l'Union dans le contexte d'une Europe élargie non seulement du point de vue de ses compétences, mais aussi du point de vue du nombre de ses membres en raison de l'élargissement aux pays d'Europe orientale et centrale. Cette assemblée a reçu la dénomination de « Convention ». D'une part, il nous apparaît intéressant de replacer brièvement ce terme dans son contexte historico-constitutionnel. D'autre part, la composition de la Convention présente la particularité de comporter une majorité de parlementaires nationaux aux côtés des représentants des gouvernements et des institutions européennes.

1.1 La notion de Convention

L'idée d'une Convention apparaît relativement neuve dans la tradition constitutionnelle européenne, alors que le terme se retrouve en droit constitutionnel français et américain du 18^e siècle. Cette technique avait été utilisée dans le cadre européen à l'occasion de la rédaction de la Charte des droits fondamentaux. L'emploi du terme convention rappelle les travaux de la convention américaine à l'origine de la Constitution des Etats-Unis de 1787.

L'article V de la Constitution des Etats-Unis d'Amérique prévoit deux procédures différentes destinées à la révision de la Constitution. Si la première confie au Congrès des Etats-Unis le soin de faire des propositions d'amendements constitutionnels et aux

législatures des Etats de l'adopter, la seconde renverse les responsabilités en confiant aux législatures des Etats le pouvoir de réclamer la convocation d'une convention dont la mission sera de proposer des amendements². Etant donné que cette technique n'a jamais été utilisée en droit constitutionnel américain, l'étendue des pouvoirs de la convention reste un sujet de discussion théorique. Si certains auteurs soutiennent que cette convention retrouverait les caractéristiques de la convention originelle et serait l'incarnation du souverain, d'autres estiment que son champ de compétences serait limité par les souhaits des législatures des Etats à l'origine de la demande.

Le professeur Claude Klein nous rappelle que l'appellation « convention » suppose une illégalité originelle³. L'activité de la Convention emprunte des aspects à différentes méthodes conventionnelles. Ainsi, l'idée d'une assemblée émettant des propositions serait inspirée de la convention de type anglo-saxon. En droit constitutionnel français, le terme « Convention » désignait sous la Révolution française une assemblée élue et dotée de larges pouvoirs, notamment celui de proposer une Constitution⁴. La Convention à la française était également compétente en matière législative⁵, contrairement à la tradition anglo-saxonne où la Convention est uniquement chargée de la rédaction d'un texte constitutionnel. Instrument de proposition, la Convention pour l'avenir de l'Europe se rapprocherait ainsi plus de la conception anglo-saxonne que de la conception française⁶, ce qui laisserait planer le soupçon « d'illégalité originelle. »

1.2. Le rôle particulier des parlements nationaux

La composition de la Convention confie un rôle capital aux représentants des assemblées législatives des Etats membres. L'assemblée est composée d'une majorité de parlementaires nationaux⁷, alors que ceux-ci ne participaient à la rédaction des traités que de manière indirecte. La Convention répond, en partie, aux critiques sur le manque de démocratie au niveau européen.

La composition de la Convention démontre la place accordée aux parlements nationaux dans le respect des principes définis par la Cour constitutionnelle allemande à l'occasion de la compatibilité du traité de

² Klein, p. 29-30.

³ Idem, p. 33.

⁴ La Convention siégea de 1792 à 1795 et organisa la répartition des pouvoirs au début de la Première République. Elle fut la première assemblée française élue au suffrage universel direct.

⁵ Pour plus d'informations, voir Guchet p. 85 et s.

⁶ Le professeur Henning Koch défend l'idée d'une inspiration américaine du processus d'intégration européenne in Koch, p. 19.

⁷ 56 des 105 membres de la Convention sont issus des parlements nationaux, sans oublier 16 représentants du Parlement européen.

Maastricht à la Loi fondamentale de 1949⁸. Le professeur Jean-Marc Ferry résume ces principes sous l'expression de « *principe de Karlsruhe* » et le définit de la manière suivante :

C'est le principe selon lequel tout exercice de fonctions de souveraineté, au cours duquel des instances supranationales, qu'elles soient communautaires ou intergouvernementales, sont appelées à prendre des mesures opposables aux citoyens d'Europe, doit être susceptible d'une légitimation démocratique émanant des Parlements nationaux⁹.

Ce souci de légitimation démocratique fait partie des préoccupations auxquelles sont confrontées l'ensemble des institutions européennes. Le rôle des parlements nationaux a été considérablement renforcé, depuis 1992, dans tous les Etats membres pour combattre le déficit démocratique. Jusqu'en 1992, la problématique de la participation des assemblées des Etats membres au processus d'élaboration des actes de droit communautaire dérivé répondait aux inquiétudes liées au développement de la coopération supranationale communautaire. Il était commun de renvoyer les questions liées à la méthode intergouvernementale aux droits constitutionnels des Etats membres. A partir de 1992, s'est opérée une prise de conscience du rôle joué par les parlements nationaux non seulement d'un point de vue normatif dans la confection des actes communautaires, mais aussi du point de vue de la légitimité démocratique. Ce souci se retrouve désormais non seulement dans le cadre de la coopération supranationale que dans celui de la coopération intergouvernementale.

Cette évolution a connu une troisième étape avec la participation massive des parlements nationaux aux travaux de la Convention. Ceci démontre le souci porté par les gouvernements nationaux et les institutions européennes en vue de développer la légitimité démocratique des institutions et des normes européennes.

2. La Convention peut-elle être l'incarnation d'un futur pouvoir constituant européen ?

L'intérêt pour la légitimité démocratique prend de nouvelles dimensions en raison de la proposition de la Convention d'adopter une Constitution pour l'Union européenne. Les conventionnels sous la présidence de Valéry Giscard d'Estaing proposent ainsi une nouvelle étape dans la construction européenne. Sans préjuger des résultats des travaux de la Conférence Intergouvernementale qui se réunira à l'issue du second semestre 2003, il

⁸ Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande du 12 février 1992 (BverfGE 89, 155). Son siège est situé à Karlsruhe.

⁹ Ferry, p. 124-125.

serait intéressant de se demander si la Convention est l'incarnation d'un pouvoir constituant pour l'ensemble de l'Union européenne. Le projet de Constitution européenne nous amène à nous interroger dans un premier temps sur la définition du pouvoir constituant et dans un second temps sur la manière dont il peut s'exercer.

2.1. Qui dit nouvelle constitution, dit pouvoir constituant

Le travail de la Convention nous apporte un éclairage intéressant sur la nature d'un éventuel pouvoir constituant européen. Le compromis élaboré par la présidence de la Convention a été adopté par l'ensemble des diverses tendances représentées en son sein. La responsabilité de la rédaction du projet n'appartient plus aux seuls gouvernements nationaux, mais à une assemblée dont la légitimité apparaît composite en raison de la diversité de ces origines (parlements nationaux, gouvernements des Etats membres et institutions européennes).

A première vue, il n'est pas possible de parler à propos de la Convention d'un pouvoir constituant, étant donné que chaque version nationale du traité constitutionnel aura à respecter les prescriptions en vigueur dans chacun des Etats membres avant d'entrer en vigueur. Le pouvoir souverain que supposerait l'adoption d'un texte constitutionnel n'existerait pas. Or, le pouvoir constituant¹⁰ sert d'explication à la question de la légitimation du texte constitutionnel.

Nous touchons à un problème qu'il conviendrait de replacer dans une perspective plus large comprenant trois données différentes : un *Etat* se gouverne à l'aide d'une *Constitution* adoptée par un *pouvoir constituant*. Ces trois éléments apparaissent indissociablement liés dans la théorie constitutionnelle classique. Or, l'Union européenne ne constitue pas en Etat au sens traditionnel du terme. En l'absence d'une des données, les deux autres devraient donc perdre leur condition d'existence. La non-qualification d'Etat empêcherait donc l'utilisation juridique des termes de Constitution et de pouvoir constituant.

Cependant, il faut constater que la seule approche dogmatique de la naissance de la Constitution serait un obstacle à leur étude dans une perspective européenne. La distinction entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé nous apparaît ici utile¹¹. Le premier désigne le titulaire ayant posé le premier texte constitutionnel, tandis que le second correspond au titulaire compétent pour modifier le texte constitutionnel

¹⁰ Negri, p. 1: Antonio Negri définit le pouvoir constituant comme *la source toute-puissante et expansive dont émanent les normes constitutionnelles de tout ordre juridique, mais aussi comme le sujet même de cette production, comme une activité elle-même toute-puissante et expansive.*

¹¹ Culot, p. 123.

conformément à la procédure posée par l'acte constitutionnel en vigueur. Dans un premier temps, nous pourrions être tentés de qualifier le traité constitutionnel de nouvelle étape désignée à simplifier l'architecture institutionnelle communautaire. Certes, cette modification des traités serait réalisée à l'aide d'un processus remanié, ce qui nous éloignerait de l'idée d'un pouvoir constituant. En effet, il n'existerait toujours pas de pouvoir constituant originaire et nous serions toujours dans le cadre des traités originaires. Dans un second temps, il est nécessaire de prendre la pleine mesure de la signification de l'adoption d'un texte constitutionnel. Le pouvoir constituant originaire nécessite un acte politique fondateur, non conforme à l'ordonnancement juridique en vigueur¹². Il n'est pas possible de se contenter de faire référence à une hypothétique *Grundnorm* qui serait la référence de toute norme d'un ordre juridique donné¹³. Ce raisonnement va à l'encontre de la vision proposée notamment par le théoricien danois, Alf Ross¹⁴.

Le pouvoir constituant originaire ne nécessite pas l'existence d'une norme préétablie. C'est pourquoi les éléments traditionnels qui sont traditionnellement liés à la formation d'une Constitution ne sont pas forcément requis dans le cas d'une Constitution pour l'Union européenne. Nous retrouvons ici l'idée « d'illégalité originelle » que supposerait le recours à la technique de la Convention. Ainsi, un lien pourrait être établi entre le résultat des travaux de la Convention et un embryon de pouvoir constitutionnel originaire.

2.2. L'exercice du pouvoir constituant

Cependant, il convient de distinguer entre la compétence de proposer un texte et l'autorité compétente pour l'adopter. L'initiative doit, ici, être entendue dans une conception large. Elle désigne l'ensemble de la procédure entre la prise de décision de modifier l'ordonnancement juridique par l'adoption d'un nouveau texte et la présentation de ce texte à l'autorité compétente en vue de son adoption. Elle comprend donc une grande partie des travaux préparatoires, en particulier les travaux en comités spécialisés et commissions, mais il faudrait exclure les débats publics précédents l'acte formel d'adoption. L'initiative de présenter un texte de valeur constitutionnelle peut revêtir une dominance du pouvoir exécutif ou une dominante du pouvoir législatif. Dans le premier cas, il revient à l'Exécutif de présider à la rédaction du texte qui servira de support à la délibération. Dans le second cas, le Législatif occupe une place importante dans la confection du projet qui sera soumis à la délibération.

¹² Henrichsen, p. 243.

¹³ Böckenförde, p. 207.

¹⁴ Ross, p. 157.

La préparation d'un texte constitutionnel fait ainsi l'objet d'un travail collectif intense. A cet effet, plusieurs techniques d'adoption peuvent être envisagées. La solution la plus simple consisterait à faire appel à une assemblée élue déjà existante et qui serait chargée de rédiger le projet constitutionnel. L'élection d'une assemblée constituante spécialement chargée de procéder à la rédaction du projet serait une autre possibilité, mais ne semble pas retenir l'attention des autorités compétentes en Europe. Ces techniques d'adoption classiques conviennent difficilement aux structures actuelles de l'Europe.

En effet, dans le cadre d'un régime démocratique, il revient au peuple d'exercer son pouvoir souverain en adoptant une Constitution. La question restera ouverte quant à savoir s'il est nécessaire que ce peuple existe avant la Constitution. Il n'existe pas de peuple européen à proprement parler¹⁵. Au contraire, il existe différents peuples vivant sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne, sans qu'il soit permis de penser qu'ils ont conscience d'exercer un quelconque pouvoir constitutionnel.

En bref, la Convention a permis à la construction européenne de franchir une étape décisive en proposant une Constitution. Même si son travail s'est achevé, son impact devrait continuer à se faire sentir dans les années à venir. Savoir si les membres de la Convention seront appelés au même destin que les *founding fathers* de la Constitution des Etats-Unis de 1787 semble prématuré. Cette gloire *a posteriori* dépendra du sort réservé par la Conférence Intergouvernementale au projet de la Convention.

3. Le rôle de la Conférence Intergouvernementale

La Convention a présenté, le 18 juillet 2001, un projet de Constitution européenne. En l'état actuel des choses, la Convention n'est pas une assemblée dotée d'un pouvoir décisionnel autonome. L'absence de peuple européen pourrait constituer un obstacle à la formation d'un Etat européen. L'adoption d'un texte constitutionnel pour l'ensemble de l'Union européenne constituerait une avancée historique, à la fois politique et juridique, exceptionnelle. Cependant, de nombreuses questions restent aujourd'hui ouvertes. Nous en aborderons principalement deux d'entre elles. La première porte sur la nature réelle du texte proposé par la Convention. La dénomination du texte n'est pas encore fixée puisqu'il existe des hésitations sur la question de savoir si la Conférence Intergouvernementale préférera l'appellation « traité constitutionnel », qui rappelle la nature internationale de la coopération européenne à celle de « Constitution », qui se rapprocherait d'une conception plus fédéraliste. S'agit-il véritablement de la constitution d'une collectivité appelée Union européenne ? La seconde

¹⁵ Ferry, p. 126. Cf également *infra*, note 17.

question a trait aux conséquences du sort que réservera la Conférence Intergouvernementale au résultat des travaux de la Convention.

3.1. La nature du texte proposé : Constitution ou traité ?

Il n'est pas encore clair sous quelle appellation le texte issu des travaux de la Conférence Intergouvernementale sera soumis aux procédures de ratification dans les Etats membres. Deux conceptions s'affrontent. D'un côté, la Convention a présenté un projet de Constitution, appellation qui tranche de façon claire et précise avec les traités qui avaient défini la structure de l'Union jusqu'à maintenant. Toutefois, il n'est pas certain que le terme de traité soit totalement abandonné.

