

ARTIKLER

2006 - 2007

Hans Gammeltoft-Hansen

Det seneste halvandet år har været rigt på opfordringer til at bidrage til festskrifter og antologier. Resultaterne, tillige med en enkelt kronik, er samlet her – som en hilsen til fagfæller og venner i håb om at de hver især kan finde noget iblandt af interesse.

Ved den endelige udformning af hver enkelt af artiklerne har jeg haft stor glæde af at kolleger ved ombudsmandsinstitutionen og universiteterne har læst manuskripterne kritisk igennem og givet værdifulde råd.

December 2007

H. G.-H.

Indhold

<i>Om fangers retssikkerhed</i>	7
i Straffens menneskelige ansigt? Red. Lene Kühle og Carl Lomholt Forlaget Anis 2006	
<i>Om definitionen af straffeprocessuelle tvangsindgreb</i>	25
i Festskrift til Gorm Toftegaard Nielsen Red. Per Ole Träskman, Magnus Matningsdal, Jens Peter Christensen, Anette Storgaard og Annette Møller-Sørensen Chr. Ejlers' Forlag 2007	
<i>Politiets overdrevne hjælpsomhed</i>	40
i Festskrift til N.N. forventes at udkomme marts 2008	
<i>Om fortrolighedsbegrebet i straffeloven, offentlighedsloven og forvaltningsloven</i>	52
i Festskrift til Claus Haagen Jensen Red. Erik Werlauff og Sten Bønsing Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007	

<i>Den Europæiske Menneskerettigheds-</i> <i>domstol og ombudsmændene</i> i Festskrift til Morten Kjærum Red. Rikke Frank Jørgensen og Claus Slavensky Institut for Menneskerettigheder 2007	79
<i>Pligt til at svare?</i> Kronik i Jyllands Posten 12. juni 2007	94
<i>Retten til at søge - Om FN's</i> <i>Menneskerettighedsdeklaration</i> <i>art. 14 og EU's asylpolitik</i> med Thomas Gammeltoft-Hansen i Hyldestskrift til Isi Foighel Red. Eva Ersbøll, Ida Koch, Stephanie Lagoutte og Eva Maria Lassen Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007	102
<i>Folkekirken juridisk betragtet</i> - <i>Kirkens selvstændighed og dens</i> <i>indpasning i samfundets regelsæt</i> i Udfordringer til Folkekirken Red. Jens Holger Schjørring og Jens Torkild Bak Forlaget Anis 2006	135
<i>Retten og den rette lære</i> i Retten og den rette lære Red. Eberhard Harbsmeier, Lisbet Christoffersen og Niels Henrik Arendt Aros Forlag 2007	152

Nåde og straf – en brevveksling 174

med *Theodor Jørgensen*

i Vendepunkter – Religion mellem
konflikt og forsoning

Red. Lene Sjørup

Syddansk Universitetsforlag 2007

Primat og "primatialitet" 203

i Festskrift til Jens Holger Schjørring

Red. Carsten Bach-Nielsen, Liselotte

Malmgart, Viggo Mortensen

og Johannes Nissen

Forlaget Anis 2007

Om fangers retssikkerhed

Det emne jeg har fået opgivet, er for så vidt nemt at sige noget om: Om fangers retssikkerhed.

Fanger (som vi kalder dem her – ingen kosmetiske eufemismer som "indsatte", "klienter" eller sågar "brugere" som jeg nu hører enkelte blandt de sprogligt progressive sige) har jo masser af retssikkerhed.

De har materiel retssikkerhed i form af et væld af skrevne regler, nationale som internationale, om praktisk taget alle sider af deres tilværelse – fra de mest afgørende spørgsmål såsom (prøve)løsladelse, altså hvornår de ikke skal være fanger mere, til alle tænkelige detaljer i deres dagligliv bag murene. Der er artikulerede regler på alle planer fra grundlov, lov, konventioner til bekendtgørelse, cirkulærer, vejledninger, lokale regulativer, etc., hvilket jo netop er krumtappen i den såkaldte materielle retssikkerhed, forstået som veldefinerede rettigheder der giver en betydelig og forudberegnelig sikkerhed for at ens liv og tilværelse skal kunne forme sig på det niveau som reglerne beskriver. Og hertil kommer de almindelige forvalt-

ningsretlige principper om saglighed, lighed, proportionalitet osv. Alle er de retsgrundsætninger der tager sigte på at styrke og sikre borgernes, og dermed også fangernes materielle retssikkerhed.

Fanger har også en ret stor mængde processuel og organisatorisk retssikkerhed. Igen spiller de almindelige sagsbehandlingsprincipper – som f.eks. forvaltningslovens regler om partshøring, begrundelse og klagevejledning – i praksis en meget stor rolle i forhold til netop fanger. Men ud over disse generelle regler eksisterer der et utal af særfor skrifter om procedurer og sagsbehandling inden for netop kriminalforsorgens systemer.

Hertil kommer den "organisatoriske" retssikkerhed, først og fremmest i form af den ret store mængde af klageorganer eller tilsynsinstanser som er tilgængelige for fangerne; eller som på eget initiativ beskæftiger sig med deres forhold. Fuldbyr delseslovens § 56 om ukontrolleret brevveksling giver en fornemmelse af mængden af instanser: "justitsministeren, direktøren for kriminalforsorgen, domstolene ..., Folketingets Ombudsmand, medlemmer af Folketinget, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, Den Europæiske Torturkomité, FN's Menneskerettighedskommission, FN's Torturkomité" samt den beskikkede forsvarer og alle andre beneficerede advokater i øvrigt. – Man kan ikke sige at fanger mangler steder og instanser at henvende sig til hvis de mener at der er problemer med retssikkerheden.

Altså en meget omfattende og faktisk uhyre udbygget retssikkerhed for fanger, på det materielle, det processuelle og det organisatoriske niveau. Måske mere omfattende og udbygget end på noget andet enkeltområde. – Og sådan skal det naturligvis også være. Når man berøver mennesker så essentielt og basalt et livsgode som den personlige frihed, så skylder man i højeste grad både dem

og alle os andre at stille så meget retssikkerhed til rådighed som samfundet overhovedet er i stand til med rimelighed at tilbyde.

Så når emnet blot hedder "Om fangers retssikkerhed", burde det være en smal sag at anvende den tilmålte plads til at gennemgå principperne i og de væsentligste udslag af den store mængde retssikkerhed som efter regelværket tilkommer fangerne.

Men så er det man når ned til de opgivne stikord:

"Emnet forholder sig især til den indsattes (nu blev "fangerne" alligevel til "indsatte"!) erfaring: at frihedsberøvelsen også i videre omfang medfører tab af menneskelige og borgerlige rettigheder"

Hvad er nu det for noget? Hvad er det for en erfaring der her trækkes frem og tillægges fangerne eller de indsatte? – Den passer jo ikke særlig fint ind i det store system af udviklet og udarbejdet retssikkerhed på alle led og kanter. Hvis det nu virkelig er rigtigt med den "erfaring", så bliver det pludselig et endog meget svært emne at tale om. For så står man jo over for et temmelig iøjnefaldende og overordentlig generende paradoks der ikke sådan er til at få hold på.

Nu kan "den indsattes *erfaring*" jo betyde to ting.

Det kan være en objektiv erfaring, forstået som noget der har rod i, udspiller sig i virkeligheden. At den indsatte med andre ord rent faktisk må konstatere at han i videre omfang taber "menneskelige og borgerlige rettigheder".

Men det kan også være en subjektiv erfaring, dvs. at den indsatte nok oplever et sådant tab; men at det vitterligt drejer sig om noget oplevet der ikke rigtig har rod i virkeligheden.

Og så kan der naturligvis være tale om alle tænkelige

mellem- og blandingsformer mellem de to yderpunkter: den objektive konstatering og den subjektive oplevelse.

Én ting må slås fast: uanset om det er den ene eller den anden slags erfaring, så er der tale om et problem, endda et meget væsentligt problem. Men problemets karakter er meget forskellig alt efter om vi står over for den ene eller den anden slags erfaring.

Hvis jeg skal prøve at bidrage til at indkredse problemet, eller problemerne, må jeg jo nødvendigvis også trække på mine egne erfaringer fra feltet. De er ganske vist langt fra så omfattende som mange andres. Men jeg har dog gennem årene været på en hel del fængselsbesøg (også før jeg blev ombudsmand) og ført ganske mange samtaler med indsatte. Og i den seneste snes år har jeg unægtelig haft rig lejlighed til tillige at se et meget stort antal klagesager fra indsatte.

Når jeg prøver at gribe ned i denne min personlige erfaringsmængde, forekommer det mig at jeg gennem årene faktisk har mødt ikke så få indsatte med en ret høj bevidsthed om deres rettigheder. Indsatte der er i stand til at artikulere og stå fast på deres rettigheder, i stand til at anvende reglerne og de fremgangsmåder der er til rådighed. Jeg tror også at jeg tør sige – som et meget generelt udsagn – at mange i denne gruppe langt hen ad vejen faktisk opnår de rettigheder de har krav på.

Man kan vel sige at sådanne fanger i ganske vidt omfang profiterer af såvel den materielle retssikkerhed som den processuelle og organisatoriske retssikkerhed der vitterlig findes på området. Ikke sjældent er de indsatte som jeg henregner til denne gruppe, de samme som har hvad man kunne kalde et mentalt professionelt forhold til deres kriminalitet; dem der anser deres levevej som en slags profession helt på linie med alle mulige andre er-

hverv, med gevinstmulighed og driftsomkostninger – det sidste omfatter så i deres tilfælde også at de tid efter anden skal afregne et straffekrav.

Karakteristikken af denne gruppe er naturligvis, i klarhedens interesse, meget generaliseret og firkantet. Men når jeg alligevel fremlægger den, er det fordi den i min erfaring rammer noget væsentligt for en vis gruppe af indsatte. Og hvis jeg skulle have ret i dét, må man sige at dette er en gruppe hvor der ikke er helt så megen grund til at tale om tab af rettigheder, hverken i objektiv eller i subjektiv forstand. – Jeg bør måske i eftertanken tilføje at netop i mit virke som ombudsmand kan det vel næppe udelukkes at jeg støder på en relativt større andel af netop denne gruppe; og at de måske derfor syner af noget mere for mig end hvis jeg havde andre former for funktioner i forhold til fængslerne og de indsatte.

Den gruppe jeg her har omtalt, er som sagt præget af en ret høj bevidsthed om deres rettigheder og retlige muligheder. Blandt dem som ikke har denne klare og velartikulerede opfattelse og oplevelse af at være hvad vi kunne kalde selvstændige og medhandlende retssubjekter, er der yderligere nogle som jeg ikke helt kan få til at passe ind i forestillingen om erfaringen af et stærkt og belastende rettighedstab.

Denne gruppe har jeg ikke nemt ved at karakterisere. De er som sagt ikke selv så bevidste omkring hele den retsbeskyttende regulering af deres forhold som frihedsberøvede og de muligheder som står til deres rådighed. Tit når jeg møder dem, virker det næsten som en tilfældighed. De opsøger mig måske i forbindelse med en fængselsinspektion, men tilsyneladende nærmest af nysgerrighed eller for afvekslingens skyld for at få en snak og høre lidt om hvad jeg i grunden går og laver. Når jeg så (som jeg jo skal) spørger dem om der er noget bestemt de

havde tænkt sig at klage over, kan de ofte virke lidt søgende. Men noget kommer de i reglen op med; og jeg kan da også komme i tanker om at der iblandt sådanne situationer faktisk har været tilfælde hvor det vitterligt viste sig at der var noget man kunne gøre for dem.

Når jeg nævner dem her, er det fordi de udgør en anden type af eksempler på at det kan være svært at tale om så massiv eller generel en erfaring af tab af rettigheder. Som sagt kan det godt i enkelte tilfælde være at der faktisk tilkom dem en eller anden rettighed som de ikke fuldt ud havde fået – og dermed for så vidt et objektivt rettighedstab. Men man kan ikke mærke en særlig frustration endsige underlegenhedsfølelse eller hjælpeløshed hos dem. Så også dem vil jeg – igen med hvad nogle måske vil opfatte som en grov generalisering, eller ligefrem en frapperende mangel på empati fra min side – holde ude af den problemstilling som undertitlen i emnet lægger op til.

Men når jeg så – med disse to, vagt afgrænsede, eksempelgrupper – har fået sagt at jeg ikke tror at erfaringen af tab af menneskelige og borgerlige rettigheder i væsentligt videre omfang end hvad der følger af frihedsberøvelsen, er noget man kan knytte til enhver alvorlig fængselsstraf, så bliver der rigtignok en væsentlig gruppe tilbage hvor også jeg med min erfaringsbaggrund kan genkende og indse at det forholder sig således. – Og derfor er jeg enig i at der er al mulig grund til at overveje hvordan dette nu kan gå til når man, som jeg nævnte det indledningsvis, tager i betragtning *hvor* megen rettigheds- og retssikkerhedsregulering der faktisk er stillet til rådighed for de indsatte.

Hvis man skal forsøge at komme ind på livet af dette problem, eller ligefrem paradoks, må man nok se lidt nærmere på hvad det er for typer af retlig regulering og

retsgrundlag som omfatter en fanges tilværelse. – Jeg holder mig udtrykkeligt til det *retlige*. Oplevelsen af tab af menneskelige og borgerlige rettigheder grænser tæt op til oplevelsen af tab af menneskelig værdighed. Det ene kan være en følge af det andet; og omvendt. Men det menneskelige værdighedstab er overvejende forårsaget af noget andet end det retlige. Det udspringer af omverdenens attituder og holdninger, inden for anstaltens mure såvel som udenfor. Det har noget at gøre med hele stigmatiseringen, og er for så vidt en langt bredere og dybere problematik end det egentlige *rettighedstab*, det være sig objektivt og/eller subjektivt.

De retsgrundlag som omfatter den frihedsberøvedes tilværelse, kan man opdele i tre grupper:

- 1) Selve frihedsberøvelsen – straffen der fastsættes ved en domstolsafgørelse – med dens grundlag i lovgivningens mangfoldighed af straffebestemmelser, samt de almindelige regler om prøveløsladelse (og benådning).
- 2) Den del af fængselsregimet som er udtrykkeligt retligt reguleret. – Dette er en endog meget omfattende del af regimet. Næppe noget enkeltområde har en så omfattende og intensiv detailregulering som kriminalforsorgen, hvilket netop (også) er udtryk for den meget betydelige materielle og processuelle retssikkerhed som tilkommer de frihedsberøvede.
- 3) Endelig er der den såkaldte anstaltsordning. – Det er et traditionelt, og for så vidt uskrevet, retsgrundlag der antages at give hjemmel for visse afgørelser i hvad man kunne kalde anstaltens daglige liv og drift. I forhold til fængslerne spiller

dette retsgrundlag en mindre iøjnefaldende rolle, netop fordi der findes et væld af udtrykkelige retsforskrifter. Men anstaltsordningen eksisterer også, underneden, på fængselsområdet; og engang imellem er det den man må gribe til for at finde hjemmelen for et indgreb over for den indsatte.

Altså: Strafregerne – Regimereguleringen – Anstaltsordningen.

Man kan nu se på hvert af disse tre, meget forskellige, retsgrundlag og prøve at vurdere hvor stor risikoen, på grund af retsgrundlagets karakter, er for henholdsvis objektive og subjektive rettighedstab.

En i mine øjne helt afgørende faktor i overvejelsen af disse spørgsmål er hvor stort det *skønsmæssige* element er i de forskellige retsgrundlag og deres enkelte dele. Min påstand er at jo større det skønsmæssige element er, des større er risikoen for at rettighedstab erfare. Dette gælder først og fremmest det subjektive rettighedstab. – Lad mig forklare nærmere hvad jeg mener hermed, og hvorfor jeg mener det.

Hvis der i en regel er indbygget et betydeligt element af skøn, så kan man ikke tale om et objektivt rettighedstab, dvs. fejlagtig retsanvendelse, så længe afgørelserne bygger på lovligt udøvede skøn, og resultaterne ligger inden for de rammer reglen afstikker for skønnet. Men selv om det forholder sig sådan, objektivt set, så vil de skønsmæssige afgørelser alligevel kunne lægge op til en oplevelse af retsløshed, en subjektiv erfaring af rettighedstab. Hvordan man end vender og drejer det, så vil skønsmæssige afgørelser om forhold som er af indgribende betydning for borgerens tilværelse, være egnede til at

fremkalde en følelse af at man mere eller mindre er udleveret til en myndighedspersons eller et myndighedssystems forgodtbefindende.

Denne følelse, det subjektive rettighedstab, er for så vidt både ubegrundet og begrundet. Den er ubegrundet fordi skønnet jo langt fra er "retsfrit". Der er retlige rammer omkring resultaterne af skønsudøvelsen. Og der er, efterhånden meget udviklede, retlige principper for selve måden at udøve skønnet på. (I virkeligheden er "retsliggørelsen" af den administrative skønsudøvelse nået til et stade, i hvert fald i teorien, hvor man kan rejse spørgsmål om hvorvidt den klassiske modstilling af retsanvendelse og skønsudøvelse efterhånden er blevet mere vildledende end vejledende; men det er en anden historie).

Men selv om den korrekte og korrekt udøvede skønmæssige forvaltningsafgørelse altså ikke medfører et objektivt rettighedstab – man får jo netop den ret som efter reglerne tilkommer én – så kan det alligevel være både forståeligt og velbegrundet at sådanne afgørelser opleves som "rettighedsfattige", som et "tab af rettigheder". For sandheden er den at uanset alle retlige rammer og restriktioner så indeholder skønnet og skønsudøvelsen muligheder for en vis subjektivitet fra myndighedspersonens side; ikke et fuldstændig personligt forgodtbefindende, men dog et personligt præget spillerum for den eller dem der træffer afgørelsen. I et vist omfang er det jo også lovgivers (eller hvem der ellers har udstedt reglerne) mening at det skal være sådan at myndigheden eller myndighedspersonen netop skal have et vist personligt spillerum. Skønmæssige regler bygger så på en tillid til at dette personlige spillerum anvendes og udnyttes på en måde som er saglig og så vidt muligt i borgerens interesse. Men nogen garanti for at det altid går sådan, er der jo ikke.

Og hertil kommer at den retssikkerhed som ligger i at

man kan gå til en eller flere klageinstanser, generelt set også er relativt mindre værd hvor det drejer sig om skønsmæssige afgørelser. Eksterne kontrolinstanser, herunder ikke mindst Folketingets Ombudsmand, afholder sig i vidt omfang fra at efterprøve skønnet; det er der gode grunde til, men for borgeren, den indsatte, er det naturligvis en reduktion af retssikkerheden. Og selv om de interne klageinstanser normalt kan efterprøve de underliggende myndigheders skønsudøvelse, vil der også her, i hvert fald i visse tilfælde, blive udvist nogen tilbageholdenhed.

Så selv om afgørelserne for så vidt er i enhver henseende korrekte – og der således ikke er tale om et objektivt rettighedstab – er det alligevel ikke ganske ubegrundet, og langt fra uforståeligt, at der på skønsmæssige afgørelses område kan opleves et subjektivt rettighedstab.

Det bør tilføjes at selv om skønnet er afgørende for den subjektive oplevelse af en vis retsløshed, så er skønsmåleren dog heller ikke ganske uden betydning for spørgsmålet om det objektive rettighedstab. Én ting man blandt andet kan anføre, er at risikoen for brud på den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning alt andet lige er væsentlig større i den skønsmæssigt prægede forvaltning end ved de retligt orienterede afgørelser.

Herefter vender jeg tilbage til spørgsmålene om de tre typer af retsgrundlag: Straffreglerne – Regimereguleringen – Anstaltsordningen. Og, i lyset af de foregående bemærkninger, retter jeg især opmærksomheden mod mængden og betydningen af de skønsmæssige elementer i retsgrundlagene.

Umiddelbart skulle man mene at straffreglerne, reglerne og afgørelsen om selve frihedsberøvelsen og dens udstrækning, er det i sammenhængen mindst interessante

spørgsmål. Når man er nået frem til at være fange eller indsat, er frihedsberøvelsen en given ting. Det er jo unægtelig trivielt at konstatere at frihedsstraffen som sådan er forbundet med et kolossalt tab af rettigheder, objektivt og dermed selvsagt også subjektivt.

Når man først befinder sig som afsoner i fængslet, så udgøres de relevante regler om selve frihedsberøvelsen af bestemmelserne om prøveløsladelse samt reglerne om benådning. De sidste nævner jeg her blot for fuldstændighedens skyld. I praksis er reglerne om benådning så sjældent anvendte at man i forhold til den rejste problemstilling kan tillade sig at se bort fra dem.

De almindelige regler om prøveløsladelse indeholdt tidligere ikke megen skønsudøvelse. To tredjedels-prøveløsladelsen var en så fasttømret praksis at det, ikke formelt naturligvis, men reelt nærmede sig en retsgrundsætning. For de relativt set meget små grupper som faldt på hver side af to tredjedels-tiden, var der naturligvis i høj grad tale om skønsudøvelse, både for dem som rent undtagelsesvis ikke blev prøveløsladt fordi deres forhold gjorde det utilrådeligt mv., og for dem der måtte have mulighed for halvtids-prøveløsladelse eller noget andet mellem halvtid og to tredjedele. Men for det helt overvejende antal fanger stod det fast at selve frihedsberøvelsens udstrækning udgjorde præcis to tredjedele af den straf der var blevet fastsat ved dommen. Det var i alt væsentligt et påregneligt faktum uden usikkerhedsskabende skønselementer, bortset fra de sjældne undtagelsestilfælde.

Denne praksis har imidlertid i de senere år ændret sig således at nu knap en fjerdedel i gennemsnit (og i de lukkede anstalter en større andel) først bliver prøveløsladt på et senere tidspunkt end to tredjedel af straftiden. Grundkriteriet i vurderingen af disse sager er at den dømtes

forhold "gør løsladelsen utilrådelig", at der ikke "er sikret ham passende ophold og arbejde eller andet underhold" (jf. strfl. § 38, stk. 5). Ord som "utilrådelig" og "passende" er helt udprægede skønsvendinger. Selv om en vis praksis i disse kriteriers nærmere anvendelse er dannet og præciseret, er der dog – på et så afgørende punkt som selve udstrækningen af frihedsberøvelsen – lagt op til en følelse af udleverethed til nogle for den indsatte usikre og uvisse opfattelser hos de personer og det system som skal træffe afgørelsen. Og dette gælder selvsagt ikke blot den gruppe som rent faktisk bliver ramt af reglen og først opnår en senere løsladelse, men også dem der – med rette eller urette – kan opfatte sig som truet af denne mulighed.

Hvor man tidligere kunne have ment at det næppe var i denne del af retsgrundlaget at årsager til erfaringerne af objektivt eller subjektivt retstab skulle søges, må man altså i dag konstatere at situationen er anderledes. Den stigende anvendelse af senere prøveløsladelser eller afsoning på fuld tid er i høj grad egnet til at øge erfaringen af rettighedstab, ikke mindst i den subjektive form.

Så er der regimereguleringen; manifesteret i Kriminalforsorgens tykke ringbind med den utroligt omfattende mængde af skrevne regler om alle mulige sider af og situationer i den indsattes tilværelse.

Selve mængden og detailgraden af hele dette regelværk indicerer jo at skønsværelsen er meget begrænset. Og går man dybere ned i de enkelte regler, bliver dette da også i vidt omfang bekræftet. Men samtidig står det klart, måske ikke særlig overraskende, at uanset de mange og detaljerede regler så bliver der dog alligevel en god portion skøn tilbage. Og meget anderledes kan det næppe heller være. Det er nu engang ikke muligt at regulere et livsområde hvor forskellige hensyn skal afbalanceres, ned

til det sidste komma.

Hvorom alting er så må man om denne del af retsgrundlaget – igen på et meget generelt og overordnet plan – konstatere at skønnet vel eksisterer, men at det på de fleste områder er trængt så langt ned eller tilbage som det praktisk og realistisk set næsten er muligt. Grundlæggende kan en del af, især det subjektive, rettighedstab således nok siges at udspringe af denne del af retsgrundlaget; men næppe det meste.

Anderledes derimod med anstaltsordningen. – Som anført er dette en underliggende del af retsgrundlaget der ikke altid nøjes med at være underliggende, men i et vist omfang også træder frem og får betydning som et selvstændigt hjemmelsgrundlag.

Og det har endda større betydning end som så. I den meget store og brede gråzone – eller måske snarere: overlappingsområde – mellem de egentlige forvaltningsafgørelser og det man plejer at kalde den faktiske forvaltningsvirksomhed, er anstaltsordningen i virkeligheden det dominerende retsgrundlag. Her skal man tillige huske på at denne såkaldte faktiske forvaltningsvirksomhed indeholder et væld af beslutninger som vi imidlertid på grund af deres relative lidenhed af rent praktiske grunde ikke vil rubricere som egentlige forvaltningsafgørelser med alt hvad dertil hører. Men beslutninger er de alligevel; og dette må sammenholdes med at i den frihedsberøvedes afgrænsede univers vil de i sig selv små beslutninger nemt komme til at fylde meget mere og for den berørte blive til ret væsentlige og betydningsfulde afgørelser.

Ser man nu på karakteren af anstaltsordningen som retsgrundlag, er det naturligvis iøjnefaldende vagt og åbent for skønsudøvelse. Der er tale om en uskreven retsgrundsætning hvis hovedindhold går ud på at hjemle de

foranstaltninger som er nødvendige og naturlige i driften af den pågældende anstaltsvirksomhed. Når det drejer sig om fængselsvirksomhed, er det først og fremmest de velkendte hensyn til "orden og sikkerhed" der udgør hovedindholdet af anstaltsordningens hjemmelsgrundlag.

Selv om den virksomhed der udøves med hjemmel i anstaltsordningen er begrænset af de almindelige forvaltningsretlige grundsætninger om saglighed, lighed og proportionalitet, er der tale om en meget åben og vag norm. Korresponderende hermed er dette retsgrundlag i høj grad egnet til at fremkalde erfaringer om rettighedstab, både i den objektive form – hvor der er realiteter i det, med forskelle i praksis fra anstalt til anstalt, fra afdeling til afdeling, fra person til person – men nok endnu mere i den subjektive oplevelse af at befinde sig i et delvis rettighedsløst rum.

Det var så et forsøg på, ud fra retlige og juridiske vurderinger, at forklare det tilsyneladende paradoks at mange fanger (men som anført indledningsvis, næppe alle) erfarer et tab af menneskelige og borgerlige rettigheder, samtidig med at fængselsområdet som måske ingen anden offentlig virksomhed er gennemtrængt af en intensiv regulering til sikring af de indsattes rettigheder.

Der kan være flere grunde til at være skuffet over dette bidrag. — Selv kan jeg i hvert fald få øje på tre.

For det første kan nogen – dem der virkelig lever og virker i fængslernes og frihedsberøvelsernes verden – mene at stort set alt hvad der er sagt, er velkendt indtil det indlysende; i bedste fald blot hæftet op med sløjfer og roser. Hvis det forholder sig således, hvad jeg godt ville kunne forstå, beklager jeg det naturligvis. I så fald står vi blot over for endnu et eksempel på at nogle med mere perifer berøring til et område selv skal opdage det, som

andre med tæt kendskab til og erfaring i sagen for længst har indset.

En anden grund til skuffelse (faktisk også for mig selv) er at hele mit indlæg har holdt sig til hvad man kunne kalde diagnosen og dens mulige årsager. Dette kan være interessant nok i sig selv – hvis det altså er det – men samtidig kan det virke noget fattigt at stoppe dér. Hvis man har konstateret et problem og gjort sig umage for at af-dække og analysere dets årsager, er det jo i reglen for at kunne bruge det til at foreslå nogle adækvate løsningsmuligheder. Diagnosen og lidelsens ætiologi kan være interessante nok; men det vigtigste er dog kuren.

Der var intet jeg hellere ville end at afslutte dette indlæg med at pege på nogle veje der kunne føre til problemets løsning eller dog dets reduktion; muligheder for at ophæve eller drastisk formindske de utvivlsomt mange indsattes erfaring af at frihedsberøvelsen også i videre omfang medfører tab af menneskelige og borgerlige rettigheder. – Men jeg kan ikke.

Hvis der er en vis sandhed i min påpegning af de retlige årsager til erfaringen og oplevelsen, så må man jo erkende at det, måske bortset fra den ændrede praksis vedrørende prøveløsladelse, ikke er årsager der realistisk lader sig fjerne. Man kan ikke undgå et udstrakt skønselement i fængselsregimet; og man kan ikke ophæve den menneskelige faktor som til syvende og sidst udfylder det skønsmæssige spillerum. Man kan forsøge at reducere det skønsmæssige mest muligt ved at lave gennemtænkte og fair regler for alt hvad der med rimelighed kan laves regler om. Man kan forsøge at gøre den menneskelige faktor så god og saglig som overhovedet mulig gennem personaleudvælgelsen, uddannelsen, holdningspåvirkningen og virksomhedskulturen i det hele. Og man kan forsøge at begrænse især den subjektive oplevelse af rettighedstab

gennem opstilling og efterlevelse af sagsbehandlingsregler som giver processuelle retsgarantier, og dermed den indsatte en berettiget følelse af at være et medhandlende subjekt i sin egen sag og ikke et blot og bart objekt for sagsbehandling og afgørelser der kan opleves som både uforstående og uforståelige, og dermed vilkårlige og uretfærdige.

Men alt hvad jeg her har opregnet, er jo lige præcis hvad man gør, eller forsøger at gøre. Det kan utvivlsomt alt sammen gøres endnu bedre end tilfældet er, noget af det måske endda væsentligt bedre; det kan det altid, og det skal man naturligvis stedse bestræbe sig på. Dette er imidlertid blot et andet udtryk for at enhver administrativ virksomhed – som vist i øvrigt de fleste former for menneskelig virksomhed – er udtryk for en vedvarende *proces*; en proces hvor man kan og bør have nogle ideale sigtepunkter for øje i fastlæggelsen af kursen på virkelighedens vanskelige og brydsomme hav, men hvor man ikke skal tro at man nogensinde når hen til disse kurssættende sigtepunkter – endsige bilde sig ind at man *er* nået derhen og slå sig til ro med det.

Den tredje mulige skuffelse over mit bidrag kan være den at jeg har holdt mig så strengt til de rent retlige aspekter og mekanismer. Måske har redaktørerne med udtrykket "menneskelige rettigheder" tænkt på noget videre og endnu mere fundamentalt end jeg har lagt i det. Jeg har valgt at tolke det som "menneskerettigheder" og som retssikkerhed i dette vigtige begrebs forskellige juridiske udfoldelser. Men måske havde redaktørerne og andre ventet at jeg havde løftet blikket lidt højere end til disse rent retlige aspekter og begreber. Måske skulle jeg alligevel have forsøgt at tale noget om det tab af menneskelig *værdighed* som jeg tidligere anførte at jeg netop ville holde ude fra mine betragtninger og alene beskæftige mig med

de egentlige retskategorier.

At jeg ikke har forsøgt mig i den retning, skyldes hovedsageligt at jeg ikke anser mig for at være fagligt eller erfaringsmæssigt rustet til det. Andre kan tale langt mere kyndigt og indsigtsfuldt om dette helt grundlæggende spørgsmål end jeg føler mig i stand til. Men at jeg har undgået at komme ind på det, skyldes *ikke* at jeg overser hvor helt afgørende vigtigt det er; i en vis forstand også vigtigere eller dybere end nok så megen tale om regler, retsgrundsætninger, retssikkerhed og rettigheder. – At det nok forholder sig sådan, lærte jeg kort efter at jeg var blevet ombudsmand, af en fange der var under en, forventelig ret midlertidig, løsladelse. Jeg vil slutte af med kort at berette hvorledes han gav mig denne indsigt.

Manden var en uforbederlig recidivist der vistnok havde tilbragt langt hovedparten af sit voksenliv som fange og indsat. Han var afgjort velbegavet og tilbragte en ikke ringe del af sin tid med at udforme velformulerede og i reglen relevant argumenterede klager til ombudsmanden, for sig selv men i langt videre omfang for sine medindsatte. Nu var han nylig blevet løsladt; og så ringede han til sin faste sagsbehandler og efterhånden gode bekendt inde hos Folketingets Ombudsmand og sagde at han i grunden havde lyst til at komme ind og hilse på den nye ombudsmand.

Så kom han – en livligt talende mand tilsyneladende lidt ældre end jeg selv, ret sølle at se på; bl.a. manglede han nogle tænder, vist nok fordi han under sit nyligt overståede ophold i Horsens havde pådraget sig nogle af de indsatte rockeres mishag. Men han var interessant at tale med – og nem, han sørgede selv for det meste af konversationen der overvejende vedrørte faglige spørgsmål, som han i øvrigt på flere punkter havde bedre kendskab til end jeg dengang selv havde.

Efter en lille times forløb rejste han sig med en bemærkning om at nu havde han desværre ikke mere tid. Vi gav hinanden hånd; og med en fuldstændig automatisk værtsrefleks (som jeg må have fået indekserceret i barndommen) tog jeg hans temmelig medtagne frakke og hjalp ham den på.

Næste dag kom min fuldmægtig ind og skulle hilse fra ham. Han havde ringet og givet udtryk for stor tilfredshed med mødet. Men langt det meste af tiden havde han, fortalte min fuldmægtig, kredset med voldsom begejstring omkring dette at jeg havde hjulpet ham frakken på. Til sidst var han gået helt over gevind og havde sagt at han nu (og det var stadig under indtryk af det med frakken) ville følge den opfordring som jeg temmelig konventionelt var fremkommet med til ham om i fremtiden at prøve at holde sig kriminalitetsfri. – Min fuldmægtig og jeg var nu enige om at det, alt taget i betragtning, nok stillede sig lidt usikkert om han ville være i stand til at holde dette løfte. Men dér snød han os alligevel; faktisk satte han aldrig mere sine ben i et fængsel. Jeg tør dog ikke udelukke at dette mest skyldtes at han døde et par måneder senere.

Jeg har aldrig glemt denne på én gang helt banale og samtidig aldeles ubanale oplevelse. Jeg kunne, og kan, ikke lade være med at tænke på at den i sig selv totalt ubetydelige ting at jeg – tilmed fuldstændig refleksmæssigt og uafvidende – hjalp ham frakken på, et eller andet sted betød langt mere for ham end hvis jeg havde givet ham medhold i nok så mange af hans klager over at den ene eller den anden retsregel var blevet tilsidesat.

Han lærte mig, tror jeg nok, at værdighed kan være noget endnu mere fundamentalt og betydningsfuldt end rettigheder.

Om definitionen af straffeprocessuelle tvangsindgreb

Rettsvidenskabelige temperamenter er mangfoldige. Nogle forfattere arbejder sig stille og roligt igennem deres stofområde; beskriver, systematiserer, fremstiller, afklarer undervejs de forefaldende problemer. Andre går mere målrettet op i de spørgsmål og problemer der fanger deres interesse, og lader i højere grad de dybtgående og ekstensive analyser om enkeltspørgsmål præge deres fremstillinger og artikler. Nogle interesserer sig i ganske særlig grad for den afklaring der kan følge af systematik og begrebsanalyser. En anden gruppe af forfattere (eller forfattertemperamenter) trives særlig godt med at underkaste bestående teorier og konstruktioner indgående kritik, med den afklaring der kan følge af at rive hævdvundne, men urigtige og vildledende konstruktioner ned.

De fleste rettsvidenskabelige forfattere har vel elementer af det hele i sig; men når man ser hen over deres produktion, vil det ofte vise sig at tyngdepunkterne ligger i bestemte af disse (eller andre) temperamenter.

Gorm Toftegaard Nielsen – som det er en ublandet glæde at være med til at hylde i et festskrift – hører efter min opfattelse overvejende til den sidstnævnte kategori: Forcen og det virkelig lystbårne ligger i hans forfatter-skab meget ofte i den indgående, skarpsindige og temperamentsfulde kritik af hvad han opfatter som urigtige, undertiden tomme, og i hvert fald vildledende eller komplet overflødige konstruktioner og teorier. Og næsten altid er hans kritik baseret på sådanne teories forhold til det praktiske (rets)livs behov – hvilket jo ikke er noget dårligt udgangspunkt for en retsvidenskabsmand.

Selv har jeg som juridisk forfatter i flere sammenhænge oplevet at blive nedsænket i Toftegaard Nielsens syrebad. Det er hver gang en tankeanimerende og erkendelsesbe-fordrende oplevelse – som man i sine bedre stunder kun kan føle sig glad og taknemmelig over.

Senest skete det i en artikel (Juristen 2005, s. 153-160) hvor han retter en dræbende kritik mod min 24 år gamle analyse af begrebet "Straffeprocessuelle tvangsindgreb".¹ Analysen mandede ud i en definition af et straffeprocessuelt tvangsindgreb som

".. en foranstaltning, der efter sit almindelige formål udføres som led i en strafforfølgning, og hvorved der realiseres en strafbar gerningsbe-skrivelse rettet mod legeme, frihed, fred, ære eller privat ejendomsret."²

Forsøget på at fastlægge området for de straffeprocessuelle tvangsindgreb så præcist som muligt udsprang ikke

¹ Straffeprocessuelle tvangsindgreb. Retspolitiske studier, Jurist-forbundets Forlag 1981; jf. Ugeskrift for Retsvæsen 1979B, s. 1-16.

² Op. cit. s. 44f.

mindst af Strafferetsplejeudvalgets omfattende og komplicerede opgave med at fastlægge regler i retsplejeloven for den brogede mangfoldighed af indgreb. Udvalget anvendte i det væsentlige definitionen i den stribe af betænkninger som fulgte, ligesom man brugte det andet element i mit forsøg på at skabe en vis teoretisk (og dermed forhåbentlig også praktisk) klarhed på feltet: Standardiseringen og gradueringen af især de materielle betingelser for alle tvangsindgreb (kriminalitets- mistanke- og indikationskrav, etc.).

Nu, et kvart århundrede og et stort antal nye regler i retsplejeloven senere, tvinger Toftegaard Nielsen mig (og andre) til nøje at eftertænke om det i grunden var en særlig god og frugtbar idé at udarbejde denne definition. — Det har jeg gjort. Og jeg er nået frem til at med undtagelse af et enkelt punkt (spørgsmålet om forholdet mellem rejssning af sigtelse og strfl. § 267),³ så var og er idéen og dens udformning nu alligevel ikke så ringe og unyttig som Toftegaard Nielsen vil gøre den til. Jeg skal her nærmere forklare hvorfor.

Udgangspunktet for Toftegaard Nielsens kritik er det generelle spørgsmål om hjemmel for forvaltningens virksomhed og legalitetsprincippet. Og allerede indledningsvis hævder han at med min definition af tvangsindgrebene "formuleres [der] et legalitetsprincip for politiet, som både i praksis og principielt er betydeligt snævrere end for resten af forvaltningen". Dette er, som jeg læser det og

³ Her er jeg enig i Toftegaard Nielsens kritik s. 156f. — Det var jeg også inden jeg havde læst hans artikel; allerede Strafferetsplejeudvalgets afvisning i sin tid af at følge mig på dette punkt bragte mig denne erkendelse.

resten af artiklen, da også Toftegaard Nielsens hovedindvending. Definitionen og dens virkninger giver politiarbejdet for meget og retssikkerheden for lidt. (For så vidt er det ganske rart med en kritik der har denne retning; dengang jeg skrev om tvangsindgrebene, gik kritikken altid den stik modsatte vej.)

Men spørgsmålet er om Toftegaard Nielsen også fremsætter en modsat rettet kritik. Det kunne man godt få indtryk af når han (s. 157) skriver, at "langt de fleste [men altså ikke alle; min tilføjelse] af de indgreb, Gammeltoft-Hansen når frem til som omfattet af sin definition [er] da også tvangsindgreb".⁴ Her kunne man få indtryk af at Toftegaard Nielsen mener at definitionen er for *vid*. – Det er ikke helt ligetil at få hold på. Utvivlsomt er det imidlertid at Toftegaard Nielsens hovedanliggende består i at definitionen i lyset af de hjemmelsmæssige konsekvenser han mener at kunne drage af den, er for *snæver*.

Spørgsmålet drejer sig altså om hjemmel og legalitetskrav. Imidlertid er det kun en ganske bestemt facet af legalitetsprincippet som er i fokus (og var det i mine forsøg på at udvikle en mere præcis begrebsbestemmelse) når det drejer sig om retsplejelovens regulering af de straffepro-

⁴ Toftegaard Nielsen fortsætter det citerede med at hævde at definitionen her er overflødig, da ingen er i tvivl om lovhjemmelskravet, idet den omfatter de "tvangsindgreb, som de fleste er enige om er så intensive, at de bør have klar lovhjemmel". – Hertil er nu bl.a. at sige at hvis man ser tilbage på udviklingen af retsplejelovens regler om tvangsindgreb og praksis på området (f.eks. inden for legemsindgreb og indgreb i meddelelseshemmeligheden), så er det en dristig påstand at hævde en så udpræget enighed om hvad der er intensive tvangsindgreb, at ethvert tilløb til en afklarende definition skulle være helt overflødig.

cessuelle tvangsindgreb: Spørgsmålet om såkaldt kvalificeret hjemmel.

Det er en udbredt opfattelse i den nyere forvaltningsretlige litteratur og praksis at jo mere intensivt et indgreb er, des større krav må der stilles til dets hjemmelsmæssige grundlag. Og drejer det sig om indgreb i borgerens fysiske integritet, privatfred eller ejendom, skal der normalt foreligge klar og utvetydig hjemmel i en lovbestemmelse.⁵

At politiet som en forvaltningsmyndighed i al sin virksomhed er undergivet det *almindelige* hjemmelskrav – om at virksomheden ikke må stride mod lovbestemmelser, men derudover også i bredere forstand skal være legitimeret i lov eller anden anerkendt retskilde – er selvfølgelig. Men det er for så vidt også uinteressant når spørgsmålet drejer sig om retsplejelovens regulering af de straffeprocessuelle tvangsindgreb. Her går opgaven ud på at fastslå i hvilken udstrækning udtrykkelig og utvetydig hjemmel er påkrævet; altså den kvalificerede hjemmel der går ud over, og absorberer, det almindelige hjemmelskrav som en betingelse for indgrebets foretagelse.

Lad mig her i forbindelse med disse mere almene betragtninger om forvaltningsrettens (og straffeprocessens) hjemmelskrav rydde en misforståelse af vejen.

Til min anvendelse af "strafbarhedskriteriet" i definitionen af tvangsindgreb spørger Toftegaard Nielsen (s. 155): "Hvorfor bliver det forvaltningsretlige spørgsmål om lovhjemmel pludselig til et strafferetligt problem?" –

⁵ Jf. herved Toftegaard Nielsen, s.154f med henvisninger. – Se endvidere Anders Bratholm, Festskrift til Stephan Hurwitz, s. 88; denne artikel (s. 87ff) indeholder i øvrigt en bred gennemgang af hele spørgsmålet om politiet og legalitetsprincippet.

Svaret er at det gør det heller ikke. Den almindelige (forvaltningsretlige) hjemmelstankegang fastholdes.

Da hjemmelskravet er varierende, bl.a. således at visse foranstaltninger som anført kræver kvalificeret hjemmel, er det en nødvendighed at fastslå hvilke foranstaltninger der er undergivet hvilke hjemmelskrav; og ganske særligt hvilke foranstaltninger der kræver udtrykkelig og utvetydig lovhjemmel. Her må man se sig om efter nogle kriterier som knytter sig til foranstaltningen (handlingerne, indgrebene), og som man jo ikke kan hente ud af forvaltningsretten. Det kan være faktiske kriterier (hvad går handlingen helt konkret ud på); det kan være formelle kriterier (f.eks. hvem er det der foretager handlingen, eller over for hvem foretages den); eller socio-psykologiske kriterier (hvor "intensivt" er det pågældende indgreb, med hvilken intensitet vil det i almindelighed blive oplevet).

Når det drejer sig om de straffeprocessuelle tvangsindgreb, og måske også i visse andre tilfælde, kan man imidlertid også benytte sig af et *retligt* kriterium (som i sin tilblivelse bygger på nogle af de ovennævnte kriterier, men altså er blevet objektiveret som retlige normer), nemlig hvorvidt handlingerne er omfattet af de relevante straffebestemmelers gerningsindhold.

Men dette betyder ikke at den grundlæggende problemstilling eller tankegang dermed diffunderer over i strafferetten. Den er naturligvis stadig forvaltningsretlig. Strafferetten er kun en assistance – på samme måde som f.eks. psykologiske, fysiologiske eller teknologiske udsagn kan være det – til at udfinde de konkrete kriterier som forvaltningsrettens system i sagens natur ikke selv kan frembringe.

