JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 1 SESS: 54 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/00–titel

Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 2 SESS: 54 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/00–titel

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 3 SESS: 55 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/00–titel

Marianne Nørregaard

Menneskerettigheds-konventionens anvendelse mellem private

FORLAGET THOMSON
GadJura

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 4 SESS: 54 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/00–titel

Marianne Nørregaard
Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private
1. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2004

ISBN 87-619-0812-6

Omslag: Birger Gregers MDD, Frederiksberg
Sats og tryk: BookPartnerMedia, København

Mekanisk, fotografisk eller anden gengivelse
af denne bog eller dele af den er ikke tilladt
ifølge gældende dansk lov om ophavsret.
Alle rettigheder forbeholdes.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 5 SESS: 54 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/00–titel

Forord

Denne bog er en let revideret udgave af min ph.d–afhandling, som jeg afleverede den 3. februar 2003 og forsvarede på Københavns Universitet den 11. september 2003. Afhandlingen er skrevet, dels mens jeg var ph.d.studerende på Retsvidenskabeligt Institut B ved det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet, dels mens jeg har været dommerfuldmægtig.

Under arbejdet med afhandlingen har jeg modtaget støtte, inspiration, råd og vejledning fra så mange, at det ikke er muligt her at takke hver enkelt ved navns nævnelse. Det betyder selvsagt ikke, at jeg ikke er taknemmelig for den hjælp, jeg således har fået.

En særlig tak skylder jeg Professor i forfatningsret Henning Koch, der som vejleder har ydet inspiration og støtte hele vejen gennem projektet selv på det tidspunkt, hvor projektet syntes helt at være gået i stå. Denne støtte betød meget, og jeg er taknemmelig for den.

Videre vil jeg gerne takke Professor i retslære Henrik Zahle for den interesse, han har vist mit projekt, og for den inspiration vedrørende retsteori og metode, han har ydet under forløbet, herunder i forbindelse med hans ph.d.-kursus i almen retslære i foråret 1997 om retsvidenskabelig teori og metode – et kursus, hvis indhold i høj grad har dannet grundlag for de mere metodiske overvejelser i afhandlingen.

Jeg vil også gerne takke Associeret Professor Agnete Weis Bentzon for nyttige og indsigtsfulde kommentarer til forskellige udkast til dele af afhandlingen.

Også Professor ved Ålborg Universitet Erik Werlauff er jeg taknemmelig for kommentarer til afhandlingen i et tidligere udkast og for støtte og inspiration i det senere forløb.

Særskilt tak skal også lyde til Landsdommer ved Østre Landsret, Lone Kerrn-Jespersen, der påtog sig det store arbejde at læse et udkast til hele afhandlingen gennem og kommentere dette.

Videre har forskningslektor Anne Lise Kjær ydet støtte både fagligt til de metodiske overvejelser og personligt under forløbet, hvilket jeg også takker for.

Sidst – men ikke mindst – vil jeg gerne takke min kæreste, Lars

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 6 SESS: 54 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/00–titel

Thøgersen, for støtte og opbakning gennem hele afhandlingens udarbejdelse. Uden ham var projektet aldrig blevet gennemført.

Der er som udgangspunkt ikke medtaget materiale, der er fremkommet efter den 1. oktober 2002.

Frederiksberg, december 2003
Marianne Nørregaard

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 1 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

Indholdsfortegnelse

Kapitel 1: Afhandlingens problem *19*
1. Afhandlingens problemstilling *19*
2. Problemstillingens kontekst *20*
3. Afhandlingens forudsætninger *23*
4. Nærmere afgrænsning af problemstillingen *25*
5. Terminologi *26*
6. Foreløbige bemærkninger til metoden *27*
7. Afhandlingens udgangspunkt *28*
8. Målgruppe *28*
9. Oversigt over fremstillingen *29*

Kapitel 2: Menneskerettighederne i postmodernismens lys: Retsteoretiske og metodiske forudsætninger *31*
1. Indledning *31*
2. Menneskerettighedernes teoretiske fundament *32*
   - 2.1. Fra det »moderne« til det »postmoderne« samfund *33*
   - 2.2. Det moderne samfunds retsteoretiske problem: Naturret eller retspositivisme *35*
     - 2.2.1. Naturretten og menneskerettighederne *35*
     - 2.2.2. Vurdering af naturretten i relation til menneskerettighederne *37*
     - 2.2.3. Retspositivismen og menneskerettighederne *38*
     - 2.2.4. Vurdering af positivismens anvendelighed i relation til menneskerettighederne *39*
   - 2.3. Det postmoderne samfund. Pluralisme og hermeneutik *42*
     - 2.3.1. En postmodernistisk kritik af moderne teorier: den pluralistiske tilgang *43*
     - 2.3.2. Vurdering af retspluralismen i relation til menneskerettighederne *44*
     - 2.3.3. Hermeneutikken: Postmodernismens ophævelse af et retsteoretisk problem *46*
       - 2.3.3.1. Stuer Lauridsen: for-forståelsens betydning *47*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 2 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

2.3.3.1.1. Hermeneutikken og menneskerettighederne *49*
2.3.3.2. David Doublets udbygning af hermeneutikken *49*
2.3.3.2.1. Juridiske fortolkningsfællesskaber *50*
2.3.3.2.2. Transnationalt, juridisk fællesskab *52*
2.3.3.2.3. Sprogets betydning *56*
2.3.3.2.4. Inddragelse af værdier i retsanvendelsen *58*
2.3.3.2.5. Doublet og menneskerettighederne *62*
2.3.3.2.6. Sondringen mellem offentlig ret og privatret *63*
2.3.3.3. Konklusion *64*
3. Metodiske overvejelser *64*

Kapitel 3: Menneskerettigheder – en ramme *69*
1. Indledning *69*
2. Hvad er menneskerettigheder. Menneskerettighedsbegrebets rødder og indhold *70*
2.1. Menneskerettighedsbegrebet – værdier eller positive retsregler? *70*
2.2. Menneskerettighedernes rødder: liberalisme og naturret. *70*
2.3. Menneskerettighedernes indhold *73*
2.4. Positive eller negative pligter *77*
2.5. Sammenfatning *77*
3. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions grobund i Danmark *78*
3.1. Danske forestillinger om menneskerettigheder som ramme for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *78*
3.1.1. Menneskerettighedernes frembrud i dansk ret *79*
3.1.1.1. Den »første bølge« *80*
3.1.1.2. Den »anden bølge« *84*
3.2. Magtfordelingsprincippet *86*
3.3. Kompetencefordeling mellem danske og internationale myndigheder *96*
3.4. Sammenfatning *97*
4. Forestillinger om folkeretten, der spiller en rolle for fortolkningen *97*
4.1. Forestillinger om folkerettens subjekter *97*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 3 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

4.1.1. Krigsforbrydelser *99*
4.1.2. Humanitær folkeret *100*
5. Sammenfatning *103*

Kapitel 4: Retskilder og fortolkning *104*
1. Indledning *104*
2. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions pluralistiske særpræg *105*
3. Retskilder *106*
3.1. Spørgsmålet om betydningen af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol *106*
3.1.1. Retspraksis fremkommet indtil inkorporeringen *108*
3.1.2. Retspraksis fremkommet efter inkorporeringen *110*
3.2. Konklusion *113*
4. Fortolkning af retskilderne *114*
4.1. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstolsfortolkningsstil *115*
4.1.1. Udformningen af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme *115*
4.1.2. Wienerkonventionen om traktaters fortolkning *116*
4.1.3. Fortolkningsprincipper ved fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *118*
4.1.3.1. Principper, der er udtryk for høj grad af individbeskyttelse *118*
4.1.3.2. Principper, der skal varetage staternes interesser *123*
4.1.3.3. Proportionalitetsprincippet *127*
4.1.3.4. Betydningen af andre traktater og folkeretten generelt for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *127*
4.2. Danske domstoles fortolkningsstil *128*
4.3. Konklusion *131*
4.4. Forvaltningens fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *132*
4.4.1. Konklusion *133*
5. Sammenfattende konklusion *133*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 4 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

Kapitel 5: Det tyske fortolkningsfællesskab – »Drittwirkung« *135*
1. Indledning *135*
2. Tysk forfatningsret *139*
   2.1. Grundlæggende bestemmelser i den tyske forfatning *139*
   2.2. Fortolkning af GG *141*
   2.3. Drittwirkung af GG *144*
      2.3.1. Direkte eller indirekte virkning? *145*
      2.3.2. En mere nuanceret teori *149*
         2.3.2.1. Alexy's argumentation *150*
         2.3.2.2. Sterns argumentation *153*
      2.3.3. Sammenfatning *156*

Kapitel 6: Det transnationale fortolkningsfællesskabs opfattelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Teorien *159*
1. Indledning *159*
2. Fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *161*
   2.1. Ordlydens betydning for vurderingen af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige anvendelse mellem private *163*
      2.1.1. Kan der af konventionen udledes en generel regel om anvendelse mellem private? *165*
         2.1.1.1. Art. 1 *165*
         2.1.1.2. Art. 13 *167*
         2.1.1.3. Art. 17 *168*
         2.1.1.4. Tentativ konklusion *170*
      2.1.2. Kan enkelte bestemmelser i konventionen forstås således, at de regulerer retsforhold mellem private? *170*
         2.1.2.1. Art. 6 *171*
         2.1.2.2. Art. 12 *172*
         2.1.2.3. Art. 1 i tillægsprotokol 1 *173*
         2.1.2.4. Art. 1 i tillægsprotokol 4 *174*
         2.1.2.5. Art. 5 i tillægsprotokol 7 *175*
         2.1.2.6. Tentativ konklusion *177*
      2.1.3. Bestemmelser, der ikke kan anvendes mellem private? *177*
      2.1.4. Tentativ konklusion *178*
      2.1.5. Figuren »The rights of others« *178*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 5 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

2.1.6. Regler om individets pligtsubjektivitet *180*
2.1.7. Tentativ konklusion vedrørende ordlydsfortolkningen *181*
2.2. Andre fortolkningsdata *181*
2.2.1. Betydningen af anden international regulering *181*
2.2.2. »Konsensus-betragtninger« *185*
2.2.3. Forarbejderne til konventionen *186*
2.2.4. Formålsfortolkning *187*
3. Konklusion *189*

Kapitel 7: Det transnationale fortolkningsfællesskabs opfattelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Retspraksis og doktrinen om positive forpligtelser *190*
1. Indledning *190*
2. Statens pligter i henhold til den almindelige folkeret *192*
2.1. Retsvirkningen af brud på en internationalretlig aftale *192*
2.2. Hvilke aktører kan aktivere en stats ansvar for konventionskrænkelser? *193*
2.2.1. Statens ansvar for organer *194*
2.2.2. Statens ansvar for personers handlinger og undladelser *196*
2.3. Statens ansvar for private *196*
2.3.1. Udgangspunktet *196*
2.3.2. Doktrinen om positive forpligtelser *198*
3. Positive pligter i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *200*
3.1. De første skridt i retning af konceptet »positive pligter« *201*
3.1.1. Konceptet indkredses *202*
3.1.2. Ringeisen-dommen: *205*
3.2. Den videre udvikling af konceptet »positive forpligtelser« *208*
3.2.1. Spaltningen mellem det danske juridiske fortolknings-fællesskab og det transnationale fortolkningsfællesskab *209*
3.2.2. Udviklingen i retspraksis frem mod doktrinen om positive forpligtelser *211*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 6 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

3.2.2.1. Positive forpligtelser fastslås udtrykkeligt i retspraksis *211*
3.2.2.2. Airey mod Irland *214*
3.2.2.3. Young, James og Webster *216*
3.2.2.4. X og Y mod Holland *218*
4. Positive forpligtelser og Drittwirkung *220*
5. Konklusion *221*

Kapitel 8: Omfanget af staternes positive forpligtelser *223*
1. Reglerne i den almindelige internationale ret *223*
2. Ansvaret efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *225*
2.1. »But-for-testen« *225*
2.2. Almindelige fortolkningsregler ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol *227*
2.3. Særlige pejlemærker, der kan udledes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis *229*
2.3.1. Den positive forpligtelse består direkte efter konventionen *231*
2.3.2. Lovgivningen ikke tilstrækkelig *232*
2.3.3. Staten medvirker til krænkelsen *234*
2.3.4. Særlig anledning for staten til at gribe ind? *235*
2.3.5. Særligt beskyttelsesbehov *237*
2.3.6. Delegation af statens »pligter« efter konventionen *238*
2.3.7. Særligt om bestemmelser, der skal tilsikre individet adgang til behandling af klager over konventionskrænkelser *239*
2.3.8. Ulighed i styrkeforholdet mellem parterne *241*
2.3.9. Intensitet eller særligt fundamentale områder som kriterium for, om konventionen er anvendelig mellem private? *244*
2.3.10. Konfliktens privatretlige karakter som kriterium *245*
2.4. Afvejning af forskellige hensyn *248*
2.4.1. Skønsmarginen *249*
2.4.2. Fair balance; afvejning efter stk. 2 *251*
2.4.3. »A proper balance between the conflicting interests of those involved« *253*
2.4.4. Kommercielle forhold *254*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 7 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

2.4.5. Forskel på krav til proceduren i strafferetlige sager og i civile sager *256*
2.5. Begrænsninger i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols stillingtagen til sager mellem private *256*
2.5.1. Bevismæssige spørgsmål *256*
2.5.2. Den tidsmæssige virkning *258*
3. Er alle bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendelige på konflikter mellem private? *259*
4. Konklusion *260*

Kapitel 9: Sammenkoblingen mellem det transnationale fortolkningsfællesskab og det danske juridiske fortolkningsfællesskab: Den Europæiske Menneskerettigheds konventions krav til national ret *261*
1. Indledning *261*
2. Kravet om loyal opfyldelse *261*
2.1. Den almindelige folkeret *262*
2.2. Særligt om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *263*
2.3. Hvilke krav stiller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol til staterne som følge af en dom? *265*
2.3.1. Staten selv bliver dømt for en krænkelse *265*
2.3.2. Andre stater bliver dømt for en krænkelse *266*
3. Konklusion *268*

Kapitel 10: Det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Teorien *270*
1. Indledning *270*
2. Den teoretiske debat *271*
2.1. Den tidligere teori – 1950 til midten af 1980'erne *272*
2.1.1. Folketingets behandling af Danmarks tilslutning til konventionen *272*
2.1.2. Litteraturen i perioden fra tilslutningen til drøftelserne om inkorporeringen *274*
2.2. Nyere teori – fra midten af 1980'erne *280*
2.2.1. Kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention »anvendes direkte« i dansk ret? *282*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 8 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

2.3. Beslutningen om inkorporering *285*
2.4. Efter inkorporeringen *288*
3. Terminologi *292*
3.1. Særligt om sondringen direkte – indirekte Drittwirkung *293*
4. Konklusion *299*

Kapitel 11: Dansk domspraksis og forvaltningspraksis vedrørende Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige anvendelse mellem private *301*
1. Indledning – metodiske overvejelser *301*
1.1. Straffesager *301*
1.2. Civile sager *302*
2. Domspraksis om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret *306*
2.1. Civile sager *306*
2.1.1. Sager vedrørende art. 6 *307*
2.1.1.1. Sager om adgang til domstolene *307*
2.1.1.2. De almindelige retssikkerhedsregler *310*
2.1.2. Sager vedrørende art. 8 *312*
2.1.2.1. Familieretlige sager *312*
2.1.2.2. Sager om tvangsfjernelse af børn *315*
2.1.3. Sager vedrørende art. 10 *316*
2.1.3.1. Anvendelse i lejeforhold *316*
2.1.3.2. Erstatning uden for kontrakt *319*
2.1.4. Sager vedrørende art. 11 *319*
2.1.5. Sager vedrørende art. 1 i tillægsprotokol 1 *323*
2.1.6. Ikke anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private *324*
2.2. Særligt om straffesager, hvor konventionen anvendes mellem private *325*
2.2.1. Straffesager, hvor der foretages en konkret afvejning mellem privates interesser *325*
2.2.2. Private straffesager *326*
2.2.3. Særligt om adhæsionsprocessen *328*
2.3. Sammenfatning *329*
3. Forvaltningens praksis om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private *332*
3.1. Indledning *332*
3.2. Folketingets Ombudsmand *332*
4. Konklusion *335*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 9 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

Kapitel 12: Analyse af de skildrede retlige konstruktioner af anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private *336*

1. Indledning *336*
2. Det overordnede udgangspunkt *337*
3. Modforestillinger mod anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private *339*
   - 3.1. Trediepartsvirkning *340*
   - 3.2. Pligtsubjektivitet *340*
   - 3.3. Anvendelse i privatretten – horisontal virkning *341*
4. Den forudsatte grundnorm *342*
5. Analyse af den forudsatte grundnorm *343*
   - 5.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige karakter: Kompetencenormer og forholdsnormer *344*
     - 5.1.1. Det internationale niveau *345*
     - 5.1.2. Det nationale niveau: Dansk ret *348*
       - 5.1.2.1. Retsstillingen før inkorporeringen *349*
       - 5.1.2.2. Inkorporeringens betydning for det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige karakter *351*
   - 5.2. Pligtsubjektivitet som pejlemærke/afgørende for Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde *356*
     - 5.2.1. Begrebet »pligtsubjektivitet« *357*
     - 5.2.2. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og begrebet »pligtsubjektivitet« *359*
     - 5.2.3. Begrebet «pligt« *359*
       - 5.2.3.1. Konventionens regler på det internationale niveau *361*
       - 5.2.3.2. Konventionens regler på det danske niveau *361*
   - 5.3. Sondringen mellem offentlig ret og privatret som pejlemærke/afgørende for Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde *366*
     - 5.3.1. Sondringen »offentlig ret« – »privat ret« i dansk ret *367*
6. Konklusioner *371*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 10 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

Kapitel 13: Anvendelse af Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention mellem private i dansk ret *376*

1. Indledning *376*
2. Formulering af hensyn, der har betydning for anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret *379*
   - 2.1. De overordnede hensyn *380*
     - 2.1.1. Harmoniseringshensynet *381*
     - 2.1.2. Forudberegnelighedshensynet *383*
     - 2.1.3. Magtfordelingshensynet *387*
     - 2.1.4. Lighedsprincippet *389*
   - 2.2. Aftalefriheden *389*
3. Har domstolene pligt til ex officio at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i civile sager? *392*
   - 3.1. Dansk ret *392*
   - 3.2. Den internationalretlige synsvinkel *397*
   - 3.3. Konklusion vedrørende domstolenes inddragelse ex officio af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i sagen mellem private *400*
4. Har forvaltningsmyndighederne pligt til ex officio at inddrage Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention i civile sager? *401*
5. Konklusion *402*

Kapitel 14: Sammenfatning *403*

1. Afhandlingens problem *403*
2. Retsteori og metode *403*
3. For-forståelsen som den ramme, som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fortolkes ind i *404*
4. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols anvendelse af Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention på retlige konflikter mellem private *405*
5. Dansk ret *407*
6. Analyse *407*
7. Samlet konklusion *408*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 11 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

Litteraturliste *410*
Andet materiale *423*

Domsliste *424*
Andre afgørelser *424*
Ombudsmandsudtalelser *424*
Domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol *425*
Domspraksis fra den tyske forfatningsdomstol *426*

Stikordsregister *427*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 12 SESS: 8 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/kap–00titn

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 1 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 1

Afhandlingens problem

1. Afhandlingens problemstilling

Denne afhandling handler om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse i dansk ret til afgørelse af retlige konflikter mellem private. Heri ligger dels et spørgsmål om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention overhovedet *kan* anvendes mellem private indbyrdes i dansk ret, dels – hvis det første spørgsmål besvares bekræftende – et spørgsmål om i hvilket omfang konventionen kan anvendes.

En del jurister oplever problemstillingen som liggende fjernt fra – eller helt uden for – menneskerettighedernes virkefelt og fremhæver, at menneskerettighederne netop regulerer forholdet mellem en stat og dens borgere og ikke mellem borgerne indbyrdes. I den forbindelse betones ofte, at reglernes formål er at beskytte individet mod staten, for eksempel mod overgreb begået af politiet i form af husundersøgelser eller ulovlige frihedsberøvelser af borgerne. Reglerne er dermed kendetegnet ved, at de finder anvendelse i feltet mellem stat og borger.

At menneskerettighederne regulerer forholdet mellem staten og dens borgere er givet. Denne regulering kan sikkert også betegnes som menneskerettighedernes kerneområde.

Men individer agerer ikke kun i et retligt forhold til staten, men også i et samspil med andre individer – et samspil, der i vidt omfang reguleres af staten. Dette aktualiserer spørgsmålet om, hvorvidt menneskerettighederne udover at regulere feltet mellem stat og borger, også i et eller andet omfang, måske ved statens mellemkomst, regulerer feltet mellem samfundets individer indbyrdes. Det er denne problemstilling, der behandles i afhandlingen.

Problemet kan illustreres med et eksempel; efter Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 10 har enhver ret til ytringsfrihed. En klassisk menneskeretlig problemstilling er offentligt ansattes ytringsfrihed. Hvis en minister for eksempel afskediger en ansat, der har ytret sig kritisk overfor ministerens politik, kan det diskuteres, om en sådan afskedigelse krænker den ansattes ret til ytringsfrihed efter

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 2 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 10. Spørgsmålet er, om det samme gælder, såfremt en privat arbejdsgiver afskediger en af sine ansatte på grund af den pågældendes ytringer. Vil en sådan afskedigelse kunne anfægtes under henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 10? Og hvem skal protesten rettes imod – den private arbejdsgiver eller staten?

2. Problemstillingens kontekst

Den traditionelle begrundelse for menneskerettighedernes anvendelse mellem staten og det enkelte individ er blandt andet magtforholdet mellem staten og borgerne. Historisk er menneskerettighederne vokset frem som en beskyttelse af individer mod fyrsten, kongen, eller hvem der nu aktuelt udgjorde samfundsmagten. Staten besidder også i dag de ultimative magtmidler til at krænke individets mest personlige grænser som for eksempel den personlige frihed, ytringsfriheden m.v., al den stund staten råder over politiet og hæren. Men også den magt, der repræsenteres i det øvrige statsapparat, giver staten udstrakte muligheder for at krænke individer, ved for eksempel undertrykkelse af information og samfundsdebat. Selvom den danske stat ikke anvender disse magtmidler i det omfang, som det kendes fra diktaturstater rundt om i verdenen[1], eksisterer der altid en potentiel risiko herfor. Spørgsmål, om ikke også Danmark krænker de basale menneskerettigheder, opstår fra tid til anden[2]. Der er derfor gode grunde til at fastholde menneskerettighedernes primære formål som individets beskyttelse mod den magtfulde stat.

Imidlertid kan private også have magt til at krænke individers personlige grænser. Samfundsudviklingen har frembragt magtkoncentrationer af en sådan størrelse, at de sagtens kan true det enkelte individs menneskerettigheder. Pressen, (fag-)foreninger, virksomheder og fabrikker kan alle på forskellige måder udgøre en risiko for, at individer

1. Det danske Center for Menneskerettigheder (nu Institut for Menneskerettigheder) konstaterer lettet i sin beretning »Menneskeret i Danmark. Status 2000«, s. 9, at »det heller ikke i år 2000 (har) været beretninger om politivold, tortur og lemlæstelser, der har tegnet det menneskeretlige billede af Danmark«. Instituttets årlige statusberetninger indeholder en oversigt over de mulige problemer, Danmark kunne have på det menneskeretlige område.
2. Som den jævnligt opblussende debat om isolationsfængsel for eksempel viser.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 3 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

bliver udsat for krænkelser på områder, der er beskyttet af menneskerettighederne.

Den generelle tendens til at privatisere forskellige samfundsopgaver forøger denne risiko. Hvis private bemyndiges til at drive fængsler, inddrive gæld, foretage husransagninger og anden efterforskning – alle eksempler, der har været nævnt i dagspressen – bliver der yderligere behov for beskyttelse mod misbrug af den magt, der følger med.

Men også i situationer, hvor en privat i og for sig ikke er overladt nogen decideret magt i forholdet til andre private, kan der hos borgerne være en forventning om, at staten beskytter private mod andre privates overgreb, således at enkeltindivider for eksempel er beskyttet mod voldtægt, krænkelser af privatlivets fred ved uberettiget registrering m.v.

Denne udvikling udgør en udfordring til menneskerettighederne og kan medføre et krav om, at menneskerettighedernes anvendelsesområde ses i et nyt lys, hvis de ikke skal blive af begrænset betydning.

Emnet aktualiseres yderligere ved udviklingen[3] i menneskerettighedernes betydning i dansk og europæisk ret.

For så vidt angår dansk ret var der for blot 20-30 år siden en udpræget mangel på interesse for menneskerettighederne. Hverken den lovgivende magt eller de retsanvendende myndigheder fandt særligt ofte anledning til at beskæftige sig med menneskeretlige spørgsmål. Af de domme, der er trykt i Ugeskrift for Retsvæsen, kan man fra 1960 til 1980 finde 3 domme, der udtrykkeligt omtaler Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Dette har ændret sig. I dagens Danmark spiller Den Europæiske Menneskerettighedskonvention en vigtig rolle ved de retsanvendende myndigheder og i den generelle, herunder i den juridiske, debat. Således er der i Ugeskriftet for Retsvæsen for 1999 trykt 57 domme, der udtrykkeligt henviser til menneskerettighederne.

Inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret i 1992 var et udtryk for denne øgede fokus på menneskerettighederne – og samtidigt genererede inkorporeringen i sig selv yderligere øget fokus på menneskerettighederne.

Et andet udtryk for denne udvikling findes i Domstolsudvalgets be-

3. Se om denne udvikling for eksempel Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, kapitel 2.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 4 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tænkning fra 1996. Her anføres det[4], at en række udviklingstendenser, blandt andet inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret, »kan … siges at stille *nye* krav til dommernes juridiske kvalifikationer« (min fremhævelse). Denne formulering kan forhåbentligt ikke tages til indtægt for en opfattelse, hvorefter domstolene tidligere ikke har været kvalificerede til vurdering af menneskeretlige konflikter, men blot, at de spørgsmål, der blev forelagt domstolene tidligere, ikke fokuserede på menneskeretlige aspekter i samme omfang, som tilfældet er i dag. Samtidigt peger formuleringen fremad på den omstændighed, at udviklingen i den øgede fokus på menneskerettighederne ikke er afsluttet endnu.

Også på det europæiske plan har menneskerettighederne fået en stigende betydning, der ikke vil blive mindre i de kommende år. Dette skyldes ikke kun, at der vedvarende kommer tillægsprotokoller og andre retsakter fra Europarådet, der inddrager stadigt flere retsområder under den menneskeretlige regulering, men også Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkningsstrategi, hvorved Den Europæiske Menneskerettighedskonventions område jævnligt udvides til at dække flere og flere facetter af det enkelte individs liv. Dette betyder, at der efterhånden stort set ikke er noget livsområde, der ikke berøres af menneskeretlig regulering under en eller anden form[5]. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis blandt andet betydning for vurderingen af arveretlige konflikter, konflikter om samværsret, lejeretlige konflikter m.v. Hermed får menneskerettighederne en tværgående karakter i forhold til den traditionelle opdeling i juridiske discipliner, og grænsen mellem offentlig ret og privat ret udviskes i et vist omfang – hvilket også er forhold, der peger hen mod en bredere forståelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde.

Udover denne materielle udvidelse af selve indholdet af »menneskerettighederne« spiller de processuelle regler også en rolle. Der har, siden konventionen blev vedtaget, været en tendens, der næppe heller er

4. Betænkning 1319/1996, særligt s. 175.
5. Se også for eksempel Merrills »The development of international law by the European Court of human Rights« s. 9, der anfører følgende: »Since there is no aspect of national affairs which can be said to be without implications for one or another of the rights protected by the Convention, there is no matter of domestic law and policy which may not eventually reach the European Court«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 5 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

afsluttet endnu, til at udvide de partsbeføjelser, der tilkommer den, der har indgivet klage til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, for eksempel med øget adgang til advokatbistand. Dette betyder også, at flere spørgsmål kommer til pådømmelse, hvilket igen kan give anledning til en udvidelse af det materielle indhold af konventionsbeskyttede rettigheder.

I takt med denne udvikling og i takt med, at flere og flere får øjnene op for udviklingen og de muligheder, der ligger i konventionssystemet, vil der også opstå flere og flere konflikter, hvor private føler deres menneskerettigheder krænkede af andre private. Samtidigt vil det være vanskeligt at forstå for den enkelte borger, at der skulle være forskel i beskyttelsen, afhængigt af, om det er staten, der krænker en menneskerettighed efter konventionen, eller om det er en anden privat, der er ophav til krænkelsen. Retssystemets legitimitet kan komme under pres, hvis ikke sådanne følelser tages alvorligt.

Denne udvikling gør diskussionen om menneskerettighedernes anvendelse i privat-sfæren særdeles relevant.

Samtidigt er emnet ikke behandlet i særligt stort omfang i dansk ret. En del forfattere omtaler det, men sjældent særligt grundigt. Mange omtaler spørgsmålet om, hvorvidt menneskerettighederne kan anvendes mellem private eller ej, uden mange nuancer. En samlet fremstilling findes ikke.

3. Afhandlingens forudsætninger

Afhandlingen bygger på dansk ret og folkeretten. Der er dog i de senere år stillet spørgsmålstegn ved, om ikke den traditionelle sondring mellem dansk ret og folkeret hviler på forkerte forudsætninger.

Der er for tiden dem, der vil hævde, at nationalstaten er under afvikling eller ikke længere eksisterer som begreb[6]. Begrundelserne for synspunktet er, at tiden er løbet fra nationalstaten som begreb, og at

6. Se hertil Dalberg-Larsen: »Ret, tekst og kontekst«, s. 106, om postmodernisters opfattelse af, at »demokratiet (er) udlevet« og »nationalstaternes betydning (er) passé«. Se også Hanne Petersen: »Informel ret på kvindearbejdspladser«, s. 37ff., særligt 40. Opfattelsen af nationalstatens endeligt korresponderer med Søren Mørch: »Den sidste Danmarkshistorie«, der i det hele bygger på denne opfattelse, se for eksempel s. 9, hvor det anføres »Det, jeg er ude efter, er at finde ud af, hvordan Danmark blev en nationalstat, og hvordan det kan være, at det er anderledes nu«, og den 56. fortælling s. 542ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 6 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

globaliseringen har medført, at nationalstaten som sådan ikke længere eksisterer.

Juridisk set rammer dette synspunkt ikke plet. Nationalstaten har fortsat en retlig eksistens. Grundloven gælder stadig for »alle dele af Danmarks Rige«, jf. § 1. I Højesterets dom af 6. april 1998 (»Maastrichtdommen«)[7], præmis 9.4, anføres det, at »regeringen ikke (kan) medvirke til vedtagelse af forslag, som falder udenfor … de angivne rammer for Danmarks overladelse af kompetence til EF«. Videre følger det af præmis 9.6, at domstolene kan efterprøve »hvorvidt en EF-retsakt overskrider grænserne for den ved tiltrædelsesloven foretagne suverænitetsafgivelse«. Hvis det med sikkerhed kan fastslås, at en EF-retsakt »bygger på en anvendelse af Traktaten, der ligger uden for suverænitetsafgivelsen ifølge tiltrædelsesloven«, må danske domstole anse retsakten for »uanvendelig i Danmark«. Endeligt anføres det udtryksfuldt i præmis 9.8, at det »må anses for forudsat i grundloven, at der ikke kan ske overladelse af beføjelser i et sådant omfang, at *Danmark ikke længere kan anses for en selvstændig stat*« (min fremhævelse). Dermed er det fastslået, at »nationalstaten« stadigt eksisterer, og at danske myndigheder i et vist omfang skal have indflydelse på retsfastsættelsen i denne nationalstat[8].

Hertil kommer, at folkeretten kun eksisterer i kraft af nationalstaterne. Den internationale ret, som vi kender den i dag, kan ikke tænkes uden nationalstaterne.

På den baggrund er det min opfattelse, at det stadigt giver mening at tale om Danmark som nationalstat i retlig forstand.

Derimod kan man vel sige, at nationalstaten ikke er under afvikling, men måske nok under udvikling. Udviklingen går i retning af at finde frugtbare løsninger på, hvordan Danmark kan forholde sig til de krav, det internationale samfund stiller, på en sådan måde, at borgerne stadig finder, at systemet har bevaret sin legitimitet. Afhandlingens metodiske tilgang til problemstillingen anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private er præget af blandt andet denne pointe.

---

7. UfR 1998, s. 800 H.
8. Se også Henrik Palmers artikel i »Staten i forandring«, s. 33ff., »En selvstændig stat«, der behandler spørgsmålet om, hvordan forholdet til EU påvirker Danmarks status som selvstændig stat, og om, hvilke kriterier der kan lægges til grund for vurderingen af, hvornår der er tale om en »selvstændig stat«. Generelt omhandler en række af artiklerne i dette årsskrift overvejelser i tilknytning til spørgsmålet om statens selvstændighed.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 7 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det bliver på den baggrund et selvstændigt mål at sætte problemstillingen ind i dette perspektiv – at Danmark på en gang er en selvstændig stat og medlem af en større sammenhæng, der igen består af andre selvstændige stater. Denne målsætning har betydning for løsningen på afhandlingens problem.

4. Nærmere afgrænsning af problemstillingen

Spørgsmålet i afhandlingen er som nævnt, hvorvidt – og eventuelt i hvilket omfang – Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes til afgørelse af retlige konflikter mellem private.

Dette indebærer for det første, at problemstillingen vedrører afgørelser ved de retsanvendende myndigheder, det vil sige domstolene og forvaltningen. Spørgsmålet er således om – og i givet fald i hvilket omfang – disse myndigheder kan eller skal anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige konflikter mellem private. Spørgsmålet om konventionens betydning for privates retsstilling derved, at konventionen fører til lovgivning, der har virkning for private, falder således udenfor problemkredsen. Derimod inddrages samspillet mellem de retsanvendende myndigheder og Folketinget.

For det andet indebærer spørgsmålet om, hvorvidt privates retsforhold kan reguleres af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, den afgrænsning, at der er tale om situationer, hvor den private handler som »privatperson«, og altså ikke på vegne af staten som for eksempel embedsmand. Da spørgsmålet om privates handlen på vegne af staten jævnligt drages ind i drøftelserne om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, berøres dette spørgsmål dog også – men det er ikke det, der er emnet for afhandlingen.

Afhandlingen omhandler dernæst »dansk ret«. Det er dermed anvendelsen for de danske domstole og for danske forvaltningsmyndigheder, der er tale om. Selvom afhandlingen således har danske myndigheder i fokus, kan spørgsmålet ikke afgøres uden inddragelse af international ret. Det er en del af afhandlingens sigte at vise samspillet mellem det internationale niveau og det nationale niveau med hensyn til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private.

Imidlertid er det ikke tilstrækkeligt at undersøge dansk ret og folkeret. Problemstillingen har haft en tæt tilknytning til tysk ret, som har

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 8 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

bidraget til at forme diskussionen og løsningsmodellerne. Dette er baggrunden for, at tysk ret inddrages.

Afhandlingen tilsigter primært en retsdogmatisk fremstilling. Et vist overlap mellem retspolitik og retsdogmatik kan imidlertid ikke undgås på det menneskeretlige område[9].

Afhandlingen er af pladsmæssige årsager begrænset til at omhandle Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendelse mellem private. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er valgt, fordi det er den menneskerettighedskonvention, der har størst gennemslagskraft i dansk ret.

Andre menneskerettighedsregler er ikke direkte drøftet. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention indgår imidlertid i et samspil med en række andre menneskeretlige konventioner, især udviklet indenfor FN. Derfor inddrages enkelte forhold vedrørende andre konventioner på menneskerettighedsområdet også.

Også Den Europæiske Union foretager en vis kontrol med grundrettighedernes overholdelse. EU-beskyttelsen af menneskerettigheder inddrages ikke i afhandlingen, trods EU-rettens store betydning i dansk ret. Tanken bag denne afgrænsning er, at EU-retten med sin umiddelbare virkning i dansk ret udgør et så specielt retsinstitut, at det ikke vil føre til frugtbar resultat at inddrage EU-retten i afhandlingens problemstilling.

5. Terminologi

I litteraturen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private er der stort set enighed om, at en sådan anvendelse – hvis den overhovedet anerkendes – udgør et problem. Imidlertid er der ikke er enighed om, *hvorfor* dette spørgsmål udgør et problem, eller hvordan de problemer, der måtte følge af en sådan anvendelse, skal beskrives. Afhandlingens sigte er også at bidrage til en afklaring heraf.

Der er heller ikke enighed om terminologien. Problemstillingen kan ses præsenteret under forskellige betegnelser. Ofte anvendt er betegnelserne »Drittwirkung« og »horisontal virkning« af konventionen. Engelsksprogede fremstillinger anvender herudover betegnelsen »third-

9. Dette problem drøftes i kapitel 2 om retsteori og metode.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 9 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

party-applicability«. Nogle omtaler problemstillingen som et spørgsmål om, hvorvidt menneskerettigheder kan »anvendes i privatretten« – i tysk ret har man således blandt andet talt om grundrettighedernes udstråling (»Ausstrahlung«) på privatretten.

Problemet præsenteres endvidere ofte som et spørgsmål om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan være »bindende« for individer, eller hvorvidt individer kan være »pligtsubjekter« for konventionen. Dette skyldes, at man forestiller sig, at hvis for eksempel en domstol anvender konventionen til afgørelse af en retlig konflikt mellem to private, da vil taberen af denne konflikt være »pligtsubjekt« for konventionen, eller konventionen vil have været »bindende« for taberen. Det er en del af afhandlingens tema at drøfte, om spørgsmålet kan stilles på denne måde.

Disse forskellige terminologiske tilgange til problemstillingen dækker ofte over, at forskellige forfattere fokuserer på forskellige aspekter af problemet. Analysen af afhandlingens hovedproblem tager udgangspunkt i disse forskellige aspekter, som fremgår af de terminologiske forskelle.

Da valg af den sproglige betegnelse af emnet betoner bestemte aspekter af problemstillingen, er der en fare for ved valget af terminologi at komme til at lægge for stor vægt på et bestemt aspekt. For ikke at komme til at overbetone enkelte aspekter på andre aspekters bekostning, anvendes i afhandlingen her den mere neutrale betegnelse »anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private«.

6. Foreløbige bemærkninger til metoden

Behandlingen af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private tager sit udgangspunkt i de sædvanlige retskilder. Men besvarelsen kræver inddragelse og analyse af en række forestillinger, der trives i tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og som har betydning for fortolkningen af konventionen. Hertil kommer, at besvarelsen af spørgsmålet skal findes i grænseområdet mellem offentlig ret og privat ret, mellem national og international ret og mellem den udøvende og den dømmende magt på den ene side og den lovgivende magt på den anden side. Løsningen findes i samspillet mellem disse faktorer. Dette stiller særlige krav til metoden – og dermed til den retsteori, metoden hviler på.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 10 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Disse forhold giver anledning til en række metodiske overvejelser, der har fundet deres løsning i en funktionalistisk, hermeneutisk retsopfattelse. Denne adskiller sig fra den retspositivistiske retsopfattelse, som indtil for nylig har været fremherskende i det danske juridiske miljø. Der er derfor gjort ganske meget ud af diskussionen og argumentationen vedrørende disse forhold.

På den baggrund bliver behandlingen af afhandlingens emne også et forsøg på at anvende denne retsteori og en metode, der kunne følge af teorien, i praksis på et givet emne.

7. Afhandlingens udgangspunkt

Afhandlingen bygger ikke på en egentlig tese. Undersøgelsen af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private har mere sit udspring i en nysgerrighed overfor emnet. På den ene side havde jeg en forhåndsantagelse af, at praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol indicerer anvendelse af konventionen mellem private i et eller andet omfang. På den anden side syntes denne antagelse at støde på en række indvendinger i dansk ret, ligesom den syntes at rejse en række retssikkerhedsmæssige problemer – især i relation til borgernes mulighed for at forudberegne deres retsstilling. Udarbejdelsen af afhandlingen er således i højere grad baseret på et ønske om at foretage en åben undersøgelse af, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention overhovedet finder anvendelse mellem private, eller om indvendingerne herimod er for betydelige, end på en egentlig tese. En mulighed, der fra starten også stod åben, var, at der ikke var tale om et enten – eller, men derimod om en mere nuanceret løsning, hvorefter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention nok finder anvendelse mellem private, men at denne anvendelse skal afvejes overfor andre hensyn.

8. Målgruppe

Blandt ph.d.-studerende går diskussionen undertiden på, hvem den ph.d.-studerende egentligt skriver sin afhandling til. Nogle giver i den forbindelse udtryk for det synspunkt, at de skriver til bedømmelsesudvalget og ikke andre. Afhandlingen her har en ambition om at skrive for en bredere målgruppe – specielt under henvisning til emnets relevans for mange dele af den juridiske verden.

Denne ambition ligger i forlængelse af den retsteoretiske opfattelse,

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 11 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

afhandlingen er bygget på. Afhandlingen bygger blandt andet på en opfattelse af, at retten skabes og udvikler sig gennem drøftelser i det juridiske miljø, og blandt andet derfor er det vigtigt, at målgruppen for videnskabelige afhandlinger ikke bliver begrænset til en bestemt del af det juridiske miljø, for eksempel alene universitetsjurister med interesse for menneskeretlige spørgsmål.

På den baggrund har det været et håb, at afhandlingens emne også ville være af interesse for eksempel for advokater, dommere og andre praktikere.

I lyset af dette håb medtager afhandlingen en række »mellemregninger«, som er kendt stof for de, der specielt interesserer sig for afhandlingens tema, men som nok ikke kan forventes at være kendt stof for alle jurister.

9. Oversigt over fremstillingen

Når man hører polyfon musik, er udfordringen at høre de forskellige stemmer hver for sig og samtidigt høre helheden i de mange stemmer. Til tider kan det være nødvendigt at prøve at høre de mange stemmer hver for sig for at forstå, hvordan musikken er bygget op med henblik på at opnå en dybere forståelse for helheden.

Et retligt område, der er præget af mange aktører, således som tilfældet er med fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvor domstole, parlamenter, internationale organer og nationale organer alle deltager i fortolkningen, udgør også en helhed af mange stemmer. Afhandlingen forsøger at skelne mellem de mange stemmer i det juridiske fællesskab ved at gøre hver enkelt til genstand for særskilt behandling. Opgaven er at forsøge at skelne så mange stemmer som muligt i det samlede billede. En sådan behandling kan kun ske på bekostning af helheden. Til sidst skulle øvelsen gerne føre til en struktureret forståelse af helheden.

Der lægges i kapitel 2 ud med en redegørelse for den retsopfattelse og metode, som afhandlingen bygger på. Derefter gøres i kapitel 3 og 4 rede for en række forudsætninger og retlige vilkår, som danner rammerne for forståelsen og behandlingen af problemstilling om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Oprindelsen til problemstillingen om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes til løsning af retlige konflikter mellem private, lader sig ikke efterspore med nøjagtighed, men

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 12 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tysk ret udgør en væsentlig del af det retlige fundament, som problemstillingen har sine rødder i. Kapitel 5 omhandler problemstillingen i tysk ret.

Kapitel 6, 7 og 8 omhandler de vigtigste aktører, når spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal afgøres, nemlig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den doktrin, der knytter sig til konventionen og dens fortolkning.

Kapitel 9 omhandler overgangen fra det internationale system til det nationale system.

Kapitel 10 og 11 omhandler, hvordan dansk rets har nærmet sig problemstillingen. Det kan synes paradoksalt, at disse kapitler ikke kommer først i en fremstilling om dansk ret, men baggrunden for den valgte systematik er, at man først sent er blevet opmærksom på problemstillingen i Danmark. Det giver derfor det bedste overblik over temaet at fremstille det kronologisk.

Kapitel 12 indeholder en behandling af problemstillingen i et mere teoretisk perspektiv.

I kapitel 13 udmøntes de gennemgåede temaer i konkrete anvisninger.

Kapitel 2, 3 og 4 kan således ses som rammen om hele problemstillingen, mens kapitel 5 til 11 dels er en præsentation af problemet, men samtidigt bidrager med elementer til en forståelse af problemstillingen.

Herefter analyseres og konkretiseres problemstillingen i kapitel 12 og 13 med henblik på at samle alle stemmerne til ét billede igen for at finde en dækkende beskrivelse af problemstillingen i dansk ret og give et bidrag til at finde en konklusion på problemstillingen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 13 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 2

Menneskerettighederne i postmodernismens lys: Retsteoretiske og metodiske forudsætninger

1. Indledning

Dette kapitel omhandler en række retsteoretiske og metodiske overvejelser, som spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private giver anledning til.

I dansk ret er diskussionen om retsteori genopstået inden for de senere år[10] efter, at der havde været stille om retsteoretiske emner i en række år. Dette kapitel skal placere afhandlingens emne i forhold til denne diskussion.

Hver tid har sin idé om »retten« som begreb – forskellige bud på, hvad »ret« er, hvad der adskiller retlige normer fra andre normer, og hvad der legitimerer »retten«. Disse bud hænger naturligvis sammen med de filosofiske strømninger, der rører sig i samfundet som helhed. Tilsvarende er idéen om, hvad »menneskerettigheder« er, også afhængig af tidens (rets)filosofiske tankemønstre.

Fortolkningen af menneskerettighederne sker i lyset af de idéer, der trives i det samfund, hvor fortolkningen finder sted. Fortolkningen henter næring i de filosofiske og samfundsteoretiske idéer, som i øvrigt farver opfattelsen af, hvordan grundlæggende forhold i samfundet forklares. I det følgende klarlægges nogle af de idéer, der udgør fundamentet under diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Hertil kommer, at en fremstilling af et givet emne altid er påvirket af, hvordan den, der har udformet fremstillingen, helt grundlæggende ser på sit emne og dets kontekst. Dette gælder også denne afhandling. Det

10. Se for eksempel Bernhard Gomards artikel i UfR 2000, s. 345ff., om »Idealisme, pragmatisme og realisme i dansk ret og retsvidenskab«. Retsfilosofiske emner er også gjort til genstand for behandling i flere ph.d.-afhandlinger, se Henrik Palmer Olsen: »Rationalitet, ret og moral« og Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud og autoritetstab«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 14 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

er derfor nødvendigt at uddybe bestanddelene i denne påvirkning, inden afhandlingens emne behandles.

Denne afhandling bygger på en hermeneutisk, funktionalistisk tilgang. Da den hermeneutiske teori måske ikke er velkendt stof for alle jurister, hvorimod Ross og hans positivistiske syn er kendt af de fleste, har jeg foretaget en forholdsvis grundig gennemgang af den hermeneutiske forståelse – og af, hvorfor det positivistiske syn efter min opfattelse ikke er frugtbart som grundlag for denne fremstilling.

I forlængelse af den retsteoretiske diskussion drøftes nogle metodiske problemer, som afhandlingens emne rejser. Hensigten med kapitlet er derfor tillige at redegøre for den metode, afhandlingen bygger på, og baggrunden herfor.

2. Menneskerettighedernes teoretiske fundament[11]

Retsfilosofi er et stort område, hvor mange teorier brydes. En mere overordnet retsfilosofisk redegørelse falder udenfor denne afhandlings område. Tanken med dette afsnit er alene at ridse den retsteoretiske ramme op, som afhandlingen bevæger sig indenfor. Derfor redegøres i det følgende – kort, og som det vil fremgå, stærk forenklet – for nogle af de opfattelser, der for tiden drøftes i den retsfilosofiske debat, og som har betydning for den retlige behandling af menneskeretlige emner.

Af fremstillingstekniske grunde skildres de forskellige teorier i det følgende til en vis grad, som om de er skarpt afgrænsede fra hinanden. Det er de ikke. Mange idéer går igen fra teori til teori, måske i forskellige udformninger, og de forskellige teorier overlapper til dels hinanden[12]. Idéer, der har været anset for uvidenskabelige i en periode, kommer til ære og værdighed igen – eller har måske aldrig været helt

---

11. Menneskerettighedernes idé har sit udspring i tidligere tiders forståelse af stats- og retsbegrebet, og trækker på tankegods fra hele verdenen. Da afhandlingen vedrører Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, tager afsnittet udgangspunkt i det 20. århundredes retsteoretiske debat, som den er foregået i Europa.
12. For eksempel kan man med en vis ret sige, at Ross's beskrivelse, som han gør rede for i »Om ret og retfærdighed«, s. 48, af, at der hos danske dommere hersker en fælles holdning, som gør, at forskellige dommere i samme sag vil komme til samme resultat, minder om hermeneutikkens »juridiske fællesskab«, blot i mere begrænset omfang. Se i samme retning Jan Fridthjof Bernt og David Doublet: »Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normalisme«, s. 143, i Festskrift til Henrik Zahle; »Retlig polycentri«, Akademisk Forlag, 1993, red.: Peter Blume og Hanne Petersen. Ross's teori og hermeneutikken drøftes nærmere nedenfor.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 15 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

forladt. Det er derfor nok vanskeligt at tale om, at deciderede »paradigmeskift«[13] finder sted eller har fundet sted indenfor retsvidenskaben, således som nogle gør[14].

I hvert fald i relation til den retsfilosofiske opfattelse af menneskerettighederne er der tale om flere forløb, der til dels overlapper hinanden[15]. Som det fremgår nedenfor, er det da også nødvendigt at medtage elementer fra de forskellige teorier for at opnå en fyldestgørende ramme for afhandlingen.

2.1. Fra det »moderne« til det »postmoderne« samfund[16]

De senere årtiers store ændringer i samfundet og dets struktur har ført nogle forfattere[17] til en sondring mellem »det moderne« og »det postmoderne«[18].

Det »moderne samfund« deler til en vis grad idealer med oplysningstiden[19]. Tanken om de store, naturvidenskabelige fremskridt, der til stadighed vil gøre menneskets lod nemmere, troen på fornuften som bærende for menneskets handlinger og tanken om retten som gældende for alle mennesker på lige fod, er alle idéer, der kan henregnes til oplysningstidens idealer, og som er bærende for det, der kan karakteriseres som »det moderne projekt«.

---

13. En fremstilling af Kuhns paradigmeteori findes i Niels Gilje og Harald Grimen: »Samfunnsvitenskapernes forutsetninger«, s. 85ff.
14. Dalberg-Larsen: »Rettens ansigter« finder teorien om paradigmer anvendelig, se s. 88, hvor det anføres, at »Kuhns paradigmeteori med visse justeringer kan bruges til at tolke retsvidenskabens udvikling fra år 1800 og frem …«. Se modsat David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 193ff.
15. Se nedenfor om for eksempel Ross, der trods sin retspositivistiske holdning havde en næsten naturretlig »værditænkning« i forbindelse med menneskerettighederne.
16. Til grund for gennemgangen ligger, for så vidt angår de filosofiske tanker, primært sekundær litteratur. Afhandlingens drøftelse af disse spørgsmål bygger i primærkilder mest på jurister, der har udviklet retsfilosofiske teorier. Generelt har jeg fundet Jørgen Dalberg-Larsens »Ret, tekst og kontekst« meget interessant.
17. Se for eksempel Jørgen Dalberg-Larsen: »Ret, tekst og kontekst« og Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud og autoritetstab – særligt med henblik på dansk retstænkning i det 19. og 20. århundrede«.
18. Både »det moderne« og »det postmoderne« er tankesæt, der er langt mere nuancerede, end denne afhandlings fremstilling giver udtryk af. De ting, der fremdrages her, er de forhold, der i særlig grad synes at have sammenhæng med den retlige udvikling, der pågår for tiden.
19. Se Dalberg-Larsen: »Ret tekst og kontekst« s. 14f., og Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud«, s. 14f. De to forfattere er ikke enige om, hvornår »det moderne« tidsmæssigt starter.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 16 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

En del af kritikken af de idealer, der kan henregnes til »det moderne«, er fremkommet under overskriften »det postmoderne«. Under henvisning til, at samfundet til stadighed forandrer sig, således at der ikke kan påpeges bestemte faste værdier, som hele eller blot størstedelen af samfundet tilslutter sig, anfører postmodernisterne, at oplysningstidens idealer ikke (længere) kan være bærende. Relationer mellem mennesker – herunder retlig regulering – ses som kontekstafhængige. Derved kommer blandt andet kommunikationen mellem aktørerne i samfundet i fokus.

Der er på sin vis tale om en sondring, der har en vis kronologisk henvisning; »modernismen« kommer først (med rødder i oplysningstiden), og »postmodernismen« antages tidsmæssigt at være placeret fra 1970erne og frem. Imidlertid har også »postmodernismen« rødder længere tilbage[20], og måske ville det være mere dækkende at beskrive de to tankesæt som parallelt-løbende spor, hvor modernismen har været det mest fremherskende tankesæt i den første del af dette århundrede, men hvor de postmoderne opfattelser nu er ved at tage over.

Dalberg-Larsen giver denne beskrivelse af det postmoderne[21]:

> »De store fortællingers tid er forbi. … Hermed udtrykkes det synspunkt, at man bør være meget mistroisk overfor ethvert forsøg på generelt og overordnet at formulere nogle endegyldige sandheder, … Man (bør) opfatte enhver form for sandhed eller rigtighed som noget, der er sandt eller rigtigt i en ganske bestemt kontekst, d.v.s. en politisk, moralsk, videnskabelig eller retlig sandhed må relatere sig til, hvad der er sandt i en bestemt historisk, social, politisk, kulturel eller retlig sammenhæng«.

Det anføres videre[22], at hvis det postmoderne skal forstås som ikke blot en kritik af det »moderne«, men også have et vist positivt indhold, indeholder det blandt andet tanker om at »… fremme den størst mulige pluralisme overalt i samfundet – kulturelt, politisk og retligt, og … fremelske en dybtgående tolerance overfor andres værdier og livsformer«.

---

20. Se om »postmodernismens forløbere« Dalberg-Larsen: »Ret, tekst og kontekst«, s. 22ff.
21. Dalberg-Larsen: »Ret, tekst og kontekst«, s. 17ff.
22. Dalberg-Larsen: »Ret, tekst og kontekst«, s. 21.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 17 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Disse forskellige tankemønstre giver forskelligt syn på rettens karakter og rolle i samfundet.

For »det moderne« projekt er især to synsvinkler nærliggende: dels kan troen på generelle værdier, der er bærende i hele samfundet, føre til en tro på, at også i retten findes sådanne overordnede, bærende ideer, dels kan troen på naturvidenskabens stadige fremskridt føre til forsøg på at overføre naturvidenskabelige ideer til retten.

For »det postmoderne« bliver det vigtige spørgsmål at finde en forestilling om retten, der lever op dels til tanken om det kontekstafhængige og dels til tanken om pluralisme.

2.2. Det moderne samfunds retsteoretiske problem: Naturret eller retspositivisme[23]

I den danske retsteoretiske debat har det været almindeligt at drøfte retsbegrebet som et valg mellem naturret og retspositivisme. Både naturretten og retspositivismen har rødder tilbage til før det 20. århundrede, men fremstillingen her er koncentreret om debatten i sidste del af dette århundrede. Videre er fremstillingen koncentreret om den danske debat.

2.2.1. Naturretten og menneskerettighederne

Menneskerettighederne har til dels deres udspring i naturretlige tankegange.

Den danske retsfilosofiske debat har i det 20. århundrede været præget af opgør med den tanke, at der skulle kunne stilles et krav til den positive ret om, at den integrerer moralske overvejelser i sig, således at retten opfylder visse overordnede betingelser, der eksisterer uafhængigt af den positive ret. De retsfilosofiske retninger, der stiller et sådant krav, har – trods deres forskellighed – af nogle været samlet under betegnelsen »naturret«[24].

Fælles for naturrettens mange varianter er således, at de opererer med tanken om, at der gives et overordnet sæt af regler, som ligger

---

23. Det skal understreges, at de forskellige forfattere, der i det følgende henregnes til enten den ene eller anden retning, ikke selv nødvendigvis har givet udtryk for velvilje overfor de anførte retninger. Opdelingen er blot et forsøg på at samle forskellige synspunkter på en overskuelig måde til brug for den senere diskussion i afhandlingen.
24. Se for eksempel Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 310ff., og Henrik Zahles artikel »Naturret – fortid eller nutid ?« i Retfærd, nr. 74, s. 17ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 18 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

uden for det menneskeskabte regelsæt. Dette overordnede regelsæt udspringer af og er bestemt af (samfunds-)moralen, fornuften eller lignende og har den funktion, at de menneskeskabte retsregler kun kan anses som gyldige, såfremt de er i overensstemmelse med dette overordnede regelsæt. De menneskeskabte retsregler kan holdes op mod det overordnede regelsæt som en lakmusprøve på, om de menneskeskabte regler overholder de overordnede regler og dermed kan anses for at være gyldige. Legitimiteten i »retten« ligger i, at retten integrerer moralen i sig.

En nyere fremstilling har valgt betegnelsen »retsidealisme« i stedet for naturret[25] og tager afstand fra opfattelsen af, at naturretten/retsidealismen indebærer et dualistisk retsbegreb ved at adskille retten og den til retten knyttede moral. I stedet beskrives[26] retsidealismens kerne som indebærende en »begrebsmæssig nødvendig sammenhæng mellem ret og moral«, og det anføres, at »ifølge retsidealismen findes der kun ét sæt retsregler, nemlig de regler, der kan legitimeres gennem det moralske princip, som den pågældende teori opretholder«. Efter denne opfattelse er retsregler, der ikke kan legitimeres moralsk, ikke retsregler, og det er derfor forkert at beskrive naturretten/retsidealismen som dualistisk[27].

Netop for så vidt angår menneskerettighederne er tanken om et retssystem »udenfor« det menneskeskabte nærliggende. Menneskerettighederne hviler ofte på forestillingen om, at der findes visse ikke-menneskeskabte rettigheder, som det enkelte menneske har allerede i kraft af at være menneske. I præamblen til Verdenserklæringen om menneskerettigheder findes for eksempel i første afsnit formuleringen, at staterne anerkender, at »the inherent dignity and … the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world«. En del menneskerettighedsinstrumenter bygger på denne naturretlige/retsidealistiske tanke om, at mennesket i kraft af at være menneske har denne iboende værdighed og visse umistelige rettigheder, som eksisterer uafhængigt af, hvorvidt disse rettigheder er anerkendt af det eksisterende retlige system.

---

25. Se Henrik Palmer Olsen: »Rationalitet, ret og moral«, s. 18.
26. Se Henrik Palmer Olsen: »Rationalitet, ret og moral«, s. 36ff.
27. Måske kan der efter denne tankegang stadig spores en vis dualisme; evalueringsgrundlaget for, om der så overhovedet er tale om en retsregel, må vel stadig skulle findes udenfor retsreglen selv.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 19 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.2.2. Vurdering af naturretten i relation til menneskerettighederne

Da menneskeret er så tæt knyttet til naturretlige idéer, kunne det være naturligt at lægge en naturretlig retsteori til grund som ramme for afhandlingen. Hvor nærliggende tanken end er, vil den dog næppe føre til et tilfredsstillende udbytte.

At stille krav om, at retten skal opfylde bestemte moralske kriterier er ikke en farbar vej; problemet med en sådan retsteori er det basale at opnå enighed om, hvilke moralske kriterier der skulle danne grundlag for en sådan naturretlig/retsidealistisk teori. Selvom de fleste naturretlige/retsidealistiske teorier er sympatiske i deres indhold, er de som oftest for u-operative til at kunne lægges til grund for en retlig analyse som eneste retsteori.

På den anden side er der sådan en sammenhæng mellem menneskerettighederne som begreb og en demokratisk samfundsorden, at man kun kan tænke sig en afhandling om menneskerettigheder, der indbefatter den demokratiske samfundsorden i den retsteori, der ligger til grund for behandlingen af de menneskeretlige problemer.

Dette er også i overensstemmelse med formuleringen i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvor det i præamblen blandt andet anføres, at menneskerettighederne »bedst håndhæves … af et virkeligt demokratisk regeringssystem …«, og hvor en del af bestemmelserne i konventionen (for eksempel stk. 2 i art. 10) opererer med begrebet »demokratisk samfund« – et begreb, som i høj grad får indhold gennem Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af disse ord.

Dette krav om, at retsteorien skal placerer sig inden for en ramme, der består af den demokratiske samfundsorden, kan ses som en naturretlig værdinorm. Man kommer således ikke udenom elementer fra naturretten ved fastsættelse af en retsteoretisk ramme for en fremstilling af et menneskeretligt emne. Men på grund af vanskeligheden ved at finde en generel moral, som alle kan tilslutte sig, må de naturretlige elementer suppleres med yderligere overvejelser.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 20 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.2.3. Retspositivismen og menneskerettighederne

Retspositivismen tager i langt højere grad end naturretten konsekvensen af det moderne projekts idealer om troen på tekniske fremskridt[28] og tager afstand fra tanken om et overordnet, ikke-menneskeskabt regelsæt som legitimerende for retten. Retspositivismen har sit udspring blandt andet i den logiske positivisme[29], der efter naturvidenskabeligt forbillede mener, at videnskaben kun bør beskæftige sig med forhold, der kan verificeres ud fra observationer af virkeligheden og erfaring hermed. For at et udsagn skal være meningsfyldt, bør der altså kunne angives en metode til verifikation af udsagnets indhold. Denne verifikation skal ske i forhold til faktiske forhold, der kan iagttages. Dette fører videnskabsteoretisk til den opfattelse, at forhold, der ikke korresponderer med fysiske (faktiske eller socialt erkendbare) forhold, må afvises som irrelevante for videnskabelige undersøgelser. Metafysiske opfattelser får dermed ingen relevans for videnskaben, og der stilles krav om, at videnskaben skal være upåvirket af metafysiske overvejelser. Værdier anses for at være metafysiske udsagn[30], der altså ikke må påvirke videnskaben. Videnskaben er efter denne opfattelse neutral og objektiv i forhold til det objekt, den undersøger.

Tanken om videnskaben som værdifri og neutral i forhold til omverdenen overført til juraen kan medføre, at naturretlige forestillinger om for eksempel et retfærdighedsbegreb, som menneskeskabte retsregler skulle overholde, anses for irrelevante for retsvidenskaben. Denne tanke er fremført af Alf Ross[31] som den mest markante retspositivist i Danmark. Ross udviklede på grundlag af retspositivistiske tankemønstre sin prognoseteori[32].

Hvor naturretten havde ét svar på, hvad der er »gældende ret«, har retspositivismen et andet. Den positivistiske teori kræver af udsagn om, hvad der er gældende ret, at de skal kunne verificeres ved henvisning til faktiske, retlige forhold, der viser, at det, man har hævdet som gældende ret, faktisk er gældende ret. Retspositivismen lægger i den forbindelse vægt på retssystemets mulighed for tvangsmæssig håndhæ-

---

28. Se om denne proces Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud«.
29. Se om denne for eksempel Nils Gilje og Harald Grimen: »Samfunnsvitenskapernes forudsetninger«, kap. 3, og Dalberg-Larsen: »Rettens ansigter«, s. 100ff.
30. Se Niels Gilje og Harald Grimen: »Samfunnsvitenskapernes forutsetninger«, s. 51f.
31. Se for eksempel Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 365.
32. Se om Ross's retsteori, herunder prognoseteorien, »Ret og Retfærdighed«, især kap. II.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 21 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

velse af retsreglerne som det, der adskiller retten fra andre, ikke-retlige normer[33].

For Ross er de faktiske forhold, der kan iagttages inden for retssystemet, domstolenes adfærd. Man kan iagttage, hvordan de dømmer og dermed hvilke regler, de ved dommen lægger til grund. Det er disse fakta, der skal lægges til grund ved en beskrivelse af retssystemet. Retsreglerne er direktiver rettet til dommerne om, hvordan de skal dømme. Hvis domstolene faktisk dømmer efter disse retsregler, er reglerne gældende ret. Et udsagn, om, hvad der er gældende ret, bliver på denne måde et udsagn om, hvad domstolene vil lægge til grund ved en eventuel dom – en prognose om, at en bestemt regel vil blive lagt til grund og dermed er gældende ret. Ifølge denne opfattelse spørges der ikke efter et ydre legitimitetsgrundlag, men om hvorvidt der er tale om en faktisk opretholdt social orden[34].

Efter denne opfattelse accepteres begreber som »umistelige rettigheder« eller »iboende værdighed« ikke som retlige begreber. De er moralske forestillinger, der ikke kan undergives videnskabelige analyser. Menneskerettighederne er – som anden regulering – et sæt af retsregler, der kun kan henføres til begrebet »ret«, hvis de kan eftervises som en faktisk empirisk kendsgerning[35].

2.2.4. Vurdering af positivismens anvendelighed i relation til menneskerettighederne

Prognoseteorien har haft en række kritikere[36].

For det første har der været kritik af mere filosofisk karakter; det forhold, at verifikationen af en retlig påstands overensstemmelse med virkeligheden hviler på en rent sproglig beskrivelse, forudsætter, at der er korrepondens mellem den sproglige beskrivelse og den retlige virkelighed. Dette har den virkning, hvis man skal se positivistisk på sagen, at denne nye beskrivelse også må kunne verificeres ved henvis-

33. Ross: »Ret og Retfærdighed«, § 7, s. 41: »Dansk ret er regler om monopoliseret udøvelse af fysisk tvang ved offentlig myndighed«.
34. Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 41-44 og § 9.
35. Ross anfører i »Dansk Statsforfatningsret«, s. 586, at »Menneskerettighederne har … ingen eksistens uafhængig af statsmagten … men kun for så vidt de er anerkendt indenfor den faktisk gældende, sociale ordens ramme. Den frihed der tilsikres individet er derfor heller ikke absolut. Disse områder er ikke unddraget folkets højeste beslutningsmyndighed«.
36. For en meget omfattende kritik, se for eksempel Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 189ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 22 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ning til endnu en del af virkeligheden. Man ender således i en uendelig række af verifikationsbeskrivelser[37].

For det andet er der i relation til legitimiteten af retssystemet et særligt påtrængende problem ved retspositivismen og prognoseteorien, nemlig holdningen til værdier i retten. Et eksempel er Ross's holdning til »retfærdighedsbegrebet«. Begrebet antages af Ross at kunne reduceres til at krav om, at en regel er anvendt korrekt af domstolene[38]. Dette er dog næppe i overensstemmelse med den måde, hvorpå størstedelen af befolkningen ser på juraen. Her er der en forventning om, at juraen og dens resultater legitimeres som »retfærdige«. Det er vel et rimeligt krav, at en retsteori integrerer retssubjekternes forestillinger om retten i sig.

Det samme gælder i forbindelse med behandlingen af menneskerettighederne. Menneskerettigheder for borgere i Danmark, såvel som for medlemmer af Folketinget og domstolene, repræsenterer noget mere vidtgående, noget »særligt«, i forhold til andre retsregler. Der er en forestilling om, at menneskerettighederne i et eller andet omfang udgør en målestok, som også lovgivningen og domme må leve op til. Lars Nordskov Nielsen har udtrykt det således: »Alle bestemmelser om menneskerettigheder – i grundloven og i konventioner – kan siges at bestå af to dele: Et positivt indhold og en underliggende værdisætning – en retspolitisk idé – af langt bredere omfang«[39]. Et sådant krav må lovgiver og de retsanvendende myndigheder leve op til, hvis legitimiteten skal bevares.

Hertil kommer den ovenfor nævnte sammenhæng mellem menneskerettigheder og et demokratisk samfund – en sammenhæng, der heller ikke er plads til i et rent retspositivistisk univers.

Ross var i og for sig selv opmærksom på denne sammenhæng, hvilket førte ham til en lidt selvmodsigende opfattelse. På den ene side er menneskerettighederne efter hans opfattelse kun retlige positioner, hvis de er sikrede som sådan i den positive ret, på den anden side diskuterer

---

37. Se om dette Stuer Lauridsen: »Retslæren«, især s. 190ff.
38. Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 358ff. Her anføres blandt andet, at »at påberåbe sig retfærdighed er det samme som at slå i bordet: et følelsesmæssigt udtryk …«.
39. Lars Nordskov Nielsen: »Nogle strøtanker om menneskerettighedsbegrebet – og dets brug«, s. 35ff., i »Menneskerettighedsbegrebet« i »Grundloven og menneskerettighederne i et dansk og europæisk perspektiv«, red. af Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 23 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

han[40], hvorvidt menneskerettighederne »ikke er så dybt forankret i demokratisk retsopfattelse at det er overflødigt at sikre dem ved særlige grundlovsgarantier«. Hans holdning byggede på hans opfattelse af, at menneskerettighederne er »intimt forbundet med demokratiet« på en sådan måde, at de er »ideologiske udtryk for den respekt for menneskets moralske personlighed der er demokratiets dybeste ide«. Det er svært at se, hvordan denne holdning kan forenes med en rent retspositivistisk anskuelse.

Endelig kan det problematiseres, at prognoseteorien ikke tager højde for den stigende internationalisering af retten – Ross var i sin folkeret[41] selv i tvivl om, hvorvidt folkeret/international ret overhovedet er »ret«, sådan som han så begrebet »ret« – på grund af de manglende muligheder for tvangsmæssig gennemførelse af reglerne. For forståelsen af menneskerettighederne giver dette selvsagt en række problemer. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelser kan ikke håndhæves tvangsmæssigt overfor staten Danmark. Ikke desto mindre fortolkes de som retligt forpligtende af de fleste aktører i det retlige system.

I sammenhæng med dette rejser retspositivismens tilgang til menneskerettighederne endnu et problem; netop dele af den internationale påvirkning af dansk ret hviler (også via folkeretten) på mere eller mindre udtrykte naturretlige overvejelser. Især inden for menneskerettighederne kommer naturretlige forestillinger til udtryk i mange teoretiske fremstillinger[42]. En sådan tankegang ligger også naturligt i forlængelse af tanken om universalitet – at menneskerettighederne tilkommer alle mennesker uafhængigt af tid og sted. Det forhold, at tanker af naturretligt tilsnit trives på det internationale niveau, kræver en retsteori, der kan integrere sådanne tankemønstre i dansk ret på en meningsfuld måde.

Også menneskerettighedernes tilknytning til statsforfatningsretten, skaber problemer i relation til Ross's prognoseteori; Ross fandt selv

---

40. Ross: »Dansk Statsforfatningsret« s. 587.
41. Ross: »Lærebog i Folkeret«, kapitel 5, hvor han s. 59 anfører, at folkeretten er »en konventionel, tvangfri orden med et *afledet* retspræg« (min fremhævelse).
42. Se for eksempel Alkema:»The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 33ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 24 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

indvendinger mod, at statsforfatningsretten skulle kunne beskrives med udgangspunkt i hans retsfilosofiske tankesystem[43].

Afhandlingens emne placerer sig mellem statsret og folkeret. Retspositivismen og Ross's prognoseteori tilbyder ikke en farbar vej til en syntese mellem disse felter.

De fleste danske jurister har vel traditionelt bekendt sig til retspositivismen mere eller mindre i den form, Ross har givet den. Baggrunden for denne positive holdning til retspositivismen er dog nok snarere en afvisning af naturrettens inddragelse af moral i retten end egentlig enighed med Ross om den udformning, han gav sin prognoseteori[44].

En retsteori bør dog kunne rumme fænomener som menneskerettighedernes markante påvirkning af retslivet, som vi har set det inden for de sidste 20 år, og herunder også rumme den tillid, som mange ikkejurister har til menneskerettighederne som mulig vej til et »retfærdigt« samfund – eller et samfund, der bygger på nogle grundlæggende værdier.

For en afhandling, der beskæftiger sig med menneskeretten, der i så høj grad er forbundet med folkeretten, giver Ross's prognoseteori ikke i sig selv grundlag for nogen frugtbar retsteoretisk ramme. Ross's prognoseteori kan derfor ikke tjene som retsteoretisk ramme for afhandlingen.

Dele af den metode, den fører til, for eksempel fokuseringen på domstolenes rolle, vil dog blive fastholdt – blot af andre grunde.

I afhandlingen vil også ikke-positivistiske tilgange til menneskerettighederne blive anvendt, og værdi-siden af menneskerettighederne vil blive inddraget i argumentationen.

2.3. Det postmoderne samfund. Pluralisme og hermeneutik

I takt med postmodernismens fremkomst er føjet yderligere diskussioner til de, der kan ses som affødt af »det moderne projekt«. Når man, som postmodernismen, anser menneskelige relationer som i høj grad kontekst-bestemte, og finder, at »de store ideers tid« er forbi, og herudover tager afstand fra tanken om naturvidenskaben som ideal for

---

43. Se Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, s. 41, jf. Jens Peter Christensen: »Forfatningsretten og det levende liv«, s. 100.
44. Se også Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud og autoritetstab – særligt med henblik på dansk retstænkning i det 19. og 20. århundrede«, s. 177.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 25 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

andre videnskaber, er det ikke diskussionen om naturret overfor retspositivisme, der interesserer. Det er derimod, hvordan man skal integrere tankerne om det flydende og kontekst-bestemte samfund i retten.

I hvert fald to retninger giver en frugtbar tilgang til de problemer, afhandlingen søger at løse.