Formellement, les Etats membres vont ratifier le texte constitutionnel dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'un nouveau traité. Dans certains Etats, il sera fait appel aux juridictions constitutionnelles pour contrôler la compatibilité du traité constitutionnel avec les dispositions constitutionnelles nationales. Des révisions constitutionnelles se révéleront, sans doute, nécessaires afin de rendre possible le processus de ratification. Suivant le contenu des dispositions constitutionnelles nationales, la ratification nécessitera le recours à des procédures particulières et notamment le référendum¹⁶. Le recours au référendum dans de nombreux Etats membres distingue par rapport aux ratifications des traités européens précédents.

Il serait facile de dire que le débat autour de la constitution européenne est factice, puisque cette constitution existe matériellement sous la forme des traités. Or, selon le philosophe Jean-Marc Ferry, on peut constater une « *constitutionnalisation jurisprudentielle rampante des traités existants* »¹⁷. Toutefois, il existe une différence substantielle entre élaborer une Constitution et un traité. La négociation diplomatique ne répond pas aux exigences de transparence et d'ouverture vis-à-vis de l'opinion publique. L'adoption d'une Constitution réclame l'intervention d'un pouvoir souverain et non la ratification d'accords intergouvernementaux par des assemblées parlementaires¹⁸. La voie jurisprudentielle n'apparaît pas plus adaptée en raison de l'absence de participation directe ou indirecte du souverain.

¹⁶ Plusieurs Etats membres ont déjà fait savoir que le projet de constitution serait soumis à un référendum. La France et le Danemark, par exemple. Dans d'autres Etats, comme l'Allemagne, l'absence de recours à la technique du référendum amènerait les autorités étatiques à suivre les procédures traditionnelles de ratification.

¹⁷ Ferry, p. 88.

¹⁸ Idem.

Une Constitution peut se définir de plusieurs manières différentes¹⁹. Selon le constitutionnaliste allemand Ernst-Wolfgang Böckenförde, elle désigne *l'ordre fondamental juridique de l'Etat (...), ou plus largement de la collectivité, auquel revient un rang particulier par rapport aux lois et aux autres sources de droit et qui rayonne dans tous les domaines de l'ordre juridique*²⁰. Selon cette conception, un ordre juridique non étatique pourrait adopter un document à valeur constitutionnelle. Le problème se posera quant à déterminer la portée du rayonnement du texte constitutionnel dans tous les domaines de l'ordre juridique. La Constitution propose, en effet, le maintien des acquis de la construction communautaire en maintenant la distinction entre deux sphères juridiques différentes, une sphère européenne et une sphère nationale. Les rapports entre les constitutions nationales et la Constitution européenne ne seraient toujours pas clairement réglés, même en cas d'adoption d'une Constitution européenne²¹.

Toutefois, l'annonce de référendums dans de nombreux Etats membres nous rapproche de l'idée de la formation d'un pouvoir constituant sur le plan européen. Certes, il ne dispose pas d'autonomie par rapport aux Etats, mais la multiplication des consultations populaires dans les différents Etats membres amorce le rapprochement de leurs populations. Les procédures demeurent nationales et démontrent la soumission du droit européen aux différents droits constitutionnels nationaux au cours du processus de ratification.

Ainsi, les gouvernements nationaux continuent de jouer un rôle essentiel dans la confection des traités, tout en jouant un rôle important dans leur application par l'intermédiaire du Conseil des ministres. L'Europe reste l'affaire des Etats. En définitive, l'appellation « traité constitutionnel » correspondrait mieux à la réalité si nous nous plaçons dans une optique formelle de ratification. Cependant, la convocation simultanée de référendums dans plusieurs Etats membres nuance cette image et pourrait constituer un embryon de pouvoir constituant.

¹⁹ Burdeau, p. 50 et s.

²⁰ Böckenförde, p. 205.

²¹ Cette difficulté se manifeste, en particulier, dans les rapports entre les cours constitutionnelles nationales et la Cour de Justice des Communautés européennes. Si la Cour a étendu la jurisprudence de l'arrêt Costa/ENEL (15 juillet 1964) au droit constitutionnel national en refusant aux Etats membres de se prévaloir de dispositions constitutionnelles en vue de faire obstacle à l'application du droit communautaire, plusieurs juridictions constitutionnelles nationales ont rappelé les limites constitutionnelles au processus de construction européenne. Nous pouvons citer en exemple, l'arrêt Maastricht de la Cour suprême danoise (UfR 1998, p. 800H) et la décision du Conseil constitutionnel français du 9 avril 1992 (308 DC), également relative au traité de Maastricht.

3.2. Les conséquences sur la ratification du texte des travaux de la Conférence Intergouvernementale

La réunion de la Conférence intergouvernementale, à partir du mois d'octobre 2003, apparaît déterminante pour la nature de la future Constitution européenne. Eloigner la confection du texte des milieux diplomatiques traditionnels a contribué à élargir le potentiel théorique de légitimité, mais il n'en demeure pas moins que les gouvernements nationaux restent, pour l'instant, les maîtres du jeu²². Si la Conférence adopte le projet de la Convention sans modifications substantielles, cette dernière sera considérée, à juste titre, comme le véritable rédacteur de la Constitution européenne. Si jamais la Conférence Intergouvernementale s'attelle à un travail de réécriture du projet et altère la substance de l'équilibre général du projet, les travaux de la Convention auront toujours la valeur accordée aux travaux préparatoires d'une commission d'experts réunis sur un sujet précis, mais la formation d'un véritable pouvoir constituant serait sérieusement compromise. Nous voyons trois domaines qui pourraient être à l'origine d'une remise en cause de l'équilibre du projet de la Convention :

- une rupture de l'équilibre général, notamment sur les rapports entre les institutions communautaires, d'une part, et sur les rapports entre institutions nationales et européennes, d'autre part ;
- ou de manière plus large, une révision des pouvoirs exercés par les Etats et de leurs poids respectifs dans le fonctionnement de l'Union européenne ;
- une remise en cause des avancées sur les droits de participation politique des individus.

Déterminer la nature que revêtira l'Union européenne même après l'adoption de la Constitution n'est pas un exercice aisé. Traditionnellement, le débat a tourné autour d'une caractérisation soit sous la forme d'une fédération, soit sous la forme d'une confédération²³. La polémique entre

²² Fernandez 1997, p. 14 et s.

²³ Isaac 1999, p. 324 : Un régime confédéral impliquerait le transfert de compétences spécifiques telles que la défense et la politique étrangère, les Etats conservant leur souveraineté dans les autres matières. Même si la participation à l'Union européenne implique la participation à la politique extérieure et de sécurité commune, il n'est pas encore possible de la caractériser de *politique unique* en matière de politique étrangère et de défense. Le fonctionnement institutionnel de l'Union rappelle plutôt celui d'une fédération en raison du recours à la majorité des Etats et non à l'unanimité, l'existence d'un parlement élu directement et les liens directs entre l'Union et les citoyens des Etats membres. Cependant, il n'est pas possible de parler de fédération en raison de la nature internationale de l'acte fondateur, des prérogatives dont continuent de disposer les Etats

tenants de la théorie internationaliste et soutiens de la théorie supranationaliste ne sera pas enterrée par le simple fait de ratifier la Constitution. Elle constitue cependant un pas certain, mais non décisif, en direction des seconds.

Conclusion

Nous nous sommes contentés d'effleurer plusieurs questions touchant au projet de Constitution européenne. Nous nous limiterons donc à un bref rappel du rôle joué par la Convention. L'Union européenne reste encore aujourd'hui une association d'Etats qui ont décidé d'exercer en commun certaines compétences qu'ils ont eux-mêmes déterminés, donnant naissance à un nouvel ordre juridique²⁴. Un pouvoir constituant voit le jour lorsqu'un peuple décide de faire usage de son pouvoir souverain.

A bien des égards, la tâche à laquelle la Convention sur l'avenir de l'Europe apparaissait impossible, mais elle s'en est tirée avec les honneurs. Attendre la naissance d'un peuple européen apparaît encore aujourd'hui illusoire. Les sentiments européens existent d'ores et déjà, mais ils ne correspondent pas à un étalage d'images romantiques ou d'*ex-voto*²⁵ passés de mode. La Convention contribue à la formation d'un nouvel instrument de formation d'une conscience européenne, première manifestation d'un pouvoir constituant à l'échelle de l'Europe.

Bibliographie:

- Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Le droit, l'Etat et la construction démocratique*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 2000.
- Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, *Droit constitutionnel*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1997.
- Marc Culot, *Suverænitet og folkeafstemning*, in Hanne Petersen et al., *Staten i forandring*, Copenhague, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, p. 121.
- Moïse Fernandez, *La participation des parlements nationaux à la construction européenne*, Thèse soutenue à l'Université de Tours le 14 juin 1997 sous la direction de M. Jean Rossetto, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires du Septentrion.

membres sur le plan international, et surtout de l'absence de pouvoir propre à l'Union de modifier la répartition des compétences.

²⁴ Koch 2001, p. 27. Voir également l'article 88-1 de la Constitution française.

²⁵ Un *ex-voto* désigne un objet symbolique placé dans une Eglise en vue d'exaucer un vœu ou en guise de remerciement pour l'obtention d'une grâce.

- Jean-Marc Ferry, *La question de l'Etat européen*, Paris, Gallimard, 2000.
- Yves Guchet, *Histoire constitutionnelle française (1789-1958)*, Paris, Editions Européennes Erasme, 2^e édition, 1990.
- Carsten Henrichsen, *Moderne Retsvidenskab*, Copenhague, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.
- Guy Isaac, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 7^e édition, 1999.
- Claude Klein, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, Presses Universitaires de France, 1996.
- Henning Koch, *Det Europæiske Statsfællesskab – et trojansk næbdyr*, in Hanne Petersen et al., *Staten i forandring*, Copenhague, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001, p. 17.
- Antonio Negri, *Le pouvoir constituant*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.
- Alf Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, Copenhague, Nyt nordisk Forlag – Arnold Busck, 3^e édition revue et corrigée par Ole Espersen, 895 pages.

Marc Culot er uddannet jurist fra Sorbonne, Frankrig. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/>
E-mail: Marc.Culot@jur.ku.dk

Det nationalstatslige system –
kvalitetsdesign?

Arrivasagen

Om denationalisering af den kollektive jernbanetrafik
i lyset af fællesskabsretlige og nationale udbudsregler

Carsten Henriksen

1. Indledning. Historiske perspektiver

Det velkendte slogan "Ud at se med DSB" har i bogstaveligste forstand fået begrænset sin rækkevidde, efter at DSB tabte den første store udbudsrunde for de danske jernbanestrækninger i december 2001. En række midt- og vestjyske banestrækninger på i alt 500 km – svarende til ca. 15 % af DSB's trafik – overgik ved den lejlighed til det britiske trafiksselskab Arriva for en 7-årig kontraktperiode (2003-2010). Tilbage stod DSB som den store taber, der måtte lide den tort at se sit eget tilbud underkendt som et "ubilligt overbud" – i udbudsretlig terminologi et "unormalt lavt tilbud" og i konkurrenceretlig forstand et "dumpingtilbud" i strid med det for statsvirksomheder gældende forbud mod krydssubsidiering af udbudte kontrakter.

Der er en verden til forskel fra denne sag og den bekendte Storebælt-sag¹, som med EF-Domstolens mellemkomst i 1993 åbnede de danske myndigheders øjne for de EU-retlige udbuds- og konkurrenceregler. I den sidstnævnte sag blev Danmark dømt for overtrædelse af en stribe bestemmelser i EU-traktaten (art. 30, 48 og 59) og i et dagældende EU-direktiv om bygge- og anlægsvirksomhed. Centralt i sagen stod et af EU-rettens grundprincipper: ligebehandlings- eller ikke-diskriminationsprincippet, hvor den danske stat blev grundigt belært om, at den famøse "køb dansk-klausul" i udbudsbetingelserne for Storebæltsbroen var retsstridig.

Det var – på sæt og vis – det samme princip, som fandt anvendelse i Arrivasagen, nu med modsat fortegn, nemlig som begrundelse for at underkende et bud, der notorisk var væsentligt lavere end konkurrenternes. Beslutningen blev truffet af Trafikministeriet (TM) som ordregiver, med en nytiltrådt konservativ minister som den politisk ansvarlige beslutningstager, og affødte omgående et politisk røre med beskyldninger om, at ministeren – og den nye VK-regering – var i gang med et ideologisk felttog mod den nationale

¹ *Kommissionen mod Danmark*, sag C-243/89, saml. 1993 s. I-3353.

trafikbetjening, som DSB varetager. Denne påstand var dog – umiddelbart – let at afvise for ministeren, der kunne henvise til en enstemmig beslutning i Folketinget om at sende jernbanetrafikken i udbud. Dette faktum ændrer imidlertid ikke ved, at beslutningen om at afvise DSB's tilbud som unormalt lavt var exceptionel selv efter EU-målestok.

2. Arrivasagen i tematisk belysning

Var DSB's – lave – tilbud en overraskelse for TM – og det var det utvivlsomt – var det til gengæld ingen større overraskelse, at valget faldt på en udenlandsk operatør. Måske lige bortset fra, at netop Arriva, som stillede med det næstlaveste tilbud, var kendt – og berygtet – for sine meriter i både England og Holland. Når det nu ikke skulle være DSB, der løb med ordren, har det imidlertid utvivlsomt gjort valget af Arriva lettere, at netop dette selskab i Danmark havde indlagt sig visse fortjenester efter overtagelsen af det kuldsejlede danske busselskab "Combus" formedelst 1 (én) Dkr. På denne baggrund kunne det – retrospektivt – nærmest se ud som om, at der mellem linjerne i udbudsbetingelserne stod indskrevet en "køb britisk-klausul".