Ser man nu først på hvorledes hjemmelssituationen stille-

de sig for politiets virke såfremt der ikke fandtes særlige lovregler om (tvangs)indgreb, tegner det sig efter min opfattelse nogenlunde således:

Udgangspunktet (men det er kun et udgangspunkt, jf. nedenfor) er dette at det som alle borgere har lov til at gøre, må politiet også gøre. – Som et illustrerende eksempel kunne nævnes sagen i Folketingets Ombudsmands beretning 1974, s. 254ff, om politiets fotografering af demonstrationer. Her anførte Rigspolitichefen blandt andet (s. 259) det problematiske i at gøre indskrænkninger i politiets ret til at fotografere på offentligt sted hvor enhver anden frit kan fotografere og vil kunne stille sine fotografier til rådighed for politiet (hvilket efter det oplyste også skete idet politiet undertiden erhvervede presse-billeder fra demonstrationer som bevismateriale). Den daværende ombudsmand fandt (s. 260) ikke at dette ræsonnement kunne tillægges betydning,⁶ men udtalte dog ikke formel kritik af politiets handlemåde (han har altså ikke ment at kunne påpege en foreliggende konkret hjemmelsmangel). Derimod henstillede han at spørgsmålet indgik i Strafferetsplejeudvalgets overvejelser med henblik på at tilvejebringe en principiel lovgivningsmæssig stillingtagen.

Til det anførte udgangspunkt knytter sig nu to indskrænkninger eller modifikationer; den ene er af helt generel karakter, hvorimod den anden er mere specifik.

Den første, generelle og vidtrækkende, modifikation udspringer af det faktum at politiet er en offentlig myndighed og derfor under alle omstændigheder – i modsæt-

⁶ Heri var, og er, jeg ikke enig; jf. Straffeprocessuelle tvangsindgreb, s. 60.

ning til private⁷ – er undergivet det almindelige legalitetsprincip, herunder også kravene om at iagttage formålsbestemt saglighed, proportionalitet etc. i udøvelsen af virksomheden. For igen at illustrere med det ovennævnte eksempel, så vil politiet (i modsætning til en almindelig borger) næppe kunne give sig til at fotografere løs på en demonstration af 10 aldrende folkepensionister der med plakater og klapstole har taget sæde foran det lokale rådhus, og som med garanti aldrig ville eller kunne udvikle deres demonstration til ulovligheder.

Den anden og mere specielle modifikation knytter sig til det forhold at offentlige myndigheder (og herunder politiet) på grund af deres omfattende ressourcer undertiden ville kunne foretage foranstaltninger i et omfang som går langt ud over hvad almindelige borgere kunne magte. Beslægtet hermed er det forhold – som Toftegaard Nielsen også peger på (s. 159) – at visse myndigheds-handlinger er af en sådan art at de overhovedet ikke udføres af private. Her er der altså tale om "myndighedsspecifikke" handlinger (i henseende til omfang eller art) hvor udgangspunktet om at hvad alle kan gøre, har også politiet lov til at gøre, ikke er anvendeligt – simpelthen fordi man står over for handlinger som "alle" ikke foretager eller kan foretage.

Tager man nu afsæt i udgangspunktet (med dets modifikationer og tilføjelser) om at det som alle borgere må gøre, må også politiet gøre, så består den legislative opgave

⁷ I specielle sammenhænge er der også for private indført regulering som i bestemte henseender kan minde om nogle af de offentligretlige principper; se til eks. persondataloven § 2 stk. 3 (modsnætningsvis).

først og fremmest i at imødekomme behovet for at politiet også skal have mulighed for at gøre temmelig meget som almindelige borgere ikke må; og i forbindelse hermed at fastlægge så præcist som muligt hvornår politiets virksomhed overskrider den grænse som gælder for almindelige borgere.

Hvilke handlinger det er forbudt almindelige borgere at foretage, finder man (først og fremmest) beskrevet i straffelovgivningen. Ved identifikationen af den anførte grænse er det derfor overordentligt nærliggende at anvende dette kriterium. Herved kan man så også drage nytte af den teori og praksis som på de relevante punkter knytter sig til forståelsen og fortolkningen af straffebestemmelserne. Den materielle strafferet er det retsområde som har langt den største og mest udbyggede tradition for så præcist som overhovedet muligt at beskrive handlinger og handlingstyper. At det forholder sig således, er der indlysende grunde til. Straffelovgivningen kan anskues som en meget omfattende og detaljeret hjemmelslovgivning med de mest finjusterede afgrænsninger som retsordenen kan opvise; en lovgivning der angiver hjemmelen for hvornår myndighedsapparatet (og her altså inklusive domstolene) kan foretage de mest intensive indgreb: at pålægge straf.

Når nu politiets handlinger i det omfang de (med sikkerhed) kræver kvalificeret hjemmel, svarer til en række af strafferettens gerningsbeskrivelser, hvorfor skulle man så ikke drage nytte af strafferettens udbyggede beskrivelser og afgrænsningslære frem for at begynde helt forfra.

Lægger man dette udgangspunkt og denne metode til grund, er opgaven for lovgiver (og i givet fald domstolene) følgende: Hver gang der påpeges et behov for at kunne anvende en bestemt type af efterforskningshandling, kan man foretage den prøve om den pågældende

handlingstype er omfattet af et strafbart gerningsindhold. Hvis svaret er ja, så kræves der kvalificeret hjemmel. Hvorvidt (og i hvilket omfang) en sådan hjemmel skal gives, beror naturligvis på afvejninger af en lang række forhold såsom behovet for at opklare de forskellige former for kriminalitet som indgrebet tager sigte på, eventuelle andre egnede efterforskningsforanstaltninger, indgrebets intensitet etc., etc. Og tæt sammenvævet hermed går overvejelserne om hvilke betingelser der skal opstilles for indgrebet inden for de faste kategorier af materielle betingelser (kriminalitets-, mistanke- og indikationskrav) og de formelle (bl.a. om kompetencen skal være hos politiet eller hos retten, eller i et eller andet blandingsforhold herimellem).

Er svaret nej, må overvejelserne tage en anden retning. Her er udgangspunktet at politiet kan foretage handlingerne (ligesom almindelige borgere kan) med de begrænsninger som udspringer af det almindelige hjemmelskrav og forvaltningsretlige principper.⁸ Finder man nu af den ene eller den anden grund at politiet, også ud over hvad der følger af det almindelige hjemmelskrav, skal være mere begrænsede i dets udfoldelsesmuligheder end almindelige borgere – eller drejer det sig om handlinger som efter deres art eller omfang falder uden for almindelige borgeres aktiviteter – må der opstilles særlige begrænsninger, dvs. helt eller delvis forbud. Dette sidste kan også udtrykkes på den måde at lovgiver tilken-

⁸ Dette sidste må naturligvis ikke glemmes; og når det i praksis forekommer at det almindelige hjemmelskrav og de forvaltningsretlige principper overses – måske ud fra en urigtig modsætningsslutning fra definitionen af det område hvor der med sikkerhed kræves kvalificeret lovhjemmel – er der således tale om en klar myndighedsfejl.

degiver at de pågældende handlinger (uanset at de ikke er omfattet af strafferetlige gerningsbeskrivelser, og dermed ikke falder ind under den anførte af definition af straffeprocessuelle tvangsindgreb) alligevel anses for at være af en sådan art at de ville kræve kvalificeret lovhemmel – en hemmel som ikke eller kun under bestemte begrænsninger gives.

I visse tilfælde kan sådanne lovbestemte begrænsninger komme til os udefra som følge af vore konventionsforpligtelser. Toftegaard Nielsen nævner (s. 154f og 160) at hvis et indgreb er i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (f.eks. art. 8 stk. 1), kræver dets foretagelse i givet fald kvalificeret lovhemmel.⁹ I de, formentlig yderst få, tilfælde hvor sådanne konventionsstridige (og for EMRK's vedkommende jo også lovstridige) indgreb måtte falde uden for den anførte definition på tvangsindgrebene, er der således blot tale om yderligere tilfælde af særlige regler til begrænsning eller udelukkelse af indgreb som ellers ville kunne udføres uden for det kvalificerede hjemmelskravs rammer.

Den anførte metode – der som sagt først og fremmest tager sigte på lovgivningsprocessen, men som jo også i konkrete tilfælde skulle kunne anvendes af domstolene og af politiet selv – skal ingenlunde fremholdes som værende ideel. Der vil altid opstå tilfælde hvor anvendelsen og fortolkningen kan volde tvivl om på hvilken side af grænsen man befinder sig. Toftegaard Nielsen anfører da også nogle eksempler på sådanne grænsetilfælde. Men dette er næppe i sig selv en knusende indvending mod

⁹ Se også Jon Andersen m.fl., Forvaltningsret, 2002, s. 299ff med henvisninger s. 300f.

metoden og den definition den bygger på; i så henseende deler den som bekendt skæbne med de fleste af de begrebsdefinitioner der i hobetal findes i litteratur og lovgivning. Samtidig må det dog også anføres at i forbindelse med definitionens udarbejdelse, blev dens anvendelighed i forhold til en række andre grænsetilfælde testet; og her syntes den i de fleste tilfælde at være ganske brugbar.¹⁰

Min påstand er derfor ikke at definitionen og metoden er ideel, men at den er den mindst ringe til løsning af det store og ret så komplicerede problemfelt som reguleringen af de straffeprocessuelle tvangsindgreb og reglernes anvendelse udgør.¹¹

Toftegaard Nielsen har andre indvendinger mod definitionen end spørgsmålet om hjemmel og legalitetsprincip. Dem skal jeg kun berøre ganske kort da jeg som sagt opfatter hjemmelsspørgsmålet som hans absolutte hovedanliggende.

En af dem er vel af delvis emotionel art – ”kriminalassistentens efterforskning [er] ikke en særlig legaliseret form for kriminalitet” (s. 155) – og som sådan svær at argumentere overfor. (Personligt går jeg nu heller ikke i det daglige rundt og tænker på politiets arbejde som en særlig form for legaliseret kriminalitet, hvis det kan bero-

¹⁰ Jf. Straffeprocessuelle tvangsindgreb, s. 45ff.

¹¹ Hvis det ikke i praksis var så påtrængende og problemfyldt, ville der naturligvis heller ikke være grund til at kaste sig ud i et forsøg på at opstille definitioner og metoder. Men det var, og er, det som bekendt; så allerede af denne grund er Toftegaard Nielsens sammenligning (s. 155) med visse strafferetsteoretikers spekulationer om hvorvidt kirurgiske indgreb er legemskrænkelser legaliseret ved samtykke, irrelevant.

lige Toftegaard Nielsen). Men når jeg nævner det, skyldes det at Toftegaard Nielsen fortsætter med nogle betragtninger om strafferettens generelle forbehold om materiel atypicitet – altså dette at selv om en handling eller handlingstype for så vidt klart opfylder strafbarhedsbetingelserne, så skal den dog efter omstændighederne alligevel ikke anses for strafbar fordi den i forhold til de handlinger der er tænkt på med strafbestemmelsen, er helt utypisk. Til dette er der ikke andet at sige end at betragtningen må være udtryk for en misforståelse af definitionen som jo netop henviser til at handlingen ville være strafbar hvis almindelige borgere udførte den.

Flere steder hæfter Toftegaard Nielsen sig ved at retsplejelovens regulering af tvangsindgrebene er blevet meget omfattende og kompliceret. Et sted (s. 159) karakteriserer han det som et "system, der efter min opfattelse har nået grænsen for, hvor komplicerede efterforskningsregler politiet kan administrere i praksis". Det kan der sikkert være noget om; men det er ikke fair at laste forsøget på at skabe en vis klarhed gennem en grundlæggende begrebsbestemmelse herfor. Tværtimod var det ment som et forsøg på – sammen med opstillingen af de standardiserede betingelseskategorier – at etablere lidt mere klarhed og overskuelighed end under den hidtidige retstilstand. At reguleringen må blive meget omfattende, er uundgåeligt; det skyldes først og fremmest den stadigt stigende mængde af instrumenter i efterforskningen sammenholdt med kravet om kvalificeret hjemmel i form af udtrykkelige lovbestemmelser. Så der består et vist nødvendigt mindsteniveau for omfanget og dermed også en grænse for overskueligheden. Noget kunne dog nok gøres, bl.a. ved redaktionelt at samle alle de fælles betingelser for tvangsindgrebene (proportionalitetsgrundsætningen, tilfældighedsfund, kontradiktion, begrundelse, om-

gørelse samt, til dels, kompetence) i et særskilt kapitel som tvangsindgrebenes "almindelige del".¹² Man kunne herved reducere reglernes omfang med ca. 20 % og samtidig bidrage noget til overskueligheden.

Alt i alt tror jeg stadig, også efter fornyet gennemtænkning i lyset af Toftegaard Nielsens kritik, at fremgangsmåden med en definition som anviser en forholdsvis klar metode – og uden at afskære muligheden for forbud eller skærpede hjemmelskrav også uden for definitionens område – er den mindst ringe løsning. Den af Toftegaard Nielsen anviste "naturlige juridiske metode" (s. 160) hvorefter man ene og alene skal holde sig til det almindelige forvaltningsretlige legalitetsprincip uden at søge assistance til dets nærmere udfyldning andetsteds, vil i hvert fald ikke skabe større klarhed.¹³ Tværtimod ville det formentlig åbne for en temmelig fri "intensitets"-tænkning eller -følelse. Samtidig ville risikoen for en mere casuistisk præget, og dermed ikke særlig konsistent, udformning af de forskellige lovregler (således som tilfældet i nogen grad var under de tidligere regler) muligvis øges. Ingen af delene ville bidrage til reguleringens overskuelighed eller forståelighed.

Jeg skylder Toftegaard Nielsen tak. Han har givet mig

¹² En sådan systematik foreslog jeg i sin tid, jf. Straffeprocessuelle tvangsindgreb, s. 252ff, og har siden – nu hvor de mange nye bestemmelser foreligger – gentaget, jf. Festskrift til Thor Vilhjálmsson, Reykjavík 2000, s. 195.

¹³ Dette indrømmer Toftegaard Nielsen da også delvis: "Det må erkendes, at dette princip medfører vanskelige overvejelser i grænsetilfældene, da det langt fra er skarpt afgrænset" (s. 160).

anledning til at vende tilbage til et 25 år gammelt tema og gennemtænke det på ny, hvilket har været en sund og stimulerende oplevelse. Men jeg kan også takke ham for andet, herunder at han for få år siden i en festskrift-artikel¹⁴ tog fat på et synspunkt jeg, første gang i 1978, fremsatte om et særligt spørgsmål vedrørende tiltale og tiltalefrafald, og fuldstændig nedgjorde det. Efter gen-nemlæsningen måtte jeg erkende at Toftegaard Nielsen havde ret, og at jeg måtte ændre mit gamle synspunkt. Også dette var en sund og stimulerende – og dermed positiv – oplevelse som jo viste at den akademiske debat er i stand til at opfylde sit formål.

Med denne artikel har jeg i al beskedenhed forsøgt at skabe mulighed for at også Gorm Toftegaard Nielsen vil kunne opnå en tilsvarende positiv oplevelse.

¹⁴ Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen, 2004, s. 473ff.

Politiets overdrevne hjælpsomhed

I de trykte domssamlinger kunne man inden for en forholdsvis kort periode i 2005-2006 læse om et par bemærkelsesværdige sager der begge vedrørte politiets meget initiativrige og hjælpsomme adfærd i henseende til det offentliges inddrivelse af fordringer mod private borgere.

Den første (Ugeskrift for Retsvæsen 2005, s. 3287 V – herefter "Viborg-sagen") udsprang af en ransagning efter retsplejelovens § 796, stk. 3 (altså efter politiets egen beslutning pga. risiko for øjemedets forspildelse) på bopælen hos en person der var mistænkt for salg af hash. Under ransagningen – som vist ikke førte til de store resultater vedrørende den strafferetlige mistanke – fandt politiet en pengekasse i en skrivebordsskuffe. Pengekassen viste sig at indeholde 70.000 kr., om hvilke den mistænkte oplyste at de tilhørte hans børn. Politiet kontaktede derpå den vagthavende på Politigården der henvendte sig til Told og Skats Kontrolinformationscenter. Her oplyste man at der var fem fordringer mod den mistænkte fra "forskellige instanser". Efter at have modtaget denne be-

sked inddrog politiet de 70.000 kr. til dækning af disse fordringer.

Fire dage senere protesterede den mistænkte advokat mod ransagningen og begærede den indbragt for retten; endvidere protesterede han mod inddragelsen af de 70.000 kr. Politimesteren indbragte spørgsmålet om ransagningens lovlighed for Viborg Byret. Samme dag kontaktede politiet fordringskontoret i Viborg Kommune, hvorefter kommunens pantefoged foretog udlæg i penge- ne for skyldige underholds- og børnebidrag.

Ransagningen blev af retten kendt lovlig, mens spørgsmålet om beslaglæggelsens lovlighed blev udskudt til en senere sag. Under denne påstod anklagemyndigheden afvisning med henvisning til at inddragelsen ikke var sket i strafferetsplejens former, men som led i politiets samarbejde med andre myndigheder.

Byretten afviste denne påstand med bemærkning om at der ikke var hjemmel til beslaglæggelse til dækning af civile retlige krav under en ransagning. Landsretten, derimod, fulgte afvisningspåstanden med den begrundelse at eftersom politiets adfærd ikke var et efterforskningskridt i forbindelse med efterforskningen af strafbare forhold, kunne der ikke ske nogen prøvelse heraf efter reglerne i retsplejelovens kap. 74 eller § 746 stk. 1. Højesteret, hvortil sagen blev indbragt med Procesbevillingsnævnets tilladelse, stadfæstede landsrettens kendelse i henhold til grundene (Ugeskrift for Retsvæsen 2006, s. 2895 H).

I den anden sag (Tidsskrift for Kriminalret 2006, s. 551 V – herefter "Billund-sagen") havde politiet fået en anonym henvendelse om at en person, A, ville udføre 300.000 kr. i sorte penge to dage senere fra Billund Lufthavn. Den pågældende dag standsede toldvæsenet A i lufthavnen, og man fandt et beløb på 426.000 kr. og 2.000 euro i hans lommer. Politiet blev tilkaldt og beslaglagde beløbet på

nær 10.000 kr. Imidlertid fandt politiet dagen efter ud af at der ikke var belæg for at antage at pengene stammede fra eller ville blive brugt til en overtrædelse af straffeloven. Herefter kontaktede politiet skattemyndighederne der oplyste at A skyldte 396.000 kr. i moms og skat, og at man samme dag ville sende pantefogeden over til politiet. Dette skete, og pantefogeden gjorde udlæg i størstedelen af beløbet, senere tillige i den resterende del.

Først en måned senere, da A havde henvendt sig til en advokat som på A's vegne protesterede mod beslaglæggelsen, blev sagen indbragt for retten. Retten i Grindsted afviste at godkende beslaglæggelsen under henvisning til at A ikke var blevet vejledt om muligheden for at få spørgsmålet om beslaglæggelsens lovlighed efterprøvet af domstolene, jf. retsplejelovens § 807 stk. 1; dette måtte anses for en så alvorlig sagsbehandlingsfejl og tilsidesættelse af A's retssikkerhed at beslaglæggelsen ikke kunne godkendes, jf. princippet i retsplejelovens § 746 stk. 3. Anklagemyndigheden kærede, men landsretten stadfæstede byrettens kendelse med bemærkning om at der ikke herved var taget stilling til gyldigheden af udlægget.

Selv om der er visse forskelle (som muligvis også kunne være af retlig relevans) i de to sagers faktiske indhold og forløb, forekommer de dog begge at være udtryk for den samme retlige grundopfattelse hos politiet. Denne opfattelse synes, kort beskrevet, at gå ud på at hvis politiet på en eller anden måde har fået faktisk rådighed over midler som tilhører en borger, og der ikke er grundlag for at opretholde denne rådighed, så er man dog ikke uden videre forpligtet til at levere midlerne tilbage med det samme, men kan i stedet tage initiativ til at det offentlige får lejlighed til at opnå fyldestgørelse for krav som man måtte have mod den pågældende borger.

Når to sager af denne art med så kort mellemrum dukker op i de trykte domssamlinger, kan det være en indikation for at der faktisk er tale om en mere udbredt retsopfattelse og en deraf følgende almindelig praksis. At dette er tilfældet, bekræftes i øvrigt af uformelle tilkendegivelser fra ansatte i politiet og inddrivelsesmyndighederne. Men da en egentlig undersøgelse af hvorvidt det forholder sig således, ikke er foretaget, kan det ikke med fuld sikkerhed afvises at de to gengivne sager eventuelt blot kunne være udtryk for et par enkeltstående afvigelser.

Den for tiden mest omfattende og systematiske fremstilling af politiretten, Ib Henricson: *Politiret* (4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2007), kommer ikke ind på spørgsmålet, i hvert fald ikke direkte og udtrykkeligt. De to nævnte afgørelser fra henholdsvis Vestre Landsret og Højesteret omtales overhovedet ikke, hvilket i sig selv er bemærkelsesværdigt. Men om det skyldes en viden om at de er udtryk for enkeltstående tilfælde af en afvigende retsopfattelse inden for politiets rækker (som det vel i så fald kunne være hensigtsmæssigt at berigtige når den nu har fundet vej til domssamlingerne), eller om det skyldes andre årsager, er ikke til at afgøre.

Hvorom alting er, forekommer det meget sandsynligt at der er tale om en mere almindelig retsopfattelse hos politiet og en deraf følgende praksis af ganske indgribende betydning for et ikke ringe antal borgere; og at det derfor kan være påkrævet at undersøge grundlaget for og holdbarheden af denne opfattelse nærmere.

I begge de nævnte sager etableredes politiets faktiske råden over pengebeløbene ved en foretagen (eller, i Viborg-sagen, i hvert fald intenderet) beslaglæggelse i strafferetligt øjemed; og i begge tilfælde viste det sig umiddelbart eller dog meget hurtigt at der ikke var noget straffe-

retligt grundlag for at gennemføre eller opretholde beslaglæggelsen.

I forhold til den anførte retsopfattelse om den aktive inddragelse af inddrivelsesmyndighederne såfremt politiet har fået faktisk rådighed over en borgers midler, kan det næppe være afgørende om denne rådighed i sit udgangspunkt er sket med strafferetlig efterforskning for øje. – Og der er jo mange andre måder hvorpå politiet kunne opnå en sådan rådighed.

I forbindelse med dententionsanbringelse og den dertil hørende visitation finder politiet f.eks. en tegnebog med et større pengebeløb. Eller en sådan tegnebog indbringes som hittegods, og ejermanen melder sig. Skulle politiet i disse tilfælde kunne underrette inddrivelsesmyndighederne og beholde pengene indtil fogeden kommer til stede og gør udlæg? Efter den anførte retsopfattelse måtte svaret jo være bekræftende.

Eller man kunne gå endnu videre; borgerens midler behøver jo ikke at være rede penge, men kan bestå i andre egnede udlægsobjekter. Man kunne forestille sig at politiet i medfør af færdselslovens § 77 standser en bil, synes at føreren ligner en debitor og derfor underretter inddrivelsesmyndigheden som fluks kommer til stede og gør udlæg i bilen for skyldige børne- og underholdsbidrag eller skatterestancer.

Eksemplerne kan måske forekomme lidt absurde. Men der er god mening i at nævne dem til illustration af hvor vidtrækkende den retsopfattelse som kommer til udtryk i de to nævnte sager, i grunden er.

I begge de to sager skete selve inddrivelsen fra det offentliges side i form af udlæg. Det bør imidlertid understreges at bedømmelsen af politiets handlemåde er uafhængig af formen for den efterfølgende inddrivelse.

Det kan således ikke udelukkes at inddrivelsesmyndighederne i stedet for udlæg kunne komme på den tanke at konstruere en modregningssituation.

Det offentliges adgang til modregning, der hviler på retspraksis, er som bekendt meget vidtgående. Man vil således ikke nødvendigvis i den almindelige modregningslære finde hindringer for det offentliges inddrivelse af sine fordringer ved modregning i situationer som de her foreliggende.

Tankegangen kunne følgelig bestå i at borgeren har et krav på tilbagebetaling af det beløb som politiet har tilbageholdt. Heroverfor står det offentliges krav på f. eks. skyldige underholds- og børnebidrag eller afgiftsrestancer; og dette krav inddrives så ved at der foretages modregning i borgerens tilbagebetalingskrav.

Modregningskonstruktionen nævnes her for fuldstændighedens skyld. Som sagt gør formen for den efterfølgende inddrivelse ingen forskel i henseende til bedømmelsen af politiets retsopfattelse og handlemåde. Og i det omfang selve måden hvorpå inddrivelsesmuligheden ved politiets opretholdelse af rådighedsberøvelsen er etableret, måtte gøre et efterfølgende udlæg ugyldigt (jf. nedenfor), vil de samme argumenter klart tale for at anse adgang til modregning for afskåret.

Afgørende for vurderingen af politiets retsopfattelse og praksis er naturligvis hjemmelsspørgsmålet. Men inden man vender sig til dette spørgsmål, kan der – ikke mindst med udgangspunkt i de to konkrete sager – være grund til at antyde også nogle andre retlige synsvinkler som umiddelbart kan anlægges.

I Billund-sagen etableredes politiets rådighed som anført ved en beslaglæggelse. Retsplejeloven indeholder i § 807 d udførlige regler om ophør af beslaglæggelse og af

den rådighedsberøvelse der følger af beslaglæggelsen. Disse regler må antages at være udtømmende; og de indeholder intet om at beslaglæggelsen eller rådighedsberøvelsen kan udstrækkes af hensyn til det offentliges mulighed for at inddrive fordringer der er uden forbindelse med sagen. Allerede en modsætningsslutning fra § 807 d burde derfor afskære forlængelsen af rådighedsberøvelsen.

I Viborg-sagen lagde landsretten og Højesteret til grund at der ikke var sket en beslaglæggelse. Politiet havde i forbindelse med ransagningen simpelthen ikke nået at foretage beslaglæggelsen inden man fandt ud af at der ikke var grundlag for et sådant skridt. Der kan nok rejses indvendinger mod retternes opfattelse på dette punkt; men selv om man lægger den til grund, vil § 807 d stadig have betydning. De regler der udtrykkeligt gør op med udstrækningen af beslaglæggelse og rådighedsberøvelse, må vel analogt eller som retsgrundsætninger end mere gælde den situation hvor beslaglæggelse er intenderet, men ikke formelt når at blive iværksat. Under en retsbeskyttelsessynsvinkel er der i hvert fald udpræget tale om årsagernes lighed.

En anden betragtning der kort skal antydes, knytter sig til den omstændighed at beslaglæggelsen i Billund-sagen på grund af alvorlige sagsbehandlingsfejl ikke kunne godkendes af retten. Det er en overvejelse værd om den omstændighed at politiet opnår rådighed over borgerens midler ved at foretage et ikke-lovligt indgreb, ikke i sig selv skulle gøre enhver forestilling om at foranledige frugterne af et sådant indgreb anvendt til inddrivelse (ved udlæg eller modregning) af civilretlige fordringer utænkelig. Ud fra en straffeprocessuel tankegang, hvor anvendelse i strafforfølgningen af frugterne af ulovligt foretagne indgreb jo er undergivet væsentlige restriktioner, må

det i hvert fald forekomme nærliggende at betragte anvendelse til helt sagsfremmede civilretlige formål som udelukket. – Ad tilsvarende tankebaner føres man hvis man anskuer politiets opnåelse af rådighed over borge-rens midler på linje med strafferetsplejens "tilfældighedsfund". Her er der tale om lovlige indgreb, men om "sagsfremmede" resultater (jf. til eks. retsplejelovens § 789). Også i disse tilfælde er der kraftige restriktioner for anvendelsen af indgrebets frugter i strafferetligt øjemed. At de så frit skulle kunne anvendes til civilretlig fyldestgørelse, forekommer paradoksalt.

Vender man sig til særlovningen, støder man også her på ret oplagte modsætningsslutninger, svarende til hvad der ovenfor anførtes om retsplejelovens § 807 d. Billund-sagen er i så henseende et illustrerende eksempel. Her var det som anført toldvæsenet der i første omgang lagde hånd på borgerens medbragte pengebeløb. Derefter blev politiet tilkaldt og foretog beslaglæggelse. Næste dag, da man havde konstateret at der ikke forelå nogen straffesag, var der kontakt mellem politiet og en medarbejder ved SKAT, Billund Lufthavn, hvorunder "[d]er var enighed om, at pengene ikke skulle være videregivet til politiet", og det aftaltes at toldfogeden i dagens løb ville indfinde sig og foretage udlæg.

Hvis det nu var gået som man under denne samtale var enige om at det burde være gået, ville pengene altså være forblevet i told- og skattemyndighedernes besiddelse. Men også under disse omstændigheder ville tilbageholdelsen af pengene med henblik på at toldfogeden kunne foretage udlæg, være stødt imod den udtrykkelige bestemmelse i toldlovens § 83 stk. 2 om at beløb over den anmeldelsespligtige grænse (15.000 euro) kun kan tilbageholdes hvis de må befrygtes at stamme fra eller blive brugt til en overtrædelse af straffeloven. Toldmyndighe-

derne ville altså ikke selv kunne have tilbageholdt beløbet (her ligger der meget muligt et særskilt problem i hen- seende til told- og skattemyndighedernes retsopfattelse og praksis); og politiet kunne endmindre medvirke til at en sådan, fornyet eller genoptaget, tilbageholdelse fandt sted.

Disse kort antydede betragtninger i anledning af de to sager kan måske være interessante og tankevækkende i sig selv. Men det afgørende for vurderingen af politiets retsopfattelse og dermed for holdbarheden af praksis er som anført det grundlæggende hjemmelsspørgsmål.

Udgangspunktet er her det velkendte at al offentlig myndighedsudøvelse skal være legitimeret i lov eller anden anerkendt retskilde. Kravene til hjemlens klarhed (herunder graden af lovbestemmelsens præcision eller spørgsmålet om anvendelse af analogislutninger) og dens grundlag (lov eller anden anerkendt retskilde såsom rets- grundsætninger og retssædvane eller eventuelt forholdets natur) varierer alt efter området for den konkrete myn- dighedsudøvelse og dens virkning i forhold til borgeren. Drejer det sig f.eks. om indgreb i forhold til interesser der ved forfatningen eller på anden måde er beskyttet som individuelle grundrettigheder, vil det som udgangspunkt kræve kvalificeret hjemmel i form af klare bestemmelser i lov. Omvendt vil f.eks. en meget beskeden virkning af myndighedsudøvelsen i forhold til den eller de berørte borgere (lav intensitet) kunne svække hjemmelskravene.

Lovbestemmelser om politiets bistand til andre myndig- heder findes dels i en lang række særlove, dels i politilo- vens § 2 nr. 6 hvorefter det hører til politiets opgaver "at yde andre myndigheder bistand efter gældende ret". Som led i denne bistand kan politiet anvende magt, jf. politilo-

vens § 15 nr. 4.

Blandt særlovsbestemmelserne er der ingen som tager sigte på den her foreliggende situation. Den væsentligste bestemmelse om politiets assistance ved inddrivelsen af (offentlige) fordringer er retsplejelovens § 498 stk. 2. Den handler imidlertid udelukkende om magtanvendelse ("Fogedretten kan anvende den for fuldbyrdelsen nødvendige magt. Politiet yder efter anmodning fogedretten bistand hertil"). Endvidere er politiets indtræden betinget af en udtrykkelig anmodning herom, hvilket i øvrigt er det almindelige i bestemmelser om bistand til andre myndigheder, og således helt hinsides situationer hvor politiet ukaldet på egen hånd tager initiativ til at yde bistand.

Politilovens § 2 er i det hele en beskrivende, ikke en hjemlende, bestemmelse; for så vidt angår nr. 6 fremgår dette udtrykkeligt ved indføjelser af ordene "efter gældende ret". Herved adskiller den sig fra den tidligere bestemmelse i retsplejelovens § 108 om politiets såkaldte "generalfuldmagt". Egentlige hjemmelsbestemmelser i politiloven må søges i kap. III og IV. Her findes ikke andre bestemmelser om politiets bistand til andre myndigheder end § 15 nr. 4 der som anført alene omhandler spørgsmålet om den i forhold til selve opgaven accessori-ske magtanvendelse.

Der kan således ikke påpeges lovbestemmelser som afgiver hjemmel for tilbageholdelse af midler som politiet har fået faktisk rådighed over, med det formål at hidkalde inddrivelsesmyndigheden. Ej heller foreligger der rets-sædvaner eller retsgrundsætninger som omfatter en sådan adfærd fra politiets side.

Tilbage står så alene "forholdets natur". Og dette må da også være hvad politiet selv er nået frem til, i hvert fald i Viborg-sagen. Her tilkendegav anklagemyndighe-

den udtrykkeligt at politiets tilbageholdelse af pengebeløbet for at sikre det offentliges krav mod den pågældende "er sket som led i det samarbejde, som politiet har med andre myndigheder, og hjemlen hertil er forholdets natur".

Dette hjemmelsgrundlag er det svagest mulige. Det forekommer åbenbart at det ikke vil kunne gøre fyldest ved et indgreb i ejendoms- eller rådhedsretten, medmindre indgrebet er af forsvindende lav intensitet, eller dets foretagelse fremtræder med en klart naturlig nødvendighed i situationen. Ingen af delene kan siges at være tilfældet i de her foreliggende situationer. Det er ikke et naturligt endsige nødvendigt led i politiets arbejde ukaldet at fastholde tilfældigt opståede muligheder for at lette inddrivelsen af offentlige fordringer. Og uanset at det drejer sig om midler som den pågældende borger skylder væk, kan indgrebet i sin virkning langt fra siges at være af meget beskeden intensitet.

Man må således være enig i den retsopfattelse som byretten tilkendegav i Viborg-sagen: "En beslaglæggelse til dækning af civilretslige krav under en ransagning må kræve klar lovhjemmel og kan ikke ske ud fra forholdets natur".

For så vidt er det ærgerligt at landsretten og Højesteret lod sig besnære af anklagemyndighedens argumentation om at indgrebet intet som helst havde med beslaglæggelse at gøre og derfor afviste sagen. Det havde, omstændighederne taget i betragtning, ikke været nødvendigt, lige så lidt som landsretten i Billund-sagen havde behøvet at afstå fra at erklære det udlæg der kun var muliggjort gennem en ikke-lovlig beslaglæggelse, for ugyldigt.

Det havde været formålstjenligt om landsretten og Højesteret havde benyttet lejligheden til at ramme en pæl gennem politiets klart urigtige retsopfattelse og dermed

havde bragt den praksis som formentlig udfolder sig, effektivt til ophør.

Om fortrolighedsbegrebet i straffeloven, offentlighedsloven og forvaltningsloven

I overvejelserne af forholdet mellem strfl. § 152, fvl. § 27 og reglerne om offentlighed kan det være hensigtsmæssigt at tage følgende enkle udgangspunkt:

Grundenheden i den offentlige forvaltnings uhyre mængder af sager, akter og andet materiale er *oplysninger*. Og oplysninger kan være *fortrolige* eller *ikke-fortrolige*.

Afgørelsen af hvorvidt en bestemt oplysning er fortrolig eller ej, eller af fortrolighedens retsvirkninger, kan være en kompliceret affære. Der er forskellige grader af fortrolighed; nogle oplysninger anses for særligt fortrolige, mens andre kun er almindeligt fortrolige (jf. fvl. § 28). Nogle oplysninger er fortrolige, men ikke i forhold til bestemte modtagere (f.eks. sagsparter og visse myndigheder). Oplysninger der er fortrolige, kan af forskellige årsager miste denne karakter og blive ikke-fortrolige. – Mangfoldige andre sondringer og spørgsmål består på

dette område; men de skal ikke berøres her. For den grundlæggende overvejelse er det tilstrækkeligt at holde sig for øje, at forvaltningen ligger inde med oplysninger hvoraf nogle er fortrolige, mens andre er ikke-fortrolige.

Det helt elementære formål med reguleringen i love og andre bestemmelser vedrørende videregivelse og udlevering af oplysninger er selvsagt dette at fortrolige oplysninger skal forblive fortrolige. Til varetagelsen af dette formål har man grundlæggende tre reguleringsmæssige redskaber:

strafansvar,

ansættelsesretligt ansvar,¹⁵

afskæring af offentlighed (ikke-offentlighed).

Strafansvar og ansættelsesretligt ansvar beskrives som konsekvenser af den offentligt ansattes overtrædelse af sin tavshedspligt.

Naturligvis er der væsentlige forskelle i det omfang hvori de tre redskaber faktisk kan finde anvendelse. Strafansvaret indskrænkes betydeligt derved at udover det objektive gerningsindhold, videregivelsen af fortrolige oplysninger, skal også alle de almindelige strafbarhedsbetingelser være opfyldt. Også det ansættelsesretlige ansvar forudsætter at andre betingelser end den blotte videregivelse er opfyldt.

Men i en anden henseende skulle man hverken logisk, retspolitisk eller lovgivningsteknisk forvente nogen som helst forskel i indholdet af de tre reguleringsformer: At

¹⁵ Disciplinært ansvar for tjenestemænd og misligholdelsesansvar for overenskomstansatte. – Udover strafansvar og ansættelsesretligt ansvar kan undertiden også erstatningsansvar, f.eks. efter rpl. § 1018 b, komme på tale; jf. herved Betænkning 998 (1984), s. 117f.

det er de samme fortrolige oplysninger som søges beskyttet. Eller sagt med andre ord, at der ikke er forskel på fortrolighedsbegrebet i de forskellige reguleringer. Hvis en oplysning er fortrolig, skulle man forvente at så er den både undtaget fra offentlighed og, såfremt de øvrige ansvarsbetingelser er opfyldt, omfattet af det ansættelsesretlige ansvar og strafansvaret.

Man kunne også udtrykke det således at reglerne om henholdsvis ikke-offentlighed og tavshedspligt må være ganske afstemt efter hinanden i den forstand at grænselinjen mellem fortrolige og ikke-fortrolige oplysninger er identisk uanset om man befinder sig inden for den ene eller den anden regulering.

Sådan er det imidlertid ikke når man ser på lovreglerne, tværtimod. Og det kan umiddelbart virke temmelig gådefuldt.

Problemets rod er ofl. § 14. I det første punktum i denne bestemmelse siges det at "Pligten til at meddele oplysninger er begrænset af særlige bestemmelser om tavshedspligt fastsat ved lov eller med hjemmel i lov for personer, der virker i offentlig tjeneste eller hverv". – Her opfyldes forventningerne. Ikke-offentlighed vedrørende den pågældende type af oplysninger fastlægges i form af en generel henvisning til udstrækningen af tavshedspligten. Grænsedragningen er dermed *per se* identisk i de to reguleringer.

Men så fortsættes der i andet punktum: "Det gælder *ikke* [fremhævet her], for så vidt angår den almindelige tavshedspligt efter straffeloven, forvaltningsloven og tjenestemandsløvgivningen".

Her er det man må studse. For den meget væsentlige og helt generelt formulerede bestemmelse må jo tilsyneladende betyde at der under visse betingelser vil kunne

gøres strafansvar eller ansættelsesretligt ansvar gældende over for en offentlig ansat fordi han har udleveret en (i denne henseende fortrolig) oplysning som ellers klart er offentligt tilgængelig. – Man ser for sig at fuldmægtig Hansen bliver straffet efter strfl. § 152 for hen over hækken at have fortalt sin nabo noget som naboen dagen efter kunne få udleveret af Hansen eller Hansens kolleger på grundlag af en almindelig anmodning om aktindsigt i medfør af offentlighedsloven.

Ofl. § 14, 2. pkt. fastslår tilsyneladende at fortrolighedsbegrebet er forskelligt alt efter om man befinder sig i en ansvarssituation eller en offentlighedssituation; og at fortrolighedsbegrebet endda er videst i ansvarssituationen. En sådan afvigelse fra det logisk og retspolitisk forventelige må kræve en god forklaring.

Nu kan det selvfølgelig tænkes at der når man kommer til realiteterne, alligevel ikke er tale om nogen (væsentlig) afvigelse. Måske forholder det sig således at strfl. § 152 og fvl. § 27 (som er den centrale forvaltningsretlige bestemmelse om den almindelige tavshedspligt) samt offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser fortolkes og anvendes på en sådan måde at fortrolighedsbegrebet viser sig på bundlinjen at være (stort set) identisk i alle sammenhænge. I så fald er der ikke en indholdsmæssig afvigelse at forklare. Men til gengæld må man så konstatere at den valgte lovgivningstekniske fremgangsmåde er overordentlig uhensigtsmæssig, grænsende til det vildledende.

Inden man går videre med at undersøge den nærmere begrundelse for bestemmelsen i ofl. § 14, 2. pkt. – og begrundelsens holdbarhed – kan det være på sin plads at spørge om der ikke også er afvigelser mellem fortrolighedsbegrebet den "modsatte" vej. § 14, 2. pkt. er som anført udtryk for at tavshedspligten er videre end ikke-

offentligheden. Men spørgsmålet er om det modsatte, at ikke-offentligheden er videre end tavshedspligten, også er tilfældet.

Ser man på offentlighedslovens system, kunne man umiddelbart få det indtryk at svaret er ja. Det skyldes at offentlighedsloven (også) opererer med andre undtagelseskategorier end oplysninger, nemlig dokumenter (§ 7-11) og sager (§ 2). Bestemte typer af hele sager eller hele dokumenter kan således være efter offentlighedsloven være fortrolige (ikke-offentlige), men er det ikke efter strfl. § 152. Går man nu ud fra at der blandt mængden af oplysninger i hele sager eller hele dokumenter også vil være sådanne som ikke i sig selv er fortrolige, fremtræder de nævnte undtagelser som videregående end den almindelige tavshedspligt (og, fordi offentlighedslovens bestemmelser gælder generelt, også i forhold til summen af de specielle tavshedspligtsbestemmelser som omfatter hele sager eller dokumenter).

For en praktisk betragtning kan det således til en vis grad være korrekt at fortrolighedsbegrebet er videre i offentlighedsreglerne end i tavshedspligtsforskrifterne, men ikke for en principiel. Alle de ikke-fortrolige oplysninger som indgår i de undtagne sags- og dokumentkategorier, er for så vidt også undergivet offentlighed, nemlig i form af reglerne om den såkaldte "meroffentlighed" (jf. ofl. § 4 stk. 1, 2. pkt.). Myndigheden kan frit udlevere disse ikke-fortrolige oplysninger, på begæring eller på eget initiativ; er der tale om en anmodning i henhold til offentlighedsloven, er myndigheden forpligtet til at overveje også spørgsmålet om meroffentlighed og kan i visse tilfælde (f.eks. ud fra lighedsgrundsætninger) være forpligtet til at udlevere sådanne oplysninger.

Området for meroffentlighed er netop fastlagt som det område der ligger mellem retten til at afslå en begæring

om offentlighed og tavshedspligten. En oplysning fra en undtaget sag eller et undtaget dokument kan frit udleveres så længe oplysningen falder uden for tavshedspligtens område.

Selv om man af forskellige (retshåndhævelses- og resourcemæssige) årsager har givet myndighederne en videre adgang til at afvise begæringer om offentlighed, ville det således være forkert uden videre at karakterisere dette område som ikke-offentlighed. Mellem ydergrænsen for disse regler og tavshedspligten er der, som følge af meroffentlighedsprincippet, principielt også tale om offentlighed (selv om den aktindsigtsbegærende naturligvis i praksis har en langt svagere retsstilling). I denne henseende er selve fortrolighedsbegrebet således det samme i reglerne om henholdsvis tavshedspligt og ikke-offentlighed.

Bestemmelsen i ofl. § 14, 2. pkt. er en videreførelse af § 7, 2. pkt. i offentlighedsloven af 1970, der byggede på Offentlighedskommissionens Betænkning nr. 325 (1963). Men hvis man i denne betænkning, hvor reglen altså for første gang introduceres, venter at finde en udførlig og overbevisende argumentation, bliver man unægtelig skuffet. Den eneste begrundelse der gives for reglen, er følgende: "Gældende generelle regler om tavshedspligt ... må vige for begæringer om oplysninger i henhold til den foreslåede lov om offentlighed i forvaltningen, da sådanne regler ellers ville gøre offentlighedsordningen illusorisk" (s. 68).

Den sidste del af dette udsagn er ligeså stærkt som det er kortfattet. Hele offentlighedsprincippet ville falde til jorden – ja, man kunne lige så vel lade være med at indføre det – hvis man ikke sørgede for at det var komplet ubørørt af de almindelige forskrifter om tavshedspligt. Dette

er meget vanskeligt at forstå (og kommissionen rækker som sagt ikke nogen hjælpende hånd), medmindre man lægger til grund at forvaltningens praktisering af tavshedspligten var et tag-selv-bord hvor hvad som helst når som helst kunne gøres til en "hemmelighed" (den dagældende strfl. § 152's udtryk for fortrolige oplysninger) og dermed unddrages offentlighed. Sådan var retstilstanden jo imidlertid næppe dengang;¹⁶ og det er den i hvert fald slet ikke i dag (jf. fvl. § 27 stk. 2).