2.3.1. En postmodernistisk kritik af moderne teorier: den pluralistiske tilgang[45]

Både efter naturretlige og retspositivistiske teorier er det almindeligt at opfatte retssystemets regler som indordnet i et hierarki. Ross's prognoseteori bygger på tanken om et retligt hierarki[46]. Tanken om et sådant hierarki passer også ind i den moderne opfattelse, hvor alt kan indordnes under en bestemt, overordnet struktur.

En kritik af tanken om, at retssystemet kan anses for ét samlet system, der kan indordnes i et hierarki, er formuleret under overskriften retspluralisme eller polycentri.

Retspluralismen tager sit udgangspunkt i den konstatering, at »ret« produceres mange steder. Retspluralismen afviser således tanken om, at »retten« som sådan skulle udgøre en enhed. Retspluralismen peger på, at mange producerer »ret« – ikke blot Folketinget, men også domstolene og administrationen. Hertil kommer, at også internationale aktører (Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, EU m.v.) producerer ret, der får virkning i Danmark[47]. Hertil kommer, at forskellige organer, der anvender ret, også anvender den forskelligt – administrationen anvender og er bundet af cirkulærer, hvilket ikke gælder domstolene. Udfaldet, når en konkret sag afgøres, kan derfor være forskelligt, alt efter hvilken aktør afgørelsen stammer fra. Retten ses dermed som

---

45. Den følgende gennemgang af retspluralisme og retlig polycentri bygger primært på følgende fremstillinger: Henrik Zahle: »Polycentri i retskildelæren« i Festskrift til Torstein Eckhoff, s. 752ff., Jørgen Dalberg-Larsen: »Rettens enhed«- en illusion?«, Jan Fridthjof Bernt og David Doublet: »Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normalisme«i »Retlig polycentri«, Festskrift til Henrik Zahle (red.: Peter Blume og Hanne Petersen) samt Karsten Revsbech: »Polycentri i den offentligretlige retskildelære – en kritik«.
46. Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 95ff.
47. Dalberg-Larsen: »Rettens enhed«, s. 106, nævner netop menneskerettighederne som et eksempel på, at internationaliseringen i retten fører til retlig pluralisme.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 26 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

polycentrisk[48] – den har sit udspring mange steder, og den, der vil beskrive gældende ret, skal være opmærksom på, at forståelsen af »retten« er afhængig af, hvor retten er produceret, og af, hvor den anvendes. På den baggrund gør pluralismen også opmærksom på, at der ikke kan peges på et hierarki, der omfatter hele retssystemet. Udviklingen i samfundet fører til, at tanken om et hierarki, der omfatter alle dele af retssystemet, må forkastes.

Denne tilgang rammer noget helt centralt blandt andet inden for menneskerettighederne; for eksempel er et begreb som foreningsfrihed ikke blot reguleret i dansk ret både i grundloven og i lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold[49], men også i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, FN's konvention om civile og politiske rettigheder samt indenfor ILO's regelsæt[50]. Det betyder, at ikke blot forskellige danske myndigheder og domstole, men også Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og ILO's organer, vil kunne tage stilling til aspekter af foreningsfriheden. Med så mange regelproducenter, regelfortolkere og regelformuleringer kan det være vanskeligt at få plads til forestillingen om et retligt hierarki i relation til menneskerettighederne.

Diskussionen om forholdet mellem »retten« og værdier ses også i polycentriske teorier, hvor forskellige pluralistiske forfattere søger at integrere værdier i retten[51].

2.3.2. Vurdering af retspluralismen i relation til menneskerettighederne

Der kan peges på forskellige forbehold i relation til de forskellige pluralistiske teorier som grundlag for en diskussion af menneskerettigheder.

Der er for det første grund til at tydeliggøre, at selvom der ikke kan

---

48. Se for eksempel Henrik Zahles artikel »Polycentri i retskildelæren«, s. 752ff., i Festskrift til Torstein Eckhoff, s. 755, hvor det anføres, at »Retskildernes polycentri består da i, at de enkelte retskilder ikke dækker samme område, ikke rækker lige langt«.
49. Lovbekendtgørelse nr. 443 af 13. juni 1990.
50. Se for henvisninger herom Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 656.
51. Se hertil »Retlig polycentri«, Festskrift til Henrik Zahle (red.: Peter Blume og Hanne Petersen), hvor et af temaerne er »ret og værdier«, jf. festskriftet s. 8ff. Sammenhængen mellem menneskerettigheder og demokratiet påpeges for eksempel af Håkan Hydén i »A polycentric theory of democracy and human rights«, s. 213ff., hvor en række karakteristika for, hvornår et samfund kan betegnes som demokratisk, drøftes.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 27 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

peges på et overordnet hierarki, hvori al ret kan indordnes, eksisterer der et vist hierarki i det retlige system; en højesteretsdom tillægges typisk større vægt end en byretsdom, en lov tillægges normalt (og i hvert fald i situationer, hvor det ikke er muligt at fortolke sig ud af en konflikt) større vægt end en bekendtgørelse osv. I stedet for at se regler som hierarkiske kan man som nogle pluralister tale om, at forskellige regler har forskellige gennemslagskraft[52].

For det andet synes retspluralistiske teorier ikke fuldt ud udviklede i relation til begrebet »gældende ret«. Ofte er retspluralismen primært deskriptiv; den forholder sig rent beskrivende til spørgsmålet om, hvad »gældende ret« er. Retspluralismen forholder sig, så vidt ses, ikke udtrykkeligt til, hvad der kendetegner gældende ret i modsætning til andre normer. Teorien er en beskrivelse af, hvilke aktører der deltager i produktionen af retten, men ikke af, hvorfor bestemte regler er gældende ret, mens andre normer, der stammer fra de samme aktører, ikke kan karakteriseres som gældende ret. Forholdet hænger måske sammen med pluralismens udspring i retssociologien, hvor der ikke stilles krav om at levere et bud på gældende ret, der kan anvendes af praktikere.

På den baggrund drøftes rettens legitimitet heller ikke specifikt i relation til et bestemt »gældebegreb« for retten – eller begrebet »gældende ret« defineres udvidende i forhold til tidligere teorier[53]. Det er således ikke muligt i den litteratur om polycentrisk retsforståelse, der ligger til grund for denne afhandling, at finde et samlet kriterium for, hvornår en norm kan anses for at være »gældende ret«.

Som grundlag for en retsdogmatisk afhandling, der også har et praktisk sigte, er et pluralistiske udgangspunkt ikke nok, selvom det påpeger vigtige forhold i relation til menneskerettighederne. Teorien må suppleres.

---

52. Se for eksempel Jørgen Dalberg-Larsen: »Rettens enhed«- en illusion?«, s. 86f., hvor der henvises til Hans Petter Gravers teori.
53. Se for eksempel Hanne Petersen: »Informel ret på kvindearbejdspladser«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 28 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.3.3. Hermeneutikken[54]: Postmodernismens ophævelse af et retsteoretisk problem

Hermeneutikken er i og for sig ikke en ny teori. Den har – lige som de andre retsteoretiske retninger – rødder tilbage i historien[55]. Det nye er den fokusering[56], der inden for de senere år er kommet på hermeneutikken som forklaringsmodel i den retlige debat. Hermeneutikken – der i fremmedordbogen[57] defineres som »fortolkningskunst« – har sædvanligvis været benyttet inden for andre videnskaber, blandt andet inden for litteraturvidenskab og bibelfortolkning.

Brugt inden for det retlige univers kan hermeneutikken ses blandt andet som en teori, der kan ophæve det ufrugtbare modsætningsforhold mellem naturretten og retspositivismen.

Fremkomsten af denne fokusering på hermeneutikken i den retlige debat er nogenlunde samtidig med den kritik, som postmodernismen har formuleret af det moderne[58]. Om man kan se hermeneutikken som en »postmoderne« teori, er et spørgsmål om definitioner[59], men det forekommer i hvert fald naturligt at pege på, at der i et vist omfang er et sammenfald mellem de idéer, der findes inden for postmodernismen, henholdsvis hermeneutikken.

Hermeneutikken har i hvert fald også det til fælles med postmodernismen, at den prioriterer det sproglige vilkår for menneskelig kommunikation og lægger sig mere op ad litteraturfortolkning end ad naturvidenskaberne.

Den hermeneutiske tankegang har forskellige udformninger[60]. Den fremstilling, der gives i denne afhandling, bygger især på to forfatteres

---

54. Den følgende fremstilling bygger især på Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, særligt § 17, og »Om ret og retsvidenskab«, kap. 6 og 8, David Doublet: »Rett, vitenskap og fornuft« samt David Doublet og Jan Fridthjof Bernt: »Juss, Samfunn og Rettsanvendelse«.
55. Se for en beskrivelse af hermeneutikkens baggrund for eksempel Dalberg–Larsen i »Rettens ansigter«, s. 110ff.
56. Se for eksempel de ovenfor nævnte fremstillinger af Preben Stuer Lauridsen, David Doublet og Peter Høilund, der alle beskæftiger sig med hermeneutikken.
57. Sven Brüel og Niels Åge Nielsen: »Gyldendals Fremmedordbog«.
58. Se for eksempel Dalberg-Larsen: »Rettens ansigter«, s. 110ff., om hermeneutikkens rødder og dens kritik af positivismens videnskabssyn.
59. Se hertil Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud og autoritetstab«, s. 19 og s. 45ff.
60. Se herom blandt andet Dalberg-Larsen i »Rettens ansigter«, s. 110ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 29 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tilgang til hermeneutikken; Stuer Lauridsens[61] og David Doublets[62]. Doublets hermeneutiske teori ses her som en videreudvikling af Stuer Lauridsens teori.

2.3.3.1. Stuer Lauridsen: for-forståelsens betydning

Stuer Lauridsen præsenterer en retsrealistisk teori, hvorefter sproget spiller en vigtig rolle for tilgangen til retsvidenskaben. Efter denne hermeneutiske opfattelse fortolker retsvidenskaben retsregler, der ikke i sig selv har nogen iboende mening[63]. Netop ved retsreglernes sociale kontekst får de mening. Det er op til juristerne at finde denne mening. At finde og give udtryk for denne mening indebærer et valg mellem flere mulige sproglige tilkendegivelser[64].

Verifikationen af, hvorvidt en beskrivelse er korrekt, sker ved en afgørelse af, om valget mellem disse flere tilkendegivelser er foretaget korrekt[65]. Dette valg er styret af den juridiske retskilde- og metodelære[66]. Retskilde- og metodelærens regler hviler på vedtagelser.

»Gældende ret« findes således ved anvendelse af den juridiske metode, og beskrivelsen af, at noget er gældende ret, er korrekt, når den lever op til den metode, der sædvanligvis anvendes inden for den juridiske tradition. Alle jurister har på grund af deres juridiske uddannelse og deres juridiske træning en »for-forståelse«[67] af retten og de spørgsmål, der skal tages stilling til. De har også en bestemt metode, som er en del af deres »for-forståelse«. Tilgangen til retlige spørgsmål præges derfor af deres »for-forståelse«, som på sin side igen præges af de løsninger på retlige problemer, de finder frem til. Nogle forfattere taler i den forbindelse om en »hermeneutisk cirkel«.

Efter denne opfattelse er retsvidenskaben og retsanvenderen dermed

---

61. Fremstillingen her bygger primært på Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, især § 17, og »Om ret og retsvidenskab«, især kapitel 6 og 8.
62. Fremstillingen her bygger primært på Jan Fridthjof Bernt og David Doublet: »Juss, samfunn og rettsanvendelse« og David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«.
63. Se for eksempel Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 277f.
64. Se for eksempel Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, s. 70, der anfører: »Enhver juridisk beskrivelse … indebærer et sprogvalg«.
65. Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 205ff., og »Om ret og retsvidenskab«, s. 70.
66. Stuer Lauridsen: »Retslæren, s. 206f., og »Om ret og retsvidenskab«, s. 74.
67. Begrebet er en oversættelse af det tyske »Vorverständnis«, der måske bedre kunne oversættes med »forhåndsforståelse«. Imidlertid er »for-forståelse« den indarbejdede sprogbrug og bruges derfor også her.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 30 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

præget af den »ret«, de arbejder med – der er altså ikke den distance, som for eksempel retspositivisterne opererer med. Dette fører også til en anden opfattelse af, hvilken rolle værdier spiller, end den opfattelse, som retspositivisterne og naturretten arbejdede med.

En hermeneutisk opfattelse kan – på grund af sin godkendelse af den alment accepterede metode inden for et fag – kritiseres for ikke at forholde sig kritisk nok til de »tilsyneladende almene lovmæssigheder vedrørende samfundets opbygning«, hvilket kan give videnskaben en »negativ ideologisk funktion derved, at den cementerer den traditionelle tænkemåde og gør det umuligt at træde udenfor denne«[68]. Fordelen ved den hermeneutisk tilgang er dog nok netop, at man derved får en intersubjektiv målestok – nemlig fagets alment accepterede metoder – i stedet for at skulle udøve kritik ud fra, hvad der vel kun kan blive en subjektiv målestok. Der findes da også talrige eksempler på, at kritik og forslag til forandrede opfattelser er fremsat inden for den juridiske disciplin. Det er som regel den måde, retten kommer videre på. Som det vil fremgå, er afhandlingen her også et forsøg på at pege på andre forklaringsmodeller i forbindelse med anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private end de traditionelle. Dette udelukkes ikke af en hermeneutisk tilgang.

Stuer Lauridsen har peget på, at hermeneutikkens udgangspunkt ikke som retspositivismens er naturvidenskaberne, men derimod en fortolkningslære[69]. Hermeneutikkens kritik af retspositivismen indebærer blandt andet, at der tages afstand fra den logiske positivismes ophøjelse af naturvidenskaberne til al videnskabs norm. Det bliver dermed legitimt at inddrage værdier i vurderingen af, hvilket udfald en retlig konflikt skal have. Det kan anføres, at hermeneutikken i modsætning til retspositivismen »indeholder en plausibel teori for retsvidenskabens etiske og politiske del«[70].

---

68. Se for referat af en sådan kritik Dalberg-Larsen i »Rettens ansigter«, s. 122ff.
69. Se blandt andet Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, s. 66, hvor det fremhæves, at retsvidenskaben »mangler alle de empiriske videnskabers kendemærker«, hvorfor det ikke giver mening at overføre et empirisk efterprøvelsesbegreb til retsvidenskaben.
70. Se Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, s. 66.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 31 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.3.3.1.1. Hermeneutikken og menneskerettighederne

Hermeneutikken synes at være en velegnet teori til at arbejde med menneskerettigheder. Menneskerettighederne er i høj grad åbne for fortolkning, hvilket den dynamiske tolkning, de har været udsat for i dansk ret de sidste 20-30 år, illustrerer ganske godt. Dette hænger også sammen med det forhold, at menneskerettighederne i høj grad er kontekstafhængige; deres fortolkning afhænger af, hvem der påberåber sig dem, i hvilken sammenhæng og af en række andre faktorer.

Hertil kommer »værdi-siden«; netop en teori, der tager højde for »retsvidenskabens etiske og politiske del« er nødvendig, når man beskæftiger sig med menneskerettigheder. Spørgsmålet er så, hvordan man beskriver denne etiske og politiske del, herunder hvordan man beskriver, hvordan det omkringliggende samfund har indflydelse på juraen.

Desuden kan man sige, at netop når man beskæftiger sig med regler, der optræder i så mange forskellige fora, og som fortolkes af så mange forskellige aktører, bliver det sproglige element af stor betydning.

Retskilderne er efter denne opfattelse »betegnelse for reglerne … for korrekt retsdogmatisk beskrivelse«[71]. Hvad der nærmere ligger i dette, afgøres som anført ovenfor inden for den juridiske tradition.

Det er et særligt træk ved menneskerettighederne, at der optræder såre mange – og såre forskellige – aktører, der fortolker menneskerettighederne. Dette rejser spørgsmålet om, hvordan det fastlægges, hvilken »metode der sædvanligvis anvendes inden for den juridiske tradition«, og om, hvem der er med til at fastlægge denne »sædvanlige metode«.

2.3.3.2. David Doublets udbygning af hermeneutikken[72]

David Doublet tager udgangspunkt i den hermeneutiske tilgang, men udvider den med yderligere aspekter. Hans opfattelse kan til dels ses som en videreudvikling af Stuer Lauridsens opfattelse[73].

I den følgende fremstilling vil især blive fokuseret på nogle bestemte elementer af Doublets teori, som får betydning, når afhandlingens emne

71. Preben Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, s. 105ff.
72. Det følgende er især baseret på David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«.
73. Doublets teori er langt mere end en videreudvikling af Stuer Lauridsens tanker. Men under henvisning til det formål, hans teori skal anvendes til her, gøres kun rede for nogle mindre dele af hans teori.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 32 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skal behandles; nemlig spørgsmålet om, hvem den »juridiske tradition« specielt anvendes af, samt Doublets opfattelse af de værdier, retssystemet bygger på, herunder menneskerettighederne.

Også Doublet antager, at retten ikke kan beskrives som hierarkisk. Denne synsvinkel stemmer også bedst med menneskerettighedernes polycentriske karakter, jf. ovenfor om polycentrien.

Doublet tager udgangspunkt i en sondring mellem et substantielt og et funktionalistisk retssystem[74]. Ved det første forstår han et »lukket og klart avgrenset normsystem«, ved det sidste forstås »åpent, fleksibelt … normsystem«. Forskellen viser sig blandt andet ved opfattelsen af, hvordan ændringer genereres. I henhold til en substantiel retsopfattelse sker ændringer på grund af ydre forhold, for eksempel lovgivning, mens ændringer i et funktionelt perspektiv kan ske på baggrund af systeminterne faktorer, for eksempel gennem retsanvendelsesprocessen. Et funktionelt perspektiv fører til en mere proces-orienteret retskildelære. Selvom sondringen nok fører Doublet til en noget vidtgående opfattelse af retssystemet, som jeg har svært ved at dele[75], peger sondringen på noget centralt; interaktionen mellem retssystemer og det omkringliggende samfund sker ikke kun på det omkringliggende samfunds præmisser. Når man ser på menneskerettighederne i dansk ret, er det svært at hævde, at den opprioritering af menneskerettighederne, man har set de sidste 15-25 år, alene er sket på baggrund af faktorer, der er eksterne i forhold til retssystemet. Det samme gælder som forklaringsmodel for den dynamiske retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Også denne kan bedst forstås ud fra en funktionalistisk retsopfattelse.

2.3.3.2.1. Juridiske fortolkningsfællesskaber

Hvor Stuer Lauridsen talte om »den juridiske tradition«, udvikler Doublet tanken om »det juridiske kommunikative fællesskab«. Som jeg forstår ham, ser han den demokratiske retsstat som et kommunikativt fællesskab, som det juridiske fællesskab er den del af[76].

---

74. Se generelt om denne sondring David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 102ff.
75. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 107, anfører, at retssystemet forholder sig til samfundet omkring som »organismens immunsystem forholder seg til sin egen organisme«. Retssystemet anses som »en … betingelse for at samfunnet skal kunne fungere«.
76. Se for eksempel David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 414.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 33 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Et – til dels uløst – problem i forbindelse med den hermeneutiske synsvinkel er, hvem der egentligt tilhører dette »juridiske fællesskab«.

Kendetegnet for det juridiske fortolkningsfællesskab er, at fællesskabet har et fælles fortolkningsskema – den for-forståelse, som Stuer Lauridsen også taler om. Dette fælles fortolkningsskema behøver ikke føre til ensartede løsninger for alle jurister, men alle jurister vil benytte den samme argumentationsform, fordi denne argumentationsform hviler på en fælles opfattelse af, hvad »retlig argumentation« er. Kendetegnet for, at der er tale om »retlig argumentation«, er således, at retlig argumentation sker indenfor en bunden diskurs. Det er kun bestemte argumentationsmåder, der er acceptable, hvis en argumentation skal anerkendes som »juridisk«; idet det »er det kommunikative juridiske fellesskaps argumentasjonspraksis som setter de normative betingelser for hva som skal til for at en aktør aksepteres som medlem av det juridiske kommunikative fellesskap«[77]. De krav, der stilles, for at en aktør kan anses som deltager i dette juridiske fællesskab, »blir vel i praksis som oftest konkretisert til at aktøren må ha en juridisk utdannelse«[78]. Retskildelæren sætter grænserne for, hvad der er acceptabel juridisk argumentation. Det anføres i den forbindelse[79], at »I utgangspunktet er rettskildelæren en lære om hvorledes vi finner frem til det *riktige* standpunkt med hensyn til innholdet av en bestemt rettsregel, men fordi det ikke helt sjelden er usikert hva som er gjeldende rett, er rettskildelærens vigtigste funktion at den trekker rammer for hva som er faglig forsvarlig argumentasjon i diskusjon af rettspørgsmål – på generelt teoretisk grunnlag eller i tilknytning til en konkret retsstvist«.

Også David Doublet peger på, at valget mellem forskellige sproglige tilkendegivelser er bundet til den juridiske metode, ligesom han videreudvikler tanken om, at retskilde- og metodelæren hviler på vedtagelser. Han anfører, at det, der karakteriserer en retlig argumentation, er, »om fellesskapet av juridisk konpetente personer vil, rent prinsipielt sett, karakterisere og akseptere argumentasjonen som rettslig«[80]. I det juridiske fællesskab ligger nedfældet en norm, kvalifikationsnormen,

---

77. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 26.
78. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 26. Se også s. 168, hvor det anføres, at retsdogmatikken er »regler, teorier, synspunkter retningslinier og standardvurderinger, som *i hermeneutisk forstand* innøves gjennom den juridiske læreprosess og praksis«.
79. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 183.
80. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, 1995, s. 23.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 34 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

der angiver, hvornår en argumentation er acceptabel som retligt ræsonnement. Denne kvalifikationsnorm er systemrelativ og kan derfor være forskellig fra system til system. Således peger Doublet på, at der »grovt sett og noe forenklet, (kan) trekkes et skille mellom kvalifikasjonsnormene innenfor for eksempel tysk, fransk og belgisk juristfellesskap på den ene side, og den dominerende retning innen det angloamerikanske og det skandinaviske juristfelleskap på den anden side«[81]. Det anføres, at det første af de nævnte juristfællesskaber nok i højere grad end det sidstnævnte vil acceptere en retlig argumentation, som ud fra et retsrealistisk perspektiv vil blive betegnet som metafysisk værdiargumentation. Denne problemstilling får – som vi skal se senere – betydning for behandlingen af afhandlingens problem.

Med denne afgrænsning har Doublet som medlemmer af det juridiske fællesskab udpeget i hvert fald personer med en juridisk uddannelse; herunder dommere, advokater og jurister i forvaltningen[82]. Som det fremgår, er der tale om en national afgrænsning af personkredsen.

2.3.3.2.2. Transnationalt, juridisk fællesskab

Ved at udpege den juridiske uddannelse til et af kendetegnene på, at en aktør er medlem af det juridiske fællesskab, antydes, hvad der skal blive et af problemerne i denne afhandling; da retskildelæren og dermed den fagligt forsvarlige argumentation indlæres blandt andet på det juridiske studium og i det faglige fællesskab, bliver denne i hvert fald til en vis grad *national* – knyttet til et bestemt retssystem[83]. Menneskerettighederne derimod optræder ikke kun i Danmark, men i mange lande, og samtidigt opererer menneskerettighederne i dag også i det internationale landskab. Det betyder, at der dels er et »internationalt, juridisk fællesskab«, dels at menneskerettighederne anvendes inden for en række nationale juridiske fællesskaber i andre lande. Opgaven bliver derfor at overveje, om og i givet fald hvordan et nationalt, juridisk fællesskab

81. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 29f.
82. Doublets afgrænsning er ikke så klar; blandt andet fremgår det nogle steder, at også lovgiver kan anses for at tilhøre det kommunikative juridiske fællesskab, se forudsætningsvist David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 212ff. Se for en lignede kritik Peter Kemp i TFR 1996, s. 910f.
83. Se hertil David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 184f., hvor det blandt andet anføres, at »rettskildelæren først og fremst (formidler) kunnskap om hvorledes man kommer frem til gjeldende rett innenfor et rettsystem«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 35 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

som det danske skal forholde sig til normer, der stammer fra »et andet retssystem« – eller sagt på en anden måde – fra et andet »juridisk fællesskab«.

Problemet illustreres af den måde, hvorpå danske jurister over en periode indtil for 15 til 25 år siden »overså« menneskerettighederne som en del af gældende ret. Menneskerettighederne indgik i den gældende ret, men med meget mindre styrke end tilfældet for eksempel har været i Tyskland, hvor diskussioner om menneskerettighedernes anvendelse har haft meget større gennemslagskraft. Menneskerettighederne havde altså forskellig gennemslagskraft i de forskellige juridiske fællesskaber, det danske og det tyske.

Man skal dog ikke overdrive betydningen af denne forskel mellem de enkelte lande. Doublet anfører[84], at der rent faktisk er »stor likhed i grunntrekkene i rettskildelæren i alle moderne rettssystemer«. Han anfører videre – hvilket skal bruges i den videre diskussion – at dette »avspeiler et underliggende verdimessig og erkjennelsesmessig fellesskap«, som »man kan kalle … en demokratisk rettsstatsforutsetning«.

Det er måske af denne grund, at det har været muligt overhovedet at oprette Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der er sammensat af dommere fra alle de deltagende lande – og ikke blot oprette, men også at opnå bred konsensus om afgørelserne. Ikke desto mindre kan man pege på en spænding mellem på den ene side, hvad man kunne kalde »det danske, juridiske fællesskab«, og på den anden side hvad man kunne kalde »det menneskeretlige, juridiske fællesskab«. Denne spænding afspejler sig også rent materielt som en forskel mellem på den ene side mere traditionelle, mere bogstavtro, opfattelser af, hvad Den Europæiske Menneskerettighedskonvention indeholder, og på den anden side mindre bogstavtro, mere formålsorienterede opfattelser af konventionens indhold.

Afhandlingens tema er – som man vil se i de kommende kapitler – præget af denne spænding.

I afhandlingen her anses danske jurister som ét juridisk, fagligt fællesskab, og jurister fra andre lande anses for at udgøre hver deres juridiske fællesskab inden for hver deres stat. Dommere og andre jurister med tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og

84. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, 1995, s. 185.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 36 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Europarådets andre menneskeretsinstitutioner anses endvidere som ét juridisk fællesskab. Imidlertid må det påpeges, at der sker en udveksling af idéer mellem de forskellige fællesskaber, og at denne udveksling er stigende i en sådan grad, at det er tvivlsomt om – eller hvor længe – det bliver ved at være frugtbart at tale om forskellige fællesskaber.

Herudover kan man måske tale om mere globale fortolkningsfællesskaber – for eksempel med tilknytning til FN-institutionerne.

Beskrivelsen må ikke lede til en opfattelse, hvorefter disse fællesskaber er skarpt afgrænsede overfor hinanden – pointen er netop, at enkelte medlemmer af det ene fællesskab også kan være medlemmer i andre fællesskaber. Således er det jo nationale dommere, der har sæde i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. At der er et fælles evalueringsgrundlag, viser sig også i antagelsen heraf i de retskilder, som menneskerettighederne bygger på; efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 7, stk. 2, findes der for eksempel nogle »af civiliserede nationer anerkendte almindelige retsprincipper«.

Samtidigt kan dette juristfællesskab ikke eksistere uafhængigt af de nationale fællesskaber – den legitimering, de nationale fællesskaber tilbyder den overordnede kvalifikationsnorm kan sammenlignes med den, de enkelte samfundsmedlemmer tilbyder det nationale juridiske fællesskabs kvalifikationsnorm.

I menneskeretlige sammenhænge viser dette sig for eksempel derved, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i høj grad forsøger at indrette sine domme i spændingsfeltet mellem hensynet til den stat, der er »under anklage« og hensynet til det individ, der har indgivet klage.

Påvirkningen går imidlertid også »den anden vej« – for at for eksempel dansk, juridisk argumentation kan erkendes som »korrekt« i andre juridiske fællesskaber, skal den samme argumentationsform anvendes, som anvendes i de andre fællesskaber. Det er muligt, at forskellige fællesskaber kommer til forskellige resultater, men en eller anden form for overensstemmelse mellem argumentationsmetoderne må der være.

Man kan måske forsøgsvis kalde dette fællesskab af jurister med tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol et »europæisk, transnationalt,[85] juridisk fællesskab«. Herved forstås ikke et for-

85. Ordet »transnationalt« er anvendt af Henning Koch i en anden betydning i Juristen 1998, s. 218, hvor han ved »transnational ret« forstår »fremmede retskulturers normer, som mere eller mindre formelt siver ind fra andre nationale retssystemer og optages i det

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 37 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

maliseret, formelt forum, men netop jurister, hvoraf en del også har base i de nationale fællesskaber, men som også har tilknytning til Europarådets menneskerettighedsfora. Dette peger også på, at dette fællesskab netop er afgrænset til staterne i Europarådet.

Man kan pege på, at også dette »transnationale fortolkningsfællesskab« internt har sine – forskellige – fortolkningsfællesskaber, som det transnationale fortolkningsfællesskab selv føler et behov for at tage højde for[86].

Isi Foighel[87] har beskrevet, hvordan der ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er oprettet tre lister over dommere, en Nordeuropæisk liste, en liste med dommere fra Middelhavslandene og en Central- og østeuropæisk liste. Når der udpeges medlemmer til afgørelse af en sag, sørges der for, at der kommer lige mange medlemmer fra hver gruppe i erkendelse af, at »visse forhold – familiemønstre, forældre/barn relationerne, seksuelle forhold etc. – betragtes forskelligt af dommere fra forskellige kulturkredse«. Også dette viser, at fortolkningsfællesskaberne ikke kan anses som fast afgrænsede enheder[88].

Alligevel kan der peges på en række fælles værdier[89] i Europa, hvilket taler for at antage et sådant »transnationalt juridisk fællesskab«. Morten Wegener[90] har anført, at »forskellige former for internationalt samarbejde, navnlig mellem stater, i stadig voksende grad i de senere årtier har bidraget til at modificere de nationale retsordeners egenart ved etablering af en uniform retstilstand på et eller flere områder i de i samarbejdet deltagende stater«. Han anfører videre, at der »herved (ska-

---

danske retssystem«. Se for en tilsvarende anvendelse Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 170. Se også Frowein: »Transnational Protection of Human Rights«, hvor ordet anvendes om beskyttelsen af menneskerettighederne efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

86. Se hertil Gert Holst Matthiesen: »Den nye menneskerettighedsdomstol«, særligt note 15, s. 355, der beskriver, hvordan der arbejdes med forskellige »retsfamilier« i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols besluttende organer. »Familierne« udvælges til dels fra sammenlignelige retssystemer.
87. Isi Foighel: »Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg«, s. 623.
88. Se også informations-hjemmeside for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (http://www.echr.coe.int/Eng/edocs/rulesofcourt.html#rule25), hvor der anføres følgende i pkt. 25, stk. 2, 2. pkt.: »Each judge shall be a member of a Section. The composition of the Sections shall be geographically and gender balanced and *shall reflect the different legal systems among the Contracting Parties*«. (min fremhævelse).
89. Se om fælles værdier inden for Europa for eksempel Jens Elo Rytter: »Den åbne forfatningsstat – forfatning, menneskerettigheder og inter-/overnational ret«, særligt s. 21f.
90. Morten Wegener: »Juridisk metode«, s. 28.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 38 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

bes) et vist kildemæssigt og muligt tillige fortolkningsmæssigt fællesskab«. Også tidligere har der dog været sådanne fælles værdier i mange europæiske stater, at for eksempel mange europæiske forfatninger i vidt omfang beskytter samme rettigheder.

Der kan dog være forskellige indvendinger mod antagelsen af et »transnationalt juridisk fællesskab« – især kan sproglige forskelle skabe hindringer for en sådan tanke.

2.3.3.2.3. Sprogets betydning

Det forhold, at sproget spiller en så væsentlig rolle for den hermeneutiske opfattelse af retten, peger på en principiel hindring for dannelsen og funktionen af et sådant »europæisk, transnationalt, juridisk fortolkningsfællesskab «. Menneskerettighederne i tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention udvikles jo netop i et internationalt miljø, hvor de deltagende aktører, herunder de, der oprindeligt skabte konventionen, dommerne i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, de nationale dommere, de nationale lovgivere m.v. taler forskellige sprog[91].

Dette spørgsmål har sammenhæng med spørgsmålet om forholdet mellem retten og sproget[92].

Udgangspunktet for en drøftelse af forholdet mellem retten og sproget kan tages i en opfattelse[93], der har et hermeneutisk fundament; »Retsreglen kan ikke klart skelnes fra sit sproglige udtryk«. Heri ligger, at det sproglige udtryk – teksten – ikke i sig selv giver mening. Meningen skabes af den, der anvender teksten. Dette at skabe meningen foregår ved inddragelse af de erfaringer, den pågældende retsanvender har. Teksten er således et signal til den enkelte retsanvender om at

---

91. Se hertil for eksempel: Martin Weston: »The role of translation at the European Court of Human Rights«, s. 679ff.
92. En problemstilling, der er særdeles kompliceret, og hvis behandling kræver en viden, jeg ikke besidder. Se for litteraturhenvisninger om problemstillingen Anne Lise Kjær: »Ret og sprog i EU: Mangfoldighed, sprogforbistring – og grænser for integration?«. De følgende bemærkninger skal således ikke tjene til at behandle denne problemstilling, men blot problematisere spørgsmålet om forholdet mellem retten og sproget. Se også Ole Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, § 25, særligt s. 343f.
93. De følgende bemærkninger er især baseret på ovennævnte artikel af Anne Lise Kjær. Artiklen omhandler ganske vist primært de problemer, der opstår som følge af EU's mange, ligeværdige sprog, men artiklens generelle bemærkninger om ret og sprog kan formentligt tillige anvendes til en skitsering af problemer, der opstår ved Europarådets medlemslandes mange sprog.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 39 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

aktivere de erfaringer, den pågældende har »med i bagagen« – eller i sin for-forståelse – for at kunne forstå teksten.

Sproget kan dermed ses som en social vidensbase, som indeholder de erfaringer, som juristen ved et givet signal skal aktivere, og som kommer fra blandt andet den kultur, den pågældende er en del af. Den retskultur, der hersker i de forskellige lande, har dermed betydning.

Når jurister fortolker en juridisk tekst, aktiverer de altså de erfaringer, de har med fra for eksempel studiet og deres efterfølgende retsanvendende liv, og anvender disse erfaringer i fortolkningen. Så længe dette foregår på det sprog, den enkelte behersker som modersmål, giver det ikke problemer.

Ved skift til et andet sprog, opstår der et problem, der følger af det forhold, at ord ikke bare kan oversættes fra et sprog til et andet og blive ved at aktivere nøjagtigt de samme erfaringer. Selvom en dansk retsanvender slår op i ordbogen og finder det tilsvarende ord på det fremmede sprog, er det ikke givet, at det er de samme erfaringer, der aktiveres for en jurist fra det andet land.

Dette betyder, når vi taler om det juridiske sprog (både det skrevne og det talte), at hvis en jurist udtrykker sig på et fremmed sprog eller modtager meddelelser på et andet sprog end den pågældendes eget, er der en vidensbase, den pågældende ikke har adgang til, eller den pågældende har i hvert fald ikke adgang til hele den vidensbase, der ligger i det andet sprog.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention findes kun på engelsk og fransk som autoriserede udgaver. Dette rejser flere problemer; for det første kan man spørge sig selv, hvordan man sikrer, at en fortolker forstår det samme ved ord, der ikke nødvendigvis betyder helt det samme på engelsk og på fransk. For det andet deltager en række jurister, som ikke har engelsk eller fransk som modersmål, i fortolkningen af konventionen. Disse jurister vil måske have andre opfattelser af, hvad et givet ord betyder, end fransk- eller engelsksprogede jurister[94]. Disse forhold sætter spørgsmålstegn ved, om det overhovedet er muligt, at jurister fra forskellige sproglige fortolkningsfællesskaber indgår i et »transnationalt, juridisk fortolkningsfællesskab«.

---

94. De redskaber, der er til rådighed til løsning af disse problemer, for eksempel Wienertraktatkonventionens bestemmelser om fortolkning af flersproglige traktater, behandles i senere kapitler.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 40 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Der er dog forhold, der gør, at det nok trods alt er forsvarligt at tale om et »transnationalt, juridisk fortolkningsfællesskab«. Dels det forhold, at det er muligt at pege på det fælles værdigrundlag[95], dels det forhold, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol efter sin praksis foretager en selvstændig fortolkning af konventionen, uafhængigt af de lande, som den konkrete sag drejer sig om (»autonom fortolkning«). »Det sidste ord« vedrørende fortolkningen af konventionsteksten siges således af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Her har de konkrete afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol således stor betydning for fortolkningen. Det forhold, at man i alle lande, der har tiltrådt konventionen, ud fra konkrete eksempler kan se, hvad domstolen lægger i bestemte ord i konventionen, kan bidrage til at gøre den fælles vidensbase større. Afgørelserne fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan dog have den modsatte effekt, idet det jo også er nødvendigt at fortolke disse afgørelser. Men ved denne fortolkning har man dog det konkrete faktum at holde sig til.

Dette betyder også, at der opstår en (ny) terminologi, som er fælles for de jurister, der arbejder meget med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dens fortolkning, hvor der er enighed om indholdet af begrebet (for eksempel kan peges på begreber som »margin of appriciation«). Dette gør, at det giver mening at tale om et »transnationalt, juridisk fortolkningsfællesskab« – men gør det til gengæld vanskeligere for nationale jurister, der ikke har Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som deres daglige arbejdsredskab, at forstå og benytte terminologien.

2.3.3.2.4. Inddragelse af værdier i retsanvendelsen

Doublet finder, at den hermeneutiske, funktionelle tilgang kan foranledige en ophævelse af striden mellem naturretten og retspositivismen[96].

---

95. Se hertil også Anne Lise Kjær: »Mangfoldighed, sprogforbistring – og grænser for integration?«, særligt s. 5, note 5, hvor det anføres, at der findes »begreber, forestillinger og værdinormer, som må betragtes som fælles for alle (beslægtede) retssystemer, jf. bl.a. menneskerettigheder ... Desuden gælder der specielt for de (vest)europæiske retssystemer (bortset fra England), at deres fælles rod i Romerretten har givet dem et reservoir af grundlæggende fælles retsforestillinger og begreber, som jurister endnu i dag kan trække på ...«.
96. Se for eksempel David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 416.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 41 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

I den forbindelse tager han udgangspunkt i sondringen mellem den substantielle retsopfattelse og den funktionelle retsopfattelse. Efter hans opfattelse[97] hviler striden på, at begge retsteorier opfatter retten ud fra en substantiel synsvinkel, hvor der blandt andet er vandtætte skodder mellem lovgivning og retsanvendelse, og hvor ændringer i retsanvendelsen sker på grundlag af ydre forhold, for eksempel lovgivning. Man får derfor en dualisme mellem norm og virkelighed, en dualisme, der ikke eksisterer i dagens differentierede samfund. Hvis man i stedet opfatter retten ud fra en funktionel tilgang, vil modsætningen ophæves. En funktionel tilgang antager, at ændringer i retssystemet kan ske på baggrund af system-interne forhold, herunder gennem selve retsanvendelsesprocessen. Her findes denne dualisme ikke.

Gældende ret findes efter denne funktionelle model i et dynamisk samspil mellem lovgiver og retsanvenderne[98]. Begrebet gældende ret er efter denne opfattelse ikke »gitt på en entydig måte som et substansielt avgrenset normsystem«[99], men afhænger af fortolkningen og fortolkeren.

Doublet finder, at der med baggrund i den funktionelle model kan peges på et evalueringsgrundlag for den gældende ret. Evalueringsgrundlaget omfatter »verdier, prinsipper og rettigheter av ulike slag«, som »utgjør det man kan kalle en *konstitutiv betingelse* for retten i den demokratiske rettsstat«[100].

Disse værdier integreres efter Doublets opfattelse i den positive ret derved, at de allerede indgår i retten[101]. Inddragelse af disse værdier er en del af processen med at finde ud af, hvad der er gældende ret[102]. Inddragelsen af værdierne styres derfor af en bunden diskurs, nemlig de almindelige regler for, hvad der er acceptabel argumentation inden for det kommunikative, juridiske fællesskab. Inddragelsen af værdierne er

97. Se for eksempel David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 364f.
98. Se for eksempel David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 389.
99. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 442.
100. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 377ff.
101. Se for eksempel David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 413, hvor det anføres, at »evalueringsgrunnlaget bygger på rettslige verdier som ligger nedfelt i gjeldende rett selv«.
102. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, 1995, s. 380, hvor der henvises til, at »reelle hensyn » kan anses som retskilde. Se også s. 404ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 42 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

derfor ikke et spørgsmål om den enkeltes moral, men en interpersonel vurdering[103].

Denne evalueringsnorm er systemintern i den forstand, at den ligger inden for den retlige diskurs, selvom der kan være tale om ikke-positiverede normer[104]. Der kan også være tale om positiverede normer. Opgaven er at finde de vurderinger, der er almengyldige indenfor det juridiske fællesskab. Hvis man anvender en substantiel tilgang til værdierne, vil man sige, at værdierne skal være uforanderlige, statiske. Efter den funktionelle tilgang, der lægges til grund hos Doublet, er værdierne »kontekstuelt betinget«[105] – det vil sige, at de kan skifte i takt med, at værdierne i samfundet skifter. Værdiændringer i samfundet virker således ind på retten, og værdiændringer i retten virker ind på samfundet.

Evalueringsgrundlaget har – i overensstemmelse med den hermeneutiske synsvinkel – nær sammenhæng med det omkringliggende samfunds normer. Doublet formulerer det således[106], at evalueringsgrundlaget ikke må føre til, at der formuleres »krav til rettsreglernes materielle innhold som bryter med den generelle samfunnsstruktur og de verdiforutsetninger som samfunnet og organiseringen af rettssytemet bygger på«. Dermed får evalueringsgrundlaget også en nær sammenhæng med spørgsmålet om retssystemets legitimitet. Doublet anfører[107], at evalueringsgrundlaget »er en konstitutiv betingelse for rettsstaten ved å inngå som en materiell komponent i samfunnsdeltagernes prinsipielle anerkjennelse av den positive retts maktgrunnlag«. Kriteriet for, om noget er en del af evalueringsgrundlaget er i sidste ende, om det accepteres af det juridiske fællesskab[108].

Doublets holdning ligner til en vis grad Ross's opfattelse af »kulturtraditionen«[109], hvorved Ross forstod, at »der i form af myte, religion,

---

103. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 407f.
104. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, se for eksempel s. 405ff. og s. 432.
105. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 418.
106. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 455.
107. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 497f.
108. Se som eksempel på en inddragelse af værdier i gældende-ret-perspektiv Henning Koch i Juristen 1999, s. 218, der definerer »dansk forfatningsret« som »den ret, der anvendes ved og skabes af danske domstole på grundlag af nationale, internationale og supranationale skrevne som uskrevne normer, *med udgangspunkt i fundamentale demokratiske principper og menneskeretlige værdier*« (min fremhævelse).
109. Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 116ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 43 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

digt og filosofi og kunst lever en ånd som udtryk for en livsholdning«, og som får betydning derved, at »den er den ånd, hvori dommeren læser og tyder loven«. Denne kulturtradition er ikke uforanderlig. Man kan måske sige, at Doublets opfattelse nuancerer Ross's tanker herom, især ved at eksplicitere, hvilken indflydelse denne »ånd« har i retsanvendelsen og ved at koble denne sammen med rettens legitimering.

En del af evalueringsgrundlaget har efter Doublets opfattelse rødder i den liberalistiske stat, der dannedes i det 18. århundrede – blandt andet peger han på begreberne »fred, frihet og borgerlig autonomi«[110]. Evalueringsgrundlaget må dog forstås i overensstemmelse med vor tidsalder[111]. Borgerrettighederne, der udsprang af det 18. århundrede, blev i takt med den øgede fokus på individer til »menneskerettigheder«, der tilkom alle. Denne udvikling afspejler yderligere en ændring i opfattelsen af menneskerettighederne; menneskerettighederne skal ikke længere kun værne samfundsmæssig positioner, men »skal verne individet fordi individet har en verdi i seg selv«[112]. Denne værdi ses af Doublet som en del af evalueringsgrundlaget. Dette har betydning for denne afhandling, fordi en af grundene til, at spørgsmålet om, hvorvidt menneskerettighederne kan få betydning ved reguleringen af individers forhold til hinanden, overhovedet kan opstå, er dette opprioriterede individsyn.

I evalueringsgrundlaget indgår en generel retfærdighedsopfattelse, retssikkerhedsvurderinger og et krav om forudberegnelighed[113]. Ved retssikkerhed forstår Doublet »et krav om at enkeltindividet skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side, samtidig som vedkommende skal ha mulighet til å forutberegne sin rettstilling og forsvare sine rettslige interesser«[114]. I kravet om forudberegnelighed ligger »et bærende element bak avgrensningen av rettsanvendelsen som en bunden diskurs«[115]. Hertil kommer hensynet til lighed og retfærdighed. Da retsssystemet er et socialt system, følger det heraf, at retssikkerhedsbegrebet vil variere fra retssystem til retssystem[116]. Ret-

110. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 467ff., særligt s. 471.
111. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 481ff.
112. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 482f.
113. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 488ff.
114. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 503ff.
115. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 508.
116. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 506.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 44 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

færdighedsbegrebet går mere på, »hvorledes medlemmerne i en rettsstat mener statens fordeling av goder og byrder bør være og hvorledes makten utøves«[117]. Retfærdighedsbegrebet handler dermed også om, hvorvidt medlemmerne af samfundet vil anerkende retssystemet – om retssystemet har legitimitet i borgernes øjne.

Disse hensyn er ikke nødvendigvis i harmoni med hinanden og fører ikke nødvendigvis i samme retning – et problem der skal drøftes senere i forbindelse med afhandlingens problemstilling om anvendelse af menneskerettighederne mellem private.

2.3.3.2.5. Doublet og menneskerettighederne

Doublet beskæftiger sig ikke mange steder specifikt med menneskerettighederne, og hans holdninger fører ham til en for så vidt overraskende opfattelse af menneskerettighederne. Udgangspunktet tages i det forhold, at der siden 2. verdenskrig er sket en institutionalisering af menneskerettighederne[118]. Som jeg forstår Doublet, forudsætter han, at denne institutionalisering er en følge af en substantiel retsopfattelse. I en funktionalistisk retsopfattelse må vægten efter Doublets mening lægges på individets interaktion med det omkringliggende samfund[119], og menneskerettighederne er betingelsen for denne interaktion. Ved at positivere menneskerettighederne fremkalder man i virkeligheden et bånd på menneskerettighederne, som modarbejder dem[120]. Samtidigt anfører Doublet[121], at menneskerettighederne indgår i evalueringsgrundlaget for den gældende ret.

Den anførte opfattelse af menneskerettighederne er efter min opfattelse ikke i overensstemmelse med den idé, der ligger i menneskerettighederne. Der er ikke tvivl om, at det enkelte individs deltagelse i samfundet har en tæt sammenhæng med menneskerettighederne, men det er en for snæver opfattelse af menneskerettighedernes idé at knytte alt op på denne sammenhæng. Menneskerettighedernes idé er bredere,

---

117. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 506f.
118. Se David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 366ff.
119. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 370ff.
120. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 377. Se også s. 505 om positiveringen af værdier som retssikkerhed m.v.
121. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, anfører s. 471, at de formål, som menneskerettighederne skal varetage – »verne om friheten, freden og den borgerlige autonomi« – må ligge nedfældet i evalueringsgrundlaget som en af flere værdimæssige forudsætninger …

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 45 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

for eksempel antager de fleste som ovenfor nævnt, at menneskerettighederne tilkommer alle – også de, der ikke kan deltage i samfundets komplicerede processer.

Tværtimod synes jeg, at Doublets model i høj grad er egnet til at forklare en række faktorer, som ellers retsteoretisk er vanskeligt forklarlige indenfor juraen i dag[122]. Den øgede fokus på menneskerettighederne, som opstod i Danmark gennem 1980'erne, kom jo ikke fra lovgivning, men fra forskellige juridiske aktører og i tilknytning dertil fra domstolene, herunder Højesteret. Den opprioritering af de værdier, som menneskerettighederne står for, kan ikke forklares ud fra hverken naturretlige eller retspositivistiske forklaringsmodeller, men netop ud fra en hermeneutisk model, som den, Doublet stiller op.

For mig virker det mere nærliggende at se menneskerettighederne netop som både positiv ret og som idé[123] – eller værdi – der netop i kraft af den hermeneutiske cirkel bliver en del af gældende ret. Når Doublet hævder, at evalueringsnormen ligger nedfældet i den gældende ret, »i den vestlige verden fra midten av det attende århundre og frem til i dag, slik denne har tatt form først som borgerlig rett siden som velferds – og fordelingsstatens rett«[124], så finder jeg, at menneskerettighederne passer ind i dette billede af nogle – delvist skrevne, delsvist uskrevne – regler, der over en lang periode har været et underliggende normsæt for retten, både for retsanvendere og for lovgivere.

Det betyder også, at »menneskerettighederne« som begreb må anses som kontekst-bestemte, som ikke-absolutte, i modsætning til for eksempel en naturretlig holdning, hvor bestemte værdier er givet på forhånd.

2.3.3.2.6. Sondringen mellem offentlig ret og privatret

Et sidste punkt, som skal nævnes i Doublets opfattelse, er tilgangen til sondringen mellem offentlig ret og privat ret. Denne sondring har traditionelt gået ud på, at privatretten regulerer forholdet mellem borgerne, mens den offentlige ret regulerer forholdet mellem borgerne og

122. Se for en lignende kritik af Doublet, Henning Koch: »Dommerret – om forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland« i »Grundloven og Menneskerettighederne«, s. 325ff., særligt s. 341ff.

123. Se hertil nedenfor i kapitel 3 om den afgrænsning af menneskerettighedsbegrebet, der i tilslutning til Lars Nordskov Nielsens fremstilling er adopteret her i afhandlingen.

124. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 433.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 46 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

de offentlige myndigheder og forholdet mellem de offentlige myndigheder selv. Sondringen har sin baggrund i den liberalistiske samfundsforståelse, der opstod i det 18. århundrede, hvor borgernes autonomi var et nøgleord. Offentlig ret skulle tjene til at fremme denne autonomi. Den funktionalistiske tilgang medfører, at skellet mellem privat ret og offentlig ret får mindre betydning[125], end det har haft tidligere. Det har formentligt også sammenhæng med et emne, Doublet behandler i forbindelse med rettighedsbegrebet[126], nemlig statens ændrede rolle; med overgangen fra det liberalistiske samfund til velfærdssamfundet bliver samfundet ændret fra at være »rettighetsgarantist til også å være en rettighetsdistibutør«. Borgerne forventer derfor noget andet af statens organer, end man forventede af staten i en liberalistisk statsopfattelse.

Også denne tilgang får betydning senere i afhandlingen, hvor det vil blive søgt påvist, at sondringen ikke kan opretholdes i relation til menneskerettighederne i den form, den har haft indtil nu.

2.3.3.3. Konklusion

På baggrund af ovenstående må det konkluderes, at en naturretlig tilgang ikke er en konstruktiv tilgang til drøftelsen af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, ligesom en retspositivistisk tilgang heller ikke kan anses for at være særligt frugtbar – og i hvert fald kan ingen af de to referencerammer stå alene.

En løsning af spørgsmålet må inddrage de pluralistiske tendenser, som det menneskeretlige område hviler på.

Den mest frugtbare retsteoretiske model er således den hermeneutiske model i den udformning, Doublet har opstillet den.

På den baggrund er det en funktionalisitisk, hermeneutisk model, der vil blive taget udgangspunkt i afhandlingen her.

3. Metodiske overvejelser

For at kunne finde frem til, hvilken holdning der har hersket i de forskellige juridiske fællesskaber, må en række kilder til viden herom undersøges. Retskilderne på det internationale niveau undersøges først.

---

125. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 467ff.
126. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 485f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 47 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det sker i kapitel 6, 7 og 8. Retskilderne på det danske niveau undersøges i kapitel 10 og 11.

Der er dog en række problemer i den forbindelse, der følger af tankegangen om juridiske fællesskaber.

Det første spørgsmål er, hvad man kan forstå ved retskilder. Det antages i det følgende i overensstemmelse med det hermeneutiske udgangspunkt, at der er en klar sammenhæng mellem de retskilder, en retsvidenskabelig fremstilling bygger på, og de retskilder, retsanvendere bygger deres afgørelser på[127]. Den følgende fremstilling forventes derfor også at have bud til »praktikere«. Hvilke kilder, der skal inddrages som »retskilder«, bestemmes af den almindelige juridiske metode. Det vil derfor for så vidt angår den internationale niveau være Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med dens tillægsprotokoller og den dertil knyttede retspraksis.

Når det anføres, at en retskilde blandt andet er den retspraksis, der knytter sig til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, ligger heri, at den retspraksis, der kommer fra konventionsorganerne, det vil sige Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og tidligere Den Europæiske Menneskerettighedskommission, anses som retskilde i dansk ret. Det betyder, at denne fremstilling ikke bygger på den holdning, som nogle forfattere har givet udtryk for, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis »ikke umiddelbart er en del af dansk ret«[128]. Holdningen bygger blandt andet på en argumentation om, at »menneskerettighedskonventionen ikke har ambition om, at denne eller konventionsorganernes praksis umiddelbart forpligter danske domstole«, men at der »alene er tale om en traditionel folkeretlig forpligtelse for Danmark«. Til dette argument kan man sige, at man efter en hermeneutisk opfattelse ikke kan sondre mellem konventionsteksten og den til konventionen knyttede retspraksis; man kan i den

---

127. Se Preben Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, s.100ff.

128. Se Jens Garde og Michael Hansen Jensen: »Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed«, særligt s. 355. Se også bemærkningerne til lovforslaget ved inkorporeringen af konventionen i dansk ret, Folketingstidende 91/92, Forhandlingerne, tillæg A, sp. 5460, hvor der sondres mellem statens forpligtelser efter de afgørelser, der er truffet, hvor staten selv var part, og efter afgørelser, hvor staten ikke selv er part. Det anføres her, at »En stat er ikke i medfør af selve konventionskomplekset forpligtet til at rette sig efter afgørelser, der vedrører andre stater«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 48 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

forbindelse citere Erik Werlauff[129], der anfører, at »konventionsteksten og -praksis udgør ét hele, og at dansk ret ... også bevæger sig, når forståelse af konventionen bevæger sig i kraft af ny konventionspraksis. Vi har inkorporeret en konvention, ikke en konventionstekst«.

Problemstillingen, der har betydning for holdningen til afhandlingens emne om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige konflikter mellem private, behandles mere grundigt i kapitel 4.

For så vidt angår det nationale niveau er retskilderne også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, dens tillægsprotokoller og den hertil knyttede retspraksis. Der er dog den særegenhed ved Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at den indtil 1992 havde en retskildestatus som ikke-inkorporeret konvention, mens den fra den 1. juli 1992 »ophøjedes« til lov – efter et mellemspil, hvor den siden 1989 ifølge retspraksis havde skullet inddrages i fortolkningen[130].

Herudover anvendes, når talen er om dansk ret, »den almindelige juridiske metode«. Dette er ikke særligt epokegørende og behøver ikke flere ord med på vejen. Det er jo nemlig det tankevækkende, at selvom det kan være vanskeligt at definere, hvad der kendetegner en retskilde, og hvordan man fortolker den, så er alle jurister jo stort set enige om indholdet af disse spørgsmål. Det rejser derimod visse problemer på det internationale niveau, og når de to niveauer skal harmoniseres. Her er problemet blandt andet, at forarbejder spiller en større rolle for det danske juridiske fortolkningsfællesskab end inden for det transnationale fortolkningsfællesskab. Det er et af emnerne for denne afhandling, hvordan denne harmonisering kan ske.

Herudover skal enkelte metodeovervejelser nævnes.

Der er til retskildeproblemet knyttet et specielt problem; den samme retskilde, konventionen, fortolkes af mange forskellige organer, der har forskellige fortolkningsmetoder – konventionen fortolkes således langt mere »dynamisk« af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol end den gør af de danske domstole. Denne problemstilling gøres der rede for i kapitel 4, og spørgsmålet om, hvorledes man kan harmonisere de forskellige metoder, drøftes i kapitel 12 og 13.

---

129. Erik Werlauff: »Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?«.
130. Se hertil UfR 1989, s. 928f., jf. UfR 1988, s. 404VL samt UfR 1990, s. 13 og UfR 1990, s. 181.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 49 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Fortolkningen af de forskellige retskilder i det følgende bygger på almindelige fortolkningsprincipper. Sprogbrugen bærer præg heraf. For eksempel vil fortolkningen nogle steder tage udgangspunkt i »ordlyden« af en tekst, selvom det er klart, at ordlyden efter en hermeneutisk opfattelse ikke siger særligt meget i sig selv[131]. Da det imidlertid er en almindelig sprogbrug at angive, at et bestemt resultat »følger af ordlyden«, anvendes den også her.

For at undersøge holdningen til afhandlingens emne om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige konflikter mellem private, inddrages også litteratur – det man kunne kalde »doktrinen«. Doktrinen inddrages både på det internationale og det nationale niveau.

I tilknytning til spørgsmålet om, hvem der hører til et bestemt juridisk fællesskab, kan peges på et særligt problem; nemlig problemet om, hvordan forskellige, nationalt baserede, juridiske fællesskaber påvirker hinanden[132]. En gennemgribende drøftelse heraf falder udenfor denne afhandling, men et aspekt af denne problemstilling skal omtales. En del af inspirationsgrundlaget for, hvad der her er kaldt »det internationale, juridiske fællesskabs« tilgang til problemstillingen om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse til løsning af retlige konflikter mellem private kan nemlig antages at have været tanker, der er udviklet i det tyske juridiske fællesskab (der udover Tyskland også omfatter Østrig og Schweitz), hvor man siden 1950'erne har drøftet problemet under overskriften »Drittwirkung«. Denne drøftelse er genstanden for afhandlingens kapitel 5.

Man kan måske sige, at valget af den hermeneutiske tilgang får den betydning, at en række kendte juridiske begreber bliver – om ikke dekonstruerede – så i hvert fald tillagt en noget mindre betydning, end de er blevet tidligere. Det gælder for eksempel begreberne »pligtsubjekt«, »direkte« og »indirekte« drittwirkung og spørgsmålet om internationale retsreglers »bindende virkning«.

Endeligt får den funktionelle, hermeneutiske synsmåde den betydning, at der ikke kun inddrages positivretlige retskilder, men også andre forhold i fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskon-

131. Se hertil for eksempel Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, s. 122f.
132. Se om lignende problemstilling Henning Koch: »Dansk forfatningsret i transnational belysning«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 50 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vention. Disse »andre forhold« udgøres blandt andet af de mere eller mindre underforståede forestillinger, som trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab og i det transnationale fortolkningsfællesskab.

Dette spørgsmål behandles i kapitel 3 og 4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 51 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 3

Menneskerettigheder – en ramme

1. Indledning

Som det fremgik af kapitel 2, bygger denne afhandling på en grundopfattelse, hvorefter retsreglerne ikke fungerer i retstomme rum, men fortolkes afhængigt af deres kontekst. De skrevne regler fortolkes i lyset af en »for-forståelse« – en bestemt opfattelse, der sætter en ramme for, hvordan fortolkningen skal forløbe, og hvilket resultat den kan munde ud i. Denne »for-forståelse« eller ramme kommer ikke nødvendigvis særligt tydeligt til udtryk i teoretiske fremstillinger eller i retspraksis, men ligger som et fundament for retsopfattelsen hos medlemmerne af et givet, juridisk fortolkningsfællesskab.

Det ligger heri, at afgørende for, hvilke normer der kan siges at være »gældende ret«, ikke kun er de skrevne regler, men også den række – mere eller mindre eksplicit udtrykte – forestillinger, der trives blandt de, der fortolker reglerne.

Vanskeligheden ved at behandle spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private er blandt andet, at en del af besvarelsen heraf er præget af, at det er og har været en »fælles viden« – en for-forståelse – i det danske juridiske fortolkningsfællesskab og det transnationale fortolkningsfællesskab, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finder anvendelse mellem private, eller at denne anvendelse i hvert fald var begrænset – uden at det nødvendigvis var særligt klart, hvorfra denne fælles viden stammede, eller hvilket fundament den byggede på.

Der er ikke tale om en enkel – og heller ikke om en særligt klar – forestilling, men om en række tankegange, der tilsammen danner rammen om drøftelsen af afhandlingens problemstilling. Man kan næppe fremdrage dem alle, men i hvert fald pege på en række, der er særligt dominerende. Man kunne sikkert finde andre.

Formålet med kapitlet her er at forsøge at blotlægge i hvert fald nogle af rødderne til – og indholdet af – denne »fælles viden«, eller »for-forståelse«, hos det danske juridiske fortolkningsfællesskab med henblik

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 52 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

på senere i afhandlingen at kunne vurdere, om denne for-forståelse stadigt er hensigtsmæssig.

2. Hvad er menneskerettigheder. Menneskerettighedsbegrebets rødder og indhold

Den første forestilling, der spiller ind på vurderingen af, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, er forestillingen om selve menneskerettighedsbegrebet.

Problemstillingen i denne afhandling er begrænset til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde. Dermed er det principielt også afgrænset, hvilke menneskerettigheder afhandlingen drejer sig om. Alligevel kommer man ikke helt udenom refleksion over begrebet »menneskerettigheder« – forestillinger om begrebets indhold spiller nemlig en rolle for dets fortolkning.

2.1. Menneskerettighedsbegrebet – værdier eller positive retsregler?

Menneskerettighedernes fortolkning er præget af, at menneskerettigheder optræder både som udtryk for nogle ikke særligt præcist angivne værdier og i form af en række positive retsregler, der varierer fra meget brede retlige standarder til relativt præcise retsregler. Denne dualisme mellem værdier og retsregler har kendetegnet menneskerettighederne fra deres opståen.

2.2. Menneskerettighedernes rødder: liberalisme og naturret.

At angive, hvornår tanken om menneskerettigheder første gang er formuleret, er næppe muligt. Tanken om menneskerettigheder har dybe religiøse, filosofiske og historiske rødder, som næppe lader sig udpege og efterforske til bunds i dag. Man kan søge ideerne tilbage til antikken[133], eller starte der, hvor ideerne begyndte at udmønte sig i retsregler, med højdepunkterne fra det engelske Magna Carter i 1215 og derfra til den engelske »Petition of Rights« fra 1628, videre over »Habeas Corpus« fra 1679 og videre til den amerikanske uafhængighedserklæring fra 1776 og endeligt til den franske menneskerettighedserklæ-

133. Se for eksempel Ole Thyssen og Mihail Larsen: »Menneske ret«, s. 11ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 53 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ring fra 1789[134], indtil menneskerettighederne antog den form, vi kender i dag. Som det ses, har tankerne om menneskerettigheder vidtforgrenede rødder i mange landes traditioner.

Et fælles karakteristisk kendetegn kan dog udpeges; menneskerettighederne har gennem tiden først og fremmest været et middel til at tæmme de forskellige samfunds magthavere[135], hvad enten det som tidligere var fyrsten, eller som i dag, hvor for eksempel krav til de kinesiske ledere ofte ses formuleret i menneskerettighedsterminologi. Denne måde at anskue menneskerettighederne præger fortolkningen af rettighederne. Det ligger dybt i de fleste, at menneskerettighederne skal beskytte den enkelte borger mod statsmagten. Det er da også den helt overordnede ramme, der fremgår af de fleste teoretiske fremstillinger.

Set i det lys, har menneskerettighederne ikke meget relevans mellem private borgere indbyrdes. Menneskerettighedernes oprindelse og funktion præger således deres fortolkning[136].

Denne opfattelse spiller sammen med det liberalistiske syn, som har præget forståelsen af menneskerettighederne[137]. Den liberalistiske opfattelse hviler på en tanke om, at staten skal give så meget frihed som muligt til de enkelte individer, fordi staten blot er et instrument til sikring af den enkeltes mulighed for at udnytte de muligheder, ethvert individ har. Staten skal undlade indgreb overfor borgerne i videst muligt omfang.

Når det enkelte individ selv har det fulde ansvar for at udnytte sine muligheder, er det risikoen for statens indgreb overfor den enkelte, der kommer i fokus, hvorimod man ikke stiller krav om, at staten skal stille ydelser til rådighed for den enkelte. En sådan tilgang til menneskerettighederne betyder, at menneskerettighederne alene skal sikre individet frihed fra statens indgreb. Dermed er menneskerettighedernes anvendelsesområde primært feltet mellem individ og stat.

Når menneskerettighederne opfattes under denne synsvinkel, forsvinder individets forhold til andre individer ud af synsfeltet til fordel for spørgsmålet om individets forhold til staten. Dermed kan opfattel-

---

134. Se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, s. 16f.
135. Se for eksempler Max Sørensen: «Den internationale beskyttelse af menneskerettighederne«, s. 8, og Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 189f.
136. Se som eksempel herpå dommer Fitzmaurices indignerede dissens i dommen A 31, Marckx mod Belgien, dom afsagt den 13. juni 1979. Dissensen refereres i kapitel 6.
137. Se om dette for eksempel Max Sørensen: »Statsforfatningsret«, s. 334f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 54 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

sen bevirke en begrænsning af, hvilke spørgsmål man overhovedet med mening kan stille.

Menneskerettighedernes rødder er dog også båret af andre synsvinkler. I for eksempel den amerikanske uafhængighedserklæring udråbes menneskerettighederne til at være »ufortabelige« rettigheder, der tilkommer alle mennesker. Den naturretlige tankegang, erklæringen udtrykker, er til stede i mange menneskerettighedssammenhænge, og ser man menneskerettighederne gennem sådanne briller, behøver menneskerettighedernes anvendelsesområde ikke være begrænset til feltet mellem staten og det enkelte individ. Hvis udgangspunktet tages i individets rettighed og ikke i, hvem individet har rettigheder overfor, er det nærliggende at beskytte denne rettighed overfor hvem som helst, der måtte true den. En opfattelse med et naturretligt udgangspunkt vil være mere tilbøjelig til udvide anvendelsesområdet for menneskerettigheder til at gælde mellem private[138].

Begge opfattelser kan spores i den aktuelle debat om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse mellem private.

Hertil kommer, at den liberalistiske tankegang ikke er forblevet enerådende. I takt med erkendelsen af liberalismens begrænsninger er opstået en tendens til i et vist omfang at forvente, at staten påtager sig en mere aktiv rolle[139]. Doublet taler[140] om, at staten går fra at være »rettighetsgarantist til også å være en rettighetsdistibutør«.

Denne – nyere – tendens er også en del af det rodnet, som menneskerettighedernes fortolkning henter næring fra. Når tanken om, at staten også skal garantere visse ydelser, vokser frem, begynder det at give mening også at spørge, om ikke staten bør garantere beskyttelse af de basale menneskerettigheder, også i privates konflikter med andre private.

Samlet indeholder menneskerettighedernes rødder dermed både grunde til at afvise at anvende menneskerettigheder mellem private, men også kimen til at anskue menneskerettigheder i en vinkel, hvor det

---

138. Se for eksempel Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, der s. 33 anfører følgende: »The principel of third-party effect is hardly controversial when human rights are considered as deriving from the law of nature«.
139. Henrik Zahle taler i »Dansk forfatningsret«, bd. 3, s. 20, om en »socialstatslig model«.
140. David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, s. 485f. Se herom nærmere kapitel 2.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 55 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

er naturligt at anvende menneskerettigheder til regulering af privates forhold indbyrdes.

2.3. Menneskerettighedernes indhold

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention beskytter efter sin overskrift »menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder«. Indholdet af dette beskyttelsesobjekt er dog ikke helt enkelt at fastslå. De rettigheder, der er beskyttet i konventionen, er af meget forskellig karakter, og det er næppe muligt at finde det kriterium, der udpeger netop disse områder som »menneskerettigheder«.

For det første er ordet »menneskerettigheder« ladet med en række underforståede forestillinger. Alle juridiske begreber har formentligt nogle »undertoner«, der mere eller mindre usagt indgår i fortolkningen af begrebet, men menneskerettighedsbegrebet er nok i særlig grad mættet med betydning. Denne kan formentligt kun forstås ved at se på den kontekst, den indgår i.

I betragtning af, hvor ofte der henvises til »menneskerettighederne«, er det nemlig slående, hvor vanskeligt det egentligt er at finde frem til en overordnet definition på begrebet.

Et eftersyn af en række konventioner til beskyttelse af menneskerettighederne (International Covenant on Civil and Political Rights[141], International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights[142], Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Verdenserklæringen[143]) viser, at konventionerne typisk ikke selv angiver nogen fastsættelse af, hvad menneskerettighedsbegrebet dækker. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention henviser i præamblen til de rettigheder, der opregnes i den Universielle Menneskerettighedserklæring fra 1948. Herudover taler den i præamblen om »menneskerettighederne og de grundlæggende friheder«. Indholdet heraf defineres ikke nærmere.

Den Universielle Menneskerettighedserklæring henviser i sin præambel til menneskets »inherent dignity« og »inalienable rights« og opremser nogle lidt løst formulerede rettigheder og friheder (»freedom of speech and belief«, »freedom from fear and want«), men definerer ikke, hvad »human rights« er. Formuleringerne »inherent dignity« og »inali-

141. FN's Generalforsamlings resolution 2200 A (XXI) af 16. december 1966.
142. FN's Generalforsamlings resolution 2200 A (XXI) af 16. december 1966.
143. FN's Generalforsamlings resolution 217 A, (III) af 10. december 1948.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 56 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

enable rights« går igen i Den internationale konvention om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder. De naturretlige overtoner er her tydelige.

Også de fleste menneskeretlige fremstillinger undlader at definere begrebet materielt. Generelt kan der nok ikke peges på en egentlig materiel definition eller begrebsbestemmelse, som der er almindelig enighed om. Dette fører Rehof og Trier til at anføre, at »en ren deskriptiv synsvinkel formentligt er den mest hensigtsmæssige«, og at man »må studere de emner, de internationale organer har valgt at betegne som menneskerettigheder, og derefter tage ad notam, at det er indholdet af menneskerettighedsbegrebet i dag«[144].

Denne deskriptive tilgang er den, de fleste vælger. Det var også den, man valgte, da Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skulle udarbejdes. Konventionens fædre tog udgangspunkt dels i de rettigheder, der allerede var anerkendt af medlemsstaternes forfatninger, dels i den universelle verdenserklæring om Menneskerettigheder[145].

Begrebet »menneskerettigheder« kommer derved til at dække et meget udstrakt område, der ikke er materielt afgrænset.

Denne åbenhed i begrebsbestemmelsen farver fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, i hvert fald på det internationale niveau.

Det forhold, at begrebet er så åbent og ikke er materielt afgrænset, gør, at der i hvert fald ikke i forestillingen om begrebets indhold selv ligger en hindring for en fortolkning af de enkelte menneskerettigheder, hvor menneskerettighederne også finder anvendelse mellem private, fordi eneste kendetegn på, om der er tale om en menneskerettighed, er, om det er anerkendt som sådan af de internationale organer på området.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har da også haft en – set med danske øjne – særdeles dynamisk fortolkning af menneskerettighederne, som de findes i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[146].

---

144. Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 54ff. Se endvidere for eksempel Nordskov Nielsen i »Viden og Handling«, s. 12ff, hvor det anføres, at menneskerettighedsbegrebet ikke er et entydigt begreb.
145. Se P.-H. Teitgen: »Introduction to the European Convention on Human rights«, s. 3ff.
146. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning behandles nærmere i kapitel 4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 57 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Om en udvidende fortolkning skal vælges, beror herefter på en række andre faktorer. De internationale organer påvirkes i deres fortolkning af andre forhold end blot ordlyden af de enkelte bestemmelser.

Menneskerettigheder er for mange – især i det transnationale fortolkningsfællesskab – ikke kun er et spørgsmål om selve de juridiske regler, men også om et filosofisk/ideologisk udgangspunkt. Der findes en del jurister i det transnationale fortolkningsfællesskab, der er påvirket af mere formålsbestemte fortolkningsmetoder – nogle ville sige »påvirket af naturretlige forestillinger«.

Inddragelse af værdiforestillinger findes også i Danmark. Lars Nordskov Nielsen[147] lægger sig i sin artikel som udgangspunkt op ad Rehofs og Triers opfattelse, idet han anfører, at menneskerettighedsbegrebet kan bestemmes »formelt – positivretligt – som de rettigheder, der er hjemlet, under betegnelsen menneskerettigheder eller tilsvarende betegnelse i forfatning, konventioner og deklarationer«. Han kommer dog en begrebsfastsættelse nærmere end dette, idet han videre anfører, at menneskerettigheder er »rettigheder, som vi efter vores kulturnormer eller vort menneskesyn anser for nødvendige forudsætninger for et værdigt menneskeliv i en demokratisk livsform«. Hertil føjer han et krav om, at begrebet reserveres »rettigheder af en særlig væsentlighed, af en vis fundamentalitet«. Herudover peger han på, at bestemmelser om menneskerettigheder »kan siges at bestå af to dele: Et positivt indhold og en underliggende værdisætning – en retspolitisk idé – af langt bredere omfang«.