I hvert fald blev det spørgsmål hurtigt rejst, om DSB havde været udsat for en diskriminerende behandling med det formål at sikre, at der også i fremtiden ville være et marked for udenlandske operatører på det danske jernbanenet. Et ubrudt DSB-monopol på trafikbetjeningen ville selvsagt vanskeliggøre fremtidige udbud, og et monopol, der endda måtte være i stand til helt at udkonkurrere udenlandske operatører, ville være nær sagt umuligt at slippe af med. Der har derfor fra starten været stærke politiske kræfter for at køre DSB ud på et "sidespor" – spørgsmålet var kun, hvordan dette skulle ske. Her kunne DSB's ekstraordinært lave tilbud synes at være en gave til den til enhver tid siddende trafikminister, der hermed fik en løsning på problemet serveret på et sølvfad.

Trafikministerens beslutning er siden – efter anmodning fra Folketingets Trafikudvalg – blevet gransket af Rigsrevisionen (RR), der har aflagt en beretning, som i det store og hele frikender TM for "urent trav".² Derudover er beslutningen blevet indbragt for Klagenævnet for Udbud, der har afvist at behandle en del af klagepunkterne, og som derudover har stillet sagen i bero på indhentelse af yderligere oplysninger fra ministeriet.³ De følgende bemærkninger er udelukkende baseret på det således foreliggende kildemateriale – hele det bagved liggende materiale, som har dannet grundlag for ud-

² Beretning 30/4 2002 om Trafikministeriets valg af operatør på jernbanestrækninger i Midt- og Vestjylland, som afgivet til Folketinget af Statsrevisoratet 8/5 2002 (www.folketinget.dk/baggrund/statsrev/1201.htm; henvisninger i det følgende gælder denne udgave).

³ KLFU 4/10 2002 *Statsansattes Kartel mod Trafikministeriet*.

budsprocessen, er ikke inddraget, hvorfor der ikke her tilstræbes nogen endelig stillingtagen til spørgsmålet om berettigelsen af TM's afvisning af DSB's tilbud.

Hensigten med den foreliggende artikel er primært at undersøge holdbarheden af Rigsrevisionens konklusioner ud fra dens egne præmisser samt (kort) at vurdere mulighederne for en videre behandling af sagen i det almindelige klage- og domstolssystem. Den retlige kvalificering af det hovedspørgsmål, der herved skal tages op, kan enkelt foretages, som det blev gjort i et folketingsspørgsmål til ministeren:⁴ "Vil ministeren oplyse, om den danske stat handlede i overensstemmelse med gældende EU-regler, da den i forbindelse med licitationen underkendte budet fra DSB og i stedet indgik kontrakt med Arriva om togdriften i "Midt- og Vestjylland?"

Hertil svarende ministeren kort: "Det er TM's vurdering, at afvisningen af DSB's tilbud og indgåelsen af kontrakt med Arriva skete i overensstemmelse med gældende EU-regler." De fællesskabsretlige (udbuds-)regler anses dermed som selve grundlaget for en retlig vurdering af lovligheden af trafikministerens beslutning om at bortse fra DSB's tilbud. I realiteten var beslutningen bestemt af nogle underliggende – nationale – regelsæt, der nok udgør en præcisering af gældende EU-regler, men som i flere henseender skærper kravene til grundlaget og forudsætningerne for den danske stats-virksomheds bud.

Arrivasagen kan på den måde ses som et eksempel på en "denational værdipræget rettighedsudvikling" med vidtgående perspektiver for den kollektive trafik. Den illustrerer, hvorledes en overeksponeret og muligt ideologisk bestemt vægtning af private særinteresser over for kollektive interesser kan fremme en afnationalisering af den kollektive trafik med usikre samfundsmæssige gevinster til følge. Skønt denne påstand kan naturligvis kun tjene som en arbejdshypotese, som den følgende analyse vil kunne be- eller afkræfte gyldigheden af. Hypotesen underbygges dog i hvert fald på det faktuelle plan af udviklingen af DSB's virksomhed.

Som en tidstypisk reaktion mod den historiske "lære" fra 1864⁵ er DSB godt i gang med at realisere ideen om, at "hvad indadtil tabes skal udadtil vindes" ved at lægge billet ind på forsyningen af de svenske og norske jernbanestrækninger.⁶ Dermed bliver der tale om en denationalisering af den kollektive trafik i dobbelt forstand. Forholdet kompliceres yderligere af, at DSB efterfølgende – pga. operatørsvigt – midlertidigt har (gen-)overtaget

⁴ Spm. S 2977 2003 ved Jens Peter Verner (S).

⁵ Til orientering for nordiske læsere søgte Dalgas i slutningen af 1800-tallet at indgive danskerne nyt mod med opfordringen til at lægge de jyske hedestrækning under plov efter devisen: Hvad udadtil tabes, skal indadtil vindes.

⁶ DSB vandt i 2002 i samarbejde med svenske Tågkompaniet en licitation på kørslen af Roslagsbanen i det nordøstlige Stockholm (www.dsb.dk/nyheder).

driften af nogle af de udliciterede Midt- og Vestjyske jernbanestrækninger. Skæbnens ironi ville således, at Arrivas overtagelse af trafikbetjeningen startede som en eklatant fiasko med utallige togaflysninger og -forsinkelser, som en overgang skabte alvorlig tvivl om selskabets egnethed som operatør.⁷

3. Samfundsøkonomiske konsekvenser

Ved udbuddet af de jyske banestrækninger havde ministeriet forbeholdt sig ret til at foretrække "det økonomisk mest fordelagtige tilbud", som er det ene af de to mulige tildelingskriterier, som en ordregiver kan vælge imellem ved udbud af tjenesteydelser – det andet kriterium er "laveste tilbud".⁸ Kriteriet omfatter udelukkende egenskaber ved den udbudte ydelse, fx pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetik, funktionsmæssig værdi o. lign. Derimod kan et tilbud ikke – ud fra dette kriterium – vurderes i forhold til de samfundsøkonomiske konsekvenser. Dette sidstnævnte kriterium forudsættes der at være gjort op med ved selve beslutningen om overhovedet at udbudssætte en offentlig ydelse.

De formodede samfundsøkonomiske fordele har da også til stadighed i den politiske debat været fremhævet som det vigtigste formål med at sætte persontrafikken på skinner i udbud, og det ville være urealistisk i en redegørelse for denne sag at bortse fra dette alt overskyggende hensyn, selv om det ikke – lovligt – har kunnet inddrages i den aktuelle udbudsproces. I alle trafikpolitiske redegørelser siden begyndelsen af 1990'erne har der været talt om behovet for at styrke jernbanetrafikken i konkurrencen med den stadig mere vildtvoksende, miljøbelastende, private biltrafik. Alligevel har jernbanetrafikkens markedsandel gennem de seneste årtier været faldende, samtidig med at den har beslaglagt stadig større offentlige ressourcer.

Forklaringen på denne udvikling har man ligeledes været enig om at se i en ineffektiv statslig monopolvirksomhed, som i stigende grad har lukket sig om sig selv med svigtende kundeorientering til følge. Løsningen har –

⁷ Problemerne blev allerede taget op i en forespørgselsdebat i Folketinget, F 34 2003 og gav siden anledning til en lang række spørgsmål til trafikministeren og statsministeren. Problemerne er dog siden blevet overvundet i en sådan grad, at selskabet for tiden nærmest overopfylder kontrakten med "tog til tiden" (jfr. Banestyrelsens kvalitetsmålinger for maj 2003).

⁸ I begge tilfælde gælder som udgangspunkt et *forhandlingsforbud* i forhold til de bydende, hvorefter der navnlig ikke må forhandles om priser. Forbuddet, der er afledet af det i EU-retten gældende ligebehandlingsprincip, og som bl.a. har fundet udtryk i en fælleserklæring fra Rådet og Kommissionen (EFT 1994 L 111/114), kan dog i særlige tilfælde fraviges, således at der foretages udbud "efter forhandling"; denne mulighed blev udtrykkelig fravalgt af TM pga. ministeriets nære tilknytning til DSB, som ville kunne skade udbudsprocessens troværdighed, jfr. RR Beretning, s. 15.

på det principielle plan – ligget lige for: omdannelse af jernbanevirksomheden til en virksomhed, der agerer på forretningsmæssige vilkår. Det er en løsningsmodel, som har vundet bred tilslutning i de europæiske fællesskaber, og som – på det strukturelle plan – har fundet nærmere udtryk i et Rådskdirektiv fra 1991 om ”udvikling af Fællesskabets jernbaner”.⁹ Heri fastslås, at ”det er vigtigt, at jernbanerne gøres mere effektive, så de kan integreres i et konkurrencemarked”. De praktiske tiltag til sikring heraf er i hovedsagen som følger:

- Omorganisering af de statslige jernbanevirksomheder til ”selvstændige virksomheder” med egen ledelse, administration og kapital
- Organisatorisk og regnskabsmæssig adskillelse mellem driften af transportydelse og forvaltningen af infrastrukturen
- Fastholdelse af det statslige ansvar for udvikling af passende jernbaneinfrastruktur
- Indførelse af faste takster for transportvirksomhedernes brug af jernbaneinfrastrukturen
- Fastsættelse af ret til at indgå i sammenslutninger med jernbanevirksomheder i andre medlemsstater

På denne baggrund blev DSB i 1998 omdannet til en ”selvstændig offentlig virksomhed” med egen ledelse og bestyrelse og med TM som ejer i et aktieselskabslignende forhold.¹⁰ Forinden var Banestyrelsen blev oprettet ved særskilt lov til varetage af statens jernbaneinfrastruktur, herunder med bemyndigelse til opkrævning af afgifter,¹¹ og med jernbaneloven af 1998 blev der åbnet mulighed for adgang til infrastrukturen for andre operatører end DSB. Ministeren bemyndigedes herved til at indgå – forhandlede eller udbudte – kontrakter om jernbanetrafik udført som offentlig service. Således indgik trafikministeren i 1999 en kontrakt med DSB om passagertrafikken, foreløbigt gældende indtil 2004.¹² Som led i et politisk forlig blev det samtidig aftalt at åbne infrastrukturen gradvis for andre operatører, herunder så-

⁹ Jfr. supplerende Rådskdirektiver 95/18 om jernbanelicenser og 95/19 om infrastrukturkapacitetstildeling og -afgifter.

¹⁰ Lov 485 1998 om den selvstændige offentlige virksomhed DSB. Ved samme lejlighed blev DSB S-tog udskilt som datterselskab (DSB S-tog A/S). Ligeledes blev godstrafikken udskilt i et A/S, der senere er blevet frasolgt med økonomiske tab til følge, se RR Beretning 31/10 2001 om DSB’s afvikling af egen godsvirksomhed.

¹¹ Lov 1230 1996 om Banestyrelsen, der oprettedes ved udskillelse af en række funktioner fra DSB (se RR Beretning 12/6 2002 om Banestyrelsen).

¹² Efter denne kontrakt får DSB årligt 2,9 mia. kr. for at køre fjern- og regionaltrafik og 700 mio. kr. – stigende til 1,1 mia. kr. – for kørsel med S-tog. De samlede udgifter til jernbanetrafikken, inklusive infrastrukturelle udgifter, andrager ca. 7 mia. kr. om året.

ledes at der inden udgangen af 2003 kunne udbydes op til 15% af DSB's aktiviteter.¹³

Gennem den forhandlede kontrakt med DSB drives togtrafikken inden for rammerne af en nettokontrakt, hvor indtægterne er en kombination af direkte billetindtægter og et fast årligt tilskud, der er bundet op på en række minimumskrav til trafikomfang og betjeningsniveau, og som derudover rummer elementer af bod afhængig af den gennemførte togtrafiks regularitet. Dermed er der i styringen af DSB indlagt en række incitamenter til øget kundeorientering, som også har vist sig at virke i praksis på den måde, at DSB i de senere år har genereret et stigende økonomisk "overskud" af anseelig størrelse og i virkeligheden langt over forventning. Realiteten er således, at DSB såvel i dag som på tidspunktet for udbudet af de jyske banestrækninger må betragtes som en særdeles veldrevet virksomhed. Dette indtryk blev bekræftet af trafikministeren i en forespørgselsdebat i Folketinget i 2002 og blev yderligere befæstet af et tilbud fra DSB's bestyrelse om en reduktion af den forhandlede kontraktbetaling med 1 mia. kr. over en 3-årig periode (2002-04).¹⁴

Forklaringerne på denne utvivlsomme succes varierer imidlertid. For regeringspartierne er den utvivlsomt et resultat af den planlagte konkurrenceudsættelse af jernbanevirksomheden. Den statslige gevinst ved de kommende udbud af togtrafik skal med trafikministerens ord "måles i milliarder".¹⁵ Den generelle antagelse om – direkte og indirekte – fordele ved udbud deles i hvert fald også af Europa-Kommissionen, som allerede i år 2000 stillede forslag til en forordning om offentlig støtte til landtransport, hvorefter al offentlig støtte til bus- og togtrafik skulle gives på grundlag af kontrakter, som skulle sendes i offentlig udbud. Med andre ord et forslag, som ville betyde, at hele den danske togtrafik skulle i udbud på én gang.¹⁶ Regeringen har dog vedstået de hidtidige aftaler om en etapevis liberalisering af jernbaneområdet. Samtidig har man afvist at følge det engelske eksempel med en privatisering af infrastrukturen (banenettet).¹⁷

¹³ Udbuddet blev aftalt i 1997 mellem den daværende SR-regering og højrefløjens partier (CD, V og K) og præciseredes i finanslovsaftalen med venstrefløjens partier i 1999 (SF og EL).

¹⁴ Forespørgsel nr. F 14 2002 og Spm. S 603 2002. DSB's tilbud, der blev afgivet omtrent samtidig med indgivelsen af tilbud på de udbudte banestrækninger, var ledsaget af et ønske om, at pengene skulle bruges til tiltrængte investeringer i skinnenettet.

¹⁵ Trafikministerens redegørelse under forespørgselsdebatten, op. cit. (nr. F 14/2002).

¹⁶ Forslaget kunne ikke vinde tilslutning i Rådet, jfr. Trafikministerens oplysning herom under forespørgselsdebatten, op. cit. (nr. F 14 2002).

¹⁷ Det britiske selskab "Railtrack" måtte i 2001 sættes under administration, efter at man havde konstateret, at egenkapitalen var væk, og selskabet stod uden lånemuligheder i kølvandet på en række dramatiske tog-havarier som følge af svigtende vedligeholdelse af banenettet, jf. Jesper Jespersen i Informations kronik 24/1 2001.