Der har i litteraturen siden hen været en vis tendens til blot at gentage Offentlighedskommissionens påstand om at en afstemning med de generelle tavshedspligtsforskrifter ville gøre offentlighedsprincippet "illusorisk". Dog er der visse undtagelser (hvoraf to skal omtales her) hvor man har forsøgt at give en egentlig begrundelse for reglen.

I Offentlighedsudvalgets Betænkning nr. 857 (1978) – som dannede grundlag for den nuværende offentlighedslov, herunder § 14, 2. pkt. – er der et udførligt og dybtgående kapitel XI (s. 287-305) om forholdet mellem offentlighedsprincippet og tavshedsforskrifterne.

Udvalget tilsluttede sig i det hele de principielle synspunkter, der "må antages" at ligge bag bestemmelsen i den dagældende lovs § 7 (s. 300) og foreslog dermed en videreførelse af § 7, 2. pkt. således som det da også skete. (At udvalget for så vidt angår forholdet til de specielle tavshedspligtsforskrifter stillede et videregående forslag, som imidlertid ikke blev fulgt, er der ikke grund til at

¹⁶ Se herved tjenestemandslovens dagældende § 3 stk. 3; Poul Andersen; Dansk Forvaltningsret (1963), s. 167f; Hurwitz, Kriminalret, Speciel Del (1962), s. 64ff.

komme nærmere ind på her). Men som grundlag for denne konklusion forsøgte udvalget (s. 298f) nærmere at udrede hvad det var der måtte antages at udgøre baggrunden for § 7, 2. pkt., og hvad det altså var man i det hele tilsluttede sig.

Først fastslås det at Offentlighedskommissionen med udtrykket "almindelige tavshedspligtsforskrifter" fortrinsvis sigtede til straffelovens bestemmelser herom. Dernæst konstateres det at disse bestemmelser ikke indeholder nogen præcis angivelse af tavshedspligtens genstand (altså fortrolighedsbegrebet), men benytter sig af standardprægede udtryk, som f.eks. "hemmelighed", hvis indhold i vidt omfang må fastlægges ved konkrete vurderinger.

Sådanne vurderinger vil ofte bero på "ganske samme afvejning af hensyn som den der bør være afgørende for, om en begæring om aktindsigt skal kunne afslås" (s. 298). Hvis nu offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser udformes som brede standardklausuler (afvejningsregler), skulle der derfor ikke kunne opstå nogen konflikt mellem adgangen til offentlighed og straffelovens almindelige regler om tavshedspligt.

Og helt uden konflikt ville det med sikkerhed være, fortsætter betænkningen, hvis offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser går videre end tavshedspligten idet bestemte typer af oplysninger, dokumenter og sager (jf. herved ovenfor) i det hele unddrages offentlighedsprincippet.

Herefter siges det uden overgang: "De gengivne betragtninger udgør baggrunden for bestemmelsen i ... § 7, 2. pkt., der fastslår, at den almindelige tavshedspligt efter straffeloven ikke begrænser pligten til at meddele aktindsigt efter offentlighedslovens regler".

Det er vanskeligt at se hvorledes dette sidste hænger

sammen. Det synes som om der er et spring i ræsonnementet. Betænkningen beskæftiger sig i de refererede og citerede afsnit hovedsageligt med spørgsmålet om hvorvidt ikke-offentlighed medfører tavshedspligt; men derfra drager man så uden overgang eller mellemregninger en vidtgående slutning til den stik modsatte situation, nemlig om tavshedspligt skal medføre ikke-offentlighed. Og en sådan slutning kan man jo ikke – heller ikke efter logikkens almindelige regler – drage.

Nemmere bliver det ikke af at betænkningen umiddelbart efter den sidst citerede passus gentager Offentlighedskommissionens udsagn om at hvis man ikke etablerede reglen i § 7, 2. pkt. ville offentlighedsordningen blive illusorisk, idet det tilføjes at det "uvægerligt ville indebære en skønsmæssig kompetence til at give afslag på begæringer om aktindsigt også uden for de tilfælde, hvor dette hjemles i offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser". – Men lige forinden har udvalget jo skrevet at den konkrete vurdering af tavshedspligtens udstrækning ofte må bero "på ganske samme afvejning af hensyn" som afvejningen vedrørende offentlighedsspørgsmålet. Så helt illusorisk skulle man jo ikke tro at offentlighedsordningen ville blive selv om den afstemtes med de almindelige tavshedspligtsforskrifter.

Mere moderat i sit forsøg på forklaring af reglen i den tidligere § 7 og nuværende § 14, 2. pkt. er Jon Andersen i sin artikel i Juristen 1988 om tavshedspligt i forvaltningen. Afsnit IV (s. 163-166) i denne artikel drejer sig om forholdet mellem tavshedspligt og regler om offentlighed.

Jon Andersen holder sondringen helt klar mellem de to situationer: om ikke-offentlighed medfører tavshedspligt henholdsvis om offentlighed medfører ikke-tavshedspligt (den sidste situation er identisk med spørgsmålet om

hvorvidt tavshedspligt medfører ikke-offentlighed, altså det spørgsmål som § 14, 2. pkt. besvarer benægtende). Om begge situationer siges det at ingen af slutningerne vil være berettigede, ej heller i en afsvækket form som formodningsregler.

Som et argument der gælder begge situationer, anfører Jon Andersen at det ville være i strid med den klare forudsætning bag fvl. § 27, stk. 1 om at afgørelsen af hvad der er fortroligt, skal ske ved en konkret vurdering, "at opstille helt automatisk virkende regler om offentlighed" (s. 164). – Hertil er dog at sige at hvis den automatisk virkende regel blot består i en henvisning til, eller inkorporering af, en anden regel som i det hele også forudsætter en konkret vurdering, så er der ikke tale om nogen modstrid med forudsætningen bag fvl. § 27. Jon Andersen er næppe afgørende uenig heri; han anerkender i hvert fald at ikke-offentlighed "i konkrete situationer" kan støtte en antagelse om tavshedspligt såfremt ikke-offentligheden bygger på regler i offentlighedsloven der forudsætter en konkret vurdering¹⁷.

Dette hænger så sammen med at Jon Andersens argument i henseende til den første situation (om ikke-offentlighed medfører tavshedspligt) består i en henvisning til at offentlighedsloven er en minimumslov, altså til det faktum af offentlighedsloven undtager andet og mere end fortrolige oplysninger, nemlig hele sager og hele dokumenter. – Om dette argument kan der henvises til det ovenfor anførte hvorefter disse undtagelsesbestemmelser

¹⁷ Jf. Betænkning 998 (1984), s. 68, hvor det samme synspunkt udtrykkes, men i en mere absolut form; ikke-offentlighed må "i almindelighed antages også at blive afgørende for spørgsmålet om tavshedspligt".

ikke principielt er udtryk for ikke-offentlighed idet meroffentlighedsprincippet gælder. Man kunne tro at dette i hovedsagen er et spørgsmål om terminologi; om hvad man vælger at forstå ved udtrykket "ikke-offentlighed". Men det er andet og mere når det drejer sig om at undersøge hvorvidt selve fortrolighedsbegrebet er identisk eller forskelligt i henholdsvis offentlighedsreglerne og tavshedspligtsforskrifterne. Meroffentlighedsprincippet er jo netop et udtryk for at de fra det egentlige indsigtsskrav undtagne sager og dokumenter vil kunne indeholde oplysninger der ikke er fortrolige; og at grænsen herfor går præcis dér hvor tavshedspligten indtræder – at fortrolighedsbegrebet med andre ord i denne sammenhæng er identisk i de to reguleringer.

Når Jon Andersen kommer til det andet spørgsmål (om tavshedspligt medfører ikke-offentlighed, altså det der er hovedspørgsmålet), falder han ikke for fristelsen til at repetere den gamle påstand om at et bekræftende svar ville gøre offentlighedsprincippet "illusorisk". Han indskrænker sin forklaring til at den "blotte mulighed for, at oplysningerne bliver offentlig kendt, forekommer ikke tilstrækkelig til at betage oplysninger, som i øvrigt bedømt efter bestemmelsen i forvaltningslovens § 27, stk. 1 må anses for tavshedsbelagt, deres fortrolige karakter" (s. 165)¹⁸.

¹⁸ Jon Andersen finder støtte for synspunktet i Asbjørn Jensen, Bo Vesterdorf og John Vogter, *Forvaltningsloven med kommentarer* (1987), s. 256. Det er imidlertid bemærkelsesværdigt at opfattelsen i den seneste udgave af værket, John Vogter, *Forvaltningsloven med kommentarer* (1999), er en anden; her udtrykkes der tvivl om hvorvidt domstolene ville anse hjemmelsgrundlaget for at anvende strfl. § 152 ved udlevering af oplysninger der er tilgængelige efter offentlighedsloven, for at være

Hvorvidt en oplysning er fortrolig, skulle altså afhænge af et forhold uden egentlig forbindelse med oplysningens indhold og kontekst, nemlig om der er nogen der beder om at se den eller ej. – Det er muligt at spørgsmålet om hvorvidt en oplysning udleveres efter en ekstern anmodning eller på den ansattes eget initiativ, kan spille en rolle i vurderingen af et eventuelt ansvar for den pågældende (se herom nedenfor). Men at det skulle være dækkende og hensigtsmæssigt at lade selve fortrolighedskarakteren af en oplysning være helt afhængig af en sådan udefra kommende, og vel ofte tilfældig, omstændighed, synes at udgøre en væsentlig svaghed i begrundelsen for en regel af så radikalt vidtgående indhold som ofl. § 14, 2. pkt.

I lyset af manglen på en nærmere og overbevisende begrundelse for reglen i ofl. § 14, 2. pkt. er det nærliggende at vende sig til spørgsmålet om hvorledes reglerne om den almindelige tavshedspligt er indrettet og praktiseres i forhold til reglerne om ikke-offentlighed. Såfremt realiteten er den at den forventelige overensstemmelse mellem fortrolighedsbegrebet i de forskellige reguleringer alligevel består i praksis, er problemstillingen som nævnt en anden; i så fald er det formuleringen (eller eksistensen) af § 14, 2. pkt. der er u hensigtsmæssig, ikke den underliggende realitet.

Fortrolighedsbegrebet i strfl. § 152 er fastlagt i bestemmelsens stk. 3: "En oplysning er fortrolig, når den ved lov eller anden gyldig bestemmelse er betegnet som sådan, eller når det i øvrigt er nødvendigt at hemmelig-

tilstrækkelig klart (s. 502f). – Se også Jens Garde m.fl., Forvaltningsret. Sagsbehandling (2001), s. 263.

holde den for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser”.

Den første del af bestemmelsen henviser til de specielle tavshedsforskrifter. Det samme gør ofl. § 14, 1. pkt. På dette punkt er der altså fuld overensstemmelse mellem begreberne. En speciel tavshedsforskrift udgør en undtagelse fra offentlighedslovens hovedregel, og samtidig indebærer den at de omfattede oplysninger er fortrolige i strfl. § 152's forstand.

Herudover er fortrolighedsbegrebet i § 152 stk. 3 bestemt af om der foreligger ”væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser” som nødvendiggør hemmeligholdelse. Denne helt generelle beskrivelse får sit indhold fra normer uden for straffeloven selv, først og fremmest fvl. § 27 stk. 1 der blev indført samtidig med den nugældende formulering af strfl. §152¹⁹.

Bestemmelserne i persondatalovens (pdl.) kap. 4 supplerer reglerne om offentlige myndigheders tavshedspligt. I et vist omfang svarer pdl.s regler om forbud mod videregivelse af edb-behandlede personoplysninger til de hensyn der opregnes i fvl. § 27 stk. 1; men der er grundlæggende forskelle. Først og fremmest bygger en række af pdl.s forbudsregler på en mere gennemført afvejning af modstående interesser. Fvl. § 27 stk. 1 lægger op til at spørgsmålet om hvorvidt en oplysning er fortrolig, skal afgøres ud fra oplysningens karakter således at fortroligheden så at sige optræder som en egenskab ved oplysningen og dermed, på et givet tidspunkt, ensartet i alle sammenhænge. I forhold hertil opererer pdl. med et differentieret system hvor videregivelse til offentligheden af en bestemt oplysning kan være tilladt under visse omstæn-

¹⁹ Lov nr. 571 og lov nr. 573, begge af 19. december 1985.

digheder og på visse måder, men ikke i andre tilfælde. Blandt andet kan selve offentliggørelsesmåden spille en rolle, f. eks. således at videregivelse til individuelle personer tillades medens offentliggørelse på en hjemmeside forbydes. Allerede denne grundlæggende forskel i systemernes opbygning og karakter udelukker muligheden af at foretage en egentlig jævnføring, endsige harmonisering, af reglerne i pdl. med det fortrolighedsbegreb som fvl.s og strfl.s bestemmelser er bygget over.²⁰

Før forvaltningsloven byggede fortolkningen af straffelovens fortrolighedsbegreb i vidt omfang på en henvisning til de hensyn der var opregnet i den dagældende offentlighedslovs undtagelsesbestemmelser vedrørende oplysninger (men altså ikke vedrørende hele sager og dokumenter, jf. ovenfor).²¹

²⁰ Om persondatalovens forhold til de pågældende regler, se bl.a. John Vogter, *Forvaltningsloven med kommentarer* (1999), s. 24ff; Jens Garde m.fl., *Forvaltningsret. Sagsbehandling* (2001), s. 260; Kristian Korfits Nielsen og Henrik Waaben, *Lov om behandling af personoplysninger med kommentarer* (2001), s. 482ff; Jon Andersen m.fl., *Aktindsigt* (2002), s. 62; Kaj Larsen m.fl., *Forvaltningsret* (2003), s. 461; Steen Rønsholdt, *Forvaltningsret* (2006), s. 353f.

²¹ Tavshedspligtsudvalget foreslog at strfl. § 152 blev udbygget med en nærmere opregning af de interesser der efter en afvejning kunne begrunde at en oplysning skal betragtes som fortrolig. Straffelovrådet, derimod, fandt at en sådan opregning først og fremmest måtte høre til i den ikke-strafferetlige lovgivning (herunder en forvaltningslov) hvor den også ville kunne få betydning for andre situationer end det strafferetlige ansvar, f.eks. i spørgsmål om disciplinært ansvar; jf. Straffelovrådets udtalelse af 13. maj 1985, FT 1985-86A sp. 288ff. Det blev Straffelovrådets synspunkt der sejrede, jf. FT 1985-86A sp. 266; og opregningen blev i stedet for i strfl. § 152 indsat i fvl. § 27 stk. 1.

Første del af § 27 stk. 1 svarer ganske til § 152 stk. 3, men efterfølges så af en opregning i syv punkter af de hensyn der kan begrunde fortroligheden. Som anført har opregningen sit udspring i den dagældende offentlighedslovs undtagelsesbestemmelser; den bygger med andre ord på den, naturlige, tankegang at der skal være overensstemmelse eller i hvert fald et meget nært slægtskab mellem fortrolighedsbegrebet i henholdsvis den strafferetlige, den ansættelsesretlige og den offentlighedsretlige regulering.

Opregningen i § 27 stk. 1 er i sin form ikke udtømmende. Det er dog tvivlsomt om meningen hermed har været at også helt andre hensyn end de opregnede kan inddrages. Ser man på bestemmelsens oprindelige udspring i Betænkning 998 (1984), fremgår det (s. 154f) at yderligere interesser som kunne komme på tale i forhold til de i § 27 stk.1 nr. 1-7 nævnte, snarere havde karakter af en specifikation inden for de anførte hensyns rammer end af et supplement med helt andre hensyn end de opregnede. Men uanset opregningens karakter er forholdet mellem strfl. § 152 og fvl. § 27 det samme. § 27 stk. 1 nr. 1-7 tilføjer § 152 den væsentligste part af dens indhold i henseende til den del af fortrolighedsbegrebet der ikke er fastlagt ved særlige tavshedsforskrifter; og § 152 forsyner § 27 med en strafhjemmel. Når man hertil lægger at opregningen i § 27 stk. 1 har sit væsentligste udgangspunkt i reglerne om ikke-offentlighed, er der altså i hovedsagen tale om et kredsløb som bygger på og er udtryk for at fortrolighedsbegrebet (for offentlighedslovens vedkommende forstået som ovenfor anført, dvs. under inddragelse af meroffentlighedsreglerne) basalt er det samme. – Allerede på dette grundlag kan man konstatere at i lyset af reglerens tilblivelse og fortolkning, er bestemmelsen i ofl. § 14, 2. pkt. alt for vidtgående i sin formulering; den signalerer

en regelkonflikt af et omfang som ikke eksisterer i praksis.

Men karakteristikken af de tre reguleringer som et sammenhængende kredsløb gælder som anført kun "i hovedsagen". Der er visse afvigelser, hvilket da også regelmæssigt fremhæves i forarbejder og litteratur. Disse afvigelser må identificeres, deres systematiske placering må fastslås; og deres retspolitiske holdbarhed overvejes.

Først er der grund til at minde om at en række af de meget store afvigelser der er i de faktisk forekommende retsvirkninger i henseende til strafansvar, ansættelsesretligt ansvar og ikke-offentlighed, intet har med fortrolighedsbegrebet at gøre. Det gælder de særlige (navnlig subjektive og processuelle) betingelser som skal være opfyldt for at ansvarsreglerne kan bringes i anvendelse. Og det gælder også de videregående muligheder for at afslå offentlighed som (af hensyn til retsanvendelsen og ressourcerne) udspringer af offentlighedslovens undtagelsesbestemmelser om hele sager og hele dokumenter.

Tilbage står to grupper af indbyrdes afvigelser med relevans for fortrolighedsbegrebet i de tre reguleringer. Den ene vedrører forskellene mellem udformningen af reglerne om de hensyn der kan medføre fortrolighed, i henholdsvis fvl. § 27 stk. 1 nr. 1-7 og ofl. § 12 stk. 1 samt § 13 stk. 1 nr. 1-6. Hermed belyses også hovedspørgsmålet om forholdet mellem strafansvar og ikke-offentlighed idet fvl. § 27 som anført udgør det væsentlige grundlag for den udfyldende fortolkning af strfl. § 152.

Den anden gruppe af afvigelser er sådanne der udspringer af det faktiske forhold at offentlighedslovens bestemmelser i sagens natur kun angår den foreteelse der består i at give indsigt i et materiale på grundlag af en anmodning. Tavshedspligten omfatter ikke blot denne situation, men også alle andre hvor der er spørgsmål om

at meddele oplysninger.

De hensyn der indgår i henholdsvis fvl. § 27 og ofl. §§ 12 og 13, er de samme. I vidt omfang er de også i formulering og kontekst identiske; det gælder således fvl. § 27 stk. 1 nr. 1-5 sammenholdt med ofl. § 13 stk. 1 nr. 1-5²².

Afviselserne ligger i fvl. § 27 stk. 1 nr. 6-7 i forhold til ofl. § 12 stk. 1 og § 13 stk. 1 nr. 6. Ud over visse rent formulingsmæssige forskelle²³ består de i følgende:

- (1) Enkeltpersoners private, herunder økonomiske, forhold er undergivet en interesseafvejning efter fvl. § 27 stk. 1 nr. 6 og 7, men ikke efter ofl. § 12 stk. 1.
- (2) Beskyttelsen af oplysninger om tekniske indretninger og andre drifts- eller forretningsforhold mv. er i ofl. § 12 stk. 1 nr. 2 udstyret med den ekstra betingelse at det skal være af "væsentlig økonomisk betydning" for den pågæl-

²² I nr. 3 i begge bestemmelser om straffeprocessuelle forhold er der to små afvigelser, hvoraf den ene – "efterforskning" i stedet for "opklaring" i § 27 – uforklaret i forhold til Tavshedspligtsudvalgets formulering er indsat i lovforslaget; begge bør uden videre harmoniseres ved først givne lejlighed.

²³ Som en tilsyneladende reel forskel fremstår beskyttelsen efter fvl. § 27 stk. 1 nr. 6 af også selskaber og foreninger i modsætning til den tilsvarende bestemmelse i ofl. § 12 stk. 1 nr. 1. Forskellen har dog næppe noget realitetsindhold. Ud over de økonomiske og andre forretningsmæssige forhold, der er omfattet af fvl. § 27 stk. 1 nr. 7 og ofl. § 12 stk. 1 nr. 2, vil juridiske personer i sig selv næppe have sådanne private omstændigheder som svarer til fysiske personers privatliv der er beskyttet efter ofl. § 12 stk. 1 nr. 1 og fvl. § 27 stk. 1 nr. 6. En undtagelse ville være oplysninger om strafforfølgning mv.; men netop på dette punkt antages fvl. § 27 stk. 1 nr. 6 ikke at yde beskyttelse til selskaber og andre juridiske personer, jf. John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer (1999), s. 498f.

dende.

(3) I ofl. § 13 stk. 1 nr. 6 er der tilføjet en opsamlingsbestemmelse om både private og offentlige interesser.

Efter sædvanlige fortolkningsprincipper ville man være tilbøjelig til at lægge stor vægt på sådanne indbyrdes afvigelser mellem nært beslægtede bestemmelser der tilmed er blevet fremsat og vedtaget samlet. Det er dog ikke sikkert at det uden videre gælder her, i hvert fald ikke på alle punkter. De pågældende bestemmelser i offentlighedsloven er tilblevet på grundlag af Offentlighedsudvalgets udkast. Dette udvalg, hvis opgave det var at revidere den pågældende lov, tog naturligt nok afsæt i de eksisterende bestemmelser (her især § 2 stk. 1 og 2) og videreførte dem i ajourført udgave²⁴. Forvaltningslovens § 27 stammer fra Tavshedspligtsudvalgets udkast. Dette udvalg havde Offentlighedsudvalgets forslag til rådighed og brugte da også formuleringerne herfra i udformningen af § 27 stk. 1 nr. 1-5. Men for så vidt angik nr. 6 og 7 tog man udgangspunkt i strfl. (dagældende) § 264b²⁵ og formulerede sig herved snarere ind i en strafferetlig tradition. – Da de to spor løb sammen i form af forslaget til en samlet lovreform, er det ikke sikkert at der blev foretaget dybtgående og detaljerede overvejelser om i hvilket omfang en koordinering på disse punkter burde foretages. Lovforslagsbemærkningerne indeholder i hvert fald ikke spor heraf.

Man kan derfor nok ud fra lidt friere overvejelser spørge om hvor meningsfulde og væsentlige de pågældende afvigelser er. Svaret må for de under (2) og (3) nævnte

²⁴ Jf. Betænkning 857 (1978), s. 47f.

²⁵ Jf. Betænkning 998 (1984), s. 187

forskelles vedkommende være at de er overflødige. At de økonomiske hensyn i ofl. § 12 stk. 1 nr. 2 kvalificeres med udtrykket "væsentlige", kan næppe tillægges afgørende betydning over for indledningsordene om at "varetagelse væsentlige hensyn" i fvl. § 27 stk.1. Og den gamle opsamlingsbestemmelse i ofl. § 13 stk. 1 nr. 6 kunne nøjagtig lige så godt stå som et yderligere nr. i fvl. § 27's ikke udtømmende opregning af hensyn;²⁶ en konsekvens heraf ville så være at opregningen i fvl. formelt måtte anses for udtømmende på samme måde som tilfældet er for ofl. § 13 stk. 1's vedkommende.

Tilbage står herefter kun den absolutte regel i ofl. § 12 stk. 1 nr. 1; jf. ovenfor (1). Principielt kan man sige at den ikke er udtryk for en forskel i selve fortrolighedsbegrebet, men må anskues på samme måde som offentlighedslovens undtagelser af visse typer af sager og dokumenter. § 12 stk. 1 nr. 1 er en generel undtagelse af en bestemt type af oplysninger. Bestemmelsen er formelt omfattet af offentlighedsprincippet, og oplysninger om enkeltpersoners private forhold vil således principielt kunne udleveres hvis det ikke strider mod tavshedspligten – hvilket så

²⁶ At Tavshedspligtsudvalget ikke medtog en sådan bestemmelse, skyldes muligvis at man fandt det overflødigt i lyset af opregningens ikke udtømmende karakter samt de øvrige bestemmelser i opregningen, herunder udvalgets forslag (der imidlertid ikke blev vedtaget) om en særlig bestemmelse vedrørende hensynet til myndighedernes interne beslutningsproces, jf. Betænkning 998 (1984), s. 189f, samt Oluf Jørgensen, Juristen 1985, s. 284ff. – I øvrigt kunne man hævde at en stort set tilsvarende bestemmelse (som ofl. § 13 stk. nr. 6) er indeholdt i indledningsordene til § 27.

beror på interesseafvejningsreglen i fvl. § 27 stk. 1 nr. 6.²⁷ Men man kunne nok også vælge en dublering og indarbejde den absolutte regel i fvl. § 27 som et nyt nr. i stk. 1 uden at dette ville medføre væsentlige eller uønskede ændringer i praksis.

Hvorom al ting er, så må man konstatere at de afvigelser der består mellem ofl. § 12 stk. 1 og § 13 stk. 1 nr. 1-6 over for fvl. § 27 stk. 1 nr. 1-7, ikke har – eller i hvert fald ikke bør have – betydning for fortrolighedsbegrebets afgrænsning i de to sammenhænge. Og dette bør, som anført, manifestere sig i en harmonisering af formuleringerne i de to love.

Det andet spørgsmål om mulige afvigelser angår relationen mellem offentlighedsloven over for ansvarsreglerne i strfl. § 152 og fvl. § 27. Som anført drejer det sig om det forhold at reglerne om ikke-offentlighed kun vedrører spørgsmålet om hvorvidt der efter anmodning skal meddeles indsigt i et bestemt materiale, mens tavshedspligten også angår andre situationer. Konsekvenserne heraf fremhæves ofte som klare "forskelle imellem afskæring af offentlighed og tavshedspligten" og dermed som et argument for ofl. § 14, 2. pkt. Ræsonnementet er formentlig dette at *hvis* offentlighed medfører ikke-tavshedspligt, *da* vil § 14, 2. pkt. være overflødig; derfor bliver det væsentligt at påvise at udsagnet om forholdet mellem offentlighed og ikke-tavshedspligt er urigtigt således at man altså har brug for § 14, 2. pkt.

De forskelle der lige siden Offentlighedskommissio-

²⁷ I praksis er det meget tænkeligt at der – i lyset af at det netop kun er de private personoplysninger der beskyttes efter ofl. § 12 stk. 1 nr. 1 – reelt ikke er rum for meroffentlighed.

nens dage²⁸ er blevet ført i marken, er to: Tavshedspligten afskærer en offentligt ansat fra på eget initiativ at udlevere oplysninger som vil kunne udleveres efter anmodning; og tavshedspligten afskærer en offentligt ansat fra at udlevere oplysninger som ikke er nedfældet i noget dokument eller tilsvarende, og som derfor ikke vil kunne gøres til genstand for indsigt.

Den sidstnævnte situation kan der hurtigt gøres op med; den har ingen som helst betydning i forhold til ofl. § 14, 2. pkt. At en – fortrolig eller ikke-fortrolig – oplysning der ikke er nedfældet, ikke kan undergives offentlighed, følger allerede af de fysisk-faktiske forhold og har derfor intet med relationen mellem tavshedspligt og ikke-offentlighed at gøre. Dette spørgsmål opstår først såfremt oplysningen nedfældes på en måde der kan danne grundlag for indsigt; og så er man jo uden for eksemplets område.

Den førstnævnte situation – forskellen mellem udlevering på eget initiativ og efter anmodning – rejser flere spørgsmål. For det første kan man retsdogmatisk rejse tvivl om hvor langt den underliggende retsopfattelse (at der faktisk *kan* gøres ansvar gældende ved udlevering af oplysninger som ville kunne kræves udleveret efter offentlighedslovens regler) bærer. For det andet kan det systematisk og lovgivningsteknisk gøres gældende at den forskel der måtte bestå mellem området for ikke-offentlighed og udstrækningen af den ansvarspådragende tavshedspligt som følge af henholdsvis eget initiativ og udefra kommende begæring, er egnet til en mere specifik og målrettet regulering end en så generelt udformet bestemmelse som

²⁸ Jf. Betænkning 325 (1963), s. 68.

ofl. § 14, 2. pkt.; og at der således ikke er grund til at etablere indbyrdes afvigende fortrolighedsbegreber for at løse dette problem. Endelig rejser der sig særlige, også retspolitiske, spørgsmål for så vidt angår de oplysninger der efter meroffentlighedsprincippet kan, men ikke skal, udleveres i henhold til offentlighedsloven.

I sit responsum vedrørende offentligt ansattes ytringsfrihed²⁹ har Bent Christensen gjort sig til talsmand for den retsopfattelse at "offentligt ansatte på eget initiativ [kan] offentliggøre dokumenter, som en udenforstående efter offentlighedsloven havde krav på at få adgang til" (s. 95).³⁰ Han fortsætter med at påpege at den praktiske betydning af denne opfattelse formentlig er begrænset idet den ansatte selv bærer risikoen for om de meddelte oplysninger nu også *er* omfattet af offentlighedslovens bestemmelser om krav på indsigt. – Det har været gjort gældende³¹ at Bent Christensen her ikke tænker på tavshedsbelagte oplysninger, og at hans udsagn derfor ikke kan opfattes som en afstandtagen fra at udlevering på eget initiativ af oplysninger der på anmodning skulle udleveres, kan medføre ansvar. Selv om Bent Christensen tidligere i sin artikel (s. 94) synes at have givet udtryk for en sådan begrænsning, kan det dog næppe gælde fuldt og helt for det omhandlede udsagn der jo i så fald ville blive nærmest meningsomt.

Det er i det hele vanskeligt at argumentere for en generel regel om ansvar for ansattes egen meddelelse af op-

²⁹ Juristen og Økonomen 1980, s. 85ff.

³⁰ Se også Jens Garde m. fl., Forvaltningsret. Sagsbehandling (2001), s. 263, samt John Vogter, Forvaltningsloven med kommentarer (1999), s. 502f.

³¹ Jf. Jon Andersen, Juristen 1988, s. 165f.

lysninger der på grundlag af et retskrav³² er tilgængelige efter offentlighedsloven, ikke mindst i lyset af reglerne om offentligt ansattes ytringsfrihed som netop er Bent Christensens indfaldsvinkel. For så vidt angår den mest vidtgående ansvarsform, strafansvar, er det da også vanskeligt at få øje på en domspraksis som tyder på andet. Østre Landsrets dom i Ugeskrift for Retsvæsen 2006, s. 65 (Grevil-sagen) kan næppe anføres. Her skete der ganske vist domfældelse efter strfl. § 152 for udlevering af nogle trusselsvurderinger fra Forsvarets Efterretningstjeneste uanset at centrale oplysninger i dokumenterne også fandtes i offentligt tilgængelige rapporter. Men der kan ikke herske tvivl om at en begæring om aktindsigt i de pågældende trusselsvurderinger ville være blevet afslået med den samme begrundelse som indgår i landsrettens præmisser: at udenforstående derved ville få mulighed for at vurdere efterretningstjenestens arbejdsmetoder og vidensniveau. Dommen er således ikke et eksempel på strafansvar for udlevering af materiale der ellers uden videre ville være tilgængeligt efter offentlighedsloven.

I det omfang der alligevel måtte være behov for at kunne pålægge særskilt ansvar for udlevering på eget initiativ trods pligt til at udlevere de samme oplysninger efter begæring, er bestemmelsen i ofl. § 14, 2. pkt. udtryk for en alt for vidtgående løsning. Bestemmelsen er efter sit indhold helt generel – og dermed også informatorisk vildledende i forhold til de mulige problemers reelle karakter og omfang – og samtidig sætter den som anført den ønskelige identitet i fortrolighedsbegrebet over styr. § 14, 2. pkt. er kort sagt udtryk for et såre uhensigtsmæssigt over-

³² Om forholdet til de oplysninger der er omfattet af muligheden for meroffentlighed, se nedenfor.

kill.

Behovet for særskilte ansvarsregler for udlevering på eget initiativ må være undtagelsen og i givet fald knytte sig til ganske bestemte områder (som f.eks. efterretnings-tjenesten). Den adækvate måde at imødekomme og regulere disse behov på vil være at betjene sig af specielle tavshedsforskrifter. Sådanne forskrifter kan — og bør — udformes så de præcist dækker de særlige og anerkendelsesværdige behov der måtte være, hverken mere eller mindre.³³ Spørgsmålet om forholdet til ikke-offentlighed er samtidig afklaret; specielle tavshedspligtsforskrifter udgør undtagelser fra adgangen til indsigt, jf. ofl. § 14, 1. pkt. Fortrolighedsbegrebet er således identisk i begge sammenhænge. Og det samme gælder i forhold til strfl. § 152, jf. denne bestemmelses stk. 3, 1. sætning.

Det foregående har udelukkende taget sigte på sådanne oplysninger som udenforstående ville have krav på at få udleveret efter offentlighedsloven. Tilbage står spørgsmålet om de ikke-fortrolige oplysninger som er omfattet af meroffentlighedsprincippet diskretionære regel.

Sådanne oplysninger er ikke omfattet af tavshedspligtens fortrolighedsbegreb, og heller ikke (som anført ovenfor) af offentlighedslovens fortrolighedsbegreb. Den ansatte vil derfor som udgangspunkt kunne videregive sådanne oplysninger som led i udøvelsen af sin ytringsfrihed eller meddelerret.³⁴ De vide rammer for offentlig an-

³³ Det bør herved også fremgå klart hvorved en speciel tavshedsforskrift adskiller sig fra den almindelige tavshedspligt.

³⁴ Jf. Betænkning 1472 (2006), kap. 5, og Justitsministeriets vejledning af 14. september 2006 om offentligt ansattes ytringsfrihed.

sattes ytringsfrihed legitimerer dog ikke en hvilken som helst videregivelse af de pågældende oplysninger. Er videregivelsen uden enhver forbindelse med ytringsfrihedens og meddelerrettens formål, vil den efter omstændighederne kunne anses for uberettiget. Den enkelte ansatte kan f. eks. ikke via reglerne om ytringsfrihed tiltage sig beføjelsen til på egen hånd så at sige at administrere myndighedens praksis vedrørende meroffentlighed ved uden videre at udlevere en hvilken som helst oplysning inden for meroffentlighedens område. Dette er imidlertid ikke en konsekvens af tavshedspligten; en ansats uberettigede udlevering på eget initiativ vil være en overtrædelse af en helt anden slags norm, nemlig myndighedens interne bestemmelser og retningslinier om kompetencernes fordeling og de enkelte ansattes beføjelser.

I sådanne tilfælde vil der kunne blive tale om et ansættelsesretligt ansvar. Derimod er det yderst tvivlsomt om der for en retspolitisk vurdering er behov for også at kunne gøre strafansvar gældende. Den ansatte har ikke udleveret fortrolige oplysninger, men alene overtrådt tjenestestedets administrative forskrifter; og dette sidste er jo ikke noget hvor man normalt ville supplere de ansættelsesretlige sanktioner med straf efter den borgerlige straffelov. Skulle der endelig i ganske særegne tilfælde vise sig at være behov for strafferetligt ansvar, vil strfl. §§ 156-157 være til rådighed.

De lovmæssige konsekvenser af det anførte kan sammenfattes i tre punkter:

- 1) Formuleringerne af fortrolighedsbegrebet i henholdsvis ofl. §§ 12 og 13 og fvl. § 27 harmoniseres således som der nærmere er redegjort ovenfor.

Det samstemte fortrolighedsbegreb består herefter af

opregningen af afvejningsregler (samt en typeundtagelse af de oplysninger der omfattes af ofl. § 12 stk. 1 nr. 1) og summen af de specielle tavshedsforskrifter.

2) Ofl. § 14, 2. pkt. ophæves. – I bemærkningerne til denne lovændring gøres der nærmere rede for at fortrolighedsbegrebet i de almindelige tavshedspligtsforskrifter (fv. § 27 stk. 1) og i offentlighedsloven er det samme, og at en bestemmelse om at det ene skal vige for det andet, derfor er overflødig. Særligt bemærkes det at retskravet på aktindsigt efter offentlighedsloven er mindre end området for ikke-fortrolighed, idet en del af de ikke-fortrolige oplysninger kun er omfattet af reglen i ofl. § 4 stk. 1, 2. pkt. om meroffentlighed.

En rent praktisk fordel ved at ophæve ofl. § 14, 2. pkt. vil i øvrigt være at man dermed i sager om offentlighed undgår at skulle foretage den undertiden noget vanskelige og usikre fortolkning af hvorvidt en konkret bestemmelse skal henregnes til de specielle tavshedspligtsforskrifter eller blot anses for en udmøntning af de almindelige regler om tavshedspligt.³⁵ Uanset om bestemmelsen måtte have den ene eller den anden karakter, indgår den i det fælles fortrolighedsbegreb og har samme retsvirkning.

3) Strfl. § 152 stk. 3 bevares i sin nuværende form, og således at dens fortrolighedsbegreb – der dels omtales ved en udtrykkelig henvisning til de specielle tavshedsforskrifter, dels ved den henvisning som er indeholdt i den mere summariske formulering ("... nødvendigt at hemmeligholde den for at varetage væsentlige hensyn til offentlige eller private interesser") – i det hele svarer til

³⁵ Se dog herved ovenfor note 33.

fortrolighedsbegrebet i offentlighedsloven og forvaltningsloven.

Den europæiske menneskerettigheds- domstol og ombudsmændene

Menneskerettighedsarbejdet og -beskyttelsen involverer i Europa (og for så vidt også i de andre dele af verden) uhyre mange instanser, organisationer, embeder og personer. I deres funktioner indgår de i en mangfoldighed af samspil (undertiden også modspil), kontakter, netværk og alskens andre former for samvirke. – I denne artikel, til den mangeårige leder af en af de helt centrale nationale instanser og en ihærdig opbygger af samarbejde og netværk på tværs af grænser, skal jeg beskæftige mig med en enkelt facet i dette store, sammensatte og meget brogede billede.

I toppen af hele det europæiske menneskerettighedsapparat sidder Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol med det øverste ansvar for at "sikre opfyldelsen af de forpligtelser" (art. 19) staterne har påtaget sig ved Den

Europæiske Menneskerettighedskonvention og de tilknyttede protokoller. Det er imidlertid velkendt at Domstolen med dens 45 dommere og over 500 medarbejdere er ved at kollapse under sin opgave.

Ved indgangen til 2006 havde domstolen en sagsmængde på omkring 81.000. Sammenholder man antallet af indkomne sager år efter år med antallet af de sager Domstolen er i stand til at afslutte under de nuværende forhold, går prognoserne på at der i 2010 vil være en vserende sagsmængde på omkring 250.000.³⁶

Årsagerne til denne eksplosive udvikling er også velkendte og velbeskrevne. Den væsentligste (men langt fra eneste) faktor har været de store udvidelser af Europarådets medlemskreds i de seneste 15 år. Omkring 40 % af sagerne hidrører fra kun tre af de nye medlemslande: Rusland, Rumænien og Polen. – Konstateringen af at langt størsteparten af sagerne kommer fra de nye medlemslande, og dermed de nye demokratier, giver anledning til yderligere bekymring for udviklingen. Det er nemlig helt overvejende sandsynligt at det endelige niveau for befolkningernes kendskab til det europæiske menneskerettighedssystem, og herunder muligheden for at indbringe individuelle klager (art. 34) for Domstolen, langt fra er nået endnu. En mangedobling af sagstallet fra disse lande inden for den næste halve snes år kan således på ingen måde udelukkes.

Stillet over for disse fatale udsigter har Europarådet, dets organer og sekretariat, samt Domstolen selv naturligt nok iværksat en række foranstaltninger hvoraf tre skal omtales her.

³⁶ Woolf Report (se nedenfor note 40), s. 4 og 8 med note 7.

Mest iøjnefaldende er vedtagelsen (i maj 2005) af Protokol nr. 14. De væsentligste elementer i denne protokol består i to processuelle og en materiel regel. Afgørelser om at en klage klart skal afvises, vil kunne træffes af en enkelt dommer (assisteret af en rapporteur) mod hidtil tre dommere. Og afgørelser i sager af en art der forekommer i stort antal, og hvor der i Domstolens praksis allerede er udviklet et klart retsgrundlag, vil kunne afgøres af tre dommere mod hidtil syv. Endvidere indføres en ny, materiel, afvisningsgrund hvorefter et betydeligt antal sager vil kunne afvises med den begrundelse at klageren ikke har været udsat for væsentlige ulemper ("significant disadvantage").

Da det er klart at de forventede virkninger af Protokol nr. 14 på ingen måde ville være tilstrækkeligt til at løse problemerne, nedsatte Europarådet i maj og september 2005 en "Group of Wise Persons" med den opgave at udforme en strategi til sikring af Domstolens effektivitet på længere sigt. Gruppen har således fået til opgave at fremkomme med forslag – herunder også eventuelle tilføjelser og ændringer til Konventionen i form af nye protokoller – som går ud over forholdsreglerne i Protokol nr. 14, men under respekt af "the basic philosophy underlying the Convention".³⁷ Gruppen består af 11 medlemmer under forsæde af den tidligere præsident for Domstolen, spanieren Rodriguez Iglesias. I maj 2006 fremlagde gruppen en Interim report.³⁸ Her orienterede gruppen om sine hidtidige overvejelser og fremsatte en række forelø-

³⁷ Group of Wise Persons' report (se nedenfor note 39), para. 1.

³⁸ The Implementation of Human Rights in Europe. Interim report of the Group of Wise Persons, 19. maj 2006, doc. CM(2006)88.

bige forslag med henblik på at få dem diskuteret bredt således at reaktionerne kunne indgå i gruppens videre arbejde. I november 2006 kom så gruppens endelige rapport.³⁹

I erkendelse af at der under alle omstændigheder ville gå nogen tid før Group of Wise Persons kunne færdiggøre sin opgave, og yderligere før gruppens forslag (især mulige forslag om nye protokolbestemmelser) kan forventes gennemført, tog Europarådets Generalsekretær og Domstolens præsident et yderligere initiativ. I sommeren 2005 anmodede de den fremtrædende britiske jurist Lord Woolf of Barnes, der har beklædt stort set alle de mest fremtrædende dommerembeder i Storbritannien, om sammen med en lille gruppe af eksperter at gennemføre en undersøgelse af Domstolens arbejdsmetoder og fremkomme med forslag til administrative og processuelle foranstaltninger som kan gennemføres inden for rammerne af det gældende retsgrundlag. Lord Woolf og de fire af ham udvalgte eksperter afgav rapport i december 2005;⁴⁰ rapporten indeholdt analyser samt en række konkrete forslag. Nogle af dem svarer helt eller delvis til forslagene i GWP-rapporten – hvilket ikke er overraskende eftersom Lord Woolf selv er et af de 11 medlemmer af Group of Wise Persons.

Blandt de forslag som findes i både Woolf-rapporten og GWP-rapporten, kan nævnes en øget anvendelse af "pilot judgments" (hvor en enkelt eller få signifikante sager afgøres hvorefter dommen eller dommene kan dan-

³⁹ Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers, doc. CM(2006)203; herefter GWP-rapporten.

⁴⁰ Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights, december 2005; herefter Woolf-rapporten.

ne grundlag for afslutningen af et større antal tilsvarende sager mod den pågældende stat); endvidere oprettelsen af filialkontorer under Domstolens justitssekretariat (the Registry) i lande med mange klagesager med henblik på både generel information og mere specifik vejledning i forbindelse med modtagelsen af klager.

I Woolf-rapporten peges der herudover bl.a. på en begrænsning af modtagelse og behandling af henvendelser til egentlige klager som fra klagerens side opfylder alle de formelle betingelser, en højere grad af målrettet uddannelse og specialisering af de jurister der er ansat ved Domstolen og dens afdelinger, samt et udbygget og fast introduktionsprogram kombineret med intensiv sprogundervisning for tiltrædende dommere.

I GWP-rapporten er der videregående tanker om blandt andet en "Judicial Committee" der skulle tilhøre Domstolen organisatorisk, men dog fungere separat og selvstændigt, og udgøre et kraftigt filter for sagernes videre vej til egentlig domstolsbehandling. En mulighed, der omtales i Interim-rapporten, for at indføre principielle domme (judgments of principle) med retskraft over for ikke blot den indklagede stat, men i forhold til samtlige konventionsstater forudsat at de har haft adgang til at intervenere under processen, er blevet forkastet. Det samme gælder tanken om at kopiere EU-systemets adgang for de nationale domstole til at indhente præjudicielle afgørelser fra EF-Domstolen. I stedet foreslås det at de øverste nationale domstole skal kunne indhente "advisory opinions" fra Menneskerettighedsdomstolen vedrørende principielle spørgsmål om fortolkningen af Konventionen og de tilhørende protokoller. Blandt de øvrige forslag kan nævnes en ændring af art. 41 om erstatning for krænkelser hvorefter selve fastsættelsen af erstatningens størrelse som hovedregel overlades til nationale

domstole eller tilsvarende organer; afgørelsen skal være bundet af en tidsfrist samt af de kriterier der kan udledes af Menneskerettighedsdomstolens praksis, og den skal kunne appelleres til Domstolen.