I 1978 kunne Torkel Opsahl skrive[148], at for så vidt angår menneskerettighedernes indhold, var »definisjonsprosessen fremdeles ikke .. fullført«. Han henviste til tilsyns-organernes retsskabende funktioner. Det samme kan siges i dag om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions indhold; Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udvider stadig konventionens anvendelsesområde, således at det til stadighed bliver sværere at finde en fællesnævner for alle de rettigheder, der er omfattet heraf.

Netop fordi menneskerettighederne både er en juridisk størrelse og

147. Nordskov Nielsen: »Nogle strøtanker om menneskerettighedsbegrebet – og dets brug«, s. 35.

148. Opsahl: Det nordiske juristmøde, 1978, bilag 10: »Menneskerettigheterne i dag – internasjonale forpliktelser og nasjonal gjennomføring«, s. 18.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 58 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

samtidigt så tæt knyttet til filosofi, ideologi og politik, er det vanskeligt at fastsætte begrebet mere præcist.

De senere år er begrebet »grundrettigheder« dukket op i det danske juridiske fortolkningsfællesskab som betegnelse for det samme emneområde[149]. Rytter[150] definerer disse rettigheder ud fra deres retlige status i retssystemet som »rettigheder til værn om individet eller en minoritet, som er sikret i forfatningen eller i internationale menneskerettighedskonventioner med tilnærmelsesvis samme status i national ret som forfatningen«. Som det ses, lader begrebet sig stadigt bedst bestemme deskriptivt. Det vil vise sig, om denne begrebsbestemmelse er mere frugtbar end det hidtil anvendte »menneskerettigheder«.

I denne fremstilling behandles alene anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Der er derfor ikke behov for at forfølge diskussionen om den generelle afgrænsning af menneskerettighedsbegrebet yderligere. Blot må det erindres, at selvom afhandlingens emne alene er de rettigheder, der er omhandlet i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, bygger afhandlingen på den betragtning, at menneskerettighedsbegrebet ikke kan afgrænses alene under henvisning til de positivt fastsatte regler. Menneskerettighederne kan ikke forstås uden det særlige aspekt, som Nordskov Nielsen peger på; at menneskerettighederne bygger på »en underliggende værdisætning – en retspolitisk idé – af langt bredere omfang«. Denne værdisætning må inddrages i fortolkningen af reglerne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Samlet kan det fastslås, at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions kontekstuelle sammenhæng med menneskerettighedsbegrebet som sådant betyder, at netop den funktionalistiske tilgang, som er nævnt i kapitel 2, er særligt egnet til at drøfte menneskerettighederne; når de positive regler skal fortolkes i lyset af de kulturnormer, der i øvrigt gælder i samfundet – både det danske og det internationale – er den funktionelle tilgang velegnet. Der bliver derved plads for bredere forestillinger om retfærdighed og værdigrundsætninger i det hele taget.

---

149. Se hertil især Årsskrift fra Institut B for 1999: Temanummer om »Grundrettigheder«, og Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«.
150. Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 21.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 59 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.4. Positive eller negative pligter

Et aspekt af menneskerettighedsbegrebet, der har betydning for afhandlingens emne, er også spørgsmålet om, hvilken slags pligter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention pålægger staterne.

Nogle menneskeretlige normer har en »negativ« karakter, således at de forpligter staterne til at undlade indgreb i bestemte rettigheder, for eksempel at undlade at straffe borgere, der deltager i forsamlinger. Andre menneskeretlige normer pålægger staterne en pligt til at foretage sig bestemte handlinger, for eksempel aktivt at beskytte borgere, der deltager i forsamlinger mod, at andre borgere forstyrrer forsamlingen. I det sidste tilfælde kan man tale om »positive forpligtelser«. Denne sondring mellem »negative« og »positive« pligter har spillet en vigtig rolle for diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Den liberalistiske tilgang stiller krav til staten om, at staten ikke griber ind i de beskyttede rettigheder og anskuer dermed Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som negative rettigheder. Det er også i overensstemmelse med den fremherskende opfattelse af, hvilke rettigheder man skulle beskytte, da konventionen blev udarbejdet. Det er de liberalistisk inspirerede rettigheder – ytringsfriheden, forsamlingsfriheden, ejendomsrettens og boligens ukrænkelighed – der er omhandlet i konventionen. Positive rettigheder finder man ikke mange af i konventionen. Der findes dog for eksempel regler om børns ret til gratis undervisning på folkeskoleniveau, hvilket er en klar positiv pligt for staten.

De to syn på menneskerettighedernes karakter og dermed på, hvilke krav Den Europæiske Menneskerettighedskonvention stiller, slår også igennem i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Nogle af de rettigheder, der fra starten var ment kun som negative rettigheder, er med tiden blevet udvidet med positive træk, således at de nu foruden at beskytte borgernes ret til, at staten undlader at gribe ind i rettigheden, også i et vist omfang kræver, at staten yder noget aktivt til beskyttelse af rettigheden. En række eksempler findes i kapitel 6.

2.5. Sammenfatning

Sammenfattende kan der peges på, at menneskerettighedsbegrebet ikke er entydigt og er under stadig udvikling. Den oprindelige liberalistiske

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 60 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

opfattelse af menneskerettighederne angiver derfor ikke nødvendigvis tvingende grunde til at afgrænse rettighederne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention til kun at finde anvendelse i sfæren mellem staten og borgerne i dag.

3. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions grobund i Danmark

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions rødder drager næring fra den ovenfor beskrevne jordbund. Men også den konkrete, danske retlige tradition, konventionen blev født ind i, bidrager til en ramme om fortolkningen af konventionen.

Det er betegnende, at konventionens fædre tog udgangspunkt dels i »de menneskerettigheder, de enkelte stater allerede havde anerkendt som menneskerettigheder«, dels i en folkeretlig tilgang til menneskerettighederne, som den var kommet til udtryk i Verdenserklæringen. Denne dobbelthed mellem nationalstaterne og det internationale niveau går igen i de fleste problemstillinger med tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private foregår dermed i et krydsfelt mellem på den ene side en national forståelse og på den anden side den internationale forståelse. Samtidigt er den nationale, danske forståelse påvirket i sin fortolkning, dels af de rødder, menneskerettighederne har i Danmark, dels af det forhold, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har sin oprindelse i international ret.

3.1. Danske forestillinger om menneskerettigheder som ramme for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Dette afsnit omhandler, hvor det danske juridiske fortolkningsfællesskabs forestillinger om menneskerettighederne kommer fra – hvilke »rødder«, disse forestillinger om menneskerettighederne har. Rødderne har danske jurister i vidt omfang til fælles med fortolkningsfællesskaber andre steder, men der er elementer, der har været mere dominerende i Danmark end andre steder.

Baggrunden for at inddrage disse rødder er, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention heller ikke i Danmark fungerer i et retstomt rum. Da konventionen blev tiltrådt, havde Danmark i 100 år haft en

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 61 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

række menneskerettigheder i grundloven. Det er nærliggende at antage, at holdningen til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været påvirket af den opfattelse, som er lagt til grund af det danske fortolkningsfællesskab, for så vidt angår grundlovens menneskerettigheder[151].

Fortolkningen af konventionen skriver sig således ind i en forfatningsmæssigt bestemt fortolkningsramme. Denne ramme er ikke nødvendigvis eksplicit beskrevet, men bygger på en række forestillinger, der er virksomme i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, og som har betydning for løsningen af afhandlingens problem.

Disse forestillinger knytter sig dels til opfattelsen af forholdet mellem dansk ret og folkeret, dels til opfattelsen af, hvilke organer, der skal tage stilling til hvilke spørgsmål. For eksempel bygger en del af diskussionen om domstolenes kompetence overfor Folketingets kompetence på forestillinger om, at domstolene alene skal anvende lovgivning, mens Folketinget skal vedtage de regler, der regulerer privates indbyrdes retsstilling. Denne diskussion får indflydelse på diskussionen om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private. Hertil kommer forestillinger om, hvordan grundlovens menneskerettigheder fortolkes. Den sidste problemstilling drøftes mest naturligt i kapitel 4.

3.1.1. Menneskerettighedernes frembrud i dansk ret

Som nævnt ovenfor har menneskerettighederne rødder i mange forskellige retlige traditioner.

Imidlertid kan man ikke pege på markante danske bidrag til oprindelsen af den menneskeretlige tradition. I det hele taget må man sige, at menneskerettighederne ikke er en dansk opfindelse – det er noget, der er kommet til os »udefra«.

Det har antageligt gennem tiderne farvet det danske juridiske for-

151. Der var således et medlem af Folketinget, der under debatten om ratifikation af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention talte om konventionen som et »forfatningsmæssigt dokument«, se Rigsdagstidende 52/53, Folketingets forhandlinger sp. 1406ff., og foretog en sammenligning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og grundloven med hensyn til beskyttelsen af foreningsfriheden. Også andre sammenholdt under debatten grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, se for eksempel Rigsdagstidende 52/53, Folketingets forhandlinger sp. 1426ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 62 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tolkningsfællesskabs opfattelse af menneskerettighederne, at menneskerettighederne var af fremmed herkomst[152].

Menneskerettighederne er ikke blot kommet til os udefra, men er kommet ad flere gange, hvilket også har farvet den modtagelse, de nye ideer har fået. Man kan pege på to »bølger«, der har nået Danmark i forbindelse med menneskerettighederne[153]. Den første bølge opstod i det 18. århundrede og havde form af ideer om, hvordan man kunne indrette de nationale retsordener. Den kom i Danmark til udtryk i grundlovens to kapitler om de klassiske menneskerettigheder, religionsfrihed, ejendomsrettens ukrænkelighed, ytringsfrihed og så videre. Den næste bølge havde form af regelformulering på det internationale niveau lige efter 2. verdenskrig og gav sig udtryk i blandt andet den universelle menneskerettighedserklæring (Universal declaration of human rights)[154] og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[155], ligesom man etablerede en række regelskabende institutioner, hvis arbejde senere mundede ud i for eksempel de to internationale konventioner fra FN om henholdsvis økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og civile og politiske rettigheder[156], samt en række tillægsprotokoller til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Denne »bølge« varer stadig ved – i dag er der på det internationale niveau en lang række forskrifter med større eller mindre gennemslagskraft i de nationale retsordener, forskrifter, der alle regulerer forskellige aspekter af menneskerettighederne.

3.1.1.1. Den »første bølge«

Den første bølge var inspireret af oplysningstidens idealer, især den franske uafhængighedserklæring, og førte til, at en række europæiske

---

152. Berlin anfører i »Den danske statsforfatningsret«, 2. del, 2. gennemsete udg., s. 339, at Ørsted i 1849 fandt de fleste af grundlovens frihedsrettigheder »intetsigende og overflødige«, og Poul Andersen kaldte i »Dansk Statsforfatningsret I«, s. 596 Verdenserklæringen for »et besynderligt Sammensurium«.
153. Se for en sådan karakteristik ligeledes Ole Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 476.
154. FN's resolution 217A (III) af 10. december 1948.
155. Konvention af 4. november 1950 til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder, jf. bekendtgørelse nr. 20 af 11. juni 1953, Lovtidende C med senere protokoller. Den seneste konventionstekst med alle gældende tillægsprotokoller er samlet i lovbekendtgørelse nr. 750/1998.
156. Resolution 2200 A (XXI) af 16. december 1966.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 63 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

stater indkorporerede menneskerettigheder i deres forfatninger. Dansk ret blev påvirket af disse idealer, og den danske grundlov fra 1849 indeholdt i tråd hermed et katalog over forskellige menneskerettigheder. Kataloget har stort set ikke ændret sig siden[157].

Det er i og for sig forkert at tale om denne »første bølge« som en national foreteelse, for dens oprindelse ligger i det internationale fællesskab, som det så ud dengang. Ideerne var fælleseuropæisk tankegods. Når man alligevel kan tale om, at menneskerettighederne satte sig igennem på det nationale niveau, hænger det sammen med forestillingen om, at statens behandling af sine egne borgere var omfattet af doktrinen om »indre anliggender«. Andre stater kunne ikke blande sig i statens behandling af egne borgere. Der var endnu langt til tanken om, at menneskerettighederne skulle kunne påberåbes – endsige skulle kunne overvåges – på det internationale niveau.

Der var altså ikke tale om, at de idealer, der trivedes i den internationale retsorden, stillede retlige krav til de nationale forfatninger eller retsordener, men om ikke-retlig påvirkning af de forskellige retsordener, herunder den danske.

Grundlovens regler om menneskerettigheder blev fortolket i lyset af den liberalistiske ånd, der prægede samfundsopfattelsen i den tid. Grundlovens menneskerettigheder blev i mange år af langt de fleste anset for at være »frihedsrettigheder«, altså begrænsninger af statens/Folketingets magtudøvelse[158]. Berlin[159] beskrev grundlovens menneskerettigheders status således: »de allerfleste gaar ud paa at sikre en Frihedssfære for Individet, hvor Statsmagten enten slet ikke maa gribe ind eller kun i Kraft af en særlig Lovhjemmel«. Der var altså tale om negative rettigheder, der ikke gav den enkelte borger krav på nogen positiv ydelse fra staten. Enkelte rettigheder gav dog den enkelte borger »positive krav … mod staten«, nemlig for eksempel den daværende § 83 om ret til fri undervisning i folkeskolen.

---

157. For en sammenstilling af de forskellige grundlovens tekst, se Henning Koch og Kristian Hvidt: »Danmarks Riges Grundlove i parallel opsætning«.
158. Se om den terminologiske tilgang til emnet Peter Germer: »Statsforfatningsret«, 2. udg., s. 195ff. Holdningen til menneskerettighederne som »frihedsrettigheder« findes stadigt hos Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, bd. 1 og 2, 3. gennemarbejdede udgave ved Ole Espersen, s. 582ff.
159. Berlin: »Den danske statsforfatningsret«, 2. del, 2. gennemsete udg., s. 334.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 64 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Dette syn på grundlovens menneskerettigheder som »frihedsrettigheder« har været fremherskende over en lang periode[160].

Selvom det kan diskuteres, om de forskellige forfattere alle mente det samme om grundlovens menneskerettigheders status[161], står det fast, at den opfattelse, der holdt sig i lang tid, var den rene liberalistiske indstilling, at grundlovens menneskerettigheder primært var negative rettigheder, der begrænsede statens kompetence, samt enkelte positive rettigheder, som borgerne havde overfor staten[162].

Synsvinklen betyder, at det slet ikke er relevant at drøfte, hvorvidt grundlovens frihedsrettigheder/menneskerettigheder kan anvendes mellem private. Grundlovens frihedsrettigheder kan definitorisk efter denne opfattelse kun tænkes anvendt i relationen stat – borger, mens de ikke giver grundlag for hverken krav eller pligter i forholdet mellem private borgere indbyrdes.

Dette forhindrede dog ikke, at grundlovens menneskerettigheder er blevet påberåbt i konflikter mellem private.

> I *UfR 1921, s. 168 (H)* var sagen var anlagt af en privatperson, en forpagter, mod en anden privatperson, en kammerherre. Baggrunden for sagen var, at der påhvilede forpagterens jord nogle grundbyrder til fordel for kammerherren. Efter lov nr. 505 af 28. september 1918 kunne forpagteren kræve disse grundbyrder afløst med en pengesum en gang for alle. Kammerherren nægtede at modtage den pengesum, der var udmålt efter loven, og forpagteren anlagde herefter sag med påstand om, at kammerherren skulle anerkende forpagterens ret efter loven til at afløse grundbyrderne med den angivne pengesum. Kammerherren påstod sig frifundet, blandt andet under anbringende af, at lov nr. 505 stred mod Grundloven § 80 – den bestemmelse, der dengang svarede til den nugældende § 73 om ekspropriation. Højesteret gav i sine præmisser kammerherren medhold i, at »gyldigheden af den i lov nr. 505 …

---

160. Se for eksempel Alf Ross og Ernst Andersen: »Dansk Statsforfatningsret II«, s. 175ff., og Max Sørensen: »Statsforfatningsret«, 2. udg. ved Peter Germer, s. 334ff. Poul Andersen: »Dansk Statsforfatningsret I«, talte s. 587ff. dog også om »menneskerettigheder« eller »borgerrettigheder«.
161. Se diskussionen mellem Jens Peter Christensen: »Forfatningsretten og det levende liv«, 1990, s. 39 og 50, og Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, s. 18f.
162. Se også Lars Adam Rehof og Tyge Trier: «Menneskeret«, s. 57.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 65 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> foreskrevne ordning er afhængig af, om reglerne i Grundloven § 80, 1. stk. er iagttaget«. Da reglerne i grundlovens § 80 imidlertid fandtes at være overholdte, og da loven således ikke fandtes at være grundlovsstridig, fik forpagteren medhold.

Dommen viser, at grundlovens menneskerettigheder kunne inddrages i retlige konflikter mellem private; den »ordning«, der er tale om i Højesterets præmisser, regulerer forholdet mellem private. Hvis lov nr. 505 ikke havde været anset for »gyldig« i Højesterets terminologi – det vil sige i overensstemmelse med grundlovens bestemmelse om ekspropriation – ville den ikke have kunnet anvendes af forpagteren som grundlag for krav mod kammerherren. Ordningens overensstemmelse med grundloven er således en betingelse for anvendelse af loven[163]. Dommen indeholder derimod ingen mere teoretisk prægede overvejelser om, hvorvidt grundloven kan anvendes i den foreliggende situation.

Udover denne dom findes der ikke retspraksis, der tager stilling til spørgsmålet[164].

I nyere teori har Zahle blødt disse forestillinger op ved konsekvent at omtale rettighederne i grundlovens kapitel 7 og 8 som »menneskerettigheder« og dermed tillægge dem et bredere sigte end tidligere. Dermed bliver det også muligt rent definitorisk at problematisere forudsætningen om, at disse menneskerettigheder alene finder anvendelse mellem staten og den enkelte borger[165], således som Zahle da også gør. Han peger i den forbindelse på en række argumenter, der støtter, at grundloven skulle kunne anvendes mellem private, og konkluderer, at spørgsmålet ikke er, »*om* menneskerettigheder har betydning for private

---

163. Anderledes Henrik Zahle i »Dansk Forfatningsret«, bd. 3, s. 29, der anfører, at da blandt andet denne dom ikke antager, at grundloven er tilsidesat, kan den ikke anvendes til at bekræfte, at den horisontale virkning anerkendes. Hertil kan dog siges, at hvis Højesteret ikke anerkendte argumentationen om grundlovens anvendelse mellem kammerherren og forpagteren, havde det vel været mest nærliggende helt at afvise argumentationen herom. I stedet gik Højesteret ind i en realitetsprøvelse af grundlovens betydning for konflikten mellem de to parter. Se dog også hans bemærkninger om dommen bd. 2, s. 164.
164. Se Henrik Zahle, Statsforfatningsretten, bd. 3, s. 29, der anfører en række domme (UfR 1921, s. 644 H, UfR 1965, s. 293, jf. UfR 1965 B, s. 241, UfR 1967, s. 46, jf. UfR 1967 B, s. 87, UfR 1985, s. 875, UfR 1986, s. 898, jf UfR 1987 B, s. 50, UfR 1989, s. 292 Ø og UfR 1980, s. 1037), hvor spørgsmålet indirekte har foreligget, men hvor domstolene hverken afviser eller bekræfter anvendelse af grundlovens menneskerettigheder mellem private.
165. Se blandt andet Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, s. 29ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 66 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

retsforhold, men *hvorledes* menneskerettigheder har betydning for private retsforhold«.

Holdningen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab kan på den baggrund siges at have været præget af, at den overvejende del af teorien – uden særlig refleksion over begrundelsen herfor – har taget udgangspunkt i, at grundlovens menneskerettigheder alene regulerer retsforholdet mellem staten og den enkelte borger – samtidigt med at der kan peges på retspraksis, der uden særlige teoretiske overvejelser faktisk i et vist omfang har inddraget grundloven i afgørelse af konflikter mellem private.

Tendensen går nu i retning af en yderligere opblødning af denne restriktive tilgang til menneskerettighedernes funktion i dansk ret[166], i høj grad under påvirkning af den »anden bølge« af menneskerettigheders vej ind i dansk ret.

3.1.1.2. Den »anden bølge«

Efter 2. verdenskrig blev der vedtaget en række folkeretlige instrumenter til beskyttelse af menneskerettighederne. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var blot et af disse instrumenter.

I starten påvirkede »bølgen« nu ikke dansk ret i påfaldende grad. Ratifikationen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 1953 medførte ikke væsentlig ændringer i dansk ret.

Holdningen til konventionen i 1952-1953, hvor ratifikationen fandt sted, var, at Danmark naturligvis skulle tiltræde konventionen, men der er ikke noget, der tyder på, at det danske juridiske fortolkningsfællesskab eller andre med tilknytning til fortolkningsfællesskabet, for eksempel de rigsdagsmedlemmer, der udtalte sig under rigsdagens behandling om Danmarks ratifikation af konventionen, forventede, at konventionen ville få nogen særlig betydning i dansk ret[167]. De spørgsmål, der dominerede drøftelserne under Rigsdagens behandling, var ikke, om konventionen ville få betydning i dansk ret, men hvilken betydning ratifikationen af konventionen ville have som signal til andre

166. Se især generelt Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«.

167. Se om drøftelserne i Rigsdagen Rigsdagstidende 52/53: Folketingets forhandlinger sp. 1100, 1141, 1385, tillæg A, sp. 3025, tillæg B, sp. 3492 (2. beh.), sp. 429, tillæg C, sp. 347 (Folketingets behandling), Landstingets forhandlinger sp. 183, 676, 689, 753, sp. 475 (Landstingets behandling).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 67 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

lande, blandt andet Tyskland, om tilslutning til de demokratiske værdier.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fik i starten heller ikke særlig indflydelse på retspraksis. I Ugeskrift for Retsvæsen er for årene 1960-1980 trykt 3 domme, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er omtalt[168].

»Bølgen« slog faktisk først igennem i løbet af 1980'erne. På det tidspunkt var Danmark blevet indbragt for konventionsorganerne nogle gange og havde været tæt på at blive dømt[169]. Det var ikke længere muligt at overse betydningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Den manglende interesse for konventionen i starten skyldes i hvert fald to forhold. Den ene grund var en noget selvoptaget dansk opfattelse af, at Danmark allerede til fulde overholdt de normer, som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention indeholdt. Den almindelige mening i relation til den valgfrie protokol om individets klageret til konventionsorganerne var, at »vi har … ingen ting at være bange for«[170]. Man mente, at rettighederne allerede var »selvfølgelige« i Danmark, men at de blot manglede juridisk sikring. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var denne sikring.

En sådan selvopfattelse påvirker opfattelsen af, hvilke spørgsmål der overhovedet kan stilles med mening. Hvis det danske juridiske fortolkningsfællesskab er af den opfattelse, at Danmark selvfølgelig lever op til konventionens krav, opstår der slet ikke diskussion om kravenes indhold. Dermed bliver der heller ikke rum for diskussion af anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private

Den anden grund til den manglende interesse var den danske opfattelse af forholdet mellem dansk ret og international ret. Denne opfattelse havde sin baggrund i magtfordelingslæren.

---

168. UfR 1965, s. 403, UfR 1965, s. 434 og UfR 1979, s. 1011.
169. A 87, Rasmussen mod Danmark, dom afsagt den 28. november 1984. Danmark blev frifundet ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, men kommissionen havde fundet krænkelse af art. 8, sammenholdt med art. 14, og af art. 6, sammenholdt med art. 14.
170. Se Frode Jakobsen i Rigsdagstidende 52/53, Folketingets forhandlinger sp. 1402. Se også sp. 1404, hvor Frode Jakobsen taler om »disse for os selvfølgelige rettigheder«. Enkelte formulerede dog tvivl herom, se sp. 1420, hvor medlemmer fra det radikale venstre nærede »nogen tvivl om, hvorvidt vi lever helt op til de høje mål«, som konventionen havde, ligesom Aksel Larsen (blandt andet sp.1458) rejste tvivl herom.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 68 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3.2. Magtfordelingsprincippet

Et vigtigt dansk forfatningsmæssigt princip er magtfordelingslæren. Fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret – og i konsekvens heraf blandt andet holdningen til, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private i dansk ret – skal forstås i denne kontekst. Magtfordelingsprincippet ligger til grund for en del af de fortolkningsprincippet, som anvendes på Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Disse principper gennemgås i kapitel 4. Her er det den overordnede ramme, der interesserer.

Konventionen var i mange år ikke inkorporeret i dansk ret og skulle som sådan forstås i lyset af de almindelige principper for anvendelsen af folkeretlige instrumenter i dansk ret.

Disse principper drøftes som regel som et spørgsmål om, hvilken retskildemæssig status folkeretlige traktater har i dansk ret.

Baggrunden for, at problemet om traktaters retskildemæssige værdi i dansk ret overhovedet opstår, skal søges i den nationale magtfordeling[171]. Det er til dels forskellige organer, der er involveret i traktatindgåelse og traktatopfyldelse. Indgåelsen varetages af regeringen under parlamentarisk kontrol fra Folketingets side, jf. grundlovens § 19.

Der opstår dermed i relation til traktater – og dermed til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – fare for, at Folketinget, som normalt er den primære myndighed i reguleringen af borgernes retsforhold i Danmark, mister indflydelse på den primære retsfastsættelse, hvis regeringen indgår traktater, der direkte får virkning for borgerne. Dette strider mod magtfordelingsprincippet.

Grundlovens § 19 tager ikke direkte stilling til, hvem der har ansvaret for opfyldelsen af den indgåede traktat. En traktat er bindende for staten, som har pligt til loyalt at opfylde den. Man kan se alle statens myndigheder som udtryk for »staten« og dermed argumentere for, at alle statens myndigheder (såvel den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt, jf. grundloven § 3) har ansvaret for opfyldelsen af traktaten. På den anden side lægger traktater ofte op til ændringer internt i den nationale retstilstand, hvilket ud fra hensynet til den par-

171. Se herom for eksempel Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 95ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 69 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

lamentariske kontrol peger på den lovgivende magt som det relevante traktatopfyldende organ.

Uanset hvilken myndighed, der har ansvaret for gennemførelsen af traktaten, kan det problem opstå, at der er divergenser mellem det indhold, traktaten må antages at have, og indholdet af den interne ret. Disse problemer har af teorien blandt andet været søgt løst ad retsteoretisk vej, hvilket er kommet til udtryk i de to opfattelser; dualismen og monismen[172].

Mange kræfter er anvendt på diskussionen mellem de to retninger om, hvordan den internationale rets og den nationale rets forhold til hinanden skal beskrives. Da denne diskussion er levende i det danske juridiske fortolkningsfællesskab som underlag eller klangbund for diskussionen i dag, skal der gives en kort beskrivelse af denne forestilling.

Den dualistiske synsvinkel i sin rene form opfatter international ret og national ret som to fra hinanden adskilte systemer[173]. Retssystemerne har forskellige retssubjekter, idet kun stater er retssubjekter for den internationale regulering, mens individer alene kan være retssubjekter for national regulering. Traktater kan derfor ikke skabe ret i den nationale retsorden uden at være gennemført i intern ret på samme måde som anden national ret. Tankegangen lægger således mest vægt på hensynet til den parlamentariske kontrol.

Overfor denne dualisme står den monistiske tankegang, der i sin rene form anser international ret og national ret som dele af ét retssystem. Efter denne tankegang skaber en international traktat ret i det nationale system på lige fod med anden national ret. Domstolene kan anvende traktater på linie med national lovgivning. Her lægges således mest vægt på hensynet til traktatens loyale opfyldelse.

Dilemmaet for henholdsvis dualismen og monismen er, at de hver for sig ikke rigtigt dækker den retlige virkelighed. Dualismen i sin rene form tager ikke tilstrækkeligt højde for, at international ret i et vist omfang anvendes i dansk ret, mens monismen i sin rene form ikke tager

---

172. Se herom for eksempel Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 101ff., der nævner en række tilhængere af henholdsvis dualismen og monismen. Espersen peger på, at den definitoriske diskussion mellem de to retninger ikke bidrager til beskrivelsen af, hvordan international ret og national ret i virkeligheden forholder sig til hinanden.

173. Se for eksempel Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, s. 397: »Traktatproceduren er en procedure ad hvilken der frembringes folkeret der forpligter (berettiger) staten i forhold til andre stater, men ikke national ret der forpligter (berettiger) borgeren«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 70 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

højde for, at udgangspunktet i dansk ret stadigt er, at gennemførelse af international ret skal ske med Folketinget som formidler.

Disse problemer er forfatterne i de forskellige retninger også selv klar over.

I erkendelse af, at Danmark – om nødvendigt med domstolenes hjælp – må overholde sine internationale forpligtelser, har man derfor traditionelt i dualismen opereret med et sæt forudsatte regler, kaldet fortolkningsreglen, formodningsreglen og instruktionsreglen, som en slags korrektioner til det dualistiske udgangspunkt.

De tre regler har til hensigt at opbløde det dualistiske udgangspunkt således, at risikoen for folkeretsbrud mindskes. Tanken er, at andre organer end Folketinget, det vil her sige domstolene og forvaltningen, skal spille en rolle for traktatopfyldelsen, således at der opnås en balance mellem de to hensyn til henholdsvis magtfordelingslæren og hensynet til at undgå folkeretsbrud.

Fortolkningsreglen opstiller en norm, hvorefter domstolene i en situation, hvor der opstår fortolkningstvivl, fordi en national regel og en international regel kan føre til hver deres resultater af fortolkningen, skal fortolke den nationale regel på en sådan måde, at den kommer i overensstemmelse med den internationale regel[174]. Fortolkningsreglen skal således anvendes, hvor der er tvivl om fortolkningsgrundlaget.

Formodningsreglen finder derimod også anvendelse, selv hvor den nationale regel er klar. Hvis der er en decideret modstrid mellem den internationale regel og den nationale regel, skal den internationale regel anvendes. Baggrunden for denne regel er, at det ikke kan formodes, at Folketinget har ønsket at lovgive i strid med Danmarks internationalretlige forpligtelser, og denne formodning fører til anvendelse af den internationale regel. Dette gælder dog ikke, såfremt Folketinget har ønsket at lovgive i modstrid med den folkeretlige regel. I den situation er der jo netop ikke grundlag for en formodning som ovenfor anført, og så skal den nationale regel lægges til grund[175]. Det mest tungtvejende

174. Se for eksempel Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 83.

175. Ross: »Lærebog i Folkeret«, s. 77, jf. s. 83, antager dog, at dette udgangspunkt kun gælder for sædvaneret. Dette synspunkt er ikke fulgt i senere fremstillinger, se for eksempel bet. 1220/1991, s. 62ff., der henviser til Gulmann m.fl.: »Folkeret«, og Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 214ff., hvor der ikke sondres mellem forskellige former for international ret.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 71 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

hensyn er således hensynet til magtfordelingslæren, hvis der er konflikt mellem de to hensyn.

Instruktionsreglen vedrører ikke så meget domstolene som traktatopfyldende organ som forvaltningen; efter denne regel skal forvaltningen i sin retlige virksomhed, herunder ved udøvelse af skønsmæssige beføjelser på et område, der er traktatreguleret, fortolke retsgrundlaget og udøve det retlige skøn således, at et folkeretligt brud undgås[176]. Domstolene kan påse, at forvaltningen har udøvet sine beføjelser under hensyntagen til den internationalretlige regel[177].

Tilsvarende har nogle monistiske retninger udviklet tankegange, hvorefter den i sin rene form modificeres, for eksempel den opfattelse, som Ross kaldte »monisme med statsretsprimat«[178].

De to tankegange findes således i en række varianter, som i større eller mindre omfang forsøger at integrere international og national ret og samtidigt både varetage hensynet til den parlamentariske kontrol og undgå risikoen for folkeretsbrud.

Den meget skematiske opdeling i et dualistisk udgangspunkt og nogle undtagelser fra dette udgangspunkt (fortolkning- formodnings- og instruktionsreglen) har berettiget givet anledning til kritik[179]. I stedet må traktatrettens påvirkning af dansk ret beskrives mere nuanceret.

I den opfattelse, der trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab i dag, indgår elementer af både dualistiske og monistiske holdninger. Holdningen er formentligt nu den pragmatiske, delvist monistiske, at traktater i et eller andet omfang er en del af retskilderne ved danske domstole[180]. Det er i øvrigt også den holdning, der er bedst i overens-

---

176. Espersen anfører i »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 385, at »… forvaltningen har pligt til, hvis det kan ske ved en fortolkning af den relevante lovgivning eller ved udøvelsen af en i lovgivningen hjemlet skønsbeføjelse, at følge de krav, der indeholdes i en konvention …«. Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, 1989, bd. 2, s. 99, navngav denne regel »instruktionsreglen«.
177. Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 385.
178. Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 69f.
179. Se Henrik Zahle, »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 214ff., og Højesteret 1661 – 1986, Ugeskrift for Retsvæsen, 1986, s. 34, hvor Niels Madsen i artiklen »Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret« kritiserer synspunktet som »uhensigtsmæssigt«, samt Jonas Christoffersen: »Folkerettens virkning i dansk ret«.
180. Se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 220, hvor det anføres, at »international ret indgår som et relevant retligt materiale ved afgørelse og regulering i dansk ret«, og Søren Stenderup Jensen: »Folkeretten som retskilde i dansk

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 72 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

stemmelse med den hermeneutiske, funktionalistiske retsopfattelse, som denne afhandling bygger på[181].

Ved udmøntningen heraf må der tages højde for det forhold, at traktatrettens grundlag stadig er de enkelte nationalstater. Individet må som udgangspunkt kunne stole på, at de retsregler, der kommer fra de nationale myndigheder, er de regler, der faktisk gælder. Dette er i overensstemmelse med forudsigelighedssynspunktet. Dette hensyn – som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke i samme grad kan eller skal lægge vægt på – må være tungtvejende for Højesteret. Dette får blandt andet betydning ved vurderingen af, hvilken betydning man skal tillægge en eventuel divergens mellem en traktattekst og den danske oversættelse.

Den holdning, der trives i dag i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, kan vist dermed bedst beskrives som »praktisk monisme«[182].

Det interessante er det samspil, der foregår mellem den internationale ret og den nationale ret, således at der alligevel som udgangspunkt bliver enhed i retssystemet. Der gøres i det danske juridiske fortolkningsfællesskab meget for at skabe harmoni mellem national ret og international ret, og især på det menneskeretlige område er disse anstrengelser meget tydelige. Måske ville det være rigtigere at tale om et »harmoniseringsprincip« som overskrift for den retlige argumentation vedrørende forholdet mellem national ret og international ret[183].

Helt præcist, i hvilket omfang og med hvilken gennemslagskraft traktater indgår som retskilde, er dog ikke hermed afklaret. Nogle pejlemærker på området kan dog udpeges.

For det første slår dualismen igennem således, at det antages, at danske domstole ikke automatisk anvender traktater direkte i deres afgørelser. Det forfatningsretlige udgangspunkt er stadigt, at traktater skal »transformeres« til dansk ret, typisk ved gennemførelsen af en lov

---

ret«, særligt s. 11, hvor det anføres, at »folkeret og folkeretlige argumenter er blevet anvendt af domstolene i et sådant omfang, at den naturlige terminologiske konsekvens heraf er at betegne folkeretten som en *retskilde* i dansk ret«.

181. Se for en lignende opfattelse af den retsteoretiske tilgang til spørgsmålet om forholdet mellem national og international ret, Pia Justesen: »Menneskerettighedernes status i dansk ret«, særligt s. 108.
182. Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 212.
183. Der ses også betydelige bestræbelser i det transnationale fortolkningsfællesskab for at opnå harmoni melem den internationale ret og de forskellige nationale retssystemer. Se herom afhandlingens kapitel 4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 73 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

eller, såfremt der er hjemmel hertil, ved bekendtgørelse. Først herefter kan borgerne som udgangspunkt støtte ret, ikke direkte på traktaten, men på den danske regel, der så er gennemført, og pligter for borgerne støttes ligeledes på den gennemførte danske regel.

Det kan hævdes, at dette resultat allerede følger af grundlovens § 19 der taler om »forpligtelser … til hvis opfyldelse Folketingets medvirken er nødvendig«[184]. Det fremgår dog ikke af ordlyden, hvilke forpligtelser der er tale om. Heller ikke bemærkningerne til bestemmelsen tager stilling til, hvilke forpligtelser grundlovens § 19 sigter til[185]. Det er dog forudsat i Max Sørensens responsum vedrørende grundlovens § 19 (den daværende § 18)[186], at gennemførelse af lovgivning er en »forpligtelse, til hvis opfyldelse folketingets medvirken er nødvendig«. Grundloven opererer således i en vis forstand med et dualistisk udgangspunkt. Grundlovens forudsætning om et dualistisk system udelukker dog ikke, at andre organer end Folketinget også kan have funktioner ved opfyldelse af traktater.

Det er også den dualistiske tankegang, der spiller ind, når det i forbindelse med formodningsreglen antages, at såfremt Folketinget med vilje lovgiver i strid med en international regel, skal danske domstole lægge den nationale regel til grund[187].

Hertil kommer den tankegang, der blev udtrykt i Maastricht-dommen[188], hvor Højesteret blandt andet udtalte, at såfremt en EU-regel klart ligger uden for, hvad der kunne vedtages efter traktaten, og dermed efter grundlovens § 20, vil en dansk dommer ikke skulle anvende EU-reglen. Højesteret lægger således også til grund, at der er tale om to adskilte retssystemer, EU-retten og det danske retssystem, der bindes sammen ved grundlovens § 20. Højesteret tillægger dermed hensynet til den parlamentariske kontrol størst vægt af de to hensyn.

Endeligt kan peges på legalitetsprincippet; nok er den internationale

---

184. Se hertil Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 171f.
185. Betænkning afgivet af forfatningskommissionen af 1946 vedrørende ændring af grundloven, s. 29f.
186. Betænkning afgivet af forfatningskommissionen 1946 vedrørende ændring af grundloven, s. 113ff. (bilag 6), særligt s. 118.
187. Se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, der s. 226 anfører, at »det må stå fast, at såfremt lovgivningsmagten har tilsigtet et brud med den internationale ret, må de nationale myndigheder respektere lovgivningsmagtens standpunkt«.
188. UfR 1998, s. 800 H.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 74 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ret retskilde i dansk ret, men det er fast antaget, at en traktat ikke kan give hjemmel for indgreb overfor borgerne[189].

Derimod kan man forestille sig, at borgere i en konflikt med staten kan støtte ret på en international regel, selvom den ikke er gennemført i dansk ret[190].

Traktater anvendes yderligere i dansk ret som fortolkningsbidrag; enten fordi traktaten indgår i forarbejderne for en lov eller simpelthen fordi det forhold, at der eksisterer en traktat på området, gør, at domstolene fortolker i overensstemmelse med den internationale regel, således at Danmark ikke kommer i strid med sine internationale forpligtelser.

Der er en glidende overgang mellem den mere direkte anvendelse og anvendelse som fortolkningsbidrag, men det må lægges til grund, at traktater indgår som retskilde i dansk ret.

Dermed er ikke sagt med hvilken vægt, den internationale ret skal indgå i domstolens afgørelse. Dette vil afhænge af den konkrete situation[191], for eksempel om der foreligger en decideret konflikt mellem den internationale regel eller blot en fortolkningstvivl. En række forhold – ikke ulig de, der spiller ind ved andre afvejninger mellem forskellige nationale retskilder – vil spille ind; den internationale regels, henholdsvis den nationale regels klarhed, retskildens alder, forhistorie m.v.[192]

Særligt for så vidt angår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, er der efter inkorporeringen ingen tvivl om, at den er en del af dansk ret. Der er dog næppe tvivl om, at den også tidligere var en retskilde i dansk ret, i hvert fald fra 1989[193]. Ved besvarelsen af spørgs-

---

189. Se hertil for eksempel, Niels Madsen: »Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret« og Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 224.
190. Se Niels Madsen: »Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret«, hvor Niels Madsen s. 39, under henvisning til Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 386, omtaler en sag fra Københavns Byret, hvor en algirsk statsborger under en straffesag efter den dagældende retstilstand, der var udmøntet i et cirkulære, skulle betale omkostninger til tolkning under sagen. Med baggrund i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, stk. 3, tilsidesatte Københavns Byret cirkulæret og lod det offentlige bære tolkeomkostningerne.
191. Jf. også Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 219, der anfører, at det ikke »lader sig gøre at opstille enkle løsninger af konflikter mellem national og international ret«.
192. Se herom Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 221ff.
193. Se UfR 1989, s. 928, UfR 1990, s. 13 og UfR 1990, s. 181.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 75 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

målet om, med hvilken vægt konventionen skal indgå i afgørelsesgrundlaget, kan tages udgangspunkt i, at den jo nu har lovstatus og derfor i hvert fald har samme retskildeværdi som andre love. Det er dog en overvejelse værd, om dette udgangspunkt rummer hele sandheden.

Ved inkorporeringen forestillede man sig, at loven, hvorved inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skete, skulle have »almindelig lov-rang«[194]. Udviklingen har vist sig at være løbet fra denne opfattelse.

Det er blevet antaget, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention herudover skal indgå med større vægt end anden lovgivning i afgørelsesgrundlaget hos domstolene – den har så at sige fået en slags mellemstatus mellem almindelig lov og grundlov. Det har været anført, at lovens baggrund i international ret vil sikre den en større vægt end en sædvanlig lov. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er »såvel en lov som en traktat«[195].

Man kan sige, at det vel ikke blot er konventionens status af både lov og international ret, der fører til denne særlige gennemslagskraft i dansk ret i forhold til anden lovgivning. Dette støttes vel også af den almindelige opmærksomhed, der generelt er i samfundet om menneskerettighederne, især Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Hertil kommer, at der gælder en almindelig regel om, at grundlovens menneskerettigheder skal have særlig vægt i fortolkningen[196]. Det er vel nærliggende at antage, at denne holdning »smitter af« på fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions regler.

Et spørgsmål, som ikke kan besvares med en enkel formel, er, om konventionens regler kan få decideret grundlovskraft i situationer, hvor et område er dækket både af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og af grundloven. Zahle antager, at et resultat, der er bestemt af den internationale ret, »i almindelighed« gælder med grundlovskraft[197].

Det er vel tvivlsomt, hvor langt dette synspunkt rækker. Synspunk-

---

194. Bet. 1220/1991, s. 150.
195. Se Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, s. 47.
196. Se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, 1997, s. 33ff., og for så vidt angår skønsudøvelsen ved administrative myndigheder FOB 1988, s. 121ff. særligt s. 125.
197. Se Henrik Zahle: »Dansk Forfatningsret«, 1997, bd. 3, s. 50, der ikke uddyber synspunktet nærmere.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 76 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tet kan næppe gælde alle situationer, hvor konventionen og grundloven dækker samme område.

På den ene side kan der findes domme, hvor domstolene tydeligt har adskilt fortolkningen af grundloven og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

> I *UfR 1994, s. 536H:* sagen om en dommerfuldmægtig, der både gjorde tjeneste ved en byret i en straffesag og i Justitsministeriet, tog Højesteret først stilling til anvendelsesområdet for grundlovens §§ 3 og 64, som ikke fandtes overtrådt. Derefter – og helt uafhængigt af bedømmelsen af forenligheden med grundlovens regler – tog Højesteret stilling til ordningens forenlighed med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, hvor det anførtes, at det var »tvivlsomt, om ordningen som helhed kan anses for forenlig med konventionen«. Fortolkningen af de nationale, henholdsvis de internationale bestemmelser, er, så vidt ses af referatet i ugeskriftet, sket uafhængigt af hinanden.

I denne situation var der således ikke tale om, at fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention »smittede af« på fortolkningen af grundloven, således at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller nogle af dens bestemmelser ad den vej kunne opnå grundlovskraft[198].

På den anden side kan det være vanskeligt i situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention inddrages som fortolkningsbidrag til en grundlovsbestemmelse, at skelne mellem grundlovsbestemmelsen og den fortolkning, der følger af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. I den situation kan man måske tale om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og samtidigt måske også den retspraksis, der kommer fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol – dermed får grundlovskraft.

> I *UfR 1999, s. 1798H* var spørgsmålet, hvorvidt et forbud, der var nedlagt i medfør af »rockerloven« (lov nr. 907 af 15. oktober 1996) var i strid med blandt andet grundlovens § 78 og § 79. Højesteret

198. Se også UfR 1997, s. 668 Ø, hvor samme argumentationsmønster blev anvendt.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 77 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> inddrog Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11 og konstaterede, at grundlovens § 79 ikke hindrer, at der vedtages love, der begrænser forsamlingsfriheden, hvis det sker til beskyttelse af andres liv og velfærd. Højesteret anførte herefter følgende: »sådanne begrænsninger må dog ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for en sådan beskyttelse, jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 11«.

Ved dommen blev Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11 altså en del af fortolkningsgrundlaget for grundlovens § 79.

Forskellen på de to domme er – udover tidsforskellen – at art. 11 og § 79 nok i højere grad udtrykkeligt dækker det samme område, mens det område, der dækkes af henholdsvis art. 6 og grundlovens § 64, er mindre sammenligneligt.

Spørgsmålet om, hvorvidt og i givet fald i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den praksis, der knytter sig hertil, kan slå i gennem med grundlovskraft ved fortolkning i tilknytning til grundloven, er dermed stadigt uafklaret[199].

Udover at konventionen har en særlig status i forhold til andre love, kan man spørge, om konventionen i dag har en særlig status i dansk ret i forhold til andre konventioner. Der er ingen tvivl om, at den har en ganske særlig status i forhold til andre menneskerettighedskonventioner, Danmark har tiltrådt. Den påberåbes langt oftere end andre konventioner, herunder de to FN-konventioner fra 1966 om henholdsvis civile og politiske rettigheder og økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder, og domme og litteratur henviser langt oftere til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention end til andre menneskerettighedskonventioner. Den har således fået væsentligt større faktisk gennemslagskraft i dansk ret end de andre menneskerettighedskonventioner[200].

---

199. Se også Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«, s. 7, hvor spørgsmålet om materiel ytringsfrihed diskuteres. Lorenzen anfører, at den materielle ytringsfrihed, der følger af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10, i stadig højere grad bliver en realitet i Danmark. Herefter anfører Lorenzen følgende: »Det kan bestemt ikke udelukkes, at dette forhold med tiden vil slå igennem også ved grundlovsfortolkningen«.
200. Pia Justesen: »Menneskerettighedernes status i dansk ret«, s. 105ff., og bet. 1407/2001, s. 59.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 78 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3.3. Kompetencefordeling mellem danske og internationale myndigheder

Den dualistiske holdning slår igennem på et helt fundamentalt punkt. Udgangspunktet er, at kun danske myndigheder kan regulere privates forhold i Danmark. Det kræver »noget særligt«, før en international myndighed kan regulere forholdene for de borgere, som opholder sig på det danske territorium, og som er undergivet dansk jurisdiktion[201]. Det gælder både regulering ved konkrete afgørelser og fastsættelse af generelle forskrifter.

Danske myndigheder tildeles derfor ikke kompetence til sådan regulering af det internationale system – kompetencen følger af det forhold, at Danmark er en national, selvstyrende stat.

Det er dette, der i grundloven har fundet udtryk i § 20, hvorefter beføjelser, som efter grundloven tilkommer danske myndigheder, ved lov og under nærmere angivne betingelser kan overlades til »mellemfolkelige myndigheder«, det vil sige internationale organisationer. Konsekvensen af en sådan overladelse af beføjelser er, at de retsakter, der udstedes af disse »mellemfolkelige myndigheder«, får virkning umiddelbart overfor borgere i de deltagende stater.

Det ligger efter ordlyden af § 20 fast, at kun beføjelser, der i forvejen tilkommer danske myndigheder, kan overlades; forhold, der falder udenfor danske myndigheders kompetence, kan heller ikke udøves af internationale organer.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er ikke gennemført efter proceduren i grundlovens § 20. Der kan således ikke i medfør af konventionen skabes kompetencer, der ikke kan findes i den forfatningsretlige ordning.

Derimod siger grundlovens § 20 intet om, hvorvidt bestemte kompetencer skal udøves af bestemte nationale myndigheder. Dette spørgsmål er reguleret i grundlovens § 3, der må antages at sætte grænser for, hvilke danske myndigheder som kan regulere et givet spørgsmål med virkning for individer.

---

201. Se om »nationalitetssynspunktet« »dualisme-synspunktet« og »suverænitetssynspunktet«, Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 2001, s. 256ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 79 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3.4. Sammenfatning

Sammenfattende kan der således peges på en række forfatningsretligt bestemte forestillinger, der har betydning for, hvordan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention må fortolkes i dansk ret. Disse forestillinger hviler på opfattelsen af, hvad »menneskerettigheder« overhovedet er, på forestillinger om forholdet mellem dansk ret og international ret og på forestillinger om magtfordelingen i den danske stat. Disse forestillinger sætter en ramme for den videre behandling af afhandlingens emne.

4. Forestillinger om folkeretten, der spiller en rolle for fortolkningen

4.1. Forestillinger om folkerettens subjekter[202]

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er en folkeretlig konvention. Almindelige folkeretlige forudsætninger spiller derfor en rolle ved fortolkningen af konventionen.

En almindelig folkeretlig forudsætning hviler på det synspunkt, at stater er det normale folkeretssubjekt. Det er et naturligt udgangspunkt i forbindelse med traktater al den stund, at traktater indgås mellem stater. Det er nærliggende at antage, at disse da også er adressater for traktaterne. Staterne udgør bindeleddet mellem det folkeretlige system og individerne i de enkelte stater. Spørgsmålet er, om staterne er de eneste adressater for traktaterne.

En løbende diskussion i den forbindelse er diskussionen om, hvorvidt individer er eller kan være subjekter i folkeretten. Svaret afhænger af, hvad man lægger i begrebet »subjekt«.

Individer kan have rettigheder i henhold til folkeretten. Efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er individer beskyttet mod krænkelser af de rettigheder, konventionen omhandler, og individer kan klage til konventionsorganerne, hvis de finder deres rettigheder krænkede. I den relation kan individer således utvivlsomt være subjekt for folkeretlige regler.

---

202. Se generelt herom, for eksempel Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 27ff., Martin Dixon: »Textbook on international law«, s. 99ff., samt Carl Aage Nørgaard: »The Position of the Individual in International Law«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 80 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Striden står dog stadigvæk om, hvorvidt individer kan have pligter efter folkeretten.

Nogle forfattere kommer let om ved diskussionen; Ross anførte i sin folkeret[203] til spørgsmålet om, hvem der kan være folkeretssubjekter, at »når folkeretten … defineres som den ret, der forpligter staterne … er det hermed udelukket, at … individer og sammenslutninger af individer … kan være subjekter for folkeretlige pligter«. Han anførte videre, at »dette er hævet over al tvivl og kan ikke omstødes af nogen erfaring«. Her er det således begrebsligt utænkeligt, at individer har pligter efter folkeretten.

Andre har en mere nuanceret tilgang til problemerne. Emnet behandledes i 1962 af en dansk forfatter; Carl Aage Nørgaard[204]. En pointe i hans afhandling er, at det er en nødvendig forudsætning for at drøfte spørgsmålet om individer som pligtsubjekt, at man gør sig klart, hvad begreberne »subjekt for folkeretlige regler« og »pligtsubjekt for folkeretlige regler« dækker[205]. En anden pointe er, at disse begreber må nuanceres, hvis de skal give et retvisende billede. Han konkluderer, at der findes tilfælde, hvor individet materielt set har pligter efter de folkeretlige regler, men ikke kan drages til ansvar på det folkeretlige niveau. I andre situationer kan individet pålægges ansvar ved internationale retshåndhævende organer.

Om individet er pligtsubjekt i denne relation er ikke nødvendigt at tage stilling til her – som det fremgår, afhænger svaret i et vist omfang af, hvordan dette begreb defineres. Afgørende er, at begrebet er til diskussion i det folkeretlige fortolkningsfællesskab. Diskussionen genoptages senere i kapitel 12.

Den fremherskende opfattelse er dog, at udgangspunktet er, at det kun er staten, der har pligter efter konventionen. Individer har kun undtagelsesvist pligter i henhold til folkeretlige regler[206]. Her skal som eksempler nævnes to områder, der i et vist omfang dominerer diskus-

---

203. Alf Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 31.
204. Carl Aage Nørgaard: »The Position of the Individual in International Law«.
205. Se for eksempel Carl Aage Nørgaard: »The Position of the Individual in International Law«, s. 21ff. og s. 32ff.
206. Ole Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, drøfter spørgsmålet s. 484ff. og konkluderer s. 487, at »individets folkeretssujektivitet er mere almindelig, end mange tror«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 81 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

sionen, og som derfor kan forventes at indgå i »for-forståelsen« hos de fleste jurister.

Det er sædvanligt, at diskussionen føres i relation til de regler, der findes indenfor bestemte områder, hvor individer af mange antages at kunne være pligtsubjekter. Der er tale om områder, hvor internationalt samarbejde er nødvendigt for at opnå beskyttelse af væsentlige interesser, hvilket er begrundelsen for, at individer kan ifalde ansvar i forbindelse med for eksempel flykapringer, folkedrab, terrorisme, krigsforbrydelser m.v.

4.1.1. Krigsforbrydelser

Et ofte nævnt eksempel er Nürnberg-domstolen[207], der blev oprettet efter 2. verdenskrig[208], hvor de tiltalte blev dømt i henhold til en overenskomst, der var oprettet mellem en række af de sejrende magter. I sine overvejelser om, hvorvidt denne domstol kunne være kompetent til at dømme de tiltalte, anføres det blandt andet[209]: »Det er for længe siden anerkendt, at international lovgivning pålægger såvel individer som stater pligter«.

Den seneste tids krigsforbryderdomstole i det tidligere Jugoslavien og Rwanda kan ses som en videreudvikling af de tanker, der ligger bag Nürnbergdomstolens virke. Dixon[210] ser i disse to domstole begyndelsen til »a new trend in international law encompassing a greater readiness to see individuals bear personal responsibility in equal measure to the way that they have been granted individual human rights«.

Det er vanskeligt at se disse tiltag som andet end pligtskabende for individer[211].

Også andre folkeretlige regelsæt antages af nogle at have pligtska-

---

207. Afsagt af The International Military Tribunal, Nürnberg, 1946. Et uddrag af dommen er blandt andet angivet i Alf Ross og Isi Foighel (red.): »Udvalgte domme m.v. fra studiebog i International Ret«, s. 18ff.
208. Ross var af den opfattelse, at der var tale om, hvad han kaldte »intern statsfællesskabsret«, se Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 35. Det synes dog vanskeligt at læse dommen som andet end anvendelse af folkeret.
209. Citeret efter Ross og Isi Foighel (red.): »Udvalgte domme m.v. fra studiebog i International Ret«, s. 23.
210. Martin Dixon: »Textbook on international law«, s. 108.
211. Se også Ole Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 487, der anfører, at individet indenfor den internationale strafferet »gennem lang tid har været anerkendt som pligtsubjekt«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 82 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

bende effekt for individer, for eksempel konventioner om straf for flykapringer, slavehandel m.v. Disse regelsæt er dog karakteriseret ved, at regelgrundlaget ganske vist udspringer i det internationale retssystem, men håndhævelsen sker på det nationale plan, hvilket fører til en mindre villighed i de juridiske fællesskaber til at karakterisere disse som folkeretlige[212]. Figuren med individer som pligtsubjekt for folkeretlige regler er således ikke ukendt i de juridiske fællesskaber.

Til brug for den videre diskussion er det dog vigtigt at mærke sig, at reglerne nævnt i det foregående vedrører nogle helt specielle situationer, opstået under krig, hvor der efterfølgende har været et behov for at gennemføre straffesager. Der er en væsentlig forskel på disse regler på den ene side og så Den Europæiske Menneskerettighedskonvention på den anden side. Ikke desto mindre indgår de i den »for-forståelse«, med hvilken den enkelte jurist møder spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

4.1.2. Humanitær folkeret[213]

Et andet regelsæt inddrages også til tider i diskussionen om individet som pligtsubjekt for internationale regler, nemlig den humanitære folkeret eller »krigens ret«, som er et andet sæt af internationale regler, der tager sigte på beskyttelse af menneskers basale betingelser for at kunne eksistere.

Den »humanitære folkeret« eller »krigens ret« betegner et internationalretligt regelsæt, der i sit historiske udgangspunkt er skabt til at beskytte menneskets fundamentale rettigheder under en krig[214].

Reglerne er blevet til på det internationalretlige niveau; de består grundlæggende af to forskellige tilgange til beskyttelsen. Dels Genéve-

---

212. Blandt andet Ross ville lade pligtsubjektiviteten hænge sammen med, om der eksisterer et håndhævelsessystem.
213. Den følgende gennemgang hviler i hovedsagen på følgende fremstillinger: Gulmann: »Folkeret«, s. 212ff., Göran Melander: »Mänskliga rättigheter och humanitär rätt«, Asbjørn Eide: »Gråsonen mellom krigens rett og menneskerettigheter«, Preben Søegård Hansen: »Humanitær folkeret – menneskerettigheder under væbnede konflikter«, Asbjørn Eide: »The laws of war and human rights – Differences and convergences« og A. H. Robertson: »Humanitarian law and human rights«.
214. Se for eksempel Göran Melander: »Mänskliga rättigheter och humanitär rätt«, der s. 16 anfører, at »med termen humanitär rätt bruker man mena de internationelle, folkrättsliga regler, som har utarbetas och accepterats för at gälla vid krig och andra väbnade konflikter«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 83 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

reglerne; regler om beskyttelse af individer i tilfælde af krig (konventioner om beskyttelse af syge, sårede, krigsfanger m.v.), dels af Haagreglerne; regler, der vedrører adfærden hos de krigsførende parter (for eksempel forbud mod anvendelse af visse våben, der medfører uforholdsmæssig lidelse som for eksempel giftgasser og lignende). Især den første slags regler har et indholdsmæssigt overlap med egentlige menneskeretlige regler.

Man kan pege på en række forskelligheder mellem denne »krigens ret« og menneskerettighederne.

Blandt andet kan man pege på, at de to regelsæts udspring er forskelligt, idet menneskerettighederne har deres udspring i national ret og først efter 2. verdenskrig blev et internationalt anliggende, mens »krigens ret« har sit udspring i den internationale ret.

Baggrunden for udarbejdelsen af den humanitære folkeret har været en vis gensidighed mellem staterne; krigsførende parter har haft en interesse i, at deres egne borgere var beskyttede af reglerne i tilfælde af krig og har derfor været indstillede på til gengæld at sikre borgere fra en anden part i konflikten den samme beskyttelse. Menneskerettighederne har et andet udspring.

Også reglernes anvendelsesområde er (i hvert fald i deres oprindelse) forskellige, idet menneskerettighederne finder deres anvendelse mellem en stat og dens borgere, mens krigens ret er et anliggende mellem to stater som følge af den overfor nævnte gensidighed.

Endelig er der den åbenbare forskel, at krigens ret gælder i krig, mens menneskerettighederne gælder, når der er fred.

På den baggrund kan man se de to systemer som helt forskellige regelsæt.

Man kan dog pege på, at disse forskelle i dag er mindre, end de har været. Menneskerettighederne er i dag også reguleret internationalretligt og ikke blot nationalretligt, ligesom de kan være et anliggende mellem stater indbyrdes. Heller ikke sondringen mellem krig og fred er holdbar i vore dage. Dette skyldes for det første, at begrebet »krig« ikke er entydigt. Man har forstået »krig« som en væbnet konflikt mellem to stater. I dag foregår en del væbnede konflikter internt i en stat for eksempel mellem guerilla-agtige styrker og regeringstropper. I den situation kan man hverken tale om »krig« eller om »fred«. Det diskuteres, i hvilket omfang »krigens ret« finder anvendelse i disse andre situatio-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 84 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ner, der ikke kan henføres til en »krigs«-situation[215]. For det andet kan man pege på, at nogle menneskerettigheder må antages at finde anvendelse også under krig og andre væbnede konflikter. Det fremgår således af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 15, at visse af konventionens menneskerettigheder kan fraviges »under krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens«.

Det er således næppe dækkende at anse de to regelsæt for helt forskellige. Enkelte vil se de to systemer som hver sin del af et overordnet system til beskyttelse af menneskets fundamentale rettigheder[216].

Den mest dækkende måde at beskrive forholdet mellem de to systemer på, er derfor nok at se dem som to forskellige beskyttelsessystemer, der dog i et vist omfang overlapper hinanden med hensyn til anvendelsesområde.

Hvis de to regelsæt må anses for til en vis grad at overlappe hinanden, kan man forestille sig, at der vil være en vis afsmitning af fortolkningsfigurer fra det ene system til det andet. Såfremt det må antages, at individer kan være pligtsubjekt i forbindelse med overtrædelse af krigens ret, vil dette måske kunne have en afsmittende effekt på andre menneskerettigheder. Dette er et argument, som er blevet fremført i forbindelse med menneskerettighedernes anvendelsesområde mellem private[217].

Selvom de nævnte regelsæt må aftages at medføre, hvad man kan kalde et folkeretligt ansvar for individer, kan man ikke sammenligne områderne direkte. De nævnte områder vedrører specifikke områder, hvor man netop på grund af områdernes karakter har fraveget en sædvanlig grundsætning om, at staterne er adressater i henhold til folkeretten. Man kan derfor ikke drage paralleller til andre områder i folkeretten fra disse områder og slet ikke til et område som menneskerettighedernes anvendelse mellem private, hvor krænkelserne slet ikke

---

215. Se for eksempel Gulmann: »Folkeret«, s. 214.
216. Se Robertson:»Humanitarian law and human rights« der s. 797 nærmest argumenterer for, at humanitær folkeret er et specialfald af menneskerettighederne. Menneskerettighederne anses som generelle standarder for alle mennesker, mens den humanitære folkeret anvendes i særlige situationer på bestemte personer under bestemte forhold. S. 800 konkluderes det dog, at der er tale om to forskellige systemer.
217. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere« nævner således s. 112 humanitær folkeret som et eksempel på menneskerettigheders anvendelse med private som pligtsubjekt.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 85 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

kan sættes i bås med krigsforbrydelser, flykapringer eller krænkelser af krigens menneskerettigheder.

Forskellen på Den Europæiske Menneskerettighedskonventions regler og krigsforbryderreglerne ligger også i håndhævelsen. Disse regler fastsætter specifikt organer, hvor individer kan retsforfølges. For så vidt angår Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ligger det fast, at individer ikke kan indbringes for domstolen. Der er således ingen international håndhævelse i forbindelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

En anden diskussion går på, hvilke individer staten er folkeretligt ansvarlig for. Dette tema drøftes mest naturligt i kapitel 6.

5. Sammenfatning

Som det er fremgået, kan der peges på en række forestillinger, der alle har eller kan have betydning for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dermed for vurderingen af afhandlingens problem. De nævnte forestillinger er ikke alle virksomme med samme styrke eller er ikke virksomme hele tiden. Men som man vil se i det følgende, påvirker de diskussionen.

I det følgende beskrives, hvordan forskellige fortolkningsfællesskaber har forholdt sig til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dens fortolkning. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention sættes også i relation til den overordnede folkeretlige tradition vedrørende menneskerettigheder.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 86 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 4

Retskilder og fortolkning

1. Indledning

I forlængelse af tankerne i kapitel 2, hvor der lægges vægt på en hermeneutisk forståelse af retsreglerne og deres placering og funktion i samfundet, følger her nogle overvejelser om retskilder og generelle fortolkningsprincipper i menneskeretlige sager ved de danske domstole og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Disse generelle fortolkningsprincipper afgrænser det område, inden for hvilket diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private må foregå, og det er derfor nødvendigt at ridse principperne op, før den konkrete problemstilling drøftes.

Efter en retspositivistisk tilgang til retskildespørgsmålet kan der peges på et bestemt hierarki mellem de enkelte retskilder og på en bestemt – meget skematisk – opfattelse af, hvordan forholdet mellem dansk ret og international ret er. Efter en funktionalistisk opfattelse af retskildebegrebet er det ikke så enkelt, og reglerne er mere nuancerede.

Fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er i udstrakt grad præget af pluralisme. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fortolkes på både nationalt og internationalt plan og inden for mange forskellige retlige fortolkningsfællesskaber.

Alligevel må de forskellige fortolkninger finde en syntese. Der er grænser for, hvor store forskelle der kan være fra fortolkningsfællesskab til fortolkningsfællesskab, uden at legitimationen – og forudberegneligheden – forsvinder, når der er tale om et fælles retsgrundlag som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. I dansk ret er det også en værdi i sig selv, at der ikke må være for stor uoverensstemmelse mellem dansk ret og international ret. Derfor er en del af opgaven at undersøge, om der er harmoni mellem andre fortolkningsfællesskabers opfattelser og det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse – og måske endda bidrage til skabelsen af en harmoni.

Dette betyder på den ene side, at en del af de forhold, som den polycentriske retskildelære har peget på, gør sig gældende inden for vurderinger af menneskeretlige spørgsmål. Den pluralistiske karakter,

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 87 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er præget af, sætter en ramme for fortolkningen af konventionen. På den anden side må der også findes en harmoni. Dette kan den hermeneutiske opfattelse bidrage til.

2. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions pluralistiske særpræg

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er i sin oprindelse både i national ret og i international ret præget af fælleseuropæiske idealer, og reglerne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes, fortolkes og udvikles både på det nationale og det internationale plan i indbyrdes samspil og vekselvirkning.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes dermed ikke i et retstomt rum, men indenfor en ramme, der helt overordnet sættes af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions særlige pluralistiske karakter, der indebærer en række aspekter:

- For det første indebærer Den Europæiske Menneskerettighedskonvention et »praksis-pluralistisk« aspekt; reglerne anvendes, fortolkes og udvikles både på det nationale og det internationale plan i indbyrdes samspil og vekselvirkning. Praksis påvirkes af denne vekselvirkning.

- For det andet kan man pege på, hvad man kunne kalde et »myndighedspluralistisk« (eller organpluralistisk) aspekt; der er forskellige myndigheder/organer og myndigheds- eller organtyper, der alle forholder sig til disse regler. På det nationale plan i Danmark forholder for eksempel både Folketinget, domstolene og administrationen sig til reglerne, trods disse organers meget forskellige opbygning, legitimationsgrundlag og funktioner i samfundet. Selv hvis man begrænser sig til domstolsbehandling af reglerne, må man forholde sig til det forhold, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den danske Højesteret hverken er opbygget organisatorisk på samme måde eller har det samme legitimationsgrundlag, ligesom de heller ikke har de samme funktioner i samfundet.

- For det tredje kan man tale om et »stats-pluralistisk« eller trans-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 88 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

nationalt aspekt, der opstår, fordi en række nationalstater alle forholder sig til den samme retlige tekst.

Disse aspekter er ikke særegne for netop den problemstilling, som afhandlingen behandler. Man kunne kalde dem en slags »grundvilkår«, som alle, der arbejder med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, må forholde sig til. Aspekterne har derfor også betydning for afhandlingens problemstilling. De angiver en »ydre ramme«, som behandlingen af menneskerettighederne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention må holde sig indenfor. Selvom aspekterne er stillet op hver for sig, overlapper de selvfølgeligt til en vis grad hinanden og indgår i et indbyrdes samspil. Den nærmere diskussion af afhandlingens problem skal derfor udfolde sig inden for en ramme, der tager højde for disse generelle aspekter af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

3. Retskilder

Afhandlingens problem er spørgsmålet om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private. Konventionen er inkorporeret i dansk ret ved lov. Der knytter sig imidlertid nogle overvejelser til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som retskilde.

Et problem er, med hvilken styrke/gennemslagskraft Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan antages at gælde. Det er næppe muligt at angive nøjagtige retningslinier for dette. Vurderingen heraf vil, som det er fremgået af behandlingen i kapitel 3, afhænge af den konkrete situation.

3.1. Spørgsmålet om betydningen af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

Et andet problem er, hvilken betydning retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har for de enkelte stater. Dette har særlig interesse for Danmark og det danske juridiske fortolkningsfællesskab, fordi Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil er noget anderledes end de danske domstoles stil traditionelt har været. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil og de danske domstoles fortolkningsstil gennemgås nedenfor. I det følgende

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 89 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

drøftes selve spørgsmålet om, hvorvidt denne retspraksis er den del af dansk ret – er en retskilde i dansk ret.

Spørgsmålet om, hvilken betydning man skal tillægge retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, får særlig betydning ved behandling af denne afhandlings emne, fordi det især er i retspraksis, man finder retningslinier om anvendelse af konventionen mellem private[218].

Problemstillingen blev berørt i forbindelse med loven om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold. Loven blev til, efter at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i en dom[219] havde fundet den engelske beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold utilstrækkelig. Den dansk regering fandt[220], at »dansk ret ikke fuldt ud (sikrede) de aspekter af den negative foreningsfrihed, som (var blevet) fastslået ved Menneskerettighedsdomstolens dom«. Regeringen fremsatte lovforslag til ændring af dansk ret og anførte[221] følgende: »Regeringen betragter det som en selvfølge, at Danmark skal overholde sine forpligtelser efter Menneskerettighedskonventionen. Dette er baggrunden for fremsættelsen af nærværende lovforslag«. Under behandlingen blev det drøftet, om Danmark var bundet af dommen, selvom den var afsagt i en sag mod England og ikke Danmark. Justitsministeren anførte[222] hertil følgende: »Den dom, der er afsagt, binder … parterne. … Den binder formelt ikke andre stater, men det er en rent formalistisk betragtning«. Han refererede derpå til konventionsorganernes praksis, hvorefter en afgørelse, der vedrører en stat, også har præjudikatsværdi overfor andre stater, og tilkendegav, at »hvis der i forhold til Danmark blev indbragt en lignende sag for Kommissionen eller for Domstolen, så ville Danmark også blive dømt«. Det var derfor nødvendigt at fremsætte lovforslaget. Man må gå ud fra, at det var regeringens holdning, justitsministeren gav udtryk for ved denne lejlighed.

Justitsministeren holdning peger på noget centralt; spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt praksis »binder« en stat, er ikke nødvendigvis besvaret med formelle overvejelser – den danske regering kunne simpelt-

---

218. Se nedenstående gennemgang af argumenter for og imod konventionens anvendelse i konflikter mellem private i kapitel 6, 7 og 8.
219. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt 13. august 1981.
220. Folketingstidende 1981-82, 2. saml., tillæg A, sp. 1604.
221. Folketingstidende 1981-82, 2. saml., tillæg A, sp. 1604.
222. Folketingstidende 1981-82, 2. saml., forhandlingerne sp. 1439.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 90 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

hen ikke leve med ikke at følge den holdning, der nu var givet udtryk for fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols side. Denne holdning kan ikke forklares ud fra traditionelle retspositivistiske forklaringsmodeller, men giver god mening inden for en hermeneutisk, funktionalistisk retsteori[223].

Allerede før Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev inkorporeret ved lov i dansk ret, var domstolene begyndt at anvende konventionen og den praksis, der knyttede sig til konventionen. I en dom fra 1989[224] anførte Højesteret således følgende vedrørende en afgørelse om tvangsfjernelse: »Bestemmelserne i bistandslovens Kapitel VIII må *i overensstemmelse med de afgørelser*, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har truffet vedrørende tilsvarende spørgsmål, forstås således, at afsnittet omfatter spørgsmålet om ændring af anbringelsesstedet også for børn, der tvangsmæssigt er anbragt uden for hjemmet« (min kursivering).

Ikke desto mindre anførtes i bemærkningerne til inkorporationsloven[225], at »En stat ... ikke i medfør af selve konventionskomplekset er forpligtet til at rette sig efter afgørelser, der vedrører andre stater«. Hermed tilkendegives en sondring mellem konventionsteksten og retspraksis, som der næppe er dækning for i virkelighedens fortolkning af det samlede konventionskompleks.

Inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved lov rejser to spørgsmål; dels om retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan antages at være (blevet) en del af dansk ret med inkorporeringen, dels hvordan man skal forholde sig til den retspraksis, der er fremkommet efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret.

3.1.1. Retspraksis fremkommet indtil inkorporeringen

Udvalget, der anbefalede en inkorporering i dansk ret af konventionen, opererede med en forudsætning om, at retstilstanden på inkorporationstidspunktet var i overensstemmelse ikke blot med konventionen,

---

223. – og er i øvrigt et eksempel blandt mange på, hvordan Danmark gør meget for at bringe dansk ret i overenstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (ud fra et harmoniseringsprincip).
224. Se UfR 1989, s. 928 H.
225. Folketingstidende 1991-1992: Forhandlingerne, tillæg A, sp. 5460.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 91 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

men også med den retspraksis, der knyttede sig hertil. Ligeledes var det en forudsætning for udvalget, at lovgivningsmagten fremover ville bringe den danske retstilstand i overensstemmelse med konventionen og den dertil knyttede retspraksis i situationer, hvor udfaldet af en konkret sag ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol viste sig at rejse tvivl om dansk rets overensstemmelse hermed[226]. Det var således forudsat, at situationer, hvor der var uoverensstemmelse mellem dansk ret og praksis fra konventionsorganerne, var sjældent forekommende. Udvalget fandt dog stadig, at for eksempel retterne i Danmark kunne have behov for at blive informeret om den retspraksis, der kom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol[227].