Kontrakten med Arriva betød umiddelbart en besparelse på ca. 26% i forhold til det nuværende statslige tilskud til driften på de udliciterede strækninger.¹⁸ Med lidt simpel hovedregning, der naturligvis må tages med en del forbehold, svarer det til en årlig besparelse på 750 mio. i nutidskroner, hvis hele DSB's togtrafik (fraregnet S-togtrafikken) blev sat i udbud på lignende vilkår.¹⁹ DSB har som ovenfor nævnt kunnet præstere et milliardoverskud over en 3-årig periode, svarende til en årlig besparelse på ca. 330 mio. kr., hvorfor der umiddelbart måtte synes at være en ikke ubetydelig samfundsøkonomisk fordel ved at fortsætte udliciteringsprocessen. Spørgsmålet er imidlertid, om de samme – eller bedre – resultater kunne opnås ved at fastholde DSB som dominerende jernbaneoperatør på basis af forhandlede kontrakter som ovenfor nævnt.

Spørgsmålet skal ses i lyset af de væsentlig større besparelser, som DSB kunne stille i udsigt med sit – lavere – tilbud, og som androg det dobbelte af Arrivas tilbud, altså ca. 50%.²⁰ Spørgsmålet er selvsagt noget hypotetisk, siden det jo er omtvistet, hvorvidt dette tilbud overhovedet var realistisk. Men selv i det worst case scenario, som TM's egen rådgiver opstillede for DSB's tilbud, ville prisen ligge væsentligt under, hvad Arriva nu skal have for ydelsen, svarende til en beregnet prisreduktion på ca. 33%. På den anden side er det helt usikkert, om DSB ville være i stand til at præstere lignende tilbud i fremtiden – for nærværende kan det nærmest betragtes som kontra-indiceret af underkendelsen af selskabets tilbud i den foreliggende sag. Og selv om der ville kunne regnes med besparelser i nævnte størrelsesorden, vil det fortsat være ganske usikkert, i hvilken udstrækning de ville kunne tilskrives den fortsatte konkurrenceudsættelse af DSB's virksomhed. Påstanden herom svæver frit i luften – den er i hvert fald vanskelig at dokumentere.

4. Retlige implikationer

Det er efter det ovenstående klart, at der har været meget stærke økonomiske interesser forbundet med udbuddet af de jyske banestrækninger, og det er på denne baggrund ikke urimeligt på forhånd at antage, at ønsket om at vælge en udenlandsk operatør kan have indvirket på udbudsprocessen. Det er i realiteten også denne påstand om, at fravalget af DSB's tilbud kan have været påvirket af usaglige hensyn, som ligger til grund for Folketingets an-

¹⁸ Jfr. RR beretning, op. cit., s. 14.

¹⁹ Opgjort som 25% af det samlede tilskud på knap 3 mia. kr., jfr. ovenfor note 12.

²⁰ DSB's tilbud var ca. 600 mio. kr. lavere end Arrivas. Lægges hertil tabet ved mistede indtægter fra denne del af DSB's kontrakt på knap. 300 mio. kr., andrager det samfundsøkonomiske tab ved valget af Arriva – isoleret set – noget nær milliardklassen, jfr. Lars Abild, Berl. Tidende 2/5 2002.

modning om at få en retlig vurdering af sagsforløbet hos RR. Formålet med RR's undersøgelse angives da også at have været at "belyse og vurdere TM's håndtering af udbudsprocessen, herunder om ministeriet har efterstræbt formålet med udbudet, nemlig at opnå den økonomisk mest fordelagtige aftale for staten" (s. 2).

RR retter kritik mod enkelte punkter i ministeriets behandling af DSB's tilbud, men konkluderer overordnet, "at håndteringen af udbudsprocessen har været tilfredsstillende, for så vidt angik udbudsmateriale, planlægning, evaluering og valg af operatør" (s. 3). Statsrevisorernes endelige stillingtagen foreligger endnu ikke,²¹ men det bemærkes, "at undersøgelsen ikke har omfattet alle præmisser for DSB's bud", og det kritiseres endvidere, "at TM ikke var forberedt på, at en eller flere budgivere kunne fremkomme med et bud, der lå væsentligt under de øvrige bud", samt "at forløbet af TM's afvisning af DSB's bud ... har været præget af usikkerhed og fejlprocedurer" (s. 31).

Statsrevisorernes forbehold mht. afgrænsningen af RR's undersøgelse har formentlig ingen betydning for den retlige vurdering af TM's sagsbehandling. Væsentligst i denne forbindelse er, at RR ikke har gennemgået og vurderet den kontrakt, der blev indgået med Arriva, men denne side af sagen har klart nok ingen direkte²² betydning for vurderingen af underkendelsen af DSB's tilbud. Når fravalget af DSB's tilbud skyldes, at det blev vurderet som urealistisk, er en sammenligning af (behandlingen af) de to tilbud uden retlig interesse.²³ At DSB's tilbud i så henseende er blevet vurderet ud fra andre og til dels skærpede kriterier, ændrer heller ikke herved, eftersom denne vurdering er foretaget ud fra et for DSB's tilbudsgivning gældende særskilt regelgrundlag.²⁴ Spørgsmålet er alene, om vurderingen af DSB's

²¹ Den finder først sted i forbindelse med afgivelsen til Folketinget af den endelige betænkning over statsregnskabet for 2002.

²² En nøjere vurdering af Arrivas tilbud i lyset af dette selskabs hidtidige meriter kunne måske nok have sat vurderingen af DSB's tilbud i et andet lys, men dette forhold er der retligt set gjort endeligt op med i forbindelse med TM's prækvalificering af tilbudsgivere, herunder anerkendelse af Arriva som et egnet operatørselskab; cfr. den engelske trafikforsker, professor John Whitelegg med påstand om, at Arriva har kørt sin engelske togforretning "katastrofalt dårligt" (citater fra Politiken 30/12 2001), og at også den hollandske togdrift har givet store underskud (Morten Crone i Berl. Tidende 28/1 2002).

²³ Det gælder også uanset den tillægsaftale, der efterfølgende er blevet indgået med Arriva for at sikre visse køreplansforbedringer, og som har fordyret kontrakten med Arriva, idet udbudsbetingelserne ikke indeholdt nogen bindinger på den valgte køreplan (ud over, at den skulle forhandles til rette med lokale myndigheder og pendlerforeninger).

²⁴ Noget andet er, at det selvsagt kan diskuteres, om en sådan forskelsbehandling, der bl.a. indebar en efterprøvelse af DSB's forudsætninger om momsfratagelse og reallønssstigning, politisk er hensigtsmæssig eller ønskelig.

tilbud som "unormalt lavt" er holdbar ud fra en retlig betragtning, og her har Statsrevisorernes kritiske bemærkninger selvsagt betydelig interesse.

Den første del af kritikken kan måske umiddelbart forekomme relativt ubetydelig, men dækker reelt over et alvorligt svigt i udbudsprocessen fra ministeriets side. I udbudsbetingelserne var der fastsat en forholdsvis kort periode fra åbning af tilbuddene (medio oktober) til beslutning om tildeling (medio december). En sådan tidsramme ville måske være tilstrækkelig i en proces, hvor tingene forløber nogenlunde normalt. I den foreliggende sag skulle det vise sig at være en mere end knap tidsramme. Det afgørende argument for at underkende DSB's tilbud blev først "produceret" inden for de seneste dage, før tildelingsbeslutningen blev truffet, bl.a. med den konsekvens, at afgørende materiale ikke blev forelagt DSB til kommentar. Statsrevisorernes kritik på dette punkt er heller ikke blot en påstand, der fremsættes i bagklogskabens lys, men er funderet i selve karakteren af det – teknisk, økonomisk og juridisk – komplicerede sagsforhold, der skulle tages stilling til, når tilbuddene skulle vurderes ud fra det valgte kriterium ("det økonomisk mest fordelagtige tilbud").

Den forcerede behandling af DSB's tilbud understreges af, at TM's departementschef så sent som 18/12 2002 i et fortroligt brev til DSB's bestyrelsesformand anførte, at der var "en ikke ubetydelig risiko" for, at DSB ville lide tab, men at det på den anden side "ikke kan udelukkes, at der kan opnås et beskedent overskud".²⁵ Dermed var der – retligt set – ikke tilstrækkeligt grundlag for at underkende DSB's tilbud, idet dette – efter Kammeradvokatens vurdering²⁶ – måtte forudsætte, at ministeriet kunne godtgøre, at der var mere end 50% sandsynlighed for, at DSB ikke kunne få overskud på trafikken. Et kardinalpunkt i den forbindelse var DSB's indtægtsforventninger, som TM herefter anmodede et rådgivende firma om at vurdere. Denne ekspertvurdering, der blev foretaget i løbet af et par dage, faldt ud til skade for DSB med konklusionen, at DSB selv ikke under de mest optimistiske forudsætninger ville være i stand til blot tilnærmelsesvis at opnå den forventede fremgang.²⁷

DSB fik som nævnt ikke forelagt trafikrådgiverens vurdering til kommentar. I den – kontradiktionslignende – proces, som efter gældende udbudsregler skal følges ved efterkontrollen af tilbud, der forekommer at være unor-

²⁵ Cit. e. Henrik Dørge: "Kørt ud på et sidespor", Weekendavisen 11/1 2002.

²⁶ RR Beretning, s. 17, hvoraf også fremgår, at TM under det meste af udbudsprocessen havde stået i tæt kontakt med Kammeradvokaten mhp. rådgivning om de retlige aspekter af TM's efterkontrol af DSB's tilbud.

²⁷ DSB baserede sit tilbud på en forventning om en passagerfremgang på 45% for hele perioden, hvor trafikrådgiveren fandt, at en fremgang på 29% "næppe (kan) vurderes som et sandsynligt scenario", og at selv en stigning på 22% "kan være vanskelig at opnå", se RR Beretning s. 28ff.

malt lave, skal ordregiveren anmode tilbudsgiver om at fremsende fornøden dokumentation og i givet fald underrette samme om, hvilken del der anses for uantagelig. Denne procedure skal foregå skriftligt, og der skal gives tilbudsgiver en rimelig frist til at fremlægge supplerende oplysninger. Følges denne fremgangsmåde ikke, kan et tilbud ikke afvises med den begrundelse, at prisen er unormalt lav.²⁸ Det her anførte om proceduren skal ses i sammenhæng med, at ordregiver ikke kan antages at være forpligtet til at afvise et tilbud, som umiddelbart forekommer unormalt lavt,²⁹ men at der blandt andet kan tages hensyn til begrundelser vedrørende besparelser i forbindelse med tjenesteydelsens udførelse og den bydendes usædvanligt gunstige betingelser for at levere ydelserne, jfr. tjenesteydelsesdirektivets art. 37.³⁰

RR kritiserer, at der ikke forelå noget skriftlig kommissorium for trafikrådgiverens arbejde, og at dette også indholdsmæssigt var behæftet med visse mangler, idet en del af grundlaget for DSB's indtægtsforventninger ikke havde indgået i den trafikøkonomiske vurdering. Samlet set fandtes disse indvendinger dog ikke afgørende i forhold til de meget betydelige afvigelser fra normalbilledet, som DSB's tilbud repræsenterede. RR forholder sig her ved ikke specielt til den manglende forelæggelse af trafikrådgiverens notat for DSB, hvis bestyrelse også efterfølgende har bestridt, at tilbuddet var baseret på urealistiske forventninger.^{31 32}

Det kan diskuteres, om TM var forpligtet til at forelægge DSB dette notat, der på sæt og vis repræsenterede afslutningen på en længere skriftveksling med DSB om baggrunden for selskabets tilbud. Men det er formentlig indiskutabelt, at notatet var udslagsgivende for vurderingen af tilbuddet, selv om der også i ministeriets efterkontrol havde indgået en lang række andre momenter af betydning for vurderingen.³³ Under de omstændigheder antager jeg, at der forelå en høringspligt, hvis tilsidesættelse i hvert fald må betragtes som *generelt* væsentlig. Om den så også ud fra en *konkret* vurdering vil kunne betragtes som så væsentlig, at afvisningsbeslutningen må anses

²⁸ Ruth Nielsen: *Udbud af offentlige kontrakter* (2002), s. 220, og Ruth Nielsen: *Udbud af offentlige kontrakter* (2002), s. 390 ff, begge med henvisning til Sag 76/81 (*Transportroute-sagen*). I dommen fastslås eksplicit, at formålet med art. 30 er at beskytte den bydende mod vilkårlighed fra den ordregivende myndigheds side.

²⁹ Ruth Nielsen, op. cit., s. 222.

³⁰ Peter Lund Meyer, op. cit., s. 393 f.

³¹ Jfr. bestyrelsesformand Knud Heinesen som cit. i Berl. Tidende 2/5 2002: "Vi mener ikke, at tilbudet var baseret på for optimistiske forventninger". De foreløbige tal for passagerudviklingen på de udbudte strækninger bekræfter tilsyneladende også i nogen grad DSB's forventninger, jfr. Spm. S 1415 2003 til Trafikministeren.

³² Bestyrelsen tilbød straks ved underkendelsen af DSB's tilbud at træde tilbage, hvilket også måtte betragtes som den naturlige udgang på sagen. Bestyrelsen blev dog – på ministerens opfordring – siddende.

³³ Jfr. med gennemgang heraf RR Beretning, s. 20 ff.

som ugyldig, skal der ikke tages stilling til her.³⁴ Spørgsmålet er, om der i denne – fællesskabsretligt regulerede – forbindelse overhovedet er plads til sådanne forbehold, eller om spørgsmålet allerede må afgøres ud fra en generel væsentlighedsvurdering.³⁵

Spørgsmålet kompliceres i nogen grad af, at det retlige grundlag for TM's efterkontrol af DSB's tilbud reelt ikke udgjordes af det pågældende udbuds-direktiv (tjenesteydelsesdirektivets art. 37), men af interne konkurrenceret-lige retningslinjer, som er udstedt af TM med hjemmel i jernbanelovens § 7, stk. 3. Efterkontrollen blev formelt iværksat med udgangspunkt i art. 37, hvor RR finder, at de konkurrenceretlige retningslinjer havde været det kor-rekte udgangspunkt. Det er usikkerheden omkring det retlige grundlag for TM's efterkontrol, som danner grundlag for den anden del af Statsrevisorernes kritik, om end dette forhold – i hvert fald efter RR's vurdering (s. 20) – ikke har haft konsekvenser for efterkontrollens gennemførelse.