Både Group of Wise Persons og Lord Woolf beskæftiger sig en del med hvorledes de nationale ombudsmænd kunne tænkes at indgå i strategien for at reducere sagspresset på Domstolen. Men accenten i disse afsnit om inddragelse af de nationale ombudsmænd lægges tilsyneladende noget forskelligt i de to rapporter – hvilket *kan* have noget at gøre med den måde hvorpå ekspertisen i de nationale ombudsmandsinstitutioners grundlag, vilkår og arbejds måder har været lidt forskelligt repræsenteret i henholdsvis Group of Wise Persons og Lord Woolf's ekspertgruppe.

To af de 11 medlemmer af Group of Wise Persons er selv, eller har været, ombudsmænd. Den ene er Luxembourgs ombudsmand, Marc Fischbach, og den anden er en af de mest ombudsmandserfarne personer, Jacob Söderman, som først var Finlands ombudsmand i 6 år og dernæst blev den første EU-Ombudsmand fra 1995 til 2003. Der er således tale om to personer som ikke blot kender ombudsmandsarbejdet til bunds, men også har eller har haft det overordnede ansvar for en national ombudsmandsinstitutions funktionsduelighed – og herunder dens politiske og praktiske manøvre muligheder – så tæt på som overhovedet muligt. Blandt de fire medlemmer af Lord Woolf's ekspertgruppe er Peter MacMahon, der er én ud af tre viceombudsmænd i Commission for Local Administration in England, en person med indsigt i den tekniske og administrative behandling af ombudsmands sager på kommunalt og regionalt niveau. – Man kan ikke udelukke at denne forskel i baggrunden hos de personer

der har været involveret, kan forklare hvorfor Woolf-rapporten går væsentligt længere i henseende til at inddrage de nationale ombudsmænd og pålægge dem konkrete opgaver end tilfældet er i GWP-rapporten.

I GWP-rapporten forestiller man sig at de nationale ombudsmænds aktiviteter først og fremmest skal ske under Den Europæiske Menneskerettighedskommissærs ægide. I Menneskerettighedskommissærens mandat indgår blandt andet at Kommissæren skal "facilitate the activities of national ombudsmen or similar institutions in the field of human rights". Dette er grundlaget for anbefalingerne i GWP-rapporten, hvor det foreslås at Kommissæren skal intensivere og udvikle sit samarbejde med de nationale ombudsmænd til et aktivt netværk hvorigennem information om menneskerettigheder samt om krænkelse heraf kan spredes (para. 112). Group of Wise Persons ser nu aflastningen af Domstolen især på den måde at i tilfælde af særlige menneskerettighedsproblemer i en stat hvorved et stort antal sager kunne blive indbragt for Domstolen, sker der i stedet dette at Kommissæren varskor den nationale ombudsmand (eller tilsvarende institution) som så griber ind og søger at løse problemet (para. 113).

Man kan ikke afvise at tingene efter omstændighederne kunne fungere på denne måde, typisk ved at den nationale ombudsmand på eget initiativ undersøger spørgsmålet og udfærdiger en særlig rapport om problemets karakter og omfang samt henstillinger om dets løsning; og at Domstolen derved undgår en lang række individuelle sager. Om ombudsmanden i den situation behøver særlige opfordringer fra Menneskerettighedskommissæren, er vel tvivlsomt. Man må gå ud fra at en national ombudsmand selv vil være bekendt med menneskerettighedskrænkelser i det omfang der her er tale om; så det er

næppe oplysningen herom fra Kommissæren som er vigtig. Derimod kan selve den omstændighed at der er kommet en opfordring fra et internationalt organ, og den karakteristik af forholdet som en menneskerettighedskrænkel-else der ligger heri, måske undertiden i et vanskeligt nationalt politisk klima være en støtte for ombudsmanden i opgaven med på eget initiativ at iværksætte en undersøgelse og fremkomme med sine konklusioner og henstillinger.

GWP-rapporten peger også på at de nationale ombudsmænd som led i det omtalte netværk vil kunne spille en rolle i henseende til at informere om retten til at indbringe sin sag for Domstolen og distribuere de skemaer der anvendes hertil. I sig selv vil sådan vejledning og service være en naturlig del af ombudsmandens virksomhed, men det vil jo ikke just bidrage til at reducere antallet af sager for Domstolen, tværtimod. I rapporten tilføjes det da også at ombudsmanden "above all", skal oplyse om Domstolens mandat og kompetence(begrænsninger) og om kriterierne for at en sag overhovedet kan antages.

Som nævnt går Woolf-rapporten betydeligt længere og mere konkret til værks i sine forslag om at inddrage de nationale ombudsmænd i bestræbelserne for at aflaste Domstolen. Der skelnes her klart mellem ombudsmændenes mulige rolle i henholdsvis de sager som for Domstolen er "inadmissible" (men jo alligevel belastende for Domstolens ressourcer), og dem der er "admissible".

Om den første kategori starter Woolf-rapporten med at konstatere at Europarådet gennem mange år har anerkendt at de nationale ombudsmænd (i lighed med visse andre ikke-judicielle institutioner) kan yde væsentlige bidrag til beskyttelsen af menneskerettigheder; og at Rådet da også har udfoldet store bestræbelser for at få de stater hvor der ikke allerede findes en ombudsmandsin-

stitution, til at oprette en sådan med et hensigtsmæssigt mandat og de fornødne ressourcer. I denne forbindelse nævner også Woolf-rapporten Den Europæiske Menneskerettighedskommissær og hans forpligtelse til at støtte og fremme de nationale ombudsmænds aktiviteter (men i sin videre gennemgang af ombudsmændenes mulige roller omtaler rapporten ikke mere Kommissæren).

Hovedidéen i Woolf-rapporten er herefter at de filialkontorer som Domstolens justitssekretariat bør etablere i udvalgte lande, skal udfolde alle bestræbelser for at om dirigere strømmen af "inadmissible" sager til den nationale ombudsmand. Der angives tre grunde herfor. For det første vil det understrege at ansvaret for kontrol med menneskerettighedernes overholdelse påhviler den enkelte stat som herved også er forpligtet til at opretholde hensigtsmæssige organer og institutioner til varetagelse af denne opgave. For det andet, siges det i rapporten, vil ombudsmandsinstitutionerne ofte råde over mere hensigtsmæssige instrumenter til at løse opgaven end dem der rummes i en formaliseret domstolsproces. Og endelig bliver det så for det tredje sagt ligeud at denne udvidede brug af ombudsmandsinstitutionerne vil kunne spare Domstolen og dens justitssekretariat for et stort antal klager som aldrig skulle have været indbragt. – Hertil føjer rapporten, med rette, at i mange tilfælde er der intet til hinder for at en national ombudsmand kan behandle sager som vil være "inadmissible" i forhold til Domstolen (f.eks. fordi de nationale retsmidler ikke er udtømt, eller mere end seks måneder er forløbet siden den påklagede endelige afgørelse, jf. art. 35 stk. 1). Omvendt erkendes det også at det naturligvis ikke er alle "inadmissible" klager der uden videre kan behandles af ombudsmanden. Men det skønnes altså at det alligevel er så mange at et virkelig stort antal på denne måde vil blive dirigeret væk

fra Strasbourg. Og det vil som anført være en af det stedlige filialkontorers væsentligste opgaver at udfolde alle bestræbelser (individuel vejledning til klager, generel oplysning, dialoger med advokatorganisationer og NGO'er "to persuade them of the benefits of approaching the ombudsman rather than the Court", s. 33) for at virkeliggøre denne ændring af sagsstrømmens retning.

Set fra ombudsmandsside må man nære sammensatte følelser over for disse tanker og forslag. Som udgangspunkt kan man kun være positiv. Det er ombudsmandens opgave at undersøge sådanne spørgsmål og i givet fald hjælpe den eller de pågældende borgere til deres ret. Og enhver ombudsmand vil være optaget af i videst muligt omfang at sprede information om embedet og dets funktion ud til de borgere som måtte have brug for det; så tanken om en så effektiv bistand i denne henseende som oprulles i beskrivelsen af filialkontorenes opgaver, vil man som ombudsmand umiddelbart hilse med glæde.

Men så melder betænkelighederne sig. For hvor man under en kvalitativ synsvinkel som sagt kun kan være positiv over for forslagene, så må det jo ikke glemmes at hele øvelsen har et kvantitativt sigte. Forslagene udspringer ikke først og fremmest af ønsket om at forbedre menneskerettighedsbeskyttelsen for den enkelte borger (sådan som Europarådets ovenfor omtalte interesse for og engagement i ombudsmandsinstitutionen gennem mere end en snes år har været det), men af behovet for at lette Domstolen for et meget stort antal sager; at dette så også indirekte vil indebære en forbedring, eller manglende forringelse, af beskyttelsen for den enkelte borger, er en anden sag.

Og denne intenderede overførsel af et meget stort antal sager fordeler sig jo på ingen måde jævnt ud over en lang

række ombudsmandsinstitutioner i næsten samtlige medlemslande. Det vil i sagens natur dreje sig om den håndfuld lande hvorfra en uforholdsmæssig stor andel af klagerne til Domstolen kommer. Det er i disse lande filialkontorer skal oprettes. Og hvis de lykkes i deres bestræbelser på den måde som Woolf-rapporten beskriver det, vil det kunne medføre en meget drastisk forøgelse af sagsmængden hos de nationale ombudsmænd i de pågældende lande; dette vil formentlig også være tilfældet selv om der i det pågældende land findes eller etableres et system af regionale ombudsmænd.

Her må man huske på at ombudsmandsinstitutioner er sårbare og efter deres karakter helt uegnede til at behandle sager i meget store antal. Det er karakteristisk for praktisk taget alle egentlige ombudsmandsinstitutioner (i modsætning til f.eks. nationale menneskerettighedskommissioner) at de skal tilstræbe at have et personligt præg. Borgeren der henvender sig, skal have indtryk af at der står en bestemt person med navn og præg i spidsen for institutionen, og at ombudsmanden – eller en af ombudsmændene, for der kan godt være flere, men ikke flere end at de hver især stadig fremtræder som personer og ikke abstrakte bureaukratiledere – med al mulig assistance fra gode medarbejdere selv beskæftiger sig med sagen. Hertil kommer en forventning om en meget grundig behandling af de sager der realitetsbehandles hos ombudsmanden. Og dette er vel at mærke ikke blot forventninger som mere eller mindre udspringer af den enkelte borgers forestillinger, men det er fuldt berettigede forventninger så sandt som de modsvares af de forudsætninger og krav som ombudsmandens opdragsgiver, Parlamentet, normalt har opstillet for institutionen og dens virke.

Kort sagt, en sædvanlig ombudsmandsinstitution er i

udpræget grad designet til individuel sagsbehandling og ikke til masseadministration. Der gives ganske vist eksempler på at ombudsmandsinstitutioner har stået over for uforholdsmæssigt store antal af klager – og har klaret det. Men det har været i begrænsede perioder, typisk ved institutionens oprettelse som led i en demokratiseringsproces hvor et stort opstemmet behov i en overgangsperiode har udløst de mange klager; en begyndervanskelighed så at sige som man er kommet igennem – nogle gange mere elegant end andre – netop fordi man kunne se at det kun var en overgangsperiode.

Så når man betænker hvilke store sagstal det er der danner baggrunden for forslagene, kan man med en vis grund frygte at hvor de gennemføres effektivt, så bliver det de pågældende landes ombudsmandsinstitutioners tur til at se kollapsen nærme sig med faretruende hast.

Dette betyder ikke at man uden videre skal afvise tanker i Woolf-rapporten – hvilket også ville være meget vanskeligt at gøre da forslagene jo i deres kvalitative indhold er yderst sympatiske, også set med ombudsmandsøjne. Men man er nødt til at tage de faretruende perspektiver i betragtning (hvad Woolf-rapporten slet ikke gør) og overveje hvilke konsekvenser de bør have for forslagernes udformning og udførelse. I hvert fald må der indlægges nogle bremsemekanismer som i givet fald kan aktiveres af den nationale ombudsmand i forhold til det stedlige filialkontors aktiviteter. Og *måske* betyder sådanne forbehold at forslaget i nogen grad mister interessen for Europarådet og Domstolen – for hvem problemet jo er kvantiteterne, både på kort og på længere sigt – således at man alligevel ender med stort set at holde sig til de hidtidige samarbejdsformer mellem Europarådets menneskerettighedsorganer og de nationale ombudsmænd.

Som nævnt indeholder Woolf-rapporten også betragt-

ninger om de nationale ombudsmænds rolle i "admissible" sager. De er ret kortfattede og overskuelige. Først og fremmest nævnes klager der indeholder en række forskellige punkter, og hvoraf nogle kan behandles af Domstolen mens andre må afvises. I sådanne "hybride" sager, siges det, vil borgeren ofte have mulighed for at få det samlede sagskompleks behandlet hos den nationale ombudsmand, og vil derfor være bedre tjent med at blive henvist hertil. Også andre, forholdsvis specielle, sagstyper nævnes som eksempler på at det kan være hensigtsmæssigt og rimeligt at henvise borgeren til at forsøge sig hos ombudsmanden før man eventuelt går til Domstolen. I den forbindelse peges der på muligheden for at suspendere klagefristen på seks måneder til Domstolen (art. 35 stk.1) indtil udfaldet af ombudsmandssagen foreligger.

Indholdsmæssigt er disse forslag fortræffelige. Og i deres kvantitative virkninger er de som anført overskuelige. Så dem kan man, også fra nationale ombudsmænds side, kun støtte. Samtidig er de, netop på grund af deres kvantitative begrænsning, formentlig ikke helt så interessante for Europarådet og Domstolen. Men derfor kan de jo alligevel godt føres ud i livet som en lille brik i det meget store og indviklede puslespil der formentlig skal til for at se en løsning på Menneskerettighedsdomstolens helt overvældende problemer.

Tanken om at inddrage de nationale ombudsmænd på en meget substantiel måde i bestræbelserne for at redde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er, som det fremgår, holdt på "de bløde midlers" plan. Intensiv vejledning af de potentielle klagere og klagerorganisationer, opfordringer via Menneskerettighedskommissæren, håb om at ombudsmændene vil gribe ind af egen drift over for omfattende menneskerettighedsproblemer etc. er de

virkemidler man forestiller sig taget i anvendelse. Ingen af forslagene berører imidlertid muligheden for at gøre indbringelse af klagen til den nationale ombudsmand til en obligatorisk forudsætning for at sagen i givet fald kan bringes videre til Menneskerettighedsdomstolen (jf. art. 35 stk. 1).

Domstolen har selv klart afvist – bl.a. i en beslutning af 14. oktober 1999 i Lehtinen-sagen – at ombudsmanden skulle udgøre et nationalt retsmiddel i art. 35's forstand, såvel generelt som ud fra en konkret vurdering. Man har herved anset det for afgørende at ombudsmanden ikke træffer bindende afgørelser, men alene fremsætter kritik og henstillinger. Med samme begrundelse har Domstolen ligeledes afvist at anse ombudsmandsprøvelsen for et "effektivt retsmiddel" efter art. 13 om at den hvis konventionsrettigheder er blevet krænket, skal have ret til effektive retsmidler herimod for en national myndighed. At ombudsmandsprøvelsen ikke anses for at udgøre et sådant retsmiddel, blev fastslået af Domstolen i marts 1987 (Leander-sagen) og gentaget så sent som i juni 2006 (Segerstedt/Wiberg-sagen).

På denne baggrund kan man vel næppe se bort fra at der ligger et element af dobbelthed i bestræbelserne på at overvælte en – i visse lande meget betydelig – del af sagsbyrden på de nationale ombudsmænd. På den ene side har man ikke villet anerkende ombudsmandsprøvelsen som et nationalt effektivt retsmiddel i Konventionens forstand. Men på den anden side afslører navnlig Woolf-rapporten i den nuværende situation en meget stor iver for de facto at tildele ombudsmanden en sådan rolle. Når dette sidste er tilfældet, ville det måske være mere hensigtsmæssigt – og ærligt – om man tog skridtet fuldt ud og ændrede Domstolens hidtidige opfattelse.

En ordning hvorefter de sager som falder inden for den

nationale ombudsmands kompetence, skal være indbragt for ombudsmanden som et nationalt retsmiddel efter art. 35, er ikke uforenelig med de nødvendige mekanismer der skal til for at sikre de enkelte og særligt udsatte ombudsmandsempfænger funktionsduelighed; en afvisningsafgørelse fra ombudsmanden er jo også en afgørelse og dermed fra klagerens side et udtømmende forsøg på at få sin sag afgjort hos ombudsmanden som en national prøvelsesinstans. Samtidig ville det være den enkleste og mest ressourcebesparende måde at nå frem til målet om at alt hvad der eventuelt kan klares gennem ombudsmandens behandling, så vidt muligt bør ske på denne måde således at sagen dermed undgår at havne på Menneskerettighedsdomstolens bord. Og endelig ville man undgå den noget dobbeltbundne og uklare tilstand hvor Domstolen ikke anerkender ombudsmandsprøvelsen som et nationalt effektivt retsmiddel samtidig med at man af al magt forsøger at få den nationale ombudsmand til alligevel at fungere præcis som om det for borgeren var et sådant retsmiddel der bør udnyttes før man kan påkalde sig Domstolens bistand.

Pligt til at svare?

Den 31. maj afgav 2007 jeg som ombudsmand en henstilling til Statsministeriet. Det drejede sig om at statsministeren konsekvent og gennem lang tid havde nægtet en bestemt journalist – Bo Elkjær, Cavlingpris-modtager og ansat på Ekstra Bladet – i et interview at besvare en række spørgsmål om Danmarks deltagelse i Irak-krigen. Sådan som sagen havde udviklet sig, måtte jeg henstille at statsministeren enten gav en egentlig og holdbar begrundelse for afslagene eller også gav manden hans interview.

Lidt senere samme dag kunne jeg se af en pressemeddelelse at statsministeren reelt ikke ville følge henstillingen.

Selv om forløbet, naturligt nok, hurtigt blev overskygget af den dramatiske svensker-landskamp, har den alligevel affødt en vis presseomtale og debat. Indholdet af

denne medieomtale gør det naturligt — også over for offentligheden — at forklare og afklare nogle af de særdeles vigtige spørgsmål som denne sag rejser.

I almindelighed står det naturligvis enhver minister frit for selv at afgøre hvilke journalister han eller hun vil give interview. Men, som normalt for myndighedspersoner, er der visse grænser for skønnet. Man må ikke som offentlig myndighed blackliste en bestemt journalist. Eller rettere, det må man sådan set godt; men så skal man have nogle virkelig gode og saglige grunde for at gøre det.

Bo Elkjær har to gange klaget til ombudsmanden over at han blev forskelsbehandlet af Statsministeriet uden saglig grund.

I anledning af den første klage oplyste ministeriet at statsministeren siden marts 2004 slet ikke havde givet interview om Irak-krigen. I sagens natur kunne der herefter ikke være tale om forskelsbehandling, alle fik afslag. Derfor foretog jeg mig ikke noget over for Statsministeriet i anledning af den første klage.

Kort efter klagede Elkjær igen til ombudsmanden og gjorde på ny gældende at der var tale om forskelsbehandling. Han henviste bl.a. til at statsministeren i august 2006 nu havde givet et interview til tidsskriftet FOCUS om bl.a. Irak-krigen. På denne nye baggrund bad jeg Statsministeriet om at oplyse mig om hvad grunden var til at Elkjær fortsat ikke kunne få et interview.

Jeg læste Statsministeriets svar nøje igennem, men måtte konstatere at ministeriet heller ikke heri havde redegjort for hvad der konkret var grunden til de fortsatte afslag. Svaret indeholdt kun nogle helt generelle betragtninger, f.eks. at der er overladt myndigheden et meget vidt skøn, og at anmodninger om interview afgøres efter en konkret vurdering.

Derfor blev jeg nødt til at henstille til Statsministeriet som jeg gjorde: Enten måtte man komme med en konkret og saglig begrundelse; og hvis man ikke kunne eller ville dét, måtte man i lyset af sagens særlige omstændigheder give journalisten interviewet og forholde sig til hans spørgsmål.

Jurister lærer mangt og meget. Men én bestemt ting bliver altid fremhævet som det vigtigste under den juridiske uddannelse og i den senere praksis: at *sondre*. "*Distinguendum est*", sagde allerede de gamle romerjurister, "*her bør sondres*". Et gammelt manuduktør-slogan går ud på at "*h.g.a.s.*" er den sørgeligste gravskrift for en jurist – "*han glemte at sondre!*".

Også i denne sag er der nogle yderst vigtige sondringer at holde sig for øje. Det er sondringerne mellem:

- tilvalg og fravalg,
- kritisk journalistik og illoyal journalistik,
- at være politiker og så (tillige) at være minister.

I en udmærket betænkning fra 2004 (nr. 1443, s. 246) skrev det pågældende udvalg blandt andet at en minister har meget betydelig frihed med hensyn til, hvorvidt en anmodning om deltagelse i et interview bør imødekommes. "Ved stillingtagen til om en minister vil deltage i et interview med en bestemt journalist, må ministeren i den forbindelse også være berettiget til bl.a. at kunne lægge vægt på, om ministeren gennem sit personlige kendskab har et særligt tillids- og fortrolighedsforhold til journalisten".

I fortsættelse heraf anføres det i betænkningen, at såvel ministre som embedsmænd er underlagt de almindelige forvaltningsmæssige krav om lighed og saglighed.

Udvalget siger altså tre ting: 1) Ministre har et vidt skøn. 2) En minister må godt "*tilvælge*" en journalist som

ministeren har et særligt positivt forhold til. 3) Ministre skal (også i denne forbindelse) overholde kravene om saglig og ligelig behandling.

Statsministeriet har mange gange henvist til det ovenstående citat. I min udtalelse har jeg prøvet at forklare ministeriet at man går lidt fejl ved at klynge sig så meget til netop denne udtalelse – ministeriet overser sontringen mellem tilvalg og fravalg.

Man kan – som udvalget skriver – godt *tilvælge* en journalist og sige at ham eller hende vil jeg meget gerne tale med fordi jeg kender den pågældende så godt og har stor tillid til vedkommende. Men heri ligger på ingen måde det omvendte at man også konsekvent kan *fravælge* en bestemt journalist fordi man slet ikke har et særligt tillids- og fortroighedsforhold til den pågældende.

Udvalget skriver om tilvalgs-situationen, men temaet for denne sag er fravalgs-problemet. Og derfor er det ikke så meningsfuldt at dække sig ind under betænkningens udtalelser.

Kritisk journalistik og illoyal journalistik er, heldigvis, ikke det samme. Den grundige, veloplyste og dybtborende kritiske journalistik bliver i vore samfund anset for et væsentligt element i demokratiet. Dette giver sig også udtryk i vores retssystem, f.eks. i lov om offentlighed i forvaltningen, offentlighedsloven. Kritisk journalistik kan være byrdefuld, undertiden ligefrem ubehagelig for den der udsættes for den – det oplever man tid efter anden også som ombudsmand – men det må man tage med for det højere formåls skyld.

Ved illoyal journalistik forstår jeg urigtig, fordrejet, bevidst tendentiøs gengivelse af den interviewedes udtalelser. — I lørdags blev jeg f.eks. ringet op af en journalist der spurgte mig om min reaktion på at statsministeren

ikke ville følge min henstilling. Jeg svarede sagtmodigt at det var jeg selvfølgelig ked af, men at den slags nu en gang imellem hænder for ombudsmænd. Journalisten blev ved med at spørge, tydeligvis for at få mig til at komme med en skarpere reaktion. Så på et tidspunkt sagde jeg til ham (for at spare både hans og min tid) at jeg udmærket kunne høre at han fiskede efter at kunne citere mig for en meget skarp og nærmest forarget udtalelse. Men at den krog ville jeg ikke bide på, fordi jeg simpelt hen ikke mente at situationen gav anledning til en sådan reaktion fra min side. – Da jeg dagen efter slog avisen op og så at interviewet var bragt under overskriften "Jeg har aldrig oplevet noget lignende"(!), syntes jeg ærlig talt at det var en temmelig illoyal overskrift når jeg udtrykkeligt havde sagt det stik modsatte.

Hvis man kan påvise at en journalist bedriver illoyal journalistik, er det en saglig grund til at afvise at have med den pågældende at gøre. At man kan forvente at der vil blive stillet meget nærgående og kritiske spørgsmål, kan derimod aldrig i sig selv udgøre et legitimt grundlag for at udelukke en journalist.

Statsministeriet har ikke gjort gældende over for mig at journalisten Bo Elkjær kunne tænkes at være illoyal (det har Udenrigsministeriet derimod i en parallel sag) eller i øvrigt henvist til hans velkendte kritiske holdning vedrørende Irak-krigen. Men så længe man i en situation som den foreliggende ikke kommer op med en konkret begrundelse for de mange afslag, risikerer man at pådrage sig en mistanke om at den meget kritiske indstilling hos journalisten alligevel kan spille en vis rolle. Det er naturligvis kun en mistanke, dvs. en mulighed man indtil videre ikke kan se bort fra, men som kan afkræftes med en forklaring der viser at tingene ikke hænger sådan sammen.

Det er i øvrigt en ofte forekommende situation i retlige sammenhænge, f.eks. ved domstolene eller i forvaltnings-sager, at en part står i en situation hvor man er nødt til at forklare sig, netop for på denne måde at afkræfte muligheden af at man har handlet forkert.

Dette er baggrunden for at der her kan være behov for at fastslå at selv en nok så skarp kritisk holdning ikke i sig selv er det samme som illoyalitet. Og at en kritisk holdning og nærgående spørgsmål ikke er en saglig grund til at afvise en journalist.

Den tredje sondring som det er vigtigt at holde sig for øje, er forskellen på det "blot" at være politiker og så (tillige) være minister.

En politiker, f.eks. et folketingsmedlem, der ikke er minister, står retligt set helt frit i disse spørgsmål. Folketingsmedlemmet kan frit bestemme hvilke journalister han eller hun har lyst til at tale med. Det kan en minister som sagt også – i almindelighed. Men for ministeren går der dog nogle grænser som ikke gælder for folketingsmedlemmet. – Havde statsministeren ikke været statsminister, men partiformand og oppositionsleder, ville hele sagen således aldrig have kunnet opstå.

I samme øjeblik man bliver minister, eller borgmester, bliver man også en forvaltningsperson. Ministeren er den øverste forvaltningschef for sit ministerium, ligesom borgmesteren er det for kommunens forvaltning. Og i denne egenskab er det at man i sin myndighedsudøvelse er underlagt forvaltningsrettens almindelige regler, f.eks. grundsætningerne om lighed og saglighed.

Det véd ministre og borgmestre naturligvis godt. Men af hensyn til den almindelige forståelse af hele sagen og dens grundlag kan det være vigtigt at minde om denne forskel mellem ministre og andre politikere.

Mange, også journalister, har de seneste dage spurgt mig om min reaktion på at min henstilling ikke er blevet fulgt. Jeg har svaret at det er jeg selvfølgelig ked af – på embedets og retstilstandens vegne – men at det nu engang er noget man ind imellem må leve med som ombudsmand. Hvis det er af helt afgørende betydning for en at omgivelserne retter sig efter det man siger, så er det principielt set ikke ombudsmand man skal være. Så skal man hellere stile efter at blive dommer.

Andre har spurgt mig om hvorfor jeg overhovedet er gået ind i sagen. Og her er svaret det enkle: Fordi klageren indbragte den for ombudsmanden.

Sidder man som ombudsmand med en sag der ikke kan eller skal afvises, har man ikke noget valg. Så må man udrede den, komme med sin konklusion og om fornødent afgive sine henstillinger. Og det må man principielt set gøre ganske uanset om henstillingen bliver fulgt eller ej.

Heldigvis sker det meget sjældent at ombudsmandens henstillinger ikke bliver fulgt. Men når det sker, gør det naturligvis et skår i ombudsmandsinstitutionens autoritet. Sidder man i en sag med den fornemmelse at her vil myndigheden måske afvise at følge henstillingen, kan det derfor være fristende at prøve at lukke sagen eller på en eller anden måde forsøge at skrive sig uden om at skulle afgive denne henstilling.

Men det går ikke. For der er én ting som er værre for ombudsmandsinstitutionen end skår i autoriteten. Og det er skår i troværdigheden.

Der er mange gyldige grunde til at en ombudsmand kan eller skal lukke en sag. Men udsigten til ubehageligheder og eventuelle skår i autoriteten som følge af at en henstilling måske bliver afvist, er ikke iblandt dem.

En læge har engang fortalt mig at hvis man, som det

hedder, skulle vælge mellem pest og kolera, så bør man fornuftigvis altid vælge kolera. Tvinges man som ombudsmand til at vælge mellem skår i troværdigheden eller skår i autoriteten, så bør man tilsvarende med åbne øjne vælge det sidste. Troværdighed er til syvende og sidst vigtigere end autoritet. Og så kan man trøste sig med at troværdigheden i det lange løb nok også er afgørende for at opretholde autoriteten.

Lykkeligvis er det dog uhyre sjældent at man bliver stillet over for dette ubehagelige valg som ombudsmand i Danmark.

Ombudsmanden er sat til at udrede juraen og holde øje med at myndighederne overholder deres retlige forpligtelser. Det er opgaven. Men ombudsmanden har ikke – og skal ikke have – formelle magtbeføjelser til at gennemtvinge sin opfattelse. Så hvis landets mest magtfulde person vælger at sidde en henstilling overhørig, kan han gøre det. Det er og forbliver hans egen sag.

Efterskrift:

Den 9. august 2007 gav statsministeren journalist Bo Elkjær et solointerview om Irak-krigen.

Retten til at søge

Om FN's Menneskerettighedsdeklaration art. 14 og EU's asylpolitik *

Indledning

At sammenholde det aktuelle stade af EU's asylret og asylpolitik med netop FN's Universelle Deklaration om Menneskerettigheder, kan umiddelbart forekomme ejendommeligt i lyset af den vældige udvikling der er sket inden for asylretten siden Deklarationen for snart 60 år siden så dagens lys. Ikke desto mindre kan de senere faser indenfor denne udvikling – og det klima hvori den sine steder foregår – gøre det naturligt, måske ligefrem nødvendigt, at gribe tilbage til det grundlæggende, til udviklingens startpunkt efter 2. Verdenskrig.

* Skrevet sammen med PhD.stud., cand.scient.pol., M.Sc Thomas Gammeltoft-Hansen.

Gennem det seneste par årtier har man på vore breddegrader kunnet iagttage en vis tendens til at mistænkeliggøre dele af det internationale og især det europæiske arbejde for at fremme og udvikle menneskerettighederne. Der sigtes her ikke så meget til de rent ideologiske bestræbelser fra kredse og personer blandt politiske højrefløjspartier, men til de efterhånden ganske mange skeptiske og kritiske udsagn fra fagfolk (universitetsjurister, dommere m.fl.), mere centralt placerede politikere, meningsdannere og andre. Herhjemme går sådanne udtalelser ofte på Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis.⁴¹ Kritikken har som bekendt ofte rettet sig mod Menneskerettighedsdomstolens såkaldt dynamiske fortolkningsstil der efter kritikernes opfattelse skulle indebære at en gruppe jurister i Strasbourg uden egentligt demokratisk mandat træffer afgørelse om spørgsmål som retteligt burde være de (nationale) politiske beslutningstageres anliggende. Det hævdes at Domstolen bidrager til at skabe menneskerettigheder langt uden for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og de tilknyttede protokollers hjemmelsområde; og at Domstolen herved undertiden også beskæftiger sig med rene bagateller som efter kritikernes mening burde være uden enhver forbindelse med menneskerettigheds-begrebet. Tid efter anden kan man også opleve at der gribes til argumenta ad hominem i den forstand at legitimiteten af Domstolens afgørelser anfægtes under henvisning til enkelte dommers påståede dubiøse fortid eller i det mindste deres rod i

⁴¹ De kritiske udtalelser tog i øvrigt deres begyndelse nogenlunde fra det tidspunkt hvor Danmark efter mange års forløb begyndte at opleve domfældelser for krænkelser af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

dele af den europæiske kultur som for nogle blandt os nordboer kan virke fremmedartet.

Det skal ikke på forhånd udelukkes at visse iagttagelser og synspunkter i denne skepticisme kan være en eftertanke værd. Men mere overordnet giver den anførte tendens anledning til at gribe tilbage, også historisk, til de basale spørgsmål, erklæringer og dokumenter. Overfor en kritik der ofte bevæger sig langt ud i detaljer og forhold der ikke har meget med essensen i menneskerettighedstænkningen at gøre, kan der være behov for at minde om hvad menneskerettighedsarbejdet i dets mere og mere udbyggede form i bund og grund drejer sig om – og hvorfra det hele, i vores epoke, udsprang.

I en sådan "back to basics"-bestræbelse er det naturligt at vende sig mod det helt grundlæggende dokument for vor tids udvikling af menneskerettighederne, Den Universelle Deklaration om Menneskerettigheder (UDHR) der den 10. december 1948 blev vedtaget af FN's Generalforsamling. – Det spørgsmål der her skal tages op, vedrører som anført en enkelt blandt Deklarationens katalog over de universelle menneskerettigheder, nærmere bestemt art. 14 stk. 1:

"Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution."

Betragtningerne begrænses til spørgsmålet om "*retten til at søge*" asyl for forfølgelse.⁴²

⁴² Andre forfattere har beskæftiget sig med den samme synsvinkel, dvs. forholdet direkte mellem art. 14 og staternes asylpraksis, bl.a. Alice Edwards, *International Journal of Refugee Law* 2005, nr. 2, s. 293ff; Colin Harvey, *European Human Rights Law Review* 2004, nr. 1, s. 17ff; Morten Kjærum, i *The Universal Declaration of Human Rights, A Common Standard of Achievement*, red.: Alfredsson and Eide, Martinus Nijhoff, Haag 1999,

Nu er det jo velkendt at UDHR er en deklaration og ikke en konvention; og at den dermed ikke er umiddelbart retligt bindende (der ses her bort fra diskussionen om hvorvidt i hvert fald dele af UDHR har karakter af sædvaneret). De forskellige rettigheder i UDHR er udmøntet i egentlige konventioner som på sædvanlig vis er bindende for de deltagende stater. Og for art. 14's vedkommende er dette sket ved FN's Flygtningekonvention fra 1951 – især ved konventionens art. 33 om non-refoulement – og den tilhørende protokol fra 1967. Også andre konventioner afføder beskyttelse af flygtninge fordi disse tillige tilhører bestemte grupper eller befinder sig i bestemte situationer. Det drejer sig om en række af de internationale menneskerettighedskonventioner, herunder Racediskriminationskonventionen (1965), Konventionen om Borgerlige og Politiske Rettigheder (1966), især art. 7, 9 og 13, Torturkonventionen (1984), især art. 3, Børnekonventionen (1989); endvidere Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK, 1950), især art. 3, 5, 8 og 13.

Ikke desto mindre kan der være en pointe i at søge tilbage til UDHR. Dels er der her tale om en helt komprimeret formulering som udtrykker det basale, selve kernen i hvad det drejer sig om; dette er flere gange blevet bragt til udtryk også i officielle dokumenter, f.eks. UNHCR Ex.Com. Conclusion nr. 82, 1997, hvori Eksekutivkomitéen (para. b) "reaffirms that the institution of asylum ... derives directly from the right to seek and enjoy asylum set out in Article 14(1)". Dels er UDHR under alle omstændigheder udtryk for sådanne grundlæggende værdi-

s. 279ff; Helen O'Nions, Web Journal of Current Legal Issues 2006, webjcli.ncl.ac.uk/2006/issue2/onions2.html.

er som også vores del af verden bekender sig til.⁴³ Hvis der derfor foreligger en modstrid mellem UDHR's indhold og den praksis vi i vores del af verden – hvilket i denne sammenhæng først og fremmest vil sige EU – anlægger vedrørende asylpolitikken og immigrationskontrollen, så er der tale om en diskrepans som i det mindste bør afdækkes og præciseres. Det kan godt være at problemstillingens fronter i snæver juridisk forstand skal søges andetsteds end i forhold til UDHR. Men en væsentlig uoverensstemmelse mellem Deklarationens art. 14 og EU's asylpraksis udgør under alle omstændigheder en alvorlig moralsk og retspolitisk problemstilling og har i denne forstand også retlige implikationer.

Art. 14 og asylprocesretten

Tilblivelseshistorien for art. 14. stk. 1 er interessant fordi den i høj grad kaster lys over tankegangen og intentionerne bag den knapt formulerede bestemmelse. Forløbet betegner i perioden fra sommeren 1947 frem til vedtagelsen i december 1948 en bølgende bevægelse fra rent deklaratoriske bestemmelser mod egentlige individuelle rettigheder som derefter atter delvis glider ud, men netop kun delvis.

Tilblivelsen tog sin begyndelse i juni 1947 hvor en Drafting Committee, som var nedsat under Commission on Human Rights (CHR), holdt sin første møderække.⁴⁴ Som grundlag for drøftelserne forelå to fulde udkast til en

⁴³ Se herved også Johannes Morsinck, *Human Rights Quartely* 1993, s. 357ff, særligt s. 358 og 383-389.

⁴⁴ Rapporten fra Drafting Committee er dok. E/CN.4/21; de nævnte udkast er indeholdt som bilag til rapporten, herunder komitéens endelige forslag til CHR (Annex F).

"International Bill of Rights", et fra sekretariatet og et fra den engelske repræsentant; endvidere havde USA's repræsentant fremsat nogle ændringsforslag til sekretariatsudkastet.

Spørgsmålet om asyl var hverken berørt i det engelske eller det amerikanske forslag. Men sekretariatets udkast indeholdt følgende bestemmelse: "Every State shall have the right to grant asylum to political refugees". Denne formulering gik igen i en sammenskrivning som den franske repræsentant (René Cassin) foretog undervejs i komitéens arbejde som medlem af en "temporary working group". De andre tre medlemmer af denne gruppe beskæftigede sig med spørgsmålet om indholdet af en egentlig konvention om menneskerettigheder; de anbefalede at man i denne henseende fulgte det engelske forslag, men med tre tilføjelser hvoraf den ene var "the right of asylum". Den endelige indstilling fra Drafting Committee til CHR indskrænkede sig dog til følgende bestemmelse i Deklarationen: "Everyone has the right to escape persecution on grounds of political or other beliefs or on grounds of racial prejudice by taking refuge on the territory of any State willing to grant him asylum" – altså en ret til at søge, men ikke til at opnå asyl.

Den næste akt udspillede sig i december 1947. Først trådte en Working Group (bestående af 7 medlemmer suppleret med repræsentanter for andre FN-organer samt en række NGO'er) under CHR sammen. Her undergik forslaget fra Drafting Committee, som nu under drøftelserne udtrykkeligt blev betegnet som en ret til at søge asyl, en meget væsentlig ændring. Dette skete på foranledning af de tilstedeværende repræsentanter for to NGO'er (International Organization of Christian Trade Unions og World Jewish Congress) samt IRO (International Refugee Organization) der fandt at "the expression

"to seek asylum" did not sufficiently express the right of a persecuted individual".⁴⁵ CHR's arbejdsgruppe imødekom synspunktet og indstillede at den pågældende del af bestemmelsen skulle lyde således: "Everyone shall have the right to seek and be granted asylum from persecution".⁴⁶

I dagene herefter holdt CHR møder. Formuleringen i arbejdsgruppens indstilling – herunder "and be granted" – tiltrådtes.⁴⁷

Derpå fulgte i de første måneder af 1948 en høringsrunde af regeringerne. To lande udtalte sig imod den foreslåede formulering af bestemmelsen om asyl. Holland stillede sig tvivlende over for om asylspørgsmålet overhovedet hørte hjemme i Deklarationen. Og Sydafrika mente at den foreslåede bestemmelse "appears to be in conflict with every restriction on immigration anywhere in the world"⁴⁸ (jf. nedenfor om den engelske argumentation i Third Committee).

I maj 1948 trådte Drafting Committee (nu suppleret med repræsentanter for andre FN-organer og enkelte NGO'er) sammen til sin 2. session. Forhandlingerne om

⁴⁵ E/CN.4/57, s. 9.

⁴⁶ I de samme dage behandlede et Working Party under CHR udkastet til en menneskerettighedskonvention; rapporten fra dette arbejde afsluttedes med følgende anbefaling: "This Working Party recommends that the Commission on Human Rights should examine at an early opportunity the question of the inclusion of the right of asylum of refugees from persecution in the Bill of Human Rights or in a special convention for that purpose". – E/CN.4/56, s. 15.

⁴⁷ E/CN.4/77/Annex A, s. 4.

⁴⁸ E/CN.4/85, s. 24.

asylbestemmelsen indledtes med forslag fra Frankrig og World Jewish Congress om at indsætte en forpligtelse for FN til at sikre asyl. England tog afstand herfra og kom i stedet op med et nyt forslag: "Everyone shall have the right to seek, and may be granted temporary asylum, ...".⁴⁹ Ved aftenstide d. 17. maj skiltes man, men først efter at have udpeget en lille gruppe (England, Frankrig og Kina's repræsentanter) som i nattens løb skulle udarbejde forslag til ny formulering af bestemmelsen.

Næste formiddag fremlagde Cassin gruppens forslag:

"Everyone shall have the right to seek and may be granted asylum from persecution. The United Nations is bound to secure this asylum in agreement with Member States".⁵⁰

Flere medlemmer tog afstand fra 2. sætning i forslaget under henvisning til at en sådan forpligtelse i givet fald måtte fastsættes ved en Generalforsamlings-resolution og/eller en konvention. Enkelte protesterede mod "may be" og ville have den materielle asylret fastslået uden forbehold. USA forsøgte at få "temporary asylum" indsat. – Ved den afsluttende afstemning vedtog man imidlertid (med 5 stemmer mod 0, 2 afstod) følgende indstilling til CHR:

"Everyone has the right to seek and may be granted asylum from persecution".⁵¹

CHR behandlede forslaget under sin 3. session 2. og 3. juni 1948.⁵² Flere af medlemmerne samt repræsentanter for de tilstedeværende NGO'er opponerede mod det fore-

⁴⁹ E/CN.4/AC.1/SR.36, s. 13f.

⁵⁰ E/CN.4/AC.1/SR.37, s. 8.

⁵¹ E/CN.4/AC.1/SR.37, s. 14.

⁵² E/CN.4/SR.56-57.

liggende forslags alt for vage karakter. Den kinesiske delegerede foreslog følgende formulering: "Everyone has the right to seek and shall be granted temporary asylum ...". Men selv om kommissionens formand (Eleanor Roosevelt) støttede anvendelsen af "temporary", gled det alligevel ud. Repræsentanten for World Jewish Congress anså en ret til asyl for at være "implicit in the concept of the right to life"⁵³ og fandt det vanskeligt at forstå at de nationer som havde taget imod så mange jødiske flygtninge før og under 2. Verdenskrig, skulle modsætte sig en sådan ret.⁵⁴

Mellem de to dages møder forsøgte en lille drafting sub-committee (Frankrig, England, Kina, Indien og USA's repræsentanter) sig med en formulering der indeholdt det forbehold at asyl kun skulle gives "as humanity requires"; men dette forslag blev forkastet med stort flertal.

Til sidst, efter indgående drøftelser og flere afstemningsrunder, vendte CHR med 12 stemmer mod 1 (4 afstod) tilbage til den tidligere udformning der var helt uden forbehold eller kvalifikationer:

"Everyone has the right to seek and be granted, in other countries, asylum from persecution".

Denne formulering blev så kommissionens indstilling til Third Committee.⁵⁵

Slutfasen

ECOSOC behandlede forslaget 25. og 26. august 1948. Medlemmerne fremsatte generelle erklæringer om hele

⁵³ E/CN.4/SR.56, s. 7.

⁵⁴ Se også Morten Kjærum, op. cit., s. 282.

⁵⁵ E/CN.4/SR.57, s. 11.

deklarationsudkastet og beskæftigede sig med en række af de foreslåede bestemmelser (men ikke vedrørende asyl) samt med visse spørgsmål der ikke omtaltes i forslaget. Der skete dog ingen ændringer idet det besluttedes at videregive CHR's forslag uændret til Generalforsamlingen ledsaget af et referat af de synspunkter der var fremkommet i forbindelse med ECOSOC's behandling.⁵⁶

Third Committee behandlede bestemmelsen 3. og 4. november 1948.⁵⁷ Til forslaget fra CHR forelå 9 ændringsforslag hvoraf kun 2 blev vedtaget; begge, fra henholdsvis Saudiarabien og England, gik ud på at fjerne retten til ud over at søge også at modtage ("and be granted") asyl. De øvrige vedrørte bl.a. diplomatisk asyl, specifikation af forfølgelsesårsagerne samt en pligt for FN til sammen med de berørte stater at sikre opfyldelse af retten til asyl; et forslag fra Australien lå på linje med de saudiarabiske og engelske forslag.