I sit udkast til bemærkninger[228] lagde udvalget under henvisning til en række Højesteretsdomme[229] til grund, at domstolene og andre myndigheder har pligt til at lægge Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og »*den praksis, som knytter sig hertil*« (min fremhævelse) til grund ved fortolkningen af dansk ret. Udvalget fandt, at denne retstilstand burde »have et udtrykkeligt lovmæssigt grundlag« og anbefalede på den baggrund inkorporering af konventionen.

Udvalget afstod dog – under henvisning til, at det ikke er muligt for danske myndigheder på forhånd at forelægge fortolkningsspørgsmål for konventionsorganerne – fra i loven at tage stilling til, »i hvilket omfang konventionsorganernes praksis er formelt bindende«[230].

Der anførtes i stedet en række retningslinjer for afgørelsen af, hvordan danske myndigheder (domstole og andre retsanvendende myndigheder) skulle forholde sig til en konflikt mellem dansk ret og retspraksis fra konventionsorganerne[231]. Inkorporationsloven skulle »gøre det klart … at det er ønsket, at de retsanvendende myndigheder ikke skal føle sig forpligtet til at træffe afgørelser i strid med konventionskomplekset …«. I tråd hermed blev det udtrykkeligt sagt, at loven navnligt skulle danne grundlag for, at domstolene og andre retsanvendende myndigheder »løbende kan tage hensyn til *nyere praksis* fra konventionsorganerne, som

---

226. Bet. nr. 1220/1991, især kapitel 10, s. 146ff., indeholdende udvalgets overvejelser om inkorporation.
227. Bet. nr. 1220/1991, s. 155f.
228. Bet. nr. 1220/1991, s. 191ff.
229. UfR 1989, s. 928, UfR 1990, s. 13 og UfR 1990, s. 181.
230. Bet. nr. 1220/1991, s. 195.
231. Bet. Nr. 1220/1991, s. 196ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 92 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

lovgivningsmagten ikke har haft adgang til at tage stilling til« (min kursivering).

Udvalget forudsatte, at konflikter, som måtte opstå mellem dansk ret og konventionen, måtte løses i overensstemmelse med sædvanlige fortolkningsprincipper, herunder reglen om lex-posterior og fortolkningsreglen, således at domstolene i tilfælde af konflikt ved fortolkning søger at hindre, at konflikten bliver reel. Kun hvor det må lægges til grund, at Folketinget har ønsket at fravige en konventionsbestemmelse eller retspraksis knyttet til konventionen, »må en senere lovbestemmelse … gå forud for den omhandlede konventionsbestemmelse«[232].

Formentligt på baggrund af, at udvalget tidligere i betænkningen har antaget, at anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private (»Drittwirkung«) »ikke i praksis kan antages at udgøre et væsentligt problem«[233], angives i bemærkningerne ikke forslag til, hvordan domstolene – eller andre offentlige organer, der er forpligtede af konventionen – skal forholde sig, hvor disse generelle regler ikke løser konflikten.

Udvalgets overvejelser blev gentaget i bemærkningerne til lovforslaget om inkorporering af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[234].

Der er således ikke tvivl om, at retspraksis fra konventionsorganerne blev en del af dansk ret med inkorporationsloven, og at det var meningen, at retspraksis, herunder nyere retspraksis, også fremover skulle være en del af dansk ret – medmindre Folketinget bevidst havde lovgivet imod en bestemt fortolkning af konventionen.

3.1.2. Retspraksis fremkommet efter inkorporeringen

Spørgsmålet om, hvorvidt retspraksis der er fremkommet efter inkorporationsloven, også skulle være en del af dansk ret, har været genstand for debat[235]. Det har i den forbindelse været gjort gældende, at »Menneskerettighedsdomstolens praksis ikke umiddelbart er en del af dansk

232. Bet. nr. 1220, s. 197.
233. Bet. nr. 1220, s. 151.
234. Folketingstidende 1991-1992, tillæg A, sp. 5467f.
235. Jens Garde og Michael Hansen Jensen: »Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningsfrihed«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 93 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ret«, men at der »alene (er) tale om en traditionel folkeretlig forpligtelse for Danmark«.

Det er vanskeligt at dele denne opfattelse. Retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er en meget vigtig kilde til forståelse af konventionens tekst[236]. Det er i langt de fleste sager i dag helt udelukket af gøre rede for retstilstanden efter konventionen uden at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Det er på den baggrund svært at se argumenterne for, at Danmark ikke skulle være bundet af den retspraksis, der knytter sig til konventionen. Det svarer vel til at sige, at man kan forstå grundlovens § 3 uden at inddrage Tvinddommen[237]. Grundlovens § 3 skal forstås i lyset af Tvinddommen. Da retspraksis fortolker konventionens tekst, er en opdeling i selve teksten, hvoraf staterne er bundet, og så den dertil knyttede retspraksis, hvoraf staterne ikke skulle være bundet, i virkeligheden ikke mulig.

Det er vel heller ikke anderledes, end at en sag, der finder sin afgørelse ved Højesteret, jo også i princippet kun binder de to parter, der aktuelt er involveret i sagen. Men ikke desto mindre »binder« den fortolkning, Højesteret har lagt til grund, også andre, der måtte have en tilsvarende konflikt indbyrdes. Højesterets fortolkning er blevet en del af gældende dansk ret.

At se retspraksis som en del af »teksten« eller at se »teksten« og retspraksis i sammenhæng er også i overensstemmelse med den hermeneutiske tilgang, der er lagt til grund i afhandlingen. Her forstås teksten netop ikke isoleret, men som et led i juristens forståelse af området.

---

236. Erik Werlauff tager i artiklen »Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?«, afstand fra den opfattelse, at man skulle kunne adskille konventionsteksten og fortolkningen af den. Jens Garde og Michael Hansen Jensen har i artiklen: »Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis« svaret på kritikken og har gentaget og uddybet deres opfattelse. Se også Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«, der s. 8 anfører, at han ikke forstår denne sondring. Se videre Vedsted-Hansen: »Er politiske skøn blevet henlagt til Højesteret?«. Se også Torben Jensen: »Domstolskontrolen med overholdelse af grundrettigheder«, særligt s. 246, hvor det anføres, at danske dommere ikke alene er »bundet af konventionsteksten, men også af den retstilstand, der er fastslået gennem præjudikatssystemet, …«. Se endeligt Ole Spiermann: »Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner«, der anfører, at det for ham ikke »(giver) mening i forhold til en inkorporering at sondre mellem konvention og konventionsorgans praksis«.

237. UfR 1999, s. 841 H, hvor Højesteret fandt en lov, hvorefter en Tvind-skole mistede sit tilskud, i strid med grundlovens § 3.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 94 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Derfor kan man ikke udskille retspraksis som et særligt spørgsmål. Noget andet er, at denne – samlede – forståelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og retspraksis samtidigt er undergivet en kontekstforståelse. Den måde, hvorpå det danske juridiske fortolkningsfællesskab forstår »tekst« på, kan eventuelt få indflydelse på, hvordan retspraksis slår igennem i en konkret situation.

Det, der snarere er diskussionen, er, hvad man mener med, at Danmark er »bundet« af retspraksis. Der er tale om en sondring fra diskussionen om dualismen og monismen, og en forestilling om, at domstolene i et eller andet omfang har pligt til at følge en bestemt retsopfattelse. I dag må man vel snarere tale om, at normerne kan have forskellig gennemslagskraft, afhængigt af den situation, fortolkningen sker i. En domstol har vel altid pligt til at inddrage alt relevant materiale, men det er svært at se en »bundethed« heri – og det er vel altid op til den pågældende domstol at vurdere, om bestemt materiale er relevant for sagen, samt om det konkret kan finde anvendelse i den foreliggende sag, og hvilket resultat en anvendelse må føre til.

Den holdning, der er slået igennem, er da også, at ikke blot selve teksten, men også retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, er en retskilde og inddrages ved domstolene og i øvrigt, når retsstillingen vedrørende et menneskeretligt problem i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal afklares. Se for eksempel:

> *UfR 1995, s. 379 Ø:* Boligretsdom ophævet på grund af inhabilitet under henvisning til art. 6. Landsretten anførte, at retsplejelovens § 61 måtte fortolkes i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 »og den i tilknytning hertil foreliggende retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol«

og

> *UfR 1999, s. 509 Ø:* Bedømmelse af, om sigtelser var strafbare, måtte afgøres efter straffelovens § 269, »således som denne bestemmelse … må forstås i lyset af Menneskerettighedskonventionens art. 10 og menneskerettighedsdomstolens restriktive forståelse af undtagelsesbestemmelsen i artikel 10, stk. 2.«

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 95 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Der ses i domspraksis ingen tendens til at sondre mellem praksis fra før inkorporationen og retspraksis, der ligger efter inkorporationen. Meget tydeligt er dette i

> *UfR 1999, s. 1316 H:* (Novodan-sagen), hvor Højesteret foretog en særdeles grundig fortolkning af blandt andet retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, både før og efter inkorporeringen.

Udover dansk domspraksis finder man også i andre sammenhænge udtryk for, at praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal inddrages i retlige afgørelser. Et udvalg, der var nedsat til at drøfte blandt andet den fremtidige rekruttering af dommere i Danmark, afgav i 1996 en betænkning, hvor håndhævelse af menneskerettighederne blev nævnt som en af de opgaver, domstolene fremover må forventes at skulle påtage sig. Det anførtes blandt andet, at »Disse opgaver skal løses på grundlag af den praksis, der foreligger ved ... Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol«[238].

3.2. Konklusion

Det må konkluderes, at ikke blot er Den Europæiske Menneskerettighedskonvention nu en retskilde i dansk ret, men at også retspraksis fra konventionsorganerne er en del af dansk ret. Dette gælder både retspraksis fra før inkorporeringen og den praksis, der fremkommer efter inkorporeringen.

Det er dog vanskeligere at sige noget konklusivt om, med hvilken vægt de forskellige retskilder indgår i afgørelserne. Dette vil afhænge af den konkrete situation.

De slutninger, der kan udledes af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den dertil knyttede praksis vedrørende spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, må således lægges til grund for den videre behandling af denne fremstillings emne.

---

238. Bet. 1319/1996, s. 173ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 96 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

4. Fortolkning af retskilderne

Et essentielt spørgsmål for løsningen af afhandlingens problem er, hvordan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fortolkes.

Man kan pege på nogle overordnede temaer i forbindelse med fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – temaer, der har sammenhæng med den ovenfor anførte pluralisme, og som gør sig gældende både ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og ved danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Et hovedtema, når konflikter i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal bedømmes, er problemet med at finde en balance mellem statens interesser og individets interesser. Dette er det væsentligste problem, både i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning og i de danske domstoles fortolkning.

Et andet tema hænger sammen med, at der, som anført, er mange organer, der fortolker Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Imidlertid vil det ikke være muligt at opretholde konventionskomplekset, hvis alle fortolker det i hver sin retning.

Dette betyder, at der kan peges på stadige forsøg på at harmonisere anvendelsen og fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i forskellige fortolkningsfællesskaber. Selvom man altså kan fastslå, at der er forskellige fortolkningssædvaner ved de forskellige domstole, så pågår der en harmoniseringsproces, der går begge veje – de danske domstole forsøger at rette ind efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol forsøger ved forskellige fortolkningsregler at give plads for de forskellige staters opfattelser. Hertil kommer, at der også kan peges på harmoniseringsbestræbelser i forhold til de globale fortolkningsfællesskaber[239].

239. Her tænkes primært på de FN-institutioner, der fortolker forskellige menneskeretlige regelsæt, der har deres udspring i FN-regi.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 97 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

4.1. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstolsfortolkningsstil[240]

Da det ovenfor er fastslået, at praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol spiller en rolle ved danske domstole, er det nødvendigt at se nærmere på, efter hvilke principper denne praksis bliver til. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har en fortolkningsstil, der adskiller sig væsentligt fra danske domstoles fortolkningsstil.

Det følgende er et forsøg på kort at indkredse, hvordan Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil adskiller sig fra den fortolkningsstil, som ses i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. Fortolkningsstilen har nemlig betydning for forståelsen af, hvordan spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private overhovedet kan blive et diskussionstema.

4.1.1. Udformningen af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme

Det er for så vidt nemmere at konstatere, hvad der bevæger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol til at nå et bestemt resultat i de sager, den får forelagt, end at afgøre, hvad danske domstole, herunder Højesteret, har lagt vægt på som udslagsgivende i en bestemt afgørelse[241].

For tiden fremtræder Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme væsentligt anderledes end de fleste danske domme, idet Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domspræmisser er langt mere udførlige end de fleste danske dommes præmisser. Dette gør det væsentligt lettere at forklare og bestemme fortolkningsstilen.

Der er dog tegn på, at Højesterets formuleringer er ved at ændre sig

---

240. Fremstillingen i dette afsnit om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil bygger primært på J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«. Se også Golsong: »Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?«, s. 147ff., Rudolf Bernhardt: »Thoughts on the interpretation of human-rights treaties« samt F. Matscher: »Methods of Interpretation of the Convention«.

241. Se også Henrik Zahle: »Er domstolenes grundlovsprøvelse en effektiv individbeskyttelse?«, der om danske domstoles fortolkningsstil i relation til grundloven anfører følgende: »En klarlægning af fortolkningsmetoden kan ikke ske på grundlag af systematiske og udførlige redegørelser i domspræmisserne, for sådanne findes i almindelighed ikke«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 98 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

i retning af formuleringerne fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Det problematiske for læseren af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols domme er til gengæld, at det kan være vanskeligt at se, hvilket af de mange argumenter, der bliver drøftet i præmisserne, der er de afgørende. Dette og de mange dissenser gør det vanskeligere at bestemme, hvad man kan udlede af en bestemt dom. Hertil kommer endeligt, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afgørelser netop er afgørelser i konkrete sager. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tager kun stilling til den problemstilling, den får forelagt. Dette hænger også sammen med Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 34 (tidligere art. 25), hvorefter det kræves, at den, der ønsker at få en sag prøvet ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, skal kunne godtgøre at »være blevet krænket af« den stat, der klages over. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol foretager således som udgangspunkt ikke abstrakt normkontrol[242].

Der er derfor grænser for, hvad man kan udlede af dommene fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Nogle mønstre lader sig dog påvise.

4.1.2. Wienerkonventionen[243] om traktaters fortolkning

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning har sit udspring i folkeretten. Det er derfor naturligt, at udgangspunktet tages i Wienertraktatkonventionen, der dog ikke gælder direkte for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, jf. konventionens art. 4, hvorefter traktatkonventionen kun finder anvendelse på traktater, der er indgået efter traktatretskonventionens ikrafttrædelse. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har dog giver udtryk for, at traktatretskonventionens art. 31 til 33 må anses for at være en kodificering af almindelige

242. Se herom Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 349ff. Der har dog efter den tidligere art. 25 været sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols stillingtagen har nærmet sig abstrakt normkontrol, idet den blotte mulighed for, at en person kunne blive berørt af lovgivning, som af klager hævdedes at udgøre en krænkelse, har været nok til, at domstolen tog sagen op. Man må tro, at denne praksis vil blive opretholdt under det nye system efter tillægsprotokol nr. 11, art. 34.

243. Bekendtgørelse nr. 34 af 29. april 1980 af konvention af 23. maj 1969 om traktatretten. Danmark deponerede sit ratifikationsinstrument den 1. juni 1976. Traktaten trådte i kraft den 27. januar 1980.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 99 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

principper for fortolkning af international ret[244] og henviser jævnligt til den.

Kernebestemmelsen er art. 31, stk. 1, der bestemmer, at »En traktat skal fortolkes loyalt i overensstemmelse med den sædvanlige betydning, der måtte tillægges traktatens udtryk i dens sammenhæng og belyst af dens hensigt og formål«. I overensstemmelse hermed er udgangspunktet for fortolkningen ordlyden af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser, som læses i lyset af konventionens sammenhæng og dens formål.

Om blandt andet forarbejder anfører Wienertraktatkonventionens art. 32, at »supplerende fortolkningsmidler, herunder forarbejderne til traktaten og omstændighederne ved dens indgåelse, kan tages i betragtning med henblik på at få bekræftet den betydning, der fremkommer ved anvendelsen af art. 31 eller for at fastslå betydningen, når fortolkningen i henhold til art. 31: (a) efterlader betydningen flertydig eller uklar eller (b) fører til et resultat, som er åbenbart meningsløst eller urimeligt«. Anvendelse af dette princip på Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fører til, at forarbejderne, »les travaux preparatoires«, får sekundær betydning i forhold til ordlydsfortolkning og formålsfortolkning.

Endelig indeholder art. 33 bestemmelser om traktater, der er bekræftede på to eller flere sprog. Udgangspunktet her fremgår af stk. 1; ved en sådan traktat »har teksten samme gyldighed« på hvert af den bekræftede sprog. Traktatens udtryk »forudsættes at have samme betydning« på de forskellige sprog, jf. stk. 3, og såfremt dette ikke er tilfældet, bestemmer stk. 4, at »den betydning (skal) lægges til grund, som bedst forener de forskellige tekster under hensyntagen til traktatens hensigt og formål«. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention findes i to autoritative tekster; på fransk og på engelsk. De første to regler giver ingen anvisning på, hvad fortolkeren gør, hvis to begreber i konventionen betyder noget forskelligt på engelsk og på fransk, og dermed løses en sådan konflikt ved formålsfortolkning efter stk. 4.

---

244. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 69, der henviser til Golder-sagen, A 18, Golder mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1975.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 100 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

4.1.3. Fortolkningsprincipper ved fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er sig meget bevidst, at fortolkningen sker inden for en ramme af demokratiske værdier[245]. Især i forbindelse med henvisninger til proportionalitetssynspunkter kommer denne vinkel tydeligt frem. Proportionalitetssynspunktet behandles nedenfor.

Ved fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention gør to modsatrettede hensyn sig gældende. På den ene side står hensynet til at give konventionen så udstrakt anvendelsesområde som muligt, således at individerne gives den bedst mulige beskyttelse. På den anden side står hensynet til staternes interesse i at have indflydelse på fortolkningen af konventionens regler og dermed på udstrækningen af deres pligter efter konventionen. De forskellige fortolkningsregler kan ses som udtryk for disse modsatrettede hensyn. Hertil kommer et hensyn til, at fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i hvert fald i et vist omfang er i overensstemmelse med, hvordan menneskeretlige tekster generelt fortolkes globalt.

4.1.3.1. Principper, der er udtryk for høj grad af individbeskyttelse

Som nævnt har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i højere grad prioriteret individets interesser ved vurderingen af spørgsmålet om, hvordan der opnås balance mellem individ og stat. Dette iagttages i en række fortolkningsregler, som anvendes ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

a) Effektivitetsprincippet

I overensstemmelse med Wienertraktatkonventionen lægger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ved sin fortolkning af ordlyden vægt på hensigt og formål med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har med basis heri udviklet et såkaldt »effektivitetsprincip« – et princip om effektiv

245. Se herom kort Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 62.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 101 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser[246].

Efter effektivitetsprincippet fortolkes Den Europæiske Menneskerettighedskonvention således, at traktatens bestemmelser tillægges størst mulig virkning, hvor konventionen tillægger individet rettigheder. Individets beskyttelse efter konventionen må ikke blive illusorisk, og rettighederne skal effektivt gives et reelt indhold. Virkningen af effektivitetsprincippet bliver således i en række sager, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vælger den fortolkning, der er til gunst for individet. Det har været anført, at der gælder et almindeligt folkeretligt fortolkningsprincip om, at konventioner i tilfælde af fortolkningstvivl normalt skal fortolkes således, at der pålægges staten så få forpligtelser som muligt[247]. At Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fravælger dette princip og vælger et princip, der fører til så gunstige resultater som muligt for individet, er i overensstemmelse med formålet med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, idet dette netop er at beskytte individet mod staten.

Effektivitetsprincippet har fundet anvendelse ved fortolkningen af en lang række artikler, blandt andet art. 3, art. 6, art 8 og art. 11. Det synes således at være et helt generelt princip for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

En væsentlig baggrund for, at anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private kan blive et diskussionstema, er doktrinen om »positive forpligtelser for staten«. Denne doktrin har blandt andet sin baggrund i effektivitetsprincippet[248]. Selvom de fleste af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser er formuleret som negativt afgrænsede rettigheder, hvor staten skal undlade indgreb, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol nemlig i overensstemmelse med effektivitetsprincippet indfortolket en pligt for staterne til i et vist omfang aktivt at sikre individets rettigheder.

---

246. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, kap. 5, s. 98ff., behandler princippet og anfører en række eksempler.
247. Se hertil Rudolf Bernhardt: »Thoughts on the interpretation of human-rights treaties«, særligt s. 70, samt F. Matscher: »Methods of Interpretation of the Convention« s. 66.
248. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 102ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 102 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Et enkelt eksempel skal nævnes:

> Sagen, *Young, James og Webster mod UK*[249], drejede sig om fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11. Efter denne bestemmelses stk. 1 har enhver »ret til frit at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed, herunder ret til at oprette og slutte sig til fagforeninger for at beskytte sine interesser«. Efter formuleringen i bestemmelsens stk. 2 beskyttes individer alene mod »indskrænkninger i udøvelsen af disse rettigheder«. Det følger blandt andet af dommen, at trods formuleringen af bestemmelsen, kan staten ikke nøjes med passivt at undlade indgreb i rettigheden, men skal aktivt sikre individer mulighed for at udøve rettigheden.

Denne opfattelse fører videre til spørgsmålet om, hvorvidt staten dermed også har en pligt til at sikre rettighedens bestående også i forhold mellem private. Effektivitetsprincippet kan derfor ses som et argument for, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal kunne anvendes mellem private[250].

Som det ses, er denne fortolkningstrategi langt fra den tilbageholdende strategi, som danske domstole har betjent sig af.

b) Princippet om nutidig fortolkning/fortolkning i lyset af samfundsudviklingen[251]

Dette princip kan siges at ligge i forlængelse af effektivitetsprincippet. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ønsker nemlig ikke blot at give de i konventionen indeholdte rettigheder så stor effekt som muligt, men ønsker også at udvikle konventionen, således at den til en hver tid er et tidssvarende instrument til beskyttelse af menneskerettighederne.

Til denne brug har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ud-

---

249. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981.
250. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 105. Merrills anvender i øvrigt i note 13, s. 123 ordet »Drittwirkung« som udtryk for problemstillingen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser mellem private individer.
251. Se også P. van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 77ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 103 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

viklet et princip om, at Menneskerettighedskonventionen skal fortolkes i lyset af samfundsudviklingen. Konventionen ses som »a living instrument«[252] og skal fortolkes i lyset af »present day conditions«. Dette følger måske også af, at konventionen ofte ikke er formuleret særligt præcist; bestemmelserne har snarere karakter af retlige standarder. Domstolen forsøger på den baggrund at give bestemmelserne en fortolkning, der lever op til opfattelsen af, hvilket indhold menneskerettighederne bør have i dag set i lyset af samfundsudviklingen.

Effektivitetsprincippet og princippet om nutidig fortolkning betyder også, at forarbejder alene har en sekundær betydning; Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol føler sig ikke bundet af forarbejderne, som kun har vejledende betydning.

Princippet om nutidig fortolkning betyder også, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke nødvendigvis føler sig bundet af tidligere praksis fra domstolen selv. Hvis domstolen føler, at tiden nu er en anden, og at en rettighed for at være i overensstemmelse med udviklingen nu må anses for at have et andet indhold, end man tidligere har antaget, tager domstolen afstand fra den tidligere praksis. Til tider kan denne holdning få en lidt »fremtidspræget« karakter; domstolen undersøger, om der er indtrådt en ændring, og hvis man kommer til, at der endnu ikke er indtrådt denne ændring, men at den muligt vil indtræde, kan retten tilkendegive, at retstilstanden er ved at ændre sig. Det kan ses som et signal om, at staten skal forsøge at bringe sin retstilstand i overensstemmelse hermed[253].

Disse fortolkningstrategier er blandt andet baggrunden for, at det giver mening at tolke Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i et hermeneutisk, funktionalistisk perspektiv.

Også denne fortolkningstrategi må siges at være fjern for de danske domstole. I det omfang danske domstole tidligere har tillagt samfundsudviklingen betydning for fortolkningen af menneskeretlige bestemmelser, er det ikke kommet til udtryk med særlig tydelighed i dommenes præmisser.

---

252. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 78ff.
253. Se hertil A 106, Rees mod United Kingdom, dom afsagt den 17. oktober 1986, A 184, Cossey mod United Kingdom, dom afsagt den 27. september 1990 og A 232-C, B mod Frankrig, dom afsagt den 25. marts 1992.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 104 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

c) Princippet om autonom fortolkning[254]

Som udtryk for den samme tankegang, som effektivitetsprincippet hviler på, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udviklet et princip om autonom fortolkning; selvom et ord eller et begreb har en bestemt betydning i national ret, føler Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol sig ikke nødvendigvis bundet til at lægge den nationale rets forståelse til grund. Selvom et forhold karakteriseres som en disciplinærsag efter national ret, og derfor ikke omfattet af alle retssikkerhedsgarantierne i art. 6, hindrer det ikke Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i at bestemme, at forholdet i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal anskues som en straffesag[255]. Hvis staterne kunne indskrænke rækkevidden af konventionens bestemmelser ved at anlægge deres egen (indskrænkende) forståelse af begreber anvendt i konventionen, ville individerne berøves en effektiv retsbeskyttelse, såfremt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol følte sig bundet af denne indskrænkende forståelse.

Dette princip betyder, at selvom det danske juridiske fortolkningsfællesskab har én opfattelse af et retligt spørgsmål, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (tiltaget sig) den endelige kompetence til at fastlægge grænserne i relation til begreberne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

d) »Dynamisk« fortolkning

Man kan samlende sige, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol forsøger at give beskyttelsen af individet en meget høj prioritet.

Principperne om effektiv fortolkning, om nutidig fortolkning og om autonom fortolkning har tilsammen gjort, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil er blevet karakteriseret som »dynamisk«[256]. I dette begreb ligger dels en henvisning til, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fortolker meget formålsbestemt og i den forbindelse udvidende, dels en henvisning til, at Den Europæiske

254. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 71f.
255. Dette var tilfældet i sagen A 22, Engel m.fl. mod Holland, dom afsagt den 8. juni 1976.
256. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 46.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 105 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Menneskerettighedsdomstol har ambition om til stadighed at udvikle menneskerettighederne udover det stadium, hvor de befinder sig nu.

4.1.3.2. Principper, der skal varetage staternes interesser

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol må også tage hensyn til staternes interesser. Det er staterne, der som et led et deres suverænitetsudøvelse har accepteret, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal gælde også i de indre anliggender. Selvom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ønsker at udvikle Menneskerettighedskonventionen, sætter det forhold, at konventionen bygger på staternes tilslutning en grænse for, hvor dynamisk (eller aktivistisk) Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil kan være.

Denne diskussion ligner diskussionen om forholdet mellem den dømmende og den lovgivende magt – en diskussion, som også kendes fra den danske debat.

a) Ordlydsfortolkning

For det første sætter ordlyden af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention en grænse. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol gør meget ud af at fortolke ordlyden, og der gås ofte meget i detaljer med betydningen af de enkelte ord og begreber[257].

Det forhold, at der er to autoritative sprog kan selvfølgelig føre til problemer, idet ord på to forskellige sprog ofte ikke betyder nøjagtigt det samme[258]. I domme, hvor dette forhold kan have betydning for dommens resultat, ser man Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol foretage en meget nøje sammenligning mellem betydningen af ordene på de to sprog. Hvis man af to mulige forståelser skal vælge mellem en mere og en mindre udvidende fortolkning, sker valget ofte i lyset af effektivitetsprincippet; man vælger altså den forståelse, der er bedst i overensstemmelse med konventionens karakter af beskyttelsesregler for individet[259]. Men ordlyden sætter den yderste grænse. Dog kan man som dansk jurist med Højesterets sædvanlige forsigtige for-

257. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 70f. med henvisninger til retspraksis.
258. Se generelt herom Martin Weston: »The role of translation at the European Court of Human Rights«.
259. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 107f. med henvisninger til retspraksis.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 106 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tolkningsstil in mente godt synes, at denne »yderste grænse«, som ordlyden sætter, ligger meget yderligt. I balancen mellem de to hensyn; hensynet til individet og hensynet til magtfordelingen, prioriteres hensynet til individet ofte ganske højt.

b) Kontekstfortolkning

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fortolker Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som et hele[260]. Dette betyder også, at der er grænser for, hvad domstolen finder, at den kan »læse ind« i konventionen. Hvis en rettighed ikke er medtaget i konventionen, og dette var bevidst fra traktatparternes side, skal der meget til, før domstolen finder, at den kan beskytte denne rettighed[261].

Man kan sige, at hensynet til konventionens ordlyd også kunne have ført til en tendens til at lade det være styrende for fortolkningen, hvordan de stater, der var med til at udarbejde konventionen, mente, at ordene skulle fortolkes, altså en mere subjektiv fortolkning med vægten på tekstnær fortolkning. I balancegangen mellem på den ene side individbeskyttelse og på den anden side hensynet til, hvordan staterne opfattede konventionens indhold ved tiltrædelsen til traktaten, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol som oftest valgt side til fordel for individbeskyttelsen. Dette fremgår blandt andet af, at ordlyden nok sætter grænser, men ikke forhindrer udvidende fortolkning under henvisning til effektivitetsprincippet og princippet om fortolkning i lyset af samfundsudviklingen, jf. ovenfor under a) og b) i afsnit 4.1.3.1.

c) Margin of appreciation[262]

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols kompetence hviler på staternes suveræne tilslutning. Deri ligger også en grænse for, hvor udvidende Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan fortolke konventionen. Denne grænse har blandt andet fundet udtryk i princippet om, at der i nogle sager tilkommer staten en vis skønsmargin (»margin of appreciation«).

---

260. Se herom J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 72f. med henvisninger til retspraksis.
261. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 75f. med henvisninger til retspraksis.
262. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 151ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 107 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol henviser i den forbindelse ofte til statens bedre lokalkendskab som grundlag for at overlade staten dette skøn.

Ved anvendelse af dette princip, som ikke fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men er udviklet i retspraksis, overlader Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol et skøn til staterne over, hvordan konflikten mellem individ og fællesskab/stat skal håndteres. Om grænserne for skønnet er overskredet, afgøres af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Hvorvidt princippet overhovedet skal finde anvendelse afhænger af, hvilke bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention der er tale om. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention lægger i nogle situationer op til forsigtighed fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols side med hensyn til, hvor tæt på den enkelte stats suverænitet, det er muligt at gå. Vurderingen efter art. 15 af, hvorvidt der foreligger »krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens«, lægger for eksempel efter sin ordlyd op til tilbageholdenhed fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols side[263].

Selvom princippet efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols opfattelse kan anvendes, vil det være nødvendigt at afgøre, i hvilken udstrækning princippet skal anvendes. Dette afgøres af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol efter de konkrete omstændigheder i sagen. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har en ambition om at udvikle fælles europæiske standarder på det menneskeretlige område. Dette får betydning ved vurderingen af, i hvilken udstrækning princippet om skønsmargin skal anvendes. Der er således en tendens til en bredere margin i sager, hvor der ikke kan tales om en fælles europæisk standard[264].

Ved afgørelsen af, om princippet skal anvendes og i givet fald i hvilken udstrækning, spiller det også en rolle, hvilken personkreds individet, der klager, tilhører. Persongrupper, der normalt må tåle indskrænkninger i deres rettigheder (for eksempel soldater, udlændinge og

263. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 152f.
264. Macdonnald: »The Margin of Appreciation«, s. 84.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 108 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

indsatte i fængsler m.v.[265]), må efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis finde sig i indskrænkninger i deres øvrige rettigheder efter konventionen i videre omfang end andre persongrupper. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol overlader i en række situationer, for eksempel hvor det skal vurderes, om et indgreb er »nødvendigt i et demokratisk samfund«, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention formuleringen af stk. 2 i art. 8, 9, 10 og 11, en videre skønsmargin til staterne med hensyn til disse gruppers rettigheder[266].

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol lægger ved vurderingen af princippets anvendelighed endvidere vægt på, om staterne har en ensartet praksis på det påklagede område. I afvejningen mellem staten og det internationale samfunds normer spiller staterne tilsammen i det hele taget en vis rolle. Sammenligning mellem staternes interne retssystemer spiller nemlig en rolle for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning.

d) Staternes ret som retskilde ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

I tilfælde af fortolkningstvivl – blandt andet som ovenfor anført om, hvorvidt og i hvilken udstrækning princippet om skønsmargin kan anvendes – vil Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol også lægge vægt på, hvordan retstilstanden er i de andre stater, der er medlem af Europarådet. Såfremt retstilstanden i en stat afviger meget fra andre europæiske staters retstilstand på området til skade for individet, vil Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol anvende retstilstanden i de andre stater som argument for at fortolke konventionen i overensstemmelse med retstilstanden i de andre stater.

Som det ses, forsøger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol at bringe harmoni i fortolkningen af konventionskomplekset i forhold til de enkelte stater, ligesom for eksempel Danmark forsøger at fortolke dansk ret i overensstemmelse med konventionen. Påvirkningen går således begge veje, ligesom påvirkningen også har et transnationalt aspekt.

---

265. Der er for så vidt et sammenfald mellem disse grupper, for hvem man tidligere diskuterede, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kun var gældende med visse »inherent limitations«, og så de persongrupper, der er tale om her.
266. J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, s. 166.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 109 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

4.1.3.3. Proportionalitetsprincippet

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afvejning af på den ene side hensynet til staten og på den anden side hensynet til det enkelte individ finder ofte sted som en proportionalitetsvurdering[267] af indgrebets intensitet overfor indgrebets formål – set i lyset af demokratiske værdier. Vurderingen optræder oftest i tilknytning til fortolkningen af, hvad der er »nøvendigt i et demokratisk samfund«, jf. ordlyden af stk. 2 i art. 8 til 11. En almindelig formulering er, at »regard must be had to the fair balance, that has to be struck between the competing interests of the individual and the community as a whole[268]. Domstolen foretager dermed en bedømmelse af, hvilke begrænsninger der kan pålægges individerne i et demokratisk samfund med henblik på at opnå bestemte resultater i samfundets interesse. Især, hvor domstolen finder grund til at overveje, om en bestemmelse i konventionen indeholder positive forpligtelser for staten, inddrages proportionalitetshensynet.

4.1.3.4. Betydningen af andre traktater og folkeretten generelt for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[269]

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol gør også en indsats for, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning ikke skal komme til at afvige for meget fra andre menneskeretlige fortolkningsfællesskabers fortolkningstil.

Der er ikke tvivl om, at internationale normer i et eller andet omfang er retskilde ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Dette gælder både internationalt anerkendte normer og traktater.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention arbejder da også selv med, at internationale regler kan være retskilde, jf. for eksempel konventionens art. 7, stk. 2, der henviser til »de af civiliserede nationer anerkendte almindelige retsprincipper«.

Også traktater er retskilde ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Andre retskilder fra Europarådet, som for eksempel the European Social Charter, anvendes af Den Europæiske Menneskeret-

---

267. Se herom for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 55f., og P. van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 80ff.
268. Se for eksempel A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985.
269. Se generelt J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, kapitel 9.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 110 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tighedsdomstol som støtte for domstolens fortolkning. Også traktater fra andre folkeretlige fora inddrages, for eksempel traktater fra ILO[270]. Ligeledes har FN's børnekonvention været inddraget i domstolens behandling, blandt andet af sager, der tog stilling til konflikter mellem private[271].

Anden international ret har dog mere begrænset gennemslagskraft end andre retskilder[272].

4.2. Danske domstoles fortolkningsstil[273]

Der findes mig bekendt ingen samlede undersøgelser af fortolkningsstilen ved de danske domstole, således som det er tilfældet, for så vidt angår Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil. Det er ikke overraskende. Det er ulige lettere at lave en undersøgelse over fortolkningsstilen hos et organ, der alene beskæftiger sig med at fortolke et sagligt afgrænset retsgrundlag, nemlig en konvention med dens tilhørende protokoller. I modsætning hertil står den danske Højesteret, der ikke er sagligt begrænset i sine fortolkningsopgaver på samme måde. Overvejelser om Højesterets fortolkningsstil findes derfor i tilknytning til retsdogmatiske fremstillinger af et givet emne, men ikke i generelle fremstillinger.

Hertil kommer, at danske domme ofte er så ordknappe i deres præmisser, at det ville være svært at foretage en sådan undersøgelse, hvorimod Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ofte selv i sine præmisser angiver, hvilke fortolkningsspørgsmål, den ser, og efter hvilke principper disse skal løses.

Danske domstole skal i deres fortolkning af menneskerettighederne for så vidt forholde sig til en række centrale temaer, som også Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal forholde sig til; nemlig dels hensynet til at finde balancen mellem individets rettigheder og statens interesser, og dels hensynet til at finde en balance mellem det

---

270. Se for eksempel A 70, Van der Mussele mod Belgien, afsagt den 23. november 1983.
271. Se for eksempel A mod United Kingdom, dom afsagt den 23. september 1998, præmis 22.
272. Matscher: »Methods of Interpretation of the Convention«, s. 74f., hvor det anføres, at andre traktater kun er »secundary aid« ved fortolkningen, og at traktater som fortolkningsbidrag er underordnet »object and purpose«.
273. Se for en mere uddybende gennemgang af den beskrevne udvikling Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, kapitel 2, s. 43ff. med henvisninger.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 111 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

nationale og det internationale niveau. Herudover kommer så hensynet til magtfordelingen mellem lovgivende magt og dømmende magt – et hensyn, der har spillet en stor rolle i den danske juridiske debat.

Løsningsmodellerne for, hvordan balancen mellem disse hensyn skal findes, har – i hvert fald indtil nu – været forskellig for de danske domstole og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Danske domstole har ikke haft lejlighed til at forholde sig særligt til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention før inden for de senere år. Før 1989 blev konventionen ikke anset som »en del af dansk ret«, hvilket gjorde, at den efter den for-forståelse, der trivedes i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, ikke kunne påberåbes for domstolene. Derimod var grundlovens menneskerettigheder naturligvis en del af dansk ret, der kunne påberåbes ved domstolene. Reglerne blev blot ikke påberåbt i særlig vidt omfang.

Danske domstoles fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har til en vis grad, i hvert fald indtil for nogle år siden, været under indflydelse af den generelle fortolkningsstil med hensyn til grundlovens menneskerettigheder. Baggrunden for denne fortolkningsstil er beskrevet i kapitel 3. Generelt har danske domstole sat hensynet til magtfordelingslæren højt, når de har fortolket grundlovens menneskerettigheder. Dette har resulteret i en indskrænkende fortolkningsstil, hvor Højesteret har udvist stor tilbageholdenhed og ikke har fortolket menneskerettighederne videre, end man var sikker på, at teksten kunne bære. Dette gælder med sikkerhed, hvor der er tale om, at en lovbestemmelse eventuelt ville blive underkendt som følge af en bestemt fortolkning, men det gælder også – omend i mindre grad – hvor der er tale om at tilsidesætte forvaltningens afgørelser eller administrative forskrifter.

Hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har valgt at lade afvejningen mellem statens interesser og individets interesser falde ud til fordel for individets beskyttelse som det mest tungtvejende hensyn, har Højesteret fundet hensynet til den interne magtfordeling meget tungtvejende. Dette har medført en langt mere forsigtig og tilbageholdende fortolkningsstil end den, der kendetegner Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

En af grundene til denne forsigtighed er formentligt blandt andet det netop nævnte forhold, at den danske Højesteret har mange opgaver; domstolene skal varetage et langt bredere spektrum af dømmende myn-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 112 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

dighed og indgå som en af de tre bærende »magter« i det danske samfund. Dette forpligter til at varetage en række bredere hensyn, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvis arbejdsfelt er sagligt afgrænset til varetagelse af beskyttelse af menneskerettighederne, ikke behøver at tage i samme omfang.

Den generelle tilbageholdenhed, som Højesteret og andre domstole har udvist, har haft støtte i det øvrige danske juridiske fortolkningsfællesskab. Påvirkningen fra retspositivismen er tydelig. Retspositivisten par excellence, Alf Ross, angav ganske vist, at grundlovsfortolkning var præget af en »friere, mere politisk end formelt-juridisk fortolkning«[274], men denne friere fortolkning tilkom regeringen og lovgivningen. Domstolene ville netop på grund af regeringens og lovgivningsmagtens tilbøjelighed til »at se fortolkningsproblemerne i lys af politiske hensyn og praktiske behov«, »nære betænkelighed ved, når grundlovsstridigheden ikke var klar, at tilsidesætte de politiske organers skøn«.

Henrik Zahle[275] har peget på, at Højesterets fortolkningsstil vedrørende grundlovsspørgsmål i en vis forstand kan karakteriseres som en »dynamisk fortolkning« – en betegnelse, som ellers fortrinsvist er blevet brugt i forbindelse med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols udvidende fortolkningsstil. Hans pointe er, at det afgørende for, hvordan en fortolkningsstil skal karakteriseres er, hvor tekstnær fortolkningen er. En fortolkning, der ikke er særlig tekstnær, men som fører til en *indskrænkning* af tekstens anvendelsesområde, kan på den baggrund også kaldes »dynamisk«. Han peger på, at Højesterets fortolkningsstil i den forstand er »dynamisk« – forstået således, at fortolkningsstilen er restriktiv, men lige så lidt tekstnær, som danske jurister plejer at finde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning.

Op gennem 1990'erne har det danske juridiske fortolkningsfællesskab tilpasset sig en mere aktiv fortolkningsstil. Der er nu i højere grad en tendens både i retspraksis og i litteraturen til at antage, at domstolene i højere grad skal foretage en mere selvstændig vurdering af de krav, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention må antages at stille[276]. I hvert fald, hvor det ligger klart, at Den Europæiske Menne-

---

274. Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, bd. 1, s. 53.
275. Se Henrik Zahle: »Grundlovens menneskerettigheder. Sammenstød mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner« s. 361ff.
276. Se for eksempel Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne« og Jens

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 113 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skerettighedskonvention og den dertil knyttede retspraksis har betydning for udfaldet af sagen, skal domstolene inddrage disse retskilder. Såfremt der ingen praksis er, afhænger domstolenes aktivitet af, hvorvidt man med nogen sikkerhed kan sige, hvilke kriterier der vil indgå i en eventuel afgørelse ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Disse kriterier må så indgå i domstolenes afgørelse[277]. Endelig må det antages, at i den situation, hvor det ikke med sikkerhed kan fastslås, hvilket resultat Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol eventuelt ville komme til, da skal domstolene udvise tilbageholdenhed med selv at videreudvikle praksis[278].

Tilbageholdenheden gælder i særdeleshed, hvis retten skønner, at en bestemt afgørelse vil have indgribende betydning for den danske retstilstand eller væsentlige samfundsområder. I en sådan situation vil Højesteret overlade løsningen af konflikten til Folketinget og henvise til, at en generel afklaring må ske gennem lovgivning[279]. Denne løsningsmodel har støtte i forarbejderne til inkorporeringsloven.

4.3. Konklusion

Ved en sammenligning af henholdsvis de danske domstoles fortolkningsstil og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningstil træder det tydeligt frem, at de to organer skal forholde sig til en række af de samme temaer. Imidlertid er det også tydeligt, at prioriteringen af de forskellige hensyn er forskellig. Hvor hensynet til magtfordelingen mellem den dømmende magt og den lovgivende magt har medført en betydelig tilbageholdenhed hos de danske domstole, har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol prioriteret hensynet til staten lavere og hensynet til individet betydeligt højere. Da danske domstole for tiden tenderer til at bevæge sig retning af Den Europæiske

---

Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 64ff. Se også Jonas Christoffersen: »Højesteret og den Europæiske Menneskerettighedskonvention«. For så vidt angår retspraksis, se for eksempel UfR 1999, s. 1316 H.

277. Se hertil for eksempel Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«, især s. 8ff.

278. Se for eksempel Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«, der s. 9 anfører, at domstolene skal afstå fra »gætterier« om, hvad Menneskerettighedsdomstolen kan tænkes at nå frem til«. Se dog Eva Smidt: »Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strassbourgdomstolens praksis?«, hvor hun efterlyser en *mere* selvstændig rolle hos Højesteret.

279. Se for eksempel UfR 1994, s. 536 H og bet. 1220/1991, s. 197f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 114 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Menneskerettighedsdomstols linie, er grunden til en mere udvidende fortolkning lagt, også hos de danske domstole.

Opgaven i den kommende tid bliver for det danske juridiske fortolkningsfællesskab at tilnærme sig denne mere udvidende fortolkning under stadig hensyntagen til den danske holdning til magtfordelingsspørgsmålet.

4.4. Forvaltningens fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Forvaltningen fortolker også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Denne fortolkning er præget af den tilgang til fortolkningen, som det danske juridiske fortolkningsfællesskab i øvrigt har. Det står dog fast, at forvaltningen skal inddrage hensynet til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i udstedelsen af generelle retsregler, og når der træffes konkrete afgørelser. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal inddrages, hvor forvaltningen udøver et skøn (den såkaldte instruktionsregel[280]).

I Danmark træffes en del af de afgørelser, der vedrører retsforholdet mellem private, af forvaltningsorganer. Det er dog ikke muligt at foretage en samlet gennemgang af, hvordan forvaltningen fortolker Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Der er en række forvaltningsmyndigheder, der træffer afgørelser vedrørende retsforholdet mellem private (Civilretsdirektoratet, statsamterne, forskellige miljømyndigheder m.v.). Det er ikke muligt inden for rammerne af denne fremstilling at gennemføre en undersøgelse af alle disse forvaltningsmyndigheders fortolkningsstil.

Folketingets Ombudsmand har indsigt med forvaltningen. Hans udtalelser har endvidere vidtrækkende betydning for, hvordan forvaltningsretten udvikler sig[281], fordi påvirkningen fra ombudsmandsembedet kan trække forvaltningen i en bestemt retning[282]. Ombudsmands-

---

280. Se herom kapitel 3.
281. Hermed er ikke sagt, at der er lighed mellem forvaltningens og ombudsmandens fortolkningstil. Folketingets Ombudsmand kan muligt gå videre i inddragelsen og fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention end forvaltningen, se hertil den nuværende ombudsmand Gammeltoft-Hansen: »Human Rights and the National Ombudsman«.
282. Hans Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Kaj Larsen og Karsten Loiborg: »Forvaltningsret«, s. 36.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 115 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

embedets holdning til menneskeretlige spørgsmål er derfor af betydelig interesse for bedømmelsen af forvaltningens opfattelse af menneskerettighederne.

Folketingets Ombudsmands tilgang til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været præget af den almindelige udvikling i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, hvorefter der indtil for nyligt ikke har været tradition for at inddrage, endsige henvise til, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som argumentation for konkrete retlige vurderinger. Der har dog været sager, hvor ombudsmanden har anvendt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, også før inkorporeringen af konventionen[283].

Folketingets Ombudsmand inddrager også i dag Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som led i det retlige bedømmelsesgrundlag i forbindelse med stillingtagen til forvaltningens virksomhed[284].

4.4.1. Konklusion

Der kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at forvaltningsmyndighederne skal inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i afgørelser, der beror på et skøn. Det er dog ikke muligt at pege på en særlig fortolkningsstil, der specielt finder anvendelse for så vidt angår forvaltningsmyndigheder, i forbindelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

5. Sammenfattende konklusion

Ovenfor er beskrevet, hvilke udfordringer det danske juridiske fortolkningsfællesskab står overfor – og som man er begyndt at tage hul på – nemlig en velformuleret fortolkningstrategi fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og andre fortolkningsfællesskaber, som det danske juridiske fortolkningsfællesskab må forholde sig til. Disse forhold er ikke noget, der kun dækker denne afhandlings emne, men som vil gøre sig gældende i mange sammenhænge vedrørende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Som det fremgår, er der mange faktorer, der kan spille ind, når

283. Se herom bet. 1220/1991, s. 79ff.
284. Se Hans Gammeltoft-Hansen og Jon Andersen: »Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden«, særligt s. 383 og bet. 1407/2001, s. 63ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 116 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

afhandlingens problemstilling skal drøftes. For at beskrive helheden må de enkelte »stemmer« i diskussionen trækkes frem i lyset. Alle stemmer kan dog ikke få en lige fremtrædende plads i fremstillingen.

For at tage højde for de pluralistiske aspekter af problemstillingen fremstilles først tysk ret. I det tyske juridiske fortolkningsfællesskab blev overvejelserne om anvendelse af menneskerettigheder mellem private tidligt udtrykt – det var dog ikke Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, drøftelserne først drejede sig om, men menneskerettighederne i den tyske forfatning, Grundgesetz. På et tidspunkt gled denne diskussion over i, hvad man kunne kalde det transnationale fortolkningsfællesskab. Herfra fortsatte den blandt andet ind i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. I overensstemmelse med denne rejserute fremstilles i det følgende først tysk rets holdning til spørgsmålet, dernæst hvad man kunne kalde den internationale holdning, og til sidst beskrives, hvordan dansk ret har forholdt sig til spørgsmålet.

Samtidigt med fremstillingen af de forskellige fortolkningsfællesskabers holdning til spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private skal der også tages højde for de forskellige fortolkningsmæssige særpræg, som er berørt ovenfor.

Endelig skal fremstillingen inddrage de forskellige stemmer, der hver lyder i de forskellige fortolkningsfællesskaber, som de kommer til udtryk i teorien og retspraksis.

Dette sker i de følgende kapitler.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 117 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 5

Det tyske fortolkningsfællesskab – »Drittwirkung«

1. Indledning

1. »Die grundrechte sind in erster linie Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat; in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich aber auch eine objektive Wertordnung, die als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.
2. Im bürgerlichen Recht entfaltet sich der Rechtsgehalt der grundrechte mittelbar durch die privatrechtlichen Vorschriften. Er ergreift vor allem bestimmungen zwingenden Charakters und ist für den Richter besonders realisierbar durch die Generalklauseln.
3. Der Zivilrichter kann durch sein Urteil Grundrechte verletzen (§ 90 BVerfGG), wenn er die Einwirkung der Grundrechte auf das Bürgerliche Recht verkennt. Das Bundesverfassungsgericht prüft zivilgerichtliche Urteile nur auf solche Verletzungen von Grundrechten, nicht allgemein auf Rechtsfehler nach«.

1. Grundrettighederne er i første række afværgerettigheder, som borgeren har over for staten; men i forfatningens grundrettighedsbestemmelser indeholdes også en objektiv værdifastsættelse, som gælder for alle rettens områder som forfatningsretligt beslutningsgrundlag.
2. I den borgerlige ret udfolder grundrettighedernes retsindhold sig indirekte gennem de privatretlige forskrifter. Det (det vil sige retsindholdet) påviser den tvingende karakter af alle bestemmelserne og kan i særlig grad realiseres af dommeren gennem generalklausulerne.
3. Civildommeren kan med sin dom krænke grundrettighederne (§ 90 i den tyske forfatning), hvis han miskender grundrettighedernes indvirkning på den borgerlige ret. Forfatningsdomstolen efterprøver kun civilretlige domme for så vidt angår sådanne krænkelser, og ikke for så vidt angår generelle rettergangfejl. (Min oversættelse).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 118 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

En dom[285] – Lüth-dommen – med blandt andet dette indhold blev afsagt af den tyske forfatningsdomstol i 1958. På dette tidspunkt havde spørgsmålet om, hvorvidt forfatningens grundrettigheder kunne have betydning for retsforholdet mellem private, været et tema i nogle år[286]. Ved dommen fastslog forfatningsdomstolen, som det fremgår, at grundrettighederne i Tysklands forfatning kan have betydning for retsforholdet mellem private. Diskussionen af denne opfattelse foregår i det tyske fortolkningsfællesskab i reglen under overskriften »Drittwirkung«. Det er dette begreb og nogle af de overvejelser, det giver anledning til i tysk ret, der er emnet for dette kapitel.

Hensigten med dette kapitel er således at give en beskrivelse af den diskussion, der knytter sig til drittwirkungsbegrebet i tysk ret, til brug for en øget forståelse af de følgende kapitler om begrebet i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Tanken er at beskrive, hvordan et juridisk fortolkningsfællesskab – det tyske – har forholdt sig til en problemstilling, der ligner den, som behandles i denne afhandling. Det er nemlig påfaldende, at de samme problemstillinger, som er drøftet i det tyske fortolkningsfællesskab, går igen i diskussionerne, når menneskerettighedernes anvendelse mellem private diskuteres i andre fortolkningsfælleskaber.

Diskussionen om anvendelse af forfatningsretlige normer til løsning af retlige konflikter mellem private har været ført i en række lande, både i Europa, for eksempel Frankrig[287], Holland[288] og Østrig, men også i lande uden for det europæiske fortolkningsfællesskab, for eksempel USA og Japan[289].

Baggrunden for, at netop det tyske fortolkningsfællesskabs opfattelse er interessant, er blandt andet, at der er grund til at tro, at tysk ret i et vist omfang har været inspiration for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols opfattelse af problemet.

---

285. 7 BVerfGE 198 (Forfatningsdomstolens dom af 15. januar 1958) – »Lüth-dommen«.
286. Se for eksempel Günter Dürigs artikel »Frizügigkeit«, især s. 525, og Franz Laufkes artikel »Vertragsfreiheit und Grundgesetz«, begge med henvisninger til en meget righoldig litteratur om spørgsmålet. Artiklerne er fra henholdsvis 1954 og 1956.
287. Se kort Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1515 og s. 1533ff.
288. Se for litteratur herom note 6 hos Marc-André Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«.
289. Michael J. Horan: »Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships Between Individuals«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 119 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Vest-Tyskland begyndte tidligt at føre en teoretisk og praktisk diskussion om menneskerettighedernes eventuelle anvendelse mellem private. Det er vanskeligt at påvise, hvor en bestemt tanke kommer fra, men ser man på den diskussion, der er ført i det transnationale juridiske fællesskab, er det nærliggende at forestille sig, at inspirationen for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol til at overveje anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i forholdet mellem private i hvert fald til dels kommer fra den tyske diskussion om spørgsmålet[290].

Dette støttes også af den terminologi, der anvendes også i den transnationale diskussion. Teoretikere fra denne kreds af jurister anvender for eksempel jævnligt ordet »Drittwirkung« i artikler om fænomenet[291]. Da den tyske terminologi således er »gledet ind« i sproget i denne transnationale kreds – og som vi skal se, ind i det danske juridiske fortolkningsfællesskab – er det naturligt at undersøge netop dette retssystem.

Hertil kommer, at der er grund til at tro, at tysk ret også fortsat vil være en inspirationskilde for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Endelig er der grund til at inddrage det tyske fortolkningsfællesskabs overvejelser, fordi en del af de drøftelser, det tyske juridiske fortolkningsfællesskab har haft om Drittwirkung, anslår temaer, der også gør sig gældende i diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige konflikter mellem private i dansk ret.

Det er ikke tanken med dette kapitel at give en udtømmende beskrivelse af tysk rets – komplicerede – opfattelse og diskussion af drittwirkungsbegrebet[292]. Derfor er der til dels anvendt sekundær litteratur.

---

290. Se også Andrew Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 179ff., der gør opmærksom på, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan være inspireret af den tyske diskussion.
291. At begrebet »Drittwirkung« var kendt i det juridiske fællesskab med tilknytning til konventionsorganerne ses for eksempel hos Marc-André Eissen, der i note 42 til »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« henviser til diskussionen i det tyske juridiske fællesskab, ligesom han refererer til begrebet Drittwirkung. Artiklen er fra 1962. Marc-André Eissen var på det tidspunkt »Deputy Secretary« for Menneskerettighedskommissionen.
292. Se for litteratur om emnet Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1512f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 120 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Der er således ikke tale om et komparativt studie i egentlig forstand[293], men snarere om at foretage et strejftog ind i tysk ret med henblik på at kaste lys på den hjemlige diskussion.

Diskussionen i det tyske fortolkningsfællesskab kan ikke overføres direkte til den danske drøftelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret. Den tyske diskussion handlede oprindeligt om Drittwirkung af forfatningen, mens de problemer, der knytter sig til anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige konflikter mellem private, på grund af konventionens folkeretlige status har en anden karakter[294].

Hertil kommer, at det tyske fortolkningsfællesskab har og i lang tid har haft en anden tilgang til begrebet »menneskerettigheder« eller grundrettigheder end den, der har været fremherskende i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. Dette betyder, at jurister fra det danske juridiske fortolkningsfællesskab ikke får de samme associationer – ikke aktiverer samme erfaringer – ved fremstilling af de samme problemer[295]. Også dette forhold gør, at det tyske fortolkningsfællesskabs opfattelser og erfaringer ikke kan anvendes direkte i dansk ret.

Hensigten med dette kapitel er derimod at bruge drittwirkungsdiskussionen til at pege på nogle paralleller, for så vidt angår de retlige figurer i diskussionerne.

Herudover er der grund til at opholde sig ved den tyske diskussion, fordi det forhold, at den tyske diskussion har været inspirationskilde for diskussionen om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private, måske har ført til nogle af de terminologiske problemer, diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige konflikter mellem private i dansk ret, har måttet affinde sig med.

---

293. Se hertil Michael Bogdan: »Komparativ rättskunskap«, s. 19ff., der vil holde »rena studier av positiv utländsk rätt« uden for den »komparativa rättskunskapens ramar«.
294. Henrik Zahle anfører således i «Dansk forfatningsret«, bd. 3, s. 30, at selv for diskussionen om anvendelse af grundlovens bestemmelser mellem private er tysk rets diskussioner ikke »uden videre relevant for dansk ret« på grund af forskelle i litteratur og grundlovsbestemmelsers udformning. Se også Andrew Clapham: » Human Rights in the Private Sphere«, s. 181, hvor det anføres, at »Drittwirkung is not helpful at the international level«.
295. Jf. det i kapitel 2 anførte om juridisk forforståelse.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 121 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Gør man sig altså blot klart, at der er de nævnte begrænsninger, kan den tyske diskussion kaste et konstruktivt lys på diskussionen.

Kapitlet omhandler kun tysk rets opfattelse af drittwirkungsbegrebet i relation til den tyske forfatning. I betragtning af den omfattende diskussion i tysk ret af drittwirkungsbegrebet i relation til forfatningen, har det været et naturligt emne for diskussion, hvorvidt der kunne være Drittwirkung af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det er dog mest nærliggende at drøfte denne del af den tyske drittwirkungsdiskussion i sammenhæng med øvrig teori om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private, og det behandles derfor i kapitel 6.

2. Tysk forfatningsret

2.1. Grundlæggende bestemmelser i den tyske forfatning

For at kunne præsentere tysk rets opfattelse af drittwirkungsbegrebet er det nødvendigt først at gøre rede for nogle få karakteristiske forhold ved tysk forfatningsret.

Den tyske forfatning, Grundgesetz[296] (GG), er blevet til under indtryk af grusomhederne op til og under 2. verdenskrig[297]. Derfor lægges der ganske særlig vægt på menneskerettighederne, som under betegnelsen »Grundrechte« er placeret som det allerførste i den tyske forfatning. Bestemmelserne indledes med en overordnet bestemmelse om menneskets værdighed, og har og har haft langt større betydning for udviklingen af tysk ret, end den danske grundlov har haft for dansk ret. Der er en omfattende teori knyttet til GG, ligesom dens bestemmelser belyses af en udførligt begrundet retspraksis.

Domstolenes opbygning i Tyskland er anderledes end i Danmark. Der er ingen samlet domstols-opbygning i Tyskland; domstolenes kompetence er sagligt opdelt i retter, der beskæftiger sig med arbejdsret, socialret m.v., jf. GG art. 95[298]. Civile retssager og straffesager kører i et derfra adskilt system. Forfatningsdomstolen[299] beskæftiger sig pri-

---

296. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland af 23. maj 1949, senest ændret 16. juli 1998. Jeg har anvendt 35. naubearbeitete Auflage, udgivet af Deutscher Taschenbuch Verlag, Verlag C.H. Beck, München, 15. august 1998.
297. Om tilblivelsen, se for eksempel Frowein, s. 20ff., og Hesse, s. 35ff., i Ernst Benda, Werner Maihofer og Hans-Jochen Vogel: »Handbuch des Verfassungsrecht«, bd. 1.
298. Baur/Walter: »Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland, s. 151.
299. Se om domstolens sammensætning: GG art. 94, Henning Koch: »Dommerret – om

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 122 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mært[300] med to slags sager af interesse for denne fremstilling: konkret[301] og abstrakt normkontrol og konkrete klagesager fra borgerne (Verfassungsbeschwerde), jf. GG art. 93. Forfatningsdomstolen kan prøve, om love er i overensstemmelse med forfatningen, og kan reagere med forskellige grader af tilsidesættelse af loven, såfremt domstolen finder uoverensstemmelse med forfatningen.

I modsætning til den danske Højesteret er den tyske forfatningsdomstols kompetence sagligt begrænset til stort set kun at beskæftige sig med forfatningsspørgsmål, jf. GG art. 93; der altså ikke tale om en »øverste instans«, der kan prøve alle retsspørgsmål på samme måde som den danske Højesteret.

Alligevel har forfatningsdomstolen altså, som det fremgår i indledningen til dette kapitel – i særlige tilfælde – følt sig kompetent til at beskæftige sig med privates retsforhold til hinanden som et forfatningsmæssigt spørgsmål.

Private kan indgive klage til forfatningsdomstolen, hvis de finder deres konstitutionelle rettigheder krænkede. Herudover har en række statslige organer (Bundestag, Bundesrat og de lavere domstole) i visse situationer mulighed for/pligt til at indbringe forfatningsmæssige spørgsmål for forfatningsdomstolen.

Reglen om privates klageadgang findes nu i GG art. 93, stk. 1, litra 4a, og har følgende ordlyd:

> »Das Bundesverfassungsgericht entscheidet: …
>
> über Verfassungsbeschwerden, die von jedermann mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte … verletzt zu sein.«[302]

---

forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland« samt Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 20ff.

300. Se om forfatningsdomstolens kompetence og antallet af sager Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 10ff.
301. Se herom Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 13.
302. »Forfatningsdomstolen træffer afgørelse: … om forfatningsklager, som kan rejses af enhver med den påstand, at en af den pågældendes grundrettigheder er blevet krænket af det offentliges magtudøvelse«. (Min oversættelse).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 123 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Bestemmelsen forudsætter således, at »Verfassungsbeschwerde« kun indgives, hvis krænkelsen er sket ved en offentlig myndigheds magtudøvelse. Denne offentlige myndighed kan også være en domstol, jf. GG art. 1, stk. 3.

Forfatningsdomstolen spiller en langt større rolle i Tyskland for fortolkningen af forfatningsspørgsmål, end Højesteret har spillet for grundlovsfortolkning i Danmark. Dette gælder således også udviklingen af grundrettighederne.

2.2. Fortolkning af GG[303]

GG bygger dels på den klassiske liberalistiske tanke, dels på socialstatslige værdier. Hertil kommer, at GG bevidst bygger på bestemte (naturretlige) værdier; på grund af rædslerne op til og under 2. verdenskrig tog de tyske jurister ved skabelsen af GG afstand fra den positivistiske ånd, der havde hersket under Weimarer-forfatningen, og inddrog i højere grad moralske betragtninger i den retlige argumentation[304]. Det er således ikke tilfældigt, at GG art. 1, stk. 2, anfører, at det tyske folk »bekennt sich ... zu unverletzlichen unveräusserlichen Menschenrechten ...«[305]. Ved at formulere sig således, at det tyske folk »bekender sig« til menneskerettighederne, angives, at menneskerettighederne eksisterer før – og uafhængigt af – forfatningen.

Fortolkningen af tysk forfatningsret hviler ikke blot på ordlyden af GG, men også på en forudsætning om, at GG er udtryk for nogle grundlæggende værdier (jf. også Lüth-dommen, hvor der tales om »objektive Wertordnung«). Domstolene spiller en betydelig rolle for udviklingen af forfatningen og har en langt mere fri tilgang til forfatningsfortolkning, end de danske domstole traditionelt har haft[306].

Tysk ret har således en langt mere veludviklet tradition for analyse af forfatningen[307], end Danmark har haft. Måske derfor – og vel også på

303. Den følgende gennemgang er baseret på Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 30ff.
304. Se om baggrunden for GG blandt andet Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 4ff.
305. »bekender sig ... til ukrænkelige umistelige menneskerettigheder ...«. (Min oversættelse).
306. Henning Koch anfører i »Dommerret – om forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland« nogle eksempler herpå.
307. Se som eksempel Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 49.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 124 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

grund af forfatningens baggrund i rædslerne under 2. verdenskrig – har man også der gjort sig langt flere overvejelser om, hvilke mål forfatningen skal tjene. Forfatningen hviler på en række grundlæggende principper; blandt andet Socialstaatslichkeit og Rechtsstaatlichkeit[308]. I princippet om Socialstaatslichkeit ligger et krav om social retfærdighed, således at den tyske regering teoretisk har pligt til at sørge for basale fornødenheder for alle tyskere. I princippet om Rechtstaatslichkeit ligger blandt andet kravet om magtens tredeling og krav om, at Tyskland skal have karakter af retsstat, der overholder blandt andet legalitetsprincippet – dog stadig således som dette fortolkes under henvisning til de værdier, der betragtes som givet i forfatningen, herunder menneskerettighederne. Disse principper er styrende for domstolens fortolkning af forfatningen.

Fortolkningen af forfatningen bygger i det væsentligste på den juridiske metode, man også kender i Danmark – dog spiller forarbejder ikke den store rolle for tysk forfatningsfortolkning[309]. Teleologisk fortolkningsmetode anvendes derimod, blandt andet til inddragelse af de ovennævnte, underliggende værdier. Dette indebærer naturligvis en altid tilstedeværende konflikt mellem på den ene side en meget bogstavtro fortolkning og på den anden side en fortolkning, som nogle vil kalde politisk. Denne konflikt kendes fra al forfatningsfortolkning, men den tyske forfatningsdomstols spillerum er videre, end det spillerum, det danske fortolkningsfællesskab er vant til at indrømme de danske domstole[310]. Naturretlige overvejelser har i visse tilfælde spillet en rolle for afgørelser ved forfatningsdomstolen[311].

Forfatningsdomstolen lægger videre vægt på et helhedsprincip ved fortolkningen af GG; tidligere dommer ved forfatningsdomstolen, Leibholz, har således udtalt[312], at forfatningsdomstolen »holds that each constitutional clause is in a definite relationsship with all other clauses,

---

308. Se hertil blandt andet Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 34ff.
309. Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 42f.
310. Se for eksempler Henning Koch: »Dommerret – om forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland«.
311. Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 47f.
312. Citeret efter Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 45.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 125 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

and that together they form an entity«. Fortolkningen af en bestemmelse skal altså ske på en sådan måde, at der er bedst overensstemmelse mellem bestemmelsen og hele forfatningen. I tilknytning til dette princip fortolkes GG på en sådan måde, at såfremt flere værdier, der alle er beskyttet af GG, er i konflikt med hinanden, skal der ske en afvejning, således at værdierne begge beskyttes bedst muligt[313].

Herudover anvender forfatningsdomstolen et proportionalitetsprincip i sine afgørelser[314]. Heri ligger et krav om, at de midler, som staten bruger, skal være egnede til at opnå et legitimt formål, at disse midler må være valgt, så de har den mindst indgribende virkning overfor en forfatningsbeskyttet værdi, og at midlerne skal være proportionale set i forhold til det formål, der ønskes opnået.

Herudover opererer forfatningsdomstolen med en række objektive værdistandarder, hvoraf respekten for den demokratiske samfundsorden er den vigtigste[315].

En følge af disse objektive værdistandarder er, at forfatningsdomstolen ikke blot har set de værdier, der er nedlagt i forfatningen som negative rettigheder, men også som normer, der konstituerer en positiv pligt for staten til at medvirke aktivt til realisationen af disse værdier. En forståelse, som det danske juridiske fællesskab med Ross i spidsen længe overlod til andre fortolkningsfællesskaber.

Som man vil se, er der mange lighedspunkter mellem den tyske forfatningsdomstol og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol med hensyn til fortolkningsstil[316]. Det gælder både forholdet til forarbejder, formålsfortolkningen, fortolkningen af GG/Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som et hele, herunder foretagelsen af en afvejning mellem konfliktende værdier, der begge er indeholdt i retsgrundlaget, proportionalitetsprincippets anvendelse og understregningen af den demokratiske samfundsordens vigtighed.

Tanken er nærliggende, at Bundesverfassungsgericht har været inspirationskilde for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på en

---

313. Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 45f.
314. Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 46.
315. Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, s. 47.
316. Se nærmere om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil kapitel 4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 126 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

række områder – eller at de to domstole, forfatningsdomstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, har inspireret hinanden gensidigt.

2.3. Drittwirkung af GG

Ved udarbejdelsen af GG lige efter 2. verdenskrig[317] er det tvivlsomt, om ophavsmændene til GG antog, at de grundrettigheder, der er indeholdt i GG, skulle have betydning mellem private[318]. Men allerede før den dom, der refereres til indledningsvis i dette kapitel, og som i 1958 fastslog en vis anvendelse af GG's grundrettigheder mellem private, havde diskussionen om emnet dog stået på i en del år[319]. Diskussionen var vistnok præget af den naturretlige tilgang, en del tyske jurister var blevet sporet ind på i kølvandet på nazitiden, hvor det ikke kun var staten, der havde krænket de mest grundlæggende rettigheder, men også private aktører, der foranstaltede krænkelserne[320].

Emnet præsenteres i tyske forfatningsretlige fremstillinger gerne med den indledende forudsætning, at udgangspunktet er, at staten er bundet af GG's grundrettigheder, og at det er et omstridt spørgsmål, om grundrettighederne også finder anvendelse i rent privatretlige forhold mellem borgerne. Hertil kommer så spørgsmålet om, på hvilken måde dette – såfremt grundrettighederne kan anvendes mellem private – kan ske og i hvilket omfang[321].

Det principielle problem består i, at borgerne er grundrettighedsrettighedssubjekter, hvilket rejser et problem i den situation, hvor en privat i en konflikt med en anden privat påberåber sig grundrettighederne. Den enes udøvelse af sine grundrettigheder kan under disse omstændigheder føre til, at den andens rettigheder indskrænkes. Her-

317. Se herom for eksempel Dieter Hesselberger: »Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung«, s. 21ff.
318. Se hertil Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1520f.
319. Formentlig siden 1949; se Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1522f. Se for litteraturhenvisninger til den meget tidlige diskussion, samme, s. 1518f. Derimod er det omtvistet, hvorvidt Drittwirkung var et emne for diskussion før 2. verdenskrig, se hertil samme, s. 1515ff.
320. Se herom Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1529.
321. Se for eksempel Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1511f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 127 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ved pålægges en borger pligter efter grundrettighederne. Dette er ikke et problem, man kender, når en borger står overfor en stat, for her er det netop meningen, at grundrettighederne skal udgøre en indskrænkning i statens kompetence[322].

Et andet problem ved anvendelsen af grundrettighederne mellem private er risikoen for at gribe ind i den autonomi, der er grundlaget for privatretten. Aftalefriheden giver netop mulighed for frit at aftale indskrænkninger i forhold til de rettigheder, den enkelte ellers ville have, og denne frihed er udsat for at blive indskrænket, hvis grundrettighederne kan anvendes mellem private. Sædvanligvis accepteres indskrænkninger i grundrettighederne ikke, hvilket betyder, at problemstillingen også påvirker spørgsmålet om bevaring af balancen mellem private i privatretlige forhold.

Problemet drøftes i tysk ret under forskellige titler; »Drittwirkung der Grundrechte«, »Horizontalwirkung«[323], eller der tales om, at grundrettighederne har en »Ausstrahlungswirkung« (»udstråling«)[324] på privatretten.

2.3.1. Direkte eller indirekte virkning?

Diskussionen i tysk ret om Drittwirkung var tidligere centreret om to teoretiske retninger; dels en teori om grundrettighedernes umiddelbare (direkte) virkning, dels en teori om grundrettighedernes middelbare (indirekte) virkning[325]. Forskellen på de to teorier går på spørgsmålet om, hvorvidt grundrettighederne i sig selv kan anvendes mellem private eller om det kræver et »mellemled« i form af for eksempel en generalklausul.

Ved grundrettighedernes indirekte virkning forstås grundrettighedernes funktion som »wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts«[326] – det vil

322. Se for eksempel Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1513.
323. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1513.
324. Se for eksempel Robert Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 477ff. Begrebet anvendes også i dommen 7 BVerfGE 198.
325. Se hertil for eksempel Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1531ff. og 1538ff. Den følgende gennemgang bygger i vidt omfang på Sterns gennemgang af drittwirkungsproblemet.
326. Sterns formulering s. 1543 i Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 128 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

sige, at grundrettighederne er egnede til og nødvendige for, at begreber og generalklausuler i privatretten udfyldes med de værdier, der følger af grundrettighederne. Der er altså tale om en slags fortolkningsregel, der gør, at privatretlige normer, og først og fremmest generalklausulerne, skal fortolkes i lyset af de værdier, der følger af grundrettighederne[327]. Endvidere diskuteres, om grundrettighederne kan anvendes mellem private, hvis der er et decideret »hul« i lovgivningen, hvor privatretten ikke regulerer den opståede konflikt[328].