Imidlertid havde det den konsekvens, at efterkontrollen for DSB måtte se ud, som om den blev iværksat efter art. 37 proceduren, hvorved der altså blev rejst spørgsmål om, hvorvidt DSB's tilbud var "unormalt lavt". Der findes ikke i udbudsreglerne nogle præcise angivelser af, hvornår et tilbud kan tilsidesættes som "unormalt lavt", men af praksis fremgår, at reglen navnlig skal beskytte mod "useriøse" – eller måske ligefrem "mafiose" – tilbud.³⁶ DSB har på dette grundlag – i "dialogen" med TM – ikke haft an-ledning til at forholde sig til den langt mere præcise indvending mod sel-skabets tilbud, som kravet om overskuddsdækning efter de konkurrenceretli-ge retningslinjer udgør.³⁷ At TM – også ifølge udbudsbetingelserne – har været forpligtet til at efterse overholdelsen af disse retningslinjer, ændrer ikke ved, at det i forhold til DSB måtte fremstå, som om efterkontrollen var blevet iværksat på et andet – og retligt set mindre "kvalificeret" – grund-lag.³⁸

³⁴ Om forholdet mellem generel og konkret væsentlighedsvurdering i dansk forvaltningsret, se Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling* (2001), s. 416ff og 501ff. Det antages her i relation til tilsidesættelse af høringsforskrifter, at "udgangspunk-tet i dag må være ugyldighed betinget af, at den mangelfulde høring ikke har været *konkret uvæsentlig* og at det er forvaltningsmyndigheden, som har bevisbyrden" (s. 417).

³⁵ Se kritisk om konkret væsentlighed som argumentationsfigur i *national* forvaltningsret, Kirsten Ketscher: Forvaltningsretlig rabat på overholdelse af menneskerettighederne, i A.W. Betzon m.fl.: *Retskulturer* (2002), s. 91 ff. Cfr. med svar på kritikken Steen Rønsholdt i nærværende årsskrift, "Om borgervenlig forvaltningsret i konventionernes skær".

³⁶ Reglen har fortrinsvis fundet anvendelse i sager mod Italien.

³⁷ Efter disse retningslinjer stilles der krav om, at forretningsområdet for "udbudt trafik" skal vise overskud set over den samlede kontraktperiode (RR Beretning, s. 16).

³⁸ Cfr. TM med bemærkning om, at det efter ministeriets opfattelse måtte stå klart for DSB, at ministeriet efter omstændighederne ville være forpligtet til at vurdere DSB's tilbud i lyset

Der ligger ikke antydning af nogen form for processuel magtfordrejning i TM's anvendelse af art. 37 proceduren – efter det oplyste blev den tværtimod valgt for at sende et "stærkt signal" til DSB.³⁹ Det ændrer dog ikke ved, at der er tale om en fejl, som endda kan have haft den stik modsatte effekt af den intenderede. Så meget desto mere kan der være grund til at antage, at den før omtalte manglende forelæggelse af trafikrådgiverens notat for DSB må betragtes som en væsentlig mangel. Det er i realiteten først med dette notat, at det bliver klart, at DSB's tilbud vurderes ud fra et overskuds-krav efter de konkurrenceretlige retningslinjer. Og i modsætning til, hvad der gælder for vurderingen efter udbudsreglerne af tilbud, der forekommer "unormalt lave", vil TM efter disse retningslinjer være forpligtet til at afvise DSB's tilbud, såfremt det ville være overvejende sandsynligt, at det ville give underskud over den samlede kontraktperiode.⁴⁰

Det er fortsat ikke ensbetydende med, at manglen må betragtes som konkret væsentlig i den forstand, at en forelæggelse af trafikrådgiverens notat ville have kunnet ændre udfaldet af processen for DSB's vedkommende. Det forhold, at efterkontrollen reelt blev foretaget på grundlag af de nævnte – nationale – retningslinjer, betyder imidlertid ikke automatisk, at den retlige vurdering skal eller kan foretages efter nationale forvaltningsretlige principper. De pågældende retningslinjer udgør en præcisering af EF-traktatens konkurrence- og statsstøtteregele⁴¹ og må som sådan fortolkes EU-konformt,⁴² og som praksis foreligger,⁴³ synes dette at måtte indebære, at spørgsmålet ikke kan afgøres ud fra en konkret væsentlighedsbetragtning. Det afgørende er det principielle – eller generelle – forhold, at DSB ikke fik forelagt det oplysningsmateriale, som blev lagt til grund for afvisningen af selskabets tilbud. Denne betragtning kvalificeres af den yderligere mangel, som knytter sig til det valgte – udbudsretlige – grundlag for TM's efterkontrol, og som efter det anførte kunne give DSB et fejlagtigt indtryk af kontrollens sigte.

af de konkurrenceretlige retningslinjer, som udbudsmaterialet henviser til (RR Beretning, s. 19).

³⁹ RR Beretning, s. 18.

⁴⁰ RR Beretning, s. 17.

⁴¹ RR Beretning, s. 16.

⁴² Ruth Nielsen, op. cit., s. 40.

⁴³ Jfr. den for EU-retten generelt karakteristiske formålsfortolkning, Ruth Nielsen, op. cit., s. 20, med præcisering af åbne og gennemsigtige udbudsprocedurer som det overordnede sigte med udbudsreglerne. Tilsvarende grundprincipper om ligebehandling, gennemsigtighed og ikke-diskrimination ligger til grund for EU's konkurrence- og statsstøtteregele.

5. Den videre behandling af sagen

Også andre forhold end de her nævnte formalitetsbetragtninger kan inddrages i vurderingen af lovligheden af TM's afvisning af DSB's tilbud, herunder navnlig den omstændighed, at TM – som en del af begrundelsen for afvisningsbeslutningen – i en senere redegørelse for sagen⁴⁴ henviser til DSB's manglende erfaring med udbud og den usikkerhed, som på den måde knyttede sig til troværdigheden af DSB's beregningsmodeller. Denne omstændighed, som efter udbudsreglerne alene kan tages i betragtning under prækvalifikationen af tilbudsgivere, indgik som et væsentligt punkt i den klage, som *Statsansattes Kartel* indgav til Klagenævnet for Udbud (KLFU).

Rent bortset fra, at denne del af TM's vurdering knyttede sig til *omkostningsdelen* i grundlaget for DSB's tilbud, som – ifølge TM – ikke havde afgørende betydning for afvisningsbeslutningen,⁴⁵ illustrerer klagen herover den omtalte komplikation vedrørende det retlige grundlag for TM's efterkontrol, idet KLFU afviste en stillingtagen til påstanden med henvisning til, at TM på dette punkt havde ageret som tilsynsmyndighed med DSB, og at spørgsmålet derfor faldt uden for nævnets kompetence. Tilsvarende gjaldt den mere grundlæggende påstand om, at TM – efter det udbudsretlige ligebehandlingsprincip – i det hele havde været uberettiget til at afvise DSB's tilbud.⁴⁶ Tilbage står det spørgsmål, som også blev rejst for KLFU, om TM har tilsidesat ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at iværksætte en procedure efter Tjenesteydelsesdirektivets art. 37 om unormalt lave bud med henblik på at vurdere, om DSB's tilbud opfyldte de konkurrenceretlige retningslinjer for DSB.

Det er dette spørgsmål, som er behandlet ovenfor, men som KLFU udsatte behandlingen af, da nævnet ikke fandt at have tilstrækkelige oplysninger til at tage stilling hertil.⁴⁷ Nævnet vil herunder også tage stilling til, om spørgsmålet ligger uden for nævnets kompetenceområde og derfor bør afvi-

⁴⁴ TM Redegørelse af 28/12 2001, jfr. RR Beretning, s. 24, og jfr. endvidere trafikministerens redegørelse til Folketingets Trafikudvalg 17/1 2002 (talepapir, som cit. i KLFU 4/10 2002, s. 4 f).

⁴⁵ Jfr. med tilslutning RR-Beretning, s. 24 f.

⁴⁶ Jfr. hertil Ruth Nielsen, op. cit., s. 48, hvorefter "nævnet ikke kan behandle klager over cirkulærer", herunder cirk. om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver.

⁴⁷ *Se efterskrift neden for med omtale af nævnets kendelse af 10/10 2003.* TM havde til brug for sagen alene forelagt RR's beretning 30/4 2002. Under sagen henholdt TM sig til, at beretningen på dette punkt ikke indeholdt en fuldstændig gengivelse af korrespondancen mellem TM og DSB, og at den heller ikke i alle henseender indeholder en præcis og dækkende redegørelse herfor (KLFU s. 10). Cfr. RR-Beretning, s. 10, med bemærkning om, at beretningen i udkast har været forelagt TM, og at ministeriets bemærkninger i videst muligt omfang er indarbejdet i beretningen.

ses.⁴⁸ Når TM selv – ved efterkontrollen af DSB's tilbud – har valgt at tage udgangspunkt i art. 37-proceduren, bør sagen – efter alt foranstående – også kunne admitteres af KLFU som det klageorgan, der efter klagenævnslovens § 1 er kompetent til at behandle klager over overtrædelser af fællesskabsretten vedrørende indgåelse af offentlige kontrakter, herunder klager over ordregivere, som påstås at have diskrimineret bydende ved tildeling af kontrakter. Noget andet er, at en imødekommelse af klagerens påstand om, at *tildelings*beslutningen skal annulleres, idet afvisningen af DSB's tilbud findes retsstridig, ikke er ensbetydende med, at også *kontrakten* med Arriva vil blive annulleret som ugyldig.

En annulation af den forvaltningsretlige beslutning om at tildele Arriva kontrakten ligger inden for nævnets kompetence (§ 6, stk. 1), hvorimod det kontraktlige forhold er af privatretlig karakter, som nævnet ikke anser sig for kompetent til at pådømme.⁴⁹ En ophævelse af kontrakten som ugyldig, som ministeriet i givet fald må foretage efterfølgende for egen risiko og regning, vil pådrage staten et eksorbitant erstatningskrav fra Arriva. KLFU kan alternativt pålægge ordregiver at lovliggøre udbuddet ved at foretage en objektivt uangribelig evaluering af tilbuddene, men denne mulighed står naturligvis ikke åben, når proceduren allerede er afsluttet og en kontrakt er indgået. Tilkendelse af erstatning, som nævnet fik mulighed for efter en ændring af loven i 2000 (jfr. § 6, stk. 3), kommer heller ikke på tale i forhold til en klager, der som *Statsansattes Kartel* ikke kan dokumentere noget direkte tab ved, at kontrakten gik til Arriva i stedet for DSB.

Hvad klagerne derfor i bedste fald kan håbe på, er en principafgørelse om afvisningsbeslutningens (u-)lovlighed, som eventuelt kan få betydning i en senere sag ved de almindelige domstole om erstatning og/eller ugyldighed. Det sidste vil dog forudsætte, at DSB *selv* indbringer sagen for domstolene, hvilket vel i praksis må anses som udelukket. En eventuel dom til positiv opfyldelsesinteresse (med erstatning for tabt fortjeneste) vil også kun have symbolsk betydning, for så vidt som TM – som DSB's ejer – altid vil kunne konfiskere et beløb hos DSB svarende til den udmålte erstatning. Hvis KLFU anser sig for inkompetent til at behandle sagen, kan DSB indgive klage til Jernbaneklagenævnet, hvis afgørelse kan indbringes for Konkurrenceankenævnet (jernbanelovens § 24, stk. 1 og 5). Nævnets beføjelser er ubeskrevet i loven, men det må formentlig antages, at nævnet har samme annulationsbeføjelse som KLFU (men derimod ikke beføjelse til at tilkende

⁴⁸ En påstand fra indklagede om, at sagen i det hele lå uden for nævnets kompetence, idet klager fra udenforstående henhører under Jernbaneklagenævnet, blev afvist; cfr. til sml. vurderingen af klagemulighederne i RR Beretning, s. 9.

⁴⁹ Kontraktens evt. ugyldighed er således principielt et domstolsanliggende, cfr. Ruth Nielsen, op. cit., s. 269 ff, med spørgsmålstegn ved, om denne afgrænsning af nævnets kompetence er direktivkonform (s. 272).

erstatning) – med samme usikre konsekvenser. Alternativt – og mere realistisk – kunne DSB indklage TM for Jernbaneklagenævnet med påstand om abstrakt konstatering af afvisningsbeslutningens ulovlighed.⁵⁰ I så fald vil der i det mindste kunne blive foretaget en afklaring af sagens retlige aspekter, som vil kunne have betydning ved fremtidige udbud.

6. Afslutning. Fremtidige perspektiver

Tilbage står konstatering af – på den ene side – at DSB's tilbud nok var udtryk for en eklatant fejlvurdering af markedet; man gik ud fra som givet, at konkurrenterne ville dumpe deres priser for at komme ind på det danske marked – og på den anden side – at en klarere adskillelse mellem statens rolle som ordregiver og det statslige ejerskab af DSB vil kunne styrke troværdigheden af udbudsprocessen.