Argumentationen for at fjerne "and be granted" bestod i at man ikke ønskede at pålægge den enkelte stat en pligt til at meddele asyl.⁵⁸ Den saudiarabiske repræsentant fandt retten to "enjoy asylum" indiskutabel, men understregede at dette ikke var ensbetydende med at enhver havde ret til at opnå asyl "in the country of his choice". Den engelske repræsentant fandt at forslagets ordlyd var i strid med næsten alle eksisterende immigrationsregler. Klarest i al sin dobbelthed udtrykte den australske repræsentant hvorfor "and be granted" skulle ud: "It should be

⁵⁶ Se Yearbook of the United Nations 1947-48, s. 576ff.

⁵⁷ Third Committee, 121.-122. meetings, 3. november 1948, Summary records, s. 327ff. – De fremlagte ændringsforslag findes i A/C.3/285/Rev.1.

⁵⁸ Se herved Morten Kjærum, op. cit., s. 283.

a straightforward clear and precise statement of the fundamental rights of man and must make no reference to the corresponding obligations of the State"⁵⁹ (franskmanden, igen Cassin, rystede på hovedet ad denne måde at ræsonnere på). – Enden på det blev at det saudiarabiske forslag om at fjerne "and be granted" blev vedtaget med 18 stemmer mod 14, medens 8 undlod.

Derefter kunne man vende sig til det engelske forslag om i stedet at indsætte "and to enjoy". I denne tilføjelse sammenholdt med "the right to seek" lå, forklarede den engelske delegerede, bl.a. en tilkendegivelse af at "there was a right of asylum to which persecuted persons could have recourse ...".⁶⁰ Forslaget blev vedtaget med 30 stemmer mod 1, medens 12 afstod.

Dermed havde bestemmelsen fået den form hvori vi kender den i dag.

I Generalforsamlingens behandling gennem fire møder⁶¹ fremkom de delegerede først og fremmest med generelle betragtninger om bl.a. Deklarationens universelle karakter samt dens moralsk og politisk bindende virkninger; enkelte indlæg, især fra Frankrigs repræsentant, kom også ind på dens retlige virkninger. – Kritik blev fremført af USSR (støttet af 5 andre østeuropæiske lande) samt Sydafrika. Visse enkeltbestemmelser blev berørt (men ikke bestemmelsen om asyl), især i forbindelse med en række ændringsforslag fra USSR der dog alle blev nedstemt. Derimod blev et engelsk ændringsforslag vedrørende art. 2 vedtaget.

⁵⁹ Third Committee, Summary records, s. 338.

⁶⁰ Third Committee, Summary records, s. 330.

⁶¹ General Assembly; Third session, 180.-183. Plenary meetings, 9.-10. december 1948, Summary records, s. 852ff.

Under de separate afstemninger om hver enkelt artikel blev bestemmelsen om asyl enstemmigt vedtaget. – Og endelig, kort før midnat d. 10. december, kunne Generalforsamlingen vedtage den samlede deklaration med 48 stemmer mod 0, medens 8 undlod at stemme.⁶²

Art. 14 blev senere bekræftet i FN-regi, både i Deklarationen om Territorialt Asyl fra 1967,⁶³ præambel og art. 1, og i erklæringen fra FN's World Conference on Human Rights i 1993,⁶⁴ art. I, 23.

Retten til at *opnå* asyl endte således med at blive slettet under udtrykkelig henvisning til at man ikke ønskede at pålægge staterne (eller FN) den hertil svarende pligt til at meddele asyl.

Men retten til at *søge* forblev. Og dermed accepteredes altså, når man følger tankegangen i CHR og de forskellige underkomitéer, Third Committee og Generalforsamlingen, en korresponderende *pligt* for staterne. Den materielle asylret gled ud; men den processuelle (*asylprocesretten*) blev stående – centralt placeret blandt de borgerlige-politiske rettigheder.

Det er således ikke blot en almindelig sproglig forståelse af art. 14's ordlyd der tillægger enhver ret til at søge asyl – og en dermed korresponderende forpligtelse for det internationale samfund og staterne til at respektere denne asylprocesret, dvs. til at give adgang til en asylprocedure. Også forarbejderne og hele tilblivelseshistorien bag bestemmelsen viser med stor klarhed at det forholder sig således. Som det er fremgået, blev hver en sten vendt i

⁶² General Assembly, Summary records, s. 933.

⁶³ General Assembly Res. 2312 (XXII) af 14. december 1967.

⁶⁴ Vienna Declaration and Programme of Action af 25. juni 1993.

forbindelse med formuleringen. Og alt imens man under uhyre indgående overvejelser i en kamp der bølgede frem og tilbage, endte med at afvise en materiel asylret fordi man ikke ønskede at forpligte staterne, havde man under hele forløbet den processuelle ret for øje – uden at røre ved den. Tydeligere kunne det næppe tilkendegives at man i forhold til asylprocesretten ikke havde indvendinger mod at forpligte staterne.

Hvori denne pligt til at respektere asylprocesretten nærmere består, og hvilken stat den i det konkrete tilfælde påhviler, rejser yderst komplekse spørgsmål. Utallige tekster er udarbejdet om henholdsvis kravene til en tilfredsstillende asylprocedure og principperne om første asylland. Spørgsmålet er imidlertid om man ikke helt hinsides disse problemstillinger kan opstille den – så at sige præliminære – sætning, at det under alle omstændigheder er i strid med forpligtelsen til at respektere og sikre asylprocesretten dersom stater direkte og systematisk modarbejder de fysisk-faktiske muligheder for at den individuelle asylansøger kan opnå denne ret. I mange andre sammenhænge vil den fysisk-faktiske hindring af en retsposition klart blive sidestillet med en retlig nægtelse, og følgelig blive karakteriseret som et eksplicit retsbrud. Eksemplerne herpå er legio – i øvrigt ikke mindst inden for EU-retten.

"Retten til at søge" og EU

Asylprocesretten som en grundlæggende byggesten er også anerkendt inden for EU. Med Amsterdam-traktaten kom asylspørgsmålet sammen med grænsekontrollen ind under EU-samarbejdets første søjle som ledsageforanstaltning til sikring af den frie bevægelighed inden for Unionens grænser. Samtidigt med at kompetencen for udarbejdelsen af grundpillerne til en fælles asyl- og im-

migrationspolitik blev fastlagt under det nye kapitel IV, blev det i EF-traktatens art. 63 stk.1 understreget at alle EU-instrumenter skal være i overensstemmelse med Flygtningekonventionen og dens protokol. Tilsvarende gør EU-traktatens art. 6 stk. 1-2 opmærksom på at Unionen både "bygger på menneskerettighedsprincipper", og at fællesskabsretten skal respektere "grundlæggende rettigheder" som de er udformet i den Europæiske Menneskerettighedskonvention samt i "medlemsstaternes fælles forfatningsmæssige traditioner".

Mere konkret blev "den absolutte respekt for retten til at søge asyl" bekræftet i Tammerfors-programmet fra 1999 der fastlagde de politiske målsætninger for første fase af EU's asylpolitik. Sidst, men ikke mindst, kræver art. 18 i EU's Charter for Fundamentale Rettigheder at "[a]sylretten sikres under iagttagelse af reglerne i Genèvekonventionen af 28. juli 1951 og protokollen af 31. januar 1967 om flygtnings retsstilling og i overensstemmelse med traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab". Om end Charteret på nuværende tidspunkt endnu er ikke-bindende, henviser flere EU-retsakter på asylområdet allerede eksplicit til Charteret i præamblerne. Tilsvarende har EF-Domstolen henvist til Charteret som en kilde til bekræftelse af Fællesskabets generelle menneskerettighedsprincipper.⁶⁵

Referencen til retten til at søge asyl – forstået netop som en *processuel* rettighed – skal dog ikke blot ses som en værdimæssig grundpille for europæiseringen af asylområdet, men også som en betydelig bevæggrund for selve

⁶⁵ EFD C-540/03 EP v Council, endnu ikke rapporteret. Se også Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford University Press 2006, s. 68f.

EU-harmoniseringen. Overgangen af asylpolitikken til første søjle under Amsterdam-traktaten var ikke mindst motiveret af spørgsmålet om asylprocedurer. På dette tidspunkt begyndte det at stå klart at en effektiv implementering af første asyllandsprincippet nedfældet i Dublin- og Schengen-konventionen krævede en mere gennemgribende harmonisering af medlemslandenes asylprocedurer.⁶⁶ En af hjørnestenene i Tammerfors-programmet var derfor udarbejdelsen af minimumsstandarder for sådanne procedurer i medlemsstaterne.

Asylprocesretten som værdigrundlag har dog afspejlet sig væsentligt mindre i udarbejdelsen af konkrete asyl- og kontrolinstrumenter inden for det stadigt voksende EU-Acquis. Tværtimod kan harmoniseringsprocessen på asylområdet for en stor dels vedkommende beskrives som forskellige forsøg på at forhindre adgang til asylproceduren – i hvert fald *inden* for EU. Dette gælder for det første udviklingen af instrumenter, der udelukker adgang til asylprocedurer eller afløser dem med forenklede procedurer eller andre former for beskyttelse. For det andet, og dette perspektiv er artiklens hovedfokus, forsøges det i stigende grad at ramme asylansøgeren før dennes ankomst til Medlemsstaterne. Disse politikker fungerer som en række efter hinanden virkende *præventive* mekanismer hvor henholdsvis Medlemsstaterne selv, private aktører og tredjelande mobiliseres på hvert led i ruten mod Europa for at afskære den fysiske adgang til EU-territorium. Hermed bliver eksternaliseringen af migrationskontrollen reelt et modtræk til asylprocesretten, da den forhindrer

⁶⁶ Se f.eks. Elspeth Guild, i *Refugee Rights and Realities: Evolving international concepts and regimes*, red.: Nicholson and Twomey, Cambridge University Press 1999, s. 321.

asylansøgeren adgang til den "processuelle dør".⁶⁷ Endeligt har man de seneste år diskuteret en række foranstaltninger gennem hvilke asylprocesretten i Europa forsøges erstattet med asylprocedurer uden for EU og beskyttelse i nærområderne.

Kontrol før afrejse

Visummet er formentligt et af de ældste eksempler på *præventiv* eller *ekstern* migrationskontrol; allerede i 1924 introducerede USA visumregler for gennem de konsulære repræsentationer at kunne rykke grænsekontrollen ind i de lande folk emigrerede fra. Den første EU-liste over lande hvorfra man krævede visum, kom i 1995.⁶⁸ EU's nuværende Visumforordning bygger på henholdsvis en "hvid liste" over lande der eksplicit er undtaget fra visumkrav, og en "sort liste" der opregner de lande hvorfra visum er påkrævet.⁶⁹ Den "sorte liste" kræver i dag visum fra tilrejsende fra 135 lande og to territorier⁷⁰ dækkende næsten alle lande i Afrika, Caribien og Asien samt en række lande i Østeuropa, Centralamerika og Stillehavsområdet.

På denne måde deler EU's Visumforordning verden op i to hovedkategorier. For tilrejsende på den "hvide liste" er kontrollen sænket og letter adgang for handel og turisme. Den "sorte liste" sikrer derimod et ekstra kontrolniveau for alle tilrejsende fra udviklingslande og lande

⁶⁷ Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, Clarendon Press 1996, s. 333.

⁶⁸ Forordning 2317/95, EFT L 234/1.

⁶⁹ Henholdsvis art. 1 og Anneks I samt art. 2 og Anneks II under Forordning 539/2001, EFT L 81/1.

⁷⁰ Taiwan og Palæstina.

med mange asylansøgere. Den indeholder en formodning om indrejseforbud, og kun en ekstra kontrolinstans – ansøgning om visum gennem et af konsulaterne – kan på individuel basis afkræfte denne formodning.

At EU's visumregime har særlig betydning for asylansøgere, kan man forvisse sig om flere steder. I de Fælles Konsulære Instrukser der anviser konkrete procedurer for visumtildeling, opfordres repræsentationerne til at være særligt årvågne i forhold til "personer i særlige risikokategorier, arbejdsløse, personer, som ikke har fast indtægt, osv."⁷¹ Det synes rimeligt at antage at mange asylansøgere, særligt dem i transitlande der håber på at rejse videre til Europa, falder ind under denne kategori. For sådanne "risikogrupper" foreslås det at der indhentes supplerende dokumentation, noget asylansøgere typisk ikke har mulighed for at fremvise. Derudover introducerer instrukserne et særligt transitvisum for lufthavne der begrænser det ellers etablerede princip om fri transit i lufthavne for lande med særligt høje asylrater og immigrationspotentialer.⁷²

Visumforordningen indeholder dog en undtagelsesparagraf (art. 4) der tillader medlemsstaterne at afvige fra de sædvanlige visumkrav for særlige grupper af personer fra lande på den "sorte liste". Her nævnes f.eks. luftfartspersonnel, sømænd, internationale nødhjælpsarbejdere og personer med diplomat- eller tjenestepas. Selv om listen

⁷¹ 2005/C 326/01, EUT C 326/1, afsnit V.

⁷² Se note 269, Anneks III. Dette gælder på nuværende tidspunkt Angola, Afghanistan, Bangladesh, Den Demokratiske Republik Congo, Eritrea, Etiopien, Ghana, Irak, Iran, Nigeria, Pakistan, Somalia, og Sri Lanka. Flere lande kan optræde på de enkelte landes lister, det gælder for tiden særligt Liberia og Sudan.

ikke er udtømmende, er den manglende omtale af personer der søger international beskyttelse, trods alt bemærkelsesværdig.⁷³ Tilsvarende er der heller ikke nogen eksempler på at man i de enkelte medlemsstater i dag udsteder "flygtningevisa" som man f.eks. kender det fra 1920'ernes berømte "Nansen-pas".⁷⁴

Der eksisterer ikke indenfor folkeretten en egentlig ret til adgang som der f.eks. eksisterer et forbud mod udsendelse i henhold til EMRK art. 3 og Flygtningekonventions art. 33. Omvendt er der næppe nogen tvivl om at EU's visumregime fungerer således at det forhindrer flygtninge adgang til EU-territorium og dermed til asylprocedurer. I det omfang manglende visumudstedelse helt forhindrer personer i at forlade deres oprindelsesland, forsvinder asylretten fuldstændigt eftersom forudsætningen for overhovedet at kunne definere sig som flygtning ikke er til stede før en international grænse er krydset.

Privatisering af kontrollen

Visumreglernes effektivitet skal ses i snæver sammenhæng med et andet EU-initiativ – transportørsanktioner. Manglende visum forhindrer ikke i sig selv adgang til EU

⁷³ En sådan undtagelsesmulighed var faktisk nævnt i de tilsvarende bestemmelser i Schengenkonventionen hvorfra Visumforordningen stammer. Art. 5 stk. 2 tillader her staterne at fravige visumkrav hvor det skønnes nødvendigt på grund af nationale interesser eller internationale juridiske forpligtelser. Se yderligere Gregor Noll, *Negotiating Asylum*, Martinus Nijhoff, Haag 2000, s. 478.

⁷⁴ Det seneste ændringsforslag fra Kommissionen, Kom (2006) 84, indeholder mulighed for visa til anerkendte flygtninge og statsløse, men dette inkluderer ikke asylansøgere der endnu ikke har fået prøvet deres sag.

hvorefter myndighederne vil være bundet af non-refoulement princippet hvis et asylkrav rejses. De europæiske lande har således været ivrige for at gøre visum til en forudsætning for overhovedet at udrejse. Det mest prominente instrument til dette formål er introduktionen af sanktioner over for private flyselskaber og andre internationale transportselskaber der medbringer personer uden gyldige rejsedokumenter.⁷⁵

Tyskland, England og Belgien har haft sådanne regler siden 1987 og Danmark siden 1989. På fælleseuropæisk plan blev de introduceret i forbindelse med Schengenkonventionen hvor art. 26 pålægger transportørerne en forpligtelse til dels at varetage tilbagesendelse af afviste udlændinge (stk. 1a) og dels at "træffe alle nødvendige forholdsregler for at sikre sig, at udlændinge, der befordres ad luft- eller søvejen, er i besiddelse af de rejsedokumenter, der kræves for indrejse i de kontraherende parters område" (stk. 1b). Derudover pålægges selskaberne bøder mellem 3000 og 5000 Euro for hver afvist udlænding.⁷⁶

Truslen om bøde og det direkte krav i art. 26 stk. 1b har fået flyselskaberne til at påtage sig ganske avancerede kontrolfunktioner af deres passagerer før afrejse. Dette begrænser sig ikke til blot at kontrollere gyldigt pas og visum, men går også ud på at opdage falske pas samt personer der rejser på andres dokumenter. En række sel-

⁷⁵ Andre initiativer består bl.a. i indsættelse af europæiske grænsemyndigheder i lufthavne i tredjelande samt, med mindre effekt, kriminalisering af personer der organiserer irregulær indrejse – de såkaldte "menneskesmuglere".

⁷⁶ Dette er reguleret i et supplerende direktiv, 2001/51/EF, EFT L 187/45, art. 4.

skaber har således ansat sikkerhedsansvarlige fra medlemsstaternes respektive myndigheder samt ladet sig træne og assistere af myndighedspersonale for at kunne varetage disse funktioner.

Hvad betyder dette for asylansøgere? Schengenkonventionens art. 26 nævner godt nok at de ovenstående forpligtelser skal forstås "med forbehold af de forpligtelser der følger af Geneve-konventionen af 28. juli 1951 om flygtninges retsstilling". Det har dog været noget uklart hvordan dette præcis skulle fortolkes. Hvor f.eks. England har tilbagebetalt bøder for personer der siden hen har fået flygtningestatus, har Danmark tidligere udelukkende givet bøder for udokumenterede asylansøgere, men ikke for *bona fide* indvandrere.⁷⁷ Art. 4 stk. 2 i EU-direktivet fra 2001⁷⁸ fastslår dog at sanktionskravene ikke gælder for personer der søger international beskyttelse. Men dette betyder ikke nødvendigvis at asylretten sikres; dels fortsætter en række medlemsstater med at give bøder for asylansøgere,⁷⁹ og dels er de private transportselskaber næppe villige til at tage risikoen. På det konkurrenceprægede marked for international flytransport er de samlede omkostninger for bøde, varetægelse og hjemtransport

⁷⁷ Se Antonio Cruz, Carriers Liability in the Member States of the European Union, CCME Briefing Paper nr. 17, Bruxelles 1994, s. 11ff.

⁷⁸ 2001/51/EF, EFT L 187/45.

⁷⁹ Irland afviste for eksempel i 2003 at frafalde transportørsanktioner i sager vedrørende asylansøgere med henvisning til at en sådan praksis ville gøre transportørsanktioner nytteløse og opfordre til flere falske asylansøgninger. Se James Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press 2005, s. 385.

af afviste passagerer formentligt langt mere præsente end udbyttet ved at sælge billetter til udokumenterede og potentielt afviste asylansøgere.⁸⁰

Samlet fungerer transportørsanktioner således ikke bare som en præventiv foranstaltning til at forhindre asylansøgere adgang til EU's territorium, men også væsentligt nok som en *privatisering* af kontrollen hvorved statslige funktioner i stigende grad overtages af private selskaber eller af dem ansatte sikkerhedsfirmaer. Sådanne aktører er i sagens natur ikke bundet af internationale menneskerettighedsstandarder og næppe trænet i de finere nuancer af international asylret. De drives derimod af en økonomisk logik hvor et forsigtighedsprincip tilsiger dem at afvise enhver passager såfremt der er tvivl om hvorvidt vedkommende vil blive godkendt af de europæiske myndigheder.

Samarbejde med tredjelande

Det tredje element i EU's forebyggende migrationskontrol er det stigende antal aftaler med ikke-EU lande der enten tillader medlemsstaterne selv at operere udenfor EU-territorium eller *delegerer* ansvaret for kontrol af migration mod Europa til myndighederne i disse stater. Disse samarbejdsaftaler er typisk mere politisk end retligt reguleret, og der skal i det følgende blot gives et par eksempler.

En mekanisme der spiller en vigtig praktisk rolle i at forhindre asylansøgere i at nå Europa, er det voksende netværk af indvandringsattachéer⁸¹ som mange medlems-

⁸⁰ Gregor Noll, op. cit., s. 177.

⁸¹ Denne term bruges i stedet for den i dansk oversatte EU-dokumenter mindre mundrette og noget misvisende "indvandringsforbindelsesofficerer".

stater har udsendt i strategiske transit- eller oprindelseslande. I en EU-forordning fra 2004⁸² defineres opgaverne for sådanne attachéer som indsamling af information om "strømme", "ruter" og "modus operandi" for irregulær indvandring mod Europa, hjælp med identifikation og tilbagesendelse samt opretholdelse af den løbende kontakt med myndighederne i værtslandene.

Forordningen forudsætter at indvandringsattachéer ikke påvirker værtslandets udførelse af suveræne opgaver, men i stedet skal støtte og rådgive de nationale myndigheder. I praksis er forholdet dog mere uklart. Ifølge Forordningen skal indvandringsattachéer formidle og støtte introduktionen af EU-normer, standarder og anbefalinger i forhold til f.eks. grænsekontrol og asylbehandling. Attachéer står således ofte for direkte træning af myndigheder; og sekundering af offentligt ansatte i medlemsstaterne til at indgå i værtslandenes grænse- og asylmyndigheder er mere og mere udbredt.

Indvandringsattachéer er derudover ofte den operationelle faktor i henseende til en mere strukturelt præget påvirkning af tredjelande for at få dem til at påtage sig opgaver i forhold til migrationskontrol. Migration er i dag et vigtigt element i alle EU's udenrigspolitiske relationer, og alle udenrigspolitiske aftaler EU indgår, indeholder som udgangspunkt standardklausuler med forpligtelser til at modtage EU's afviste asylansøgere og hjælpe med at bekæmpe irregulær indvandring. Dette spiller en særlig rolle i Cotonou-aftalen der sætter rammerne for EU's samarbejde med udviklingslande i Afrika, Vestindien og Stillehavsområdet. Her bliver samarbejde med hensyn til migrationskontrol og tilbagetagelse en betingelse for ud-

⁸² 337/2004 EUT L 64/1, art. 2.

viklingsstøtte fra EU.⁸³

Tilsvarende indgår migration som et hovedelement i EU's Naboskabspolitik der omfatter de østlige nabolande, Nordafrika og en række lande i Mellemøsten. Herunder ydes der bl.a. bistand i form af teknisk grænsekontroludstyr såsom elektroniske dokumentlæsere, røntgenapparater, infrarøde kameraer og speedbåde. Sammen med de ovenfor omtalte træningsprojekter er sådan bistand udgangspunktet for kapacitetsopbygning af nabolandenes grænse- og migrationskontrol. I de enkelte landeaftaler under Naboskabspolitikken ligger der således politiske forpligtelser om at disse lande skal samarbejde om migrationskontrol af indvandrere mod Europa – ikke blot i forhold til deres sydlige grænser, men også ved at påtage sig ansvar for "exit kontrol" og altså forhindre irregulær migration fra deres eget land mod Europa.⁸⁴

En konkret udløber af dette samarbejde har været aftaler vedrørende fælles patruljering omkring Middelhavet og langs den vestafrikanske kyst ud for De Kanariske Øer. Her har EU's nyoprettede grænseagentur Frontex i det forløbne år igangsat flere operationer i samarbejde med afrikanske lande. HERA II missionen indbefatter at EU-skibe patruljerer inden for Senegals og Mauretaniens territorielle farvand. Ifølge oplysninger fra Frontex afskar man mere end 3.500 indvandrere fra at nå internationalt eller EU-farvand i de første fire måneder af operationen. Disse blev sendt direkte tilbage til de havne de kom fra, og samtidig har de senegalesiske og mauretanske myn-

⁸³ EUT L 209, se særligt art. 13.

⁸⁴ Se yderligere Thomas Gammeltoft-Hansen, "Outsourcing Migration Management: EU, Power and Immigration Policy", DIIS Working Paper, nr. 1, 2006.

digheder på baggrund af europæiske afhøringer af indvandrere foretaget en række anholdelser af personer der angiveligt skulle have befordret denne indvandring.⁸⁵

Arrangementet bygger på tidligere erfaringer med bilaterale aftaler mellem f.eks. Spanien og Marokko samt Italien og Libyen. De sidstnævnte lande har siden 2004 foretaget fælles patruljering i Middelhavet, Italien har leveret avanceret kontroludstyr til Libyen, og man har samarbejdet om at oprette et modtagelsescenter i Libyen til at bremse potentielle migranter og asylansøgere der ønsker at rejse videre mod Europa.⁸⁶ Libyen, der vel at mærke ikke har underskrevet Flygtningekonventionen, har desuden sat yderligere kontrol ind langs sine grænser mod Chad, Niger og Sudan for dermed at fastlåse migrationen længere sydpå.

I hvor høj grad sådanne samarbejdsaftaler er ansvarlige for at tredjelande styrker deres kontrol og forsøger at afvise migrationsstrømme mod Europa, er svært at sige; EU's egen grænsekontrol og stigende brug af regler om sikre tredjelande og tilbagetagelsesaftaler er i sig selv et incitament for disse lande til at styrke grænsekontrollen. Mange af EU's nabolande oplever således i disse år selv stigende antal asylansøgere og frygter formentligt at blive endestation, *cul de sac*, for flygtninge og økonomiske indvandrere, der ikke længere kan komme ind i Europa.⁸⁷ De

⁸⁵ Pressemeddelelse, 19. december 2006, tilgængelig fra <http://www.frontex.europa.eu>.

⁸⁶ Sandra Lavenex, *Shifting Up and Out: The Foreign Policy of European Immigration Control*, *West European Politics*, nr. 2, 2006, s. 340.

⁸⁷ Denne dynamik har tilsvarende kunnet spores i EU's udvidelse mod øst. Om end en styrkelse af grænsekontrollen var et sine qua non for optagelse, har de nye Medlemslande uden tvivl

ovenstående eksempler illustrerer dog at samarbejde med tredjelande også fra europæisk side er blevet et vigtigt redskab til at forhindre indvandring i at nå Europa.

For asylansøgeren betyder dette at hun typisk møder EU's kontrolregime og risikerer at blive vist tilbage langt før hun får mulighed for at fremsætte en asylansøgning. I det omfang asylansøgeren selv kommer fra de omtalte samarbejdslande, vil Flygtningekonventionen ikke kunne finde anvendelse da asylansøgeren ikke har forladt hjemlandet. I forhold til EU-staterne vil man kunne diskutere hvorvidt der er tale om et brud på art. 3 i EMRK, i det omfang EU-fartøjer der opererer i fremmed søterritorium, udøver effektiv kontrol når de tilbageviser personer der efterfølgende kan risikere at blive udsat for tortur eller umenneskelig behandling. Sidst, men ikke mindst, er "exit kontrol" formentlig et brud på art. 12 stk. 2 i Konventionen om Borgerlige og Politiske Rettigheder der fastsætter at alle har ret til at forlade ethvert land de opholder sig i.

Måske endnu vigtigere betyder den fremskudte og uddelegerede kontrol at en række af netop de processuelle rettigheder afskrives. Få af de institutioner der sikrer individet *adgang* til rettigheder, og som vi i de europæiske lande normalt tager for givet, gør sig gældende midt på Middelhavet eller når kontrollen foregår i tredjelande. Det gælder prøvelsesrettigheder som adgang til domstolene

også haft en egeninteresse i at sikre både grænsekontrol og tilbagetagelsesaftaler i forhold til deres østlige naboer, da de ellers ville risikere at stå med en uforholdsmæssig stor asylbyrde på grund af Dublin-systemet. Se generelt Rosemary Byrne, Gregor Noll, og Jens Vedsted-Hansen, *New Asylum Countries? Migration control and refugee protection in an Enlarged European Union*, Kluwer Law International 2002.

og andre offentlige klageinstanser, men også adgangen til retlig bistand fra advokater eller private hjælpeorganisationer, hvilket ofte spiller en betydelig rolle for den enkeltes mulighed for rent faktisk at rejse et asylkrav.

Dertil kommer at der sker en afkobling mellem forskellige myndighedsfunktioner. Hvor kontrollen rykker uden for territoriet, fungerer de nationale asylmyndigheder typisk kun inden for territoriet. Således afviste man f.eks. fra europæisk side et dansk tilbud om at bistå med asyl-eksperter til operationerne ud for De Kanariske Øer med henvisning til at dette lå uden for Frontex' ressortområde, og at disse operationer ikke drejede sig om flygtninge, men om at stoppe "illegal indvandring". Lidt forenklet kan man altså sige at i det omfang asylansøgeren er ude af syne, er asylprocesretten også ude af sind. Herefter kan staterne uforstyrret anvende deres suveræne ret til at kontrollere og afvise personer der, af den ene eller anden grund, forsøger at nå Europa.

Outsourcing af flygtningebeskyttelsen

Det sidste element i EU's forebyggende strategier handler ikke om kontrol, men om at rykke selve asylprocedurerne og flygtningebeskyttelsen uden for EU's territorium. Gennem de sidste fem år er en række forslag blevet fremsat med det formål enten at aflaste de europæiske asylsystemer ved at bygge kapacitet i nærområdelandene eller helt at afskaffe asylsystemet i Europa til fordel for en kombination af flygtningebeskyttelse i nærområderne og asylprocedurer uden for EU. Disse initiativer har således fortsat et præventivt rationale – det handler om at begrænse antallet af asylansøgere i Europa – men sigter modsat kontrolmekanismerne ikke på at afskære adgangen til asylprocesretten, men derimod på at erstatte asylproceduren i Europa med tilsvarende procedurer andet steds.

Det er vigtigt at huske på at hverken den asylprocesret der udkrystalliserer sig gennem UDHR art. 14, eller de rettigheder der følger af Flygtningekonventionen, specificerer hvor og hvordan asylproceduren skal garanteres. Historisk har asylprocesretten været koncentreret omkring de vestlige og udviklede lande medens flertallet af verdens flygtninge har været fastlåst i udviklingslande, hvor procedurer og materiel beskyttelse typisk har været mangelfulde. Både UNHCR og flygtningeretseksperter har således peget på behovet for at omstrukturere eller omformulere det internationale flygtningeregime på en måde hvor der lægges større vægt på kapaciteten i de lande der stadig i dag huser langt de største flygtningepopulationer.⁸⁸ Det er således værd at undersøge i hvilket omfang de seneste europæiske initiativer formår at kompensere for, eller endog helt opveje, den manglende adgang til asylprocedurer som de ovenstående kontrolmekanismer medfører.

De nuværende EU-tiltag på dette område blev i høj grad motiveret af et radikalt engelsk forslag fra 2003. Den "nye vision for flygtningebeskyttelse"⁸⁹ indeholdt to hovedelementer. Det første var oprettelsen af regionale beskyttelsesområder for at undgå sekundær flugt mod Europa samt sikre at afviste asylansøgere kunne sendes til-

⁸⁸ Hvor UNHCR dog udelukkende har advokeret for flere midler til nærområdelande som et supplement til den vestlige asyltradition, har andre foreslået mere vidtrækkende initiativer hvor beskyttelse og asylprocedurer i nærområderne i højere grad erstatter tilsvarende behov i f.eks. Europa. Se særligt bidragene i James Hathaway (red.), *Reconceiving International Refugee Law*, Kluwer Law International, Haag 1997.

⁸⁹ UK Home Office, *New Vision for Refugees*, London, 7 March 2003.

bage. Det var dog det andet element der skabte mest debat. Her foreslog man at oprette såkaldte "transit processing centres" i de af EU's nabolande der udgjorde de vigtigste asylruter til Europa. Asylansøgere der ankommer til EU, ville så blive sendt tilbage til disse centre for der at få prøvet deres asylsag.

Om end forslaget blev nedstemt i Rådet på grund af tysk og svensk veto, er grundelementer af de to komponenter stadig på EU's dagsorden. Det drejer sig for det første om muligheden for at rykke asylproceduren uden for EU's territorium. Her var hovedanken mod det engelske forslag de oplagte refouleringsproblemer, særligt under EMRK art. 3, det ville give at sende asylansøgere tilbage fra Europa til nabolande med tvivlsomme menneskerettigheds- og asylstandarder. I de efterfølgende forslag har man derfor understreget at ekstraterritoriale asylprocedurer skal ses som et *supplement* og ikke som en substitut for tilsvarende procedurer inden for EU's territorium. I 2003 udgav Kommissionen en undersøgelse af mulighederne for at indføre såkaldte "beskyttede adgangsprocedurer", hvilket vil sige asylansøgninger gennem EU-landenes konsulater og ambassader, der konkluderede at dette ville være en værdifuld komplementær adgangsmekanisme og levere "more protection for the Euro".⁹⁰

På trods af at sådanne procedurer allerede har været implementeret i en række medlemslande, herunder Dan-

⁹⁰ Gregor Noll et al., Study on the Feasibility of Processing Asylum Claims Outside the EU Against the Background of the Common European Asylum System and Goal of a Common Asylum Procedure, Den Europæiske Kommission, Bruxelles 2003. Citat fra side 5.

mark, har forslaget dog ikke efterfølgende vundet stor tilslutning. Tværtimod har Danmark, Holland og Østrig inden for de sidste år afskaffet denne mulighed som led i generelle stramninger af landenes asylpolitik.

Dette kan synes besynderligt da beskyttede adgangsprocedurer på sin vis netop repræsenterer den effektive adskillelse af *asylproces*retten fra den materielle asylret. Dette hænger sammen med spørgsmålet om visa som nævnt ovenfor; selv hvis det anerkendes at non-refoulement princippet gælder ekstraterritorielt, medfører det ikke en positiv ret til at give videre adgang fra ambassaden til værtslandet ved f.eks. at udstede et visum.⁹¹ Kun i særlige tilfælde hvor nægtelse af videre indrejse i sig selv vil medføre et brud på EMRK art. 3 eller Børnekonventionen der begge eksplicit har ekstraterritorial rækkevidde, vil en sådan forpligtelse kunne gøres gældende. I langt de fleste tilfælde vil beskyttede adgangsprocedurer altså overlade spørgsmålet om de materielle asylrettigheder til statens skønsudøvelse.

Hertil kommer at en ekstraterritorial asylprocesret ikke uden videre kan sidestilles med en tilsvarende ret inden for Medlemsstaterne. Som Kommissionens undersøgelse selv peger på, er adgangen til effektive retsmidler typisk indskrænket og kan ikke garanteres under international ret.⁹² Derudover vil asylansøgere der får deres sag behandlet uden for EU's grænser, ikke kunne påberåbe sig eventuelle nationale retssikkerhedsgarantier som måtte ligge udover internationale forpligtelser. Sidst, men ikke

⁹¹ Se Gregor Noll, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, *International Journal of Refugee Law* 2005, nr. 3.

⁹² Gregor Noll et al., *op. cit.*, s. 56.

mindst, er det som nævnt ovenfor praktisk langt sværere effektivt at fremføre en asylanmodning uden at være til stede i den stat hvori der søges asyl. Om end asylproceduren formelt opretholdes, risikerer den således indholdsmæssigt at udhules.

Den anden del af det engelske forslag har udmøntet sig i et forslag om såkaldte "regionale beskyttelsesprogrammer". Til forskel fra tanken om beskyttelseszoner er disse programmer dog rettet mod styrkelse af de respektive landes egen beskyttelseskapacitet. Pilotprogrammer blev sidste år iværksat i henholdsvis Tanzania og tilstødende lande samt i de vestlige SNG-lande, Ukraine, Hviderusland og Moldavien. De første aktiviteter sigter særligt, mod styrkelse af asylmyndighederne hvilket netop begrundes med behovet for at sikre adgangen til asylprocedurer.

Hvilken forskel sådanne programmer kan komme til at udgøre, er endnu for tidligt at sige, men en række forhold tyder på at der er nogle indbyggede modsætninger. På trods af at initiativet tillægges stor politisk betydning, har den økonomiske ramme hidtil været meget begrænset. I 2006 var der på EU's egne budgetter samlet afsat mindre end 6,5 millioner Euro til disse programmer hvilket er langt mindre end tilsvarende EU-midler til at understøtte kontrolsamarbejdet.⁹³ Selv om den processuelle kapacitet styrkes i disse lande, er der således ikke mange penge til sikring af den materielle beskyttelseskapacitet. Til dette formål indeholdt det oprindelige forslag en vision for et fælleseuropæisk genbosætningsprogram for at sikre en

⁹³ Disse tal er taget fra AENEAS-rammen der er EU's primære budget for bistand til tredjelande inden for migration; det samlede budget var i 2006 40,7 millioner Euro.

vis byrdefordeling, men dette blev væsentligt nedtonet i den endelige udgave. Disse forhold, sammen med arven fra det engelske forslag, har medført en udtalt skepsis fra særligt de afrikanske lande der frygter at initiativet blot vil skubbe et endnu større flygtningeansvar over på deres skuldre.

Det er i denne sammenhæng værd at bemærke at der ligesom for kontrolsamarbejdet er sket en væsentlig "eksport" af præcis de mekanismer EU selv har indført for at forhindre adgang til henholdsvis territorium og asylprocedurer i de lande der er udset under de regionale beskyttelsesprogrammer. Dette skal næppe ses alene i sammenhæng med de ovenstående initiativer, men det er oplagt at så længe disse lande er bange for at stå alene tilbage med beskyttelsesansvaret, vil de have et væsentligt incitament til selv at indføre regler der forhindrer adgang til asylprocessen.

Samlet må man således konkludere at EU's hidtidige initiativer til at styrke asylprocesretten uden for EU's territorium i bedste fald er accessoriske. De er i sig selv næppe en dækkende erstatning for de præventive kontrolmekanismer der omtales ovenfor. Snarere må de tolkes som et forsøg på at skifte den historisk ulige adgang til asylprocedurer med vægt på de industrialiserede lande ud med en tilsvarende ulige geografisk asylprocesret med tyngden på nærområde- og nabolandene. I værste fald er disse initiativer tilmed udhulende for asylprocesretten og medvirkende til en videre udbredelse af kontrolmekanismer der forhindrer asylansøgers adgang til procedurer.

Konklusion

Under EU-formandskabet i 2004 udlagde Holland visionen om beskyttelse i nærområderne som "et skift fra en

europæisk *asyl*politik til en europæisk *flygtninge*politik".⁹⁴ Udtalelsen synes at udtrykke, at vi i Europa ønsker at bidrage til den globale *materielle* beskyttelse af flygtninge, men ikke til opretholdelsen af en *processuel* asylret inden for EU.

Om end dette nok er en lidt forenklet opstilling, er det ikke desto mindre et sigende billede på den retning EU's politik bevæger sig. I gennemgangen af de ovenstående regler og mekanismer tegnes konturerne af en asyl- og immigrationspolitik hvor ekstern migrationskontrol og samarbejde med tredjelande opbygger en række systematiske barrierer for asylansøgers adgang til EU's territorium og dermed til asylprocedurerne.

På denne baggrund må man konstatere at EU's asyl- og immigrationspolitik og den tilhørende faktiske udformning på væsentlige punkter har bragt sig i klar modstrid med UDHR art. 14 om "retten til at søge", asylprocesretten. Dette skaber tillige et spændingsforhold til de generelle henvisninger til menneskerettigheder og international ret i EU's traktatmæssige grundlag; og særligt står den førte politik i skarp kontrast til den eksplicite anerkendelse af asylretten i EU's Charter og de politiske programmer for harmonisering.

Derudover kan man spørge hvorvidt den gradvise udhuling af den *procesuelle* asylret i Europa på længere sigt også kunne tænkes at medføre en vis udhuling af den *materielle* flygtningebeskyttelse. De politiske intentioner om at koble øget migrationskontrol og beskyttelse i nær-

⁹⁴ Egen kursivering og oversættelse. Citeret i Alexander Betts, *International Cooperation Between North and South to Enhance Refugee Protection in Regions of Origin*, RSC Working Paper, Oxford University 2005, s. 15.

områderne med mere omfattende genbosætning af flygtninge i Europa har indtil videre ikke materialiseret sig, hverken på EU-niveau eller generelt blandt Medlemsstaterne. Tilsvarende er det vigtigt at bemærke, at de hidtidige EU-programmer til styrkelse af flygtningebeskyttelsen i nærområderne hverken synes at have været båret af stort økonomisk engagement eller af en intention om for alvor at hæve *niveauet* for den beskyttelse der ydes i disse lande. Dette kan naturligvis ændre sig, men europæiske planer for sådan "global flygtningebeskyttelse" vil under det nuværende flygtningeregime udelukkende være båret af et *politisk* engagement, frem for en *retlig* forpligtelse.

Nogle, måske mange, vil hævde at de her fremhævede dele af EU's asylpolitik er udtryk for en politisk nødvendighed. Heri kan man være enig eller uenig; det er et politisk spørgsmål som må behandles og drøftes i andre sammenhænge. At påpege den afgørende modstrid i forhold til UDHR er imidlertid ikke i sig selv en del af den rent politiske diskurs, men derimod en præmis (blandt flere) for den samme diskurs. Det er en præmis som man må se i øjnene og vedkende sig; men som det naturligvis står enhver frit for at tillægge større eller mindre vægt. Dette sidste afhænger så af ens personlige holdning til FN's Universelle Deklaration om Menneskerettigheder som et globalt udtryk for nogle helt grundlæggende værdier – værdier der blev formuleret i en tradition og samtidig i en historisk situation hvis erfaringer man i hvert fald dengang lagde vægt på at fastholde for derved at forebygge at de skulle gentage sig i fremtiden.

Folkekirken juridisk betragtet

Kirkens selvstændighed og dens indpasning i samfundets regelsæt

Det er formentlig velkendt at Folkekirken som en samlet institution ikke har nogen selvstændighed i juridisk forstand.

Lovgiver kan fastsætte regler om alle forhold i Folkekirken. Og lovgiver er frit stillet i henseende til reglernes kirkelige indhold og implikationer, alene med respekt for kravet i grundlovens § 4 om at Folkekirken skal være og forblive evangelisk-luthersk.

De regler og rammer som Rigsdag og Folketing gennem årene har sat for Folkekirkens styre, er ikke i deres indhold udtryk for at Folkekirken som sådan på lovgivningsplan tillægges selvstændighed. Der er et meget vidt råderum for de øvrige statsmagter og deres organer til at gribe ind i og styre eller påvirke Folkekirkens anliggender. Det gælder især for den udøvende magt (først og

fremmest repræsenteret ved kirkeministeren), men også for domstolene. For kirkeministerens vedkommende er der tillige tale om en vis reguleringsmagt på lovgivningsniveau, med førkonstitutionelle rødder tilbage til Danske Lov (1683) og Kirkeritualet af 1685.

Ganske vist har lovgiver lagt en række kompetencer ud til kirkens egne organer, såsom menighedsråd, præster, biskopper og stiftsøvrighed. Men det er sket stykkevis og delt, og fremtræder da også i sin nuværende tilstand ganske fragmentarisk – i øvrigt ikke sjældent under kirkeministerens endelige afgørelse.

Man kan diskutere hvor stor den juridiske selvbestemmelsesret for Folkekirkens organer er i sin sum. Nogle vil hævde at den, i hvert fald i realiteten, er ganske vidtgående; andre at den formelt set er temmelig begrænset; og at den i sin eventuelt videregående realitet hviler på et spinkelt grundlag, herunder den til enhver tid siddende kirkeministers indsigt, holdninger og temperament. Denne diskussion skal jeg ikke berøre nærmere her, men blot konstatere at om en retligt funderet selvstændighed for Folkekirken som sådan, som én samlet institution eller organisation, er der i hvert fald langt fra tale.

Selv om det er en yderst interessant og belysende historie, skal jeg også afstå fra at gennemgå kirkeforfatningsdiskussionen fra 1849 til nu, og dermed årsagerne til tingenes tilstand som de foreligger for os i dag. Jeg nøjes med at pege på at der aldrig har været (tilstrækkelig) politisk vilje til at give slip på Folkekirken, sådan som det var meningen i 1849. Samtidig har der gennem hele perioden – måske er det dog ved at ændre sig netop i disse år – været store og indflydelsesrige grupper blandt kirkefolket som bestemt heller ikke har ønsket at blive givet slip på.

I dette sidste ligger at det langt fra er alle – ja, gennem

o. 150 år faktisk ret få – som har set et problem i Folkekirken manglende selvstændighed. Som antydnet er meningerne i dag mere delte, og en vis forskydning i holdninger og opfattelser har gennem de seneste år kunnet iagttages hos mange personer og grupperinger.

I undersøgelsen og overvejelsen af om Folkekirken mangler på institutionel selvstændighed er skadelig eller gavnlig – eller måske nærmest hverken eller – står mange forskellige indfaldsvinkler til rådighed.

Man kan anskue sagen *pragmatisk* og spørge efter om forholdet afføder realitetsproblemer, om der kan påvises konkrete "sager" med uheldige forløb og udfald; eller om tingene går deres rolige og fornuftige gang, ganske uanset eventuelle principielle problemer og indvendinger mod ordningen.