Teorien skal ses i sammenhæng med, at tysk ret inden for formueretten har en række generalklausuler, der begrænser aftalefriheden, for eksempel Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 138, hvorefter »Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig«[329] (»En retshandel, der strider mod god forretningsskik, er ugyldig« – min oversættelse) og BGB § 157, hvorefter »Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern« (»Aftaler skal fortolkes således som tro og love kræver med hensyn til skik og brug« – min oversættelse).

Efter denne teori om indirekte virkning kan grundrettighederne ikke finde anvendelse mellem private uden, at for eksempel en generalklausul anvendes som indgang herfor. Kun via en generalklausul kan grundrettighederne »kanaliseres« over i privatretten.

Tilhængere af denne teori finder, at den bedst bevarer privatrettens selvstændige egenart med dens betoning af den private autonomi. Forfatningens grundrettigheder bliver en slags korrektiv til de privatretlige normer.

Ved grundrettighedernes direkte virkning forstås derimod, at grundrettighederne kan skabe en rettighed, en pligt eller på anden måde en regulering af retsforholdet mellem private – uden mellemkomst af et andet reguleringsgrundlag. Efter denne teori er det ikke nødvendigvis alle, men kun nogle, grundrettigheder, der har denne virkning. Hvilke grundrettigheder, der har en sådan virkning, må afgøres efter en konkret vurdering.

---

327. Se også hertil Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1556f.
328. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1558.
329. Citeret efter Fritz Baur og Gerhard Walter: »Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland«, s. 23.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 129 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Denne teori, hvis opfattelse giver grundrettighederne et meget absolut præg, har peget på, at det forhold, at anvendelse af grundrettighederne i privatretten vil kunne føre til indskrænkninger i den private autonomi, betyder, at retten til privat autonomi skal afvejes overfor (andre) grundrettigheder. I afvejningen skal proportionalitetsprincippet spille en rolle. Således skal muligheden for at give afkald på grundrettigheder i den private autonomis navn kunne begrænses i højere grad, hvor en privat står overfor en anden privat, der besidder en særlig magtposition. Hvis parternes magtposition er ensartet, skal det dog ikke være muligt fuldstændigt at opgive sin grundrettighed, eller at opgive det, der opfattes som grundrettighedens kerne.

Denne afvejning skal tage højde for den kritik, der kan rejses af det meget absolutte drittwirkungsbegreb; kritikken peger blandt andet på, at privatretten hviler på regler, der skal afbalancere en eventuel ulighed mellem private kontraktsparter, og at denne balance kan forrykkes, hvis grundrettighederne overføres til privatretten[330]. Tilsvarende peges på, at lovgiver er den nærmeste til at sikre denne balance i lovsform, hvorved dommere i civilretlige sager kan nøjes med at henholde sig til lovgivningen.

Som nævnt i indledningen afsagde den tyske forfatningsdomstol i 1958 en dom – Lüth-dommen – hvor princippet om Drittwirkung skinnede igennem[331].

> I sagen opfordrede klageren, formand for Hamborg Presseklub, offentligt til boykot af drejebogsforfatteren Veit Harlans nye film, som var indspillet af filmselskabet »Domnick-Film-Produktion GmbH«. Baggrunden for opfordringen var, at Veit Harlan under nazitiden havde været drejeborgsforfatter og regissør blandt andet på filmen »Jud Süss«. Domnick-Film-Produktion GmbH fik nedlagt fogedforbud, hvorefter det var klageren forbudt at opfordre filmforevisere og filmudlejere til ikke at optage Veit Harlans nye film i programmet, ligesom det var ham forbudt at opfordre det tyske publikum til ikke at se filmen. Ved forbuddets udstedelse lagde retten blandt andet vægt på, at klageren ved sin opfordring til

330. Se hertil for eksempel Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1554.
331. 7 BVerfGE 198.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 130 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> boykot påførte filmselskabet økonomisk skade, hvilket var i strid med en generalklausul i BGB. Klageren indgav »Verfassungsbeschwerde« over denne dom, hvor han påberåbte sig GG art. 5 om ytringsfrihed. Forfatningsdomstolen gav ham – med den begrundelse, der citeres fra i indledningen til dette kapitel – medhold i, at forbuddet krænkede hans ret til ytringsfrihed, og ophævede forbuddet.

Som det fremgår, lægger dommen sig mest op ad teorien om indirekte Drittwirkung[332], idet GG art. 5 blev anset anvendelig derved, at generalklausulen dannede »indgang« til privatretten for forfatningsretten.

Herefter har forfatningsdomstolen i en række tilfælde taget stilling til sager, der indebærer Drittwirkung[333]. Tendensen har været i retning af den indirekte Drittwirkung.

Spørgsmålet er dog, hvor stor forskel der egentligt er på de to retninger. Resultatet er i hvert fald for begge retninger, at grundrettighederne kan anvendes i et eller andet omfang til løsning af retlige konflikter mellem private[334].

I dag ser den tyske teori mere nuanceret på spørgsmålet om anvendelse af grundrettighederne mellem private. Når opdelingen i direkte og indirekte Drittwirkung skal nævnes, skyldes det, at teorien stadig optræder i sammenhænge uden for tysk ret, og dér har fået en anden betydning, end den betydning, den var tillagt i tysk ret[335]. Denne »transnationale« afsmitning fra det tyske juridiske fortolkningsfællesskab til andre juridiske fortolkningsfællesskabers rubricering af det retlige problem »anvendelse af menneskerettigheder mellem private« behandles i kapitel 10.

---

332. Således også Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1547, der videre anfører, at Bundesverfassungsgericht har videreført denne praksis, ligesom det civilretlige system har fulgt den.
333. Se blandt andet 12 BVerfGE 113 (Der Spiegel), der handlede om retten til et modsvar overfor beskyldninger rejst i pressen, og 25 BVerfGE 256 (Blinkfüer), der handlede om Springer-Verlags opfordring til boykot af bladet »Blinkfüer«. Se også Currie: »The Constitution of the Federal Republic of Germany«, s. 181ff. med gennemgang af retspraksis, samt Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 221ff.
334. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1550.
335. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 17f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 131 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.3.2. En mere nuanceret teori[336]

Fokus har med tiden flyttet sig fra den rigoristiske opdeling, som de ovenforanførte teorier indebar, til en mere differentieret holdning. Der er i dag i tysk ret forskellige måder at beskrive anvendelsen af GG til løsning af retlige konflikter mellem private.

Anvendelsen af grundrettighederne mellem private kan udlægges som et udtryk for den grundsætning, som tysk forfatningsret hviler på, og som er anført i GG art. 1, stk. 1, 2. pkt[337].

GG art. 1, stk. 1, har følgende ordlyd:

> »Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt«[338].

Af denne bestemmelses 2. pkt. kan udledes en generel beskyttelsespligt i relation til grundrettighederne. Denne beskyttelsespligt gælder for »alle Bereiche des Rechts, also auch für das Verhältnis der Privatrechtssubjekte zueinander«[339].

En anden teori antager med udgangspunkt i GG art. 1, stk. 3, at grundrettighederne allerede på baggrund af ordlyden af denne bestemmelse må gælde på det private retsområde.

Bestemmelsen har følgende ordlyd:

> »Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht«[340].

Argumentet er, at når forfatningens grundrettigheder er bindende for den dømmende magt som umiddelbart gældende ret, følger det direkte

---

336. Den følgende gennemgang sker primært med basis i Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1548ff.
337. Se hertil Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1560ff.
338. »Menneskets værdighed er ukrænkelig. At respektere og beskytte denne er en forpligtelse for al statslig magtudøvelse« (min oversættelse).
339. »alle retsområder, altså også for forholdet mellem privatretssubjekter til hinanden« (min oversættelse), jf. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1560.
340. »De følgende grundrettigheder binder lovgivning, udøvende magt og retspraksis som umiddelbart gældende ret« (min oversættelse).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 132 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

af bestemmelsen, at den dømmende magt skal anvende grundrettighederne også i privatretten. Hvis ikke den dømmende magt anvender grundrettighederne også i konflikter mellem private, forsynder domstolen sig mod GG art. 1, stk. 3, idet det må henregnes til statens ansvar, at en privat har mulighed for at krænke en anden privats grundrettigheder, uden at den dømmende myndighed griber ind[341].

Disse enkle forklaringsmodeller må anses for forladt i tysk ret i dag[342], hvor de har veget scenen for teorier, der er mere komplekse, og som forsøger at forene elementer fra de teorier, der er drøftet ovenfor. Ikke desto mindre er det i et vist omfang disse teorier, der sætter dagsordenen også i dag, når spørgsmålet Drittwirkung drøftes i tysk ret.

To forfattere Alexy og Stern skal nævnes her med deres bud på en mere nuanceret teori.

2.3.2.1. Alexy's argumentation[343]

Ved behandlingen af Dritttwirkungsproblemet tager Alexy udgangspunkt i den forskel, der er på situationen, hvor grundrettighederne anvendes i en konflikt mellem staten og en borger, og situationen, hvor de anvendes i en konflikt mellem to borgere. I den første situation er der tale om en konflikt mellem en berettiget i forhold til grundrettighederne og en forpligtet. I den anden situation er der tale om en konflikt mellem to, der begge er berettigede i forhold til grundrettighederne[344].

Hovedpunkterne i Alexys teori er, at der er flere niveauer, der gør sig gældende i drittwirkungskonstruktionen[345], nemlig

1. statens pligter
2. borgerens rettigheder overfor staten
3. retlige relationer mellem private

---

341. Teorien er blevet kritiseret for at være cirkulær; se for referat af kritikken Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1550ff.
342. Se for eksempel Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1562.
343. Alexy: »Theorie der Grundrechte«. Alexys teori er en meget detaljeret og vel gennemarbejdet teori. Det er kun muligt her at gøre stærkt forenklet rede for indholdet af teorien. Redegørelsen skal lægge op til senere diskussioner i afhandlingen, men prætenderer ikke at give en fuldstændig fremstilling af teorien – ligesom fremstillingen på ingen måde yder Alexys teori retfærdighed.
344. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 480.
345. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 484ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 133 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

De tre niveauer kan ikke indordnes i et indbyrdes hierarki, men må ses i vekselvirkning med hinanden. Udgangspunktet er dog statens pligt til at overholde grundrettighederne. Domstolene har efter forfatningsdomstolens retspraksis pligt til at anvende grundrettighederne, også ved fortolkningen af privatretten, som det følger af blandt andet den ovenfor citerede Lüth-dom. Ved vurderingen af det næste niveau – borgerens rettigheder overfor staten (og ikke overfor den anden borger i den privatretlige konflikt) – er spørgsmålet, hvilken slags rettighed den enkelte borger har overfor staten. På baggrund af retspraksis finder Alexy[346], at en dækkende konstruktion af begrebet Drittwirkung fås »wenn man ein Recht des Bürgers gegenüber dem Zivilrecht darauf annimmt, dass dieses dem grundrechtlichen Prinzip, das für die vom Bürger geltend gemachte Position spricht, im gebotenen Masse Rechtnung trägt. Wenn dies Recht verletzt ist, dann ist das Grundrecht verletzt, zu dem das jeweils einschlägige grundrechtliche Prinzip gehört«[347].

Dette er altså ikke et krav til selve resultatet af domstolens afgørelse, men et krav om, at det grundretlige princip, der taler til gunst for borgerens påstand, bliver taget i betragtning[348].

Dermed er man videre til det tredje niveau – retlige relationer mellem private. Her drejer det sig om at kvalificere den virkning, grundrettighederne kan have på retlige relationer mellem private – mens man dog stadigt husker på, at der er tale om rettigheder overfor staten – ikke overfor en anden borger i den privatretlige konflikt[349].

Forholdet kan derfor fremstilles således[350]: »Unter der unmittelbaren Drittwirkung ist … zu verstehen … (dass) aus grundrechtlichen Gründen bestimmte Rechte und Nicht-rechte, Freiheiten und Nicht-Freiheiten, Kompetenzen und Nicht-Kompetenzen in der Bürger/Bürger-Relation bestehen, die ohne diese Gründe nicht bestehen Würden«[351].

---

346. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 488.
347. »når man antager, at borgeren har en rettighed overfor civilretten på, at retten tager det grundretlige princip, der taler for den position, som borgeren har gjort gældende, i betragtning i fornødent omfang. Når denne rettighed er krænket, da er den grundrettighed krænket, til hvilken det til enhver tid gældende grundretlige princip hører« (min oversættelse).
348. Se også Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 489.
349. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 489ff.
350. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 490.
351. »Ved direkte Drittwirkung må man forstå, at på grund af grundrettighederne består der

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 134 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det forhold, at domstolen i den civilretlige sag skal inddrage grundrettighederne i vurderingen af sagen, kan altså føre til en ændret retsstilling for en af de private parter.

Efter Alexys opfattelse sætter denne fremstilling ikke privatretten ud af kraft; i civile sager skal dommerne stadig først og fremmest anvende privatretten. Hvis retten finder det nødvendigt at inddrage grundretlige normer til løsning af konflikten, påhviler der retten en »argumentationsbyrde« herfor[352]. Alexy opstiller dermed en norm, hvorefter anvendelse af privatretten er udgangspunkter, og anfører, at hvis denne norm skal fraviges, da kræver det særlige argumenter fra dommerens side.

I den forbindelse skal man huske på, at tysk ret bygger på en skarpere opdeling i civile domstole og offentligretlige myndigheder, end det kendes efter dansk ret. Det er derfor mere fremmed for tysk ret at inddrage offentligretlige normer i en civil sag. Til gengæld vil Forfatningsdomstolen primært se på forholdet fra en grundretlig synsvinkel, selvom der er tale om en civil sag. Et af diskussionspunkterne i Lüth-dommen fra 1958 var netop, om man overhovedet kunne indbringe en civil sag for Forfatningsdomstolen. Svaret var, som omtalt i indledningen til dette kapitel, bekræftende – på grund af den »objektive værdiordning«.

Med denne begrebsfastsættelse er der ikke taget stilling til, hvordan grænserne for den privatretlige autonomi indholdsmæssigt skal fastsættes. Dette bliver efter Alexys opfattelse i sidste ende et afvejningsspørgsmål[353].

Alexys tilgang til emnet Drittwirkung er blevet kritiseret, blandt andet for at lægge sig for tæt op ad teorien om den indirekte Drittwirkung[354].

Men sammenfattende peger teorien på noget essentielt; udgangspunktet er, at grundrettighederne ikke anvendes mellem private. Hvis denne norm med særlig argumentation fraviges, tilfører grundrettighederne retsforholdet mellem private »noget«, der ikke ville være der uden grundrettighedernes eksistens. Og dette »noget« skal inddrages i for-

---

bestemte rettigheder, ikke-rettigheder, friheder og ikke-friheder, kompetencer og ikke-kompetencer, i borger/borger-relationen, som, hvis disse grundrettigheder ikke var der, ikke ville bestå.« (min oversættelse).

352. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 492.

353. Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 491.

354. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1559.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 135 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tolkningen, hvis den dømmende og den udøvende magt tilstræber at overholde GG's krav.

2.3.2.2. Sterns argumentation[355]

Også Stern peger på behovet for at forklare anvendelsen af grundrettighederne i privatretten ved en mere differentieret teori.

Stern tager udgangspunkt i ovennævnte overvejelser om GG art. 1, stk. 3, hvorefter lovgiver er bundet af grundrettighederne både i den offentlige ret og i privatretten. Det primære ansvar for at gennemføre grundrettighederne påhviler således lovgiver[356]. På denne måde bliver det i første række lovgiver, der har ansvaret for, at grundrettighederne overholdes i privatretten, mens domstolenes anvendelse af grundrettigheder mellem private er undtagelsen. Lovgiver skal afveje de forskellige grundrettighedsfærer overfor hinanden. Lovgiver har dog et vist spillerum ved denne afvejning.

Den egentlige Drittwirkung opstår, når det ikke er lykkedes lovgiver at afveje rettighederne korrekt i privatretten[357]. I den situation har domstolene ansvaret for en løsning, der er i overensstemmelse med forfatningen, idet anvendelsen af privatretten skal ske i overensstemmelse med forfatningen[358].

Ved denne anvendelse må der sondres mellem forskellige tilfældegrupper[359].

For det første kan det følge udtrykkeligt af grundrettigheden selv, at private kan påberåbe sig denne overfor andre private. Et eksempel kan være GG art. 9, der beskytter foreningsfriheden. Art. 9, stk. 3, har følgende ordlyd:

> »Das Recht, zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe ge-währleistet. Abreden, die dieses Recht ein-

355. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1563ff.
356. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1567ff.
357. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1582ff.
358. Grunden til, at der i tysk teori fokuseres meget på domstolene og ikke særligt på forvaltningen, er, at en del af de opgaver, som danske forvaltningsmyndigheder varetager, i tysk ret er henlagt til domstole, hvilket især gælder opgaver, der regulerer forholdet mellem borgerne indbyrdes.
359. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1570ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 136 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> schränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Massnahmen sind rechtwidrig ...«[360].

Denne regel gælder umiddelbart privatretlige forhold, og den får især betydning i arbejdsretlige forhold. Det betyder, at alle – også organisationerne – er forpligtede af reglen. Deres forhold er direkte reguleret af denne grundrettighedsnorm, og de er adressater for normen.

Ikke alle bestemmelser medfører udtrykkeligt Drittwirkung. Trods dette kan de dog stadigt få virkning mellem private. Dette følger nemlig af GG art.1, stk. 1, 2. pkt., hvorefter det er en pligt for al statslig magtudøvelse at respektere og beskytte den menneskelige værdighed[361]. Af pligten udleder blandt andet Stern en pligt til at beskytte private mod andre privates indgreb i de ved GG tilsikrede grundrettigheder, idet statens beskyttelsespligt også indtræder, når krænkelsen udgår fra andre private – også selvom der ikke er en udtrykkelig virkning mellem private af den pågældende grundrettighed. Via GG art. 1, stk. 1, 2. pkt., kan den dømmende magt dermed i særlige tilfælde få indflydelse også på den private ret.

Udgangspunktet er således stadigt, at private ikke kan være forpligtede af grundrettighederne, som netop ikke har private, men kun den offentlige magtudøvelse som adressater. Imidlertid er retsgoderne beskyttede, uafhængigt af hvem der krænker dem. Beskyttelsen af retsgoderne er dermed absolut. Beskyttelsen består således ikke kun i relation til staten, men også til private. Set i sammenhæng med GG art. 1, stk. 3, betyder dette, at staten er forpligtet til at beskytte mod krænkelser af grundrettighederne uanset, hvem der krænker dem.

Måden, hvorpå denne beskyttelsespligt udmønter sig på dette område, beror på en konkret vurdering. Stern anfører[362], at »Die Ermittlung der Schutzgebote der Grund-rechtsnormen ist eine vielschigtige

---

360. »Retten til med henblik på sikring og fremme af arbejds- og erhvervsvilkår at danne foreninger, er garanteret for alle og for alle erhverv. Aftaler, der indskrænker eller søger at hindre denne ret, er ugyldige, og foranstaltninger rettet herimod er retsstridige« (min oversættelse).
361. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1573.
362. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1576. »Konstateringen af beskyttelsespåbuddet, for så vidt angår grundrettighedsnormerne, er en mangeartet fortolkningsopgave, der i forbindelse med de enkelte grundrettigheder kan falde fuldstændigt forskelligt ud« (min oversættelse).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 137 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Interpretationsaufgabe, die bei den einzelnen Grundrechten durchaus unterschiedlich auszufalles vermag«.

Endelig kan der blive tale om Drittwirkung, hvor der eksisterer ufuldstændig lovgivning eller »lovtomme rum«. I disse situationer kan dommeren udfylde dette »hul« med forfatningskonform fortolkning[363].

Generelt anfører Stern, at ved forfatningskonform fortolkning af privatretten skal dommeren foretage fortolkningen i overensstemmelse med det retsområde, dommen vedrører – dommeren skal ikke overføre forfatningsretten til privatretten[364].

Et særligt problem i den tyske ret er organisationer eller andre private, der, uden at de er offentlige myndigheder, er tillagt eller besidder betydelig magt i samfundet[365], for eksempel arbejdsgivere, (fag)foreninger, virksomheder, karteller m.v. Det er jo især i forhold til disse, der kan være argumenter for at beskytte grundrettighederne, al den stund, at disse magtfulde private kan besidde de faktiske midler til – på linie med staten – at krænke grundrettighederne. En del af begrundelsen for oprindeligt at begynde at diskutere spørgsmålet om Drittwirkung var netop disse magtfulde private. Diskussionen havde delvist sit udspring indenfor arbejdsretten[366].

En del af den tyske teori har derfor drøftet, om der er særlig grund til at anvende grundrettighederne mellem private, hvor den ene part har en særlig magtfuld status[367].

Stern tager afstand fra denne opfattelse ved at anføre, at diskussionen om disse magtfulde private stadig udgør en del af den almindelige drittwirkungsproblematik[368]. Den magt, disse magtfulde private besidder, kan ikke paralleliseres til statsmagtens magtudøvelse. Der består stadig

---

363. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1585.
364. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1583ff., hvor der også henvises til det, der er anført under pkt. 2 i det i indledningen til dette afsnit citerede uddrag af Lüth-dommen.
365. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1586ff. omtaler disse »Soziale Gewalten«, for hvilke der ikke på dansk findes et dækkende udtryk.
366. Det er måske ikke tilfældigt, at det var i en dom vedrørende fagforeningsforhold, man første gang for alvor så »Drittwirkung« hos Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.
367. Se for eksempel Michael J. Horan: »Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships Between Individuals«, der drøfter dette synspunkt, og Hesse, s. 139, i Ernst Benda, Werner Maihofer og Hans-Jochen Vogel: »Handbuch des Verfassungsrecht«, bd. 1.
368. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1591f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 138 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

en strukturel forskel – statens magtmonopol har udløst behovet for beskyttelse mod staten, og et sådant magtmonopol eksisterer ikke indenfor privatretten.

På den baggrund konkluderer Stern[369], at det må være det »objektivrechtliche« indhold i grundrettighedsnormerne, der også skal virke mod disse magtfulde private inden for privatretten. Det betyder, at selvom der er et krav om, at grundrettighederne finder anvendelse også i sager, hvor der er ubalance mellem parterne for så vidt angår styrke, er dette kun udtryk for almindelige drittwirkungsregler, og han afviser, at der skulle gælde andre regler i situationer med ubalance mellem de involverede end i andre situationer, hvor anvendelse af grundrettighederne finder sted mellem private. Der kan således ikke trækkes en parallel mellem disse tilfælde af »social magt« og statsmagten[370].

2.3.3. Sammenfatning

Som det ses, kredser diskussionen om nogle betemte figurer.

Både teoretikere og retsanvendere føler det nødvendigt at argumentere meget grundigt for, at forfatningsnormerne – trods alt – skal anvendes i konflikter mellem private. Helt grundlæggende føles en sådan anvendelse åbenbart »systemfremmed«.

Baggrunden for denne uvilje mod at anvende grundrettigheder mellem private centrerer sig om bestemte kerneproblemer, nemlig overvejelser om, hvorvidt man kan afgøre civilretlige konflikter under inddragelse af forfatningsretlige (det vil sige offentligretlige) normer, overvejelser om, hvorvidt en borger kan være »bundet« af en forfatningsretlig norm, som normalt kun har staten som pligtsubjekt, og overvejelser om, hvorvidt forfatningsretlige normer, hvis de anvendes mellem private, da anvendes »direkte« eller »indirekte«.

Når den tyske forfatningsdomstol – trods disse modforestillinger mod at anvende grundrettighederne mellem private – alligevel har fundet grundlag for en sådan anvendelse, må man have følt det som en nødvendighed. Denne nødvendighed kan ses i sammenhæng med et legitimitetskrav. Når domstolene anvender forfatningen mellem private, er

---

369. Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1, s. 1595.
370. Se også A. Bleckmann: »Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte«, særligt s. 939, hvor det anføres, at Forfatningsdomstolen også har accepteret Drittwirkung mod »harmløse« individer.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 139 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

det udtryk for en erkendelse af generelle »retfærdighedsforestillinger« – et forsøg på at bringe retstilstanden i overensstemmelse med forestillinger om, hvad der vil være »rimeligt«. Legitimiteten af retssystemet ville blive udsat for en belastning, hvis borgerne ikke kunne regne med statens beskyttelse overfor andre borgeres krænkelser af deres menneskerettigheder. Det er det, der ligger i domstolens tale om en »objektiv værdiordning«, som det kom til udtryk i Lüth-dommen. For at bevare legitimiteten anvendes forfatningsretlige normer på konflikter mellem private, trods de teoretiske argumenter, der kunne tale imod.

Ikke blot retfærdighedsforestillinger hos borgerne, men også hos dele af teorien har spillet ind. Diskussionen om anvendelse af grundrettighederne mellem private havde stået på en årrække, før Lüth-dommen blev afsagt.

Legitimiteten kræver således, at der frembringes – eller fastslås – en overensstemmelse mellem på den ene side de krav, som dele af teorien har stillet, og de mere overordnede overvejelser om, hvilke krav grundrettighederne i GG stiller, og på den anden side retspraksis.

Efterfølgende bliver det så teoretikernes job at bringe denne »systemfremmede« anvendelse af forfatningens normer i harmoni med den herskende opfattelse. Denne harmoni-øvelse har givet anledning til den stadigt pågående diskussion i tysk ret.

I den forbindelse har man beskrevet forskellige modeller, hvorefter statsmagtens pligter til at beskytte/sikre grundrettighederne får en refleksvirkning mellem private indbyrdes. I vurderingen af, om grundrettighederne skal have en sådan refleksvirkning, indgår blandt andet reglens formulering og overvejelser om, hvorvidt grundrettighederne er »afværgerettigheder« eller medfører krav på en vis aktivitet fra statens side.

Det centrale er, at det på baggrund af den diskussion, der pågår i det tyske juridiske fortolkningsfællesskab, kan fastslås, at GG's grundrettigheder i et eller andet omfang finder anvendelse mellem private, og at denne anvendelse mellem private udspringer af det forhold, at den tyske stats organer bliver involveret i konflikten. Det er, når der træffes afgørelse ved en myndighed, der besidder offentlig bemyndigelse, at grundrettighedene kan aktiveres mellem private. GG's direktiver er rettet til myndighederne, men får den virkning, at – med Alexys ord – der »på grund af grundrettighederne består bestemte rettigheder, ikke-rettigheder, friheder og ikke-friheder, kompetencer og ikke-kompeten-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 140 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

cer, i borger/borger-relationen, som, hvis disse grundrettigheder ikke var der, ikke ville bestå«.

I sidste ende er der tale om en konkret fortolkning af regler og en afvejning af de involveredes interesser. Heraf fremgår det, at grundrettighederne ikke er absolutte, men netop skal afvejes. Det interessante er, at de ikke blot skal afvejes overfor hinanden, men også i forhold til de hensyn, som er bærende på det civilretlige retsområde, hvorpå GG (undtagelsesvist) anvendes. I afvejningen spiller det derimod næppe nogen større rolle, om der er ubalance mellem de involverede.

Endeligt kan det konstateres, at terminologen »direkte – indirekte Drittwirkung« med dens meget skematiske opstilling af problematikken ikke giver en frugtbar behandling af spørgsmålet om, hvorvidt GG's grundrettigheder anvendes mellem private, og at mange tyske teoretikere har forladt denne terminologi.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 141 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 6

Det transnationale fortolkningsfællesskabs opfattelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention mellem private. Teorien

1. Indledning

Emnet for afhandlingen er anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Formålet med dette kapitel og de to næste kapitler er at undersøge og beskrive, hvilke krav – om nogen – det internationale/transnationale fortolkningsfællesskab stiller til dansk ret på dette område. I kapitel 10 og 11 drøftes, hvordan dansk ret har forholdt sig til problemstillingen indtil nu. Herefter samles i kapitel 12 og 13 disse to spor – til dels med hjælp fra de overvejelser, der er gjort rede for i kapitel 5 om, hvordan det tyske fortolkningsfællesskab har stillet sig til emnet – til en samlet fremstilling af, hvordan spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret kan beskrives.

Dette og det næste kapitel bevæger sig således på det internationalretlige plan. Spørgsmålet om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har en pligtskabende virkning for individer, eller om den på anden måde kan have betydning for løsningen af retlige konflikter mellem private, har både en nationalretlig og en internationalretlig vinkel. Her er fokus på den internationalretlige vinkel, selvom de to vinkler i sidste ende ikke kan skilles ad.

Anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention til løsning af konflikter mellem private drøftes i teorien, både på dansk og på internationalt plan. I kapitlet her drøftes den teori, der *inden for det transnationale/internationale fortolkningsfællesskab* forholder sig til spørgsmålet om, hvorvidt konventionen må antages at have betydning for løsning af konflikter mellem private. Det betyder, at kapitlet her primært drøfter den teoridannelse, der har været udenfor de nordiske

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 142 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

lande, også fordi de nordiske lande først sent begyndte at forholde sig til spørgsmålet.

Når dette kapitel sammenholdes med kapitel 10, vil man se, at teorien i de skandinaviske lande har udgjort et fortolkningsfællesskab, der i hvert fald i en vis grad har adskilt sig fra, hvad man måske kunne kalde det midteuropæiske fortolkningsfællesskab. Dette stiller et helt grundlæggende spørgsmål om, hvorvidt det skandinaviske fællesskab overhovedet var en del af det europæiske fortolkningsfællesskab, selvom vi havde konventionsteksten til fælles.

Et særligt problem er det at konstatere, om en forfatter hører til det transnationale fortolkningsfællesskab eller til sit nationale fortolkningsfællesskab. I det følgende refereres for eksempel en række tyske forfattere, der på grund af den hjemlige diskussion i det tyske fortolkningsfællesskab havde særlige forudsætninger for at få øje på problemet om konventionens anvendelse mellem private. Disse forfattere var imidlertid i et eller andet omfang kendt i det transnationale fortolkningsfællesskab[371]. De er derfor taget med i gennemgangen nedenfor, fordi det nok må lægges til grund, at de har været inspirationskilde for resten af det transnationale fortolkningsfællesskab. En forfatter kan således være medlem af flere fortolkningsfællesskaber på en gang. Måske er det netop forudsætningen for, at den frugtbare udveksling mellem de forskellige fortolkningstraditioner indbyrdes opstår.

En beskrivelse af, hvordan et bestemt fortolkningsfællesskab har set eller ser på spørgsmålet om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan få betydning for løsningen af retlige konflikter mellem private, er vanskelig, fordi holdningen til spørgsmålet har været præget af flertydighed. Dette skyldes formentligt til dels, at en retlig diskussion, som var en velkendt del af de tyske forfatteres juridiske »bagage«, ikke var så velkendt for forfattere fra andre lande. De forstod diskussionen på deres måde. Dette har ført til en vis uklarhed generelt, når forskellige forfattere har udtalt sig om spørgsmålet om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes kan mellem private.

---

371. Se note 6 hos Marc-André Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« fra 1962, hvor der refereres til de forfattere, der er nævnt i den følgende gennemgang. Eissen var, da han skrev artiklen, »Deputy Secretary of the European Commission of Human Rights«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 143 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det transnationale fortolkningsfællesskab består ikke kun af teoretikere, der har udtalt sig om spørgsmålet. Også Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har henad vejen bidraget med domme, der gav mulighed for at få nye vinkler på problemet.

Teorien om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private spiller sammen med retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. De to aspekter kan derfor ikke skilles ad. Ikke desto mindre er dette – for at give det bedste overblik over diskussionen – forsøgt her. En række domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der i et vist omfang tager stilling til spørgsmålet, drøftes i de næste to kapitler, kapitel 7 og 8.

Tilsammen giver de tre kapitler et billede af de tankemønstre, der i det transnationale fortolkningsfællesskab har spillet en rolle for den opfattelse, vi må lægge til grund som gældende ret i dag. Det er således ikke tanken at give en udtømmende redegørelse for hele forløbet af udviklingen vedrørende anvendelse af konventionen mellem private, men at pege på skabeloner og figurer, der spiller en rolle i dag, blandt andet for fortolkningen i konkrete situationer.

2. Fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Efter Wienertraktatretskonventionen tages der ved fortolkningen af en konvention udgangspunkt i dens ordlyd[372]. Det er derfor naturligt at starte med ordlyden af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og de overvejelser, selve ordlyden har givet anledning til i det transnationale fortolkningsfællesskab. Herefter udbredes synsvinklen til andre fortolkningsdata. Ordlyden kan ikke stå alene, men må sammenholdes med andre fortolkningsdata. Gennemgangen herunder skal altså ikke forstås således, at ordlyden alene afgør spørgsmålet om anvendelse mellem private, men argumenterne skal ses som elementer, der indgår i forståelsen af de enkelte bestemmelser.

Allerede ved gennemlæsningen af teorien opstår et påfaldende problem, som viser sig at være et gennemgående problem, når man beskæftiger sig med spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Mange teoretiske fremstil-

372. Se herom det i kapitel 4 anførte.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 144 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

linger, der drøfter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, enten nævner slet ikke spørgsmålet[373] eller nævner det kun perifert.

Til gengæld har de, der faktisk nævner spørgsmålet om, hvorvidt konventionen kan finde anvendelse i andre relationer end mellem stat og individ, primært været positive overfor anvendelse mellem private.

Det er selvfølgeligt altid svært at sige noget om, hvordan opfattelsen har været hos de forfattere, der ikke har ytret sig om spørgsmålet, men her må man huske på, at det sædvanlige internationalretlige udgangspunkt i store dele af teorien – og ikke kun i Danmark og de andre nordiske lande – har været, at international ret ikke kunne have individer som retssubjekter, og især ikke som pligtsubjekter[374]. Det er vel derfor ikke forkert at gætte på, at når spørgsmålet ikke er nævnt eksplicit hos mange, skyldes det en forudsætning om, at konventionen ikke havde virkninger i andre relationer end mellem stat og individ, en forudsætning, der var så selvfølgelig, at der ikke var grund til at komme nærmere ind på den.

Der kan dog findes forfattere, der klart tog afstand fra den tanke, at menneskerettighederne eller Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skulle kunne finde anvendelse mellem private[375].

Den følgende diskussion refererer på den baggrund mest til de, der ytrede sig positivt om konventionens anvendelse udenfor relationen stat – individ, men skal læses i lyset af, at der meget vel kan have været mange flere, der på grund af den nævnte forudsætning om, at folkeretlige konventioner ikke finder anvendelse mellem private, har fundet det selvfølgeligt, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention heller ikke fandt anvendelse mellem private.

Der er i det følgende ikke mange henvisninger til fremstillinger, der

---

373. Se for eksempel Carl Aage Nørgaard: »The Individual in International Law«, s. 158, der drøfter selve retten til at indgive klage til konventionsorganerne, men som ikke drøfter udtrykkeligt, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private. Se også som eksempel Michael Akehurst: »A modern introduction to international law«, s. 100ff., der drøfter de rettigheder, individet har i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men som ikke kommer ind på pligtsubjektiviteten.

374. Se for eksempel Michael Akehurst: »A modern introduction to international law«, s. 91ff. om dette udgangpunkt. Se også Maxwell Cohen: »Human Rights, the individual and international law«, s. 69ff., der refererer til diskussionen tidligere i det 19. årh.

375. Se for eksempel Heribert Golsong: »Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention«, s. 18 og s. 57-58, og Ole Espersen, »Human Rights and relations between individuals«, s. 177ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 145 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

har deres udspring i det danske juridiske fortolkningsfællesskab; dette skyldes, at debatten i den danske teori længe var præget af, at man nok kendte problemet, men ikke rigtigt vidste, hvad man skulle stille op med det. På baggrund af konventionens retlige status, hvor den ikke var inkorporeret ved lov, har antagelsen vel været, at emnet ikke gav anledning til praktiske vanskeligheder. Spørgsmålet er nævnt hos enkelte, men kun sporadisk og ofte uden stillingtagen[376]. Det var simpelthen ikke diskussionstema i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. De fleste bidrag til en vurdering af, hvordan det transnationale fortolkningsfællesskab har set på spørgsmålet, må derfor hentes i den internationale teori, eller i den tyske teori, hvor man længe har været opmærksom på emnet.

Senere dansk teori – især efter at drøftelserne om inkorporering ved lov var begyndt – tager mere udtrykkeligt stilling til spørgsmålet.

2.1. Ordlydens betydning for vurderingen af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige anvendelse mellem private

Især i starten af konventionens levetid var fokus mest på, om selve dens ordlyd førte til anvendelse mellem private[377], herunder på det forhold om konventionen kunne medføre pligt for staten til at beskytte borgerne mod andre borgeres krænkelser af konventionen[378]. Senere er diskussionstemaet skiftet til fordel for mere nuancerede overvejelser, der udover fortolkning af ordlyden støttes på retspraksis om positive

376. Se for eksempel Færkels anmeldelse af Niels Eilschou Holms »En sag for menneskerettighedsdomstolen«, der s. 96 anfører, at »Drittwirkung« is not explicitly recognised in Danish law«. Han antager dog muligvis, at menneskerettighederne kan finde anvendelse mellem private, idet han henviser til, at formodningsreglen eventuelt kan påberåbes under en proces mellem private. Det måtte vel efter sammenhængen være i forbindelse med menneskerettighederne.

377. Se for eksempel Jacobs: »The European Convention on Human Rights«, s. 12, der henfører konventionens mulige virkninger mellem private til en følge af konventionens art. 13, og Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, der også drøfter dette. Spørgsmålet om art. 13 er gennemgået nedenfor. Se også A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, hvor Jan de Meyer s. 259ff. foretager en gennemgang af konventionens bestemmelser med henblik på at konstatere, om de – eller nogle af dem – indebærer anvendelse mellem private.

378. Se for eksempel Heribert Golsong: »Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention«, der s. 57 taler om ansvar for statens undladelser.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 146 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

forpligtelser for staten og den mulige betydning mellem private, denne retspraksis kunne have[379].

Denne udvikling er ikke overraskende; diskussionstemaet om anvendelse af grundrettigheder/menneskerettigheder mellem private var, som det fremgår af kapitel 5, kendt fra tysk teori allerede tidligt i 50'erne. Hvis man ville diskutere dette tema i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, har det været naturligt at se nærmere på ordlyden – i mangel af retspraksis at holde sig til. De første år af konventionens levetid afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol nemlig stort set ingen domme.

Det er vanskeligt at få overblik over de teoretiske fremstillinger, der – fra den ene eller anden synsvinkel – har beskæftiget sig med afhandlingens problemskreds. Forskellige forfattere har peget på forskellige argumenter, tit i forskellige sammenhænge. For at kunne undersøge argumenternes værdi og opnå en overskuelig fremstilling, er den følgende fremstilling ikke kronologisk, men opdelt i temaer vedrørende argumenter for og mod Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private. Gennemgangen kan synes unødigt skematisk. Imidlertid tjener gennemgangen flere formål. De argumenter, der har været anvendt for eller imod anvendelse af konventionen mellem private, kan samtidigt ses som et katalog over argumenter, der kan have betydning i konkrete fortolkningssituationer. Derfor fremstilles argumentationen stykkevis og delt, selvom der er tale om en løbende fortolkningsproces. Senere samles de enkelte stykker til ét billede.

Diskussionen om ordlyden tager traditionelt udgangspunkt i konventionens art. 1. Efter denne bestemmelse skal »De høje kontraherende parter«, det vil sige staterne, sikre enhver de rettigheder og friheder, der er nævnt i konventionen. Den autoritative engelske tekst lyder »The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms …«.

Afsnit II i konventionen tager ligeledes sigte på opfyldelsen af »de forpligtelser, de Høje kontraherende Parter har påtaget sig«, jf. konventionens art. 19, ligesom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols kompetence i art. 34 (tidligere art. 25) afgrænses til at behandle

379. Se for eksempel Frowein/Peukert: »Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 21ff., der peger på statens positive forpligtelser til brug for besvarelsen af spørgsmålet om »Drittwirkung«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 147 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

klager fra grupper og personer, »der hævder at være blevet krænket af en af de Høje Kontraherende Parter« med hensyn til de rettigheder, der følger af konventionen.

Umiddelbart er det på den baggrund svært at se, at man skulle kunne komme til et resultat, hvorefter konventionen skulle rette sig til private – særligt i lyset af den ovenfor nævnte forudsætning om, at internationale regler generelt må antages at rette sig til stater og ikke til private.

Ikke desto mindre er en række argumenter næsten fra starten af konventionens levetid blevet fremført til støtte for det synspunkt, at konventionen finder anvendelse mellem private.

2.1.1. Kan der af konventionen udledes en generel regel om anvendelse mellem private?

Konventionen indeholder ingen bestemmelse, som udtrykkeligt angiver, at den i det hele skulle kunne anvendes mellem private. Imidlertid har det transnationale fortolkningsfællesskab drøftet forskellige af konventionens bestemmelser, som muligvis skulle lægge op til en sådan anvendelse.

2.1.1.1. Art. 1

Art. 1 har følgende ordlyd:

> »The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in section I of this Convention«.

Det fremgår af bestemmelsen, at den pålægger staterne pligter. Da bestemmelsen efter sin ordlyd ikke pålægger andre pligter, har det for mange teoretikere formentligt været den stiltiende forudsætning – helt i overensstemmelse med den almindelige opfattelse af spørgsmålet om, hvem der kan være folkeretssubjekter – at konventionen alene er rettet til stater, og at individer ikke kan være pligtsubjekter i relation til konventionen.

Imidlertid har der inden for det transnationale fortolkningsfællesskab været andre læsemåder af art. 1.

Da bestemmelsen angiver, at staterne skal »sikre« (»secure«) og ikke blot for eksempel respektere (»respect«) de i konventionen nævnte rettigheder og friheder, er den af nogle blevet forstået således, at den

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 148 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

indeholder et krav om, at staterne ikke blot undlader indgreb i disse rettigheder og friheder, men også »sikrer« mod privates indgreb overfor andre private heri[380].

Nu er det forhold, at en forfatter er af den opfattelse, at staten har pligt til at »sikre« borgerne mod andre borgeres indgreb i konventionssikrede rettigheder, ikke nødvendigvis det samme som at sige, at bestemmelserne i konventionen skal kunne påberåbes af private overfor andre private ved nationale domstole. Det kan også blot være et krav om, at staten for eksempel gennemfører (lov-)regler, der gør det strafbart, såfremt private krænker andre privates rettigheder efter konventionen. Hvor langt opfattelsen rækker, fremstår hos de fleste forfattere ikke helt klart. I hvert fald en forfatter vil gå videre og decideret læse et krav om, at konventionen konstituerer pligter for private, ind i bestemmelsen[381].

Opfattelsen af, at art. 1 i sig selv generelt skulle konstituere pligter direkte for private, har ikke vundet støtte i teorien – hverken, da tanken kom frem, eller senere[382]. Argumentet imod har traditionelt været, at bestemmelsen angiver staterne som pligtsubjekterne for konventionens regler[383], samt at en læsemåde, hvorefter private ikke er pligtsubjekter for konventionens regler, også er bedst i overensstemmelse med konventionens art. 34 (tidligere art. 25), hvorefter klage over krænkelser af konventionen kun kan indgives mod stater. Man kan således af art. 1, sammenholdt med art. 34, udlede, at *netop kun stater* er pligt- og ansvarssubjekter for konventionens regler[384].

---

380. Se H. Guradze: »Die Schutzrichtung der grundrechtsnormen in der Europäischen Menschenrechtskonvention«, der referer en diskussion herom med Nipperdey. Guradze selv deler ikke opfattelsen af, at art. 1 skulle medføre, at konventionen kan anvendes mellem private.
381. Marc-André Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, særligt s. 233f.
382. Se for eksempel Heribert Golsong: »Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention«, s. 58f., samt Frowein og Peukert: »Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 24, Francis G. Jacobs: »The European Convention on Human Rights«, (1975), s. 11, og den senere udgave heraf; Francis G. Jacobs and Robin White: »The European Convention on Human Rights«, 1996, s. 18f., samt Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 71, særligt note 21.
383. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 16ff.
384. Marc-André Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« finder det dog s. 233 »fristende« at læse art. 25 modsætningsvis; grunden til,

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 149 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Senere er opstået en mere nuanceret opfattelse af art. 1's betydning, således som det fremgår af nedenstående gennemgang.

2.1.1.2. Art. 13

Art. 13 har også været drøftet som en af de bestemmelser, hvoraf det skulle kunne udledes, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention generelt kan anvendes mellem private i en eller anden form[385]. Efter denne bestemmelse skal enhver, hvis rettigheder og friheder efter konventionen er blevet krænket, have adgang til effektive retsmidler herimod for en national myndighed, »uanset om krænkelsen er begået af personer, der handler i embeds medfør« (»notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity«).

Der ligger i hvert fald i denne formulering, at en stat kan blive holdt ansvarlig af konventionsorganerne – det vil sige på det internationalretlige niveau – såfremt de aktører, staten har ansvaret for, krænker konventionen.

Men bestemmelsens ordlyd kan også fortolkes som et krav om, at en person, der finder sine rettigheder krænket, skal have adgang til domstolsprøvelse af spørgsmålet, også selvom det er en privat, der har begået krænkelsen. Argumentet lyder, at ellers ville der ikke være grund til at indsætte ordene »uanset om …«. Sådan forstås den da også af nogle forfattere[386], der finder, at ordlyden af art. 13 støtter anvendelse af konventionen mellem private i den nationale ret, idet en privat må

---

at det af konventionen direkte fremgår, at kun staterne kan indbringes for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, er, at ellers ville også individer kunne indbringes for domstolen. Denne læsemåde har ikke haft støtte i senere teori om art. 25.

385. Se for eksempel diskussionen hos Heribert Golsong: »Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention«, s. 17f., hvor Golsong tager afstand fra argumentet om, at art. 13 skulle medføre, at konventionen kan anvendes mellem private. Castberg, »The European Convention on Human Rights«, s. 12f. tillægger argumentet om art. 13 en vis vægt, men afviser dog, at art. 13 skulle have denne virkning. Se også Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 168 og s. 176.

386. Se Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, især s. 168, samt Eissen, »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« s. 236f. Se også Lars Adam Rehof og Rønnow Bruun: »Arbejdsgiveres registrering af ansattes telefonsamtaler«, der s. 107ff. finder, at blandt andet art. 13 betyder, at konventionens anvendelsesområde er videre end relationen stat-borger.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 150 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

kunne påberåbe sig retten til et »effektivt retsmiddel« mod krænkelser, herunder mod krænkelser foretaget af andre private.

Man kan dog pege på, at bestemmelsen lige så vel kan forstås således, at ordet »uanset om …« henviser til, at staterne ikke skal kunne påberåbe sig, at den person, der har krænket konventionen, har handlet efter ordre. I lyset af, at undskyldningen om at have handlet efter ordre, var blevet anvendt af det tredje riges embedsmænds ved retsopgøret efter 2. verdenskrig, er det vel ikke usandsynligt, at bestemmelsen skal forstås således, at konventionsstridig adfærd også er ansvarspådragende, selvom den er sket efter ordre.

I nyere teori er bestemmelsen da heller ikke blevet anset som generelt indebærende en pligt til at anvende konventionen mellem private[387]. Bestemmelsens betydning som sikring af individets adgang til behandling af klager over konventionskrænkelser for nationalt forum i øvrigt behandles nedenfor.

2.1.1.3. Art. 17

Efter art. 17 må intet i konventionen fortolkes, som om den medførte ret for nogen stat, »gruppe eller person« til at indlade sig på handlinger, der tilsigter at tilintetgøre eller begrænse konventionens rettigheder eller friheder. Denne ordlyd kan også forstås således, at den pålægger individer pligter[388].

---

387. Frowein og Peukert, »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 426ff., nævner slet ikke denne mulige forståelse af bestemmelsen, og van Dijk og van Hoof, »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 25 konkluderer, efter at have nævnt diskussionen om art. 13's mulige betydning for Drittwirkungsspørgsmålet, at Drittwirkung »does not ensue imperatively from the Convention«. Se også samme s. 704, hvor muligheden af, at art. 13 medfører Drittwirkung holdes åben. Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, antager s. 325, at »der er en tæt sammenhæng mellem art. 17 og 13, idet begge kan siges at forudsætte, at staten kan ifalde ansvar for privates handlinger og undladelser«. Der tages ikke stilling til, om dette medfører, at konventionen kan anvendes mellem private på det nationale niveau.

388. Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties« anfører s. 168 og s. 176 vedrørende art. 17, at ordlyden lader til at pålægge individer specifikke pligter. Han tager dog ikke stilling til, om dette er tilfældet. Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« finder s. 235, at art. 17 binder individer. Castberg: »The European Convention on Human Rights« afviser s. 12, at art. 17 kan føre til drittwirkung. Se også Lars Adam Rehof

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 151 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Opfattelsen er dog ikke slået igennem i nyere teori[389].

I ganske specielle situationer kan bestemmelsen dog få en vis »pligtskabende« virkning for private i snæver forstand. Clapham[390] henviser i den forbindelse til praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedskommission, hvorefter en række organisationer, for eksempel Det Tyske Kommunistparti, har fået afslag på anmodninger om realitetsbehandling af klager. Baggrunden for sagen[391] om det tyske kommunistparti var en klage fra partiet med påstand om, at dets rettigheder efter konventionen var krænket ved en afgørelse fra forfatningsdomstolen om, at partiet skulle opløses og forbydes. Den Europæiske Menneskerettighedskommission meddelte afslag på realitetsbehandling af klagen. Afslaget var under henvisning til art. 17 begrundet i, at det tyske kommunistpartis formål var at undertrykke en del af de rettigheder, der er omtalt i konventionen. Med et sådant formål kunne partiet ikke påberåbe sig konventionens beskyttelsesregler.

Denne praksis har også fundet anvendelse overfor andre organisationer, der havde mere eller mindre samfundsomstyrtende mål[392].

Kommissionens praksis fører Clapham til at konkludere, at private har pligt til at respektere konventionens materielle regler.

Det må dog nok antages, at den virkning, der med sikkerhed kan udledes af art. 17, er begrænset til de særlige situationer, Clapham refererer til. Det eneste, der kan udledes med sikkerhed, er, at såfremt en klager tilhører et parti/en gruppe, der ikke selv respekterer konventionens rettigheder og friheder, da kan klageren ikke gøre krav på at

---

og Rønnow Bruun: »Arbejdsgiveres registrering af ansattes telefonsamtaler«, der s. 107ff. finder, at blandt andet art. 17 betyder, at konventionens anvendelsesområde er videre end relationen stat-borger.

389. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, anfører s. 25, at det er tvivlsomt, om art. 17 medfører Drittwirkung. Frowein og Peukert: »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, omtaler s. 490ff. slet ikke muligheden af, at art. 17 generelt kunne medføre pligtmæssige virkninger for private.
390. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 184ff.
391. Applic. 250/57 Kommunistische Partei Deutschland vs. FRG (1955-7), 1 Yearbook 223, nævnt hos Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 185.
392. Se også Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, der s. 325 anfører, at individer eller grupper af individer »er udelukket fra at påberåbe sig bestemmelser i (konventionen), hvis formålet er at deltage i eller udføre handlinger, der har til hensigt at krænke rettigheder i konventionen«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 152 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

få klager over krænkelser af sine rettigheder efter konventionen behandlet. Man kan efter omstændighederne kalde dette en »pligtskabende« virkning af konventionen. Afgørelsernes betydning kan næppe udstrækkes til at dække andre situationer, og den kan i hvert fald ikke udstrækkes til generelt at betyde, at konventionen gælder for privates handlinger i andre situationer.

Hertil kommer, at retsvirkningen for de pågældende organisationer af ikke at respektere konventionens rettigheder for andre, alene har været, at organisationen ikke kunne påberåbe sig konventionens regler til beskyttelse af egne interesser. Den Europæiske Menneskerettighedskommissions praksis siger således ikke noget om, hvorvidt private i andre situationer har pligt til at respektere konventionen.

2.1.1.4. Tentativ konklusion

Art. 1 kan ikke antages i sig selv at medføre en pligt for staterne til at lade konventionen have betydning for reguleringen af privates retsstilling indbyrdes ved domstolene eller forvaltningen.

Generelt skal man ligeledes være forsigtig med at tage de to artikler, 13 og 17, til indtægt for synspunkter herom. De har begge en accesorisk karakter, idet de ikke kan påberåbes selvstændigt, men kun i tilknytning til en påstand om, at andre, materielle bestemmelser i konventionen er blevet krænket. På grund af denne accesoriske karakter vil det være vanskeligt generelt at udlede en regel om anvendelse af konventionen mellem private fra dem. Hertil kommer, at holdningen til bestemmelserne som generelt pligtskabende ikke er udbredt i teorien.

Samlet kan der således ikke findes bestemmelser, hvoraf det må udledes, at konventionen i det hele kan anvendes mellem private indbyrdes.

2.1.2. Kan enkelte bestemmelser i konventionen forstås således, at de regulerer retsforhold mellem private?

Selvom det ikke er muligt at fastslå et krav om, at konventionen i det hele kan anvendes mellem private, kan det på den anden side ikke udelukkes, at enkelte bestemmelser kunne anvendes mellem private.

Diskussionen går på, om enkelte af de forskellige materielle rettig-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 153 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

heder/bestemmelser kan stille krav om anvendelse mellem private; altså en mere partiel form for anvendelse mellem private[393].

2.1.2.1. Art. 6

En sådan virkning kunne for eksempel følge af konventionens art. 6. Denne bestemmelse stiller i stk. 1 en række krav til processen ved domstolene, blandt andet om, at retssager finder sted »inden en rimelig frist« (»within a reasonable time«).

Det ligger fast, at bestemmelsen også gælder visse civile sager. Bestemmelsens ordlyd: »når der skal træffes afgørelse … i en strid om hans borgerlige rettigheder eller forpligtelser .. » fortolkes som dækkende i hvert fald klassiske »private-law disputes in the traditional sense, that is disputes between individuals …«[394].

Ved fortolkningen af udtrykket »borgerlige rettigheder og forpligtelser« anlægger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en autonom fortolkning[395], hvorfor det ikke er afgørende for, om bestemmelsen kan anvendes, hvorvidt noget efter national ret anses for at være en »borgerlig rettighed eller forpligtelse«.

Denne del af bestemmelsen finder anvendelse på en række sager, der ligger indenfor det privatretlige område[396]. Ofte vil der være tale om en konflikt mellem private individer, men det behøver ikke være tilfældet – der kan også være tale om en konflikt, hvor den ene af parterne er for eksempel en offentlig myndighed.

De processuelle garantier i art. 6 finder dermed efter ordlyden, således som denne er fortolket i praksis, anvendelse mellem private.

---

393. Rehof og Trier: »Menneskeret«, anfører s. 75, at »Drittwirkung, defineret som det forhold, at private indbyrdes kan påberåbe sig menneskeretlige bestemmelser, herunder i indbyrdes civile søgsmål, kan næppe udledes generelt af … Den Europæiske Menneskerettighedskonvention«. Der peges samme sted på, at der kan blive statueret Drittwirkung »i forbindelse med enkelte konventionsbestemmelser og i enkelte sagstyper på grundlag af en konkret vurdering …«.
394. Se for eksempel pr. 26 i dommen A 99, »Feldbrugge mod Holland«, dom af 29. maj 1986, der drejede sig om en strid om sygeforsikring. Her drejede diskussionen sig om, hvorvidt det forhold, at der var en række offentligretlige aspekter af en forsikringsordning, kunne bringe tvisten udenfor art. 6's anvendelsesområde. Se også Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 181f.
395. Se om dette udtryk kapitel 4 med henvisninger.
396. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer« s. 181ff. for nærmere afgrænsning.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 154 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Sager mellem private, for eksempel mellem en forsikringstager og et forsikringsselskab om forsikringsdækningens omfang, er således omfattet af bestemmelsen, og de nationale domstole har pligt til at sikre, at kravene opfyldes også i civile sager, hvor begge parter i konflikten er private[397].

2.1.2.2. Art. 12

Ligeledes har man diskuteret konventionens art. 12, der har følgende indhold:

> »Giftefærdige mænd og kvinder har ret til at indgå ægteskab og stifte familie i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret«.

Bestemmelsen er efter sin ordlyd i sig selv ikke særlig vidtgående; i det forhold, at staten ved lov kan fastsætte regler om adgangen til at indgå ægteskab, ligger jo netop, at staten har et vist spillerum til at regulere denne ret. Dog må staten ikke udøve sanktioner overfor personer alene på grund af deres status som gifte eller forældre[398]. Staten må for eksempel som arbejdsgiver ikke afskedige en person alene på grund af en sådan status. Spørgsmålet er da, hvorvidt en sådan pligt til ikke at udøve sanktioner overfor personer på grund af deres ægteskabelige eller forældremæssige status kan udstrækkes til at omfatte private arbejdsgivere. Spørgsmålet har givet anledning til tvivl[399].

---

397. Alkema, »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 37, og John Lundum: »De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)«, s. 405ff., hvor det under henvisning til »Blødersagen« (A and others mod Danmark, dom afsagt den 8. februar 1996) anføres, at danske domstole har begrænset »civile parters mulighed for at opnå udsættelse under behandling af retssager«.
398. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 602.
399. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 602, hvor det anføres, at »in general, the Government as an employer (and private employers, via the Drittwirkung of article 12?) is not allowed to discharge an employee on the mere ground that the person has married or has become a parent«. Fremstillingen tager ikke stilling til, om art. 12 omfatter private arbejdsgivere, ligesom det ikke fremgår, hvorfor netop art. 12 skulle anses for at have Drittwirkung. Frowein og Peukert: »Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, omtaler ikke en mulig Drittwirkung i tilknytning til deres gennemgang af bestemmelsen s. 421-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 155 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det er således ikke muligt at konkludere noget sikkert om art. 12 i relation til anvendelse mellem private på baggrund af ordlyden. Dette udelukker ikke, at der ved fortolkning kan statueres en pligt for staterne til at anvende art. 12 mellem private.

2.1.2.3. Art. 1 i tillægsprotokol 1

Art. 1 i tillægsprotokol 1 beskytter ejendomsretten med følgende formulering:

> »Enhver fysisk eller juridisk person har ret til respekt for sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de betingelser, der er fastsat ved lov og følger af folkerettens almindelige principper.
>
> Foranstående bestemmelser skal imidlertid ikke på nogen måde begrænse statens ret til at håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesser, eller for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder«.

Tidligt i bestemmelsens levetid er den blevet forstået således, at den ikke alene beskytter mod statens krænkelse af ejendomsretten, men også mod andre privates krænkelser, ja den er endda blevet forstået som en bestemmelse, der beskytter mod tyveri[400], således at hvis konventionen er gennemført i national ret, vil bestemmelsen kunne påberåbes af en privat mod en privat, der havde begået tyveri overfor den pågældende.

Til støtte for dette synspunkt kan siges, at der i formuleringen af stk. 1, 1. pkt. »ret til respekt for …« ikke ligger en begrænsning i retning af, at det kun skulle være staten, der skal respektere ejendomsretten. Ud fra en isoleret ordlydsfortolkning af bestemmelsens stk. 1 dækker den respekt fra både staten og andre private individer.

Den almindelige holdning i dag er, at privates indbyrdes retsforhold,

---

425, ligesom muligheden ikke nævnes af Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 292–297.

400. Se Eissen, »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, s. 245 med henvisning til note 47.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 156 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

herunder kontraktsretlige forhold, som udgangspunkt ikke bliver berørt af bestemmelsen[401].

Staters generelle regulering af privates retsforhold indbyrdes er heller ikke omfattet af bestemmelsen. Generel regulering af for eksempel forsørgelsespligt eller lignende er ikke i strid med art. 1 i tillægsprotokol 1[402].

Dette hindrer dog ikke, at bestemmelsen i andre sammenhænge kan tillægges betydning for reguleringen af privates indbyrdes retsforhold. En stat kan i et vist omfang blive gjort ansvarlig for privates indgreb i andre privates rettigheder efter bestemmelsen, for eksempel hvor krænkelsen er et resultat af statens udøvelse af sine beføjelser[403]. Reglerne om staters ansvar for private behandles nedenfor.

Dette hindrer heller ikke, at bestemmelsen kan have betydning i relation til andre private end den, fra hvem en given ekspropriation sker. Det antages nemlig, at ekspropriation kan ske til fordel for en privat – såfremt betingelserne for ekspropriation i øvrigt er opfyldt[404]. En sådan ekspropriation til fordel for en anden privat skal ske i overensstemmelse med bestemmelsen. I den sammenhæng kan bestemmelsen have betydning for privates indbyrdes retsstilling.

2.1.2.4. Art. 1 i tillægsprotokol 4

Artikel 1 i tillægsprotokol 4 har følgende ordlyd: »Ingen må berøves sin frihed alene på grund af manglende evne til at opfylde en kontraktlig forpligtelse«. Efter ordlyden af bestemmelsen kunne man forestille sig, at bestemmelsen kunne medføre en virkning mellem private[405]. Den

---

401. Se for eksempel Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 619.
402. Frowein og Peukert: »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 789, og Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 455f.
403. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 619, der henviser til sagen Gustafsson mod Sverige, dom af den 25. april 1996, og sagen A 98, James and others mod United Kingdom, dom af 21. februar 1986.
404. Frowein og Peukert, »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 784f. og 793, og Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 459.
405. Bestemmelsen kommenteres kort hos Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 475f., hos Frowein og Peukert: »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 843 og hos van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 157 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

næsten tilsvarende bestemmelse i Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder, art. 11 (»No one shall be imprisoned on the ground of inability to fulfil a contractuel obligation«), anses af nogle for at pålægge staterne en pligt til at indrette deres retstilstand således, at det forhindres, at private kreditorer ved selvjustits stræber efter at indskrænke deres debitorers personlige frihed[406]. Man kan derfor spørge sig selv, om den tilsvarende bestemmelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har indflydelse på retsforholdet mellem private.

Bestemmelsen regulerer også kontraktsforhold mellem private – det fremgår af ordlyden. Rækkevidden af bestemmelsen er dog beskeden; den medfører alene, at en kreditor ikke kan gennemføre en tvangsfuldbyrdelse af en misligholdt kontrakt ved, at debitor berøves friheden. Andre aspekter af kontraktsforpligtelsen berøres ikke af bestemmelsen. Men bestemmelsen viser, at det ikke er fremmed for konventionen at regulere forhold mellem private – i hvert fald på områder, hvor den menneskeretlige interesse er stor, som for eksempel i spørgsmålet om frihedsberøvelse.

2.1.2.5. Art. 5 i tillægsprotokol 7

I art. 5 i tillægsprotokol 7 bestemmes følgende:

> »I privatretlig henseende skal ægtefæller i deres indbyrdes forhold og i forholdet til deres børn, nyde lige rettigheder og pligter med hensyn til indgåelse af ægteskab, under ægteskab og i tilfælde af dettes opløsning. Denne artikel forhindrer ikke staterne i at tage sådanne forholdsregler, der er nødvendige af hensyn til børnenes interesser«.

Det har været drøftet, om bestemmelsen indeholder et krav om anvendelse i konflikter mellem private[407].

Den forpligter i hvert fald staterne til at indrette deres retsorden

---

Rights«, s. 666f. Ingen af fremstillingenre drøfter en eventuel anvendelse mellem private.

406. Nowak: »UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar«, s. 205.

407. Se Stefan Trechsel: »Das Verflixte Siebente?«, s. 208f. Se også van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«s. 692, der anfører, at på det nationale niveau »Article 5 clearly implies Drittwirkung«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 158 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

således, at ægtefæller gives fuld ligestilling i de situationer, der er omfattet af bestemmelsen[408]. Muligvis har den i de stater, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er en del af lovgivningen, et bredere anvendelsesområde[409].

Et argument for, at bestemmelsen skulle stille krav om anvendelse mellem private[410], kan findes i tilblivelseshistorien for tillægsprotokol nr. 7. Denne protokol er blandt andet gennemført for at skabe overensstemmelse mellem reglerne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og reglerne i Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder. Art. 23, stk. 4, i FN's konvention har følgende ordlyd:

> »State Parties to the present Covenant shall take appropriate steps to ensure equality of rights and responsibilities of spouses as to marriage, during marriage and at its dissolution. In the case of dissolution, provision shall be made for the necessary protection of any children«.

Denne bestemmelse lægger efter sin ordlyd blot op til, at staten skal gennemføre forholdsregler, således at ligheden mellem ægtefællerne sikres. Baggrunden for den forsigtige formulering skal søges i uenighed om bestemmelsens indhold ved udarbejdelsen[411].

Argumentet for at antage, at den tilsvarende bestemmelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har et anvendelsesområde mellem private, har været, at når man ved udarbejdelsen af teksten til tillægsprotokol nr. 7, art. 5, har valgt en formulering, der i højere grad

---

408. Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 506f., og van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 692.
409. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 692, hvoraf det fremgår, at staterne på det nationale niveau har pligt til at gennemføre den nødvendige lovgivning til at opfylde bestemmelsens mål. Frowein og Peukert: »Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRJ-Kommentar«, s. 866, mener dog, at det er tvivlsomt, om bestemmelsen i praksis får væsentlig betydning.
410. Fremført af Stefan Trechsel: »Das Verflixte Siebente?«, s. 208f.
411. Se herom Nowak: »UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar«, s. 445f. En del lande var af kulturelle grunde uenige i, at Den internationale konvention om borgerlige og politiske rettigheder skulle indeholde en bestemmelse om lighed mellem kvinder og mænd i ægteskabet. Derfor fik bestemmelsen et så lidt forpligtende indhold.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 159 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

end FN-reglen direkte peger på anvendelse umiddelbart mellem ægtefæller – over i købet med mulighed for staternes anerkendelse af individers klageadgang, jf. tillægsprotokol nr. 7, art. 7 – da sigter man mod, at bestemmelsen skal kunne anvendes mellem private.

En naturlig sproglig forståelse af bestemmelsen gør det vel også vanskeligt at afvise, at bestemmelsen tilsigter at regulere forholdet mellem ægtefæller, herunder de privatretligt regulerede forhold.

2.1.2.6. Tentativ konklusion

Man kan, som det fremgår, finde en række bestemmelser, hvor ordlyden nærmest peger i retning af anvendelse mellem private. Det må dog afgøres under inddragelse af andre fortolkningsdata, med hvilke styrke ordlydens eventuelle krav om anvendelse mellem private skal slå igennem i en konkret situation.

2.1.3. Bestemmelser, der ikke kan anvendes mellem private?

Som det fremgår af gennemgangen ovenfor, er det vanskeligt at sige noget definitivt om, hvorvidt konventionens ordlyd fører til anvendelse mellem private. Man kan i stedet overveje, om der kan findes bestemmelser, som efter deres ordlyd ikke kan anvendes mellem private.

For eksempel er det vanskeligt at forestille sig en anvendelse mellem private i forbindelse med art. 3 i tillægsprotokol 1. Efter denne bestemmelse forpligter »De Høje Kontraherende Parter … sig til at lade afholde frie, hemmelige valg med passende mellemrum under forhold, som sikrer folkets frie meningstilkendegivelse ved valget af medlemmer til den lovgivende forsamling«.

Nogle har peget på[412], at art. 1 i tillægsprotokol nr. 7, hvorefter »en udlænding, der lovligt er bosiddende på en stats territorium, ikke kan udvises derfra, medmindre dette sker i medfør af en beslutning truffet i overensstemmelse med loven …«, efter sin ordlyd må være rettet til staterne og derfor ikke kan have adresse til retsforhold mellem private.

Andre[413] har peget på andre bestemmelser, der skulle udelukke an-

412. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 37 og M. Forde: »Non-governmental interferences with human rights«, s. 260.

413. Se for eksempel Meo-Micaela Hahne: »Das Drittwirkungsproblem in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten«, der s. 57–57 taler om »Die rein staatsgerichteten Rechte«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 160 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vendelse mellem private; det skulle gælde for eksempel art. 4, stk. 2 (forbud mod tvangsarbejde), og art. 7 (forbud mod straffelove med tilbagevirkende kraft).

Enighed om, i hvilke bestemmelser ordlyden udelukker anvendelse mellem private, er der dog ikke; Hahne[414] vil for eksempel udelukke art. 12, som andre anser for muligt anvendelig mellem private[415].

Sammenfattende må det siges, at selvom der er bestemmelser, hvor det er meget vanskeligt at se, hvordan private skulle kunne krænke dem, eller bestemmelser, der i øvrigt ved deres ordlyd lægger op til, at kun staten er adressat for bestemmelsen, kan man på baggrund af den manglende enighed om, hvilke bestemmelser der i givet fald ikke skulle kunne anvendes mellem private, ikke definitivt afvise anvendelse mellem private af nogen bestemmelse i konventionen alene ud fra dens ordlyd.

2.1.4 Tentativ konklusion

Som det fremgår, er det vanskeligt at drage håndfaste konklusioner alene ud fra ordlyden af de enkelte bestemmelser, og de forsøg, der er gjort, har ikke været overbevisende. Dette skyldes netop, at den fortolkende proces, der må foretages, før man kan udtale sig om, hvorvidt konventionen kan anvendes mellem private, mangler.

De argumenter, der er peget på i gennemgangen ovenfor for eller imod anvendelse af de enkelte bestemmelser mellem private, kan dog stadig være elementer, der kan indgå i denne fortolkende proces, selvom de ikke fører til absolutte konklusioner.

2.1.5. Figuren »The rights of others«:

I snæver sammenhæng med en decideret ordlydsfortolkning har figuren »andres rettigheder« været i fokus under diskussionen af, hvorvidt konventionen kan anvendes mellem private.

En række centrale artikler i konventionen, art. 8-11, er alle bygget op over samme retlige skabelon; stk. 1 fastslår rettighedens anvendelsesområde, mens stk. 2 fastslår under hvilke betingelser, indgreb i rettigheden kan finde sted. Beskyttelsen i stk. 2 består blandt andet i, at

---

414. Meo-Micaela Hahne: »Das Drittwirkungsproblem in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten«, s. 56–57.
415. Jf. det under 2.1.2.2. ovenfor anførte.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 161 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

bestemmelsen selv (i modsætning til, hvad vi kender fra den danske grundlov) angiver, hvilke hensyn/formål, der kan legitimere indgreb i rettigheden. Indgreb i rettigheden kan kun ske for at varetage de hensyn/formål, bestemmelsen angiver. Et indgreb, der er begrundet i andre hensyn end de hensyn, bestemmelsen selv angiver, er ikke i overensstemmelse med konventionen.

Et af de hensyn, der kan legitimere indgreb i en af de i art. 8-11 nævnte rettigheder, er hensynet til »andres rettigheder eller friheder« (art. 8, 9 og 11) eller hensynet til »andres gode navn og rygte eller rettigheder« (art. 10).

Allerede Eissen[416] pegede i 1962 på, at en borger ikke kan klage over, at staten har indskrænket den pågældendes rettigheder, hvis det er sket i overensstemmelse med de materielle bestemmelsers stk. 2-regel om »respekt for andres rettigheder«.

Det forhold, at de materielle bestemmelser i konventionen indebærer denne begrænsning, har fået nogle forfattere til at pege på, at konventionen så i hvert fald i denne relation finder anvendelse mellem private[417]. Argumentet er, at det jo af denne begrænsning af hensyn til andres rettigheder fremgår, at private har pligt til at respektere andres rettigheder efter konventionen, og at konventionen dermed anser private for pligtsubjekter.

Man kan meget vel tænke sig, at en retlig konflikt mellem private kan vedrøre spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt indskrænkning, som en borger må tåle, falder ind under beskyttelsen af andre borgeres rettigheder eller friheder[418]. I den forstand regulerer konventionen forholdet mellem private og lægger op til en afvejning af privates interesser overfor hinanden.

Selvom figuren således ikke definitivt afgør spørgsmålet om, hvorvidt konventionen kan anvendes mellem private, viser den, at selve det at regulere privates retsstilling ved konventionen ikke er helt udelukket.

---

416. Eissen, »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, s. 243.
417. Andrew Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 184ff. behandler figuren »The rights of others« under overskriften »Private duties to respect the rights in the Convention«.
418. Clapham, »Human Rights in the Private Sphere«, s. 186ff., der ser pligten til at respektere andres rettigheder som et spørgsmål om, at en klager kan »be denied the protection of the Convention where their actions threatens the rights of others«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 162 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Tanken har netop været, at der skulle ske en afvejning mellem forskellige interesser, herunder forskellige privates interesser.

2.1.6. Regler om individets pligtsubjektivitet

Man kan pege på nogle sekundære argumenter for anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Et argument imod antagelsen af, at konventionen skulle kunne anvendes mellem private, har været, at private ikke kan være pligtsubjekt for konventionen, som er en international regel. Argumentet er, at hvis konventionen anvendes mellem private, da vil et privat individ være pligtsubjekt for konventionen.

I den forbindelse kan det konstateres, at der faktisk er enkelte bestemmelser i konventionen, der efter deres ordlyd er formuleret med individer som pligtsubjekt.