Det første har DSB givetvis allerede draget en lære af. Det sidste er fortsat til diskussion.⁵¹ Et første skridt kan være taget med den udskillelse af en række tekniske funktioner, som nu er besluttet med oprettelsen af en Trafikstyrelse.⁵² DSB's ønske om helt at blive frigjort fra TM og overflyttet til Finansministeriet – med udsigt til omdannelse til et A/S – har politisk set ingen gang på jorden.⁵³ I så henseende er det formentlig en mere farbar vej, som det er blevet foreslået, at etablere et særligt (uafhængigt, rådgivende) ekspertpanel til at forestå den teknisk-økonomiske evaluering af tilbud ved fremtidige udbudsrunder.⁵⁴

Med tanke på de evindelige driftsforstyrrelser, som togpassagerer oplever overalt i verden, er det fristende at runde denne historie af med en særlig dansk plathed, der også har fundet vej til Folketingets talerstol,⁵⁵ og som derfor nok kan viderekolporteres her. Den hedder, at *næst efter seksualdriften er jernbanedriften det vanskeligste at styre*. Problemerne bliver tilsyneladende ikke mindre af at udlicitere jernbanedriften. I hvert fald må de juridiske komplikationer i den foreliggende sag forekomme ganske betydelige – og jeg er ikke sikker på, at jeg med denne analyse har fået hverken be- eller afkræftet min arbejdshypotese, selv om jeg nok mest hælder til antagelsen om, at fravælgelsen af DSB's tilbud var udtryk for en noget "overeksponeret" vægtning af private særinteresser. Til gengæld er det vanskeligt at do-

⁵⁰ Bent Christensen: Forvaltningsret. Prøvelse (1994), s. 261.

⁵¹ Forespørgselsdebat om DSB's fremtid, F 14 2002.

⁵² Trafikministeren i DSB's medarbejderavis "DSB i dag" 28/4 2003.

⁵³ Bedømt efter de politiske udmeldinger under Forespørgselsdebatten, op. cit., hvor alle partier var enige om at afvise henlæggelse af DSB under Finansministeriet, men hvor specielt regeringspartierne udtrykte interesse for A/S-modellen.

⁵⁴ Trafikminister Flemming Hansen (K) under Forespørgselsdebatten F 34 2003.

⁵⁵ Trafikministeren under Forespørgselsdebatten F 14 2002.

kumentere en påstand om, at udlicitering af jernbanedriften generelt er forbundet med skadelige samfundsøkonomiske konsekvenser.

Efterskrift

Klagenævnet for Udbud har efterfølgende afsagt kendelse (af 10. oktober 2003), hvorved det fastslås dels, at det påklagede spørgsmål falder inden for nævnets kompetence, og dels at Trafikministeriet har handlet i strid med ligebehandlings- og gennemsigtighedsprincippet ved at iværksætte en procedure efter tjenesteydelsesdirektivets art. 37 om unormalt lave bud med det formål at anvende oplysningerne om sammensætningen af DSB's tilbud udelukkende eller bl.a. til brug for en vurdering af, om DSB's tilbud opfylder de konkurrenceretlige retningslinjer. Kendelsen er rent konstaterende i forhold til gældende (udbuds-)ret og som sådan uden retsvirkninger i øvrigt.

Referencer

Beretning 30/4 2002

Ruth Nielsen: *Udbud af offentlige kontrakter* (2002)

Steen Rønsholdt: *Forvaltningsret. Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling* (2001)

Kirsten Ketscher: *Forvaltningsretlig rabat på overholdelse af menneskerettighederne*, i A.W. Betzon m.fl.: *Retskulturer* (2002)

Steen Rønsholdt i nærværende årsskrift, "Om borgervernlig forvaltningsret i konventionernes skær"

Bent Christensen: *Forvaltningsret. Prøvelse* (1994)

Carsten Henriksen er professor, dr.jur. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Forvaltningsret og Forvaltningslære. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> samt den personlige hjemmeside <http://www.jur.ku.dk/carstenhenrichsen/>.
E-mail: Carsten.Henrichsen@jur.ku.dk.

Om borgervenlig forvaltningsret i konventionernes skær

Steen Rønsholdt

1. Problemstilling

I en artikel med titlen "forvaltningsretlig rabat på overholdelse af menneskerettighederne" fremfører Kirsten Ketscher¹ den opfattelse, at der – som det hedder i undertitlen – eksisterer et "kultursammenstød mellem forvaltningsretten og menneskeretten".² Dette sammenstød giver sig udtryk i, at forvaltningsretten er systemvenlig, hvor menneskerettighederne er borgervenlige. Til belysning og dokumentation af dette forhold tager KK udgangspunkt i en Vestre Landsrets-dom, som opretholder en forvaltningsafgørelse om fjernelse af to børn fra hjemmet, til trods for at denne administrative afgørelse lider af alvorlige retlige mangler, herunder manglende høring og mangelfuld begrundelse.³ KK ser denne dom – og andre afgørelser – som udtryk for en forvaltningsretlig (kultur)tradition, som er "myndighedsvenlig" i modsætning til menneskeretten, som er borgervenlig.

KK kritiserer især sondringen formel/materiel ret og plæderer for et integreret retssikkerhedsbegreb i betydningen et retssikkerhedsbegreb, som ikke opererer med en adskillelse af formelle og materielle retsregler og retlige mangler. Som model peger KK blandt andet på EMDs praksis som led i den beskyttelse af privatlivet, der er indeholdt i konventionens artikel 8. KKs kritik sigter særligt mod det i dansk ret eksisterende væsentlighedsbegreb og den heraf afledte mulighed for i det enkelte tilfælde at anse en formel sagsbehandlingsmangel for konkret uvæsentlig. KK henviser i den sammenhæng også til børnekonventionens artikel 12, i medfør af hvilken barnet skal sikres ret til at udtale sine synspunkter i alle forhold, der vedrører barnet.

Sigtet med denne artikel er ikke at imødegå KKs kritik af det konkrete sagsforløb, hun beskriver, en kritik jeg tværtimod i vidt omfang kan tilslutte

¹ I det følgende KK.

² "Retskulturer", Retsvidenskabeligt Institut B's Årsskrift, 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 91ff.

³ UfR 2002.2127.

mig. Målet er derimod på det generelle plan at bidrage med en nuancering og perspektivering af emnet med udgangspunkt i blandt andet følgende spørgsmål:

1. Kan det forvaltningsretlige system, som dette kommer til udtryk i prøvelseslærens betingelser for at statuere ugyldighed, herunder især væsentlighedsbegrebet og sondringen formel/materiel ret, betegnes som retssikkerhedsmæssigt mangelfuldt og/eller borgeruvenligt?
2. Hvordan forholder det under 1 anførte spørgsmål sig konkret til den af KK anførte dom?
3. Hvordan forholder det under 1 og 2 anførte sig til en sammenligning med menneskeretten som eksemplificeret af KK ved EMD og børnekonventionen?

2. De forvaltningsretlige begreber

I tilknytning til omtalen af børnekonventionens artikel 12 bemærker KK, at konventionen "angiver, ikke selv, at overtrædelser kan accepteres, hvis sådanne overtrædelser er konkret uvæsentlige". Videre hedder det, at "Danmark ikke ved sin tiltrædelse af børnekonventionen har gjort opmærksom på, at man reserverer sig en væsentlighedsvurdering". Det er derfor, hedder det endeligt, "et godt retsvidenskabeligt spørgsmål, om det kan antages, at konventionsbestemte rettigheder kan tilsidesættes ved hjælp af denne fortolkningsfigur ...".⁴

I grundlaget for et svar herpå synes de af KK anvendte begreber "accepteres" og "tilsidesættes" af central betydning. Væsentlighedsbegrebets funktion er ikke at udtrykke "accept" af den retlige mangel, men at regulere *retsvirkningen* heraf. Væsentlighedsbedømmelsens genstand er således spørgsmålet, om den retlige mangel skal føre til den trufne afgørelses *ugyldighed*. I det konkrete tilfælde om den trufne forvaltningsafgørelse vedrørende fjernelse af børn fra hjemmet skulle tilsidesættes med den virkning, at barnet – i overensstemmelse med den af forældrene nedlagte påstand – måtte hjemgives. Den omstændighed, at en forvaltningsafgørelse ikke tilsidesættes som ugyldig, er ikke sig i selv ensbetydende med, at den konventionsbestemte rettighed – eller gældende ret i øvrigt – hermed er blevet tilsidesat. Det modsatte resultat måtte som sin forudsætning have, at der i de konventions-sikrede rettigheder kunne indfortolkes en fordring om ugyldighed som retsvirkning af rettighedernes tilsidesættelse.

Det er vigtigt at være opmærksom på, at uanset hvordan man vælger at klassificere de respektive retsregler som henholdsvis formelle eller materielle, så vil spørgsmålet om retsvirkningen af reglernes tilsidesættelse også

⁴ Op cit note 2 s. 97.

presse sig på som et spørgsmål om nogle følger og virkninger, i dette tilfælde, i forhold til et barn og dets forældre i en given social situation.⁵

I det prøvelsesretlige tankeskema *konstateres* den retlige mangel, i det omfang retsregler er tilsidesat, hvorefter der tages stilling til den retlige mangels retsvirkning i det konkrete tilfælde.

Hertil skal føjes, at det sammenfald, der nødvendigvis må eksistere i henseende til forvaltningsmyndighedens retsgrundlag som første instans og domstolene som prøvelsesinstans, kan være delvis. Domstolene opererer således også med et retsgrundlag af specifik betydning for netop retlig efterprøvelse.⁶

Til kategorien af retsregler med fortrinsvis betydning for domstolene og andre prøvelsesinstanser kan bl.a. netop peges på de retlige betingelser for at statuere ugyldighed eller andre retsvirkninger af retlige mangler. Grundlaget for at statuere ugyldighed samles traditionelt i tre kategorier. Der skal foreligge en retlig mangel, som er væsentlig, og der må ikke foreligge særlige omstændigheder, som taler imod at statuere ugyldighed.

Disse tre sæt betingelser åbner tilsammen op for en samlet bedømmelse af den forvaltningsafgørelse, som er prøvelsens genstand og dermed også genstand for retsvirkningen ugyldighed. Det forhold, at der ud over den første betingelse om eksistensen af en retlig mangel også formuleres to yderligere sæt betingelser, markerer, at retlige mangler ikke uden videre bevirker ugyldighed, og at der altså eksisterer en margin for domstolene ved afgørelsen af, hvilken retsvirkning en retlig mangel skal have. Som fælles grundlag for de to yderligere betingelser om væsentlighed og særlige omstændigheder kan anføres, at jo mere sikkert forvaltningsafgørelsens retsgrundlag bestemmer indholdet af den trufne afgørelse, jo mindre råderum levnes der domstolen med hensyn til, om der skal statueres ugyldighed eller ej. Hvor forvaltningsafgørelsens indhold således entydigt er bestemt i loven, eller hvor dette indhold lader sig bestemme ved fortolkning af loven, vil retsvirkningen af, at afgørelsens indhold ikke er i overensstemmelse med retsgrundlaget, som alt overvejende hovedregel være ugyldighed. Set i forhold til spørgsmålet om væsentlighed er det således ikke sontringen formel/materiel ret, som eksklusivt åbner op for undladelse af annulation, men derimod den retlige sikkerhed, med hvilken forvaltningsafgørelsens indhold lader sig bestemme.

⁵ Om den sammensatte retssikkerhedsproblematik, som kendetegner disse sager, se Trude Haugli i "Samværsrett i barnevernssaker", Universitetsforlaget Oslo 2. udg. 2000, kap. 12.

⁶ Bent Christensen: Forvaltningsret – Prøvelse, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1994, kap. III og Jørgen Mathiassen: Forvaltningsret – Almindelige emner, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997, kap. 6. Steen Rønsholdt: Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling, Thomsson 2001, kap. 16.

3. Om et integreret retssikkerhedsbegreb

Som nævnt ovenfor, afsnit 2, kritiserer KK sondringen formel/materiel ret, og plæderer for et integreret retssikkerhedsbegreb i betydningen et retssikkerhedsbegreb, som ikke opererer med en adskillelse af processuelle og materielle retsregler. Som udgangspunkt for stillingtagen hertil kan konstateres, at der intet begrebsmæssigt er til hinder herfor. Den traditionelle sondring mellem formel og materiel ret afspejler en opfattelse af retten som opdelt i et system af primære materielle retsregler og et – i forhold hertil sekundært – sæt af retsregler, hvis formål er at sikre gennemførelse af den materielle ret. Spørgsmålet om en retsregels materielretlige eller procesretlige karakter må imidlertid ofte besvares med et både/og afhængigt af, hvilket aspekt der haves for øje. Sondringens aspektrelativitet kommer blandt andet til udtryk i det forhold, at også procesreglernes pointe er en materiel regulering af det forhold, som er reguleringens genstand. En (proces)regel om eksempelvis høring og begrundelse udtrykker således et normativt krav til – og dermed forpligtelse for – den myndighed, som er reglens adressat. Den af reglen afledte forpligtelse til at foranstalte en høring eller udfærdige en begrundelse kan i sig selv håndhæves. Der er da heller ingen forskelle i henholdsvis materielretlige og procesretlige reglers retskildegrundlag eller i henholdsvis den procesretlige eller materielretlige afgørelses strukturelle opbygning. Forskellen beror på det mere faktuelle, at forvaltningsafgørelsens indholdsmæssige sider betragtes som det retlige slutprodukt, i forhold til hvilket reguleringens endelige og faktiske gennemslag direkte kan måles og vurderes.