Man kan anlægge en *teologisk* betragtningsmåde og spørge efter foreneligheden mellem trossamfundets karakter og et statsligt styre. Beslægtet hermed, men alligevel forskellig, er den *teleologiske* synsvinkel, hvor spørgsmålet går på om kirkens (og her altså den i grundloven nævnte Folkekirkes) formål lader sig opfylde i institutionel uselvstændighed. Denne synsmåde implicerer selv sagt spørgsmålet om hvad Folkekirken formål i grunden er – ligesom den teologiske indfaldsvinkel forudsætter stillingtagen til hvad en evangelisk-luthersk kirke er eller bør være, altså hele den ekklesiologiske problematik.

En særlig synsvinkel er den *historiske*; det vil i forhold til spørgsmålet om den danske folkekirkes forhold til staten overvejende sige den forfatningshistoriske vinkel, der her som ellers er tæt vævet sammen med den almindelige politiske historie.

Afklaring af og indsigt i det historiske forløb har jo ikke i sig selv nogen bindende virkning. Men det kan dog

(ud over den forøgede erkendelse og forståelse der sædvanligvis følger med indsigten i en aktuel problemstillings historiske rødder) på det her omhandlede område alligevel have en ikke ringe argumentativ kraft. Det hænger blandt andet sammen med at historien i dette tilfælde har sat sig spor i det univers vi kalder "gældende ret", nærmere bestemt nogle også i dag eksisterende bestemmelser i vores grundlov.

Dermed rykker man videre til den *normative* synsmåde (med "normativ" sigtes her til "retsligt normativ"; også den førnævnte teologiske anskuelsesmåde vil kunne hævdes at være normativ i sine konsekvenser). I kort begreb vedrører denne synsmåde spørgsmålet om hvorvidt man er retligt bundet af grundlovens løfteparagraf (§ 66 om at Folkekirkens forfatning ordnes ved lov); og om denne bestemmelse i givet fald kan siges at indeholde en (bindende) forudsætning om et vist mål af selvstændighed for den ved samme grundlov skabte Folkekirke. – En anden facet af den normative metode består i overvejslen af om Folkekirken og dens status som nationalkirke er forenelig med de retlige forpligtelser som Danmark har påtaget sig i internationale sammenhænge, især den Europæiske Menneskerettighedskonvention og de til konventionen knyttede protokoller og retsafgørelser.

Nævnes kunne også den *komparative* indfaldsvinkel hvor den nuværende ordnings eventuelle fordele og ulemper sammenlignes med alternative ordningers muligheder og formentlige konsekvenser. I denne øvelse kan det være hensigtsmæssigt at anvende også den klassiske komparative metode, dvs. kaste blikket ud til de ordninger som findes i andre evangelisk-lutherske (national)kirker og undersøge hvorledes sådanne ordninger fungerer under de givne forudsætninger.

Der skal nok være flere synsmåder; men de her nævnte

udgør en væsentlig del af instrumentariet. Og de har alle gennem årene (og aktuelt) spillet en rolle i debatten om hvorvidt Folkekirkens manglende selvstændighed er gavnlig eller skadelig; derfor kan det måske også være nyttigt at opregne dem og minde om dem i indledningen til en tværfaglig konference som denne.

For mit eget vedkommende har konferencens tilrettelæggere peget på hvilken indfaldsvinkel til spørgsmålet der (i hvert fald) skal anvendes. Og den føjer sig til de allerede opregnede som en yderligere metode eller synsmåde. Man kunne betegne den som den *retlige* metode. Spørgsmålet går her på "Folkekirkens indpasning i samfundets regelsæt", således som det konkret er formuleret. – Denne synsvinkel er, sammen med den ovennævnte normative anskuelsesmåde, juristernes anliggende i den forstand at det kvalificerede grundlag for både faglig og politisk debat og stillingtagen først og fremmest er denne faggruppes forpligtelse.

Spørgsmålet om Folkekirkens indpasning i samfundets almindelige regelsæt kan opdeles i tre facetter:

Indpasning i den almindelige regulering som

1. en almindelig institution eller juridisk person på linje med alle andre (private, offentlige, halvoffentlige) juridiske personer;
2. et trossamfund;
3. en offentlig myndighed, eller rettere: et særegent system af offentlige myndigheder.

Tanken med denne opdeling er at se på spørgsmålet for hvert enkelt af de tre (folkekirkelige) karakteristika isoleret i forhold til de to andre.

Det første spørgsmål er langt det letteste. Uden i øvrigt at gå ind på spørgsmålet om i hvilket omfang Folkekirken eller dele af Folkekirken i teknisk forstand kan

henføres til kategorien "juridiske personer", er det klart at Folkekirken har egenskaber og funktioner på linje med et væld af andre institutioner, foreninger, firmaer, etc., af enhver tænkelig art og med en mangfoldighed af formål.

Spørger man om hvorledes Folkekirken i denne egenskab, eller med denne status, indpasses i den almindelige samfundsmæssige regulering, giver svaret sig af sig selv: På ganske samme måde som alle andre foretagender der virker i vores land og er undergivet dansk ret.

I forhold til sine ansatte skal Folkekirken overholde de arbejdsretlige regler; når sognegårde bygges, skal den byggeretlige regulering overholdes; udgives der publikationer, fra sogneblade over stiftsårhbøger til salmebøger, er der regler herom som skal iagttages; og så fremdeles.

Principielt er det ganske ukompliceret netop fordi Folkekirken i dette aspekt har ganske samme position som alle mulige andre "retsundergivne". At der så kan opstå en mangfoldighed af konkrete spørgsmål og konflikter om reglernes fortolkning og anvendelse i bestemte situationer, er en anden sag. I så henseende adskiller Folkekirkens forhold sig jo heller ikke fra alle mulige andre foretagender, eller bestemte grupper heraf som f.eks. idé-baserede organisationer.

Det andet spørgsmål angår Folkekirken som trossamfund: Lader Folkekirken sig i denne egenskab indpasse i samfundets almindelige regulering?

Også her står Folkekirken som én i en gruppe, trossamfundene, men jo klart nok en langt snævrere og mere egenartet gruppe end den overnævnte.

I dansk ret er essensen i forholdet mellem trossamfund og samfundets almindelige regulering fastlagt i bestemmelserne om religionsfrihed; ikke den personlige religionsfrihed som sådan, men den "foreningsmæssige" reli-

gionsfrihed således som den først og fremmest er udtrykt i grundlovens § 67:

”Borgerne har ret til at forene sig i samfund for at dyrke Gud på den måde, der stemmer med deres overbevisning, dog at intet læres eller foretages som strider mod sædeligheden eller den offentlige orden”.

Den sidste tilføjelse om at sædeligheden og den offentlige orden ikke må krænkes, sigter netop til det ovenfor anførte om at alle, også trossamfund, skal overholde landets almindelige retsforskrifter.⁹⁵

Det karakteristiske ved udformningen af religionsfriheden i dansk ret er imidlertid at den manifeste religiøse praksis som udfoldes i trossamfundets rammer, er uden for den samfundsmæssige regulerings rækkevidde (så længe der, som nævnt, ikke er tale om krænkelse af almindelige regler om ”sædeligheden og den offentlige orden”). De kultiske handlinger og deres rammer (bøn, gudstjeneste mv.) samt de nødvendige forudsætninger herfor – såsom opførelse af kirker, templer, moskeer, klostre, uddannelse og udpegning af religiøse embedsindhavere, etc. – er omfattet af religionsfrihedens beskyttelse. Lovgiver (og dermed forvaltning og domstole) er afskåret

⁹⁵ Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, art. 9 stk. 2, fastlægger statens adgang til ved lov at gøre begrænsninger i religionsfriheden noget videre (”sådanne begrænsninger, som ... er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den offentlige tryghed, for at beskytte den offentlige orden, sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder eller friheder”). – Omvendt kan man af konventionens art. 9 formentlig udlede en videregående beskyttelse af trossamfundene, hvorefter den blotte overtrædelse af retsforskrifter ikke i sig selv udgør det tilstrækkelige grundlag for indgriben; se her ved Lisbet Christoffersen, *Retfærd* 2004, s. 87ff, især s. 96.

fra at gribe ind over for disse aktiviteter med reguleringer eller konkrete forbud og påbud.

Ser man nu på Folkekirkens forhold i dette perspektiv, støder man på det paradoks at Folkekirken som det eneste trossamfund – og det er dog landets ubetinget største – ikke er undergivet religionsfriheden som den er udmøntet i grundlovens § 67. At det forholder sig således, har jeg udfoldet andetsteds⁶, hvor også de historiske årsager til denne tingenes tilstand er behandlet, og skal ikke gentage det her. Nok er det at konstatere at statens organer – lovgiver, regering, forvaltning og domstole – har meget vidtstrakt kompetence til at gribe ind i de folkekirkelige forhold; forhold som ville være urørlige hvis det drejede sig om et hvilken som helst andet trossamfund. – Og statens organer gør det; de griber vitterligt ind i stort set alle Folkekirkens indre anliggender.

Her er der virkelig tale om et "indpasnings"-problem. Og det er da heller ikke mærkeligt så sandt som den underliggende realitet udgør Folkekirkens alvorligste "selvstændigheds"-problem. At de regler der gælder om Folkekirkens indre anliggender – som f.eks. salmebog, liturgi, udpegning af de gejstlige embedsindehavere, afgørelse af læresager – er vanskeligt forenelige med princippet om religionsfrihed for trossamfund, er jo i vidt omfang en simpel konsekvens af den uselvstændighed som klæber til Folkekirkens fortsatte karakter af en statskirke.

Hvis man opfatter dette som et problem, synes løsningen at ligge lige for: Etablering af en kirkeforfatning (som forudsat i grundlovens § 66) med folkekirkelig autonomi i kirkens indre anliggender – ganske på linje med princip-

⁶ Jf. især Folketingets Festskrift, Grundloven 150 år, 1999, s. 458ff.

perne i grundlovens § 67, dvs. et ubetinget selvstyre vedrørende kultus og ritus inden for de grænser der afstikkes af "sædeligheden og den offentlige orden".

Det tredje aspekt af Folkekirkens indpasning i samfundets regelsæt udspringer af Folkekirkens karakter af offentlig myndighed. – Måske er det forkert blot at kalde det et "indpasnings"-problem; i væsentlige henseender er der nok snarere tale om et "efterlevelsesh"-problem.

Folkekirken udgør et system af offentlige myndigheder, fra biskop og stiftsøvrighed over provst og provstiudvalg til præst og menighedsråd, alt under Kirkeministeriets ressortområde. – Det bør her indføres at således ville det også forholde sig såfremt en vis folkekirkelig autonomi vedrørende de indre anliggender blev indført. Ja, selv om stat og kirke blev helt adskilt, ville Folkekirken efter al sandsynlighed stadig udøve en række offentlige myndighedsfunktioner. – Men i og med at Folkekirken er en offentlig myndighed, skal den også indpasses og indpasse sig i hele det meget detaljerede og vidt forgrenede regelværk der gælder for udøvelse af offentlig myndighed.

Det drejer sig bl.a. om de omfattende og meget udviklede regelsystemer om offentlige myndigheders sagsbehandling, såvel de basale regler om f.eks. partshøring og begrundelse som de mange retningslinjer der udspringer af begrebet "god forvaltningsskik". – Man kan fundere noget over hvor mange menighedsråd der i grunden overholder pligten til f.eks. at meddele skriftlige, begrundede afslag på stillingsansøgninger; eller hvor mange overordnede kirkelige myndigheder der vejleder menighedsrådene om denne myndighedsforpligtelse, og indskærper den. Personligt har jeg mødt eller hørt om en hel del ansøgere der kun ved at læse udnævnelsesrubrikken i

Præsteforeningens Blad overhovedet erfarede at den ansøgte stilling var blevet besat.

Som sagt er dette måske snarere et efterlevelseshesproblem (om end, er jeg bange for, et meget stort og omfattende problem) end et indpasningsproblem. Nogle ville dog nok hævde at det (også) er et indpasningsproblem i den forstand at de folkekirkelige styreforhold ikke er egnede til at indpasse i reglerne om offentlig myndighedsudøvelse; især for så vidt angår netop menighedsrådene hvis administration i vidt omfang bedrives af ikke-professionelle i fritiden.

Men langt mere end de forvaltningsprocessuelle regler og retningslinjer følger med dette at udøve offentlig myndighed. Mange indholdsmæssige krav stilles til forvaltningsafgørelser under overskrifter som saglighed, lighed og proportionalitet.

Et eksempel er den nyligt afsluttede Ribers-sag hvor Højesteret i september 2005⁹⁷ erklærede de kirkelige myndigheders afgørelse om at ekskludere Steen Ribers af Folkekirken for ugyldig. Højesteret delte sig idet flertallet fastslog at der ikke i medlemskabslovens § 2, stk. 2, var det fornødne og klare hjemmelsgrundlag for at et medlem må anses for at have stillet sig uden for Folkekirken, uanset at han gennem længere tid i læserbreve, foredrag og interviews i medierne har arbejdet ihærdigt, åbenlyst og aktivt for at udbrede en troslære der på en række punkter er i strid med Folkekirkens.

Hvis man er af den opfattelse at afgørelsen om hvorvidt man i et tilfælde som det foreliggende kan beholde en person som medlem, tilkommer Folkekirken selv snarere end domstolene og Højesteret som en helt igennem

⁹⁷ Ugeskrift for Retsvæsen 2005, s. 3346 H.

sekulær statsmagt, er der tale om et alvorligt regelindpasningsproblem, for Folkekirken eller for lovgivningen.

Fuldt så interessant, som et slående eksempel på Folkekirkens bundethed af de forvaltningsretlige grundregler, er dét som alle højesteretsdommere var enige om. Samtlige dommere fastslog at eksklusionen var udtryk for en fordrejning – og at afgørelsen dermed stødte an mod princippet om saglighed – idet det virkelige formål ikke havde været at udstøde Steen Ribers af Folkekirken som sådan, men blot af det menighedsråd hvori han havde sæde.

Igen kan man anlægge to synspunkter. Enten kan man mene – i overensstemmelse med gældende ret – at et medlem af Folkekirken må nyde samme grad af retssikkerhed som borgere i almindelighed har krav på i forhold til offentlige myndigheder. Eller også kan man anse det for Folkekirkens egen sag at tage stilling til hvorvidt et menighedsrådsmedlem har gjort sig klart uegnet til fortsat at bestride sin post. Under alle omstændigheder er der tale om et efterlevelsese- og/eller et indpasningsproblem.

Den sidste del af de retlige indpasningsproblemer som følge af Folkekirkens offentligretlige karakter og struktur der skal nævnes, er af en noget anden karakter.

Alle Folkekirkens ansatte hører i sagens natur til gruppen af offentligt ansatte. Men for langt hovedparten af præsternes og de øvrige gejstliges vedkommende gælder det tillige at de er ansat som tjenestemænd.

Man kan bestemt af hjertet unde præsterne den særlige status og sikkerhed der ligger i deres tjenestemandsansættelse. Men samtidig kan man ikke se bort fra at det, i hvert fald på det principielle plan, rejser nogle spørgsmål om Folkekirkens indpasning i samfundets regelsæt.

At en præst som af samvittighedsgrunde udviser civil ulydighed, efter omstændighederne skal kunne mødes

med straf som enhver anden borger i en tilsvarende situation, er klart; det ligger i den civile ulydigheds begreb, ellers var den jo ikke en "ulydighed". Men at den samme præst – hvis menighed og mange andre kirkefolk måske står bag ham i sympati og respekt for hans konsekvens – skal kunne afskediges (eller trues med afsked) under henvisning til tjenestemandslovens bestemmelser om decorum officiale, er fra et kirkeligt synspunkt mindre indlysende. Oftest er tjenestemandreglernes værdighedskrav formentlig dækkende også i forhold til præsters adfærd, men næppe altid.

Omvendt betyder tjenestemandslvgivningens beskyttelsesregler at det undertiden kan være urimeligt svært at afskedige eller forflytte en præst. Mange sørgelige og langvarige forløb med indgroede, dybe modsætningsforhold mellem præst og menighed – og som vel at mærke intet har med retlige embedsforsømmelser at gøre – taler deres tydelige sprog. Den såkaldte "skilsmisseparagraf" i tjenestemandslovens § 43 om afskedigelse "såfremt der mellem præsten og menigheden gennem en årrække har bestået en dybtgående uoverensstemmelse, som betyder en væsentlig hindring for det kirkelige livs trivsel" i sognet, er velment i sin intention, men – som erfaringen viser – utilstrækkelig i virkelighedens verden.

Det grundlæggende og principielle spørgsmål knytter sig dog til det der demonstreres med det først nævnte eksempel: Den særlige loyalitetspligt – og dermed sårbarhed – over for staten som er forbundet med ansættelsesformen for præster. Sandsynligvis vil langt de fleste præster ikke selv anse det for at være et reelt problem. Men i en generel og principiel overvejelse af Folkekirkens selvstændighed og dens indpasning i samfundets regelsæt bør det dog ikke forbigås.

Hermed har jeg søgt at give en slags oversigt eller struktur i forhold til den indfaldsvinkel på grundspørgsmålet som det var blevet overladt til mig at belyse. Og undervejs er der peget på områder hvor samspillet mellem Folkekirken og samfundets regelsæt kan hævdes at være problematisk (og andre hvor indpasningen principielt er, og bør være, helt uproblematisk).

Den retlige eller juridiske løsning (i modsætning til den politiske) af disse indpasningsproblemer hævdes ofte at være forholdsvis enkel. For så vidt angår de spørgsmål der knyttet sig til Folkekirkens karakter af et offentligt myndighedssystem, vil ændrede ansættelsesformer (der måske alligevel, af andre grunde, vil komme i et vist omfang) være en del af svaret. Og den del af problemet som snarere vedrører efterlevelse end egentlig regelindpasning, vil naturligt kunne løses ved et øget vejlednings- og tilsynsansvar, uddannelse, ressourcemæssige effektiviseringer og tilsvarende velkendte foranstaltninger.

For dem der ser et dybereliggende principielt eller potentielt, og undertiden også reelt, problem i forholdet mellem Folkekirken som trossamfund og kirkens institutionelle selvstændighed, er svaret i reglen at problemerne vil kunne løses ved indførelse af en kirkeforfatningslov. Men netop her kunne der måske være grund til at grave et stik dybere. Er det virkeligt så enkelt at udforme (hvis man altså ønsker det) en kirkeforfatningslov? Ja, i mere snæver teknisk-juridisk forstand lod det sig nok løse⁹⁸. Men på et mere principielt plan kunne man måske rejse

⁹⁸ Selv har jeg forsøgt at give et overblik over hvad en sådan forfatningslov for Folkekirken måtte indeholde, se Politik og jura, Festskrift til Ole Espersen (2004), s. 121ff.

det spørgsmål sig om det overhovedet er muligt at etablere et tilfredsstillende og konsistent regelgrundlag for en institution som på én gang skal være en omfattende og integreret del af det officielle eller offentlige samfund og samtidig nyde en høj grad af uafhængighed og selvstændighed i forhold til staten og dens organer. Måske står man over for en særlig variant af cirkelns kvadratur i den forstand at en selvstændiggjort Folkekirke, med nationalkirkens placering som en afgørende del af det officielle samfund, i sin dybeste grund er en principiel umulighed. Hvilket er det samme som at hævde at der i virkeligheden kun består to hovedalternativer: En statskirke, eller en fuldstændig adskillelse mellem stat og folkekirke; en tredje mulighed midt imellem (som flere, deriblandt gennem adskillige år jeg selv, har peget på) eksisterer efter denne opfattelse ikke.

Det er i denne forbindelse tankevækkende at man i vort nærmeste skandinaviske naboland, Sverige, skred direkte til en egentlig adskillelse af kirke og stat; også selv om særlige (kirke)historiske forhold kan rumme noget af forklaringen. Endnu mere tankevækkende er det at man i vort andet skandinaviske naboland, Norge, i stigende grad taler om en sådan adskillelse. I Norge fik man jo, for en snes år siden, netop etableret en mellemform som hverken var statskirke eller frikirke. Når stadig flere norske kirkefolk og politikere, tilmed fra ret forskellige lejre, taler om at det bærer mod en egentlig adskillelse, må man fundere over årsagen hertil.

I denne situation kan det imidlertid være nyttigt også at se sig om indenlands. Findes der overhovedet eksempler på at man i vores struktur og retssystem har sådanne institutioner eller organisationer som på én gang er en væsentlig del af det officielle og offentlige samfund, men som samtidig er tillagt en høj grad af institutionel uaf-

hængighed og selvstyre.

Nogle ville måske som et, nu historisk, eksempel pege på universiteterne. I visse epoker er det formentlig også rigtigt at universiteterne – eller rettere, i de epoker man skal tilbage til, Universitetet i København – har været eksempel på en sådan institution. Men i dag er grundlaget for universiteternes virksomhed og strukturen i deres styreform så endegyldigt forandret at de ikke mere kan udgøre et relevant sammenligningsgrundlag.

Man kunne også tænke på institutioner som Danmarks Radio, Etisk Råd, Nationalbanken, Rigsrevisor eller Folketingets Ombudsmand. Men de er alle enkeltstående, afgrænsede institutioner med en forholdsmæssig specifik funktion, og dermed strukturelt set på helt afgørende punkter så væsensforskellige fra Folkekirken at det ikke giver mening at inddrage dem i denne sammenhæng.

Derimod er der i de seneste år kommet et andet eksempel til som udgør et mere velegnet sammenligningsgrundlag og måske kan tjene til inspiration og eftertanke: Domstolene.

Efter årelange debatter om forholdet mellem staten, eller rettere regeringen, og domstolene – herunder om regeringens økonomiske styring af domstolene, om justitsministerens vidtstrakte beføjelser til at træffe afgørelser i domstolenes "indre anliggender" (ikke mindst dommerudnævnelserne) – etablerede man i 1998 en ordning som tillagde domstolene den maksimale uafhængighed.

Domstolenes bevillingsmæssige og administrative forhold varetages af Domstolsstyrelsen der i loven karakteriseres som "en selvstændig statsinstitution". I spidsen står en bestyrelse (hvoraf kun 3 ud af 11 medlemmer er eksterne), hvis medlemmer formelt beskikkes af justitsministeren, men reelt udpeges ved de indstillinger som afgives af domstolene samt de 3 eksterne instanser (Ad-

vokatrådet, Landsarbejdsrådet og Rektorkollegiet). Justitsministeren har ingen instruktionsbeføjelse over for Domstolsstyrelsen, og styrelsens afgørelser kan ikke påklages til ministeren. Den revisionsmæssige kontrol varetages af Statsrevisorerne og Rigsrevisor; og her gives det eneste eksempel på at justitsministeren kan udstede påbud til Domstolsstyrelsen som en konsekvens af væsentlig revisionsmæssig kritik. Bortset herfra er bestyrelsens ledelseskompetence uindskrænket, og domstolenes bevillingsmæssige og administrative forhold dermed uafhængiggjort.

Udnævnelsen til faste dommerstillinger sker ved beskikkelse af regenten hvilket forfatningsmæssigt betyder at justitsministeren skal kontrasignere beskikkelsen. Men reelt udpeges dommerne siden 1998 af et Dommerudnævnelsesråd på 6 medlemmer hvoraf de 3 er dommere og med en højesteretsdommer som formand. De øvrige medlemmer er en advokat og 2 repræsentanter for offentligheden (beskikket efter indstilling fra henholdsvis Kommunernes Landsforening og Dansk Folkeoplysnings Samråd).

Nu er det jo ikke vanskeligt at få øje på karakteristiske forskelle mellem domstolenes funktioner og arbejdsmåde og så Folkekirkens virksomhed. Men i begge tilfælde er der tale om grundlovsfæstede institutioner, integreret i staten og det offentlige samfund,⁹⁹ og med væsentlige almene funktioner.

I den debat som gik forud for domstolenes selvstændiggørelse, savnedes der ikke kritiske og advarende røster,

⁹⁹ En forfatningsteoretiker, Henning Koch, har ligefrem argumenteret for at Folkekirken bør betragtes som den fjerde statsmagt, jf. Kirkeretsantologi 2002 (Århus 2002), s. 187ff.

herunder også dem som sagde at projektet var en principiel umulighed. Ikke desto mindre blev det gennemført. De principielle indvendinger synes at være forstummet. Og i praksis har det nu fungeret i hen ved et årti på en måde der i dag vist forekommer langt de fleste både naturlig og udramatisk.

Domstolsordningen synes således at være et eksempel på at det inden for vort eget samfunds og forfatningssystems rammer *er* muligt at tillægge sådanne statslige eller med staten tæt forbundne institutioner en høj grad af retlig uafhængighed. Der er næppe grund til at antage at en mere eller mindre tilsvarende ordning for Folkekirken skulle være en principiel umulighed.

Retligt set kan Folkekirken godt tillægges udstrakt selvstyre uden at dette skulle nødvendiggøre en adskillelse af kirke og stat.

Retten og den rette lære

Man kan lægge temmelig mange forskellige betydninger ind i det emne jeg har fået tildelt. Lad mig straks berolige med at jeg ingeniende skal forsøge at dække dem alle.

Til en start kan man slå fast at der med udtrykket "retten" jo nok menes noget juridisk (ellers havde man vel næppe heller bedt en jurist om at behandle emnet). Og med "den rette lære" må der så menes noget teologisk, noget konfessionelt.

Begge ord er sat i bestemt form. Meningen er altså at der eksisterer en bestemt "ret"; og at "*den* rette lære" ligesledes er et begreb der findes og principielt kan identificeres. Det er jo et par ganske dristige og massive forudsætninger. Og allerede i spekulationerne over disse forudsætninger og deres holdbarhed – som igen implicerer et sæt af yderligere forudsætninger – kan man blive helt svimmel; man kan fortabe sig så meget i grublerier over alle disse forudsætninger og forudsætningers forudsætninger at man til sidst føler sig ganske fortabt.

Hvad jeg prøver at sige med disse forbemærkninger, er

at man må helst nedstemme sine forventninger til hvad jeg har at sige om det, i øvrigt overordentlig flot formulerede, emne. For hvis jeg virkelig skulle tage fat på det fra bunden (eller måske er det toppen) og forsøge at komme hele vejen igennem, så ville jeg næppe komme nogen som helst vegne. Poul Martin Møllers licentiat ville fremstå som en hurtig og effektiv klummeskribent i forhold til mig hvis jeg virkelig skulle forsøge at gribe emnet an på den måde det ellers kunne fortjene.

Hermed har jeg forhåbentlig fået sporet alle ind på at jeg vil gå helt anderledes konkret, kontant og pragmatisk til værks; meget håndværksmæssigt, og meget ufilosofisk.

Det der samler os til denne konference, er jo næppe en mere eller mindre pludselig opstået lyst til rent akademisk tankeudveksling og refleksion over nogle uhyre vanskelige, men samtidig væsentlige og basale begreber; tilmed fra to forskellige akademiske provinser: juraen og teologien. Ja, det er det måske også. Men først og fremmest er vi drevet sammen så at sige, under nødvendighedens pres. Vi, kirken og samfundet, er stillet over for nogle ganske kontante problemer, som det er meget svært at finde den helt rigtige løsning på. Måske findes den helt rigtige løsning slet ikke (det er der meget der tyder på); men så drejer det sig altså om at finde den mindst ringe løsning, hvilket undertiden kan være fuldt så svært som at lede efter den helt rigtige.

Vi har oplevet en Snedsted-sag. Vi har fulgt en Ribers-sag. Og vi har unægtelig fulgt en Grosbøll-sag; sådan set befinder vi os i disse dage lige midt i den. Og går vi lidt tilbage i årene, har vi haft andre læresager som f.eks. dåbsvægrings-sagerne. – Fælles for alle disse sager i nyere tid er at de aldrig er blevet løst på en måde hvor man bagefter har kunnet læne sig tilbage og med tilfredshed udbryde: Ja, sådan skulle det gøres! Nogle har måske

været ganske tilfredse med resultaterne i de forskellige sager; men det er jo langt fra det samme som at juble over selve måden hvorpå resultaterne er tilvejebragt.

Vi har haft disse sager, vi har dem; og vi vil få flere af dem. De bliver tilsyneladende aldrig løst fuldt ud tilfredsstillende. Men løses skal de. – Jeg går ud fra at det hovedsageligt er denne meget kontante og påtrængende problemstilling der driver os sammen til konferencen her.

Nu kan der jo være flere årsager til at behandlingen af læresager tilsyneladende altid går mere eller mindre galt; eller i hvert fald aldrig helt godt. Det kan være at de *systemer* vi opfinder, er forkerte eller mangelfulde. Det kan også tænkes at systemerne for så vidt er gode nok, men at de *aktører* som befolker dem, er mindre egnede til netop disse funktioner. Og endelig kunne det jo også tænkes at både systemerne og aktørerne for så vidt er hæderlige nok, men at den *opgave* de er sat til at løse, er af en sådan art at den simpelthen ikke lader sig løse på en tilfredsstillende måde; at den i en vis forstand er principielt uløselig.

Personligt tror jeg at elementer af en forklaring kan findes i alle tre kategorier. – Lad mig tage dem bagfra.

For mig at se er der et element at cirkelns kvadratur i begrebet læresager (forstået som retssager eller retlige sager) inden for et luthersk trossamfund. Retlige sager er sager hvor et problem skal løses på retligt grundlag, en retsafgørelse skal træffes. En retsafgørelse er bindende og ultimativt gennemtvungelig ved magtmidler, herunder også rent fysisk magt. Den straffedømte undergives fysisk frihedsberøvelse og tvang; den erstatningsdømte der ikke betaler frivilligt, får fysisk frataget visse af sine ejendele til bortsalg og dækning af kravet; den afskedigede tjenestemand der ikke vil forlade embedsboligen, sættes ud af fogeden. I sin dybeste grund er konkret retsanvendelse

oftest et spørgsmål om at administrere reaktioner, sanktioner og tvang.

Hvordan kan det hænge sammen med en evangelisk-luthersk opfattelse hvor ordets overbevisende kraft grundlæggende anses for det eneste legitime våben eller instrument i forhold til trosmæssige spørgsmål og afvigelser? – Det kan det naturligvis ikke; og historisk set har det aldrig gjort det.

Principielt set er det en umulighed at forene trosforholdenes cirkel med retsanvendelsens kvadrat. Alligevel forsøger vi gang på gang at gøre det – fordi vi er nødt til det. Og når vi så gør det, trods denne umulighed, er det at mange geråder ud i både indre splittelse og ydre selvmodsigelse. Så er det at man kan høre ellers klarttænkende teologer kaste sig ud i stærk kritik af bestemte sider af de konkrete læresagers forløb; samtidig med at man sidder med en begrundet mistanke om at den konkrete, og på de givne præmisser ikke altid helt forståelige, kritik i virkeligheden er et udslag af at de i deres hjertes dyb slet ikke kan forlige sig med begrebet retlige læresager – og *det* er så til gengæld forståeligt nok. Så er det at man kan høre ellers klarttænkende kirkejurister proklamere at kirketugten er afskaffet, samtidig med at de tilsyneladende gladeligt endosserer anvendelsen af excommunicatio major i en Ribers-sag.

Så er der spørgsmålet om aktørerne. Går det galt, ikke nødvendigvis på grund af systemerne, men fordi de aktører der skal bruge dem, ikke altid forstår at betjene dem hensigtsmæssigt og korrekt?

Efter min opfattelse ligger der også her et element af forklaring. Der kan peges på eksempler hvor det nok mere var menneskelige fejl end systemfejl der førte til at de konkrete forløb måtte opleves som temmelig utilfredsstillende.

lende.

Man kan f.eks. ikke bebrejde systemet som sådant at dele af dåbsvægringssagerne fra den afgørende myndigheds side blev håndteret på en måde som var helt unødigt stivbenet og bureaukratisk. Og at det skete med et juridisk kerneræsonnement – der formentlig stammede fra den mest indflydelsesrige myndighedsperson i disse sager – som var ret mærkværdigt.

Og mange indvendinger kan man rejse mod det system der er etableret med loven om domstolsbehandling af gejstlige læresager; men det er nu ikke alt der er lovens skyld. Først så man under lovens tilblivelse biskopperne kæmpe som løver for at få en selvstændig påtaleret, altså kompetence til at bestemme at en læresag skal rejses. Det fik de; og det var sagligt set såre godt. Så må man imidlertid opleve at en biskop klart synes at mene at en læresag skal rejses, men uden at træffe den i loven hjemlede afgørelse herom. I stedet afgives der en indstilling til kirkeministeren – som om det var en statsadvokat der indstiller til sin foresatte og præsumptivt højeste sagkundskab, rigsadvokaten – hvorved en mildt sagt noget uklar situation skabes. Og sagen forplumres på en sådan måde at det med nødvendighed må føre til en ny situation – om end i dette tilfælde efter 10 måneders katastrofesvanger stilhed – hvor alle med stor veloplagthed kaster sig over alle. Nøjagtig som vi oplever det i disse dage hvor biskopper, kirkepolitikere og alle mulige andre lysthavende synes at befinde sig i en situation der mest af alt minder om de her monumentale klumpslagsmål i amerikansk fodbold.

Jeg kunne godt komme i tanker om flere eksempler hvor de utilfredsstillende forløb mere skyldtes menneskelige fejltagelser end systemfejl. Men jeg kan som sagt bestemt også komme i tanker om eksempler – endda betydeligt flere – hvor de forskellige agerende har udfyldt

deres roller så godt som det nu har været muligt inden for det givne system.

Og dermed er vi fremme ved systemerne, de retlige og retligt fastsatte systemer, og deres del af ansvaret for at tingene praktisk taget aldrig synes at fungere helt tilfredsstillende. Det andet lader jeg, med de faldne bemærkninger, ligge. Det element af principiel umulighed der klæber til tanken om retslig behandling af læresager, kan det være uhyre nyttigt at afdække og erkende. Det kan delvis hjælpe os til at forklare både vore egne og andres reaktioner. Og det kan hjælpe os til at indse hvorfor vi aldrig vil kunne finde den helt rigtige løsning, og i stedet er henvist til at gå efter den mindst ringe. Men derudover kan vi ikke bruge det til noget. Sagerne er der; og de *skal* løses – ganske uanset al teoretiseringen over principiel umulighed og tilsvarende gener.

Og den menneskelige fejlfaktor er der heller ikke meget mere at sige om. Den knytter sig klart nok til al menneskelig virksomhed, herunder altså også læresagers behandling. Den kan være nødvendig at beskæftige sig med i konkrete fejlfindingsanalyser. Og man kan ved almindelige tiltag i retning af oplysning, oplæring, efteruddannelse, faglig debat og personalepolitik i det hele bestræbe sig på at reducere den mest mulig. Men eliminere den kan man naturligvis aldrig.

Når jeg herefter koncentrerer mig om systemerne, de retligt skabte retssystemer, kunne det synes naturligt at begynde med en generel tvedeling og disponere mine bemærkninger herefter.

Normalt ville man, når man skal karakterisere og analysere en konkret retlig ordning, dele det op i to afsnit. Dels ville man beskæftige sig med de såkaldte materielle regler (de bestemmelser der fastlægger principperne og

målestokkene hvorefter de konkrete tilfælde skal bedømmes og afgøres); dels med de processuelle og organisatoriske regler for hvorledes sagerne skal behandles, og hvem der skal behandle dem. Ser man til illustration på f.eks. naturfredningsområdets retlige regulering, vil man først beskæftige sig med de materielle regler, herunder om hvilke hensyn der skal varetages (miljø og økologi, landskabelige, kulturhistoriske, naturvidenskabelige og undervisningsmæssige værdier, friluftslivet, osv.). Dernæst vil man så vende sig til det processuelle og organisatoriske om hvilke myndigheder der træffer bestemmelse om hvad, hvem der kan klage over hvad og inden for hvilke frister, det øverste klageorgan (her Naturklagenævnet), dette organs sammensætning og procesformer, osv.

Drejer det sig om at afdække svagheder i en retlig ordning og udtænke forslag til forbedringer, vil man således normalt rette opmærksomheden både mod det materielle bedømmelsesgrundlag og mod det processuelle/organisatoriske apparat.

Læresager er i så henseende ingen undtagelse. Men de adskiller sig fra de fleste andre retlige ordninger derved at hovedparten af den materielle side af sagen, bedømmelsesgrundlaget, ligger uden for den juridiske ekspertises rækkevidde; den er et teologisk og retsteologisk anliggende. Retsordenen anerkender dette forhold – hvad man sagligt set også er nødt til at gøre – og indskrænker sig stort set til på grundlovsniveau at fastslå at Folkekirken er bundet til den evangelisk-lutherske lære, samt en opregning af bekendelsesskrifterne i Danske Lovs regel herom.

Tilbage til den egentlige juridiske ekspertise bliver derfor i alt væsentligt det processuelle og organisatoriske område. Ikke at man ikke kan have meninger om så meget af det andet. Men vil man påberåbe sig sin faglighed,

er det tilrådeligt at holde sig til det processuelle og organisatoriske. – Og det vil jeg så gøre.

Metoden vil være den ret enkle og nærliggende først at forsøge at identificere de grundlæggende hensyn som en læresagsprocesordning ideelt set gerne skulle opfylde. Dernæst se på hvilke modeller vi har for hånden eller kunne udtænke. Og så til sidst vurdere disse forskellige modeller – systemer, "apparater" – i forhold til katalogen over de forskellige krav og ønsker til ordningen.

Jeg vil rubricere de hensyn som et læresagsapparat (procedure og organ) skal opfylde, i tre kategorier under følgende overskrifter: Saglig korrekthed – Processuel retssikkerhed – Adækvans.

Selv om disse tre kategorier for så vidt er klare nok hver for sig, så er de dog også fulde af indbyrdes forbindelser. Udformningen af den processuelle retssikkerhed vil i høj grad kunne være af betydning for den saglige korrekthed. Det jeg har kaldt adækvans (og som forklares nedenfor), er i et vist omfang forbundet med de processuelle regler om retssikkerhed, osv.

Med saglig korrekthed sigtes der til at fremgangsmåde og organ mest muligt skal sikre at der opnås indholdsmæssigt "rigtige" resultater. Dette kræver først og fremmest sagkundskab. Indlysende er det at dogmatisk retsteologisk sagkundskab er fornøden. De relevante evangelisk-lutherske begreber og trossætninger skal kunne identificeres. Den muligvis afvigende opfattelse som er til efterprøvelse, skal kunne forstås og kategoriseres – så vidt muligt også i de tilfælde hvor den pågældende selv og hans eller hendes bisiddere ikke selv evner at gøre det på en måde der fremstår lysende klar i forhold til en faglig tradition og dens begreber. Og endelig skal en sammenholdelse kunne foretages på faglig korrekt og relevant

måde.

Men nu drejer spørgsmålet sig jo som bekendt ikke om at sammenholde en eventuelt afvigende læreopfattelse med nogle teologisk sagkyndiges egen, folkekirkeligt forankrede, opfattelse af de samme spørgsmål. — For mere end en snes år siden hvor bølgerne gik højt i forbindelse med Lundehus-sagen, og alle diskuterede under overskriften "forkyndelsesfrihedens grænser", slog jeg bl.a. til lyd for at ændre eller nuancere terminologien i lyset af at den enkelte præst jo dybest set ikke har en *forkyndelsesfrihed*, men derimod en *forkyndelsesbinding*. Den enkelte præst kan naturligvis ikke så at sige opmåle terrænet og så bestemme sig for snart den ene teologi snart den anden, på samme måde som han vælger kartofler den ene dag og pasta den anden for afvekslingens skyld. Han er bundet til at forkynde evangeliet sådan som han selv finder og hører det.

Forkyndelsesfrihed er i praksis ikke blot et normativt, men også et sociologisk funderet begreb. Det fremkommer først når vi ser ud over et større antal præster, aktuelt og måske historisk, der alle har hjemstedsret i Folkekirken, og som alle følger *deres* personlige tros- og forkyndelsesbinding. Yderpunkterne i disse individuelle forkyndelser er det der markerer grænserne for hvad man kan kalde forkyndelsesfriheden.

I læresager er det som bekendt ikke opgaven at bedømme om man står over for en *ærlig* forkynder (der respekterer sin forkyndelsesbinding), men om der er tale om en *retsstridig* forkynder som — formentlig i al ærlighed — falder uden for forkyndelsesfrihedens grænser. Men dette fordrer en delvis anden slags sagkundskab end den førnævnte — og måske en anden slags åbenhed, og en vilje til at demonstrere og formidle denne åbenhed. Og selv om denne side af den saglige korrekthed utvivlsomt

også kræver teologisk sagkundskab, kan det dog ikke udelukkes at også ikke-teologer som blot er medlemmer af det almindelige præstedømme, kan yde et bidrag her.

Dette var nogle, måske ret selvfølgelige, betragtninger om de centrale krav til *organet*, når vi taler om hensynet til den saglige korrekthed. Men hensynet indebærer også krav til *procesmåden*. Det mest centrale er at det skal sikres at sagsforholdene er fuldt oplyst. Man kan ikke udelukke at et for så vidt rigtigt resultat nås på et ufuldstændigt oplyst grundlag. Men det vil ofte være lidt af et lykketræf om det sker; fuldstændig sagsoplysning er normalt en nødvendig forudsætning for korrekte afgørelser.

Til overvejelserne om fastlæggelsen af den saglige korrekthed hører også om andre elementer indgår i saglighedsbegrebet, eventuelt som sidetemaer eller mere marginale elementer, der dog ikke bør frakendes betydning. Et muligt sådant element er sognemenighedens forhold til den pågældende præst. Kan det, når indholdet af det sagligt korrekte skal fastlægges, tages i betragtning hvorvidt menigheden lider under præstens forkyndelse eller tværtimod er glad for den? Selv er jeg tilbøjelig til at svare ja – forholdet til menigheden kan, inden for visse grænser, tages i betragtning når indholdet af det sagligt korrekte skal fastlægges.

Den anden gruppe af hensyn i disse kravsspecifikationer er den processuelle retssikkerhed.

Det skal jeg ikke gøre så meget ud af at forklare, men nøjes med kort at henvise til hvad det drejer sig om. Der er tale om nogle helt almindelige og almene retsprincipper for alle slags sager om mulige indgreb, restriktioner eller andre belastende reaktioner over for den enkelte.

I disse bærende principper for fair trial indgår adgangen til at øve kontradiktion; dvs. at man skal have fuld og

hel adgang til sagens materiale og til at udtale sig om det. I forlængelse heraf er også retten til selv at fremlægge materiale og til at procedere sine synspunkter, altså til at fremføre en sammenhængende argumentation. Væsentlig i denne sammenhæng er adgangen til at have bisidder, i læresager normalt såvel en juridisk som en teologisk sagkyndig bisidder. Man har krav på en fyldestgørende begrundelse for den afgørelse der træffes, i hvert fald hvis den går én imod.

Hertil kommer de almindelige principper om offentlighed og habilitet. Om det sidste kan der være særlig grund til at fremhæve den velkendte maxime om at det ikke er nok at retfærdigheden faktisk udøves. Det skal også fremstå at det sker. Ofte fremhæver man at det saglighedshensyn som er kernen i reglerne om inhabilitet, suppleres af et tillidshensyn; retningslinierne for udpegning af dem der skal træffe afgørelse, skal være af en sådan beskaffenhed at resultatet er egnet til at styrke tilliden til sagens uhildede behandling. Hvis f.eks. Grosbøll var kommet for en præsteret, ville det ikke se godt ud dersom begge de to teologiske dommere havde massiv baggrund i Menighedsfakultetet (og dette kunne godt ske efter de gældende regler med deres lodtrækningsprincip), uanset hvor åbne og bevidste om karakteren af deres opgave de pågældende dommere rent faktisk måtte være.

Til den processuelle retssikkerhed hører også spørgsmålet om mulighed for appel. I modsætning til de andre nævnte retsprincipper er appeladgangen ikke helt så entydig. På den ene side er det klart at appeladgang øger den individuelle retssikkerhed, om ikke på anden måde så ved det blotte faktum at man har to skud i bøssen. Men på den anden side er denne fordel ikke entydig så sandt som modparten, her altså den instans der har rejst læresagen, jo også har adgang til at appellere. Hertil kommer

at hvis man i den samlede sum af individuel retssikkerhed også indregner retten til at få sin sag afgjort inden for en rimelig tidsfrist (hvilket der kan være gode grunde til at gøre), så er appeladgangen en faktor der ikke blot lægger til, men også trækker fra på retssikkerhedskontoen. Endelig skal man ikke glemme at etablering af et rimeligt appelsystem forudsætter at der indrettes en appelinstans som præsumptivt repræsenterer et højere kvalifikationsniveau end første instansen; og dette er ikke under alle forhold en nærliggende mulighed.

Endelig vender jeg mig til det tredje af de hovedhensyn en læresagsordning bør opfylde; det hensyn jeg, i mangel af bedre, gav overskriften "adækvans".

Jeg har ikke helt nemt ved præcist at redegøre for hvad jeg mener hermed; og meget muligt vil mange være uenig med mig i såvel kravets væsentlighed som dets indhold. Begge dele skyldes nok at det mere bygger på fornemmelser end på hard core argumenter.