Man kan for det første pege på de regler, hvor individer indgår i et ansættelsesforhold til et af konventionsorganerne, som for eksempel som dommer ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Disses ansættelse er blandt andet reguleret af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 21, stk. 3, hvorefter dommere ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol under deres funktionstid ikke må påtage sig et hverv, »som er uforeneligt med deres uafhængighed og upartiskhed eller med kravene til et fuldtidsembede». Disse reglers pligtsubjekt er dommerne som følge af deres ansættelsesforhold[419].

Dernæst kan man pege på de regler, som regulerer klageproceduren, og som er formuleret således, at et individ, der klager over menneskerettighedskrænkelser, skal opfylde visse betingelser for, at klagen kan behandles. For eksempel gælder der efter konventionens art. 35, stk. 2, (jf. for så vidt angår kommissionen den tidligere art. 27), den regel, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke må behandle nogen klage, som er anonym. Dette ses af nogle[420] som regler, der retter sig til klageren, altså til individer, fordi virkningen af ikke-overholdelse af reglerne er klagens afvisning fra realitetsbehandling[421].

Endelig kan nævnes den banale konstatering, at konventionsorga-

---

419. En tilsvarende regel var gældende for medlemmerne af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol efter den tidligere konventions art. 40, stk. 7.
420. Se for eksempel Castberg, »The European Convention on Human Rights«, s. 13.
421. Se om disse sager Laurids Mikaelsen: »European Protection of Human Rights«, kapit-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 163 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

nerne ifølge konventionens regler skal tage stilling til de klager, der bliver indbragt for dem. Dette indebærer uvægerlig, at nogle klagere vil modtage et for klageren ugunstigt resultat, for eksempel hvor konventionsorganerne finder, at et forhold, der er klaget over, falder uden for konventionens område. Her kan det drøftes, om en sådan afgørelse konstituerer en pligt for den enkelte klager. Man kan sige, at klageren bliver forpligtet i relation til konventionens afgrænsning, sådan som konventionsorganerne foretager den.

Også dette kan ses som en slags »pligt« for borgerne. Dette falder dog formentligt uden for den sædvanlige definition af pligtsubjektivitet. Det er i givet fald en pligt, den pågældende borger accepterer ved sin klage til konventionsorganerne, og som følger direkte af konventionen selv. Diskussionen af, om dette kan kaldes »pligtsubjektivitet«, foretages i kapitel 12.

2.1.7. Tentativ konklusion vedrørende ordlydsfortolkningen

Sammenfattende må man sige, at ordlyden i sig selv ikke giver belæg for at antage, at konventionen i det hele kan finde anvendelse mellem private. Derimod er der enkelte bestemmelser, der mere eller mindre udtrykkeligt angiver, at de kan anvendes mellem private, i hvert fald i et vist omfang. Her påkalder især art. 6 sig opmærksomhed som den bestemmelse, der klarest lægger op til anvendelse mellem private. Endvidere kan der peges på bestemmelser, som ud fra deres ordlyd ikke vil være særligt oplagte at anvende mellem private.

2.2. Andre fortolkningsdata

Det følgende afsnit omhandler andre fortolkningsdata, der kan være vejledende ved besvarelsen af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, bortset fra retspraksis, der er udskilt til behandling i kapitel 7.

2.2.1. Betydningen af anden international regulering

Tidligere er nævnt den forudsætning, som store dele af den folkeretlige teori har lagt til grund, nemlig at international ret ikke kan have indi-

---

lerne 5–9, der gennemgår Den Europæiske Menneskerettighedskommissions praksis ved afgørelse af, om en klager har overholdt de processuelle regler, som er en betingelse for at klage.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 164 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vider som retssubjekter, og især ikke som pligtsubjekter. Som nævnt opstiller denne forudsætning en ramme for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Men også opfattelsen af, om andre traktater kan anvendes mellem private, kan spille en rolle for argumentationen om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige anvendelse mellem private.

Et argument for, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i et vist omfang skulle kunne anvendes mellem private, har været, at andre Europarådskonventioner kan anvendes på denne måde. Da andre Europarådskonventioner er fortolkningsdata for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol[422], kan man efter denne argumentation forvente, at denne virkning vil »smitte af« på Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i det omfang, menneskerettighedskonventionen ikke i sig selv har denne virkning.

Endvidere kan man pege på, at også andre menneskeretlige konventioner – uden for Europarådets regi – kan anses for i et vist omfang at medføre accept af anvendelse af menneskerettigheder mellem private. Det har meget tidligt i debatten[423] været påpeget, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i sin præambel henviser til Verdenserklæringen om menneskerettigheder, der blev udstedt af FN i 1948. Det fremgår blandt andet af Verdenserklæringens præambel, at »every individual and every organ of society … shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms and by progressiv measures, national and international, to secure their universal and effective recognition and observance …«. Hertil kommer, at erklæringens art. 29, stk. 1, har følgende ordlyd: »Everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible«. Erklæringen kan på den baggrund ses som forpligtende også for individer på linie med stater. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions henvisning til Verdenserklæringen kan i det lys læses som en forventning om, at konventionen da også vil forpligte individer.

Også andre traktater, for eksempel Den internationale konvention

---

422. Jf. det i kapitel 4 anførte om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsmetoder.
423. I 1962 af Eissen, »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, s. 230f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 165 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

om borgerlige og politiske rettigheder, kan være fortolkningsdata for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. I det omfang sådanne traktater anses for at have virkning mellem private[424], kan det inddrages i argumentationen for anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private[425].

Endvidere kan henvises til, at private kan være pligtsubjekt for international ret. Individer som pligtsubjekter findes blandt andet indenfor den humanitære folkeret, for eksempel Nürnbergprocesserne og folkedrabskonventionen. Udover det ovenfor nævnte eksempel indenfor FN-systemet, hvorefter præamblen i FN's Menneskerettighedserklæring fra 1948 på baggrund af bestemmelsen om, at »hvert individ« skal stræbe efter at fremme respekten for menneskerettighederne, kan antages at have individet som pligtsubjekt[426], kan som et nyere eksempel henvises til Børnekonventionen, hvor ordlyden af nogle af bestemmelserne kan ses som rettet direkte til private.

Argumentets valør afhænger dog af, hvorvidt det generelt antages, at disse andre traktater kan anvendes mellem private.

Clapham antager, at international ret generelt har anerkendt anvendelsen af menneskerettighederne på private. Denne antagelse sammenholder han med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dynamiske fortolkningsstil. Da Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan inddrage anden international ret i fortolkningen af konventionen, for eksempel i form af FN-konventioner, vil en dynamisk fortolkningsstil efter hans opfattelse føre til, at også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention må anses for at gælde »i den private sfære«.

Det er dog nok et spørgsmål, om denne argumentation kan holde.

---

424. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, anfører, at de to FN-konventioner, International Convenant on Economic, Social and Cultural Rights og International Convenant on Civil and Political Rights, begge fra 1966 »imply Drittwirkung«.
425. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, gør meget ud af denne argumentation i sit kapitel 4, især s. 93ff.
426. I disse eksempler på, at international ret kan have private som pligtsubjekt, sondres der, så vidt jeg kan se, ikke mellem den situation, at den menneskeretlige regel kan anvendes direkte overfor individet, og den situation, at anvendelsen af den menneskeretlige regel er betinget af en gennemførelse af den pågældende regel i national ret. En del af eksemplerne kan ligeså godt læses som eksempler på regler, der pålægger staterne pligter til at gennemføre nationale regler med virkning for private borgere i den pågældende stat. Den meget brede forståelse af »anvendelse i den private sfære«, som Clapham lægger til grund andre steder i afhandlingen, gør sig også gældende her.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 166 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det er korrekt, at andre traktater inddrages i fortolkningsgrundlaget ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, men spørgsmålet er, om det, andre traktater bidrager med, ikke mest drejer sig om forståelsen af enkelte begreber. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er et så unikt system til beskyttelse af menneskerettighederne, at det må anses som tvivlsomt, om man ved fortolkningen af konventionen kan overtage dele af andre systemer.

Hertil kommer, at det ikke er alle, der er enige i, at for eksempel FN's konvention om borgerlige og politiske rettigheder kan anvendes mellem private[427].

Herudover kan man pege på, at den universelle Menneskerettighedsdeklaration fra 1948, som for eksempel i følge Clapham medfører pligter for individer, især i art. 29, hvis ordlyd er anført ovenfor, næppe kan anses for at være retligt bindende for staterne[428]. Dermed kan den så meget desto mindre være retligt bindende for individer.

Endelig må man sige, at en del af de FN-konventioner, der af tilhængere af denne teori påberåbes som støtte for anvendelse af menneskerettighederne mellem private, er hentet indenfor områder, der nok er beslægtet med menneskerettighedsbeskyttelse, men som ikke er menneskerettighedsbeskyttelse af samme karakter som Den Europæiske Menneskerettighedskonventions indhold. Regler inden for området, der normalt kaldes »humanitær folkeret« (folkedrabskonventionen, forbuddene mod pirateri eller flykapring) har et andet sigte og kan næppe anvendes til støtte for anvendelse af de traditionelle menneskerettighedsbestemmelser mellem private[429].

Samlet må man på den baggrund sige, at det er en meget vidtgående fortolkning, hvis man generelt af ovenstående argumentation vil udlede, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse mellem private. Men såfremt en anden traktat på et givet område må antages at kunne anvendes mellem private, kan det være et element

---

427. Se for eksempel M. Forde: »Non-governmental interferences with human rights«, s. 253ff., især s. 264.
428. Dixon: »Textbook on international law«, s. 311f., Akehurst: »A modern introduction to international law«, s. 100, Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 193. Spørgsmålet er dog ikke helt afklaret; se for eksempel B. G. Ramcharan: »The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights. Forty Years after the Universal Declaration«, s. 39ff., der vel nærmest mener, at deklarationen er bindende.
429. Se om den forskellige rubricering af disse regler denne afhandlings kapitel 3.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 167 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

i fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der taler i retning af, at også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal kunne anvendes i samme omfang.

Endvidere skal man ikke være blind for, at argumentationen ovenfor formentligt er et udtryk for en udvikling i forståelsen af individets status i forhold til den internationale ret – og en tendens i retning af at opfatte individet som i højere grad forpligtet af internationalretlige normer. Denne udvikling vil selvsagt smitte af på fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

2.2.2. »Konsensus-betragtninger«

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol lægger i sin fortolkning til en vis grad vægt på, om der kan findes en fælles vurdering af et problem, domstolen har fået forelagt, i de forskellige medlemslande. Hvis alle landene har den samme holdning til, hvordan det pågældende problem skal løses, vil denne holdning indgå i fortolkningen ved domstolen i Strassbourg.

En del af medlemsstaterne har i deres nationale retsorden til en vis grad accepteret anvendelse af menneskerettighederne mellem private[430].

Disse landes anerkendelse af muligheden af at anvende menneskerettighederne mellem private kan – på baggrund af domstolens praksis med at inddrage landenes holdning til et rejst problem – måske være med til at frembringe yderligere støtte for en udvikling, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke er (vil være) så tilbageholdende med at statuere anvendelse af konventionen mellem private. Påvirkningen kan være til stede, uden at det eksplicit kommer frem, at man har lagt vægt på landenes holdninger. Det må som tidligere nævnt[431] antages, at de forskellige landes domstole ikke blot påvirkes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, men at disse også påvirker dels hinanden, dels Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol[432].

---

430. Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 163ff., især s. 168f.
431. Se kapitel 2 og 3.
432. Se Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 179, hvor han refererer et ordskifte mellem en dommer og den hollandske regerings repræsentant under sagen X og Y mod Holland (A 91). Dommeren ønsker at vide, hvorvidt »Drittwirkung« er anerkendt

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 168 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Disse forhold kan være elementer, der påvirker udviklingen i retning af større accept af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private.

2.2.3. Forarbejderne til konventionen

Som det fremgår af gennemgangen i kapitel 4, lægger Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke vægt på forarbejder til konventionen i samme grad, som den danske Højesteret for eksempel lægger vægt på forarbejder ved fortolkning af et givet retsgrundlag. Forarbejdernes indstilling til spørgsmålet om anvendelse mellem private spiller derfor ikke en særlig betydningsfuld rolle for vurderingen af, hvorvidt konventionen faktisk kan anvendes mellem private.

Forarbejderne[433] tager ikke udtrykkeligt stilling til spørgsmålet[434]. Det samlede indtryk af forhandlingerne og de foreløbige udkast til konventionen, som fremgår af forarbejderne, er, at de, der deltog i arbejdet, udformede en rent folkeretlig konvention. De drøftede ikke konventionens mulige virkninger mellem private.

Selvom det muligvis ikke var intentionen fra skaberne af konventionen, at den skulle have virkning mellem private, udelukker dette på baggrund af domstolens holdning til forarbejdernes vægt ikke, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fortolker konventionen således, at retlige konflikter mellem private skal løses under inddragelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, eller at nationale

---

efter den hollandske forfatning. Sagen X og Y mod Holland er en af de ledende sager om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private. Dommen er nærmere refereret nedenfor i kapitel 7.

433. Travaux Preparatoires; se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 57 for en oversigt over, hvor forarbejderne til konventionen og de enkelte tillægsprotokoller er optrykt. Travaux Preparatoires kan blandt andet findes på Det Danske Center for Menneskerettigheders bibliotek.

434. Se hertil også Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 163ff., især s. 168, hvor det anføres, at forarbejderne ikke lægger op til drittwirkung, samt for eksempel Spielmann: »L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées«, der vedrørende konventionens art. 1 s. 35 anfører: »Les travaux préparatoires de la Convention etant muets au sujet de la Drittwirkung …«. (»Mens forarbejderne er tavse for så vidt angår emnet Drittwirkung …«, min oversættelse).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 169 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

myndigheder finder, at konventionen kan anvendes mellem private på det nationale plan[435].

2.2.4. Formålsfortolkning

Et argument, der ofte dukker op i diskussionen om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eventuelle anvendelse mellem private, er, at der er behov for en sådan anvendelse.

Clapham peger for eksempel på, at der generelt i Europa igennem længere tid har været en tendens til privatisering[436]. Opgaver, der tidligere var offentlige, overgår til privat regi. Han nævner som eksempler fra Storbritannien private hospitaler og private fængsler. Denne udvikling skaber et behov for beskyttelse mod, at de »nye« opgaveløsere i det private regi overtræder menneskerettighederne – i lighed med det behov for beskyttelse mod misbrug af offentlig magt, der har ført til menneskerettighedernes fremkomst.

Argumentationen om, at der som følge af den magt, private kan udøve, er et særligt behov for at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, er til dels retspolitisk[437]. Selve den tendens, der peges på, er imidlertid uomtvistelig. I takt med, at opgaver lægges over til private, bliver der faktisk et øget behov for beskyttelse. Ved at påpege behovet for beskyttelse har man imidlertid ikke har sagt noget om, i hvilken form eller på hvilket retligt niveau, denne beskyttelse skal konstitueres. Clapham peger[438] selv på, at almindelige regler om erstatning og regler i strafferetten finder anvendelse på de private, der måtte krænke principper, der også genfindes indenfor menneskerettighederne. Han finder dog ikke beskyttelsen gennem straffeloven og erstatningsretlige regler tilstrækkelig og anfører, at »The succes of the international supervision of human rights is due to its ability to highlight an abnormal situation where human dignity is

435. Se herom Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 163ff., især s. 168.

436. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 94 og s. 126.

437. Dette erkendes da også af Clapham: »Human Rights in the private Sphere«, der s. 2 anfører, at hans studie er »both descriptive and prescriptive«. S. 126, hvor argumentationen om privatisering især udvikles, bærer hans sprogbrug præg af, at der er tale om en retspolitisk argumentation. Han anfører blandt andet, at en »traditionel reading of human rights law as only applicable to state officials would leave many »private« actors outside the human rights dia-logue«.

438. Clapham: »Human Rights in the private Sphere«, s. 126.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 170 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

threatened through the inability of the law to guarantee basic human rights«.

At pege på behovet for beskyttelse er imidlertid ikke det samme som at have påvist, at denne beskyttelse skal gennemføres ved at lade Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finde anvendelse mellem private.

Ikke desto mindre har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ved sin udvikling af konventionen i retspraksis lagt til grund, at staten ikke ved at uddelegere opgaver, der tidligere har været henført til staten selv, til private, kan undslippe sine forpligtelser efter konventionen[439].

Argumentet kan ses i forbindelse med Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols generelle fortolkningsstil, hvorefter konventionens formål og effektive gennemførelse er et vigtigt fortolkningsparameter.

På den baggrund kunne man forestille sig, at menneskerettighederne især finder anvendelse mellem private i situationer, hvor der er risiko for magtmisbrug – det vil sige i en situation, hvor der er ulighed mellem de to private parter[440].

Alkema drøfter spørgsmålet blandt andet under denne synsvinkel[441]. Han beskriver nogle typesituationer, hvor der i hvert fald er behov for anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Han antager måske også, at tendensen til at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private har størst gennemslagskraft i disse situationer.

Alkema nævner blandt andet beskyttelse af individet overfor fagforeninger, kooperationer, monopoler, samt privathospitaler, og anfører, at over for private, der ikke er »semi-offentlige« eller »rivaler til statsmagten«, er behovet for beskyttelse mindre. Han peger endvidere på en række privatretlige situationer, hvor parterne ikke er lige, for eksempel arbejdstager – arbejdsgiver relationen.

---

439. Se for eksempel dommen A 247-C, Costello-Roberts mod United Kingdom, dom af 25. marts 1993.
440. Allerede Rivero omtalte i sin artikel »La protection des droits de L'homme dans le rapports entre personnes privèes«, s. 315f., dette aspekt af menneskerettighederne generelt (hans artikel omhandlede ikke specifikt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention). Denne vinkel af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private har også været inddraget i den tyske debat om Drittwirkung, jf. kapitel 5.
441. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 34 og 40f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 171 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det er derfor et element i den teoretiske diskussion, om ulighed mellem de involverede private betyder noget ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols vurdering af, om der konkret er sket en krænkelse af konventionen i en konflikt mellem to private, hvorimod et argument om, at fordi der er behov for, at konentionen anvendes mellem private, vel ikke i sig selv kan udgøre andet end et retspolitisk ræsonnement.

3. Konklusion

På baggrund af ovenstående gennemgang kan det konkluderes, at enkelte af bestemmelserne er formuleret således, at der er en begrundet formodning for, at disse bestemmelser kan anvendes mellem private.

Især konventionens art. 6 må antages at have en sådan virkning, ligesom figuren »the rights of others« i stk. 2 til art. 8-11 må antages at lægge op til en afvejning af privates interesser overfor hinanden.

Ser man bort fra ordlyden af disse enkelte bestemmelser og ser på konventionen som et hele, kan det være svært i konventionens ordlyd at finde argumenter for konventionens anvendelse på privates retsforhold. Konventionens opbygning med en række materielle bestemmelser, hvis overholdelse sikres af et kontrolsystem, der alene retter sig mod staterne, taler mod anvendelse mellem private. Heroverfor kunne man argumentere med, at dette forhold alene skyldes, at konventionen er blevet til som led i en internationalretlig regulering, og kontrolsystemets formelle opbygning ikke hindrer, at de materielle bestemmelser finder anvendelse mellem private.

Der kan på den anden side ikke af ordlyden udledes nogen hindring for at anvende konventionen mellem private.

Imidlertid kan man finde andre fortolkningsdata til støtte for en argumentation, der er positiv overfor tanken om anvendelse af menneskerettighederne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Rækkevidden af disse er dog ikke klar.

For at få overblik over retsstillingen er det imidlertid nødvendigt at inddrage retspraksis. Det sker i næste kapitel.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 172 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 7

Det transnationale fortolkningsfællesskabs opfattelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention mellem private. Retspraksis og doktrinen om positive forpligtelser

1. Indledning

Formålet med dette kapitel er at fortsætte undersøgelsen af, hvilke krav den internationale ret stiller til dansk ret vedrørende anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Det fremgår af det foregående kapitel, at konventionens ordlyd og forarbejder ikke yder megen vejledning med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt konventionen kan anvendes mellem private.

I retspraksis har der imidlertid efterhånden udviklet sig en doktrin om »positive forpligtelser«, der har vist sig at have stor betydning for spørgsmålet om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private. Denne retspraksis er emnet for dette kapitel.

Indledningsvis kan begrebet »positive forpligtelser« fastlægges som en pligt for staten til aktivt at tage skridt til at sikre opfyldelsen af konventionens krav (i modsætning til statens pligter til at afholde sig fra indgreb i en given rettighed). Som eksempel på en positiv forpligtelse kan nævnes art. 2 i tillægsprotokol 1, hvorefter ingen må nægtes retten til uddannelse. Bestemmelsen fortolkes som en pligt for staten til at stille et gratis uddannelsesystem til rådighed på grundskoleniveau[442]. Som det ses af eksemplet, berører en positiv pligt for staten ikke nødvendigvis forholdet mellem private. Men hvor en rettighed i konven-

442. Se herom Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 465.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 173 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tionen indebærer en positiv pligt, som staten har overfor en privat, og hvor staten kun kan opfylde pligten ved at involvere andre privates retsforhold, får doktrinen betydning for reguleringen af retsforhold mellem private. Hvor for eksempel konventionens art. 8 antages at indebære en pligt for staten til at sikre en privats muligheder for at bebo sit hjem uden at blive udsat for sundhedsfarlig forurening, kan staten ofte kun opfylde denne forpligtelse ved også at regulere private fabrikkers forurening[443].

Begrebet »statens pligt til at afholde sig fra indgreb« overfor begrebet »positive forpligtelser« kan ses som udtryk for et sammenstød mellem en liberalistisk tilgang til menneskerettighederne over for en tilgang til menneskerettighederne, hvor staterne pålægges pligter i højere grad.

Doktrinen om positive forpligtelser har rødder mange steder; i den almindelige folkeret, i den retspraksis, der gennem årene er fremkommet fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, og i den teori, der har knyttet sig mere direkte til denne retspraksis, og som igen har inddraget tysk teori om Drittwirkung. Endvidere må man tro, at disse forskellige rødder har påvirket hinanden, selvom det ofte kan være svært at eftervise, hvordan og i hvilket omfang[444].

På den baggrund kan det næppe lade sig gøre at fremstille udviklingen af doktrinen fuldstændig kronologisk, for selvom udviklingen i retspraksis til en vis grad er forløbet som en jævnt fremadskridende proces, medfører det forhold, at begrebet har rødder i så mange kilder, at en kronologisk fremstilling næppe vil være udtryk for, hvordan processen konkret er forløbet.

Udviklingen af konceptet »positive forpligtelser« viser en stigende tendens til at fordre, at konventionen bliver taget i betragtning mellem private, en udvikling der næppe er tilendebragt endnu. Det er derfor nødvendig at foretage en forholdvis grundig gennemgang af, hvordan begrebet har udviklet sig i teori og international retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

---

443. Se Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols dom i sagen A 303-C, Ostra mod Spanien, afsagt den 9. december 1994. Dommen gennemgås nedenfor.

444. Se som et eksempel Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 179, der refererer til et ordskifte om Drittwirkung under sagen X og Y mod Holland (A 91). Her kan en forbindelse mellem den teoretiske diskussion i Tyskland og overvejelserne om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private og domstolens retspraksis påvises.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 174 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2. Statens pligter i henhold til den almindelige folkeret

Da Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er en del af den almindelige folkeret og henter mange af sine fortolkningsmetoder dér, er det mest naturligt at starte i den almindelige internationale ret.

Den almindelige internationale ret indeholder en række regler om staters ansvar for brud på den internationale rets regler[445]. Det gælder både brud på sædvaner og på traktater og konventioner, den pågældende stat har tiltrådt. De følgende bemærkninger tager alene sigte på reglerne for brud på indgåede aftaler, herunder specielt på staters ansvar for brud på Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Indledningsvis kan nævnes, at vurderingen ved internationale organer af, om der er sket et brud på en indgået aftale, sker efter international ret og ikke for eksempel efter den pågældende stats interne ret. En stat kan ikke påberåbe sig sin interne ret som begrundelse for et aftalebrud[446].

Endvidere kan det nævnes, at en stat kan blive ansvarlig både for handlinger og undladelser.

2.1. Retsvirkningen af brud på en internationalretlig aftale

Inden drøftelsen af de nærmere regler for, hvornår staten ifalder ansvar, er det relevant at ridse op, hvilke retsvirkninger en stats brud på en traktats eller konventions regler kan medføre. Der kan tænkes forskellige retsvirkninger.

Udgangspunktet er, at når en stat har krænket bestemmelserne i en traktat eller konvention, som staten har tiltrådt, har staten pligt til så vidt muligt at redressere skaden, således at retstilstanden bliver, som om krænkelsen ikke havde fundet sted. Hvis dette på grund af krænkelsens karakter ikke er muligt, kan retsvirkningen af krænkelsen være, at staten har pligt til at betale erstatning[447]. Det skal her bemærkes, at det efter almindelig international ret ikke altid kræves, at der kan peges på en decideret skade som følge af den konventionskrænkende handling

445. Se nærmere om Den Internationale Lovkommissions arbejde med fastlæggelse af regler herom Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 513ff.
446. Se for eksempel Dixon: »Textbook on international law«, s. 220.
447. Se for eksempel Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 110.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 175 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

eller undladelse, for at der kan idømmes erstatning[448]. Selve det, at der er sket en krænkelse af den internationale aftale, kan begrunde erstatningskravet.

Udover disse retsvirkninger kan man også forestille sig andre, der ligger mere fjernt fra de retsvirkninger, man normalt forbinder med brud på eksisterende regler, for eksempel at staten giver en undskyldning for krænkelsen[449].

2.2. Hvilke aktører kan aktivere en stats ansvar for konventionskrænkelser?

Et brud på en folkeretlig regel vil altid skyldes menneskelig handlen eller undladelse. Emnet for denne afhandling er, hvordan retsstillingen er, når en privat foretager en handling eller undladelse, der kan udgøre en krænkelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det er derfor af interesse at afgrænse, hvilke aktører der må anses for at være »private« – i modsætning til aktører, som staten hæfter for, fordi de har handlet på statens vegne.

I Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 34 er blandt andet følgende anført:

> »Domstolen kan modtage klager ... fra enhver person, enhver ikke-statslig organisation eller gruppe af enkeltpersoner, der hævder at være blevet krænket af en af de Høje Kontraherende Parter i de rettigheder, der er anerkendt ved denne konvention«.

Dette er i overensstemmelse med konventionens art. 1, hvorefter det netop er »de høje kontraherende parter«, der skal sikre borgerne konventionens rettigheder og friheder.

I det følgende skal med udgangspunkt i den almindelige folkeret fastslås, hvad der i denne sammenhæng skal forstås ved »de høje kontraherende parter«. Hvilke organers handlinger eller undladelser kan udgøre en krænkelse af konventionen? Eller med andre ord: Hvem hæfter staten for?

---

448. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 111f., og Dixon: »Textbook on international law«, s. 220.
449. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 112, og Dixon: »Textbook on international law«, s. 227.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 176 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Efter de almindelige folkeretlige regler kan staten hæfte for både organer og personer, der handler på vegne af staten.

2.2.1. Statens ansvar for organer

Afgørelsen af, om et organ har en sådan status i forhold til staten, at staten kan blive anset for at være ansvarlig for organets handlinger, afgøres efter international ret. National ret kan spille en rolle ved vurderingen, for eksempel ved sin angivelse af, hvordan organet er placeret i forhold til det statslige apparat, men afgørende for, om staten bliver anset for at være ansvarlig for organets handlinger eller undladelser, er den internationale ret[450].

Folkeretligt er det umiddelbare ansvarssubjekt statens regering. Heri ligger dog kun, at det er regeringen, der processuelt tegner staten udadtil.

Hertil kommer de statsorganer, der udgør de øverste statsmyndigheder; den lovgivende, den dømmende og den udøvende magt[451]. Det er således *alle* statens organer, der er forpligtede efter konventionen, uanset om de er underlagt instruktionsbeføjelse fra regeringen eller ej. Domstolenes selvstændige stilling kan således ikke påberåbes af regeringen som grund til ansvarsfritagelse, hvis en påstået krænkelse stammer fra en handling eller beslutning udført eller truffet af de nationale domstole[452]. Ligeledes er forvaltningen forpligtet til at overholde konventionen.

Ansvaret indtræder også uafhængigt af, hvilken rolle staten optræder i. Selvom staten optræder i en rolle, som primært er privatretlig, for eksempel som arbejdsgiver, er den stadig ansvarlig for sine handlinger og undladelser i relation til overholdelse af konventionen[453].

---

450. Dixon: »Textbook on international law«, s. 223.
451. Se hertil Ole Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 517, Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103, og Dixon: »Textbook on international law«, s. 223f. Se endvidere van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 119.
452. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103. Se også for eksempel van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 120. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 42, er lidt forsigtig; han anfører, at »the State's responsibility may be for the shortcomings of its legislation but this responsibility also – incidentally – extends to shortcomings in judicial decisions«.
453. Se for eksempel Ole Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 518, og Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 177 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Efter den almindelige internationale ret indtræder statens ansvar uafhængigt af, hvor det konventionskrænkende organ er placeret i det statslige hierarki og uafhængigt af en eventuel opdeling i provinser, delstater m.v.[454]. Kravet for at anse et organ for at være et »statsligt« organ i konventionens forstand er dog, at dette udøver magt på statens vegne[455].

I overensstemmelse med dette har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udtalt, at en stat ikke kan frigøre sig for sine forpligtelser til at overholde konventionen ved at delegere magt ud til andre organer end de statslige[456].

Dette betyder, at også kommuner og andre offentlige myndigheder, der udøver offentlig magt, er omfattet af statens pligter efter konventionen[457]. Den tyske stat er af Den Europæiske Menneskerettighedskommission blevet anset for ansvarlig for Den tyske Lutheranske Kirke[458], idet kommissionen lagde vægt på, at kirken udøvede magt, som den tyske stat havde delegeret til den.

Staten er således ansvarlig for hvert organ, der udøver offentlig magt[459].

---

on Human Rights«, s. 39. Dette skal ikke forveksles med situationen, hvor en stat begår brud på en kontrakt indgåede med private. Se herom Dixon: »Textbook on international law«, s. 244ff.

454. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103, og Dixon: »Textbook on international law«, s. 223f.

455. Dixon: »Textbook on international law«, anfører s. 224, at reglen om statens ansvar »applies to local administrations which exercise governmental authority …«.

456. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 120, der i note 104 henviser til dommen A 70, Van der Mussele mod Belgien, dom af 23. november 1983.

457. Se Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, s. 75, hvor der refereres til en sag, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskommission afviste en klage fra nogle kommuner, fordi disse ikke kunne anses klageberettigede i henhold til den dagældende art. 25 (nu art. 34), idet de udøvede offentlige funktioner på statens vegne og derfor måtte anses for at være »governmental organisations«. Se desuden samme s. 91. Se endvidere Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 31, som vil udstrække anvendelsen også til »statslige selskaber«. Se også Ida Elisabeth Koch: »Sikring af sociale (menneske)rettigheder under kommunalt selvstyre«.

458. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights« refererer s. 39 til sagen som sag nr. 8363/78.

459. Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, s. 91, der refererer til 5310/71.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 178 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.2.2. Statens ansvar for personers handlinger og undladelser

Spørgsmålet er herefter, hvilke personer staten er ansvarlig for. Man kunne forestille sig begrænsninger i statens ansvar, for eksempel for så vidt angik underordnede eller personer, der havde handlet uden at følge statens instruktioner.

Dette er imidlertid ikke tilfældet. Efter den almindelige internationale ret hæfter staten for sine statsorganers handlinger og undladelser i tjenesten, uanset den agerende persons hierarkiske placering[460] og uanset hvilken rang den pågældende har[461]. Staten hæfter ligeledes, uanset om personen har overskredet sin bemyndigelse, når blot organets handling/undladelse ligger indenfor det pågældende organs sædvanlige legitimationsområde[462]. Såfremt organet har handlet helt udenfor sit sædvanlige legitimationsområde, hæfter staten derimod »som altovervejende hovedregel« ikke[463].

2.3. Statens ansvar for private

2.3.1. Udgangspunktet

Det klare udgangspunkt er, at staten ikke er internationalretligt ansvarlig for privates handlinger eller undladelser, når disse ikke er foretaget på statens vegne.

Klager over påståede krænkelser foretaget af private kan i overensstemmelse hermed som udgangspunkt ikke indbringes for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Dette følger direkte af konventionens art. 34, der er citeret ovenfor. Den, der hævder at være blevet krænket i sine rettigheder efter konventionen af et privat individ, har herefter ikke klageadgang herover. Kun stater, ikke private, er ansvarssubjekter ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Heraf følger, at selvom en sag måtte have sit udspring i en konflikt,

---

460. Dixon: »Textbook on international law«, s. 224.
461. Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, s. 91.
462. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 100f., og Dixon: »Textbook on international law«, s. 223.
463. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 101. Dixon: »Textbook on international law«, s. 224, åbner ikke mulighed for undtagelser fra denne regel, men anfører blot, at staten ikke bliver ansvarlig, når »the state organ is not acting as a state organ«. Se også Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 518f., der ikke finder, at der skulle gælde et almindeligt princip om, at staten skulle kunne fralægge sig sit ansvar i en sådan situation.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 179 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

som er opstået mellem private, kan konflikten ikke komme til udtryk som en konflikt mellem private på det internationale niveau.

Det følger af konventionens art. 35, stk. 3 (jf. den tidligere art. 27, stk. 2), at en klage skal afvises, »når den anses for uforenelig« med bestemmelserne i konventionen. Hvis en klage er indgivet som en klage over, at et privat individ skulle have krænket konventionen, afvises sagen derfor[464]. Der har for eksempel blandt andet været tale om klager over private skoler, private arbejdsgivere, banker eller private medier.

At staten ikke hæfter for privates eventuelle krænkelser af konventionen følger således af konventionsteksten selv.

Imidlertid kan der være nogen uklarhed om, hvem der er »privat« aktør i relation til konventionen. Det er ikke nødvendigvis afgørende, om den pågældende er »ansat« af staten, men snarere om den pågældende udfører funktioner, som efter konventionsorganernes opfattelse er »statslige«. Man kan måske tale om en mellemgruppe mellem de »rene« statslige aktører og så de »rent« private aktører.

For eksempel har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i nogle sager beskæftiget sig med staters ansvar for advokaters udøvelse af deres gerning, når denne udøvelse skete i henhold til udnævnelse eller beskikkelse fra statens side[465]. Her har domstolen i nogle sager anset staten for at være ansvarlig for advokatens fejl under sagen. Dette ses af nogle som et eksempel på, at advokater kan være statslige aktører i nogle sammenhænge[466].

Et særligt problem udgøres af organer, der tidligere uden tvivl har

---

464. Se herom van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 119f. Se endvidere om denne praksis blandt andet Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, s. 90ff., der refererer til en række sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskommission har afvist behandlingen af sager, fordi de påståede krænkelser, klagen vedrørte, var foretaget af private. Se også Nina Holst Christensen og Jon Kjølbro: »Den Europæiske Menneskerettighedskommissions admissibilitetspraksis i danske klagesager (1989 til 1997), særligt s. 384 om afvisning af klager over private.

465. Se A 37, Artico mod Italien, dom af 13. maj 1980, og A 70, Van der Mussele mod Belgien, dom af 23. november 1983.

466. Se Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 39, der ser dommen som et eksempel på, at advokaten af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol anses for at have »acted in an official capacity«. Han ser dette (s. 40) som et udslag af domstolens »autonome fortolkning« – det er ikke afgørende for domstolens afgørelse, om en aktør efter national ret er »privat«. Se også Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, s. 92.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 180 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

været statslige, men som – måske endda mens sagen om dem verserer ved konventionsorganerne – bliver privatiserede[467]. En del af disse privatiseringer foregår ved, at man lægger de tidligere offentlige funktioner over i et selskab med offentlig indflydelse. I den situation må der foretages en konkret vurdering.

Endeligt gælder det efter den almindelige internationale ret, at en stat dog er ansvarlig for privates handlinger i det omfang, staten selv har tilskyndet eller givet tilladelse til dem[468].

2.3.2. Doktrinen om positive forpligtelser

Spørgsmålet om statens ansvar for private kan også beskrives ud fra en anden synsvinkel; nemlig som et spørgsmål om statens positive pligter. Doktrinen om positive pligter og ansvar for stater hænger sammen.

Ovenfor sondredes mellem klager over statslige aktører og klage over private aktører. Imidlertid har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis medført, at stater i visse situationer kan anses for ansvarlige i situationer, hvor den oprindelige krænkelse af foretaget af ikke-statslige aktører.

Det skal dog understreges, at det internationalretlige udgangspunkt stadig er, at staten kun er ansvarlig for egne handlinger[469].

Inden for den almindelige internationale ret opereres der med, at staten kan have forpligtelser til i et vist omfang at sikre, at private individer ikke krænker almindelige internationale regler og til at efterforske sagen og retsforfølge de pågældende, hvis en sådan krænkelse alligevel har fundet sted[470].

Denne figur drøftes i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som et begreb, hvor en stat kan anses ansvarlig i det omfang, den undlader at opfylde sine »positive forpligtelser«. I den forbindelse kan staten ifalde ansvar, hvis en privat krænker konven-

---

467. Se for eksempel A 44, James, Webster and Young, dom afsagt 13. august 1981. Her havde Britsh Rail tidligere været et statsligt organ, men var blevet privatiseret. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tog ikke stilling til, om British Rail var statslig eller ej.
468. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103 (note 4), Dixon: »Textbook on international law«, s. 224f., og Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 120.
469. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103, Dixon: »Textbook on international law«, s. 223, og Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 130.
470. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103f., og Dixon: »Textbook on international law«, s. 226f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 181 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tionen, såfremt det skyldes statens undladelse, at denne krænkelse var mulig. Det er således ikke den privates handling, staten ifalder ansvar for, men egne undladelser.

»Positive forpligtelser« er således ikke en doktrin om konventionens pligtskabende virkninger for private, men et udtryk for staters pligt til at opfylde en tiltrådt traktat, og en tilgang til, hvad der kræves for at kunne anse en sådan traktat for opfyldt.

Indenfor menneskerettighedsområdet vil en traktat ofte kræve noget negativt af den kontraherende stat, nemlig at staten skal afholde sig fra indgreb i bestemte områder. Imidlertid kan en menneskeretlig traktat kræve positive handlinger af den kontraherende stat. Dette kan være udtrykkeligt fastsat i traktaten. For eksempel kræver Den Europæiske Menneskerettighedskonventions tillægsprotokol nr. 1, art. 2, der i 1. pkt. bestemmer, at »ingen må nægtes retten til uddannelse«, at staten aktivt stiller uddannelse til rådighed.

Positive forpligtelser kan også følge af bestemmelser, der ikke er formuleret som et krav på en aktiv handlen fra statens side. Det har således været drøftet, om art. 2, hvorefter »ethvert menneskes ret til livet skal beskyttes ved lov« og »ingen forsætligt (må) berøves livet …«, medfører en positiv pligt for staten til at stille livvagter til rådighed for personer, der er truet af terrororganisationer.

Endvidere kan en positiv pligt opstå ved dynamisk fortolkning af en bestemmelse, der indebærer en vis pligt for staten. Her kan henvises til Airey-sagen[471], hvor kravet i art. 6 om »fair trial« fortolkedes som en pligt for den irske stat til at sikre en person mulighed for at få sin separationssag prøvet af domstolene.

Hvis staten forsømmer at efterkomme en sådan positiv pligt, vil den blive ansvarlig efter de almindelige folkeretlige regler, der også gælder i sagerne for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol[472].

Efter den almindelige internationale ret har stater, når de har indgået en traktat, også i et vist omfang pligt til at forhindre individer i at krænke traktaten, og pligt til at sikre, at traktaten bliver opfyldt ved at retsforfølge og eventuelt straffe de, der krænker traktaten, og ved at

---

471. A 32, Airey mod Irland, dom afsagt den 9. oktober 1979.
472. Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 120.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 182 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

sikre oprejsning for den krænkede[473]. Hvis staten forsømmer dette, kan den blive ansvarlig for sin undladelse. Staten bliver således ansvarlig for en handling, der er foretaget af en privat. En af konsekvenserne af denne udvidelse af statens ansvarsområde til ikke kun at dække egne områder, men også i et vist omfang privates handlinger, er, at konventionsorganer må foretage en vis bedømmelse af privates handlingers betydning for ansvarsforholdet for staten, og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention får således en indirekte betydning for bedømmelsen af privates handlinger.

Den private selv bliver naturligvis ikke ansvarlig i det internationale system.

3. Positive pligter i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Allerede Eissen stillede i 1962[474] spørgsmålet, om ikke de almindelige internationalretlige regler om staters internationalretlige ansvar for handlinger begået af private ville finde anvendelse på de pligter, staterne har efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. På sin vis var det en profetisk udtalelse; det, der endeligt slog igennem i diskussionen om anvendelse af menneskerettighederne mellem private, var denne synsvinkel og kun i mindre grad drøftelser om ordlyden af konventionen. Udviklingen heraf baserede sig på den retspraksis, der blev udviklet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og den teori, der udvikledes i tilknytning hertil.

I overensstemmelse med den idé, der danner grundlag for afhandlingens opfattelse af det juridiske fællesskabers funktion, kan der ikke peges på en bestemt forfatter eller en bestemt dom, der konstituerede tanken om positive forpligtelser; der er snarere tale om fælles, internationalretligt tankegods, som har udviklet sig i takt med, at domstolen afsagde domme på området, domme der så blev analyseret af teorien, hvilken analyse igen har inspireret domstolen til at forholde sig mere aktivt til spørgsmålet.

---

473. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103, og Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 120.
474. Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, s. 244.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 183 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3.1. De første skridt i retning af konceptet »positive pligter«

Det var ikke alle teoretikere, der i starten af konventionens levetid forholdt sig til spørgsmålet om, hvor langt statens pligter efter konventionen rakte, og om disse for eksempel også dækkede handlinger begået af private mod private[475]. Dette kan skyldes, at begrebet »positive forpligtelser« var en del af den almindelige internationale ret, og at det derfor ikke var nødvendigt at drøfte det yderligere, eller – modsat – at disse teoretikere ikke havde forestillet sig en anvendelse, der rakte ud over en rent liberalistisk anvendelse af konventionen.

Den sidste fortolkning støttes af det forhold, at det fra starten ikke var meningen, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skulle indeholde andet end »negative« rettigheder[476].

I starten af konventionens levetid fandt diskussionen ikke udtryk i en diskussion om »positive forpligtelser«, men at substansen i den diskussion, der nu foretages under overskriften »positive forpligtelser« var en del af det fælles-europæiske tankegods meget tidligt, fremgår blandt andet af diskussionerne på en menneskerettighedskonference i Wien i 1965, hvor spørgsmålet diskuteredes under overskriften »ordre public«[477]. Begrebet »ordre public« forstås i den nævnte artikel anderledes end den forståelse, der er sædvanlig i dansk ret, hvor begrebet betegner en begrænsning i anvendelsen af fremmed ret under henvisning til ufravigelige retsprincipper[478]. Man må nærmest forstå artiklen som en artikel om, hvad man i dansk ret ville kalde »jus cogens«, altså præceptive regler med udspring i den internationale ret[479]. Artiklens forfatter

---

475. Hos J. E. S. Fawcett: «The application of the convention of human rights«, spiller denne diskussion for eksempel ingen særlig rolle.
476. Se P. H. Teitgen: »Introduction to the European Convention on Human rights«, særligt s. 10.
477. A. H. Robertson: »Human Rights in National and International law«, The Proceedings of the Second International Conference on the European Convention on Human Rights held in Vienna 18–20 october 1965. Se s. 97ff.: Ganshof van der Meerschs indlæg, særligt s. 105 og 131.
478. Se Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 240, Germer: »Indledning til folkeretten«, s. 38ff., og Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 150.
479. Jf. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 35 og 66. Denne begrebsforståelse havde da også en anden deltager i konferencen, se herom Egon Schwelbs indlæg s. 146 i ovennævnte A. H. Robertson: »Human Rights in National and International law«, The Proceedings of the Second International Conference on the European Convention on Human Rights held in Vienna 18–20 october 1965.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 184 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

finder, at konventionen i et vist omfang har denne karakter af »ordre public« og udleder af dette forskellige pligter for staterne blandt andet til ex officio at påse, at konventionen overholdes mellem private, også ved domstolene, dog muligvis kun i de lande, der har inkorporeret den. Artiklens synsvinkel slog ikke igennem i den senere udvikling, men den er interessant som et eksempel på en drøftelse af, hvilke pligter staterne har overfor det internationale samfund blandt andet i relation til forholdet mellem private.

3.1.1. Konceptet indkredses

Senere blev diskussionen mere målrettet mod spørgsmålet om, hvorvidt staternes pligter rakte ud over pligten til selv at afstå fra indgreb i de rettigheder, konventionen omhandler.

I 1970 afholdtes det tredje Internationale Kolloquium om menneskerettigheder i Bruxelles[480]. Dette kolloquium er et eksempel på, at der ikke kan sondres mellem retspraksis og teori – i kolloquiet deltog foruden ledere af juridiske fakulteter i forskellige europæiske lande en lang række personer med tilknytning til konventionsorganerne, enten som ansatte i sekretariater for de forskellige konventionsorganer eller som medlemmer af kommissionen eller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Kolloquiet var baseret på en udveksling af idéer, der var – eller blev – fælles idéer, der dannede grobund for den videre håndtering af konventionens bestemmelser i konventionsorganerne og i de teoretiske fremstillinger fremover.

Kolloquiet fokuserede primært på beskyttelsen af privatlivets fred, og i den forbindelse diskuteredes privates beskyttelse overfor andre private – nu koblet sammen med begrebet Drittwirkung[481]. Den »rapporteur«, der var udpeget til at behandle emnet om art. 8's mulige anvendelse mellem private – Jan de Meyer – fokuserede, udover på ordlyden, på kommissionens praksis, idet man på det tidspunkt ikke havde megen praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det fremgår heraf, at kommissionen på det tidspunkt ved afvisning af

480. Se A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights«, Bruxelles, 30. sept. til 3. oct. 1970.

481. Se A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights«, Bruxelles, 30. sept. til 3. oct. 1970: Begrebet Drittwirkung nævnes i indledningen s. IX og i introduktionen s. 9. Se om selve drøftelsen især s. 255 til 275, hvor Jan de Meyer drøfter art. 8 og privates indbyrdes forhold.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 185 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

klager, der måtte opfattes som rettede mod private individer, foretog en undersøgelse af, hvorvidt »the action of the persons in question could in any circumstances have involved the international responsability of the respondent State ...«[482]. At det almindelige internationale ansvar for staten for krænkelser, der bliver begået af private, men som staten er ansvarlig for, kunne have betydning for reguleringen af privates retsstilling, lå dermed i kortene for deltagerne i dette fortolkningsfællesskab også på dette tidspunkt.

Jan de Meyer konkluderede[483], at idéerne om menneskerettighedernes anvendelse udover i forholdet mellem stat og borger havde vundet terræn siden 2. verdenskrig. Hans egen konklusion om, hvorvidt der kunne siges at være en sådan udvidet anvendelse af konventionen, var til gengæld ikke helt klar; det anførtes blot, at hvis princippet om en udvidet anvendelse af konventionen accepteres, da er staterne forpligtede til at sikre, at konventionens regler beskyttes, både i forholdet mellem borgerne indbyrdes og overfor staten, og at en sådan forpligtelse må være bindende for alle statens organer; både den lovgivende, den udøvende og den dømmende myndighed. Holdningen overfor anvendelse af konventionen mellem private er dog positiv. På grund af den lidt tøvende konklusion fremgår det ikke, hvorvidt Jan de Meyer er af den opfattelse, at konventionen pålægger staterne en decideret pligt til – også på det nationale plan – at tillægge konventionen effekt mellem private indbyrdes, eller hvilken udstrækning en sådan pligt i givet fald måtte have.

Den forsigtigt positive holdning, som kolloquiets »rapporteur« gav udtryk for, betyder ikke, at der ikke i fortolkningsfællesskabet var modstandere af den linie, der kom til at tegne sig; på det omtalte kolloquium fandtes argumenter mod en udvidet anvendelse udover i ordlydsfortolkning og konsekvensfortolkning af konventionen også i en henvisning til konventionens art. 25 (nu art. 34), og det faktum, at alle klager, der indgives til kommissionen, må rettes mod en stat for at blive

---

482. Citeret efter Jan de Meyers gengivelse i A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights«, Bruxelles, 30. sept. til 3. oct. 1970, s. 265. Se også Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, s. 90ff., der gjorde tilsvarende iagttagelser ved sin undersøgelse af kommissionens afvisningsgrunde.

483. A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights«, Bruxelles, 30. sept. til 3. oct. 1970, s. 271f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 186 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

behandlet. Partsch talte om »the new doctrine«, hvilket tilkendegiver, at der skulle noget yderligere til, før han ville lade sig overbevise om, at kommissionens praksis indebar en udvidet anvendelse af konventionen. Det fremgår af hans indlæg, at han ikke fandt, at det fremførte var fyldestgørende til at overbevise ham[484]. Torkel Opsahl[485] tog som udgangspunkt for sit indlæg om »respect for family rights«, at »The family rights of individuals correspond to obligations of the contracting states, and not to obligations of other individuals«. At det kun var et udgangspunkt markeredes af hans næste sætning: »At least this is a point of departure«.

Også i dissenser til nogle af de nedenfor anførte domme kan man se, at opfattelsen af menneskerettighederne som indeholdende positive pligter – eller i hvert fald som indeholdende positive pligter i det omfang, der kom til at være tilfældet – ikke deltes af alle, der deltog som dommere i de afsagte domme[486]. Ikke desto mindre deltes den af nok til at komme til at udgøre et bestemmende flertal.

Ole Espersen drøftede i 1971 om »the concept of human rights also covers relations between private persons«. Hans opfattelse ved den lejlighed var, at menneskerettighederne ikke finder anvendelse mellem private, selvom de værdier, der ligger i menneskerettighederne, er beskyttet mellem private, for eksempel i straffeloven[487].

En nordisk teoretisk fremstilling anførte i 1974[488], at »Legally, the question is of no great practical significance«. Begrundelsen for dette standpunkt var dels, at private ikke kunne indbringes for konventionsorganerne, dels, at de rettigheder, der er omhandlet i konventionen er dækket af anden lovgivning, for eksempel straffelove, hvorfor der ikke ville være grund »to resort to the Convention«.

Klimaet var således præget af en vis tvivl om, hvorvidt positive

---

484. Partsch s. 275ff. i A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights«, Bruxelles, 30. sept. til 3. oct. 1970 var kommentator på den rapport, Jan de Meyer havde udarbejdet.
485. Se Opsahls indlæg, der ikke handlede specielt om anvendelse mellem private, men om retten til respekt for familielivet, i A. H. Robertson: »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights«, Bruxelles, 30. sept. til 3. oct. 1970, s. 182ff., og om anvendelse mellem private særligt s. 188.
486. Se for eksempel Fitzmaurices dissens s. 42f. til nedennævnte dom A 31, Marckx mod Belgien, dom afsagt den 13. juni 1979.
487. Se Ole Espersen, »Human Rights and relations between individuals«, s. 177ff.
488. Frede Castberg: »The European Convention on Human Rights«, s. 13.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 187 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

forpligtelser spillede en rolle og i givet fald, hvor langt synspunktet eventuelt skulle række. Paratheden til at acceptere en rækkevidde ud over forholdet mellem det enkelte individ og staten var større i det transnationale fortolkningsfællesskab end i de nordiske juridiske fællesskaber. Måske kan der drages paralleller til klimaet i det tyske, juridiske fortolkningsfællesskab, før Forfatningsdomstolen traf afgørelse om spørgsmålet. Også i det transnationale fortolkningsfællesskab kom der en dom, som kunne siges at konstituere en vis pligtskabende virkning mellem private. Til forskel fra det tyske fortolkningsfællesskabs optagethed af den tyske dom[489], gik denne dom dog noget mere upåagtet hen.

3.1.2. Ringeisen-dommen:

Ringeisen-dommen kan siges at være et meget tidligt eksempel på princippet om positive pligter, selvom det ikke i dommen udtrykkes sådan af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Der er tale om en af de første domme, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afsagde. I sagen[490] tog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol stilling til et erstatningsspørgsmål efter konventionens daværende art. 50 (den nugældende art. 41).

Efter denne bestemmelse skal domstolens afgørelse i tilfælde af, at en af staterne har foretaget en konventionsstridig handling, »om nødvendigt tilkende den forurettede part passende erstatning«. Spørgsmålet i sagen var, om denne erstatning kan gøres til genstand for retsforfølgning fra den krænkede parts kreditorer.

> Baggrunden for sagen var følgende: Ringeisen var en østrigsk statsborger, der var tiltalt og senere blev dømt for at have begået bedrageri i forbindelse med en konkurs. Under sagen var han varetægtsfængslet. Han klagede til Konventionsorganerne over varetægtsfængslingens længde. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt ved dom af 16. juli 1971[491], at varetægtsfængslingen

489. Se omtalen af 7 BVerfGE 198 (Forfatningsdomstolens dom af 15. januar 1958) i kapitel 5.
490. A 16, Ringeisen mod Østrig, dom afsagt den 23. juni 1973. Sagerne om Ringeisen findes herudover i dom nr. A 13 og dom nr. A 15.
491. A 13, Ringeisen mod Østrig, dom afsagt den 16. juli 1971.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 188 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

havde været af for lang varighed, hvorfor de østrigske myndigheder havde begået et brud på konventionens art. 5, stk. 3. Ved dom af 22. juni 1972[492] bestemte Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at den østrigske regering skulle betale 20.000 DM til Ringeisen. I dommens præmisser (pr. 27) er blandt andet anført:

»At the hearings before the Court the question was argued as to where the sum awarded to Ringeisen would go: could it be paid to him directly or could it be claimed by the trustee, on recommencement of the bankruptcy, for the purpose of making an additional payment to the creditors.

The Court considers that it can leave this point to the discretion of the Austrian authorities. The Court notes in this regard that under the terms of Section 2 of the Act of 18 August 1918 ... »no attachment or seizure may be made against a right to compensation except to secure payment of maintenance as provided for by law« and that a similar provision appears in section 4 of the Federeal Act of 8 July 1969 on compensation for detention and conviction by the criminal courts. It would seem to be a matter of course that the same exemption from seizure must be allowed in the case of compensation due under a decision of the Court to a person whose detention on remand has been prolonged beyond the reasonable time laid down in Article 5 § 3 of the Convention«.

Efter at have modtaget denne dom krævede Ringeisen nu erstatningen udbetalt. Imidlertid havde hans kreditorer i Østrig, herunder en af kuratorerne i konkurssagen, rejst krav overfor de østrigske myndigheder om at få pengene udbetalt. De østrigske myndigheder ønskede på den baggrund en retsafgørelse om, hvem der havde krav på pengene og deponerede de 20.000 DM i en østrigsk bank. Ringeisen klagede på ny til Den Europæiske Menneskerettighedskommission, der anmodede Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol om en fortolkning af den ovenfor citerede passage i dommen af 22. juni 1972.

---

492. A 15, Ringeisen mod Østrig, dom afsagt den 22. juni 1972.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 189 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol anførte (pr. 15)[493], at med ordet »erstatning« (»compensation«), havde retten ment tildeling af en sum penge, der skulle betales til Ringeisen personligt for ikke-materiel skade. Henvisningen i dommen til den østrigske lovgivning på området var foretaget for at pege på, at det var så meget desto mere berettiget at kræve direkte betaling til den begunstigede, idet princippet om, at gæld af denne slags er fri for krav, også finder anvendelse i østrigsk ret. Den dom, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på den baggrund afsagde, lød således:
>
> »For these reasons, the Court,
>
> …
>
> Holds by five votes to two that the … judgement means that the … compensation is to be paid to Michael Ringeisen personally and free from attachment«.

En af dissenserne (Dommer Verdross) pegede på, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ved dommen kom til at tage stilling til forholdet mellem Ringeisen og hans kreditorer. Han anførte i den forbindelse følgende: »It in no way follows from this provision that the Court has competence to restrict the rights of the creditors of the applicant entitled to such satisfaction, since the compensation due to Ringeisen by the Republic of Austria and interference with his creditors rights are two entirely different matters. The first concerns a relationship between the applicant and the Republic, the second a relationship between the applicant and his creditors. To enable The Court to restrict the rights of the applicants creditors it would therefor be necessary to have a special provision in the Convention. In the absence of such a provision the Court has no power to order that the satisfaction afforded to the applicant shall be free from attachment by his creditors«.

Udover denne dissens nævnes spørgsmålet om forholdet mellem Ringeisen og hans kreditorer, og hvorvidt Den Europæiske Menneskeret-

493. A 16, Ringeisen mod Østrig, dom afsagt den 23. juni 1973.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 190 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tighedsdomstol har kompetence til at regulere dette forhold, ikke i dommen.

Dommen er ikke formuleret som et spørgsmål om positive forpligtelser. Ikke desto mindre må den forstås som indeholdende en underforstået forpligtelse for den østrigske stat til at udbetale pengene direkte til Ringeisen. Såfremt pengene udbetaltes til Ringeisens kreditorer i stedet for til ham selv, ville staten krænke art. 50 og de retsprincipper, der efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols opfattelse knytter sig til denne bestemmelse.

Dommen er særegen derved, at den ikke handler om de materielle menneskerettighedsbestemmelser, men om erstatningsbestemmelsen i art. 50. Dette kunne dog være et argument for, at netop derfor var der så meget desto mere grund for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol til at være tilbageholdende med reguleringen af forhold, der havde betydning for tredjemand.

Dommen viste i hvert fald, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke fandt det fremmed at træffe afgørelser, der fik betydning mellem private.

3.2. Den videre udvikling af konceptet »positive forpligtelser«

Senere har begrebet »positive pligter« i teori og retspraksis haft en mere harmonisk udvikling, hvor domstolen mere udtrykkeligt har taget stilling til de problemer, der kunne opstå i forbindelse med konventionens anvendelse mellem private, og hvor teorien har fulgt op på de overvejelser, retspraksis gav anledning til.

De domme, der gennemgås i det følgende, er valgt som eksempler på en udvikling, og skal ikke ses som en udtømmende gennemgang af domme om positive pligter for staterne. Tilsvarende skal det følgende ikke ses som en udtømmende gennemgang af teoriens opfattelse af problemstillingen, men som en redegørelse for forskellige standpunkter, der har været en del af den retlige jordbund, de faglige fællesskaber, herunder domstolen hentede impulser fra – og som retspraksis igen gav impulser til.

Indledningsvis skal nævnes, at de enkelte domme gennemgås forholdsvist grundigt. Grunden hertil er, at dommene – som forholdet er med case-law – simpelthen formulerer den relevante regel. En gennemgang heraf svarer således til en gennemgang af for eksempel lovtekster

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 191 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

i andre fremstillinger. Hertil kommer, at adressaterne for denne fremstilling er tænkt også at være praktikere, der måske ikke har så indgående et kendskab til de enkelte domme som jurister, der færdes i menneskerettighedskredse som en del af deres hverdag. Endeligt skal domsgennemgangen vise, at det ikke fra starten var sikkert, at det ville ende, som det gjorde; resultatet, der må siges at være gældende ret i dag, var ikke tvingende; der var tale om en række valg, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol foretog. På baggrund af disse overvejelser har jeg fundet det hensigtsmæssigt at gøre ret udførligt rede for de enkelte domme, som refereres.

Det interessante ved domstolens holdning er de valg, domstolen har foretaget, hvor domstolen set over en lang periode har valgt en vej væk fra den liberalistiske tilgang til menneskerettighederne og i retning af en ophævelse af sondringen mellem negative (afværge-)rettigheder og positive udfoldelser/bestræbelser fra statens side.

Der er ikke blot tale om en dynamisk fortolkning, men en fortolkning, der tilsigter at lægge flere positive pligter ind i bestemmelserne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Denne holdning har haft til følge, at der blev peget på konventionen som muligt anvendelig mellem private, og da først dette anvendelsesområde var udpeget, er det med tiden blevet udvidet. Denne teknik er i øvrigt karakteristisk for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols måde at udvikle menneskerettighederne på; først afsiges en række domme, hvor det endnu ikke er klart, hvad udviklingen fører til, hvorefter konceptet udvikles i de efterfølgende domme, således at billedet fremstår mere og mere klart.

3.2.1. Spaltningen mellem det danske juridiske fortolkningsfællesskab og det transnationale fortolkningsfællesskab

Som anført ovenfor var der en større parathed i det transnationale fortolkningsfællesskab end i de nordiske juridiske fællesskaber til at antage en videre rækkevidde af konventionen[494].

I en kommentar til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

494. Se som eksempler på de nordiske fællesskaber de ovenfor nævnte Ole Espersen: »Human Rights and relations between individuals«, s. 177ff., og Frede Castberg: »The European Convention on Human Rights«, s. 13.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 192 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

fra 1975 bemærker Jacobs[495] under inspiration fra blandt andet Eissen følgende: »A difficult question is how far a State is responsible for violations of the rights guaranteed by the Convention, commited ... by private persons«. Selvom udtalelsen giver udtryk for en vis tvivl, fremgår det af de følgende udtalelser i kommentaren, at stater anses for ansvarlige i et ikke præcist angivet omfang for privates krænkelser af konventionen.

I maj 1976 afsluttede Ross m.fl. redigeringen af »Lærebog i Folkeret«, hvor Ross[496] anførte, at det var »udelukket, at ... individer og sammenslutninger af individer ... kan være subjekt for folkeretlige pligter«. Han nævnte ikke spørgsmålet om positive forpligtelser eller Drittwirkung[497].

Forholdet var formentligt det, at både teorien – der på det tidspunkt primært var det transnationale fortolkningsfællesskabs teori – og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol var hoveddeltagerne i det fortolkningsfællesskab, der satte dagsordenen i ganske lang tid, og dette fortolkningsfællesskab var mere indstillede på at lade menneskerettighederne indeholde positive pligter for staterne, end i hvert fald den danske opfattelse af menneskerettighederne på det tidspunkt var.

Da der således begyndte at tegne sig at billede i det transnationale fortolkningsfællesskab, afslørede der sig en spaltning mellem dette fortolkningsfællesskab og det nordiske. I det nordiske – positivistiske og dualistisk indstillede – fortolkningsfællesskab vidste man ikke, hvad man skulle stille op med tanken om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige virkning mellem private, og derfor forholdt man sig ikke til problemet. Et meget markant udtryk for denne holdning var Helga Pedersens indlæg på Det nordiske juristmøde i København i 1978, hvor man blandt andet diskuterede: »Menneskerettighederne i dag – internationale forpligtelser og national gennemførelse«[498]. Her anførte hun følgende: »... spørgsmålet om menneskerettighederne skal begrænses til den offentlige sektor, eller om man skulle gå videre i beskyttelsesdrøftelsen og også komme ind på, om menneskerettigheder

---

495. Francis G. Jacobs: »The European Convention on Human Rights«, 1975, s. 11f.
496. Se Alf Ross: »Lærebog i folkeret«, særligt s. 30ff.
497. Der er nok tale om et eksempel på, at videnskabelige katagoriseringer kan blive bestemmende for, hvordan man forholder sig til de problemer, virkeligheden byder på.
498. Det nordiske juristmøde i København 1978, s. 337ff. Om Helga Pedersens indlæg, se s. 348ff., særligt s. 351.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 193 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skal beskyttes i relation til andre privates handlinger eller institutioner, eller hvad det nu kan være. Jeg tror, at det er et spørgsmål, man skal beskæftige sig med i fremtiden, men jeg tror ikke, at det ligger lige om døren. Lad os lige først få fejet trappen ren i relation til den offentlige sektor«.

I det omfang, konventionen ansås for at kræve beskyttelse også mellem private, var det danske juridiske fortolkningsfællesskabs holdning, at det måtte ske gennem lovgivning. Domstolenes og forvaltningens rolle som opfyldende myndighed i relation til positive forpligtelser blev ikke drøftet.

3.2.2. Udviklingen i retspraksis frem mod doktrinen om positive forpligtelser

Endnu en spire til en doktrin om positive forpligtelser findes måske i en dom fra 1975[499], der handlede om en politifagforenings mulige ret til at blive hørt af myndighederne i forskellige sammenhænge, hvor andre fagforeninger blev hørt. Det anføres i dommen – der ikke konstituerede krænkelse – at konventionen kræver, »that under national law trade unions should be enabled, in conditions not at variance with Article 11, to strive for the protection of their members' interests«. Heri ligger i hvert fald, at der kan være rettigheder underforstået også i bestemmelser, der er formuleret som rent negative rettigheder. Den følgende praksis blev hurtigt mere instruktiv.

3.2.2.1. Positive forpligtelser fastslås udtrykkeligt i retspraksis

I 1979 tog begrebet form i den såkaldte Marckx-dom[500].

> *Marckx-dommen:* Sagen drejede sig om belgisk familieretlig og arveretlig lovgivning, ifølge hvilken børn af ugifte mødre ikke havde de samme rettigheder som børn af gifte mødre med hensyn til arv og til at opnå retlige bånd til moderens familie, for eksempel bedsteforældre. Hertil kom, at der var restriktioner på, hvor meget af

499. A 19, Det Nationale Belgiske Politiforbund mod Belgien, dom afsagt den 27. oktober 1975. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 42, ser dommen som et eksempel på indirekte Drittwirkung i forbindelse med staters ansvar for mangler ved lovgivning.

500. A 31, Marckx mod Belgien, dom afsagt 13. juni 1979.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 194 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> en ugift mors ejendom, hun kunne give et barn, der var født udenfor ægteskab. Hvis barnets retlige situation skulle bedres, kunne moderen adoptere (sit eget) barn, men barnet opnåede stadig ikke rettigheder i forhold til moderens familie. En ugift mor klagede på egne og sit barns vegne over denne retstilstand. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt, at retstilstanden krænkede konventionens art. 8 og art. 14, både for moderens og barnets vedkommende, og art. 1 i tillægsprotokol 1 for moderens vedkommende.

Det blev i dommen diskuteret, hvorvidt »internal domestic regulation of family relationsships« var omfattet af bestemmelsen[501], og der anførtes[502] følgende om art. 8: »In addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective »respect« for family life«[503].

Med dommen blev det fastslået, at der kunne være positive forpligtelser knyttet til bestemmelsen i art. 8. De positive pligter udledes i denne dom af ordet »respect«. Dommen vedrørte kun statens positive pligter overfor individet, og ikke individers indbyrdes forhold. Dette kom først senere.

Ikke alle var enige i, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes på denne måde. Dommer Fitzmaurice anførte i sin dissens blandt andet, at formålet med konventionens art. 8 var at beskytte individet mod »the four o'clock in the morning rat-a-tat on the door; to domestic intrusions, searches and questionings, to examinations, delayings and confiscation of correspondance … in short the whole gamut of fascist and communist inquisitorial practises … Such and not the internal, domestic regulation of family relationships, was the object of art. 8, … not for the regulation of the civil status of babies«. Man mærker indignationen over udvidelsen af art. 8's anvendelsesområde.

Et interessant aspekt af dommen vedrørte den temporale effekt af dommen. Problemet var, at den lov, der var til bedømmelse, havde været gældende tilbage til 1955. Det barn, der optrådte som klager, var

---

501. Se Fitzmaurices dissens, hvor han vil lade statens indgreb i privatlivet være det eneste, der er omfattet.
502. Se pr. 31.
503. Se også pr. 45.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 195 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

født i 1973, og dommen blev afsagt i 1979. Dette gav anledning til en drøftelse af dommens eventuelle tilbagevirkende kraft[504]; spørgsmålet var, hvilke følger det ville have, hvis domstolen måtte komme til, at loven var i strid med konventionen.

Den belgiske regering gjorde blandt andet gældende, at da loven havde været i kraft i ca. 30 år, må det kræves enten, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol afsagde dom for, at loven havde været i strid med konventionen i alle 30 år, hvilket ville gøre mange af de fordelinger af arv, der var sket i denne periode, ukorrekte og åbne for processer ved domstolene om fordeling af arv, der havde fundet sted i disse 30 år, eller at domstolen fastsatte en dato, fra hvilken loven havde været i strid med konventionen – eller at domstolen fastslog, at det kun skulle være for fremtiden, dommen fik virkning.

Domstolen udtalte hertil for det første, at domstolen ikke tager abstrakt stilling til love, men til den konkrete sag. Dog måtte det indrømmes, at domstolens afgørelse ville have virkninger »extending beyond the confines of this particular case«, især da de konstaterede krænkelser udsprang direkte af de omhandlede bestemmelser. Videre anførte domstolen, at afgørelsen ikke i sig selv kan ophæve eller tilbagekalde de omhandlede bestemmelser i national, belgisk ret. Domstolen fastslår en retstilstand, og det er op til staten at vælge, hvordan denne skal gennemføres i overensstemmelse med statens pligter efter den daværende art. 53 (nu art. 46). Ikke desto mindre gav domstolen udtryk for en forståelse for statens behov for at kende til de temporale virkninger af dommen. Domstolen anførte dels under henvisning til de principper om det samme spørgsmål, der kom til udtryk i EF-domstolens afgørelse i Defrennesagen, dels under henvisning til, at forskelle på ægte og uægte børn havde været accepteret i de kontraherende stater langt op i tiden mod dommens afsigelse, følgende: »Having regard to all these circumstances, the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention as in Community law, dispenses the Belgian State from re-opening legal acts or situations that antedate the delivery of the present judgement«[505].

---

504. Se hertil pr. 58.

505. Dommen er også interessant som eksempel på udveksling af løsningsmodeller mellem forskellige fortolkningsfællesskaber, her EF-domstolen og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 196 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Domstolen lagde herved vægt på et forudberegnelighedssynspunkt. Man kan af dommen udlede, at der skal meget til, før en dom kan anses for at regulere en retstilstand mellem private med tilbagevirkende kraft.

3.2.2.2. Airey mod Irland

Nogenlunde samtidigt med dommen om Markx blev dommen Airey mod Irland[506] afsagt, der måske pegede videre frem mod en retstilstand, hvor også privates forhold til hinanden er undergivet regulering med relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

> *Airey mod Irland:* Sagen handlede om Fru Airey, der ønskede separation fra sin mand, som hun hævdede var voldelig mod hende. Han ville ikke medvirke til en frivillig separation, og hun havde ikke penge til at betale en advokat for at hjælpe hende med at opnå separation ved retten. Fri proces/retshjælp kunne ikke opnås til separationssager. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol lagde til grund, at processen, der kunne føre til separation, var så kompliceret, at hun ikke ville kunne føre processen uden bistand fra en advokat. Hun var derfor forhindret i at føre en sag frem til en eventuel separation. Den irske regering gjorde gældende[507], at selvom hun ikke kunne føre sin egen sag, var dette på grund af hendes egne finansielle situation, og ikke på grund af et aktivt indgreb fra statens side overfor hende. Retten anførte heroverfor: »... fulfilment of a duty under the Convention on occassion necessitates some positive action on the part of the State; in such circumstances the State cannot simply remain passive and there is no room to distinguish between acts and omissions ... . The obligation to secure an effective right of acces to the courts fall into this category of duty«.
>
> Regeringen gjorde videre gældende[508], at »the Convention should not be interpreted so as to achieve social and economic developments in a contracting State ...«. Retten anførte hertil blandt andet: »Whilst the Convention sets forth what are essentially civil and

506. A 32, Airey mod Irland, afsagt 9. oktober 1979.
507. Se pr. 25.
508. Se pr. 26.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 197 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> political rights, many of them have implications of a social or economic nature. The Court therefore considers ... that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention«. På den baggrund fandt retten, at der forelå en krænkelse af konventionens art. 6. Retten fandt herudover, at der forelå en krænkelse af art. 8. Retten anførte i den forbindelse[509], at »The Court does not consider that Ireland can be said to have interfered with Mrs. Airey's private or family life: the substance of her complaint is not that the State has acted, but that it has failed to act«. Herefter gentog retten formuleringen fra sagen om Marckx: »... allthough the object of article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compell the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective »respect« for family life«. Da muligheden for at opnå retten til at leve adskilt fra sin ægtefælle – en mulighed, som fandtes i irsk lovgivning – ikke stod åben for klageren, fandt domstolen art. 8 krænket.

Dommen er således interessant på to punkter; dels ved at starte en opløsning af sondringen mellem på den ene side civile og politiske rettigheder og på den anden side økonomiske og sociale rettigheder, dels ved at konflikten mellem de private parter involveret i sagen på det nationale niveau er mere tydelig i denne sag end i sagen Marckx mod Belgien. Statens positive pligter i denne sag fik betydning for reguleringen af retsforholdet mellem hr. og fru Airey.

Teorien anerkendte forsigtigt denne nye udvikling; en dansk fremstilling fra 1980[510] anførte, at »der er blevet rejst tvivl om værdien af at fastholde en afgrænsning af menneskerettighederne, der primært opfatter dem som et krav om frihed for statslig indblanding«. På det tidspunkt var det også vanskeligt at se, hvor denne tvivl ville føre hen.