Spørgsmålet om en regels henholdsvis formelle eller materielle karakter kan i hvert tilfælde afhænge af to forhold. For det første det rent indholdsmæssige om reglen – efter sit indhold – vedrører form og fremgangsmåde for behandling af afgørelsessager. For det andet det rent funktionelle, hvorefter det afgørende bliver, *hvordan* reglen faktisk indgår i et afgørelsesgrundlag. Man må således være opmærksom på, at denne aspektrelativitet slår igennem i "begge retninger" i den betydning, at også "materielle" retsregler, hvis funktion faktisk er sikring af procedure/sagsbehandling, vil kunne gøres til genstand for væsentlighedsbedømmelse i en prøvelsessammenhæng.⁷

Med det forhold in mente er der således ikke noget i vejen for – hverken begrebsmæssigt eller retsteknisk – at materialisere en given (proces)regel om for eksempel partshøring i sager om fjernelse af børn fra hjemmet. Dette kan såvel ske ved henvisning til en (antaget) materielretlig regel i børnekonventionen eller via reguleringsformen ved simpelthen at indarbejde reglen som en del af de betingelser/retsfakta, som *skal* være opfyldt, for at ind-

⁷ Se Steen Rønsholdt op cit note 6, s. 49ff og kapitel 16.

grebet kan foretages. Det sidstnævnte formmæssige tiltag vil så eventuelt kunne suppleres med mere eller mindre direkte tilkendegivelser i retsgrundlaget – loven eller konventionen – om retsvirkningen af reglens tilsidesættelse. Denne sidstnævnte foranstaltning kan være nødvendig, hvis man vil være sikker på helt eller i væsentlig grad at sikre retsvirkningen ugyldighed som reaktion på reglens tilsidesættelse. I modsat fald kan reglens faktiske funktion som procesregel og ikke dens formelle placering i retsgrundlaget blive udslagsgivende i en prøvelsessammenhæng. Dette forhold understreges af, at muligheden for at opretholde den mangelfulde forvaltningsafgørelse på grundlag af en konkret væsentlighedsvurdering, som anført ovenfor, ikke er isoleret til at gælde formelle mangler. Således har væsentlighedsbegrebet og den heraf afledte konkrete væsentlighedsvurdering som sin genstand spørgsmålet om forvaltningsafgørelsens *indholdsmæssige* rigtighed, uanset om den retlige mangel er af formel eller materielretlig karakter. Det er altså også usikkerhed med hensyn til forvaltningsafgørelsens lovlige/rigtige indhold, der skaber råderum for en konkret væsentlighedsvurdering og ikke kun den retlige mangels formelle eller materielle karakter. Således giver fejl og mangler i forbindelse med forvaltningens anvendelse af materielle skønsregler tilsvarende mulighed for konkrete væsentlighedsvurderinger, som fejl og mangler ved anvendelse af formelle retsregler. Retsvirkningen af forvaltningens inddragelse af ulovlige kriterier, fejlagtig vægtlægning af lovlige kriterier, manglende inddragelse af pligtmæssige kriterier etc. kan således og vil ofte blive gjort afhængig af en konkret væsentlighedsvurdering.⁸ Set i denne sammenhæng er kategoriseringen af de formelle retsregler som sekundære alene udtryk for, at de – i modsætning til de materielle retsregler – ikke direkte rummer svaret på forvaltningsafgørelsens indhold.

Sammenfattende betyder dette, at i det omfang man søger en retssikkerhedsmæssig ligestilling mellem formelle og materielle retsregler gennem eliminering af væsentlighedsbegrebet og den heraf afledte konkrete væsentlighedsvurdering, kan konsekvensen enten være, at ugyldighed gøres til en obligatorisk retsvirkning af retlige mangler, eller at man må udvikle nye begreber, der åbner tilsvarende muligheder som de eksisterende.

Denne problemstilling kan illustreres ved den af KK nævnte EMD-dom vedrørende et tilfælde, hvor moderen ikke havde fået adgang til at se en videooptagelse med datteren, hvori myndighederne mente, at datteren havde udpeget moderens samlever som den, der havde forøvet seksuelle overgreb på hende. På baggrund af barnets udtalelser i videooptagelsen blev barnet fjernet fra moderen. ”Retten mente, at der havde været tilstrækkelig grundlag for at fjerne barnet i hvert fald i første omgang. Retten udtalte imidlertid,

⁸ Steen Rønsholdt: Om begreberne Magtfordrejning og Forvaltningens subjektive hensigt, Juristen2000, s. 9ff.

at moderens rettigheder var blevet krænket.” I KKs citering fra dommen hedder det blandt andet, at ”The local authority’s failure to submit the issue to the court for determination deprived her of an adequate involvement in the decision-making process concerning the care of her daughter and thereby of the requisite protection of their interests. There was in this respect a failure to respect their family life and a breach of Article 8 of the Convention.”⁹

Af denne formulering synes det ganske rigtigt at fremgå, at kravet på indsigt i videobåndet ses som en integreret del af artikel 8, således at der foreligger et brud på denne i relation til moderen. Men samtidig citerer KK, som nævnt ovenfor, retten for at nå til det resultat, at der havde været tilstrækkeligt grundlag for at fjerne barnet i hvert fald i første omgang, samtidig med at retten udtaler, at moderens rettigheder var blevet krænket. Det ser således ud, som om betingelserne for at fjerne barnet anses for opfyldt, selvom moderen havde været afskåret fra rettigheder omfattet af menneskerettighedskonventionens artikel 8. Dette synes at pege i retning af, at retten opererer med en væsentlighedsvurdering, og at afskæringen af moderen fra hendes indsichtsret omfattet af artikel 8 altså er blevet anset for konkret uvæsentlig. Såfremt man tilmed vælger at se sagen som et eksempel på materialisering af (formelle) sagsbehandlingsregler, kan dommen yderligere ses som en markering af et videre område for væsentlighedsbedømmelser, end det der er udgangspunktet i dansk ret. En tilsidesættelse af lovens klare materielretlige betingelser for indgreb er således i traditionel dansk prøvelseslære pr. definition væsentligt, og der vil som hovedregel ikke være mulighed for at anse manglen for konkret uvæsentlig. Et sådant resultat skulle netop være pointen ved en integrering af de formelle og de materielle retlige krav under et fælles retssikkerhedsbegreb. At moderen får rettens ord for, at hendes rettigheder er tilsidesat i medfør af EMK artikel 8, stiller hende ikke anderledes i forhold til retsvirkningen af den retlige mangel end den tilsvarende konstatering, som obligatorisk følger i enhver dansk dom som reaktion på retlige mangler, af hvilken formel eller materielt retlig karakter de end måtte være.

Det er i øvrigt et spørgsmål, hvad der egentlig kan sluttes fra disse EMD-domme af relevans for den her omhandlede problemstilling. I det omfang domstolenes ”materialisering” af (formelle) procesregler er udtryk for, at disse skal skaffes et ståsted i konventionen, og i det omfang fokuseringen på (formelle) procedurekrav er udtryk for, at EMD kun har begrænsede muligheder for at foretage en (materielretlig) realitetsprøvelse, er det selvsagt

⁹ Kirsten Ketscher op cit note 2 s. 96 med henvisninger.

vanskeligt af domspraksis at udlede ret meget om forholdet til den nationale stats væsentlighedsbegreber og praksis.¹⁰

4. Dommens grundlag og indhold

Ved vurderingen af det materielle resultat, som dette kommer til udtryk i dommen, lægges – på linje med KK – til grund, at dette ikke er forkert i betydningen, at retsfaktum ikke skulle være subsumeret korrekt i medfør af servicelovens § 42.¹¹

I medfør af denne bestemmelse er der hjemmel til, uden samtykke fra forældremyndighedens indehaver og barnet, at anbringe barnet uden for hjemmet, når ”der er åbenbar risiko for, at barnet eller den unges sundhed eller udvikling lider alvorlig skade” p.g.a. en række i loven opregnede forhold. En sådan afgørelse hører til de mest indgribende i den offentlige forvaltning. Retsgrundlaget er i høj grad af skønsmæssig karakter. Det er således af helt afgørende betydning, at sagen er oplyst til bunds, og – i sammenhængen hermed – at samtlige de retssikkerhedsmæssige garantier til sikring af afgørelsens lovlighed/rigtighed og parternes interesser i øvrigt er iagttaget. Det gælder også de hensyn, som ikke direkte lader sig definere som garantiforskrifter i snæver forstand. Spørgsmålet om afgørelsens lovlighed/rigtighed og parternes interesser er naturligvis tæt forbundne, men dog ikke nødvendigvis ganske sammenfaldende. Det dominerende hensyn, som ligger til grund for reglerne om for eksempel partshøring, sigter mod partens mulighed for at varetage sine interesser, beskytte og forsvare sig.¹² Disse hensyn fremmes imidlertid ved at give parten indsigt i og mulighed for at øve indflydelse på sagsforberedelsen og dermed på grundlaget for sagens afgørelse. Også disse regler har grundlag i en opfattelse af parten som et aktiv for sagens oplysning. Hensynet til muligheden for selvforsvar og hensynet til korrekt og fyldestgørende sagsoplysning smelter således til dels

¹⁰ Spørgsmålet er i øvrigt, om der ikke i højere grad er tale om ”formalisering”, i den betydning at der indlægges proceduregarantier i en artikel – 8 – som i øvrigt er af materielretlig karakter. Der optages hermed retlige krav, som i øvrigt ikke er direkte omfattet af konventionen. Og vel at mærke retlige krav, som muliggør en quasi materiel retlig prøvelse i medfør af artikel 8, stk. 2, i tilfælde, hvor domstolen – i modsætning til den nationale domstolsprøvelse – faktisk er afskåret fra eller stærkt begrænset med hensyn til en egentligt materiel retlig/realitetsprøvelse. Se den Europæiske Menneskeretskonvention kommenteret af Peer Lorenzen m.fl., 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003, s. 407 og 408. Se også Jonas Christoffersen: Menneskerettighedsdomstolens praksis i 2001 i EU-ret og Menneskeret 2002, s. 88ff.

¹¹ Jfr. Kirsten Ketscher op cit note 2 s. 100, hvor det hedder, at ”moderen kan f.eks. have lidt af alvorlige misbrugsproblemer, sindssygdom eller lignende. Det er sikkert blevet klart dokumenteret, at hun ikke har forældreevne”.

¹² Steen Rønsholdt op cit note 6 s. 393f.

sammen. Men også kun til dels. Man kan således i en prøvelsessammenhæng forestille sig den konkrete sag tilstrækkelig oplyst, selvom regler om partshøring helt eller delvis har været tilsidesat. Alligevel fordrer hensynet til selvforsvar ubetinget høringsreglens overholdelse. Manglende partshøring må således i en sag af denne karakter klassificeres som en så alvorlig mangel, at retssystemets hårdeste reaktion – ugyldighed – bør være det alt-overvejende udgangspunkt. Imidlertid kan hensynet til ubetinget håndhævelse ikke stå alene i en sag af denne karakter, men må ses i sammenhæng med hensynet til barnets tarv.¹³ I en sådan situation er det retskontrollens opgave at overveje og beslutte, om retsvirkningen ugyldighed ubetinget skal finde anvendelse, eller om retten – i sammenhæng med bedømmelsen af forvaltningsmyndighedens sagsbehandling – skal søge den eller de retlige mangler repareret, således at rettens sagsbehandling kompenserer for fejl og mangler ved forvaltningens sagsbehandling. I det omfang en sådan reparationsindsats kombineres med, at retten i øvrigt foretager fuld prøvelse af samtlige forvaltningsafgørelsens formelle og materielretlige aspekter, vil der ved dommen kunne træffes en afgørelse. Denne afgørelse kan – omstændighederne taget i betragtning – anses for retssikkerhedsmæssigt betryggende, og som det muligvis eneste, også retssikkerhedsmæssigt, acceptable alternativ til annulation i det konkrete tilfælde.¹⁴

Tilbage står imidlertid, at denne fremgangsmåde ikke kompenserer for den krænkelse, parten – forældremyndighedens indehaver – har været udsat for, ved at der ikke har været gennemført partshøring, før afgørelsen blev truffet.¹⁵ I forhold til mange andre typer forvaltningsafgørelser er reguleringens genstand – og de dermed forbundne interesser – af en karakter som lader sig "ofre" som den samfundsmæssige pris for forvaltningens manglende

¹³ Om en samlet vurdering af retssikkerhedsgarantiernes opfyldelse som grundlag for at anse indgrebet som legitimt i medfør af EMK artikel 8, stk. 2, se kommenteret Menneskeretskonvention op sit note 10, s. 409.

¹⁴ Om reparationskonstruktionen udtaler Kirsten Ketscher, at "reparationssynspunktet, som Landsretten også lægger vægt på ... har Menneskerettighedsdomstolen også forholdt sig til i flere sager. Her har domstolens synspunkt været, at selv om reglerne bliver overholdt i en højere instans, kan det ikke reparere fejl i 1. instansen, idet man herigennem berøver borge- ren en anden ret, nemlig den at prøvet sin sag 2 gange". Op cit note 2, s. 97. At der kan fore- ligge sådanne tilfælde, er klart nok. Hertil skal imidlertid føjes, at EMD i sin praksis forud- sætter reparationsmulighed ved højere instans som en garanti i medfør af artikel 8. Se såle- des Kommenteret Menneskeretskonvention op sit note 10, s. 409, hvor det med henvisning til praksis hedder, at "manglende garantier i et led af sagsbehandlingen kan eventuelt kom- penseres ved andre instanser, navnlig såfremt en processuel fejl er blevet repareret under prøvelse for en national domstol". Det anføres yderligere, at er der ikke sket prøvelse af af- gårelsen ved en højere instans – med mulighed for sådan reparation – må der forventes sta- tueret krænkelse af artikel 8.

¹⁵ Om mulige former for compensation herfor se nedenfor i afsnit 5.

overholdelse af gældende ret. Det være sig manglende mulighed for at gennemføre afskedigelse af en offentligt ansat, manglende mulighed for at håndhæve nedlagte forbud/påbud etc. Er sagens genstand derimod fjernelse af barn fra hjemmet mod forældrenes vilje, lader reguleringsinteressen sig ikke uden videre "ofre" som en art kompensation til den krænkede part for manglende overholdelse af sagsbehandlingsregler, hvad enten disse er tillagt en større eller mindre materielretlig form og status. I sådanne tilfælde kan situationen være den, at der realistisk set ikke er nogen anden mulighed end dom til "rettelse".¹⁶

Den her omhandlende dom må da også antages at bygge på en egentlig materielretlig bedømmelse af sagsforholdet i betydningen, at retten har sat sig i forvaltningens sted, har overtaget afvejningen – i sammenhæng med, at retten ikke har antaget tilstrækkelig kausal forbindelse mellem de retlige mangler og afgørelsens indhold. Se således dommens passus om stadfæstelse af ankestyrelsens afgørelse "*da betingelserne for anbringelse uden for hjemmet af A og B jfr. servicelovens § 42, stk. 1, første punktum nr. 1 og nr. 4 jfr. andet punktum var opfyldt*".¹⁷

For så vidt angår dommens stillingtagen til betydningen af de foreliggende formelle mangler hedder det, at "A burde have været indkaldt til mødet i børn- og ungeudvalget, og der forelå ikke for udvalget oplysninger om Bs holdning til den påtænkte foranstaltning, ligesom der ikke i udvalgets afgørelse blev angivet tilstrækkelig begrundelse ... Navnlig under hensyn til, at A deltog i mødet hos sagsøgte, findes de anførte mangler under de foreliggende omstændigheder dog ikke at kunne begrunde, at de trufne afgørelser er ugyldige".