Hvad jeg sigter til, er noget i retning af at der, set i et samlet og overordnet perspektiv, bør være en vis overensstemmelse mellem form og indhold.

Indholdet af læresager er noget meget alvorligt og grundlæggende i menneskelivet. Og her tænker jeg netop på selve indholdet, ikke på de mulige retlige konsekvenser; de kan være alvorlige nok, men sager om afskedigelse eller eksklusion forekommer på så mange andre livsområder. Indholdet af, selve genstanden i en læresag angår jo de dybeste og mest gennemgribende eksistentielle spørgsmål i den menneskelige tilværelse. Man skylder sagen, den indklagede og omverdenen at behandle sådanne spørgsmål – netop når de pludselig bliver til en "sag" – i former som på en eller anden måde svarer til, eller i hvert fald ikke støder an imod, hvad det i bund og grund hand-

ler om.

Nu kunne det næsten lyde som om jeg er på vej til at foreslå en slags liturgi som form for behandlingen af læresager. Det er jeg bestemt ikke, snarere tværtimod. Vi har jo sådan set allerede oplevet en læresag, Snedsted-sagen, behandlet i liturgiske eller dog rituelle former. En retssag har også sin liturgi eller rituelle form. Og da den gæve dommer i Thisted billedlig talt slog hammeren i skranken og udtalte: "Thi kendes for ret! I dåben er Gud det handlende subjekt" – da så man det illustreret.

Det kom oprigtigt bag på mig selv; men jeg fandt det i en eller anden forstand forkert og stødende. Jeg kendte udmærket loven om domstolsbehandling af gejstlige læresager i forvejen, havde skrevet om den, levet mig ind i den, men helt uden at tænke nærmere over dette sammenstød mellem form og substans. Selve retssagen blev, både i Thisted og senere i Viborg, udmærket gennemført så vidt jeg er underrettet. Og dommene i begge instanser var, i deres relative forskellighed, velskrevne og klare på de givne forudsætninger. Ikke desto mindre var der noget grundlæggende galt. To verdener som hører til på hvert sit plan, evangeliet og retsplejen, blev pludselig bragt i intim forbindelse med hinanden. Og det var en uskøn forening – eller for i al blufærdighed at ty til et moderne jargon-udtryk: Det var bare for meget!

Omvendt passer en læresags genstand heller ikke godt med bureaukratiets stive og kolde former. Læser man de ministerielle akter i f.eks. nogle af dåbsvægtringssagerne, kan man igen gribes af en fornemmelse af absurditet; af en stødende eller latterlig, alt efter ens temperament og humør, diskrepans mellem form og indhold.

Nuvel, vil man så spørge – hvis man altså deler min opfattelse og fornemmelse af at dette overhovedet skulle være et væsentligt spørgsmål – hvad er så, på dette over-

ordnede plan, den adækvate form i behandlingen af læresager?

Mit eget lidt famlende svar er dette: Indholdet af læresager angår på den ene eller anden måde evangeliet. Når vi i mellemmenneskelige sammenhænge beskæftiger os med evangeliet, sker det i en af to former: gudstjenesten og samtalen (til samtalen regner jeg også foredraget og forelæsningsen). Eftersom jeg mildest talt ikke forestiller mig at læresager kan eller skal foregå i gudstjenestelige former, er det altså samtalen der skal tilstræbes – så meget det nu kan lade sig gøre. Den lødige samtale, der i sammenhængen har et ganske bestemt mål, befriet for ydre ritualer, fri for formalautoritetens iscenesættelse, fri for bureaukratiets kulde.

Som sagt, mange vil måske være uenige med mig i at tillægge dette hensyn om adækvans mellem form og indhold så megen vægt. Det forstår jeg sådan set godt. Man kan ikke opstille tvingende argumenter for adækvanshensynet. Til syvende og sidst er det en fornemmelses- eller følelsessag.

Hvilke muligheder har vi så? Hvilke modeller findes eller kan udtænkes for læresagsbehandlingen – modeller som vi så kan afprøve og vurdere i forhold til de opstillede hensyn.

Lad det være sagt med det samme: jeg kommer ikke op med noget originalt. De grundmodeller jeg anfører i det følgende, er velkendte; herhjemme og/eller fra andre kirker. De forskellige grundmodeller kan naturligvis udformes forskelligt, men dog ikke mere end at de i forhold til de opstillede hensyn lader sig vurdere netop som grundmodeller.

Modellerne er følgende:

Domstolsmodellen. – Den findes i to forskellige udgaver:

den interne og den eksterne.

Den *interne domstolsmodel* er kirkens egen, for så vidt svarende til en intern foreningsret som det kendes i visse private sammenslutninger. Modellen kendes i kanonisk ret, men også i visse andre kirker. Den er klart opbygget som en domstol med en retsplejemæssig procesform både i henseende til de egentlige retsprincipper og for så vidt angår de ydre, mere rituelle former.

Den *eksterne domstolsmodel* behøver jeg ikke at beskrive nærmere. Det er jo den vi har et klart eksempel på i vores egen, nugældende ordning hvor det er statens ordinære domstole suppleret med fagkyndige dommere der behandler sagen i retsplejens former.

Den *administrative model*. – Også denne model er velkendt for os. Det var den vi herhjemme overvejende benyttede os af indtil 1992 da vi fik loven om domstolsbehandling af gejstlige læresager, og efter at de dømmende provsteretter var gået af brug. Kompetencen og sagsbehandlingen var henlagt til det administrative system – Kirkeministeriet og kirkeministeren – og den fagkyndige kompetence kunne inddrages ved nedsættelse af undersøgende provsteretter, eller indhentelse af udtalelser fra eksperter. De undersøgende provsteretter havde en videregående funktion, stort set svarende til den man kender fra dommerundersøgelser i almindelige tjenestemandssager.

Den administrative model kan naturligvis detailudformes på mange måder. Som udgangspunkt gælder den almindelige forvaltningsproces; men særregler kan etableres til styrkelse og tilpasning af f.eks. forvaltningslovens almindelige retsgarantier. Også særlige bestemmelser om inddragelse af den teologiske fagkundskab kan indføjes i den administrative model.

Lærenævnsmodellen. – Et illustrerende eksempel på

denne model finder vi som bekendt i Norge. Den norske kirkes lærenemd består af kirkens biskopper, tre teologisk sagkyndige udpeget af fakulteterne samt to teologisk sagkyndige og fire lægfolk udpeget af Kirkemødet. Der er tale om faste medlemmer som, bortset fra biskopperne, vælges for fire år. Ved behandlingen af personalesager tiltrædes nævnet af yderligere et medlem med taleret udpeget af den indklagede. Nævnet agerer efter anmodning, fra regeringen eller biskoppen i læresager, i andre sager som gælder den evangelisk-lutherske lære, tillige fra Kirkemødet. En række nærmere regler er givet om nævnets arbejds måde og sagsbehandling.

Igen er det klart at lærenævnsmodellen kan udformes på forskellige måder (bl.a. i henseende til sammensætningens afvejning af teologer og lægfolk samt mellem kirkens egne embedsmænd og andre). Men en række grundtræk vil foreligge; og de illustreres udmærket af den norske ordning.

Grundmodellerne er altså følgende: Den eksterne domstolsmodel – Den interne domstolsmodel – Den administrative model – Lærenævnsmodellen.

De kan for så vidt godt kombineres ved at indgå i forskellige stadier af sagen. Men denne mulighed ser jeg bort fra her og foretager alene en vurdering af hver af de fire grundmodeller indbyrdes og i forhold til de opstillede hensyn.

Domstolsmodellen står som udgangspunkt meget højt i henseende til den *processuelle retssikkerhed*. Det ligger i sagens natur så sandt som domstolsprocessen jo er, og skal være, det ypperste retssikkerhedsprodukt som et retssamfund kan præstere.

Men når den skal anvendes på det specifikke og i en vis forstand snævre område som læresagerne er, lider den

alligevel af en retssikkerhedsmæssig mangel. Jeg antydede det før i forbindelse med omtalen af principperne om habilitet. Reglerne om at de teologisk sagkyndige dommere findes for hver enkelt sag (ad hoc-princippet) kombineret med lodtrækningsmetoden, betyder som anført at en given præsteret kan risikere at fremstå med ensidighed i henseende til dommernes teologiske ståsted. Jeg minder her igen om at habilitet ikke blot er et spørgsmål om saglighed og de pågældendes personlige evne til at vurdere spørgsmålene fuldstændig uhildet, men også om at dette over for omverdenen fremtræder på en måde der er egnet til at styrke tilliden til domstolens fuldstændige upartiskhed.

Et andet habilitetsproblem udspringer også af ad hoc-princippet i samspil med et lille lands relativt begrænsede teologiske miljø. Det har f.eks. været sagt at hvis Grosbøll-sagen endte for en præsteret, kunne det efter den langvarige og meget intensive debat i sagen være vanskeligt at finde teologisk sagkyndige som ikke på et eller andet tidspunkt har udtalt en opfattelse om sagens indhold og måske endda dens mulige konsekvenser. Det kan man bestemt ikke bebrejde de pågældende; men uhensigtsmæssigt er det. I så henseende ville det være bedre at have en fast instans, udpeget for en given periode, hvis medlemmer var kendte, og som selv vidste at de måtte afholde sig helt fra at udtale sig i sager der eventuelt kunne ende som egentlige læresager for den instans de er medlem af.

Bedømmer man domstolsmodellen i forhold til kravet om *saglig korrekthed*, er udgangspunktet at inddragelsen af to eller tre fagkyndige dommere – sådan som vi kender det i de gældende regler, herunder også om oparbejdelsen af listerne over de teologiske dommere – skaber høj sandsynlighed for en betydelig sagkundskab og dermed for

den saglige korrekthed. Men også her må man sige at to-tre teologer udpeget for den enkelte sag ved en oprindelig lodtrækning åbner mulighed for en manglende bredde i organets samlede fagkundskab. Kredsen af teologer på listen består formentlig overvejende af folk som er specialister på deres forskellige områder; den begrænsning som for de fleste er en uundgåelig følge af at specialisere sig, er jo en del af prisen for at nå en fremtrædende faglig position. Nu skal jeg være den sidste til at beskyldte det teologiske miljø for uniformitet, tværtimod; men alligevel kan man, hvis uheldet er ude, komme til at stå med to eller tre teologiske dommere hvis faglige baggrund og indfaldsvinkler er ret ensartede. Organets, domstolens, sagkundskab vil dermed nok være individuelt agtværdig, men uden den ønskelige bredde.

Hvis man til den saglige korrekthed også vil medregne andre elementer end den helt fagspecifikt teologiske – f.eks. et indslag af det eller de syn der måtte findes hos repræsentanter for det almindelige præstedømme – så er der også her tale om en vis mangel ved domstolsmodellen i dens kendte former.

Og på *adækvans*siden står domstolsmodellen som anført efter min opfattelse meget lavt. – Det gælder vel i lidt mindre grad den interne domstolsmodel; det er først og fremmest sammenblandingen af læresagernes egentlige indhold og anliggende med den verdslige retsplejes former og ritualer som støder. Til gengæld vil den interne domstolsmodel nok falde lidt lavere på retssikkerhedsskalaen end den eksterne. Her er den eksterne domstolsmodel overlegen med sine helt fast regulerede og i detaljen (gennem det meste af et århundrede) indarbejdede retsplejeprincipper.

Den *administrative model* er der måske ikke grund til at gå

så meget i dybden med; for langt de fleste vil den jo ikke være en aktuel mulighed i de nuværende overvejelser.

Men i al korthed kan siges at den ligger vel omkring middel på en skala over varetagelsen af hensynet til den *saglige korrekthed*. Dette skyldes først og fremmest at den, i hvert fald som udgangspunkt, ikke indeholder faste retningslinier for hvilken sagkundskab der konkret måtte blive anvendt. Det kan være den ypperste sagkundskab både i dybde og i bredde der inddrages i processen; men nogen garanti herfor har man ikke. For en principiel vurdering af modellen er denne tilfældighedsfaktor en svækkelse.

I henseende til *processuel retssikkerhed* er den administrative model underlagt forvaltningsprocessens regler og principper; hvilket bestemt ikke er ringe, men som på den anden side ikke kan måle sig med domstolsprocessen.

Og for så vidt angår *adækvanshensynet* ligger modellen – og her fristes jeg til at kalde den for ”den bureaukratiske model” – lavt, men måske ikke helt så lavt som den eksterne domstolsmodel hvor sammenstødet mellem form og indhold bliver særlig evident.

Endelig er der så *lærenævnsmodellen*. I denne model åbnes der mulighed for den efter forholdene optimale sagkundskab, og dermed for den *saglige korrekthed*. Et lærenævn vil typisk kunne bestå af væsentligt flere medlemmer end en domstol; og et nævn vil være et fast organ med periodisk udpegning. Både den specifikke teologiske sagkundskab, men også andre elementer af saglige indfaldsvinkler vil kunne være repræsenteret.

Også i henseende til *adækvanskravet* forekommer lærenævnet at være velegnet, eller dog mindst uegnet. – Jeg nævnte før at karakteren af den egentlige genstand i læresager taler for at søge en form der mest muligt nærmer sig

samtalens. Nævnsmodellen åbner mulighed for at tilnærme sig en sådan form, også under inddragelse af den hvem sagen angår og/eller en af ham udpeget repræsentant som f.eks. i de norske regler om lærenævnet. Det siger sig selv at taget under ét kan der netop kun blive tale om en tilnærmelse til den almindelige samtales form. Det hverken kan eller skal fordunkles at forløbet har et mål, en beslutning som kan være af indgribende betydning for en af deltagerne, den indklagede. Men i forhold til domstolsmodellen og den administrative model vil en sag for lærenævnet i langt højere grad kunne tilrettelægges og gennemføres på en måde der svarer til temaets karakter.

I henseende til den *processuelle retssikkerhed* ligger lærenævnsmodellen som udgangspunkt på niveau med den administrative model; et lærenævn i Folkekirken vil for så vidt være et forvaltningsorgan. Men noget kan – som i øvrigt ved en række andre forvaltningsnævn – gøres for at øge retssikkerhedsniveauet, først og fremmest ved en hensigtsmæssig forretningsorden der i henseende til personsager udformes som et detaljeret procesreglement. En yderligere mulighed i disse sager kunne være at tilforordne et ikke-stemmeafgivende medlem der er dommer eller opfylder betingelserne herfor, med den opgave at påse og sikre de processuelle reglers overholdelse.

Lærenævnsmodellen adskiller sig fra de to andre modeller ved at nævnet ikke træffer en formelt bindende beslutning. Var dette tilfældet, ville det for så vidt være mere nærliggende at tale om en (intern) domstol med et usædvanlig stort antal medlemmer. Men i realiteten bør det være lærenævnets opfattelse der afgør sagen. Den naturlige udformning af dette synspunkt er at den instans der formelt set træffer afgørelsen, alene kan udøve et legalitetstilsyn i forhold til nævnet; og hvis dette tilsyn viser

væsentlige mangler, da tilbagesende sagen til fornyet behandling i nævnet med berigtigelse af de begåede fejl. Pointen er at den formelt afgørende instans ikke kan underkende lærenævnets resultat ved selv positivt at træffe en anden afgørelse. Mulighederne består kun i tiltræden af indstillingen eller hjemvisning til fornyet behandling.

Et sidste spørgsmål skal kort berøres; det har betydning i forhold til både domstolsmodellen og lærenævnsmodellen. Det drejer sig om hvem der kan foranledige læresag rejst.

Efter min opfattelse er der god grund til at fastholde det nuværende system med kompetence for den pågældende biskop samt for kirkeministeren; får vi på et tidspunkt en kirkeforfatning, vil ministeren så kunne erstattes af Kirkerådet. Men én, meget væsentlig, tilføjelse må gøres. Rejses der almindelig disciplinærsag mod en gejstlig, må den pågældende have ret til at begære sagen ført som læresag. Om begæringen skal tages til følge, afgøres af domstolen eller nævnet. Det er altså ikke en kompetence på samme måde som for biskop eller minister, men alene en ret til at fremsætte og få prøvet sin begæring. – Den nærmere argumentation for dette standpunkt har jeg tidligere udfoldet¹⁰⁰ og skal ikke gentage den her.

Hele spørgsmålet om påtalekompetence og ret til at begære læresag er for så vidt uden betydning for den indbyrdes vurdering af hvilken model der måtte være den bedste – eller den mindst ringe – til behandling af Folkekirkens læresager.

Og det er, som det vil være fremgået af gennemgangen, et

¹⁰⁰ Jf. Kirkeretsantologi 1994 (Århus 1994), s. 174 ff.

lærenævn.

Lærenævnsmodellen er de andre muligheder overlegen i henseende til at sikre saglig korrekthed; og klart overlegen for så vidt angår det mere bløde kriterium jeg har benævnt adækvans.

I henseende til den processuelle retssikkerhed kan lærenævnet hævde sig over for den administrative model, men ikke i forhold til domstolsmodellen. Det sidste kan der imidlertid forholdsvis enkelt bødes på således at et lærenævn i så henseende ville komme fuldt på højde med i hvert fald den interne domstolsmodel.

Isoleret set kan der sagtens rejses indvendinger mod en lærenævnsmodel. Pointen er imidlertid at der kan rejses flere og tungere indvendinger mod alternativerne, domstolsmodellen og den administrative model. Konklusionen af den foretagne gennemgang og analyse er således ingeniørlunde at fremhæve lærenævnsmodellen som den ideelle løsning — men blot som den klart mindst ringe.

Nåde og straf *

Hellerup, marts 2006.

Kære Hans!

I januar måned sidste år fandt, som du husker, et tværfagligt kompaktkursus sted om forsoning, som jeg stod som tovholder for. Jeg bad dig om et bidrag til et emne, der optager mig en del, nemlig spørgsmålet: "Hvad har langfredag med straf og forsoning i en jurists øjne at gøre?" Evangeliets påstand om, at Jesus på korset bar alle menneskers skyld og led straffen stedfortrædende for alle mennesker, forekommer mig at problematisere en retlig begrundelse for straffens nødvendighed og dermed også for udøvelse af straf.

Du var så venlig at sige ja til at holde en forelæsning

* Brevveksling med professor, dr. theol. Theodor Jørgensen.

om spørgsmålet, som foranledigede en intens diskussion ikke mindst os imellem. Den vil jeg gerne fortsætte med i brevvekslingens form. Men først vil jeg forsøge at sammenfatte dine synspunkter, som jeg opfattede dem.

Du tog – med rette – afstand fra enhver definatorisk dogmatisk fastlæggelse af langfredags mysterium som frelsesbegivenhed, men indså nødvendigheden af at måtte fortolke det. Din egen langfredagsopfattelse sammenfattede du som følger: Det ultimative tegn på Guds nåde, dvs. hans altomfattende tilgivelse (eller barmhjertighed eller miskundhed) over for alle os mennesker, skabt i hans billede.

Det egentlige problem i det emne, du havde fået stillet, så du i at finde en forbindelse imellem de to: langfredagsbegivenheden og så den højst menneskelige strafferet: straf og (af)soning. For en umiddelbar betragtning synes der slet ikke at være nogen forbindelse imellem dem overhovedet.

Du gjorde op med en anskuelsesmåde, du finder hos en teolog som Paul Leer Salvesen (*Soning og Straf*) og andre teologer, som en mulig løsning på problemet, hvor den teologiske indfaldsvinkel burde kunne være frugtbar for den juridiske indfaldsvinkel. Denne anskuelsesmåde adskiller handlingen fra personen. Personen er ikke identisk med, hvad han eller hun gør. Det er, sagde du, et gammelkendt kunstgreb eller kneb i strafferetten. Men det holder ikke. Fejlen er i dine øjne, at man ikke sondrer imellem a) at adskille gerningsmand fra gerningen, b) at konstatere, at den enkelte gerning ikke er det hele menneske. Det sidste er en selvfølge, det første ifølge dig en umulighed eller rettere en umenneskelighed, fordi det fratager mennesket dets ansvar og fører i strafferetten til en 'behandlingsfundamentalisme'.

Men teologisk forstod du heller ikke dette synspunkt, fordi ansvar og menneskelighed hører uløseligt sammen. Du kunne ikke indse, at læren om retfærdiggørelse ved tro alene (vendt polemisk imod enhver form for gerningsretfærdighed) skulle nødvendiggøre en nærmest total adskillelse af mennesket og dets handlinger.

Du gjorde dig nogle generelle overvejelser om forholdet mellem juraens menneskesyn og teologiens. Juraens menneskesyn er negativt: Mennesket er potentielt ondt. Kristendommens og dermed teologiens menneskesyn er derimod positivt: Mennesket er skabt i Guds billede og derfor fundamentalt godt. Og dog. Der er jo også læren om arvesynden, der ser mennesket som fundamentalt syndigt. Men det er noget, der gælder alle, og som ikke er spor potentielt, men aldeles aktuelt.

Din konklusion var, at man ikke kunne jævnføre de to menneskesyn, juraens og teologiens, med hinanden. Man kan ikke sige, at de er fælles om dette, at alle mennesker rummer ondskaben, synden, i sig. For kristendommen er synden det aktuelle, som ikke kan undviges. Derfor er der kun nåden, den altomfattende guddommelige tilgivelse at håbe på, der er nødvendig i den forstand, at den vender nøden. Kort sagt: trosretfærdighed. For juraen, strafferetten, er det onde netop kun noget potentielt, noget, som kan undviges af mennesket selv. Strafferetten bygger i det væsentlige på viljens frihed og derfor er strafferettens eller rettere den strafferetlige sanktions mål netop adfærdsdirektion. Kort sagt: gerningsretfærdighed.

For at komme videre mente du at måtte forlade det generelle plan for i stedet at vende dig helt igennem til det personlige, det individuelle plan. Som den eneste ganske vist fragmentariske og spinkle bro, der måske kunne bygges, så du i evnen og viljen til samt ønsket om en identifikation fra dommerens side med gerningsman-

den: At man genkender en side af sig selv i den anden, at man kan komme på den tanke, at det kunne have været en selv, hvis ens givne livsmuligheder og livsvilkår havde været hans; og derfor se det som en gave (en del af livets totale gave), at man ikke er kommet i de omstændigheder, som fik ham til at begå ugeringen, og/eller at man selv har fået kraften til at stå imod.

Synspunktet kunne siges at minde om Martha Nussbaums 'litterære' dommer (modsat den rent gengældende dommer); men du mente alligevel noget andet og mere. Den 'litterære' dommer bliver gennem sit ønske om at 'læse' hele historien den barmhjertige dommer, men er fremdeles i distance til forskel fra den dommer, der identificerer sig med gerningsmanden. Den identifikation, du talte om, gjaldt for alle dem, der kommer i personlig berøring med gerningsmanden: Dommeren, fængselspersonalet etc. Holder man sig til et rent JEG/DU-forhold, indebærer denne identifikation, at man hele tiden må være åben over for den mulighed, at dette konkrete JEG/DU-forhold kunne have været en DU/JEG-situation; det kunne have været mig, der sad og blev dømt af den anden.

Så du konkluderede, at man derved måske havde en chance for at få en lille snært, en lillebitte grist, af den totale lighed, vi som mennesker er undergivet i et skabelses-, synds- og frelsesperspektiv, ind i den menneskeskabte situation, hvor den ene er sat til at dømme eller på anden måde råde over den anden, over gerningsmandens liv og tilværelse.

Jeg håber, at du kan genkende dit foredrag i min gengivelse af de centrale synspunkter i det. Det har også været gavnligt for mig til at få klarhed over mine egne synspunkter og reaktioner på dit oplæg.

Men har du egentlig, når det kommer til stykket, givet

mig et direkte svar på mit direkte spørgsmål om, hvilke konsekvenser for en nærmere betragtning langfredags evangelium kan få for den verdslige strafferet? Jeg har i hvert fald haft vanskelighed ved at høre et sådant svar ud af dine overvejelser. Mine overvejelser vil jeg opregne i en række punkter.

1. Langfredags evangelium har du i dit oplæg præciseret så klart, som tænkes kan. Det kan også sammenfattes i salmelinjerne: "Han tog vor skyld og bar vor skam vor sjæl at holde i live" – eller det ordvalg, vi finder i bortsendelsesordene efter nadveren: "Den korsfæstede og opstandne frelser, vor Herre, Jesus Kristus, som nu har givet jer sit legeme og blod, hvormed han har gjort fyldest for alle vore synder (jeg foretrækker at sige "for al synd")..." De ord må da være en provokation for den verdslige strafferet. For undergraver de ikke enhver legitimation for straf? Eller mindre radikalt: Gør de det ikke vanskeligere for jurister at begrunde nødvendigheden af at straffe? Jeg sætter ikke spørgsmålstegn ved nødvendigheden af sanktioner overfor kriminelle. Jeg spørger udelukkende om, hvordan en legitimation af straf må og kan se ud i langfredags perspektiv.

2. I modsat fald: Er spørgsmålet af en art, at det er umuligt for juristen at besvare og derfor må falde bort? Men så står i konkret forstand fængselspræsten tilbage med spørgsmålet alligevel, som han eller hun skal besvare overfor den dømte. For hvordan kan langfredags evangelium blive troværdigt for den dømte, når det ikke kan sættes i relation til den verdslige straf og den dømtes forståelse af den? Besvarelsen af det spørgsmål er jo af eksistentiel betydning for den dømte, hvis langfredags evangelium skal komme ham eller hende til hjælp.

3. Der er teologer, der vil henvise til den lutherske to-regimente-lære, som går ud på, at Gud regerer verden igennem to regimenter, det åndelige, hvor evangeliet og dermed tilgivelsen er Guds definitive ord, og det verdslige, hvor Gud hersker igennem myndigheder ved hjælp love og sanktioner. De henviser også til Jesu ord om, at man skal give kejseren, hvad kejserens er, og Gud, hvad Guds er. Det betyder i vor sammenhæng, at den dømte ved at afsone sin straf giver samfundet det, det gør krav på, og ved i tro at stole på evangeliets tilgivelse giver Gud, hvad Guds er, og ved tilegnelsen af tilgivelsen i egen selvforståelse kan træde frem som et frikendt og retfærdiggjort menneske. Men jeg kan godt følge den dømte, der fornemmer den af samfundet idømte straf som noget absurd, når en så stor autoritet som Gud har tilgivet og frikendt en for sin dom. Undergraver langfredags evangelium egentlig ikke retssystemets autoritet?

4. Det problem, du rejser i henseende til de to positioner: a. at adskille gerningen fra gerningsmanden, b. at konstatere, at den enkelte gerning ikke er det hele menneske, forekommer mig yderst relevant og er en drøftelse værd. Jeg kan følge dine indvendinger. Den første position gør mennesket uansvarligt. Den er umyndiggørende. Den anden position kan udmærket gå i spænd med hævdelser af, at mennesket overfor Gud ikke retfærdiggøres ved gerninger, men ved tro, eller sagt med andre ord, at et menneskes værd ikke står og falder med, hvad det ved sin virksomhed opnår af anseelse hos Gud, men omvendt med, at det på forhånd har en anseelse hos Gud som et menneske, skabt i Guds billede og elsket af Gud, og tror det. Men hvordan fungerer så en idømt straf i forhold til denne anden position? Det er primært gerningen, der

lægges til grund for dommen og straffens udformning, men det er personen, der dømmes. Ikke kun en del af personen!

5. Med henblik på din beskrivelse af et teologisk og et juridisk menneskesyn indrømmer du selv, at det kristne menneske syn ikke er entydigt positivt, for vel er mennesket skabt i Guds billede, men det står også under syndens herredømme. Hvori skulle ellers tilgivelsens nødvendighed for at komme videre bestå? I tilgivelsen ligger inklusivt en dom. Synden må anerkendes som synd, for at tilgivelsen kan give mening. Men gælder noget lignende ikke med omvendt fortegn for det juridiske menneskesyn? Er det udelukkende negativt? I tidens løb er der da blevet fremført adskillige argumenter for, at straffen også bør have en pædagogisk eller resocialiserende virkning. Det må da betyde, at et menneske i det juridiske menneskesyns perspektiv ikke er håbløst, men at det rummer potentialer i sig til at komme på bedre tanker.

6. Hvad du fremfører om dommerens mulighed og forhåbentlig også vilje til at identificere sig med den dømte på den måde, at han eller hun vedgår, at det kunne have været ham selv, der under givne omstændigheder havde kunnet have gjort det samme, løser for mig at se ikke de før stillede spørgsmål om selve straffens væsen og nødvendighed, selv om denne holdning uden tvivl vil fremme en mere menneskevenlig retspraksis. Disse overvejelser forbliver på det personlige plan, i relationen mellem dommeren og den, der skal dømmes. Men burde en sådan mere menneskevenlig retspraksis ikke også kunne blive reflekteret på et mere generelt, dvs. retsfilosofisk og retsdogmatisk plan?

7. Det kan næppe benægtes, at den lovmæssige udformning af strafferetten, som politikerne foretager, i høj grad er bestemt af den størrelse, man fra politisk hold ofte henviser til, nemlig folks retsfølelse. Nu er den følelse en yderst ubestemmelig størrelse, og et pessimistisk menneskesyn vil nok – og med en vis ret – gøre gældende, at det, der ligger til grund for retsfølelsen og dens syn på f.eks. strafudmåling, er gengældelsesmotivet eller hævn. Men når retsfølelsen nu rent faktisk spiller den rolle, som den tilsyneladende gør i den politiske beslutningsproces, kunne man spørge, om det i et land, der roser sig af en kristen kulturarv, ikke ville være på plads at tydeliggøre det perspektiv, som langfredag kaster over spørgsmål som skyld, straf og tilgivelse. Det kunne muligvis få retsfølelsen hos folk på andre tanker.

8. Sidst, men ikke mindst, spørger jeg, om det ville være muligt i juraen at se bort fra begrebet 'straf', opgive det som en anvendelig terminus, og erstatte det med begrebet 'soning'? Man idømmes altså ikke straf, men soning. For mig at se ville det være en konsekvens af langfredag. Det smukkeste eksempel på denne konsekvens finder jeg i Romerbrevets kapitel 14, hvis budskab i alt korthed går ud på at fremhæve, at dommen er Guds, og derfor skal vi ikke dømme hinanden. Dette indebærer for mig at se, at staten i det øjeblik, den igennem sit retssystem idømmer straf, sætter sig i Guds sted. Det har man vendt positivt i luthersk ordningsteologi. Ud fra den tænkning dømmer dommeren virkelig på Guds vegne. Det er for mig at se dybt problematisk, men det bliver endnu mere problematisk, når staten sekulariseres, for så 'guddommeliggøres' den paradoksalt nok uden den kritiske appelinstans, som Gud fremdeles var i den lutherske ordningsteologi.

Ved at idømme hinanden soning i stedet for straf ville

man for mig at se tage konsekvensen af, at dommen er Guds, og at vi efter langfredag ikke længere kan idømme hinanden straf, men derimod soning forstået som en proces, der så godt, som det nu lader sig gøre, fremmer en heling af de sårede relationer, som den kriminelle har bevirket. Men selvfølgelig er dette et argument, der kun kan tages i betragtning af mennesker, som deler overbevisningen om, at langfredagsbegivenheden har sat afgørende spor i menneskehedens bevidsthedshistorie og således må tages alvorligt. Ser man bort fra dette, står dog tilbage, at det at erstatte straf med soning ville tage højde for, at vel er det gerningen, som dommen forholder sig til, men det er personen, der bliver dømt.

Jeg ser frem til dine reaktioner på dette mit udspil.

Verlig hilsen

Theo

Espergærde, april 2006

Kære Theo.

Din sammenfatning af det jeg i januar 2005 forsøgte at sige om vel det vanskeligste og mest udfordrende emne jeg har været præsenteret for i en akademisk sammenhæng, er både dækkende og rammende.

Den viser så også med afslørende tydelighed hvorledes jeg lidt hjælpeløst flaksede rundt om spørgsmålet: "Hvad har Langfredag med straf og forsoning i en jurists øjne at gøre?" – Det blev overvejende til nogle betragtninger over hvorledes man *ikke* kunne gribe sagen an på en i mine øjne frugtbar måde. Kun i nogle spinkle og vage bemærkninger til sidst forsøgte jeg at antyde noget positivt; dvs. nogle opfattelser, holdninger og følelser som i den konkrete straffesag kunne pege på at der trods al uforenelighed er eller kan være en slags sammenhæng mellem den såre menneskelige strafferet og langfredagsbegivenheden.

Jeg skal derfor ikke nægte at jeg både dengang hvor jeg havde holdt oplægget, og nu ved læsningen af dit brev ligger åben over for kritik af mit nok mere velmente end vellykkede forsøg på at forholde mig til dit spørgsmål. Din kritik kom, og kommer, da også prompte – og for så vidt i form af et virkeligt grundskud. Du har stillet et direkte spørgsmål, siger du; men hvor er svaret? Du kan i hvert fald ikke høre noget direkte svar ud af mine overvejelser.

Det kan du have ret i. Dog vil jeg lige i forbifarten, en anelse defensivt, pege på at du nu også omformulerer dit eget spørgsmål, eller måske snarere præciserer og specificerer det. "Hvad har Langfredag med straf og forsoning i en jurists øjne at gøre?" bliver til "Hvilke konsekvenser

kan Langfredags evangelium få for den verdslige strafferet?"

Også i den nye og mere specifikke formulering af dit spørgsmål har jeg dog med mine sidste betragtninger om Jeg/Du-forholdet antydnet et lille delsvar. I det omfang en sådan holdning eller følelse af identifikation glimtvis sniger sig ind hos dem der omgiver den dømte, råder over ham og hans tilværelse, så er den i mine øjne en konsekvens af Langfredags evangelium, eller kan i hvert fald være det. For så befinder man sig på en linje hvis ultimative (og uopnåelige) endepunkt består i erkendelsen: "Jeg er dig" eller "Jeg er den anden". Denne linje er radikalt forskellig fra det spor hvor man siger "Jeg vil gerne prøve at forstå dig, og gøre det med indlevelse" (Nussbaums litterære dommer), eller "Jeg er taknemmelig over at det ikke er gået mig som det er gået dig". Og den bygger på en erkendelse eller følelse af den absolutte lighed som skabelses-, synds- og frelsesperspektivet sætter. Det sidste (frelseperspektivet) er ikke muligt uden langfredagsbegivenheden. – Derfor er der, efter min mening, tale om en nok så lille, usikker og glimtvis "konsekvens af Langfredags evangelium", og en konsekvens der udspiller sig "i den verdslige strafferet".

Men, jeg forstår din skuffelse; for du vil noget andet og mere med dit spørgsmål. Du vil noget større og mere "systematisk" med din udfordring til strafferetten; noget der kan ses og mærkes i strafferettens system – og som dermed er egnet til med større sikkerhed at hjælpe flere. Det er ikke nok med en tilfældig (afhængig af den enkelte aktørs sindelag og evne til at lade dette sindelag få gennemslagskraft i sin profession) "mere menneskevenlig retspraksis". Det må også "kunne blive reflekteret på et mere generelt, dvs. retsfilosofisk og retsdogmatisk plan".

Jeg forstår godt dit anliggende, meget godt endda. Og

jeg ville ønske at du havde ret i at det måtte være muligt; men jeg er ikke vis på at du *har* ret. – Det skal jeg forsøge at redegøre for ved at give mine svar på de otte punkter (jeg bruger den samme nummerering) du opstiller i dit brev.

1. *Hvorledes kan straffen finde nogen legitimation når man betænker at der Langfredag er gjort fyldest for al synd og dermed for alle forbrydelser?*

Først vil jeg pege på at vi her egentlig burde udrede nærmere hvad vi forstår ved straffens legitimation, henholdsvis dens begrundelse. Det er et begrebsmæssigt ganske kompliceret tema; for hen ved 30 år siden havde jeg en strid med Alf Ross om præcis dette spørgsmål (se Tidsskrift for Rettsvitenskap 1977, s. 401ff, hvor Ross har henvist til hvad vi hver især havde skrevet om det, samt opsummeret en række samtaler vi derefter førte om spørgsmålet).

Jeg skal ikke her gå nærmere ind på de forskellige synsmåder, men blot fastholde det standpunkt som jeg dengang gav udtryk for: at legitimation og begrundelse i det væsentlige er sammenfaldende. Hvis vi med grund anser det for nødvendigt at anvende straf, så ligger straf-anvendelsens legitimation i denne nødvendighed; eller rettere, i de samme forhold og overvejelser som begrundeder nødvendigheden.

Hvis du anerkender dette — og mange illustrerende eksempler, i øvrigt også på andre områder end strafferetten, kunne gives — så har du selv besvaret dit spørgsmål. Eller også har du selv erkendt umuligheden af at besvare det. Jeg sigter her til din sætning "Jeg sætter ikke spørgsmålstegn ved nødvendigheden af sanktioner over for kriminelle".

Jamen, hvis du ikke sætter et sådant spørgsmålstegn i

dine egne overvejelser, hvorfor gør du det så over for mig?

Hvis du, i en eller anden udstrækning anerkender at det er nødvendigt at anvende sanktioner over for kriminelle (typisk for at forebygge deres eller andres senere forbrydelser), så er den menneskelige legitimation for sanktionsanvendelsen at finde dér. Sagt på en anden måde: Man kan ikke på én gang sige at selvfølgelig må vi straffe kriminelle, og samtidig fastholde langfredagsfyldestgørelsen som et knusende spørgsmålstejn til strafanvendelsen.

Nu er det ikke undgået min opmærksomhed at du lige på dette sted anvender ordet "sanktioner" frem for "straf". Men det opfatter jeg som et rent stiltræk og ikke som en bevidst indholdsmæssig skelnen – der jo, i hvert fald set med den dømtes øjne, ville have karakter af noget der mest af alt lignede ordmagi.

2. Hvis juristen ikke kan besvare spørgsmålet, så sidder fængselspræsten tilbage med problemet for hvordan skal han eller hun over for den dømte forklare sammenhængen?

Først vil jeg lige nævne at det jo ikke blot er fængselspræsten som sidder med dette problem, men for så vidt enhver som er i berøring med den dømte, og som samtidig tilhører det almindelige præstedømme. Som et praktisk, fagligt – og forventningsmæssigt – problem fylder det naturligvis langt mere for fængselspræsten end for nogen anden; det er jeg enig i.

Men mine overvejelser (svar tør jeg ikke kalde det) om dette punkt kræver at jeg vender tilbage til Jeg/Du-forholdet contra "Systemerne".

Strafferetten og strafferetsplejen er et "system", eller som jeg her for anskuelighedens skyld vil foretrække at kalde det, et "apparat". Alle vore samfundsinstitutioner –

fra Farsø socialforvaltning til Højesteret, fra DSB til Ombudsmandsinstitutionen – er i denne forstand "apparater". De er skabt af mennesker, og de er betjent og befolket af mennesker, men de er ikke i sig selv levende organismer; heller ikke strafferetten (det falder mig ind om du i dit syn på strafferetten som system et eller andet sted er påvirket af din Schleiermachers organismetænkning?).

Strafferetten er ligesom alle de andre apparater skabt af mennesker til brug for mennesker. Det samme er f.eks. en bil. Den skal bruges af og blandt mennesker, og derfor indrettes den efter sin hovedfunktion (motordreven vejtransport af personer eller gods) og samtidig efter en række sikkerhedsmæssige og komfortbetingede formål. Men bilen kan ikke i sig selv vise individuel forståelse for og hensyn til dens øjeblikkelige passagers befindende eller behov. Det kan chaufføren (hvis han vil), men kun inden for de rammer og muligheder som apparatet, bilen, sætter.

Man kan selvfølgelig godt sige at chauffør og passager (som chauffør og passager) befinder sig i et Jeg/Du-forhold, men alligevel ikke fordi der hele tiden er en tredje faktor med i deres forhold – apparatet, bilen – som sætter bestemte og snævre rammer om deres muligheder.

Ligeså med strafferetten. Også den er et apparat. Den kan forsøges udformet så den mest muligt imødekommer alle mulige menneskelige hensyn; men den forbliver i sig selv et livløst apparat. Den er ikke en organisme som i sig selv kan føle og forstå og reagere i overensstemmelse hermed. Som apparat kan den hele tiden forandres og forbedres (ligesom biler), men på ethvert givet tidspunkt er den i sin form et apparat.

Den fængselsfunktionær som udøver sine tjenestelige hverv over for den enkelte fange, er sammen med fangen på apparatets betingelser; det gælder også den fængsels-

præst der som udgangsledsager er af sted med fangen. Midt i det hele (eller på et andet tidspunkt) kan der så også være et samvær mellem fængselsbetjent Jensen og fange Hansen hvor de alene er Jensen og Hansen uden noget tredje element. Og her er det at Jeg/Du-forholdet kan opstå, med dets næsten ubegrænsede muligheder for forståelse, indlevelse, gensidighed og meget mere, alt i et væld af nuancer som ligger fuldstændig hinsides selv det allerbedst designede apparats betingelser.

Langfredagsbegivenheden er ikke noget apparat (selv om jeg undertiden kan føle det som om nogle af dine kolleger blandt systematikernes næsten prøver at bringe den lidt i en sådan retning). Den er, ubegribeligt, menneskelig og overmenneskelig i en sådan grad og totalitet at den omfatter og henvender sig til hvert eneste skabt menneske i dette enkeltmenneskes særegne individualitet. Derfor danner Langfredag også grundlag for det virkelige og ægte Jeg/Du-forhold.

Om denne fuldstændigt uoverstigelige forskel mellem det ene og det andet kan forklares (af fængselspræsten) eller i de bedste stunder vises (af såvel præsten som alle de andre der står over for fangen) véd jeg ikke. Men det er den eneste vej jeg kan se.

3. Du kan, uanset den lutherske to-regimente-lære, godt følge den dømte der fornemmer den af samfundet idømte straf som noget absurd når en så stor autoritet som Gud har tilgivet og frikendt en for sin dom. Du spørger om Langfredags evangelium egentlig ikke undergraver retssystemets autoritet?

Her kan jeg være meget kort. – Jo, jeg er enig med dig; Langfredags evangelium betager retssystemet dets autoritet. Men det er vel kun et specialfald af det grundvilkår for al menneskelig adfærd at Guds autoritet gør enhver tale om menneskelig autoritet absurd og latterlig.

To-regimente-læren og den lutherske ordningsteologis forsøg på at bringe en vis orden ind i dette totale misforhold skal jeg vende tilbage til (pkt. 8).

4. Du er enig i at man ikke skal forsøge at adskille gerningen fra gerningsmanden, men i stedet lægge vægt på at den enkelte gerning ikke er det hele menneske. Hvordan forholder dette sig så til det faktum at det primært er gerningen der lægges til grund for dommen og straffens udformning, men det er personen – ikke kun en del af personen – der dømmes?

Svaret på dette spørgsmål skal grundlæggende findes i det forhold at mens det enkelte menneske kan indeholde så mange forskellige sind, så er det samme menneske fysisk bundet til én krop. Hvis man derfor vil (friheds)straffe det "forbryderiske" sind, så er man nødt til at tage de andre med, hele personen, så sandt som de alle er bundet til én og samme fysiske person.

Hvis man kunne gøre noget andet – dvs. gøre den fysiske frihedsberøvelse mere målrettet og specifik i forhold til den mentale "side" af personen man ønsker at straffe – ville man sikkert også gribe til denne mulighed.

For mange år siden læste jeg en (temmelig kulørt) novelle om et mord der var blevet begået på en strand i Sydfrankrig. En højt begavet yngre kriminalinspektør i området blev sat på efterforskningen. Hans systematiske indsamling og tolkning af alle de foreliggende spor førte ham frem til den uundgåelige konklusion, at det var ham selv der var morderen (!) Alle var dybt overraskede og rystede, også kriminalinspektøren. Forklaringen var at han led af en radikal, og af ham selv uerkendt personligheds-spaltning. Om natten (og kun om natten) stod han op i sin søvn og forøvede sådanne ugerninger som han om dagen i sin profession var eminent til at opklare (jeg sagde jo at novellen var kulørt!).

Det hele endte med at han idømtes livsvarigt nattefængsel, dvs. at han hver dag inden solnedgang mødte frem og lod sig indespærre, mens han næste morgen frit kunne vandre ud af sit fængsel.

Historien illustrerer hvordan man for så vidt gerne ville forsøge at opsplitte og målrette samfundets straffen de *habeas corpus*, hvis blot man kunne. Det er en ekstrem og urealistisk Jekyll/Hyde-historie (der jo endda går et skridt videre end Stevenson). – Et meget mindre dramatisk, men til gengæld overordentlig realistisk, eksempel i samme retning finder man i vores praksis vedrørende prøveløsladelse.