---

509. Se pr. 32.
510. Niels Eilschou Holm: »En sag for menneskerettighedsdomstolen«, s. 36.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 198 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3.2.2.3. Young, James og Webster

I hvert fald i 1981 blev det klart, at manglende overholdelse af en positiv pligt for staten til at opfylde konventionen også kunne indebære ansvar for staten, hvor der på det nationale plan var to private i konflikt med hinanden[511].

Young, James og Webster: Young, James og Webster var ansat hos British Rail, der i 1975 genoptog en tidligere indgået eksklusivaftale med tre fagforeninger. England havde fra 1971 til 1974 haft en lovgivning, hvorefter der var forbud mod eksklusivaftaler, og hvorefter det var en usaglig grund til afskedigelse, hvis en ansat blev afskediget på grund af manglende medlemsskab af fagforening. Denne lov blev ophævet i 1974. Den i sagen omhandlede eksklusivaftale var oprindeligt indgået i 1970, men på grund af ovennævnte lovgivning, var den ikke trådt i kraft. De tre ansatte, Young, James og Webster, ønskede ikke at melde sig ind i fagforeningerne og blev i 1976 afskediget på grund af den manglende indmeldelse. De gjorde gældende, at den behandling, de havde været udsat for, var i strid med art. 9, 10 og 11, især når disse bestemmelser blev læst i sammenhæng med hinanden[512]. Regeringen bestred, at der skulle være sket en krænkelse, og at denne i givet fald skulle kunne henføres til den britiske stat.

Regeringens motiverede sit argument om, at der ikke var sket en krænkelse af art. 11, med det forhold, at art. 11 er formuleret som en positiv rettighed, der giver borgerne ret til blandt andet at indmelde sig i fagforeninger, mens bestemmelsen efter sin ordlyd ikke tager stilling til det negative aspekt, nemlig retten til ikke at indmelde sig i en fagforening. Regeringen henholdt sig videre til forarbejderne, hvoraf det fremgik, at man med vilje havde udeladt et forbud mod eksklusivaftaler, da konventionen blev affattet.

Retten anførte[513], at selv hvis man antog, at spørgsmålet om eks-

511. A 44, James, Webster og Young mod Storbrittannien, dom afsagt den 13. august 1981. Dommen refereres også ofte til som »British Rail«.
512. Se pr. 48.
513. Se pr. 52.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 199 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

klusivaftaler med vilje var blevet udeladt af konventionen, følger det ikke heraf, at det negative aspekt af en persons foreningsfrihed falder helt udenfor art. 11's anvendelsesområde, og at hver eneste tvang til at melde sig ind i en bestemt fagforening er forenlig med konventionen. »To construe Article 11 … as permitting every kind of compulsion in the field of trade union membershiep would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee …«. Domstolen anfører videre følgende[514]: »Assuming that Article 11 … does not guarantee the negative aspect of that freedom on the same footing as the positive aspect, compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention«. I den konkrete sag fandt domstolen dog, at »such a form of compulsion, in the circumstances of the case, strikes at the very substance of the freedom guaranteed by Article 11. For this reason alone, there has been an interference with that freedom …«. Med »such a form of compulsion« refererede domstolen til, at den lagde vægt på, at truslen om afskedigelse, som de tre havde været udsat for, var en meget vigtig form for tvang, der var rettet mod personer, som var blevet ansat, før kravet om at melde sig ind i fagforeningerne opstod.

Afgørelsen tog således ikke stilling til eksklusivaftaler generelt, men domstolen fandt, at der i den konkrete situation havde været en krænkelse af art. 11.

Ved afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt krænkelsen kunne henføres til den britiske stat, tog domstolen[515] udgangspunkt i art. 1 i konventionen, hvorefter enhver stat »shall secure to every one …«. Domstolen anførte, at hvis en krænkelse af en af de i konventionen omhandlede rettigheder er resultatet af ikke-iagttagelse i den nationale lovgivning/regulering af pligten til at sikre disse rettigheder, medfører det ansvar for staten. Om det forhold, at aftalen var indgået med private fagforeninger, anførte domstolen følgende: »Allthough the proximate cause of the events … was the … agreement between British Rail and the railway Unions, it was the do-

514. Se pr. 55.
515. Se pr. 49.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 200 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> mestic law in force at the relevant time that made lawful the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis«.

Dommen viser, at selvom der var tale om en »negativ« rettighed – retten til ikke at være medlem af en fagforening – havde staten positive pligter i relation til bestemmelsen, art. 11, hvorfor staten kunne blive ansvarlig ved ikke-overholdelse af denne pligt. Der åbnes dog op for en tanke om, at det positive aspekt ikke behøver beskyttes på samme niveau som det negative aspekt af rettigheden.

Dommen blev af mange set som et eksempel på »Drittwirkung«. Dommen gled ind i den teoretiske diskussion, hvor det var blevet almindeligt at knytte termen »positive forpligtelser« sammen med termen »Drittwirkung«[516].

I Danmark førte dommen til regeringens fremsættelse og Folketingets vedtagelse af lov om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold[517].

3.2.2.4. X og Y mod Holland

I 1985 tog Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol endnu et skridt i udviklingen af begrebet »positive forpligtelser« med betydning inden for den private sfære med en dom om Hollands manglende opfyldelse af konventionens art. 8[518]. Dommen tog stilling til hollandsk lovgivnings overensstemmelse med konventionen i en situation, hvor der var en mangel i hollandsk lovgivning.

> *X og Y mod Holland:* Sagen handlede om pigen Y, der var 16 år og mentalt handicappet, og som var indlagt på en privat institution for

---

516. Se for eksempel Paul Sieghart: »The International Law of Human Rights«, s. 43ff., der drøfter blandt andet denne dom under overskriften »Drittwirkung der Grundrechte«. Også Frowein og Peukert i deres fremstilling fra 1985: »Europäische Menschenrechts-Konvention, EMRK-Kommentar«, s. 17f., drøftede positive forpligtelser i tilknytning til termen »Drittwirkung«.
517. Se nu lovbekendtgørelse nr. 443 af 13. juni 1990. Forarbejderne til loven findes i Folketingstidende 1981-82, 2. saml., tillæg A, sp. 1599ff., samt forhandlingerne sp. 798f., sp. 1424ff., sp. 7763ff., samt sp. 8050ff. Loven og de overvejelser, der knyttede sig til den, behandles i kapitel 8.
518. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt den 26. marts 1985.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 201 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> mentalt handicappede. Hun blev voldtaget af institutionens leders svigersøn, der levede på institutionen. Hun kunne på grund af sin mentale tilstand ikke selv anmelde forholdet, hvorfor hendes far anmeldte det. Politiet besluttede ikke at starte en retsforfølgning mod voldtægtsmanden på betingelse af, at han ikke gjorde noget lignende inden for de næste to år. Faderen klagede over beslutningen, men klagen blev afvist, idet myndighederne kun kunne behandle sagen, hvis Y selv indgav en klage, hvilket hun på grund af sin mentale tilstand ikke kunne. I følge de nationale myndigheder, der traf denne beslutning, var disse selv opmærksomme på, at der var et hul i lovgivningen, men de mente ikke at kunne fortolke reglerne udvidende til skade for voldtægtsmanden[519]. Voldtægtsmanden blev derfor ikke draget til ansvar for voldtægten. Det var ikke bestridt, at Y havde fået store psykiske skader af voldtægten.
>
> Domstolen antog, at staten havde positive forpligtelser[520] til at sikre pigen Y's ret til respekt for sit privatliv og anførte derefter følgende: »These obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between themselves.«[521].

På baggrund af denne dom, der er enstemmig, må det slås fast, at staten kan blive ansvarlig for ikke at have sikret konventionens overholdelse mellem private. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har dermed taget det endelige skridt i retning af en udvidelse af fortolkningen fra kun at dække en rent liberalistisk tilgang til de menneskerettigheder, der er indeholdt i konventionen, og til en mere aktivt-forpligtende fortolkning.

Dette er også den holdning, der efterhånden må siges at være accep-

---

519. Se pr. 12.
520. Domstolen anvendte følgende formulering: »The Court recalls that although the object of Article 8 is essentially that of protecting the individual against arbitrary interference by the public authorities, it does not merely compell the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking there may be positive obligations inherent in an effective respect for private or family life«.
521. Clapham anfører i »The Drittwirkung« of the Convention«, s. 163f., at X og Y mod Holland er vendepunktet for debatten om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Holland bestred nemlig under sagen ikke, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne finde anvendelse mellem private.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 202 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

teret i teorien[522]. Der er dog også dem, der nærer betænkelighed ved at gå så langt[523].

Senere har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i en række domme[524] fastholdt, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan spille en rolle for vurderingen af statens ansvar for privates handlinger. Omfanget heraf ligger ikke fast, men en række pejlemærker, der kan bruges i vurderingen af, om der foreligger positive forpligtelser, gennemgås i næste kapitel.

4. Positive forpligtelser og Drittwirkung

Det er forståeligt, at termen »Drittwirkung« kom ind i billedet, da det transnationale fortolkningsfællesskab skulle beskrive problemstillingen om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne gribe ind i retsforholdet mellem private. Der er lighedspunkter, der gør en sådan kobling mellem det tyske begreb »Drittwirkung« og udviklingen af forestillingen om »positive forpligtelser« naturlig. Koblingen rejser dog også en række problemer.

Ved at pålægge staterne positive pligter i tilknytning til konventionen, har man ikke sagt noget om, hvilke myndighed internt i staten, der skal foranstalte opfyldelsen af disse positive pligter.

Teorien om »indirekte/direkte Drittwirkung« er udviklet specifikt til at tage hånd om spørgsmålet om, hvorvidt domstolene kan anvende forfatningens menneskerettigheder til løsning af privatretlige konflikter mellem private. Læren om positive pligter handler ikke om denne problemstilling. Der er således sket et »teminologisk spring«, således at begrebet »Drittwirkung« nu kom til at blive koblet sammen med tanken om positive forpligtelser.

Det er ikke overraskende, al den stund, at for eksempel sagen X og

---

522. Se for eksempel Frowein og Peukert: »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar«, 1996, s. 24, og Francis G. Jacobs and Robin White: »The European Convention on Human Rights«, s. 18. Se videre Rehof og Trier: »Menneskeret«, s. 71, note 21.

523. Se for eksempel van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, der s. 23 anfører følgende om »Drittwirkung«: »At best a kind of »indirect drittwirkung« is recognised ... on the basis of a positive obligation ...«.

524. Se for eksempel A 303-C, Ostra mod Spanien, dom afsagt den 9. december 1994, A 139, Plattform Ärzte für das Leben mod Østrig, dom afsagt den 21. juni 1988, A 247-C, Costello-Roberts mod England, dom afsagt den 25. marts 1993, og Bronda mod Italien, dom afsagt den 9.juni 1998. Dommene vil blive drøftet i det følgende.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 203 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Y mod Holland netop havde skullet finde sin konkrete løsning ved domstolene, som ikke inden for hollandsk ret havde formået at finde løsningen herpå. Men det ændrer ikke ved, at Holland blev dømt lige så meget, fordi der ikke var nogen lovbestemmelse, der kunne afhjælpe den situation, som pigen i sagen var kommet i, som fordi hollandske domstole ikke havde kunnet finde en løsning, der var i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Drittwirkungsterminologien blev udviklet til brug for en teori, der handlede om, hvordan de objektive værdier, der var nedlagt i den tyske forfatning, kunne anvendes i løsningen af privateretlige konflikter mellem private. En sådan teori var nødvendig, fordi privatretten og den offentlige ret er så adskilte i tysk ret. Denne teori kom nu til at betegne en problemstilling, der handlede om, hvordan traktaten internt i de enkelte stater skulle opfyldes – og i tilknytning hertil problemet om, hvordan man skulle forholde sig, hvis opfyldelsen ved den lovgivende magt ikke havde været god nok.

Dette »terminologiske spring« greb nu ind i en sfære med en helt anden forforståelse end den tyske, nemlig spørgsmålet om opfyldelse af traktater med den folkeretlige overbygning, denne forforståelse indebærer. Herved aktiveredes også en række elementer i forforståelsen, der vedrørte spørgsmål om magtfordelingen internt i staterne. Dette var især vigtigt i relation til de skandinaviske stater, hvor dualismen havde en væsentlig plads i denne forforståelse.

Som det vil fremgå af kapitlerne om det danske juridiske fortolkningsfællesskabs tilgang til Drittwirkungsproblemet, var øvelsen med at overføre denne tyske begrebsdannelse til dansk ret, da heller ikke problemsfri.

5. Konklusion

Det kan således konkluderes, at set fra den folkeretlige synsvinkel er der ikke meget tvivl længere om, at positive forpligtelser for staterne kan aktiveres ved konventionsorganerne i situationer, hvor der på det nationale niveau har foreligget en konflikt mellem private.

Dette kan ske, både fordi konventionsteksten selv efter en almindelig forståelse af ordlyden lægger op til det, som tilfældet er i art. 6, der opererer med en regulering af processen i civile sager mellem private, eller fordi en sådan positiv forpligtelse læses ind i teksten ud fra en mere overordnet fortolkningstrategi.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 204 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Dette beskrives i teorien ofte med termen »Drittwirkung«, der dermed betegner en anden (men dog beslægtet) problemstilling end den fra tysk ret kendte problemstilling om »Drittwirkung der Grundrechte«.

Det, der nu først er problemet, er at finde frem til, hvor langt denne forpligtelse rækker. Dette drøftes i kapitel 8. Herudover er det interessante naturligvis, i hvilket omfang dette kan påvirke indholdet af dansk ret. Dette behandles i kapitel 10 og 11.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 205 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 8

Omfanget af staternes positive forpligtelser

Som det fremgår af sidste kapitel, kan en stat blive anset for ansvarlig for traktatbrud i forbindelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, såfremt staten har forsømt at sikre, at traktatens normer ikke kan overtrædes af private. Imidlertid er der en grænse for, i hvilke situationer staten bliver ansvarlig herfor. Det er derfor et selvstændigt spørgsmål, hvornår en stat ifalder ansvar efter doktrinen om positive forpligtelser, og i hvilke situationer staten kan undgå et sådant ansvar.

1. Reglerne i den almindelige internationale ret

Udgangspunktet kan tages i de almindelige folkeretlige regler, som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er en del af.

For at en stat kan ifalde et ansvar, kræves dels en handling/undladelse, der udgør en krænkelse af en international regel, dels at denne krænkelse kan tilregnes staten.

Det klare udgangspunkt er, at staten kun ifalder ansvar for egne handlinger og undladelser, men ikke for privates handlinger og undladelser[525]. Der er dog undtagelser til dette udgangspunkt.

Som anført i sidste kapitel, er en stat efter den almindelige internationale ret ansvarlig for privates handlinger i det omfang, staten selv har tilskyndet eller givet tilladelse til dem. Tilsvarende gælder, hvor individer faktisk handler på vegne af staten, uden dermed at være statsorganer[526].

Endelig er staten ansvarlig for privates krænkelser, hvis staten i tilknytning til en krænkelse foretaget af en privat forsømmer at opfylde

---

525. Dixon: »Textbook on international law«, s. 223, Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103, og Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 516.

526. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103 (note 4), Dixon: »Textbook on international law«, s. 224f., og Van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 120.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 206 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

sine folkeretlige forpligtelser. Et eksempel kunne være, at staten har en pligt til at efterforske krænkelser og retsforfølge private, hvis en privat har foretaget handlinger/undladelser, der udgjorde en krænkelse[527].

Hvis der er sket en krænkelse, er spørgsmålet, hvilken form for tilregnelse et internationalretligt ansvar kræver. Ansvaret er strengt. Det kan enten beskrives således, at hovedreglen i den almindelige internationale ret er, at der til idømmelse af ansvar kræves culpa fra statens side, men at der er tale om en så streng culpanorm, at den kan glide over i objektivt ansvar[528], eller beskrives således, at udgangspunktet er objektivt ansvar[529]. Staten har på den bagrund ofte ikke mange muligheder for at frigøre sig fra ansvar under henvisning til, at handlingen/undladelsen ikke var grundet i skyld fra statens side.

Dette gælder dog kun folkeretsbrud, som kan henregnes til staten. Det kan privates handlinger/undladelser typisk ikke.

Hvis den folkeretlige regel pålægger staten en pligt til at tilvejebringe en bestemt retstilstand, og staten har forsømt dette med den virkning, at en privat kan krænke konventionen, er der stadigt tale om et folkeretsbrud, der kan henregnes til staten[530]. Der er i den situation ikke tale om, at staten hæfter for den privates handlinger/undladelser men om, at staten hæfter for sin egen undladelse af at tilvejebringe den korrekte retstilstand.

Herudover er det vanskeligt at finde generelle regler i den internationale ret om omfanget af dette ansvar. Det står dog fast, at hovedreglen i den almindelige internationale ret er, at et sådant ansvar for privates handlinger eller undladelser ikke indtræder. Der skal noget særligt til, før der statueres positive forpligtelser for staten.

Det er denne ramme, statens ansvar efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal tænkes ind i.

Retsvirkningen af en krænkelse af international ret er en pligt til at give oprejsning, som regel i form af en erstatning. Erstatningen har

---

527. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 103f., og Dixon: »Textbook on international law«, s. 226f.
528. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 108.
529. Dixon: »Textbook on international law«, s. 221f. Se også Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, der s. 516 anfører, at »culpa ... i intet tilfælde er en betingelse, som sekundære regler opstiller for statsansvar«.
530. Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, s. 516f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 207 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mest karakter af tort-erstatning; det er således ikke nødvendigt, at der er sket en skade, for at der kan stilles krav om erstatning[531].

2. Ansvaret efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

For så vidt angår beskyttelsen af menneskerettighederne ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er det tilsvarende vanskeligt at pege på, hvor grænserne for dette ansvar går. Det følgende omhandler, hvordan de almindelige folkeretlige principper er udmøntet i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Man kunne forestille sig, at »det særlige« der skulle til, var, at ikke blot var der sket en krænkelse af konventionens regler, men denne var i et eller andet omfang sanktioneret af lovgivningen. Drzemczewski[532] anfører, at nogle rettigheder i konventionen bedst sikres ved, at staten gennemfører straffelovgivning herom eller regulerer området administrativt. Han vil således reservere ansvaret til de situationer, hvor »an individual is unable to sue another in respect of a rights guaranted under the Convention, or if existing domestic law appears not to comply with the international obligation entered into …«.

Andre har andre forslag til, hvordan statens ansvar afgrænses.

2.1. »But-for-testen«

Clapham har overvejet, hvordan statens ansvar kan beskrives i situationer, hvor det er en privat, der har begået krænkelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Han tager udgangspunkt i den konstatering, at staten ikke bliver ansvarlig for enhver krænkelse begået af private[533]. Han analyserer herefter udvalgte domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og af denne domsanalyse udledes en »but-for-test« til fastlæggelse af de situationer, hvor statens ansvar indtræder[534].

»But-for-testen« udvikles primært med basis i sagen:

---

531. Dixon: »Textbook on international law«, s. 220.
532. Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 179f.
533. Se Clapham: »Human rights in the Private sphere«, s. 196ff., og i European Human Rights Law Review 1995, s. 30, »The privatisation of Human Rights«.
534. Udover denne »but for-test« udvikler Clapham også en »filosofisk forståelsesramme«, se »Human Rights in the Private Sphere«, s. 7, og generelt kapitel 5. Han kommer her frem

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 208 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> *Soering mod England*[535], der omhandlede udvisning af en tysk statsborger, Soering, fra England til USA, hvor han var eftersøgt for mord. Det var under sagen oplyst, at han formentligt ville blive idømt dødsstraf i USA. Han påberåbte sig under sagen ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blandt andet, at han i tilfælde af en dødsdom ville skulle sidde på de såkaldte »dødsgange« i et fængsel måske i lang tid, hvilket ville være så belastende, at det ville være en krænkelse af art. 3 (forbud mod tortur) i konventionen. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt, at udsættelsen for dette »death-row-fænomen« ville stride mod art. 3, og fandt på den baggrund, at England ville handle konventionsstridigt i tilfælde af udlevering til USA.

Efter Claphams opfattelse viser denne dom, hvornår en stat kan blive ansvarlig for handlinger, der ikke kan henregnes til staten selv. England ville blive ansvarlig for staten USA's handlinger (anbringelse af Soering på en dødsgang). Baggrunden for staten Englands ansvar er, at udvisningen er betingelsen for anbringelsen på dødsgangen, og det vil sige for krænkelsen af art. 3.

Fordi Englands handling (udvisning af Soering) således er en betingelse for, at krænkelsen kan indtræde, bliver England ansvarlig for krænkelsen.

Clapham sidestiller, så vidt ses, situationen med den situation, at det er en anden privat (i stedet for en stat, der ikke deltager i konventionsamarbejdet), der krænker konventionen.

På baggrund heraf udvikles tesen om en »but-for-test«. Ved denne forstås, at staten kun er ansvarlig i situationer, hvor krænkelsen ikke ville være opstået, hvis ikke (»but for«) det havde været for fraværet af lovgivning eller administrative forholdsregler[536], der forbød den adfærd, klagen vedrører.

I en del situationer kan man derimod ikke sige, at den private krænkelse ikke ville have fundet sted, hvis den pågældende stat havde taget

---

til, at menneskerettighederne som regel har det dobbelte formål at beskytte to fundamentale værdier: (den menneskelige) integritet og demokratiet. Anvendelsen af disse to værdier til afgrænsning af statens ansvar forekommer dog ikke klar.

535. A 161, Soering mod England, dom afsagt den 7. juli 1989.

536. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 206.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 209 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

præventive forholdsregler[537]. I disse situationer indtræder der ikke ansvar for staten.

Tesen om en »but-for-test« er noget uklar. Det står lidt hen i det uvisse, hvor sandsynligt det skal være, at staten kunne have bidraget til afværgelse af krænkelsen, for at staten kan blive ansvarlig. Endvidere er kriteriet noget for enkelt; det tager ikke højde for de komplicerede afvejninger, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol foretager i sager, hvor det hævdes, at en stat er ansvarlig for en krænkelse, der er opstået ved en privats handlen eller undladelse, blandt andet vedrørende omfanget af statens skønsmargin.

»But-for-testen« yder på den baggrund næppe særlig vejledning til fastlæggelse af omfanget af statens positive forpligtelser[538].

Clapham drøfter[539] i tilknytning til drøftelsen af »but-for-testen«, om det kan opstilles som betingelse for statens ansvar, at staten havde »forsæt« til, at krænkelsen skulle ske. Han afviser dog generelt kravet om forsæt under henvisning til, at denne figur, der kommer fra strafferetten, ikke er relevant for vurderingen af statens ansvar. Herudover tager han ikke stilling til tilregnelsesspørgsmålet. At tilregnelsen ikke spiller den store rolle, er som anført under pkt. 1 ovenfor i overensstemmelse med den almindelige internationale ret.

2.2. Almindelige fortolkningsregler ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

En anden tilgang til spørgsmålet om omfanget af statens ansvar for privates krænkelser af konventionen kunne man få ved at se på, om der

---

537. Tanken har sin oprindelse i den procedure, Holland holdt under X og Y mod Holland, hvor Holland gjorde gældende, at der er forskel på udvisningssituationen og så en privat krænkelse foretaget internt i landet.

538. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har senere i dommen E. and others mod United Kingdom, dom afsagt den 26. november 2002, taget afstand fra Claphams »but-for-test«. I dommen, der handlede om de engelske myndigheders manglende indgriben overfor massivt omsorgssvigt af børn, anfører domstolen blandt andet følgende: »The test under Article 3 however does not require it to be shown that »but for« the failing or omission of the public authority ill-treatment would not have happened. A failure to take reasonable available measures which could have had a real prospect of altering the outcome or mitigating the harm is sufficient to engage the responsability of the state«. Jeg takker adjunkt Jonas Christoffersen, Københavns Universitet, for at have henledt min opmærksomhed på dommen, der fremkom efter, at jeg havde afsluttet gennemgangen af praksis vedrørende positive forpligtelser til brug for min afhandling.

539. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 199ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 210 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

gælder særlige fortolkningsregler i de tilfælde, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol træffer afgørelse om ansvar for staten i situationer, der involverer privates handlinger eller undladelser.

Domstolen anvender en særlig fortolkningsmetode, som det er fremgået af kapitel 4. Principperne derfra – nok især den dynamiske fortolkning – slår også igennem på området for regulering af retsforholdet mellem private. Den særlige udformning, disse principper har fået, gennemgås nedenfor.

Der findes fortalere for tanken om, at private individer er forpligtede af konventionen i samme omfang, som stater er det[540]. Efter denne tankegang vil det således ikke gøre nogen forskel i fortolkningen, om det alene er en konflikt mellem en stat og et individ, domstolen tager stilling til, eller om det er en konflikt mellem en stat og et individ, hvor udfaldet af sagen vil berøre et andet privat individ.

Den almindelige holdning er dog, at det må gøre en forskel, om en afgørelse fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol går en stat imod, eller om også private individer bliver berørt i negativ retning af afgørelsen[541]. Dette er også i klar overensstemmelse med den generelle folkeretlige ramme, som konventionen skal tænkes ind i.

Den generelle tendens i teorien synes således at være, at konventionen ikke har samme gennemslagskraft ved regulering af retsforholdene mellem privatpersoner, som den har mellem en stat og en privatperson[542].

Især hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kommer ind

---

540. Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« stiller s. 240 følgende spørgsmål: »do individuals ... have as many obligations as they have rights? ... Although this is so in general, there are at least two exceptions.« De undtagelser, han finder til hovedreglen, er primært art. 2, 2. pkt., og art. 3 i den 1. tillægsprotokol, som han på baggrund af ordlyden finder kun pålægger staterne pligter.

541. Se for eksempel Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 134, hvor det anføres, at »statens pligt til at sikre mulighed for positive retsskridt mellem individer indbyrdes fortsat vil være den absolutte undtagelse«, og Francis G. Jacobs and Robin White: »The European Convention on Human Rights«, s. 18, der taler om »a limited effect on third parties«, samt D. J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick: »Law of the European Convention on Human Rights«, s. 21, der anfører, at »the full extend to which the Convention places states under obligations to protect individuals against infringements of their rights by other private persons has yet to be established«. Frowein og Peukert: »Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar«, er formentligt s. 24 af samme mening.

542. Se for eksempel Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 37, hvor det anføres, at »The opinions in favour

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 211 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

på et område, der sædvanligt henregnes til kernen af privatretten, og især hvor den enkelte privates autonomi må antages at spille en rolle, forventer teorien en ret udstrakt tilbageholdenhed[543].

2.3. Særlige pejlemærker, der kan udledes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis

Det er ikke muligt at pege på en enkelt faktor, der er afgørende for, om statens ansvar aktiveres. Dette skyldes blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols argumentationsform, hvor en række faktorer ofte inddrages til støtte for dommens resultat, og hvor det kan være svært – eller til tider umuligt – at udpege en enkelt faktor som den bærende eller afgørende. Der kan i stedet udpeges en række momenter, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ofte vil lægge vægt på, og som kan tale for eller imod ansvar. Disse momenter vil eventuelt kunne overlappe, eller der vil i en konkret sag kunne indgå momenter, der taler i hver sin retning. Den følgende gennemgang skal derfor ikke opfattes som en udtømmende oversigt over klare tilfældegrupper, men som standarder, der kan give en vis vejledning.

En forudsætning for, at staten kan ifalde et ansvar, er, at den nationale retstilstand giver mulighed for krænkelsen, jf. også Claphams »but-for-test«[544].

At sige, at staten kun er ansvarlig, hvis den nationale retstilstand giver mulighed for, at krænkelsen kan finde sted, giver dog ikke meget vejledning – dels kan dette ske på forskellige måder, for eksempel fordi lovgivningen ikke er tilstrækkelig eller fordi myndighederne, trods adækvat lovgivning, ikke anvender denne lovgivning i overensstem-

---

of Drittwirkung show various degrees of commitment, but no one assumes that the Convention rights and freedoms have exactly the same legal force for private persons as they have for the State parties«.

543. Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 180. Se også Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, der s. 34 anfører, at det i forbindelse med private kontraktsforhold kan true kontraktsfriheden, hvis Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anses anvendelig på sådanne forhold. Han anfører dog, at »Yet, they (menneskerettighederne, MN) do set some limits to contractual relations«.

544. Se også sagen Riera Blume and others mod Spanien, dom afsagt den 14. oktober 1999 (refereret nedenfor), hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blandt andet anførte følgende: »it must be ascertained, whether ... the contribution of the Catalan police had been so decisive that without it the deprivation of liberty would not have occured«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 212 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

melse med konventionen – dels bliver staten ikke ansvarlig for enhver krænkelse, foretaget af en privatperson; der kræves en vis forbindelse mellem den manglende/utilstrækkelige retstilstand og den begåede krænkelse. I sagen X og Y mod Holland var der for kommissionen også spørgsmål om anvendelse af konventionens art. 3[545]. Kommissionen fandt dog, at der var »no close and direct link between the gab in Netherlands law and »the field of protection covered« by the Article«. Art. 3 var derfor efter kommissionens opfattelse ikke krænket af Holland. Domstolen tog ikke stilling til spørgsmålet om art. 3. Dette viser, at der skal »noget mere« til, for at statens ansvar aktiveres.

Dette følger for så vidt også af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols formulering i domme, der pålægger staten ansvar for privates handlinger eller undladelser. Som det fremgår ovenfor af kapitel 7, anførte domstolen i ovennævnte sag[546], at de positive forpligtelser kunne opstå »even in the sphere of the relations of individuals between themselves«. Med brugen af ordet »even in ...« markerer domstolen, at udgangspunktet er, at positive forpligtelser kun undtagelsesvist findes i den private sfære.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol selv har afvist mere generelt at fastslå, hvornår en stats ansvar kan aktiveres. I dommen VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz[547], udtalte domstolen følgende: »The Court does not consider it desirable, let alone necessary, to elaborate a general theory concerning the extent to which the Convention guarantees should be extended to relations between private individuals *inter se*«. Heri ligger, at domstolen finder konventionen anvendelig i en række sager, men vil lade det bero på en konkret vurdering, om konventionen kan finde anvendelse.

En række af de forhold, der kan føre til, at statens ansvar aktiveres, behandles i det følgende.

Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol træffer afgørelse i en sag, er argumentationen som oftest gennemført efter et bestemt mønster; først tages der stilling til, hvorvidt den påberåbte bestemmelse er anvendelig (»applicability«), og hvis det er tilfældet, hvorvidt staten har handlet i overensstemmelse med konventionen (»compliance«). I

545. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985, pr. 33–34.
546. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985.
547. VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz, dom afsagt den 28. juni 2001.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 213 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vurderingen af compliance-spørgsmålet indgår en række elementer (proportionalitetsvurdering, vurdering af, om indgrebet forfølger et sagligt hensyn, afvejning af de enkelte interesser overfor hinanden m.v.).

Spørgsmålet om, hvorvidt staten bliver ansvarlig, når der er private involveret i konflikten, er et spørgsmål om anvendelighed af konventionen. I det følgende gennemgås først nogle elementer, der indgår i vurderingen af, hvad der kan aktivere statens ansvar, med den virkning at en given bestemmelse bliver anvendelig. Derefter drøftes det, i hvilket omfang statens ansvar aktiveres – med andre ord spørgsmålet om, hvorvidt vurderingen af, om der er sket en krænkelse, påvirkes af det forhold, at der ligger en konflikt mellem private til grund for sagen på det nationale plan.

2.3.1. Den positive forpligtelse består direkte efter konventionen

Hvis der består en positiv forpligtelse direkte efter konventionen, taler det for, at staten ved sin udøvelse af sine beføjelser på dette område i særlig grad kan blive ansvarlig for eventuelle krænkelser, begået af private mod private.

Et eksempel kunne være

> sagen *Costello-Roberts*[548] mod England, der vedrørte spørgsmål om krænkelse af art. 3, 8 og art. 13. Sagen drejede sig om en 7-årig dreng, der var blevet korporligt straffet med 3 slag med en gummisko for overtrædelser af reglementet på en privat kostskole. Skolen modtog ingen offentlig støtte. Private skoler var dog under en vis kontrol fra statens side. Moderen anmeldte afstraffelsen til politiet 4-6 uger, efter at den var foretaget. Politiet gjorde ikke noget i anledning af anmeldelsen under henvisning til, at der ikke var synlige mærker på drengen. Under sagen drøftedes det, hvorvidt den engelske stat kunne være ansvarlig for en eventuel krænkelse, der havde fundet sted på den private skole. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt, at såfremt der forelå en krænkelse, kunne regeringen være ansvarlig, blandt andet fordi regeringen efter konventionens art. 2 i tillægsprotokol 1 har en pligt direkte efter konventionen til at sikre alle børn ret til uddannelse. Dom-

548. A 247-C, Costello-Roberts mod England, dom afsagt 25. marts 1993.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 214 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

stolen lagde også vægt på, at staten ikke kan frigøre sig fra sine forpligtelser ved at delegere sine pligter til private. Konkret fandt domstolen dog ikke, at afstraffelsen havde en sådan intensitet, at den faldt indenfor art. 3 eller art. 8[549].

2.3.2. Lovgivningen ikke tilstrækkelig

En hovedårsag til, at en stat kan ifalde ansvar, er, at lovgivningen giver mulighed for krænkelsen. Dette var tilfældet i sagen Young, James og Webster[550], hvor domstolen i tilknytning til sin diskussion af konventionens art. 1 anførte, at hvis en krænkelse af en af de i konventionen omhandlede rettigheder er resultatet af ikke-iagttagelse i den nationale lovgivning/regulering af pligten til at sikre disse rettigheder, da medfører det ansvar for staten. »Allthough the proximate cause of the events ... was the ... agreement between British Rail and the railway Unions, it was the domestic law in force at the relevant time that made lawful the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis«.

Et forhold, der tillægges stor vægt af domstolen i vurderingen af, om statens ansvar aktiveres, er således, om statens lovgivende magt har foretaget tilstrækkeligt for at opfylde konventionen. Hvis domstolen mener, at lovgivningen burde have været anderledes, kan det forhold, at staten har forsømt at lovgive, aktivere statens ansvar.

Denne praksis skal ses i lyset af, at der ikke i konventionen er specificeret krav til staterne om, hvorledes de skal opfylde konventionen. Det er op til staterne selv; blot skal resultatet være, at konventionens krav er opfyldt.

Det er da også den opfattelse Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har i de fleste sager. Et tilfælde fandtes for eksempel i sagen Airey mod Irland[551]. Sagen, der er refereret i kapitel 7, vedrørte spørgsmål om fru Aireys adgang til domstolene med henblik på at indlede separationssag. Retten anførte[552] med hensyn til spørgsmålet om, hvilke

549. Se pr. 36.
550. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt 13. august 1981, refereret ovenfor. Se særligt pr. 49.
551. A 32, Airey mod Irland, dom afsagt 9. oktober 1979.
552. Se pr. 26.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 215 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

krav der stilles til staten, at »it leaves to the State a free choice of the means to be used …«, og retten anførte videre, at staten ikke behøvede at give fri proces i disse sager for at opfylde konventionen; staten kunne også ændre proceduren, således at det blev nemmere at anlægge en retssag om separation. Retten anførte herefter, at »in any event, it is not the Court's function to indicate, let alone dictate, which measures should be taken …«.

Det sker dog, at domstolen føler sig i stand til at udtale sig herom. Dette var for eksempel tilfældet i sagen X og Y mod Holland[553], som er refereret i kapitel 7. Grunden til, at voldtægtsmanden ikke kunne drages til ansvar for voldtægten, var, at der var, hvad de nationale myndigheder selv var opmærksomme på, et »hul« i lovgivningen, som gjorde dette umuligt. De nationale myndigheder mente ikke at kunne fortolke reglerne udvidende til skade for voldtægtsmanden[554]. Regeringen anførte, at det var op til de enkelte stater at fastsætte de forholdsregler, der skulle tages i en given situation. I den foreliggende situation havde Y, voldtægtsofret, haft mulighed for at få oprejsning gennem et civilt søgsmål. Domstolen anførte hertil følgende: »The Court … observes that the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principel a matter that falls within the Contracting States' margin of appriciation«. I overensstemmelse med dette udgangspunkt anførte domstolen, at gennemførelse af straffelove ikke nødvendigvis var den eneste måde, hvorpå en stat kunne opfylde konventionen, men at den beskyttelse, der fulgte af den civilretlige lovgivning i Holland, var utilstrækkelig[555]. Retten anførte videre følgende: »Effective deterrence is indispensable in this area and it can be achived only by criminal-law-provisions«. Retten tilføjede, at det er den måde, disse forhold normalt reguleres på, samt at Holland også selv – bortset fra netop den foreliggende situation – har reguleret spørgsmålet om seksuelle krænkelser i straffeloven.

Af dommen kan udledes, at domstolen i nogle sager tager stilling til, om den foreliggende lovgivning er tilstrækkelig, og at domstolen ikke i alle sager føler sig fremmed overfor at udtale sig om hvilken slags lovgivning, domstolen ville anse for rigtig.

---

553. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985.
554. Se pr. 12.
555. Se pr. 24 og pr. 27.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 216 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Domstolen har også i andre sager henvist til, at lovgivningen gav mulighed for krænkelser af konventionen, hvilket medførte ansvar for den involverede stat[556].

2.3.3. Staten medvirker til krænkelsen

Hvor staten har medvirket til krænkelsen, er det ikke overraskende, at staten bliver ansvarlig. Dette følger for så vidt allerede af de almindelige folkeretlige regler.

»Jon-sagen« kunne ses som et eksempel.

> *»Jon-sagen«*[557]: I denne sag anbragte en mor en 12-årig dreng, Jon, som hun havde ene-forældremyndigheden over, på et psykiatrisk hospital. Beslutningen var taget i enighed med hospitalets overlæge samt en repræsentant fra de sociale myndigheder. Drengen indbragte spørgsmålet om anbringelsens forenlighed med konventionens art. 5 for konventionsorganerne. Domstolens flertal fandt, at Danmark ikke havde krænket art. 5, fordi der var tale om en beslutning, som moderen havde truffet som udøver af forældremyndigheden. 7 dommere (et ret stort mindretal ud af 16 dommere) erklærede sig imidlertid enige med kommissionen (som havde statueret krænkelse) i, at art. 5 var anvendelig på beslutningen om indlæggelsen. Staten blev efter disse dommeres opfattelse ansvarlig for denne beslutning derved, at staten ikke blot tolererede den, men også støttede den gennem de relevante myndigheder. Mindretallet fandt således, at beslutningen om at indlægge Jon udgjorde en frihedsberøvelse, selvom det var moderen, der havde taget initiativet til den.

Det forhold, at statens repræsentanter havde været involveret i frihedsberøvelsen, talte efter mindretallets mening for at anse statens ansvar for aktiveret.

Et eksempel på en mere vidtgående involvering i krænkelsen kunne være sagen

---

556. Se for eksempel VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz, dom afsagt den 28. juni 2001.
557. A 144, Nielsen mod Danmark (»Jon-sagen«), dom afsagt den 28. november 1988.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 217 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Riera Blume and others mod Spanien[558]. Klagerne, der alle var i 20'erne og 30'erne, blev arresteret af myndighederne, der mistænkte dem for som medlemmer af en gruppe/organisation, der efter myndighedernes opfattelse var en »sekt«, at have begået forskellige former for kriminalitet. Da de var blevet afhørt herom, bestemte myndighederne, at klagerne skulle overleveres til deres familier, i stedet for at blive løsladt umiddelbart. Angiveligt frygtede myndighederne, at (nogle af) klagerne ville begå selvmord efter en løsladelse. I biler, der tilhørte politiet, blev klagerne kørt til et hotel, hvor klagernes familier havde lejet værelser, hvor klagerne blev tilbageholdt af familierne i 9 dage. Under tilbageholdelsen blev klagerne udsat for »deprogrammering« ved en psykiater, familierne havde fået kontakt med. Under tilbageholdelsen på hotellet blev klagerne en gang afhørt af politiet. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt, at Spanien kunne gøres ansvarlig for frihedsberøvelsen. Domstolen lagde vægt på, at klagerne var kørt til hotellet i politiets biler, og at politiet, der havde afhørt klagerne, mens disse var på hotellet, således hele tiden havde været klar over, at klagerne var tilbageholdt på hotellet. På den baggrund fandt domstolen art. 5 krænket.

I den sidste situation var staten i højere grad involveret i krænkelsen, og det forekommer ret klart, at Spanien måtte kunne gøres ansvarlig for frihedsberøvelsen.

2.3.4. Særlig anledning for staten til at gribe ind?

At staten på særligt grundlag er retligt eller praktisk involveret i en krænkelse, uden dog selv at medvirke til krænkelsen, kan tale for, at statens ansvar aktiveres.

Et eksempel kunne være

Ostra mod Spanien[559], der vedrørte art. 3 og 8. I denne sag behandlede en privat fabrik affald fra garverier i en spansk by, Lorca. Fabrikken lå 12 meter fra klageren Ostra's hjem. Fabrikken var bygget på kommunens jord og fik statsstøtte. Derimod havde fa-

558. Riera Blume and others mod Spanien, dom afsagt den 14. oktober 1999.
559. A 303-C, Ostra mod Spanien, dom afsagt den 9. december 1994.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 218 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

brikken ikke opnået de nødvendige miljøtilladelser til affaldsbehandlingen. Fabrikken forurenede i et sådant omfang, at de omkringboende en overgang måtte evakueres. Klageren forsøgte gennem de nationale myndigheder at få lukket fabrikken, men dette lykkedes ikke. Klageren påstod krænkelse af art. 8, fordi hun ikke havde kunnet bo i sit hjem uden sundhedsfare, og fik ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol medhold heri. I dommen trækkes det frem, at der i den nationale lovgivning var en del regler, der gav hjemmel for myndighederne, for eksempel borgmesteren, til at gribe ind overfor forurenende virksomheder med inddragelse/nægtelse af tilladelse til at udføre den type virksomhed, samt at fabrikken var bygget på kommunens jord og fik statsstøtte[560]. Dommen inddrager en række andre faktorer, hvilket gør det vanskeligt at konstatere, hvilken vægt domstolen tillægger de anførte elementer[561].

Herudover kan nævnes:

Artico-sagen[562]. Sagen drejede sig om den italienske statsborger, Artico, der havde fået udpeget en forsvarer under en sag om genoptagelse af en straffesag. Forsvareren gjorde intet for at hjælpe ham, og trods Articos talrige henvendelser til de italienske myndigheder om den manglende aktivitet fra forsvarerens side, gjorde myndighederne intet i den anledning. Dette førte til, at Artico tabte genoptagelsessagen – som han fik medhold i 3 år senere, da han havde afsonet dommen. Artico påberåbte sig for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol konventionens art. 6, stk. 3, c, hvorefter enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, har ret til bistand af en forsvarer. Domstolen anførte, at konventionen »is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective«. Om statens ansvar for forsvarerens manglende engagement i sagen, anførte domstolen følgende: »Admittedly, a state cannot be held responsible for every

560. Se særligt pr. 28 og 52, samt 55.
561. Dommens konklusion findes i pr. 58, hvor det efter en opremsning af en række faktorer indledningsvist anføres »Having regard to the foregoing …«.
562. A 37, Artico mod Italien, dom afsagt den 13. maj 1980. Se særligt pr. 36.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 219 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> shortcoming on the part of a lawyer appointed for legal aid purposes but, in the particular circumstances, it was for the competent Italien authorities to take steps to ensure that the applicant enjoyed effectively the right to which they had recognised he was entitled«.

Da staten havde en særlig grund til at gribe ind, var staten også ansvarlig for forsvarerens undladelse af at give Artico den bistand, han havde krav på efter konventionen.

I disse situationer har staten ikke været involveret fra starten af krænkelsen, men får under vejs i et forløb, der foregår mellem private parter, en anledning til at gribe ind. Undladelsen heraf medfører ansvaret.

2.3.5. Særligt beskyttelsesbehov

Der kan være grupper, der har et særligt beskyttelsesbehov, for eksempel børn.

Dette var tilfældet i sagen:

> *A mod United Kingdom*[563]. Sagen vedrørte primært art. 3. Klageren var født i 1984. I 1993 blev myndighederne opmærksomme på, at klageren var blevet slået hjemme adskillige gange med spanskrør. Moderens samlever blev anklaget for vold og forsvarede sig under sagen med, at drengen (klageren) var vanskelig, og at det derfor var nødvendigt at slå ham som anført. Efter engelsk ret var det lovlig for forældre eller andre i forældres sted at slå børn, hvis straffen var »moderate and reasonable«. Samleveren blev frifundet. Kommissionen fandt enstemmig, at volden udgjorde en krænkelse af konventionens art. 3, og ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tog den engelske stat bekræftende til genmæle heroverfor. Staten nedlagde dog påstand om, at domstolen alene tog stilling til den konkrete sag uden at udtale sig generelt om korporlig afstraffelse af børn. Klageren nedlagde påstand om, at retten udtalte, at national ret ikke burde acceptere, direkte eller indirekte, at børn blev udsat for vold. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol udtalte vedrørende art. 3, at den behandling, barnet (klageren)

563. A mod Storbritannien, dom afsagt den 23. september 1998.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 220 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> havde været ude for, havde haft en sådan intensitet, at det rakte til at være omfattet af art. 3. Vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt staten kunne være ansvarlig for, at stedfaderen havde mishandlet barnet, udtalte domstolen[564], at konventionens art. 1 forpligter staten til at tage forholdsregler, således at det sikres, at individer ikke bliver udsat for tortur; heller ikke tortur, der udøves af private. Domstolen anførte, at børn og andre sårbare individer har særlig krav på statens beskyttelse (mod tortur) »in the form of effective deterrence«. Retten pegede på, at i den konkrete sag havde loven ikke ydet den fornødne beskyttelse for barnet, der faktisk havde været udsat for en behandling, der var omfattet af art. 3. Det forhold, at staten havde forsømt at tilvejebringe den fornødne beskyttelse, konstituerede en krænkelse af art. 3[565].

Sagen kan også ses som et eksempel på ansvar, fordi lovgivningen ikke var tilstrækkelig.

2.3.6. Delegation af statens »pligter« efter konventionen

Statens ansvar kan aktiveres, hvis staten har delegeret sine »pligter« efter konventionen til private.

Domstolen har fastslået dette synspunkt blandt andet i sagen Costello-Roberts mod den engelske stat[566], der er refereret ovenfor. I denne sag udtalte domstolen, at »The Court notes first that … the State has an obligation to secure to children their right to education under Article 2 of Protocol No. 1. … Thirdly the Court agrees with the applicant that the State cannot absolve itself from responsibility by delegating its obligations to private bodies or individuals«.

Ud fra sammenhængen i dommens præmisser er det formentligt kun i den situation, hvor staten har delegeret sine forpligtelser efter konventionen til private, og hvor dette har afstedkommet en ikke-iagttagelse af pligterne, at krænkelsen kan føre til aktivering af statens ansvar.

---

564. Se særligt pr. 22.
565. Se også sagen Z and others mod Storbritannien, dom afsagt den 10. maj 2001, hvor 4 børn var udsat for en uforståeligt grusom behandling fra deres mor. De sociale myndigheder kendte til denne behandling gennem 4–5 år, før de greb ind. Storbritannien tog under sagen for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol bekræftende til genmæle vedrørende spørgsmål om krænkelse af art. 3.
566. A 247-C, Costello-Roberts mod United kingdom, dom afsagt den 25.marts 1993.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 221 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Dommen kan derimod næppe læses som en stillingtagen til, hvilke funktioner, der eventuelt kunne henhøre til den offentlige sektor, og hvilke der burde henhøre til den private. Overladelse af områder, der før har været offentlige, til private, er formentligt ikke i sig selv nok til at statens ansvar aktiveres. Men hvis staten overlader udførelsen af sine pligter efter konventionen til hel- eller halvprivate organer, er staten stadig ansvarlig for, at konventionen opfyldes ved realiseringen af disse pligter. Denne regel stemmer overens med, at staten efter den almindelige folkeret ikke kan tillade private at gøre, hvad den ikke selv kan gøre uden at komme i strid med sine internationale forpligtelser[567].

2.3.7. Særligt om bestemmelser, der skal tilsikre individet adgang til behandling af klager over konventionskrænkelser

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention indeholder forskellige bestemmelser, der skal sikre borgerne adgang til retlig prøvelse af deres krav. Det drejer sig især om art 6 og art. 13.

Art. 6 indeholder krav om mulighed for domstolsprøvelse for enhver, »når der skal træffes afgørelse enten i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser …«.

Bestemmelsen fortolkes ikke blot som et krav om, at domstolene skal opfylde en række processuelle krav (for eksempel om hurtighed ved sagernes behandling) i en allerede anlagt sag. Den indeholder efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning også et krav om overhovedet at få adgang til at anlægge sager, der omfattes af bestemmelsen[568]. Bestemmelsen kan derfor stille krav til indretningen af national rets adgang til at anlægge sager, såfremt der er regler (for eksempel af foreningsretlig karakter), der hindrer anlæggelse af en sag, der i øvrigt ville falde indenfor bestemmelsen.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning har endda været mere vidtgående end dette. I en sag fra 1979[569] fandt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at art. 6 var krænket, fordi der for

---

567. Se også Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 34, der anfører, at »public authorities should not be able to avoid their responsibilities by resorting to private-law arrangements«, samt sagen A 70, Van der Mussele mod Belgien, dom afsagt den 23. november 1983, hvor samme synspunkter førte til aktivering af den belgiske stats ansvar (pr. 28–30).
568. Se A 18, Golder mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1975.
569. A 32, Airey mod Irland, dom afsagt 9. oktober 1979. Refereret i kapitel 7.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 222 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

en enkeltperson ikke var mulighed for at anlægge en separationssag af økonomiske grunde. Den pågældende kvinde ønskede separation fra sin mand, fordi han var voldelig. Under henvisning til, at samlivet med den voldelige mand var en krænkelse af hendes ret til privatliv efter konventionens art. 8, fandt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at staten i denne situation havde en positiv pligt til at lette hendes adgang til at anlægge seperationssag, for eksempel ved at give hende fri proces. Sagen ses af nogle som et eksempel på virkning mellem private[570]. I hvert fald kan man sige, at det får betydning for den anden part i sagen, hvis der er krav om, at der skal meddeles fri proces i bestemte sager.

Der er ikke nogen tvivl om, at art. 6 – udover de materielle virkninger, som er nævnt ovenfor – dermed også har en betydning mellem private, der går ud over selve de krav, der stilles til domstolsbehandlingen.

Herudover har konventionens art. 13 betydning for privates adgang til at anlægge sag.

Når bortses fra den i kapitel 6 anførte diskussion om det sidste led i bestemmelsen, indeholder art. 13 stadig visse krav til den nationale ret. Kravet om, at enhver, hvis rettigheder og friheder efter konventionen er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler herimod for en national myndighed, understreger den internationalretlige forpligtelse, en stat har i den situation, hvor der er sket en krænkelse af en af de rettigheder og friheder, der er indeholdt i konventionen. Bestemmelsen har efter sin ordlyd accesorisk karakter, således at det kun er i situationer, hvor der er sket en krænkelse af andre rettigheder og friheder, at den finder anvendelse. Bestemmelsen indebærer derimod ikke et generelt krav på at få en sag, hvor en borger påstår, at den pågældendes rettigheder og friheder er krænket, prøvet for nationale myndigheder. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fortolket kravet om, at rettigheder og friheder »er blevet krænket« som et krav om, at der skal foreligge en rimelig formodning for, at rettigheder eller friheder er blevet krænket. Det er således ikke et krav, at en krænkelse formelt set er fastslået[571].

---

570. Se Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 212f.
571. Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 298ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 223 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Såfremt en klage over krænkelse af konventionssikrede rettigheder og friheder føres frem under en civil sag mellem to private parter, vil art. 13 derfor give klageren et krav på, at denne indsigelse behandles under forudsætning af, at klagen kan siges at være »rimelig«. Såfremt det ved prøvelsen af en sådan indsigelse må lægges til grund, at der er sket en krænkelse af konventionssikrede rettigheder og friheder, må den nationale domstol – der ikke efter den internationale ret behøver at være en domstol[572] – kunne give den krænkede part et »effektivt retsmiddel« herimod. Der stilles ikke krav i den internationale ret til karakteren af denne oprejsning, men såfremt der ikke gives en tilkendegivelse af, at der er sket en krænkelse, og at der er gjort forsøg på at give oprejsning, vil afgørelsen være i strid med de internationale krav, bestemmelsen stiller.

2.3.8. Ulighed i styrkeforholdet mellem parterne

Som det fremgår af kapitel 5 om tysk ret, har det i Tyskland været diskuteret, om det forhold, at der er ulighed mellem parterne, således at den ene part indtager en stærkere stilling end den anden, fører en øget tendens til anvendelse af grundrettighederne mellem private med sig – eller om man muligvis kun kan anvende grundrettighederne i situationer, hvor der er en sådan ulighed.

Dette kunne i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis føre til, at statens ansvar i højere grad aktiveres også i sager, hvor den oprindelige konflikt stod mellem to private parter[573], hvis der er stor ulighed mellem parterne, eller hvis den ene af parterne besidder et monopol[574].

Man kan også i den forbindelse lægge vægt på, om der på den ene side er tale om organisationer, der er så store, »that they rival the

---

572. Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 300f.

573. Drzemczewski, peger s. 180 i »The European Human Rights Convention and relations between private parties« på muligheden af en sådan anvendelse ved nationale domstole. Han anfører således, at »the judiciary may be able, to a limited extent, to control the actions of non-governmental institutions and powerful individuals who may otherwise be considered to be inimical to the fundamental interests and values of the society at large«. Se også Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 34.

574. Se Alkema, der s. 41 i artiklen »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, henviser til kommisionspraksis herom.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 224 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

state«[575]. Så store organisationer kunne for eksempel være fagforeninger.

Begrundelsen for at gøre forskel i sager, hvor der er en forskel i de involverede parters styrke overfor hinanden, kunne være, at domstolen fandt et særligt beskyttelsesbehov i sager, hvor den ene private part havde en mere betydelig magtposition end den anden[576]. Ved læsning af den i denne afhandling gennemgåede retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i sager, der påvirker reguleringen af retsforholdet mellem private, efterlades man imidlertid ikke med et indtryk af, at det er særligt afgørende for domstolen, om der er ulighed mellem parterne. Der findes naturligvis sager, hvor den ene af parterne er (meget) mere magtfuld end den anden (sagerne om Young, Webster og James[577] mod den engelske stat og sagen om Ostra mod Spanien[578] kan tjene som eksempel), men det fremgår ikke af dommenes præmisser, at den ulige styrkeposition er tillagt særlig vægt. Domstolen har også fundet anvendelse for princippet om positive pligter i sager, hvor konflikten findes mellem private indbyrdes, og hvor parternes styrke ikke adskilte sig meget fra hinanden. Sagerne Bronda mod Italien[579] og Airey mod Irland[580] kan tjene som eksempler.

Selvom man, som det fremgår af kapitel 5, må konkludere, at ulighed mellem parterne i tysk ret ikke betyder, at der er en øget tilbøjelighed til at anvende GG mellem private, kan det nok ikke udelukkes, at de tanker, der trivedes i det tyske, juridiske fortolkningsfællesskab om betydningen af ulighed mellem parterne, har haft indflydelse på Den

---

575. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights« s. 34.
576. Tanken om, at menneskerettighederne skal beskytte det enkelte individ overfor magtkoncentrationer, er ført frem af flere; se for eksempel Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder – nogle almene betragtninger«, s. 5, der i forbindelse med »middelbar Drittwirkung« anfører følgende: »Det offentliges pligt til at beskytte svage private parters grundlæggende rettigheder i forhold til stærke organisationer og erhvervsforetagender får stigende betydning, da private aktører på mange livsområder efterhånden indtager en styrkeposition i forhold til det enkelte individ, der kan sammenlignes med offentlige myndigheders«.
577. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt 13. august 1981, refereret ovenfor.
578. A 303-C, Ostra mod Spanien, dom afsagt den 9. december 1994. Dommen er refereret ovenfor.
579. Bronda mod Italien, dom afsagt den 9.juni 1998. Dommen er refereret nedenfor.
580. A 32, Airey mod Irland, dom afsagt 9. oktober 1979. Dommen er refereret i kapitel 7.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 225 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkning i dette spørgsmål. Det er måske ikke tilfældigt, at den første dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvor man for alvor tog stilling til anvendelse mellem private, var tre individer mod en fagforening.

Imidlertid kommer dette ikke til udtryk i præmisserne, hvor der i den ovenfor gennemgåede praksis ikke er noget, der tyder på, at ulighed mellem parterne skulle føre til, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skulle være særligt indstillet på at aktivere statens ansvar i en konflikt, der oprindeligt stod mellem private[581].

Noget andet er, at det muligt kan spille en rolle ved vurderingen af, om der konkret er sket en krænkelse. Som det fremgår nedenfor, foretager domstolen nemlig en proportionalitetsvurdering i mange sager. I denne vurdering indgår parternes styrke. Som eksempel kan nævnes sagen om Young, James and Webster[582], hvor domstolen blandt andet i forbindelse med overvejelserne om proportionalitetsprincippet foretog en afvejning af de to private »parters« interesser[583] og afvejede fagforeningernes interesse i at kunne kæmpe for deres medlemmers rettigheder overfor hensynet til at undgå den tvang, de tre blev udsat for. Resultatet af afvejningen blev, at det ikke ville have forhindret fagforeningerne i at kæmpe for deres medlemmers interesser, selvom det ikke havde været lovligt at tvinge ansatte til at melde sig ind i fagforeningerne. Da det ikke var lykkedes at finde »a proper balance between the conflicting interests of those involved«, var indgrebet ikke proportionalt.

På den måde kan hensynet til ulighed mellem de private parter indgå i vurderingen af, om et indgreb er proportionalt.

Dette hænger også sammen med, at domstolen ved afgørelsen af, om der er sket en krænkelse, lægger stor vægt på intensiteten af det foretagne indgreb. I sagen Young, James and Webster var indgrebet af stor intensitet, fordi de tre ikke havde nogen valgmulighed med hensyn til,

---

581. I sagen VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz, dom afsagt den 28. juni 2001, blev synspunktet om, hvorvidt klageren udgjorde en magtfuld, finansiel gruppe, nævnt, men det skyldtes, at den schweiziske lovgivning om indskrænkning af ytringsfriheden med hensyn til reklamer, var begrundet i frygten for disse magtfulde, finansielt stærke grupper. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol efterprøvede derfor, om klageren opfyldte denne betingelse, for at undersøge, om national lovgivning var overholdt.
582. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981.
583. Se pr. 64 i.f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 226 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

hvilken forening de ville være medlem af[584], og fordi resultatet af deres nægtelse af at ville være medlem førte til, at de mistede deres job.

Hertil kommer, at det af rent praktiske årsager er oftere forekommende, at en konflikt for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol opstår mellem parter, der er ulige med hensyn til magtforhold end en konflikt mellem parter, der har lige stor magt. Potentielle krænkelser vil sandsynligvis oftere finde sted, hvor større magtkoncentrationer er, end hvor dette ikke er tilfældet. Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i disse situationer statuerer krænkelse, er det således ikke, *fordi* der er ulighed mellem parterne, men fordi den part, der har den største magt i forholdet, har haft magt til at krænke den omhandlede rettighed med en sådan intensitet, at det rækker til at statuere krænkelse.

2.3.9. Intensitet eller særligt fundamentale områder som kriterium for, om konventionen er anvendelig mellem private?

Man kunne overveje, om domstolen lagde vægt på, hvorvidt der var tale om et særligt fundamentalt område for de involverede, som et kriterium for at lade statens ansvar aktiveres.

En sådan generel regel kan imidlertid ikke opstilles. Nogle af de ovenfor gennemgåede domme vedrører klart fundamentale områder – hvilket jo også har noget at gøre med, at vi befinder os inden for menneskerettighederne, der vel altid i en eller anden forstand må siges at være »fundamentale«. Men i domstolens argumentation kan der ikke påvises en tilbøjelighed til kun at lade statens ansvar for privates handlinger eller undladelser aktiveres på særligt »fundamentale« områder.

I sagen Young, Webster og James[585] argumenterede domstolen med, at afskedigelserne var særligt følelige for de tre jernbanearbejdere – men dette argument var et argument for at statuere krænkelse – ikke for om statens ansvar blev aktiveret trods det forhold, at der i den nationale konflikt var private på begge sider af konflikten.

Der er ikke i domstolens praksis belæg for at antage, at kun i situationer, hvor det er af særlig betydning for de involverede, vil statens

---

584. Sammenlign med sagen Gustavsson mod Sverige, dom afsagt den 25. april 1996. Her lagde domstolen blandt andet vægt på, at Gustavsson havde valgmuligheder med hensyn til, hvilken forening han ville være medlem af.

585. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 227 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ansvar blive aktiveret, eller at der er en højere grad af ansvar, hvor området er særligt fundamentalt.

2.3.10. Konfliktens privatretlige karakter som kriterium

Som det fremgår ovenfor, antages det ofte i teorien, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil være tilbageholdende med at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i situationer, hvor konflikten er af særlig tydelig privatretlig karakter.

Dette gælder efter praksis ikke i familieretlige sager. Både i samværssager mellem private og i tvangsfjernelsessager anvendes Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, også i konflikter mellem private indbyrdes.

Et eksempel herpå er

> *Hokkanen mod Finland*[586]. En far, klageren i sagen, sendte sin datter til hendes bedsteforældre, da barnets mor døde. Da han ville have hende tilbage, nægtede bedsteforældrene. Der kørte et stort antal sager om samvær og eventuel overførsel af forældremyndighed ved en række forskellige myndigheder over en længere periode, indtil myndighederne endeligt traf afgørelse om, at faderen skulle være værge, men at barnet skulle bo hos bedsteforældrene, der skulle have forældremyndigheden, idet hun (nu) havde en meget stærk tilknytning til dem. Myndighederne fik ikke rigtigt i forløbet hjulpet klageren med at eksekvere et antal afgørelser, hvorefter barnet skulle hjemgives. Barnet udtrykte selv, at hun ikke ønskede at mødes med faderen, men myndighederne lagde ikke vægt på dette på grund af den stærke indflydelse fra bedsteforældrene. Først da hun var 12 år, inddrog man hendes syn på sagen, hvorefter hun ikke ønskede at mødes med faderen. Han havde da ikke set hende, siden hun var ca. 4 år. Faderen gjorde ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol gældende, at ved at have forsømt at fremme hans genforening med barnet, og ved til sidst at have overført forældremyndigheden til bedsteforældrene, havde de finske myndigheder krænket hans rettigheder efter art. 8. Domstolen anførte blandt andet, at forældre efter art. 8 har ret til, at der arbejdes

586. A 299-A, Hokkanen mod Finland, dom afsagt den 23. september 1994.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 228 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

på barnets og forældrenes genforening, og at myndighederne efter art. 8 har pligt til at arbejde herfor. Myndighederne har en pligt til at arbejde for hjemgivelse, selvom det var en privat aftale, der lå til grund for barnets anbringelse udenfor hjemmet i første omgang[587]. Det bringer altså ikke forholdet udenfor art. 8, at det ikke er myndighederne, der i første omgang fjernede barnet fra hjemmet. Domstolen fandt, at der var sket en krænkelse af faderens rettigheder efter art. 8, fordi myndighederne ikke havde gjort nok for at fremme en genforening mellem faderen og barnet.

Selvom arrangementet oprindeligt havde baseret sig på en privat aftale, og selvom det var bedsteforældrene, der havde saboteret samværet, var de finske myndigheder ansvarlige for det manglende samvær.

Et andet spørgsmål er, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil kunne finde anvendelse, hvor konflikten udspringer af en privatretlig kontrakt.

Hertil kan siges, at i hvert fald ansættelseskontrakter, der krænker Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, kan aktivere statens ansvar, jf. den ovenfor refererede dom om Young, James and Webster[588], der ikke er den eneste herom[589].

Også lejekontrakter kan aktivere statens ansvar. Et eksempel er[590]:

Velosa Barreto mod Portugal[591]. Velosa Barreto boede med sin hustru og deres søn i Funchal på Madeira hos hustruens forældre, fordi de ikke selv havde et hus. Da Barreto arvede et hus, der var lejet ud, ønskede han at opsige lejeren for selv at benytte huset. De nationale domstole fandt ikke betingelserne for opsigelse af lejeren opfyldte, idet Barreto ikke havde godtgjort, at det var absolut nødvendigt for ham selv at bo i huset. Barreto gjorde gældende, at de portugisiske domstole havde krænket hans rettigheder efter art. 8, idet de ikke

587. Domstolen anførte således, at »this principle must be taken as also applying to cases such as the present where the origin of the provisional transfer of care is a private agreement«.
588. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt 13. august 1981.
589. Se også A 258-A, Sibson mod United Kingdom, dom afsagt den 20. april 1993, hvor der dog ikke blev statueret krænkelse.
590. Se om kontraktsforhold vedrørende fast ejendom også den ovenfornævnte A 98, James and others mod United Kingdom, dom afsagt 21. februar 1986.
591. A 334, Velosa Barreto mod Portugal, dom afsagt den 21. november 1995.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 229 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

havde respekteret hans ret til privatliv og familieliv. Han gjorde særligt gældende, at der havde været lagt hindringer i vejen for hans privatliv, og at hans søn aldrig havde oplevet at leve i privatliv sammen med sine forældre, samt at grunden til, at sønnen var enebarn, var de hæmmende livsvilkår i svigerforældrenes hus. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt i udgangspunktet art. 8 anvendelig, men fandt ikke, at der var sket en krænkelse.

Som det ses, tager Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol også stilling til sager om privatretlige forhold, og i sager, hvor der ikke statueres krænkelse, er dette ikke, fordi konventionen ikke finder anvendelse i privatretlige forhold, men ud fra en afvejning af de forskellige hensyn i sagen, jf. om afvejningen straks nedenfor.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol inddrager dog synspunktet om kontraktsfriheden i nogle sager, for eksempel i

VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz[592], hvor en forening, der arbejdede for at beskytte dyr, herunder især forsøgsdyr og dyr i den industrielle produktion, producerede en reklame, der blandt andet viste billeder fra den industrielle svineproduktion, og sammenlignede de forhold, svinene levede under, med KZ-lejre. Reklamen opfordrede generelt til at spise mindre kød. Foreningen ønskede reklamen vist i det schweiziske tv, der var en offentlig institution. Reklamedelen af schweizisk tv blev imidlertid styret af et privat firma, Commercial Television Company, som nægtede at vise reklamen på grund af dens politiske indhold. Schweizisk lovgivning forbød blandt andet politiske reklamer. Klager indbragte spørgsmålet for de nationale myndigheder, der fandt, at Commercial Television Company havde været berettiget til at nægte at vise reklamen. Domstolen drøftede[593], om Schweitz kunne blive ansvarlig for nægtelsen af at vise reklamen. Domstolen inddrog heri blandt andet det forhold, at Commercial Television Company »was acting as a private party enjoying contractual freedom«. Da schweizisk lovgivning gjorde det lovligt at nægte at vise reklamen, var Schweitz dog ansvarlig, hvis der forelå en krænkelse. Domstolen

592. VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz, dom afsagt den 28. juni 2001.
593. Se pr. 44ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 230 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

fandt, at indskrænkningen af foreningens ytringsfrihed ikke var »necessary in a democratic society«, hvorfor art. 10 var krænket.

Selvom hensynet til kontraktsfriheden nævnes, ser det ikke ud til at have spillet nogen særlig rolle for domstolens vurdering – formentligt fordi sagen vedrører art. 10, der af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol anses for at være en af de fundamentale bestemmelser i konventionen.

Det har ikke været muligt at finde retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, der kan belyse, hvilken rolle Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil spille i rent formueretlige kontraktsforhold, for eksempel i forbindelse med købekontrakter eller lignende. Det hænger vel sammen med, at det er vanskeligt at forestille sig en købekontrakt eller andre rent formueretlige kontrakter, der materielt kan krænke en bestemmelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det ville være en kontrakt med helt usædvanlige kontraktsvilkår. Hvis en købekontrakt indeholdt bestemmelser, der krænkede Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, er det til gengæld svært at forestille sig, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke ville anvende konventionen blot på grund af det kontraktsretlige element, hvis betingelserne for at aktivere statens ansvar i øvrigt var opfyldt.

Det kan på baggrund af ovenstående gennemgang konkluderes, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som udgangspunkt også finder anvendelse på sager om privatretlige kontrakter, hvis der i øvrigt er grundlag for at statuere statsansvar. Teoriens forventning om tilbageholdenhed på det aftaleretlige område imødekommes ikke af formuleringen af præmisserne i den foreliggende retspraksis.

2.4. Afvejning af forskellige hensyn

Når det er fastslået, at en konventionsbestemmelse kan være anvendelig, står tilbage at foretage en afvejning af, hvilke hensyn der skal inddrages i vurderingen af, *om* der er sket en krænkelse. Spørgsmålet er, om vurderingen bliver påvirket af det forhold, at der er tale om regulering af retsforholdet mellem private og ikke mellem staten og en borger.

Som anført ovenfor, er udgangspunktet stadigt, at der skal »noget særligt« til, før staten bliver ansvarlig for privates handlinger. På den

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 231 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

baggrund må det antages, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil udvise en vis tilbageholdenhed med hensyn til at lade statens ansvar aktiveres i sager, hvor private har været årsag til krænkelsen, eller i sager i øvrigt, der vedrører regulering af privates indbyrdes forhold.

En sådan tilbageholdenhed kan udmønte sig på forskellige måder.

2.4.1. Skønsmarginen

Tilbageholdenhed i sager, hvor afgørelsen berører et privat individ, kunne for eksempel udmønte sig i, at staten i disse sager har en større skønsmargin[594].

Der findes en udstrakt domspraksis, hvoraf det fremgår, at reglerne om skønsmargin også finder anvendelse mellem private. Det er imidlertid svært at finde sikkert belæg i domstolens argumentation for, at skønsmarginen skulle være større i sager, hvor den oprindelige konflikt er mellem private.

Det, der gør, at der ofte vil være en større skønsmarginen i sager mellem private, er snarere, at konflikten udspiller sig i sager på områder, der er politisk omtvistede, eller som falder ind under andre områder, hvor domstolen normalt overlader en bred skønsmargin til staterne[595].

Et eksempel på anvendelse af skønsmargin er sagen X og Y mod Holland[596]. Domstolen anførte heri følgende: »The Court … observes that the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is *in principel* (min udhævning) a matter that falls within the Contracting States' margin of appriciation«. Udsagnet kan tolkes som en hovedregel med det indhold, at såfremt konflikten vedrører retsforholdet mellem private, da vil staterne – medmindre særlige forhold gør sig gældende – selv have adkomsten til at regulere det pågældende forhold.

Når der er tale om forhold, der er politisk eller moralsk følsomme for

---

594. Se Rehof og Trier, 1990 s 123, hvor det anføres, at statens margin er relativt vid, »når det angår spørgsmålet om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan antages at pålægge staten positive pligter«. Se også Clapham i »The »Drittwirkung« of the Convention«, s. 198, der også peger på, at der er større skønsmargin ved sager om privates retsforhold.
595. Se herom kapitel 4.
596. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt den 26. marts 1985.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 232 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

de enkelte stater, overlades der et støre spillerum til staterne i form af en mere udstrakt »margin of appriciation«.

For eksempel vil der i sager om ekspropriation generelt være en vid skønsmargin[597]. Til illustration kan nævnes sagen

> *James and others mod United Kingdom*[598], der vedrørte art. 1 i tillægsprotokol 1 om ekspropriation. Klagerne bestyrede en formue, der bestod af fast ejendom i et meget attraktivt kvarter i London. Engelsk ret gav mulighed for, at lejerne af fast ejendom under visse betingelser kunne erhverve en ret til at overtage lejemålet til en bestemt sum penge. Klagerne gjorde gældende, at reglerne om overtagelse af det lejede stred mod klagernes rettigheder efter art. 1 i tillægsprotokol 1. De gjorde herunder blandt andet gældende, at loven greb ind i kontrakter, der var indgået før lovens ikrafttræden, og at loven tvang dem til at sælge deres ejendomme, ofte til under markedsprisen. Den engelske regering anførte blandt andet, at loven var gennemført af hensyn til »public interests«, jf. ordlyden i art. 1 i tillægsprotokollens art. 1. Domstolen anførte i den forbindelse, at da nationale autoriteter er bedst til at afgøre, hvad der er i det offentliges interesse, har staten en skønsmargin til at afgøre dette. Domstolen anførte videre »The Court, finding it natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one, will respect the legislature's judgement as to what is »in the public interest« unless that judgement be manifestly without reasonable foundation«.

Der er altså grænser for staternes skøn, men de er vide. Ofte vil sager, der involverer privates interesser overfor hinanden, være omfattet af de nationale myndigheders skøn over, hvad der samlet er den bedste afvejning mellem de konkurrerende interesser, og dette skøn vil da blive overladt til de nationale myndigheder. Det er altså ikke, fordi der er tale om en konflikt mellem private, at skønsmarginen er vid, men fordi afvejningen på grund af politiske eller moralske forhold bedst foretages af de nationale myndigheder.