Den citerede passus om, at barnet A "deltog i mødet for sagsøgte", det vil sige ankestyrelsen, dækker formentlig – som også anført af KK – over en "reparations"-tankegang, det vil sige, at den manglende høring i førsteinstansmyndigheden er blevet kompenseret ved efterfølgende fremmøde/høring i ankestyrelsen. Hvad derimod angår de øvrige formelle mangler, det vil sige mangelfuld begrundelse og manglende oplysninger om barnet Bs holdning til foranstaltningen, afviser retten at statuere ugyldighed alene med en henvisning til, at "de anførte mangler under de foreliggende omstændigheder dog ikke findes at kunne begrunde, at de trufne afgørelser er ugyldige". En sådan henvisning til "de foreliggende omstændigheder" rummer – som anført af KK – mildest talt ikke megen oplysning om grundlaget for rettens afgørelse. Hvis retten hermed sigter til sin opfattelse af afgørelsens materielt korrekte indhold, burde dette være kommet direkte og klart til udtryk. I det omfang de anførte "foreliggende omstændigheder" sig-

¹⁶ Om dette begreb se Bent Christensen op sit note 6, s. 139 ff. Og Torstein Eckhoff og Eivind Smith: Forvaltningsret 6. udg. Oslo, Tanno, 1997, s. 258 ff.

¹⁷ Op cit note 3 kursiv indsat her.

ter mod en bedømmelse af manglernes konkrete uvæsentlighed – i betydningen manglende konneksitet mellem manglerne og afgørelsens materielle indhold – burde også dette have været eksplicit tilkendegivet. Dette sidstnævnte gælder vel at mærke, selv om der implicit kan siges at være taget stilling hertil med rettens konstatering af, at betingelserne i servicelovens § 42, stk. 1 etc. var opfyldt.

5. Sammenfatning

KKs kritik er generelt rettet mod forvaltningsretten. Hendes eksempler omfatter et betydningsfyldt, men også specielt retsområde, som ud over at omfatte yderst indgribende afgørelser også er karakteriseret ved at omfatte meget komplekse interessekonstellationer og modsætninger.¹⁸ Netop i forhold til et sådant reguleringssområde synes fordringen om reaktion ved ubetinget ugyldighed mindre oplagt. Sager om fjernelse af børn fra hjemmet udgør et område, hvor konkrete væsentlighedsvurderinger på én gang er særligt betænkelige, men også kan være særligt nødvendige.¹⁹

Det skal ikke afvises, at der kan være grund til generelt at overveje den form og den vægt, med hvilken væsentlighedsfiguren indgår i det samlede prøvelsesbillede. KK kan således have ret i, at væsentlighedsfiguren er blevet tillagt en for fremtrædende placering i forhold til kravet om, at retsreglerne *skal* overholdes. Det er i den sammenhæng også nærliggende at se konventionsretten som løftestang til fremme af dette formål.

Pointen i denne sammenhæng er imidlertid, at også retssikkerheds- og retsbeskyttelseshensyn taler for eksistensen af en margin i forhold til spørgsmålet om retsvirkningen ugyldighed. Til opfyldelse af dette formål synes væsentlighedskonstruktionen at være et ganske adækvat middel. At væsentlighedsfiguren i sig selv skulle være af borgeruvenlig karakter, måtte jo eksempelvis forudsætte, at børn, som også er beskyttelsesobjekt i sager om tvangsjernelse, antages udgrænset af borgerbegrebet.²⁰ Til spørgsmålet om borgeruvenlighed i øvrigt skal herudover bemærkes, at den reaktionsmargin, som væsentlighedsbegrebet – tilsammen med kategorien af særlige

¹⁸ Se Trude Haugli op cit note 5 som i afsnit 12.4. med titlen: "Retssikkerhet for hvem?" blandt andet rejser spørgsmålet, om barnets krav på, at det offentlige griber ind, når det er nødvendigt – altså barnets krav på beskyttelse mod sine forældre – skal betragtes som en del af barnets retssikkerhed eller et "systemhensyn".

¹⁹ Kirsten Ketscher: "Socialret, Alm. principper, retssikkerhed og administration, grundværker", Thomsson 2. udg., 2002, anfører i afsnittet om "systemhensyn og borgerhensyn", s. 24ff, at væsentlighedskriteriet bærer præg af "myndighedsvenlighed".

²⁰ Om statens pligt til – i medfør af EMK – at sikre borgerne mod hinanden indbyrdes i relation til privatlivet, den såkaldte *Drittwirkung*, se Kommenteret Menneskeretskonvention op cit note 10, s. 381.

omstændigheder åbner op for – i sammenhæng med sondringen formel/materiel ret – også danner grundlag for hovedreglen, hvorefter begunstigende afgørelser ikke tilsidesættes til skade for borgeren som følge af formelle retlige mangler.²¹

Hermed naturligvis ikke sagt, at der ikke også kan opnås resultater gennem justering af teoribygningen.²² Imidlertid synes grænserne herfor at måtte sættes af uomgængelige behov, der i det konkrete tilfælde kan eksistere for at undgå ugyldighed som retsvirkning af retlige mangler. Hvor den omtvistede afgørelses genstand er tvangsmæssig fjernelse af et barn fra hjemmet, foreligger måske ikke en partskonflikt i formel forstand, idet sagens private part er forældremyndighedens indehaver mod det offentlige. Imidlertid er retsbeskyttelsesinteressens genstand jo såvel forældre som barn, og disses interesser er ikke nødvendigvis sammenfaldende. Årsagen til fjernelse af et barn fra hjemmet skal ifølge loven altid være af tungtvejende karakter og kan i det enkelte tilfælde være så kvalificeret, at annullation af afgørelsen som udgangspunkt må forbeholdes tilfælde, hvor afgørelsen er indholdsmæssigt forkert.

KK anfører, at de strenge krav, som forvaltningsretten stiller til grundlaget for de konkrete væsentlighedsvurderinger, generelt ikke respekteres. Der fremlægges imidlertid ingen dokumentation for dette udsagn, som i bekræftende fald kunne betragtes som udtryk for en egentlig svaghed ved systemet som sådant. Spørgsmålet herom vil blive gjort til genstand for undersøgelse i en kommende fremstilling af prøvelsesretten.

For så vidt angår spørgsmålet om konventionsretten, det vil sige EMD og børnekonventionen, har KK en pointe i sin påpegning af en udtalt nationalretlig træghed med hensyn til absorberingen af disse retskilder. Dette forhold vil der blive rettet op på i den næstfølgende forvaltningsretsfremstilling af hjemmels- og prøvelseslæren.²³ En sådan fremstilling vil også medinddrage det af KK præsenterede spørgsmål om forholdet mellem konventionsretten og den traditionelle nationalretlige prøvelseslære. På den ene side forekommer det nærliggende at se den konventionsbårne menneskeret som en faktor, der kan hævde respekten for, og i det hele påvirke, den status, som tillægges sagsbehandlings/procesregler, herunder ved påvirkning af grænsen for anvendelse af retsvirkningen ugyldighed som følge af retlige mangler. På den anden side forekommer der ikke – på det fremlagte grundlag – at være belæg for det af KK anførte om et kultursammenstød mellem en borger-

²¹ I Jens Garde: *Forvaltningsret, Sagsbehandling* 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001, s. 330ff.

²² Se eksempelvis Steen Rønsholdt om begreberne Magtfordrejning og Forvaltningens subjektive hensigt op cit note 8.

²³ Se nu Hans Gammeltoft-Hansen m.fl.: *Forvaltningsret* 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002, s. 299ff.

venlig menneskeret og en myndighedsvenlig forvaltningsret. KKs artikeloverskrifter "forvaltningsretlig rabat på overholdelse af menneskerettigheder" og "kultursammenstød mellem forvaltningsretten og menneskeretten" synes efter ordlyden at lægge op til påvisning af en ret så radikal spændvidde mellem de to retssystemers grundlag og tænkemåde. Imidlertid synes den følgende tekst at svinge en del mellem udsagn, som bekræfter denne radikalitet, og udsagn, som nærmest peger i retning af mere moderate og justerbare forskelle. Således når det hedder, at "det er karakteristisk, at i EMDs praksis vedrørende børnesager adskiller man ikke retsbeskyttelsen i materielle og formelle regler *i samme omfang* som i den almindelige forvaltningsret". Ligeledes når det videre hedder, at "der anvendes et mere integreret retsbeskyttelsesbegreb. Der er *tendens til*, at domstolen ser processuelle regler i sig selv som et led i beskyttelsen af privatlivet som er indeholdt i artikel 8".²⁴

På grundlag af en sådan forsigtig beskrivelse er det ikke let at se nogen radikal forskel i forhold til den nationale prøvelsesret, et forhold som vel også synes bekræftet af det ovenfor i afsnit 1-4 anførte.

Såfremt man på grundlag af EMK og børnekonventionen måtte acceptere en udelukkelse af konkrete væsentlighedsvurderinger, med den virkning at retten måtte følge en påstand om ugyldighed og hjemgivelse af barnet, til trods for at de materielle betingelser for fjernelse af barnet klart og i kvalificeret grad var opfyldt, ville der kunne foreligge et retssikkerheds- og retsbeskyttelsesproblem i forhold til barnet. Et sådant konventionsbaseret "indgreb" i den – uskrevne – prøvelsesret ville have karakter af en slags "uægte" drittwirkung som burde påkalde sig lovgivningsmagtens opmærksomhed.²⁵ Hvordan det end forholder sig i den henseende, så peger KK på et centralt og interessant spørgsmål, som også vil blive taget op i den kommende forvaltningsretsforestilling af hjemmels- og prøvelseslæren.

Sammenfattende kan anføres, at den almindelige forvaltningsret med tilhørende teoribygning grundlæggende forekommer at være et ganske adækvat middel til sikring af de her omhandlede retssikkerhedsaspekter. Der ses således ikke at være grund til eller grundlag for en afskaffelse af eller egentlig omkalfatring af prøvelsesrettens grundelementer, som disse kommer til udtryk i henholdsvis ugyldighedslærens årsagsside og virkningsside. Udviklingen i såvel rets- som ombudsmandspraksis har bevæget sig i retning af

²⁴ Kirsten Ketscher op cit note 2, s. 95 og 96 kursiv indsat her.

²⁵ Ordet "uægte" sigter til det forhold, at der jo ikke i formel forstand er tale om en partskonflikt, se John Lundum: De danske domstoles anvendelse af den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte drittwirkung) i Grundloven og Menneskerettigheder i et dansk/europæisk perspektiv (red.) Morten Kjærum m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997, s. 399ff.

skærpede krav til mulighederne for at statuere konkret uvæsentlighed med hertil hørende beviskrav og/eller egentligt materielretlig efterprøvelse. Konventionsretten kan være et yderligere bidrag i denne retning. Hermed ikke sagt, at der ikke er problemer hvilket den konkrete sag så tydeligt illustrerer. Problemet er ganske enkelt, at nogle forvaltningsmyndigheder mangler evne og/eller vilje til at respektere retsreglerne. I sammenhæng hermed kan det være et problem, at det – i tilfælde hvor den retlige mangel ikke medfører ugyldighed – let opleves, at lovens tilsidesættelse ingen konsekvenser får. En faktor i denne sammenhæng er, at det danske retssystem kan forekomme fattigt på alternative reaktionsmidler. Her kan det af KK stillede forslag om godtgørelse vise sig at være relevant. Forslaget herom fortjener yderligere bearbejdning og overvejelser.²⁶

Referencer:

- Christensen, Bent: *Forvaltningsret – Prøvelse*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1994, kap. III og 139 ff.
- Christoffersen, Jonas: *Menneskerettighedsdomstolens praksis i 2001* i "EU-ret og Menneskeret" 2002, s. 88ff. og s. 93.
- Den Europæiske Menneskeretskonvention* kommenteret af Peer Lorenzen m.fl., 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2003, s. 381, 407- 409.
- Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind: *Forvaltningsret* 6. udg. Oslo, Tanno, 1997, s. 258 ff.
- Gammeltoft-Hansen, Hans m.fl.: *Forvaltningsret* 2. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002, s. 299ff.
- Garde, Jens: *Forvaltningsret, Sagsbehandling* 5. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2001, s. 330ff.
- Haugli, Trude: *Samværsrett i barnevernssaker*, Universitetsforlaget Oslo 2. udg. 2000, kap. 12.
- Ketscher, Kirsten: *Retskulturer*, Retsvidenskabeligt Institut B's Årsskrift, 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s.95, 96ff. og s. 100.
- Socialret, Alm. principper, retssikkerhed og administration, grundværdier*, Thomsson 2. udg., 2002, s. 24ff.
- Lundum, John: *De danske domstoles anvendelse af den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte drittwirkung)* i "Grundloven og Menneskerettigheder i et dansk/europæisk perspektiv" (red.) Morten Kjærum m.fl., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997, s. 399ff.

²⁶ Kirsten Ketscher op. cit. note 2, s. 96ff og Jonas Christoffersen op sit note 10, s. 93.

Mathiassen, Jørgen *Forvaltningsret – Almindelige emner*, 3. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997, kap. 6.

Retsvidenskabeligt Institut B: *Retskulturer*, Retsvidenskabeligt Institut B's Årsskrift, 2002, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, s. 91ff, s. 97.

Rønsholdt, Steen: *Forvaltningsret, Retssikkerhed, Proces, Sagsbehandling*, Thomson 2001, s. 49ff, kap. 16 og s. 393f.

Om begreberne Magtfordrejning og Forvaltningens subjektive hensigt, *Juristen* 2000, s. 9ff.

Steen Rønsholdt er professor, dr.jur. ved Det Juridiske Fakultet, Forskningsafdeling II, i Forvaltningsret. For yderligere oplysninger se Beretning 2002 på Det Juridiske Fakultets hjemmeside: <http://www.jur.ku.dk/afd2/2002beretning/> E-mail: Steen.Ronsholdt@jur.ku.dk.