Ved prøveløsladelse ophæves den fuldstændige frihedsberøvelse, men ikke nødvendigvis visse frihedsbegrænsninger. Strafformen ændres, men straffen er ikke overstået; man er ikke "en fri mand". Et af de frihedsindskrænkende vilkår der jævnligt anvendes, er et forbud mod at opsøge og færdes i bestemte (kriminelle) miljøer. Den prøveløsladte må således ikke begive sig ud til bestemte kvarterer og værtshuse på Vesterbro for dér at møde sine venner og bekendte som tidligere har fået ham med til at begå forbrydelser. Altså et eksempel på at man forsøger at fragmentere og afstemme den fysiske frihedsindskrænkning med de mentale sider af gerningsmanden som man ved hjælp af strafsanktion ønsker at holde i ave. – Der findes flere eksempler af samme skuffe, såsom vilkår om tvungen antabusbehandling, hvor man ved afgrænset og målrettet fysisk frihedsbegrænsning (man mister friheden til at indtage alkohol, og dermed i realiteten måske også til en række former for, i sig selv uskadeligt, socialt samvær) søger at undgå at ramme "hele personen".

Endelig hører det vel også her med at gøre opmærksom på at fængselsstraffen nok rammer personen som

helhed i fysisk forstand – og det kan være slemt nok – men jo netop ikke i åndelig. Vi opererer ikke med hjernevask og genopdragelsesleje hvor tankens frihed søges undergivet tvang. Den indsatte bevarer trosfriheden, ytringsfriheden, informationsfriheden etc. – alene med de begrænsninger som orden og sikkerhed i anstalten nødvendiggør.

Grundprincippet i en human straffuldbyrdelsespolitik er netop at når den fysiske frihedsberøvelse er en kendsgerning, så skal alt inden for de derved fastsatte rammer indrettes med henblik på at gøre tilværelsen så tålelig, konstruktiv og "fri" som overhovedet mulig for den indsatte. Jeg siger ikke at dette grundprincip følges overalt i vores system, desværre; men det beror på konkrete beslutninger der kan bestrides og i givet fald ændres inden for det politiske systems sædvanlige rammer – designforbedringer af apparatet.

Selv om du altså grundlæggende har ret i at det er personen der dømmes, så er der dog en del indikationer i retning af at man gerne ville gå langt mere nuanceret og målrettet til værks hvis man blot kunne. Systemet er næppe så fremmed for den holdning at den enkelte gerning ikke er det hele menneske.

5. Er forskellen mellem det kristne menneskesyn og juraens menneskesyn så radikalt forskelligt?

Jeg er enig i hvad du skriver herom. Og jeg kan se at jeg i sin tid har udtrykt mig uklart eller ufuldstændigt på dette punkt. Samtidig har jeg tillagt synspunktet for stor betydning. Selvfølgelig er der visse forskelle i hvad man kunne kalde henholdsvis et (rent) kristent og et (rent) juridisk perspektiv på mennesket. Men de er ikke så relevante og afgørende for vores sammenhæng som jeg oprindelig troede. Så i lyset af dine bemærkninger og efter-

tanken opgiver jeg dette spor.

6. Bør den individuelle, menneskevenlige strafferetspraksis ikke kunne reflekteres på et mere generelt (retsfilosofisk og retsdogmatisk) plan?

Dette er for så vidt dit helt generelle og overordnende spørgsmål således som jeg skrev indledningsvis.

Retsdogmatisk (*de lege lata*) er den menneskevenlige praksis allerede kommet til udtryk på enkelte punkter. Vores gældende strafferet indeholder bestemmelser der i hvert fald antydningssvis reflekterer en sådan opfattelse, f.eks. i straffelovens § 80 om at der ved straffens udmåling bl.a. skal tages hensyn til "oplysninger om gerningsmandens person, herunder om hans almindelige personlige og sociale forhold, hans forhold før og efter gerningen samt hans bevæggrunde til denne", eller § 84 stk.1 nr. 5 hvorefter straffen kan nedsættes hvis gerningsmanden "ved sit afhængighedsforhold til en anden ... har ladet sig bevæge til gerningen"). – Og retspolitisk (*de lege ferenda*) kan man naturligvis gå væsentligt længere ad denne vej.

Men dette er under alle omstændigheder nogle ordfragmenter i lovgivningen hvis udmøntning i praksis kan være usikker og spredt. Og det er slet ikke den generelle og radikale ændring i straffesystemets grundlag og design som du efterlyser.

Retsfilosofisk? Ja, nu er retsfilosofi som disciplin så meget forskelligt. Den grænser i mange henseender op til – og er undertiden stærkt overlappende med – de relevante dele af etikken. Det er her man skal gribe fat (hvilket mange rets- og moralfilosoffer og strafferetsteoretikere da også har gjort gennem et par tusinde år). Disse bestræbelser kan føre til megen udvidelse og afklaring af erkendelsen. Men realiteterne kommer de ofte til kort over for.

Tag f.eks. den såkaldt almenpræventive begrundelse

for straffen; vi straffer gerningsmanden for at afskrække andre fra at begå tilsvarende forbrydelser. I sin rene form er det vel noget af det mest uetiske at gøre så sandt som man derved alene bruger det straffede menneske som et middel, et instrument, til at opnå et uden for ham selv liggende formål.

Hvorfor skal vi straffe en fadermorder? Han er per definition afskåret fra at gentage sin forbrydelse; der er altså intet som helst specialpræventivt formål med straffen. Ikke desto mindre er jeg i praksis mest tilbøjelig til at mene at man nok bliver nødt til at straffe ham for at vise andre sønner der går med tanker om at aflive deres far, at det vil koste dem friheden i en længere årrække, og på denne måde bidrage til at skabe nogle modforestillinger hos dem. Ser du ikke også sådan på det? – også ganske uanset at du (hvad jeg er vis på) hylder det etiske bud om ikke at "bruge" et menneske som et blot og bart instrument for helt andre formål.

Som du allerede har set, mener jeg at den eneste eller i hvert fald bedste vej at gå retsfilosofisk/etisk er at gribe fat i professionsetikken for aktørerne i straffeprocessen og straffuldbyrdelsen; og her forsøge at bringe Buber og Levinas o.a. på banen som de afgørende erkendelses- og påvirkningsfaktorer. Jeg tror at man i vores sammenhæng har bedre muligheder for at nå lidt frem ved hjælp af disse tænkere end med Kant og hans etiske norm om at ethvert menneske skal behandles som et mål i sig selv og aldrig blot som et middel.

7. Kunne "retsfølelsen" med dens formodede krav om gengældelse og hævn ikke påvirkes ved en tydeliggørelse af det perspektiv som Langfredag kaster over spørgsmålet om skyld, straf og tilgivelse?

En forbemærkning: Retssfølelse er noget vi alle har hver

især. En "almindelig" retsfølelse (forstået som en opfattelse eller følelse der næres af langt de fleste i et samfund) eksisterer også, men vel at mærke i de spørgsmål som ikke pådrager sig retspolitisk interesse netop fordi stort set alle er enige og reglerne udformet herefter. Men så snart det drejer sig om de vanskelige spørgsmål i grænse- eller dilemmaområderne, holder den udbredte enighed op. Og det er jo her de retspolitisk aktuelle spørgsmål befinder sig. Det fremkalder derfor altid en dyb skepsis hos mig når retsfølelsen påberåbes i en retspolitisk debat ("retsfølelsen fordrer ...", "befolkningen kræver ...").

Men når det er sagt, kan det jo næppe nægtes at det generelt er en udbredt følelse at straf som sådan hverken kan eller skal undværes – og at almindelig gengældelses-trang og hævnfølelse er en dyb medbestemmende faktor.

Du rejser spørgsmålet om dette ikke kan påvirkes ved en tydeliggørelse af Langfredags perspektiv. – Jamen, Theo, for mig lyder det som om du her under pkt. 7 lige indskyder spørgsmålet om vi ikke kunne gøre et eller andet for at kristne den danske befolkning; gøre det store flertal af vore landsmænd til personligt overbeviste og praktiserende kristne. Og tilmed få dem til at forholde sig konstruktivt til det som vel ingen af os har nemt ved at komme til rette med: evangeliets radikalitet, den evangeliske fordrings uopfyldelighed.

Du må ikke tage mig det ilde op; men her synes jeg at du overspænder kravene og forventningerne til fagjuristen.

På et meget mere beskedent (og vel nærmest pragmatisk) plan får dit spørgsmål mig dog til endnu en gang at vende tilbage til Jeg/Du-forholdet eller "Ansigtets etik".

Megen gengældelsestrang, vrede og hævnfølelse overlever jo kun fordi vi ikke har "set" den anden eller de andre. De forbliver ansigtsløse figurer i vores forestil-

lingsverden, ofte under en eller anden massebetegnelse ("voldsmænd", "incestforbrydere", "pæderaster" osv. – i disse tider kunne man vel også for mange nævne et eksempel som "muslimer" eller dog "imamer"). Al erfaring viser, heldigvis, at disse ansigtsløse masse- eller gruppeforestillinger for langt de fleste opløses og nuanceres når først de kommer i personlig berøring med et eller flere eksemplarer af gruppen. Så begynder man så småt at se dem som det de er: enkeltmennesker på godt og ondt. Og så begynder genkendelsen at sætte ind som en mulighed der trænger den uartikulerede hævn- eller gengældelses-trang tilbage i samme takt. – Jeg skal ikke forfølge dette videre, heller ikke i Langfredagsperspektivet; jeg har vist allerede gentaget mig selv rigeligt.

8. *Kunne begrebet – eller betegnelsen – "straf" ikke opgives til fordel for "soning" for derved at nærme sig erkendelsen af at dommen er Guds, ikke menneskers?*

Først et par ord om den lutherske ordningsteologi som prøvede at bringe orden i sagerne ved at sige at dommeren, som al anden øvrighed, virkelig udøver sin funktion på Guds vegne.

Om mit eget forhold til to-regimente-læren vil jeg sige at jeg forholdsvis tidligt i min ungdom hørte om den; men selv om jeg nok kunne gengive den, forstod jeg den ikke. Først nogle år senere gik den for alvor op for mig (pudsigt nok ved hjælp af den katolske biskop Martensens forklaring af dette centrale stykke i luthersk teologi).

Da jeg først havde forstået den, blev jeg betaget af den som system; men snart efter også foruroliget over dens indhold og (mulige) konsekvenser.

Verdslig øvrighedsudøvelse er udmøntning af politik (undertiden også med et element af selvstændig politik i selve øvrighedsakten). Den herskende politik får derved

del i Guds autoritet, hvis det står til to-regimente-læren. Det er efter min opfattelse både forkert og farligt. I tidens løbende diskussion om forholdet mellem religion og politik hører jeg til dem der finder det meningsløst at hævde en fuldstændig adskillelse. Men det er ikke ligegyldigt hvorledes de to kræfter forbinder sig; og to-regimente-læren er bestemt ikke, under nutidens forhold, den rette måde at lade det ske på. – Jeg mener at kunne se at vi er enige på dette punkt, i hvert fald for så vidt angår domsudøvelsen. Og den måde du udtrykker det på – om "guddommeliggørelsen" af den sekulariserede stat uden Gud som kritisk appelinstans – kan jeg følge og helt tilslutte mig.

Men så foreslår du at vi skal idømme hinanden soning i stedet for straf for derved at tage konsekvensen af at dommen er Guds; at Langfredag har berøvet os mennesker retten til at idømme hinanden straf.

Her kan jeg slet ikke følge dig. For mig at se er det "dommen", det at "dømme", der her er det grundlæggende, ikke indholdet af dommen. Og "soning" er jo også noget der skal "idømmes"; det skriver du selv. Jeg kan godt se forskel på "straf" (i visse former og med visse begrundelser) og "soning"; også på "afsoning" og "soning" – man afsoner en straf, men soner en forbrydelse. Men dom skal der ligefuldt til i begge tilfælde, menneskets dom.

I praksis er jeg bange for at dit forslag blot ville blive et nyt eksempel på forskydninger af udslidte og belastede ord til fordel for nye og i sammenhængen ubrugte. "Fængselsvæsen" blev til "Kriminalforsorg", "fange" til "indsat" (nogle særligt progressive er endda begyndt at sige "bruger"!), "varetægtsfængsling" var i 1974 lige ved at blive til "varetægt" (indtil en behjertet politiker kom i tanker om Ingemanns aftenvers og syntes at nu gik man

trods alt for vidt).

Selv om sådanne terminologiske ændringer ofte ledsages af – eller er frugten af – visse indholdsmæssige forbedringer, er de dog sjældent gennemgribende endsige forbliver særlig markante. Derfor ser man da også gang på gang at det i sin tid så flunkende nye udtryk nu er blevet slidt ned; og man begynder på ny at lede efter en afløser.

Jeg ved udmærket at dette så vist ikke er hvad du tænker på med dit forslag, tværtimod. Men jeg peger på en trist og ofte gentagen erfaring som kun alt for nemt kunne komme til at indbefatte også dit forslag. – Først og fremmest går min indvending dog på dette at om det er "straf" eller "soning", dommen følger med.

Ja, Theo, dette var nogle forsøg på at komme nærmere en besvarelse af dit spørgsmål.

Du citerer indledningsvis salmeordene "Han tog vor skyld og bar vor skam vor sjæl at holde i live". Jeg vil afslutte dette brev med et andet salmecitat:

"Du véd, din dommer har ført din sag
og fra sig selv den vundet".

En bestemmelse svarende til disse stærke og udtryksmættede salmelinjer findes ikke i den danske (eller nogen anden) retsplejelov. Og den ville aldrig kunne findes i nogen jordisk retsplejelov.

Med tak! – og de bedste hilsner

Hans

Hellerup, ultimo april 2006.

Kære Hans!

Tak for dit lange og grundige svar. Det har gjort det yderligere klart for mig, at de spørgsmål, vi i vor brevveksling er inde på, er både så komplekse og omfattende, at der skal mere end en enkelt brevveksling til for at få besvaret dem tilstrækkeligt. Og da der kun er givet os begrænset plads, må jeg nu forsøge at fatte mig i korthed.

Jeg vil straks give dig medhold i, at du i dine betragtninger om Jeg/Du-forholdet vitterligt har givet et del svar på mit spørgsmål, og at du med rette kan se det som en konsekvens af langfredags-begivenheden i de menneskers holdning, der omgiver den dømte. Men du har ret i, at jeg vil mere i mit anliggende. For kortheds skyld holder jeg mig igen til punkterne og forsøger at gøre det kortfattet, hvor det er muligt.

Ad 1: Du har ret i, at jeg ved at anerkende sanktioners nødvendighed overfor kriminelle samtidig selv har legitimeret anvendelsen af sanktioner, men det er fremdeles et åbent spørgsmål, hvordan nødvendigheden nærmere bestemmes. Og når jeg, som du ganske rigtigt er opmærksom på, anvender ordet 'sanktion' i stedet for 'straf', er det ikke ment som et rent stiltræk. Jeg vil, som det også fremgår senere i mit brev, undgå ordet 'straf', fordi det for mig at se gør en forskel i den nærmere bestemmelse af sanktioners nødvendighed, hvordan man definerer en sanktions art, om man vil tale om 'straf' eller 'soning' eller 'bod' i den betydning, som dette ord har i vendingen 'at råde bod på noget.' Og jeg mener, at det også gør en for-

skel i den dømtes øjne, hvad en sanktion bestemmes som af retsvæsenet.

Ad 2: Her har jeg vitterlig vanskeligheder ved at kunne acceptere dit svar. Umiddelbart stejler jeg over din karakteristik af strafferetten og strafferetsplejen som et "apparat", selv om du gør det for anskuelighedens skyld og sætter ordet i anførselstegn. Du har nok ret i, at jeg i min forståelse af systemet er påvirket af en organismetænkning. Jeg skal ærligt indrømme, at din bestemmelse umiddelbart fik mig til at tænke på Franz Kafkas uhyggelige roman *Der Prozess*. Med den association gør jeg dig sikkert uret (du nævner da også bl.a. Farsø socialforvaltning og din egen institution, Folketingets Ombudsmand, som eksempler på at "apparater" ikke behøver at være "kafkaske"); men at den melder sig, må også forekomme dig forståeligt. Loven er til for menneskers skyld, ikke mennesker for lovens. Det samme må vel gælde for "apparatet". Samfundssystemer skal tjene menneskers sameksistens, og da må vel hensynet til mennesket veje tungere end hensynet til apparatet. Jeg frygter, at "apparat"-metaforen i sin betydningsladethed er styrende på en uheldig måde for en bestemmelse af retssystemet.

Ad 4: Jeg er taknemlig for den udredning, du giver i dit svar på mit spørgsmål, og er opmærksom på det hensyn til gerningsmanden som person, man tager i fastsættelsen af sanktionen for gerningen og ikke mindst i måden, man praktiserer den på, jf. eksemplet med prøveløsladelsen. Jeg gad vide om de "indikationer", du nævner i slutningen af dit svar, gående "i retning af, at man gerne vil gå langt mere nuanceret og målrettet til værks, hvis man blot kunne", også indebærer, at sanktionen kunne få karakter af restitution af de ansvarsrelationer, som den kriminelle

i sin gerning har forbrudt sig imod. Dette fører selvsagt videre til

Ad 6: hvor du i dit svar med rette peger på formuleringer som straffelovens §§ 80 og 84, stk. 1 nr. 5, som helt klart tilsigter en retspraksis, der tager hensyn til gerningsmandens person. Men du har ret i, at jeg efterlyser mere. Som f.eks. at man konsekvent opgiver en almenpræventiv begrundelse for sanktioner. Du peger selv på, at en straf, der idømmes med den begrundelse, "er noget af det mest uetiske at gøre", fordi man bruger det straffede menneske alene som et middel, et instrument til et formål, der ligger udenfor ham. Og så vidt jeg ved, peger kriminalforskningen klart i retning af, at almenpræventivt begrundede sanktioner slet ikke har den tilsigtede virkning.

Ad 7: Jeg deler helt din dybe skepsis, når man i en retspolitisk debat påberåber retsfølelsen. Og jeg vil også give dig ret i, at den retsfølelse, som vi alle hver især har, påvirkes først og fremmest i en human retning ved overvejelser, der inddrager Jeg/Du-forholdet eller "Ansigtets etik". Hvad din drilske bemærkning angår, om det, jeg ønsker, ikke egentlig er at kristne den danske befolkning, så kunne jeg da bestemt ikke have noget imod det. Men at forlange det af fagjuristen er lovligt meget forlangt. Det har du ret i. Og det er heller ikke hans eller hendes embede. Jeg ser ud fra dine bemærkninger hertil, at det, jeg tilsigtede med mit spørgsmål, hører mere hjemme under punkt 6, men dér hører det også hjemme. K.E. Løgstrup gjorde gentagne gange opmærksom på, at nye erkendelser, der oprindeligt opstod i kristen sammenhæng, udviklede sig til at blive almenmenneskelige erkendelser, gik fra at være specifikke til at blive universelle. Og det må vel siges at være en kendsgerning, at kristendommen har påvirket

både retsvidenskab og retspraksis igennem tiderne – på godt og ondt. Bestemt også det sidste. Men det må vel alligevel siges, at kristendommen har medvirket til en mere menneskevenlig retsteori og retspraksis. Når vi i al almindelighed vedkender os en kristen kulturarv, som det vitterligt gang på gang sker fra officielt hold, kunne man da også tænke sig, at den arv kunne udnyttes yderligere indenfor juraen på det retsdogmatiske og retsfilosofiske plan.

Ad 8: Hvad den lutherske ordningsteologi og to-regimente-lære angår, har du ret i, at vi er enige. Og du har også ret i, at det at Gud gør gældende, at dommen er hans, ikke kan udelukke, at vi selv må fælde domme. Uden domme kunne der ikke være en retspraksis. Så hvad enten det er straf eller soning, så følger dommen med. Betydningen i udsagnet fra Gud, at dommen er hans, må findes i, at den endegyldige dom over et menneske aldrig kan fældes af mennesker, men kun af Gud. Og det perspektiv kan være meget gavnligt at have i sin bevidsthed, når man selv må fælde dom. Derimod er jeg ikke enig med dig i, at det at erstatte 'straf' med 'soning' eller bedre endnu 'bod' i betydningen af bod i vendingen 'råde bod på noget' kun ville være endnu et eksempel på, at man erstatter udslidte og belastede ord til fordel for nye og i sammenhængen ubrugte ord. Jeg mener, at der kan ske en afgørende perspektivforskydning, når man i stedet for straf skal idømme bod og finde ud af, hvilken form for sanktion der i dette bestemte menneskes tilfælde ville være den rigtige, for at han eller hun netop kan råde i det mindste delvis bod på det brud på medmenneskelige relationer, som den kriminelle gerning har afstedkommet.

Du har ret. De salmelinjer, du citerer som afslutning på

dit brev, vil aldrig kunne findes i nogen jordisk retspleje-
lov, men det er godt, at de findes i den himmelske. Hvad
det så kan indebære for et menneskes selvforståelse her
og nu, er et andet og stort kapitel, som det her ikke er
stedet at komme ind på. Men du skal have en stor tak for,
hvad du med dine overvejelser og indvendinger har hjul-
pet mig med til at komme videre i gennemtænkningen af
disse spørgsmål. I håb om en fortsat samtale ved tid og
lejlighed sender jeg

De bedste hilsener

Theo

Primat og "primatialitet"

Ved det første vatikanerkoncil (1869-1870) tog den romersk-katolske kirke et stort skridt i retning af kirkens og pavedømmets fremmedgørelse i forhold til de andre kristne kirker. Med dokumentet "Pastor aeternus" blev pavens øverste og autonome jurisdiktionskompetence (kap. 3) fastslået og tilsvarende hans eksklusive lærekompetence (kap. 4); end ikke et økumenisk koncil kan anfægte pavens afgørelser og udsagn. Og om læreprimatet indeholder kap. 4 det kendte dogme om pavens ufejlbarhed når han udtaler sig *ex cathedra* som hele kirkens leder om tros- eller moralspørgsmål, og retter sine ord til kirken i dens helhed.

Knap 100 år senere søgte det andet vatikanerkoncil (1962-1965) at rette noget op på den relative isolation som den katolske kirke havde bragt sig i. Med *Vaticanum 2's*

ekkklesiologiske hoveddokument, "Lumen gentium", indledtes en række væsentlige forandringer i kirken og dens liv. Med stor formuleringskunst understreges biskoppernes stilling – både individuelt og, ikke mindst, som kollegium – uden at pavens særlige position og kompetence brydes (dette sidste fremhæves yderligere i den "Nota explicativa praevia" som Paul VI, foranlediget af koncilets konservative opposition, lod ledsage "Lumen gentium"). I samme kapitel (kap. 3) omtales også de andre embedsindehavere, hvorefter konciliet går videre i kap. 4 til omtalen af lægfolket der ligeledes ansues både som enkeltmennesker og som samfund, som et hele der skal "være for verden hvad sjælen er for kroppen".

Vatikanum 2 afgav også et dekret, "Unitatis redintegratio", om kirkens relationer til andre kristne kirker – og med det udtrykte håb at større fællesskab, og med tiden fuld enhed, kunne opnås. Grunden for en dialog med andre kristne kirker var dermed lagt. Og 31 år senere blev denne dialog tilført yderligere kraft og vilje fra den katolske kirkes side med Johannes Paul II's encyclica "Ut unum sint". I dette dokument opregnes bl.a. (para. 79) de afgørende områder for den fortsatte dialog i fem punkter; som det fjerde nævnes kirkens læreembede (Magisterium) således som det er betroet "Paven og biskopperne i fællesskab med ham". Og i de følgende afsnit (para. 88-97) omtales indgående det pavelige primat som en tjeneste for kirkens enhed, og med klare tilkendegivelser af embedets kollegiale dimension samt dets respekt for andre dele af kirken; det sidste understreget og historisk illustreret i denne dels afslutning (para. 97) med ordene om Peter som apostlenes talsmand der tjener og varetager kirkens enhed – i stadig respekt for Jakobs autoritet som leder af kirken i Jerusalem.

"Ut unum sint" inviterer og opfordrer således med megen styrke til en økumenisk dialog om – blandt andet, men ikke mindst – "Peterseembedet" ("Das Petrusamt", "The Petrine Ministry") som det synlige udtryk for kirkens enhed.

Hvis man (som denne artikels forfatter) opfordres til at tage del i et økumenisk arbejde om Peterseembedet, tvinges man nødvendigvis til grundigt at overveje hvad formålet med at tage imod invitationen til samtaler om netop dette spørgsmål skulle være. Hvad mening skulle det give at bruge tid og kræfter på noget som efter sit erklærede mål synes nærmest umuligt og måske også unødvendigt?

Et svar kan ligge på forskellige planer. — Svagest og mest banalt ville det være at gå ind på invitationen af hvad man kunne kalde almindelig høflighed. En velment og ærligt engageret invitation (tilmed oprindelig foranlediget af en aldrende pave) ville det jo for så vidt ikke være pænt at afvise; men trods al mellemkirkelig høflighed og konvention kunne dette dog næppe være en tilstrækkelig begrundelse. På et mere seriøst plan kunne man mene at deltagelse i en sådan dialog, uanset målets tilsyneladende umulighed, under alle omstændigheder kunne være interessant og erkendelsesbefordrende, også i forhold til ens egen kirke. Men endelig kan man jo også gå ind på visionen om en (vis) heling af den brudte kirke, i hvert fald i den forstand at når man lever i vor tid, så har man jo erfaret at det utænkelige *kan* ske, således som vi ikke mindst oplevede det i slutningen af 1980'erne da Muren faldt og den kolde krig næsten fra den ene dag til den anden var forbi.

Væsentlig for forhåndsvurderingen af den økumeniske dialog om dette emne er også den bevægelighed som den katolske kirke (eller i det mindste betydelige strømninger

i kirken) udviser; i hvert fald i det store billede set hen over et spand på halvandet hundrede år. Fra Pius IX's fastslåelse i 1854 af den i vore øjne ejendommelige lære om Maria immaculata og hans gennemførelse af ufejlbarheds-dogmet i 1870 og frem til i dag har meget unægtelig ændret sig. Ikke at det er gået efter en lige linje,¹⁰¹ heller ikke efter Vatikanum 2; men i den samlede tendens er de indre-katolske reformer og reformbestræbelser umiskendelige. I læren er man ganske vist bundet af at det autoritativt fastslåede ikke kan laves om; men man kan – og gør det – udvise en sand fortolkningskunst (der ikke står tilbage for de angelsaksiske dommers virtuose evne til efter tidernes behov at nå nye og anderledes resultater end de formelt bindende præjudikater tilsiger) som under anerkendelse af det tidligere etablerede og dermed bestående når frem mod klart ændrede positioner. – Det er således ikke Pius IX's Petersembede der tilbydes os. Det er meget muligt heller ikke Johannes Paul II's embede; en fortsat bevægelighed, navnlig i henseende til en udbygning af de kollegiale og vel også de synodale elementer i læreembedet samt en understregning af læreudtalelsernes afhængighed af kirkens og kirkefolkets reception (forstået som anerkendelse og udbredelse i praksis) ligger formentlig som muligheder fra katolsk side. Det samme gælder jurisdiktionsprimatets begrænsning efter et strengt subsidiaritetsprincip, hvilket ville være nogenlunde det samme som fuld selvstændighed og frivillighed for andre kirker end den nuværende romersk-katolske.

Det fælles studium som i efteråret 2005 blev indledt i en

¹⁰¹ Så sent som i 1950 anvendte Pius XII således læreembedet til ex cathedra at fastslå dogmet om Mariæ Himmelfart.

gruppe på i alt 14 medlemmer med baggrund i henholdsvis den katolske kirke og de lutherske kirker,¹⁰² bliver – ikke mindst fra katolsk side – i høj grad anskuet i lyset af et tilsvarende arbejde om Peterseembedet der samtidig foregår mellem teologer fra henholdsvis den romersk-katolske og den ortodokse kirke. Det er næppe helt forkert at antage at dette arbejde i forhold til Østkirken og dets udfald er det første og vigtigste mål for Romerkirken. Vurderingen af indholdet og mulighederne i en dialog med de lutherske (og andre protestantiske) kirker må ses i lyset heraf.

Til belysning af den ortodokse kirkes reaktioner i dialogen om Peterseembedet skal således kort omtales et meget væsentligt bidrag fra metropolitten af Pergamon, John Zizioulas,¹⁰³ der har en central placering på den ortodokse side af dialogen.

Zizioulas konstaterer at det pavelige primat uden tvivl er det vigtigste, men også vanskeligste, problem i forholdet mellem den ortodokse og den romersk-katolske kirke. Den bibelske/historiske begrundelse for pavens primat anser han ikke for holdbar; Petersprimatet blandt apostlene kan ikke på historisk grund overføres til biskoppen af Rom. – Derimod står han åben over for at man ad ekklesiologisk vej kunne begrunde Pavens primat. Og han ser dette som en realistisk mulighed, dels på baggrund af

¹⁰² "Permanent Working Group on the Petrine Ministry", knyttet til og finansieret af det katolsk-lutherske Farfa Center nord for Rom.

¹⁰³ John (Zizioulas) of Pergamon, *The Future Exercise of Papal Ministry in the Light of Ecclesiology. An Orthodox Approach*, i *Papacy and Unity*, International Bridgettine Centre, Farfa Sabina 2005, s. 171ff.

de tendenser der kom til udtryk i Vatikanum 2 og i tiden derefter, dels i lyset af udviklinger inden for den ortodokse kirke selv.

Skulle det pavelige primat blive et primat også for den ortodokse kirke, må en række klare forudsætninger imidlertid være opfyldt.

For det første må den universelle kirke bestemmes som fællesskabet af lokalkirker, og ikke således at den universelle kirke er det primære og de lokale kirker blot afdelinger heraf. Dette indebærer bl.a. at et paveligt primat ikke kan omfatte jurisdiktionskompetencen; det må forblive lokalkirkens sag (som det, efter Zizioulas's udsagn, altid har været tilfældet i den ortodokse kirke).

For det andet skal et universelt primat klart opfattes som tillagt en bestemt kirke, Kirken i Rom, og ikke en individuel person. Dette, siger han, er væsentligt så sandt som "Koinonia" betyder fællesskabet mellem kirker, ikke mellem individuelle personer.

Endelig understreger Zizioulas at et universelt primat undtagelsesfrit (og ligesom alle andre primater) skal udøves i en kollegial og synodal kontekst. Paven må, i givet fald, varetage sine primatiale funktioner i samvirke med de øvrige kirkeledere og med hele kirkesamfundet som sådan, altså ikke i isolation og ikke som et herskerprimat.

I komparative undersøgelser hvor en eller anden grad af harmoniseringsmulighed haves for øje, eller dog ikke på forhånd udelukkes, er der grundlæggende to analytisk-metodiske udgangspositioner. Det samme må gælde for økumenisk dialog om kontroversielle spørgsmål hvor sigtet er videre end det rent opklarende.

Den ene består i at man, alle forskelligheder til trods, forsøger at opstille en fælles ramme inden for hvilken forskellighederne kan rummes i den forstand at de kan

analyseres og sammenlignes under samme målestok. Man fastlægger undersøgelsens overordnede genstand på et højere, og dermed mere rummeligt, niveau. Jo større forskellighederne er, des højere generalisations- eller abstraktionsniveau må man bevæge sig op på – om end med den risiko at man kommer op på et så højt abstraktionsplan at genstanden praktisk talt bliver konturløs, rammen grænseløs og målestokken dermed indholdsløs.

Man kunne f. eks. tænke sig en komparativ undersøgelse af to straffesystemer med delvis forskellig holdning og ideologi i forhold til strafferetten og dens begrundelse. Det ene system bygger på en rent klassisk opfattelse af strafferetten hvilket bl.a. betyder at forbrydelser skal mødes med traditionel straf (forskellige former for frihedsstraf samt bøder). Det andet inddrager den såkaldte behandlingsideologi i grundlaget for bekæmpelse af kriminaliteten; dvs. at en dom også kan gå ud på tvungen indlæggelse og behandling i en psykiatrisk institution. I dette sidste system roser man sig af at forbrydelser ikke automatisk mødes med straf, men efter omstændighederne med andre og mere humane forholdsregler.

Så længe dialogen mellem de to systemer alene drejer sig om anvendelse af "straf", vil man ikke kunne nå længere end til at identificere og konstatere en radikal forskel. Går man derimod et trin op ad abstraktionsstigen og taler i stedet om "sanktioner", er der mulighed for at nå længere og muligvis afdække fælles træk. Det klassiske straffesystem råder måske også over psykiatrisk behandling blandt de foranstaltninger der tilbydes eller pålægges under udståelsen af den idømte fængselsstraf. Og det behandlingsorienterede system må konstatere at i praksis sker den tvungne psykiatriske behandling ofte inden for rammerne af en frihedsberøvelse hvis længde har en tydelig tendens til at følge bestemte niveauer svarende til

forskellige forbrydelsesarter. Under begrebet "sanktioner" begynder man således at afdække ligheder (eller i hvert fald væsentlige begrænsninger i forskellene) som man ville have været afskåret fra at nå frem til så længe det alene drejede sig om begrebet "straf".

Inden for det økumeniske område kunne man som et eksempel på den anførte fremgangsmåde nævne successionsbegrebet således som det udvikledes og anvendtes i Porvoo-dialogen mellem den anglikanske kirke og de lutherske kirker i Norden og Baltikum. Ved at opfatte den historiske episkopale succession med håndspålæggelsens tegn som blot én fremtrædelsesform blandt flere i et mere omfattende successionsbegreb – kirkens ubrudte liv i den bekendende apostolske tradition – løste man knuden.¹⁰⁴ Hvad der hidtil af vel mange havde været anset for en radikal eller absolut forskel, blev nu i den bredere forståelsesramme relativiseret, og dermed egnet til jævnføring og fælles forståelse.

For god ordens skyld skal det understreges at den relativisering der tales om i de nævnte eksempler, jo ikke vedrører sagernes materielle indhold, men alene den begrebsmæssige opfattelse og beskrivelse af dette indhold.

Den anden mulighed består så at sige i det modsatte af den ovenfor beskrevne generaliserende metode. Her drejer det sig om at tage udgangspunkt i det konkrete og situationsbestemte. På dette helt konkrete og casuistiske plan vil man ikke sjældent kunne finde forholdsvis ligeartede situationer på hver side. (I det ovennævnte tilfælde med de to forskellige straffesystemer kunne man f. eks. også gribe det således an at man helt uden om begreber og terminologi ganske enkelt spørger efter hvad man rent

¹⁰⁴ Jf. Porvoo-erklæringen (1993), afsnit B, især para. 52-53.

faktisk gør ved en person der har begået en bestemt forbrydelse; her ville man så måske i visse tilfælde finde ud af at man gør stort set det samme). Og med denne form for fælles udgangspunkt kan man så sammenligne situationernes håndtering, konstatere ligheder og paralleller, og dermed afgrænse de egentlige forskelle og vurdere deres betydning.

De to beskrevne muligheder udelukker ikke hinanden, tværtimod; ofte vil de være indbyrdes forbundne og fra hver sin side lede mod det samme mål.

I den katolsk-lutherske dialoggruppe om Petersembedet har man da også foreløbig valgt en kombination af de to metoder. Og betegnelsen for det overordnede, abstrakte, begreb ud fra hvilket de videre undersøgelser og samtaler foregår, udgør en sproglig nydannelse: Primatialitet.

Det pavelige primat kommer i sin nuværende form tæt på hvad man kunne kalde et fuldbårent og helstøbt primat. Et sådant primat kendes ved at det udfører en række funktioner som i deres væsentligste indhold kan sammenfattes i fire grupper: Læremyndighed, jurisdiktionsmyndighed, repræsentationskompetence og symbolfunktion. – Der kan være overlapninger og gråzoner i denne korte opregning; men som en summarisk karakteristik af de primatial funktioner rækker det.

Ser man nu på de lutherske kirker, er det åbenbart at de samme funktioner mere eller mindre genfindes her, men at de udøves på en højst varierende måde fra kirke til kirke. Og at det endvidere er karakteristisk at de primatial funktioner inden for den enkelte kirke oftest er fordelt på flere forskellige organer, embeder og aktører – at primatialiteten med andre ord i vidt omfang er distributiv.

At de samme funktioner findes inden for både den katolske kirke og de lutherske kirker, giver grundlag for

en sammenligning så at sige "fra bunden". Lærespørgsmål opstår og skal løses. Disciplinærsager skal kunne finde en afgørelse. Repræsentationsbehovet eksisterer for ethvert kirkesamfund – i forhold til andre kirkesamfund, i forhold til den sekulære stat og, i videre forstand, over for civilsamfundet. Ensartede tilfælde i henholdsvis den katolske kirke og de lutherske kirker kan identificeres eller opstilles, og sammenlignes. – Dialogen har på dette plan fået sit oplysende og konstruktive udgangspunkt.

Dialogens overordnede udgangspunkt eller begreb, primatialiteten, er teologisk begrundet. Udgangspunktet er at enhver kristen kirke er et fællesskab *mellem mennesker i samhørigheden med den treenige Gud*. Fællesskab betyder indbyrdes forbundethed og samlet enhed. Begge aspekter vises i billedet af kirken som ét legeme hvis hoved er Kristus (Ef. 1, 22 og 5, 23; Kol. 1, 18).

I særlig tjeneste for kirkens enhed står det apostolske embede "i Kristi sted" (2. Kor. 5, 20). Og dette embede (eller tjeneste) findes og udvikler sig i forskellige former til forskellige tider. Men afgørende er at det til stadighed findes, også i dag, i alle kristne kirker; og at det "i Kristi sted" så at sige *participerer i Kristi primat*. Det kan udøves personelt, men lige så vel kollegialt og synodalt. Og det kan, som anført, bestå i flere embeder som i samvirke udfører tjenesten for kirkens fællesskab og enhed.

I denne forstand rummer enhver kristen kirke med nødvendighed primatialitet. Samles det hele i ét embede, der tilmed i vidt omfang udøves personelt, er der tale om et egentlig primat. Men pointen er at det personlige og alle funktioner omfattende primat kun er én bestemt blandt flere mulige fremtrædelsesformer af den primatialitet som i mange og vekslende former kendes i alle kristne kirker.

Primatialitet bliver derved det begreb eller det plan

hvor forskellene mellem Romerkirken og de lutherske kirker ikke nødvendigvis fremtræder som kategoriske og radikale, men som relative. Og dermed er de første trin på vejen for en dialog, der går ud over den blotte konstatering og uddybning af positioner, for så vidt banet.

For den katolske kirke består opgaven inden for denne ramme først og fremmest i at forklare og demonstrere de begrænsninger og modifikationer der nu om dage er eller dog kan være under udvikling i det pavelige primat i forhold til et totalt og personligt herskerprimat. For den evangeliske side er udfordringen at identificere og beskrive de primatiale elementer i de lutherske kirkers store og brogede mangfoldighed. Hvorledes dette sidste skal lade sig gøre, frembyder særskilte metodeproblemer.

Man kan anlægge et systematisk udgangspunkt, dvs. foretage en opregning af alle de primatiale funktioner og så forsøge at kortlægge hvorledes de udøves i de enkelte kirker.

Allerede selve opregningens nærmere indhold kan være diskutabel, i hvert fald i en nordisk kontekst. Endvidere vil en vis underinddeling i forhold til hovedfunktionerne (f.eks. henholdsvis "vejledende" og "afgørende" kompetence i lærespørgsmål) være nødvendig dersom beskrivelsen af kompetencernes fordeling skal være tilstrækkelig informativ og adækvat.

Ved fastlæggelse af "svarene" – dvs. hvilke organer, embeder, personer etc. der udøver de forskellige kompetencer og funktioner – opstår igen et metodemæssigt valg. Man kan angribe spørgsmålet 1) teologisk/ekklesiologisk, 2) juridisk eller 3) "sociologisk". De tre indfaldsvinkler er naturligvis indbyrdes forbundne, men ikke fuldt ud sammenfaldende. Teologisk vil man finde et i mange henseender broget billede med indbyrdes afvigende op-

fattelser og en (næppe altid erkendt) sammenblanding af "Sollen"- og "Sein"-udsagn. Juridisk kan man naturligvis beskrive den gældende regulering mv.; men den vil ikke altid svare fuldt ud til realiteterne. Hertil kommer at ikke alle primatiale funktioner eller fænomener er undergivet – eller kan være undergivet – retlig regulering (f.eks. den primatiale symbolfunktion). På denne baggrund måtte den "sociologiske" indfaldsvinkel formentlig foretrækkes. Hermed menes at svarene så vidt muligt skal gives ud fra en iagttagelse og opfattelse af hvorledes de primatiale funktioner og fænomener rent faktisk forekommer i den enkelte kirke.

En systematisk tilgang til problemet vil således dels indeholde nogle diskutabile valg samt en række usikkerheder, dels frembyde et meget sammensat, for ikke at sige flimrende, billede. Ikke mindst det sidste vil formentlig bevirke at denne fremgangsmåde er mindre egnet til – i sig selv og som den eneste beskrivelse – at udgøre et brugbart grundlag for en økumenisk dialog med udgangspunkt i Petersembedet.

Mere hensigtsmæssigt vil det derfor måske være at anvende, eller i hvert fald supplere med, en selektivt præget og til dels "casuistisk" metode. Hermed menes en fremgangsmåde hvor der i stedet for en generel systematisk (og i sin intention udtømmende) beskrivelse spejdes efter tilfælde og eksempler på egentlige og klare primatiale funktioner eller fænomener, udøvet af en person, et kollegium eller en anden velafgrænset persongruppe.

I hvilket omfang udøver den enkelte biskop, bispekollegiet, kirkerådet m.fl. klart primatiale funktioner i de nordiske kirker? Gives der eksempler på at enkeltpersoner (ærkebiskop, ledende biskop, "primus inter pares" eller andre) er trådt frem og har udøvet primatiale funktioner? – Dette er de spørgsmål man kunne stille og søge

mere casuistisk og eksemplificerende besvaret. Selv om svarene i visse tilfælde måske ville blive temmelig magre, kunne de alligevel vise sig at være fuldt så belysende og egnede som grundlag for en fortsat diskussion som den systematiske tilgang.

Det sidste af de to ovennævnte spørgsmål (eksempler på at enkeltpersoner er trådt frem og har udgjort "kirkens røst") leder særligt tanken hen på krisesituationer. I beskrivelsen af Pavedømmets historiske udvikling peger flere forfattere på at en væsentligt medvirkende årsag til Paveembedets udvikling mod et universelt og i vidt omfang autonomt primat netop udsprang af krisesituationer. "In certain situations in which the church, her unity and independence, was gravely or even extremely threatened, it was indeed helpful that the popes were able to respond to the challenge with a forced exercise of their authority";¹⁰⁵ samme (katolske) forfatter tilføjer i øvrigt: "But when this threat had passed, the increased manner of exercising their authority was not reduced to allow room for communal and collegial structures again"

Det kunne på denne baggrund være interessant at finde og beskrive mulige eksempler på at enkeltpersoner i de lutherske kirker i situationer med ydre pres eller indre splittelse er trådt frem (også uden et egentligt retsgrundlag herfor) og har artikuleret "Kirkens røst" – og har gjort det med en i situationen accepteret autoritet. Sådanne eksempler vil blandt andet kunne findes i Tyskland under nazismen samt i Norge og Danmark under den tyske besættelse: Barmenerklæringen fra 1934, "Kirkens Grunn" i Norge 1942, og i Danmark biskoppernes hyrdebrev i 1943

¹⁰⁵ Pottmeyer, i *Papacy and Unity*, International Bridgettine Centre, Farfa Sabina 2005, s. 109.

samt året efter Regin Prenters "Kirken og retten i den aktuelle situation".

Som sagt er "primatialitet" et eksempel på et overordnet begreb som bidrager til at bane de første skridt på vejen for en dialog om Petersemettet mellem den romersk-katolske kirke og de lutherske kirker. Om vejen videre frem er farbar, afhænger navnlig af to faktorer. Den ene består i risikoen for at begrebet "primatialitet" er skudt op på et så højt abstraktionsniveau at det i realiteten er tomt, eller i hvert fald så indholdssvagt at det ikke giver brugbare målestokke for den tilsigtede jævnføring. Kun den videre og konkrete anvendelse af begrebet vil kunne vise om dette er tilfældet; "primatialitet" må ligesom andre systematiske begrebsdannelser stå og falde med den forklaringskraft det kan påvises at besidde.

Den anden mulige spærring af vejen frem vil naturligvis kunne bestå i at uanset om de tilsyneladende radikale forskelle er blevet bragt ind under en brugbar fællesnævner, så kan selv de relative forskelle vise sig at være så uovervindelige at dialogen må ende med konstateringen heraf. Også dette må den videre samtale vise. Selv om en sådan konstatering til sin tid skulle blive resultatet, så har det dog været umagen værd at gøre forsøget; og under alle omstændigheder vil det vel nærmest være uundgåeligt at begge parter under vejs er blevet klogere, både på den anden og på sig selv. Men så længe man ikke måtte være nået til et sådant punkt, er der som sagt grund til at holde sig åben også for den store vision. Det er i hvert fald ikke tvingende nødvendigt på forhånd at se bort fra muligheden af at det utænkelige en dag kunne ske; at vi, som den ovennævnte Metropolit John af Pergamon udtrykte det, "may all be one, as God the Holy Trinity is one".