---

597. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 454.
598. A 98, James and others mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1986.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 233 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.4.2. Fair balance; afvejning efter stk. 2

I vurderingen af en eventuel krænkelse, forårsaget af en privatperson eller i et forhold mellem private, må inddrages »stk.-2-hensyn«, der ville skulle inddrages, såfremt der var tale om en aktiv krænkelse foretaget af staten selv. En del af konventionens materielle bestemmelser, nemlig art. 8, 9, 10 og 11, er alle bygget op efter et bestemt mønster. Artiklens første stykke fastlægger anvendelsesområdet for bestemmelsen, mens bestemmelsens andet stykke beskriver de hensyn, som skal indgå i en vurdering af, om et indgreb i det første stykkes beskyttelsesfære kan legitimeres. Disse hensyn skal også inddrages, hvor vurderingen angår en konflikt mellem private.

Dette kan foregå både i forbindelse med en vurdering af lovgivning eller af domsafgørelser.

Som et eksempel på vurdering af lovgivning kan nævnes sagen om

Heathrow-lufthavn[599]. Sagen omhandlede støj fra en privat lufthavn. Sagen vedrørte to klagere, der boede nær Heathrow lufthavn på de ruter, som fly fra lufthavnen ofte overfløj. Klagerne følge sig generet af støj derfra. Lufthavnen var ikke offentlig. Klagerne gjorde gældende, at deres rettigheder blandt andet efter konventionens 8 og 13 var krænkede, idet støjen efter deres opfattelse krænkede deres ret efter art. 8 (til privatlivets fred), og idet der ikke var adgang til at få dette spørgsmål prøvet efter engelsk ret. I sagen anførte domstolen følgende om anvendelsen af »stk.-2-hensynene«: »Whether the present case be analysed in termes of a positive duty of the state to take reasonable and appropriate measures to secure the applicants rights under paragraph 1 of art. 8 or in terms of an »interference by a public authority« to be justified in accordance with paragraph 2, the applicable principels are broadly similar«. Kommissionen fandt kravet efter art. 8 »inadmissible« og tog kun stilling til art. 13. Domstolen var derefter bundet til kun at tage stilling til art. 13, blandt andet jf. art. 8. På baggrund af en afvejning af de forskellige hensyn, blandt andet »the interests of a country's economic well-being«[600], som er et hensyn nævnt i art. 8,

599. A 172, Powell og Rayner mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1990.
600. Se pr. 42.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 234 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

stk. 2, fandt domstolen ikke, at der havde været et »arguable claim« efter art. 8, hvorfor der ikke havde været en krænkelse af art. 13.

Det vil ofte være en afgørelse fra de nationale domstole, der er til bedømmelse med henblik på, om der er sikret den nødvendige balance mellem de involverede interesser. Se for eksempel ovennævnte sag:

Velosa Barreto mod Portugal[601]. De nationale domstole havde ikke fundet betingelserne for opsigelse af lejeren opfyldte, idet klageren ikke havde godtgjort, at det var absolut nødvendigt for ham selv at bo i huset.

Domstolen anførte – efter at have fastslået, at art. 8 var anvendelig i sagen – at »a fair balance must be struck between the general interests and the interests of the people concerned«. Domstolen drøftede[602] »stk. 2-hensynene«, og anførte, at lovgivningen forfølger et sagligt formål, nemlig en social beskyttelse af lejere, hvilket fremmer den økonomiske velfærd i landet og beskyttelsen af andres rettigheder. Barreto påstod under sagen, at den konkrete anvendelse af loven krænkede hans rettigheder efter art. 8, idet myndighederne efter hans opfattelse ikke havde magtet at ramme en passende balance mellem hans egne og den generelle interesse. Domstolen fandt, at de nationale domstole havde foretaget omhyggelig afvejning af de forskellige hensyn. Da der ikke var beviser på, at de havde handlet vilkårligt eller urimeligt, eller at de havde forsømt at varetage deres forpligtelse til at afveje interesserne, fandt domstolen med 8 stemmer mod 1 ikke, at der havde været nogen krænkelse af art. 8.

Det, der er vigtig for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i disse sammenhænge, er, om staten har ramt den rette balance mellem flertallets interesser og den enkeltes interesser. Ved vurderingen heraf går domstolen ofte ganske langt ind i de afvejninger, de nationale myndigheder har foretaget mellem de involverede interesser.

---

601. A 334, Velosa Barreto mod Portugal, dom afsagt den 21. november 1995.
602. Se pr. 25. Det nævnes ikke udtrykkeligt, at det er »stk.-2-hensynene«, der er til drøftelse.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 235 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.4.3. »A proper balance between the conflicting interests of those involved«

Selvom sagen for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrører en konflikt mellem en stat og en borger, foretager Domstolen, når der er spørgsmål om to private parters konflikt indbyrdes, en afvejning af de to private »parters« interesser. Dette kan ske for eksempel i forbindelse med overvejelserne om proportionalitetsprincippet; dette var tilfældet i sagen Young, Webster og James[603], der er refereret ovenfor. Domstolen afvejede fagforeningernes interesse i at kunne kæmpe for deres medlemmers rettigheder overfor hensynet til at undgå den tvang, de tre blev udsat for; resultatet af afvejningen blev, at det ikke ville have forhindret fagforeningerne i at kæmpe for deres medlemmers interesser, selvom det ikke havde været lovligt at tvinge ansatte til at melde sig ind i fagforeningerne. Domstolen fandt derfor, at det ikke var lykkedes at finde »a proper balance between the conflicting interests of those involved«, hvorfor indgrebet ikke var proportionalt.

En sag, hvor det meget tydeligt ses, at domstolen afvejer de to private parters interesser overfor hinanden i en konkret konflikt, er sagen

> *Bronda mod Italien*[604]*,* der vedrørte spørgsmål om en eventuel krænkelse af art. 8. Barnet B var tvangsfjernet fra sin psykisk syge mor. På et tidspunkt besluttede en domstol, at B skulle hjemgives. Dette skete dog ikke; derimod blev der iværksat en procedure, således at B, der boede hos plejeforældre, skulle besøge sin mor og sine bedsteforældre. B gav herunder udtryk for, at hun ikke ønskede at besøge sin mor og bedsteforældrene. Bedsteforældre klagede under henvisning til konventionens art. 8 til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol over, at B ikke var blevet hjemgivet. Domstolen foretog en afvejning af B's interesser (da hun hele tiden har sagt, at hun ikke ønskede at blive hjemgivet) og bedsteforældrenes interesser. Domstolen konkluderede, at barnets »interests outweighs that of her grandparents«, og fandt derfor ingen krænkelse af art. 8.

603. A 44, særligt pr. 64 i.f.
604. Bronda mod Italien, dom afsagt den 9.juni 1998, særligt pr. 62.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 236 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Som det ses, er domstolen her meget tæt på at være »4. instans« i forhold til de nationale myndigheder. Man kan ikke sige, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol her udviser nogen særlig tilbageholdenhed i vurderingen af konflikten mellem de private interesser.

2.4.4. Kommercielle forhold

Man kunne overveje, hvilken betydning det har, at der er tale om en konflikt i kommercielle forhold. Det ser dog som anført ovenfor ikke ud til at spille en rolle ved afgørelsen af, om statens ansvar kan aktiveres. Det kan derimod spille en rolle ved afgørelsen af, om der konkret er sket en krænkelse. I sagen

> *Cantoni mod Frankrig*[605] lagde retten vægt på klagerens erhvervsmæssige baggrund. Sagen drejede sig om forståelsen af fransk ret med hensyn til salg af medicin. Apotekerne i Frankrig havde monopol på at sælge medicin. Klageren, Cantoni, der var bestyrer af et supermarked, solgte i supermarkedet nogle produkter, som apotekerne hævdede var medicin. De indgav anmeldelse mod ham (og en række andre supermarkeder), og der blev rejst straffesag. Han hævdede under sagen, at der ikke var tale om medicinske produkter, der var omfattet af monopolet. Han blev dømt for salget. Han gjorde for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blandt andet gældende, at art. 7 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var krænket, idet det var så vanskeligt at vide, hvad der var medicinske produkter, der var omfattet af forbuddet, at straffebuddet ikke fremtrådte med tilstrækkelig klarhed. Domstolen anførte som sit udgangspunkt[606], at art. 7 indeholder et krav om, at en forbrydelse skal være klart defineret ved lov eller retspraksis, der er kvalificeret ved at være tilgængeligt og forudsigeligt. Domstolen fandt[607], at en lov stadig er »forudsigelig«, selvom det er nødvendigt at søge juridisk bistand for at vurdere konsekvenserne af en given handling. Dette gælder specielt i relation til personer, der arbejder professionelt på et område, og som er »used to having to proceed with a high degree of caution when persuing their occupation.

605. Cantoni mod Frankrig, dom afsagt den 15. november 1996.
606. Se pr. 29.
607. Se pr. 35.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 237 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> They can on this account be expected to take special care in assessing the risks that such activity entails«. Domstolen fandt på den baggrund, at med den fornødne juridiske bistand ville hr. Cantoni på baggrund af den retspraksis, der eksisterede fra Cour de Cassation kunne have skønnet, at han løb en reel risiko for retsforfølgning ved sit salg af medicinske produkter. Derfor forelå der ikke en krænkelse af art. 7. Dommen var enstemmig.

Samme opfattelse kommer, for så vidt angår kommercielle forhold, til udtryk i

> *Markt Intern-sagen*[608]: Markt Intern var et blad, der gav udtryk for kritik af et engelsk postordrefirmas forretningsmetoder. De tyske domstole fandt, at dette var udtryk for illoyal konkurrence og dømte Markt Intern til at betale erstatning for den skade, der fulgte af kritikken, samt gav bladet pålæg om ikke at gentage kritikken i senere numre af bladet. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt, at der var tale om et indgreb – foretaget af offentlige myndigheder – i bladets rettigheder efter art. 10, stk. 1. Det var derfor nødvendigt at undersøge, om stk. 2 gav hjemmel for et sådant indgreb. Menneskerettighedsdomstolen fandt, at stk. 2 gav hjemmel for et sådant indgreb. Den lagde blandt andet vægt på, at der var tale om et kommercielt forhold, og at staten havde holdt sig inden for grænserne af skønsmarginen.

Det er vanskeligt at konkludere med sikkerhed på baggrund af disse sager, men der vel grund til at antage, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil udvise større tilbageholdenhed ved vurderingen af, om krænkelse er sket, i sager om kommercielle forhold[609].

---

608. A 165, Markt Intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mod Tyskland, dom afsagt den 20. november 1989.
609. Se også VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz, dom afsagt den 28. juni 2001 (refereret ovenfor), pr. 71, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol lagde vægt på, at det, der var på spil, ikke kun var kommercielle interesser, men et politisk budskab. Afvejningen af, om indskrænkningen i klagernes ytringsfrihed, foretaget af et privat selskab, var berettiget, blev påvirket heraf.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 238 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.4.5. Forskel på krav til proceduren i strafferetlige sager og i civile sager

De fleste sager mellem private vil være anlagt som civile sager. Konventionens art. 6 med krav om en fair procedure gælder også en del af disse sager. Art. 6 indeholder blandt andet et krav om »a fair … hearing«, hvorved forstås blandt andet krav om, at begge parter skal have lige adgang til at afhøre vidner m.v. I sagen Dombo Beheer[610] fandt domstolen, at »The requirements inherent in the concept of »fair hearing« are not necessarily the same in cases concerning the determination of civil rights and obligations as they are in cases concerning the determination of a criminal charge«.

Det forhold, at der er tale om en sag om en civil sag og ikke en straffesag, spiller således ind på vurderingen af, hvor omfattende statens pligter er i medfør af art. 6. Dette vil især få betydning i sager, hvor der er private involveret »på begge sider af konflikten«.

2.5. Begrænsninger i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols stillingtagen til sager mellem private

De almindelige regler, der i øvrigt gælder for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols vurderinger af sager, medfører, at der er visse begrænsninger i domstolens mulighed for at tage stilling til konflikter mellem private.

2.5.1. Bevismæssige spørgsmål

En del af modstanden mod at lade Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tage stilling til konflikter mellem private er baseret på en frygt for, at domstolen skal tage stilling til den konkrete sag mellem private indbyrdes[611]. Det gør domstolen imidlertid ikke[612].

Såfremt en konflikt mellem private kræver stillingtagen til bevismæssige spørgsmål, tager domstolen ikke stilling hertil. Dette fremgår for eksempel af sagen:

---

610. A 274-A, Dombo Beheer mod Holland, dom afsagt den 27. oktober 1993. Sagen refereres nedenfor.
611. Se for eksempel bet. 1220/1991, s. 150ff.
612. Som bet. 1220/1991 da også anfører s. 151.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 239 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Dombo Beheer mod Holland[613]. Dombo var et aktieselskab, hvis bankforbindelse tillod dem et vist overtræk på deres konto. I 1981 opstod uoverensstemmelser mellem Dombo og banken. Dombo var af den opfattelse, at banken havde tilladt et overtræk ved en mundtlig aftale mellem Dombos direktør, Hr. Reijendam, og Hr. W, der var ansat i banken. Banken var af den opfattelse, at der ikke var indgået en sådan aftale. Dombo anlagde sag mod banken om erstatning for den manglende opfyldelse af, hvad Dombo anså for bankens forpligtelser overfor selskabet. Dombo ønskede at føre Hr. Reijendam som vidne, hvilket banken protesterede imod, fordi hollandsk ret indeholdt en regel om, at parter ikke selv kunne føres som vidne. Den hollandske ret afviste at høre Hr. Reijendam. Banken indkaldte Hr. W., hvilket Dombo protesterede imod under henvisning til, at hr. W var ansat i banken. Den hollandske ret afviste protesten og tillod Hr. W at afgive vidneudsagn. Den hollandske ret gav i sin endelige dom banken medhold, blandt andet fordi man lagde vægt på Hr. W's vidneudsagn. Dombo appelerede til den hollandske Højesteret og henviste blandt andet til konventionens art. 6. Højesteret afviste appellen.

Ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol påstod Dombo, at der havde været en krænkelse af art. 6 – princippet om »equality of arms«. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt art. 6 krænket. Dombo påstod sig herefter tillagt erstatning for tabet ved at have tabt sagen på det nationale plan – idet Dombo jo var af den opfattelse, at havde Hr. Reijendam fået lov til at afgive vidneforklaring, havde Dombo vundet sagen i det nationale system. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fandt ikke at kunne give Dombo medhold i deres synspunkt herom. Domstolen anførte som begrundelse, at det ville involvere at tage stilling til de bevismæssige spørgsmål i sagen, hvilket ikke tilkom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Dette krav på erstatning blev derfor afvist.

---

613. A 274-A, Dombo Beheer mod Holland, dom afsagt den 27. oktober 1993. Dommens afstemningsresultat var 5–4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 240 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Dommen viser, at der ikke er tale om, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tager stilling til den konkrete konflikt mellem de private parter – det, der er tages stilling til, er staternes overholdelse eller ikke-overholdelse af de generelle regler, der følger af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kan ikke tage stilling til bevismæssige spørgsmål.

Et andet spørgsmål er, hvem der har bevisbyrden ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Her er det som udgangspunkt den borger, der mener sig krænket, der har bevisbyrden herfor[614].

2.5.2. Den tidsmæssige virkning

Som det fremgår af dommen Marckx mod Belgien[615], har dommene fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke »tilbagevirkende kraft« – de kan for eksempel ikke ændre eller ophæve en national afgørelse. De fastslår alene, at der er sket en krænkelse, men denne afgørelse har ikke umiddelbart virkning for den konkrete konflikt mellem de private parter.

Der kan selvfølgeligt være sager, hvor det forhold, at det fastslås, at en bestemt retstilstand krænker Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, i sig selv kun kan repareres, hvis denne retstilstand ændres, og hvor en sådan ændring vil få betydning for private. Man kunne forestille sig en løbende aftale, hvis håndhævelse ved nationale domstole blev anset for stridende mod konventionen.

Men udgangspunktet er, at en dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke griber ind i parternes konkrete konflikt.

---

614. Se for eksempel sagen Osman mod England, dom afsagt den 28. oktober 1998. I denne sag, der handlede om, hvorvidt England havde forsømt at beskytte klagerne mod en person, der endte med at dræbe den ene klagers mand og skyde og såre den anden klager, og derved krænket art. 2, kunne klagerne ikke godtgøre, at de trusler, drabsmanden havde udtalt før skyderiet, havde været tilstrækkeligt konkrete, til at England kunne blive ansvarlig for ikke at have forhindret skyderiet.
615. A 31, Marckx mod Belgien, dom afsagt den 13. juni 1979. Dommen er refereret i kapitel 7.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 241 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3. Er alle bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendelige på konflikter mellem private?

Som det er fremgået af det tidligere kapitel, har det været drøftet, om man kunne pege på bestemte bestemmelser, som enten kunne være eller netop ikke kunne være anvendelige i konflikter mellem private.

Den gennemgang, der er foretaget i kapitel 7 og dette kapitel, viser, at en række bestemmelser i hvert fald anvendes af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på konflikter, der på det nationale plan udspillede sig mellem private. I de nævnte sager har følgende artikler i konventionen været anvendt, eller dommen har vist, at bestemmelsen i hvert fald ikke var udelukket fra anvendelse: art. 2 (jf. for eksempel Osman-sagen), art. 3 (jf. for eksempel A mod United Kingdom), art. 5 (jf. for eksempel Jon-sagen), art. 6 (jf. for eksempel Dombo Beheer-sagen), art. 7 (jf. for eksempel Cantoni mod Frankrig), art. 8 (jf. for eksempel X og Y mod Holland), art. 10 (jf. for eksempel Markt Intern-sagen), art. 11 (jf. for eksempel Young, Webster and James-sagen), art. 13 (jf. for eksempel sagen om Heathrow-lufthavn) og art. 1 i tillægsprotokol 1 (jf. for eksempel James and others mod United Kingdom)[616].

Da disse bestemmelser er fundamentale i beskyttelsen af det enkelte individ, er det ikke overraskende, at netop disse bestemmelser har været i spil også i konflikter, der oprindeligt havde deres udspring mellem private. Det må forventes, at de også fremover vil blive anvendt i sådanne konflikter.

På baggrund af den udvikling, der har været i begrebet »positive forpligtelser«, er det vanskeligt at udelukke andre bestemmelser fra tilsvarende anvendelse. Tanken fra teorien om, at bestemte bestemmelser må være udelukket fra anvendelse mellem private, må forlades. Principielt kan alle bestemmelser i konventionen komme i spil i relation til konflikter mellem private. Nogle kan være vanskelige at forestille sig i relation til en konflikt, der kunne aktivere en positiv pligt, men der kan efter den udvikling, der har været, ikke udelukkes bestemmelser i relation til spørgsmålet om, hvorvidt alle bestemmelser kan anvendes mellem private.

---

616. Sagerne er alle refereret ovenfor.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 242 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

4. Konklusion

Det fremgår af denne gennemgang, at afgørelsen af, om konventionen finder anvendelse på konflikter, der oprindeligt var en konflikt mellem private, afhænger af en konkret fortolkning. Der kan ikke peges på enkle løsninger heraf.

At Den Europæiske Menneskerettighedskonvention efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis kan anvendes på konflikter mellem private fremgår dog klart. Det er lige så klart, at det ikke på det internationale niveau er den private, der er pligtsubjekt, men staten.

Sammenfattende kan man dog pege på en række pejlemærker, der kan være styrende for fortolkningen ved afgørelsen af, dels om der overhovedet kan være positive forpligtelser af den pågældende bestemmelse i den konkrete sag, dels om der konkret er sket en krænkelse.

Som det videre fremgår, kan der tænkes positive forpligtelser med betydning for sager, der involverer private, af en række bestemmelser; art. 2, 3, 5, 6, 7, 8, 10, 11 og 13 samt art. 1 i tillægsprotokol 1.

Listen er dog ikke udtømmende; positive forpligtelser kan tænkes også i relation til konventionens andre bestemmelser.

Selvom man antager, at konventionen medfører positive pligter for staterne også på området for privates handlinger, er det dog ikke givet, at der følger positive pligter af betydning for reguleringen af retsforholdet mellem private af hver enkelt bestemmelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Endeligt følger det af ovenstående, at det ikke er den konkrete konflikt mellem private som sådan, der indbringes for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det, der indbringes, er statens løsningsmodel på den konkrete konflikt. Dette betyder, at den folkeretlige afgørelse som udgangspunkt ikke får betydning i forholdet mellem parterne. Retsvirkningen af en konstateret krænkelse er typisk erstatning og muligvis en pligt til at bringe den konventionsstridige retstilstand til ophør for fremtiden. Men der kræves stadig en national opfyldelse af afgørelsen, for at den får virkning i national ret.

Den nationale opfyldelse i Danmark er emnet for de følgende kapitler.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 243 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 9

Sammenkoblingen mellem det transnationale fortolkningsfællesskab og det danske juridiske fortolkningsfællesskab: Den Europæiske Menneskerettighedskonventions krav til national ret

1. Indledning

De sidste tre kapitler har beskæftiget sig med, hvilke krav man kan udlede af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, for så vidt angår spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Disse kapitler har således bevæget sig på det internationalretlige plan. Kapitel 10 og 11 omhandler dansk rets tilgang til de samme problemer. Men før dansk ret behandles, skal der kort gøres rede for, hvordan koblingen mellem de folkeretlige regler og de danske regler sker.

Spørgsmålet er i første række, om den internationale ret stiller bestemte krav til indholdet af dansk ret og i givet fald, hvilke krav den stiller. Dette er for så vidt et spørgsmål om den almindelige internationale ret, men Den Europæiske Menneskerettighedskonvention stiller muligt særlige krav til national ret. Dette drøftes i det følgende.

2. Kravet om loyal opfyldelse

Det er et almindeligt folkeretligt krav, at staterne loyalt opfylder de aftaler, de har indgået. Ved vurderingen af, hvad der nærmere ligger heri, tages i det følgende udgangspunkt i den almindelige folkeret; derefter drøftes i lyset heraf de særlige forhold vedrørende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 244 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.1. Den almindelige folkeret

Det er en selvfølge, at staten har pligt til loyalt at opfylde de internationalretlige forpligtelser, den har påtaget sig. Kravet følger af den internationale ret selv[617].

Af kravet om loyal opfyldelse følger også, at en national regel, der er i modstrid med den påtagne forpligtelse, ikke er nogen undskyldning for ikke at følge konventionen. En stat kan ikke påberåbe sig sin interne ret som begrundelse for ikke at opfylde sine internationalretlige pligter, jf. også Wienertraktatkonventionens art. 27.

Spørgsmålet er derefter, om den internationale ret stiller særlige formelle krav til den interne ret for eksempel om, at den internationale ret skal gennemføres ved lov for at anse kravet om loyal opfyldelse for opfyldt.

Dette er som udgangspunkt ikke tilfældet. Staten har valgfrihed. Den internationale ret stiller som udgangspunkt ikke krav til staterne om en bestemt opfyldelsesmåde. Kravet er blot, at den internationale aftale i praksis respekteres i den nationale retsanvendelse[618]. At den internationale aftale skal respekteres »i praksis« betyder, at det end ikke i alle situationer er udelukket, at en stat har opretholdt lovgivning, der måtte være i strid med aftalen, blot staten kan henvise til, at denne lovgivning ikke i praksis anvendes i strid med den internationale aftale[619]. Dette krav om, at staten blot skal sikre, at der ikke foretages handlinger og undladelser i strid med den internationale ret, betegnes som et krav om »løbende opfyldelse«[620].

Fravigelser fra udgangspunktet kan selvfølgeligt være aftalt i traktaten. Det kan således følge af traktaten, at der er et krav til staten om at gennemføre generelle nationale regler, der opfylder konventionens krav. Man taler da om »abstrakt opfyldelse«[621].

Såfremt der er tvivl om, hvorvidt udgangspunktet er fraveget ved aftalens indhold, afgøres spørgsmålet ved fortolkning.

---

617. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 77.
618. Sir Robert Jennings og Sir Arthur Watts (ed.): »Oppenheims International Law«, s. 82ff., Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 80, og Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 66f.
619. Sir Robert Jennings og Sir Arthur Watts (ed.): »Oppenheims International Law«, s. 85ff.
620. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 81.
621. Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 81.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 245 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.2. Særligt om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

For så vidt angår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har det netop givet anledning til tvivl, hvorvidt den stiller særlige krav til de stater, der har tiltrådt den[622]. Pligten for staterne er i konventionens art. 1 udtrykt som en pligt til at »sikre« (»secure«) enhver person de rettigheder og friheder, der er omfattet af konventionen. Spørgsmålet er, om der i ordet »sikre« ligger en forpligtelse til at foretage særlige skridt til gennemførelsen i national, herunder dansk ret[623].

Det må i dag anses afklaret såvel i retspraksis som i teorien, at konventionen ikke stiller krav om inkorporering[624]. Der er dermed heller ikke krav om, at konventionen i dansk ret skal have forfatningsrang.

Derimod er det klare udgangspunkt et krav om, at regulering i strid med konventionen ikke opretholdes[625].

Danmark har inkorporeret konventionen ved lov i 1992.

Det må dog lægges til grund, at der også før 1992 – rent internationalretligt – bestod en pligt for den danske stat til at sørge for, at retstilstanden i Danmark var i overensstemmelse med konventionen[626]. I det omfang konventionen medfører en pligt til at anvende den mellem

---

622. Se for eksempel diskussionen hos Ole Espersen: »Den europæiske menneskerettighedskonventions forhold til dansk ret«, samt samme: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, s. 127. Se endvidere Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann, »Folkeret«, s. 81, og Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, 1990, s. 75.
623. Se for eksempel Torkel Opsahls indlæg på det 28. nordiske juristmøde i København, 1978, s. 337ff., hvor det blandt andet som argument for gennemførelse ved lov blev nævnt, at det uden inkorporering kunne være vanskeligt at få respekteret menneskerettighederne mellem private, jf. for eksempel s. 342. I bilag 10 til mødet gør Torkel Opsahl blandt andet rede for spørgsmålet om, hvorvidt der består en pligt til gennemførelse ved lov.
624. Se allerede Ole Espersen: »Den europæiske menneskerettighedskonventions forhold til dansk ret«, særligt s. 408 og 412. Se endvidere for eksempel Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 70, Carl Aage Nørgaard: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret«, s. 82, Gulmann: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som en bestanddel af dansk ret ?« s. 289, Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 81, og van Dijk samt van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 16.
625. Se Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 75.
626. Dette var formentligt også holdningen før inkorporeringen; se for eksempel John Bernhard og Tyge Lehmann: »Den europæiske menneskerettighedskonvention belyst gennem menneskerettighedskommissionens og -domstolens praksis«, s. 25f. Se også Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 29.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 246 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

private, må denne pligt – set fra den folkeretlige vinkel – også have været gældende før 1992.

Staten har stadigvæk valgfrihed med hensyn til, hvordan den vil opfylde sine forpligtelser. Det eneste, der ligger i kravet om loyal opfyldelse, er, at staten blot skal opfylde konventionen på den ene eller anden måde. I det omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den dertil knyttede retspraksis kræver, at konventionen anvendes mellem private, har staten pligt til at opfylde dette.

Det beror imidlertid på den internretlige ordning, hvordan opfyldelse skal ske. Hvis staten sørger for at opfylde ved at udarbejde lovgivning, der altid lever op til konventionens krav, da er kravet om loyal opfyldelse opfyldt. I den situation er det den nationale lovgivning, de nationale domstole anvender, og problemstillingen »anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private« opstår ikke. Det kræver blot, at staten er meget omhyggelig i dens opfyldelse gennem lovgivningen.

Hvis derimod denne opfyldelse svigter, bliver staten folkeretligt ansvarlig, hvis ikke andre – for eksempel domstolene eller forvaltningen – »reparerer« på svigtet.

Inkorporeringen har derfor ikke nogen betydning – set fra den folkeretlige vinkel – for, om der består en pligt til at anvende konventionen mellem private.

Det kan derimod bero på internretlige overvejelser, at konventionen ikke kan anvendes mellem private.

En del af disse internretlige overvejelser er drøftet i kapitel 3. Efter dansk ret er det et spørgsmål om dualisme og magtfordelingslære, hvilket statsorgan man i dansk ret finder skal bære risikoen for et folkeretsbrud. Disse internretlige forudsætninger har imidlertid ikke disculperende virkning ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, hvis en krænkelse af traktaten er konstateret.

Det er i den kontekst, man må læse de forfattere, der før Danmarks inkorporering af konventionen i dansk ret henviste til, at »Drittwirkung« ikke kunne forekomme i Danmark, da konventionen ikke er inkorporeret i dansk ret[627]. Dette er en vurdering af holdningen i den

627. Se for eksempel Andrew Z. Drzemczewski: »European human Rights Convention in Domestic Law – A Comparative Studie«, særligt s. 209 sammenholdt med s. 203. Se dog modsat Lars Adam Rehof og Jørgen Rønnow Bruun: »Arbejdsgiveres registrering af

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 247 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

interne ret, som jo godt kan være forskellig fra de krav, som folkeretten stiller.

Retsstillingen efter international ret er altså den, at såfremt den internationale ret stiller krav om anvendelse mellem private til opfyldelse af konventionens krav, kan Danmark ifalde et internationalretligt ansvar, såfremt konventionen ikke anvendes i overensstemmelse med dette krav. Hvis ikke lovgivningsmagten kan opfylde kravet, må domstole og forvaltning træde til.

2.3. Hvilke krav stiller Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol til staterne som følge af en dom?

2.3.1. Staten selv bliver dømt for en krænkelse

Ifølge Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 46 (tidligere art. 53) forpligter »de Høje Kontraherende Parter sig til at rette sig efter Domstolens afgørelse i enhver sag, som de er parter i«.

Der er således ingen tvivl om, at hvis en afgørelse fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i en sag, hvor staten selv er part, går staten imod, består der en internationalretlig forpligtelse for staten til at indrette sin retstilstand i overensstemmelse med dommen[628].

Hvilke pligter der følger af dommen, afhænger af dommens indhold. Efter omstændighederne kan staten være forpligtet til at give en borger erstatning, ophæve en dom eller ændre sin lovgivning eller andet regelgrundlag.

Det er imidlertid som altovervejende hovedregel overladt til staterne at bestemme, på hvilken måde denne ændring skal gennemføres. I Airey-sagen anførte retten med hensyn til spørgsmålet om, hvilke krav, der stilles til staten[629], at »it leaves to the State a free choise of the means to be used …«. Når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fastslået, at konventionen kræver bestemte resultater, overlades det som regel til staten at finde den politiske vej til disse resultater[630]. Der

---

ansattes telefonsamtaler«, der s. 107 anfører, at »inkorporation … ikke (er) en nødvendig betingelse for, at en Drittwirkung … kan få effekt i de lande, … der ikke har foretaget sådanne formelle opfyldelsesskridt …«.

628. Se også Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 28ff.
629. A 32, Airey mod Irland, dom afsagt 9. oktober 1979, pr. 26.
630. Retten anførte, at »in any event, it is not the Court's function to indicate, let alone dictate, which measures should be taken …«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 248 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

findes dog eksempler på, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol angiver et bestemt middel til at rette op på krænkelsen[631].

I tilfælde, hvor den konkrete sag for domstolen udspringer af en konflikt mellem private på det nationale plan, får en dom afsagt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol principielt ingen virkning mellem parterne. Men på sigt kan dommen naturligvis få en sådan virkning.

I den ovenfor nævnte Airey-sag, hvor klageren fik medhold i, at den irske stat havde krænket hendes rettigheder efter konventionens art. 8 ved, at hun ikke kunne få retshjælp til anlæggelse af separationssag mod en voldelig mand, oprettede Irland centre, der skulle give retshjælp. Når Fru Airey således fik hjælp til at opnå separation, fik dommen også betydning for den anden private part i konflikten, Hr. Airey. En dom, der griber ind i et løbende aftaleforhold, vil også kunne få betydning for de to parter i aftaleforholdet. Men som udgangspunkt vil en dom fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke få betydning for de konkrete parter, som var involveret i den retlige konflikt på det nationale plan, der gav anledning til dommen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Derimod kan spørgsmålet opstå i national ret, om en dom får virkning for andre parter, der har en tilsvarende konflikt på det nationale plan, og hvor konflikten skal afgøres, efter at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har afsagt sin dom. En erstatningssag mellem en arbejdstager og en arbejdsgiver, anlagt ved nationale domstole med krav om erstatning for uberettiget afskedigelse på grund af foreningsforhold, vil eventuelt skulle have et andet udfald efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols afsigelse af dommen om Young, James and Webster mod United Kingdom[632].

Det er denne vinkel, der er emnet for de næste kapitler.

2.3.2. Andre stater bliver dømt for en krænkelse

Konventionen regulerer ikke spørgsmålet om, hvorvidt stater, der ikke er part i en sag ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, er

631. I sagen A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985, anførte domstolen således, at det »hul«, den hollandske lovgivning indeholdt, måtte lukkes ved en straffelov.
632. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt 13. august 1981.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 249 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

forpligtede til at indrette deres retstilstand i overensstemmelse med en dom, domstolen har afsagt.

Spørgsmålet giver anledning til tvivl[633]. Besvarelsen heraf må nok nuanceres mere end blot at tage stilling til, om »staten er forpligtet« til at gennemføre retspraksis.

Ved besvarelsen af spørgsmålet må der som udgangspunkt lægges vægt på, at forståelsen af konventionen er så tæt knyttet sammen med retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at man ikke i dag kan forstå konventionen uden at inddrage retspraksis[634].

Samtidigt må man sige, at hvis en national retstilstand i en stat har været forelagt for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, og udfaldet af denne sag har været, at retstilstanden konstituerede en konventionsstridig retstilstand, må man som udgangspunkt gå ud fra, at sagen vil få samme udfald, såfremt en lignende retstilstand forelægges Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørende en anden stat.

På den baggrund er det nærliggende at antage, at den internationalretlige forpligtelse ikke blot består i en opfyldelse af den nøgne konventionstekst, men også opfyldelse af konventionstekstens indhold på den måde, som dette forstås i retspraksis fra konventionsorganerne.

I overensstemmelse med det, der er anført i denne afhandlings kapitel 2 og 4, lægges det til grund, at stater, der har en retstilstand, der strider mod konventionen, således som denne er fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, krænker konventionen, selvom det ikke konkret er fastslået i relation til den pågældende stat.

Blot skal man huske på, at det er staten, der har pligt til at opfylde konventionens krav. Det er således også staten, der i første omgang må tage stilling til, hvad der efter statens opfattelse er omfattet af konventionen. Denne stillingtagen vil bero på fortolkning af den konkrete dom.

Hvis statens opfattelse viser sig ikke at svare til opfattelsen i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, kan staten blive internationalretligt ansvarlig.

Som udgangspunkt må en stat, hvis retstilstand svarer til en retstilstand, der af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol er blevet

---

633. Se for eksempel Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 79ff.
634. Se det, der er anført i kapitel 4 herom.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 250 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

anset for at være konventionsstridig, derfor ændre sin retstilstand, hvis den vil være sikker på ikke at krænke konventionen.

På den baggrund får også retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol karakter af en internationalretlig forpligtelse i overensstemmelse med konventionsteksten selv – også for stater, der ikke selv har været part i den aktuelle sag, hvor en bestemt retstilstand er fastslået som konventionsstridig[635].

3. Konklusion

Som nævnt tidligere placerer konventionens ordlyd entydigt ansvaret for opfyldelsen af konventionen hos »de Høje kontraherende Parter«. Der skal derfor særdeles gode argumenter til for at kunne lægge til grund, at konventionens anvendelsesområde er videre end ordlyden tilsiger.

I et vist omfang må man sige, at der findes sådanne gode argumenter.

På det internationale plan er der ingen tvivl om, at hvis man ser på de forskellige elementer, der kan indgå i vurderingen af, om konventionen kan have, og om den har, betydning for afgørelsen af retlige konflikter mellem private, så må man lægge til grund, at konventionen kan spille en rolle for privates retstilling og ved afgørelsen af konflikter mellem private. I hvert fald set i lyset af den retspraksis, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har skabt, må det konkluderes, at konventionen i dag må fortolkes således, at den i et vist omfang har betydning for regulering af privates retstilling.

Endvidere må det også siges, at skråsikre konklusioner om, hvorvidt konventionen finder – eller netop ikke finder – anvendelse mellem private, ikke kan gives. Spørgsmålet beror i høj grad på en fortolkning af den enkelte bestemmelse og den kontekst, den indgår i. Nogle elementer, der kan indgå i vurderingen, er gennemgået i de foregående kapitler.

Imidlertid er det naturligvis ikke gjort med en konstatering af, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den dertil knyttede

635. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 32 og Eischou Holm i »Viden og Handling«, s. 69ff., der synes at forudsætte, at konventionsorganernes retspraksis udgør en folkeretlig forpligtelse. Se endvidere Peter Leuprecht: »The Execution of Judgments and Decisions«, s. 792f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 251 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

retspraksis i et vist omfang stiller krav til nationale retsordener om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention tillægges betydning ved reguleringen af privates retsforhold.

Det forhold, at konventionen på det internationale plan fortolkes således, at den i nogle situationer har betydning for reguleringen af privates retstilling, betyder ikke nødvendigvis, at konventionen har denne virkning på det nationale plan.

Konstateringen siger heller ikke noget om, hvordan denne betydning udmønter sig; kravet vil kunne opfyldes både ved, at den lovgivende magt sørger for, at den danske retsstilling altid er i overensstemmelse med den krav, der stilles – eller kravet kan opfyldes ved domstolenes og forvaltningens mellemkomst.

Det er opfyldelsen på dette nationale plan, der behandles i de følgende kapitler.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 252 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 10

Det danske juridiske fortolknings-fællesskabs opfattelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Teorien

1. Indledning

Emnet for dette og det næste kapitel er det danske juridiske fællesskabs opfattelse af, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes til løsning af retlige konflikter mellem private.

Denne opfattelse kommer til udtryk på flere måder; gennem den teoretiske debat i juridiske fagblade, lærebøger, på konferencer m.v., gennem praksis fra domstolene og forvaltningen, og til dels gennem lovgivningsmagtens forestillinger som tilkendegivet i forarbejder til love.

Opfattelsen af, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan spille en rolle ved bedømmelsen af retlige konflikter mellem private, har undergået en udvikling siden Danmarks tiltræden til konventionen. Denne udvikling indeholder nogle af de samme temaer, som generelt er indeholdt i det danske juridiske fællesskabs opfattelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og kan ses som en delmængde af den generelle diskussion. Det betyder, at magtfordelingslæren og i konsekvens heraf det dualistiske udgangspunkt, som det danske juridiske fortolkningsfællesskab har haft som basis for folkeretsdiskussionen i så mange år, også har spillet en rolle for den tilgang, man har haft til anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Tanken med kapitlet er at tegne et billede af denne delmængde.

Derfor gennemføres i det følgende en fremstilling af den debat, der har været i den nordiske/danske retsteori om anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Redegørelsen skal dels tjene som et »survey« over den danske opfattelse i litteraturen,

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 253 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

dels som et grundlag for en analyse vedrørende en løsningsmodel for afhandlingens problemformulering.

Den følgende fremstilling skal læses ind i den ramme, som blev præsenteret i kapitel 3. Man kan derfor også se de følgende overvejelser som en fortsættelse af det »spor«, som startede i kapitel 3. Rammen består blandt andet af den holdning, som prægede det danske juridiske fortolkningsfællesskab, hvorefter menneskerettigheder generelt ikke spillede nogen særlig rolle for den juridiske debat, hvorefter menneskerettighederne generelt fortolkes indskrænkende, og hvorefter menneskerettighederne generelt på grund af deres udspring i liberalismen har en funktion som indskrænkning af lovgivers kompetence.

Generelt har debatten været præget af den retspositivistiske tilgang til retten og til menneskerettighederne. Det forhold, at menneskerettighederne – både som de er kommet til udtryk i grundloven og i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – er blevet fortolket indskrænkende/bogstavtro, er også slået igennem, for så vidt angår spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Det har simpelthen ikke været et diskussionsemne. En del af det naturretlige forklaringmønster, som i andre fortolkningsfællesskaber har gjort det muligt i hvert fald at drøfte, om menneskerettighederne kunne finde anvendelse mellem private, har været ugleset i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, og diskussionen har derfor ofte været helt fraværende.

Den danske debat har endvidere været præget af uklarhed med hensyn til spørgsmålet om, hvad begrebet egentlig indeholder. Derfor bliver fremstillingen samtidigt en præsentation af forskellige terminologiske overvejelser, der har været knyttet til diskussionen af, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private.

2. Den teoretiske debat

Opfattelsen af, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, har som sagt undergået en udvikling, fra Danmark tiltrådte Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 1953 og til nu. Man kan opdele fremstillingen af teorien i en tidlig og en senere teori. Folketingets opfattelse af spørgsmålet inddrages under gennemgangen af teoriens drøftelser, fordi de mest naturligt drøftes i tilknytning til den øvrige generelle debat, mens den konkrete retsan-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 254 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vendelse drøftes i kapitel 11. Efter gennemgangen af litteraturens opfattelse af spørgsmålet gøres rede for den udvikling også domstolenes praksis har gennemløbet. Som det vil ses, har de to »spor« i den retlige debat udviklet sig parallelt. Det er således kun fremstillingstekniske grunde, der gør, at de her fremstilles i to separate spor.

Ved undersøgelse af de sædvanlige kilder, hvorfra det danske juridiske fortolkningsfællesskab generelt får sit input, for eksempel Ugeskrift for Retsvæsen og Juristen, bliver det tydeligt, i hvor høj grad den menneskeretlige debat i Danmark skabes gennem påvirkning fra andre fortolkningsfællesskaber. Det er ikke i Danmark, den nybrydende debat om menneskerettigheder finder sted. Der kan i teorien spores en tendens til, at konventionen lever et meget stille liv i længere tid, for så, når der kommer en anledning til det udefra – fra et andet fortolkningsfællesskab – da at drøfte konventionen en periode. Derefter synker den hen i ubemærkethed igen.

For eksempel blev i 1962 en dansk sag indbragt for Menneskerettighedskommissionen, nemlig den såkaldte »Hypnosemordsag«. I den anledning fremkom to artikler[636] – en i Juristen og en i Ugeskrift for Retsvæsen – der begge beskæftigede sig med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og menneskerettighedsorganernes rolle. Derefter var der stilhed om konventionen i disse to tidsskrifter i adskillige år igen.

Set i det lys – og i lyset af den generelle ramme for drøftelse af menneskerettigheder – er det ikke overraskende, at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige anvendelse mellem private ikke drøftedes de første mange år.

2.1. Den tidligere teori – 1950 til midten af 1980'erne

2.1.1. Folketingets behandling af Danmarks tilslutning til konventionen

Det tidligste tidspunkt, hvor det danske juridiske fortolkningsfællesskab kunne have drøftet anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, er det tidspunkt, hvor Danmark stod overfor overvejelserne om at tilslutte sig den.

---

636. Ole Espersen: »Nogle bemærkninger om menneskerettighedskonventionen og Bjørn Schouw Nielsen sagen« og Niels Madsen: »Hypnosemordsagen« for den europæiske menneskerettighedskommision«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 255 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Forarbejderne til beslutningen om at ratificere konventionen[637] viser imidlertid ikke tegn på, at man i Danmark havde tænkt sig, at konventionen skulle kunne anvendes mellem private uden Rigsdagens mellemkomst i form af lovgivning. Spørgsmålet blev ikke nævnt[638]. Det, man i begge Ting især debatterede i forbindelse med konventionens retlige status, var det nye, at nu kunne enkelte borgere indbringe staten for en international domstol – hvis altså de enkelte stater tiltrådte den (dengang) valgfrie protokol herom. Menneskerettighederne var ikke længere blot et spørgsmål om »indre anliggender«.

At ingen under debatterne var inde på konventionens mulige virkninger mellem private kunne jo selvfølgeligt skyldes, at man anså det for så indlysende, at konventionen kunne anvendes, at det ikke var nødvendigt at nævne. Det er dog næppe tilfældet, når man tager det almindelige udgangspunkt i dansk ret i betragtning. Baggrunden er snarere, at man i overensstemmelse med det dengang almindeligt antagne dualistiske udgangspunkt i Danmark ikke har opfattet konventionen som retskilde i dansk ret. Dermed bliver konventionen alene et folkeretligt anliggende, som kun kan få virkning efter, at lovgivningsmagten har gennemført den i dansk ret[639].

Dette stemmer også overens med det forhold, at Folketinget vedtog en lovændring, der skulle sikre, at den danske lovgivning var i overensstemmelse med konventionen[640], således som man dengang antog,

---

637. Rigsdagstidende 52/53: Folketingets forhandlinger sp. 1100, 1141 og 1385, tillæg A, sp. 3025, tillæg B, sp. 3492 (2. beh.) sp. 429 og tillæg C, sp. 347 (Folketingets behandling). Landstingets forhandlinger sp. 183, 676, 689 og 753 og sp. 475 (Landstingets behandling).

638. Der var debat om, hvorvidt Hjemmeværnet førte kartoteker over forskellige personer, og i hvert fald Aksel Larsen synes at have lagt til grund, at sådanne kartoteker ville stride mod konventionen, jf. Folketingets behandling i Rigsdagstidende, 1952/1953, sp. 1435ff. og sp. 1458f. Det fremgår dog, sp. 1441, at der efter Aksel Larsens mening var tale om mangler »i Danmarks lovgivning« – altså ikke om, at konventionen selv skulle finde anvendelse i en eventuel strid mellem en registreret i et sådant kartotek og Hjemmeværnet. Se også sp. 1457ff., hvor der tales om forskellige rettigheders gennemførelse ved lovgivning.

639. Dette tyder Aksel Larsens bemærkninger under debatten, jf. det ovenfor anførte, da også på. Se i øvrigt også Lannungs opfattelse under drøftelserne om indholdet af konventionens bestemmelser hos Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, s. 241 om diskrimineringsbestemmelsen, hvoraf det fremgår, at Lannung var imod en diskrimineringsbestemmelse, fordi Danmark så efter hans opfattelse ville blive forpligtet til at lovgive også for den private sektor.

640. Se herom bet. 1220/1991, s. 48 om ændring af lov om offentlig forsorg.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 256 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

dens indhold var, og i øvrigt undersøgte, at Danmarks øvrige lovgivning var i overensstemmelse med konventionen.

Hertil kom den almindelige opfattelse af menneskerettigheder som normer til beskyttelse af individer mod statsmagten. Udenrigsministeren Ole Bjørn Kraft indledte for eksempel sin fremsættelsestale med en gennemgang af menneskerettighedernes historie, hvor han talte blandt andet om »individets beskyttelse mod despoters lunefulde handlinger«[641].

På dette tidspunkt er der ingen tvivl om, at holdningen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab var, at den eneste måde, hvorpå Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne få virkning mellem private, var gennem lovgivning. Hvordan man skulle forholde sig, hvis lovgiver svigtede – og hvem der så skulle sikre opfyldelsen af konventionen – var den ingen anledning til at overveje på det tidspunkt[642].

2.1.2. Litteraturen i perioden fra tilslutningen til drøftelserne om inkorporeringen

I litteraturen synes problemet i en del år efter Danmark tiltræden ikke at være ofret mange tanker. Hvis spørgsmålet overhovedet nævnes, peges der blot på problemet uden yderligere drøftelser.

Dette er ikke overraskende. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var som nævnt i det hele taget ikke genstand for mange juridiske overvejelser i de første år[643].

Blandt de forfattere, der tog spørgsmålet op, var den gængse holdning – i hvert fald i de første år – at der ikke var tale om noget stort problem. Mange fandt, at konventionen slet ikke kunne anvendes mellem private.

Nogle »punktnedslag« i diskussionen kan illustrere holdningen og samtidigt vise de bærende argumenter for ikke at antage, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skulle kunne anvendes mellem private.

---

641. Rigsdagstidende 52/53, Folketingets forhandlinger, sp. 1386.
642. Dette skyldtes også, at man gik ud fra som givet, at Danmark opfyldte alle konventionens krav fuldt ud, se herom kapitel 3.
643. Endnu i 1973 var det muligt at skrive en doktordisputats om »Ytringsfrihedens væsen« uden at komme ind på betydningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art 10, jf. Peter Germer: »Ytringsfrihedens væsen«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 257 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Ole Espersen skrev i 1966 en artikel i Juristen[644], hvor han drøfter konventionens status i dansk ret. Her drøfter han blandt andet, om folkeretten generelt kan anvendes mellem private. Han henviser til en artikel af Carsten Smith[645], hvor denne blandt andet drøfter en sag om anvendelse af folkeret på et spørgsmål om vindikation i en sag mellem to private. Ole Espersen anfører derefter, at »Der er her ikke tale om at *anvende* folkeret, idet dette retssystem slet ikke regulerer forholdet mellem private i dette tilfælde.« (Ole Espersens kursivering). Hans konklusion er, at konventionen ikke kan påberåbes som retskilde internt i dansk ret, og han har derfor ikke anledning til at komme nærmere ind på spørgsmålet om konventionens mulige anvendelse mellem private.

I 1969 skrev Ole Espersen en artikel, der specielt omhandlede spørgsmålet om anvendelse af den danske grundlov mellem private[646]. Artiklen er skrevet i festskrift til René Cassin og er et led i en større gennemgang ved en række forfattere om anvendelse af menneskerettighederne mellem private. Artiklen kan på den baggrund ses som endnu et eksempel på, hvordan drøftelsen af forskellige aspekter af menneskerettighederne kommer til os »udefra« – fra andre fortolkningsfællesskaber. Artiklen refererer også til diskussionen i det tyske fortolkningsfællesskab, hvor det var blevet almindeligt at drøfte problemet om den tyske forfatnings grundrettigheders eventuelle virkning mellem private under overskriften »Drittwirkung«. Ole Espersen anfører i artiklen blandt andet vedrørende grundlovens § 72, at »Max Sørensen takes it for granted that the protection is without »Drittwirkung« …«. Det ses her, hvordan de forskellige fortolkningsfællesskaber griber ind i hinanden; festskriftet henvendte sig til, hvad man kunne kalde det transnationale juridiske fortolkningsfællesskab, der vel også i et vist omfang havde defineret de temaer, den enkelte artikel skulle beskæftige sig med; artiklerne anvendte begreber fra det tyske juridiske fællesskab; og en bidragsyder fra det danske juridiske fortolkningsfællesskab må forholde sig til disse temaer og begreber. Gradvist glider disse temaer og begreber ind i det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

Ole Espersen anser i artiklen på positivistisk vis menneskerettighe-

644. Ole Espersen: »Den europæiske menneskerettighedskonventions forhold til dansk ret«.
645. Se Ole Espersen: »Den europæiske menneskerettighedskonventions forhold til dansk ret«, s. 405, note 19.
646. Ole Espersen: »Human Rights and Relations between Individuals«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 258 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

derne generelt for at være irrelevante for relationerne mellem private, fordi de baserer sig på behovet for at begrænse statens kompetence i relation til det enkelte individ[647]. Han afviser i den forbindelse et argument for menneskerettighedernes anvendelse mellem private, som blandt andet hævdes af en anden skribent i festskriftet, Jean Rivero[648]. Argumentet ses ofte fremført til støtte for menneskerettighedernes anvendelse mellem private. Det hævdes, at menneskerettighederne baserer sig på behovet for beskyttelse af den svagere mod den stærkere, og da staten per definition er stærkere end det enkelte individ, begrunder dette, at menneskerettighederne finder anvendelse i relationen mellem staten og den enkelte borger. Men da ulighed også findes mellem private, er der også et behov for beskyttelse i relationer, hvor en svagere privat står overfor en anden privat med en stærkere position. Ole Espersen afviser argumentet under henvisning til, at denne beskyttelse af den svagere private traditionelt varetages gennem anden lovgivning end forfatningen, for eksempel kontraktsretlige love. Værdierne i menneskerettighederne kan således beskyttes uden at dette sker via menneskerettighederne. På den baggrund afviser Ole Espersen anvendelse af grundlovens menneskerettigheder mellem private.

På baggrund af de to artikler kan udledes et billede, hvorefter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kan anvendes mellem private; da folkeret ikke generelt kan være retskilde i dansk ret og ikke kan anvendes mellem private, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke anvendes mellem private, og når ikke engang grundloven kan anvendes mellem private, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke anvendes mellem private.

Denne to-ledede argumentation går igen i argumentationen også langt senere, da debatten i det danske juridiske fortolkningsfællesskab for alvor tager hul på problematikken. Det første led i argumentationen hviler på det folkeretlige aspekt; folkeret kan ikke anvendes mellem private, derfor kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke anvendes mellem private. Det andet led hviler på den forfatningsretlige tradition; grundlovens menneskerettighederne er grænser for statsmagten, derfor kan de ikke anvendes mellem private. Denne hold-

---

647. Ole Espersen: »Human Rights and Relations between Individuals«, s. 178.
648. Jean Rivero: »La protection des droits de L'homme dans le rapports entre personnes privèes«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 259 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ning »smitter af« på Den Europæiske Menneskerettighedskonventions menneskerettigheder.

Fraværet af argumentation for en anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i årene, der fulgte, godtgør, at holdningen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab generelt var, at menneskerettighederne ikke kunne anvendes til løsning af privates indbyrdes retlige konflikter.

Også i det nordiske juridiske fællesskab drøftedes emnet sporadisk. Spørgsmålet blev drøftet af Frede Castberg[649] i 1974. Han tager ikke rigtigt stilling, men afviser, at det af art. 13 og art. 17 skulle følge, at konventionen giver pligter for individer. Hans opfattelse er, at det retligt ikke er noget stort praktisk problem. Krænkelser fra individer overfor andre individer vil som regel være dækket af anden national regulering, for eksempel straffeloven. Han peger dog på, at individet, der klager til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, er pligtsubjekt for visse af konventionens regler, for eksempel processuelle regler.

Dette ræsonnement viser hen til et tredje argument for ikke at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private; private kan ikke være pligtsubjekt for menneskerettighederne. Da en anvendelse i en konflikt mellem private ville udpege et af individerne som pligtsubjekt, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke anvendes mellem private.

Denne tilgang til emnet har nok især i Danmark haft stor gennemslagskraft og været baggrunden for, at for eksempel Ross ikke fandt det nødvendigt overhovedet at drøfte spørgsmålet i sin folkeret[650].

I 1978 under det 28. nordiske juristmøde blev spørgsmålet nævnt[651], da den finske højesteretspræsident under sit indlæg anførte følgende:

> »Man kan numera med fog påstå, att individernas rättigheter inte mera kan betraktas såsom staternas inre angelägenheter, utan respekterandet av dessa tillfaller det internationella samfundets omsorg. Konsekvent härmed kan den enskilda människan tillerkännas en status av folkrättssubjekt i en begränsad mening, vilket betyder att den enskilda människan kann ha rättigheter och **skyldigheter**

649. Frede Castberg: »The European Convention on Human Rights«, s. 12f.
650. Alf Ross: »Lærebog i folkeret«.
651. Det 28. nordiske juristmøde afholdt i København 1978, s. 343.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 260 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> direkt med stöd av den internationella rätten.« (min understregning).

Den danske højesteretsdommer Helga Pedersen berørte ligeledes spørgsmålet i sit indlæg[652], hvor hun gav udtryk for, at spørgsmålet om, hvorvidt »menneskerettighederne skal beskyttes i relation til andre privates handlinger eller institutioner, eller hvad det kan være«, var et spørgsmål, man skulle »beskæftige sig med i fremtiden«, idet hun ikke fandt, at det lå »lige om døren«. Hun tog således ikke stilling til, hvordan man mest hensigtsmæssigt kunne opnå denne beskyttelse, eller om der var behov for den.

Også andre var under debatten på mødet inde på denne problemstilling[653].

Anvendelse af menneskerettighederne mellem private nævnes i en artikel fra 1981 af Jens Færkel[654], der i en bisætning anfører, at »Drittwirkung« ikke er »explicitly recognised in Danish law«. Han tager ikke rigtigt stilling til, hvilken betydning denne manglende udtrykkelige anerkendelse kan have.

I 1981 afsagde Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol en dom, der viste, at krænkelse af konventionens artikel 11 kunne medføre ansvar for staten, selvom krænkelsen var sket af en privat i en konflikt med en anden privat[655]. Danmarks retsorden gav formentligt mulighed for den samme type krænkelse. Dommen førte derfor i Danmark til vedtagelse af lov nr. 285 i 1982 om beskyttelse mod afskedigelse på grund af foreningsforhold[656], som skulle bringe den danske retstilstand i overensstemmelse med konventionens art. 11, som den nu var fortolket af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. I forarbejderne[657] til loven blev det anført, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i konventionen havde indfortolket »en vidtgående forpligtelse for

---

652. Det 28. nordiske juristmøde afholdt i København 1978, s. 351.
653. Det 28. nordiske juristmøde afholdt i København 1978, s. 352f.
654. Jens Færkel: anmeldelse af Niels Eilschou Holms »En sag for menneskerettighedsdomstolen«, s. 96.
655. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981. Dommen er refereret i kapitel 6.
656. Se nu lovbekendtgørelse nr. 443 af 13. juni 1990.
657. Se Folketingstidende 1981-82, 2. saml., tillæg A, sp. 1599ff., samt forhandlingerne sp. 798f., sp. 1424ff., sp. 7763ff., samt sp. 8050ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 261 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

staterne til at drage omsorg for, at konventionens rettigheder og friheder sikres også inden for det private arbejdsmarked«[658].

Regeringen anførte[659], at man betragtede det »som en selvfølge, at Danmark skal overholde sine forpligtelser efter Menneskerettighedskonventionen«, hvilket var baggrunden for fremsættelsen af lovforslaget. Tilkendegivelsen udtrykker en holdning, hvorefter det er Folketinget, der har ansvaret for opfyldelsen af konventionen, og hvorefter der – når det viser sig, at dansk ret ikke lever op til forpligtelserne i konventionen – må foretages lovregulering[660]. Den positive forpligtelse, som dommen Young, Webster og James mod England statuerede, blev således af regeringen knyttet sammen med den lovgivende magt.

Dommen fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vedrørte eksklusivaftaler og deres overensstemmelse med konventionens art. 11. Dette emne havde længe været et stridsspørgsmål i Danmark. Måske derfor druknede en eventuel drøftelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i diskussionen om eksklusivaftaler under forhandlingerne i Folketinget. I hvert fald kan man ikke finde en mere principiel drøftelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i forbindelse med vedtagelsen af loven, hvilket jo for så vidt heller ikke var nødvendigt al den stund, at man netop tog konsekvensen af dommen ved at lave en lov. En interessant situation ville være opstået, hvis der ikke var blevet vedtaget en lov – det ville have betydet, at domstolene havde skullet tage stilling til spørgsmålet.

Herudover medførte sagen ikke mange teoretiske drøftelser i Danmark om, hvorvidt denne retstilstand kunne få indflydelse på det nationale plan. I en fremstilling fra 1985[661] anførtes det om spørgsmålet

---

658. Bemærkningerne, Folketingstidende 1981-82, 2. saml., tillæg A, sp. 1603. De eneste, der under forhandlingerne (1. beh.) gav udtryk for uenighed heri, var Ole Henriksen (SF), der mente, at Danmark ikke var tvunget til at gennemføre lovgivning på dette område, forhandlingerne sp. 1455f., og Waldorff (VS). Henriksens argument, at der var tale om »en lang række juridiske spidsfindigheder« fra »Justitsministeren og hans embedsmænd« og Waldorffs argument, at »man bare (skulle) lade være med at efterkomme dommen«, sp. 1457, angiver, at deres holdning næppe var fremherskende i det danske juridiske fortolkningsfællesskab.
659. Bemærkningerne, Folketingstidende 1981-82, 2. saml., tillæg A, sp. 1604.
660. Justitsministeren gav udtryk for den samme holdning under forhandlingerne, se Folketingstidende 1981-82, 2. saml., sp. 1440.
661. John Bernhard og Tyge Lehmann: »Den europæiske menneskerettighedskonvention belyst gennem menneskerettighedskommissionens og -domstolens praksis«, s. 42.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 262 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

om, hvornår staten kan blive ansvarlig, at »staten hæfter kun for sine organer, dvs. den lovgivende, den dømmende og den udøvende magt«. Om dette forhold kunne have betydning for reguleringen af forholdet mellem private, drøftedes så vidt ses ikke. Dette skyldes formentligt holdningen, som fremstillingen – under henvisning til Ross – bygger på[662], at »det er en almindelig grundsætning, at traktater ikke umiddelbart kan stifte ret for private«. På den baggrund har holdningen formentligt været, at konventionen så meget desto mindre kunne medføre pligter.

Holdningerne i det danske juridiske fortolkningsfællesskab var således på dette tidspunkt, for så vidt angår spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, ikke fuldt i overensstemmelse med holdningen i det transnationale fortolkningsfællesskab.

2.2. Nyere teori – fra midten af 1980'erne

Mere indgående behandles spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private først fra omkring det tidspunkt, hvor muligheden af at inkorporere konventionen direkte i dansk ret begyndte at blive drøftet mere udførligt. På dette tidspunkt skete et skift i holdningen i forhold til tidligere, for så vidt angår spørgsmålet om anvendelse mellem private; nu lægges det til grund, at konventionen finder anvendelse mellem private, i hvert fald af de forfattere, der nævner problemstillingen[663].

Baggrunden for dette skift var, at der nu som nævnt ovenfor var kommet domspraksis fra konventionsorganerne, hvorefter konventionen i et eller andet omfang var anvendelig på retlige konflikter mellem private[664]. Emnet var således gået fra en diskussion blandt andet i det transnationale fortolkningsfællesskab til at blive understøttet af domspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Denne domspraksis gav anledning til en del overvejelser i Danmark – igen kan man se, i hvor høj grad diskussionerne i det danske juridiske fortolknings-

---

662. John Bernhard og Tyge Lehmann: »Den europæiske menneskerettighedskonvention belyst gennem menneskerettighedskommissionens og -domstolens praksis«, s. 24f.
663. Nogle anbefaler inkorporering uden at nævne spørgsmålet om Drittwirkung, for eksempel Carl Aage Nørgaard: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret«.
664. For eksempel A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt den 26. marts 1985, og A 99, Feldbrugge mod Holland, dom afsagt den 29. maj 1986.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 263 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

fællesskab på det menneskeretlige område genereres via det internationale fortolkningsfællesskab.

Problemet var naturligvis, at selvom Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol havde afsagt domme, hvor domstolen havde anvendt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i sager, hvor der var en retlige konflikt mellem private, var det vanskeligt at finde ud af, hvad dette skulle betyde for dansk ret. Det ligger jo fast, at individer ikke kan indbringe andre individer for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Derfor var domme, hvor domstolen fastslog, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes »even in the sphere of the relations of individuals between themselves«[665] stadig rettet mod staten. Det var staten, der blev dømt for at have forsømt at gennemføre en retstilstand, der var i overensstemmelse med konventionen. Spørgsmålet var således, om disse domme overhovedet havde anden virkning, end at Folketinget måtte være ekstra påpasselig med at sørge for, at den danske retstilstand var i overensstemmelse med konventionen.

I hvert fald blev problemet nu drøftet. I forbindelse med diskussionen om inkorporering blev dette forhold, at konventionen formentligt måtte anses som anvendelig mellem private, af nogle set som et argument imod en inkorporation. Det anførtes, at en inkorporation ville føre til, at »Drittwirkung« måtte anerkendes i dansk ret, hvilket igen ville medføre retsusikkerhed blandt borgere og myndigheder. Andre hilste en inkorporation med anerkendelse af »Drittwirkung« velkommen eller fandt, at det ikke ville udgøre noget særligt problem. En del af litteraturen fandt dog ikke anledning til at beskæftige sig med en mulig anvendelse af menneskerettighederne mellem private.

Man kan naturligvis ikke vide, hvilken holdning forfattere, der ikke nævner problemet, har haft. Det kan være, det ikke nævnes, fordi det ikke anses som noget problem, eller fordi anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private ikke anses for anerkendt i international eller dansk ret.

I hvert fald kan det konkluderes, at der i de følgende år var uenighed i det danske juridiske fortolkningsfællesskab om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes mellem private i dansk ret.

---

665. Se for eksempel A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt den 26. marts 1985.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 264 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.2.1. Kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention »anvendes direkte« i dansk ret?

Den overordnede ramme for diskussionen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var stadig det dualistiske udgangspunkt. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention var en folkeretlig norm og som sådan kun anvendelig som fortolkningsbidrag – ofte udtrykt som en proklamation om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kunne anvendes »som retskilde« i dansk ret. En anden formulering af samme princip blev opstillet af Højesteretsdommer Erik Riis, der i en kommentar til dommen UfR 1986, s. 898, henviste til fortolknings- og formodningsreglen og på den baggrund anførte, at konventionen ikke kunne anvendes »direkte« i den konkrete sag[666].

Holdningsskiftet fandt derimod udtryk blandt andet i en artikel i Juristen fra 1986[667] om arbejdsgiveres registrering af ansattes telefonsamtaler, hvor Lars Adam Rehof og Jørgen Rønnow Bruun anfører, at »I dag er det vel naturligt at spørge, om Danmark ikke burde tage skridt til en inkorporering …«, og derefter drøfter, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private – om konventionen må antages at have en vis »Drittwirkung«. Det antages, dels på baggrund af konventionens ordlyd, dels på baggrund af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, at der kan være en vis »Drittwirkung« af konventionen[668]. Virkningerne af denne »Drittwirkung« på nationalt plan (i modsætning til det folkeretlige plan) antages at være mest markant i lande, der har inkorporeret konventionen, for eksempel Tyskland. Det anføres dog videre, at »en sådan inkorporation … ikke (er) en nødvendig betingelse for, at en Drittwirkung … kan få en effekt i de lande …, der ikke har foretaget sådanne formelle opfyldelsesskridt«. Det nævnes, at dette er gældende «for så vidt angår domstolenes fortolkning af (interne) danske regler såvel som for Folketingets handlemuligheder og – pligter ved vedtagelsen af ny lovgivning«.

Artiklen indeholdt nogle sondringer, som er blevet ved at svæve over

---

666. Erik Riis: kommentar i UfR 1987, B, s. 50ff.
667. Lars Adam Rehof og Jørgen Rønnow Bruun: »Arbejdsgiveres registrering af ansattes telefonsamtaler«.
668. Det samme antages af Lars Adam Rehof: »Afskedigelse som menneskerettighedsproblem« Se også samme forfatters anmeldelse af Bernhard og Lehmann: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention« i Juristen 1986, s. 215ff., særligt s. 219.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 265 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

diskussionerne de følgende år: sondringen mellem den situation, at »borgerne umiddelbart (kan) påberåbe sig (konventionens) bestemmelser i sager mod andre borgere« og den situation, at Drittwirkung var »et udslag af statens folkeretlige ansvar for passivitet«. Det er dog i artiklen uklart, hvorvidt dette »folkeretlige ansvar« også skulle have betydning på det nationale plan. Da man som anført opererede med, at drittwirkungseffekten kunne få virkning for domstolenes fortolkning, var der vel ikke kun tale om et folkeretligt ansvar. Denne uklarhed i terminologien kom til at gå igen de følgende år.

Disse forfattere var dog positive overfor en inkorporering af konventionen, og så åbenbart ikke drittwirkungsproblemet som en hindring herfor – snarere tværtimod, idet de anførte, at det ville give en mere effektiv overholdelse af konventionen, hvis dens anvendelsesområde udstraktes til også at dække privates forhold til hinanden.

Andre pegede på negative konsekvenser af drittwirkungseffekten.

I 1988 afholdt Menneskerettighedscenteret et seminar om en eventuel inkorporering af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[669]. Her blev det blandt andet »påpeget, at en inkorporering kan medføre negative bivirkninger for borgerne, som skal overholde de bestemmelser, der har »Drittwirkung« (virkning i forholdet mellem to borgere)«.

Ligeledes er Claus Gulmann inde på spørgsmålet i forbindelse med en drøftelse i 1988 om hensigtsmæssigheden af at inkorporere konventionen i dansk ret[670]. Han forudsætter, at en eventuel inkorporation vil medføre anerkendelse af Drittwirkung i dansk ret. Han anfører dog, at »det (vil) være undtagelsen, at konventionen vil få betydning for retstvister mellem borgerne«, idet »konventionens hovedformål … er at beskytte borgerne i forhold til myndighederne«.

Artiklen hviler på den forudsætning, at inkorporering er en betingelse for, at borgerne kan »påberåbe sig konventionen direkte«. Heri ligger en henvisning til det dualistiske udgangspunkt, hvorefter konventionen, så længe den ikke er inkorporeret, kun er en folkeretlig pligt

669. Indlæggene er samlet i »Menneskerettigheder: Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – indlæg fra et seminar afholdt den 29.11.1988«. Diskussionen om Drittwirkung refereres kort s. 60.

670. Claus Gulmann: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som bestanddel af dansk ret?«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 266 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

for staten. Gulmann anfører i den sammenhæng[671], at den »direkte« påberåbelse vil kunne føre til tilsidesættelse af konkrete forvaltningsakter, administrative regler og lovbestemmelser, der er vedtaget forud for inkorporeringen.

Denne forestilling tages der afstand fra i en artikel fra 1989[672]. Her lægges det til grund, at konventionen allerede udgør en retskilde i dansk ret, og at domstolene vil kunne løse eventuelle konflikten ved at tilsidesætte forvaltningsakter, cirkulærer og lovbestemmelser.

I artiklen lægges det videre til grund, at »Drittwirkung« er antaget i forbindelse med nogle af konventionens bestemmelser. Det anføres, at »hvis konventionen inkorporeres i Danmark, vil private i privatretlige tvister ved de danske domstole i givet fald kunne gøres ansvarlig for ikke at have overholdt de forpligtelser, der følger af konventionen i de tilfælde, hvor konventionsbestemmelserne anses for at indeholde »Drittwirkung«.«[673]. Inkorporation antages altså her at være en betingelse for, at »Drittwirkung« kan indtræde, hvorimod det ikke er en betingelse for, at love for eksempel kan tilsidesættes. Senere konkluderes det i artiklen, at de dagældende retlige rammer muliggjorde en beskyttelse af individet og dets menneskerettigheder »i mindst samme omfang som ved en inkorporering af konventionen«.

På et seminar, der blev afholdt i 1989 af Det Danske Center for Menneskerettigheder[674], drøftedes fordele og ulemper ved eventuel inkorporering af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i de skandinaviske lande. Som begrundelse for en afvisende holdning hertil nævntes kravet om, at lovgivning skal være så klar og utvetydig som mulig. Såfremt en traktats bestemmelser ikke er formuleret i overensstemmelse hermed, er den ikke egnet til inkorporering[675]. I tilknytning hertil blev Drittwirkung nævnt som yderligere en usikkerhedsfaktor; det blev lagt til grund, at Drittwirkung er anerkendt af konventionsorganerne, men at det er usikkert, hvilke bestemmelser der kan antages

---

671. Claus Gulmann: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som bestanddel af dansk ret?«, s. 290.
672. Nina Holst-Christensen: »Gælder menneskerettighederne i Danmark?«.
673. Nina Holst-Christensen: »Gælder menneskerettighederne i Danmark?«, s. 57.
674. Indlæggene derfra er gengivet i Rehof og Gulmann (red.): »Human rights in domestic law and development Assistance Policies of the Nordic Countries«.
675. Asbjørn Jensens indlæg, gengivet i Rehof og Gulmann (red.): »Human rights in domestic law and development Assistance Policies of the Nordic Countries«, s. 161ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 267 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

at have denne virkning, og at det ligeledes er usikkert, i hvilket omfang de enkelte bestemmelser har denne virkning. Det antoges forudsætningsvist, at Drittwirkung ikke ville kunne spille nogen rolle, såfremt konventionen ikke var inkorporeret i dansk ret.

Som det ses, var der på ingen måde enighed i det danske juridiske fortolkningsfællesskab om virkningen af en eventuel inkorporering af konventionen i dansk ret, herunder om hvorvidt Drittwirkung ville blive et problem.

Også andre[676] ytrede sig om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i denne periode. Da deres bidrag særligt knytter an til sondringen direkte – indirekte Drittwirkung, som fortjener en selvstændig behandling, er disse bidrag drøftet nedenfor.

2.3. Beslutningen om inkorporering

Betænkningen fra 1991[677], der lå til grund for overvejelserne om inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hælder nærmest til den holdning, at Drittwirkung ikke er noget praktisk problem[678]. Forudsætningen for denne opfattelse fremføres lidt senere: »En fortolkning fra Menneskerettighedsdomstolen, som er uventet, eller som viser, at en medlemsstats lovgivning ikke kan håndhæves, vil … ikke med tilbagevirkende kraft indebære en ændret retstilling mellem de involverede, private parter. Hvis lovgivningsmagten hurtigt reagerer på en sådan dom og foretager den nødvendige tilpasning i reglerne, vil en sådan dom heller ikke i senere sager i sig selv være af betydning for borgernes indbyrdes retstilling.«[679]. Der tages herved ikke højde for, hvilke virkning en dom kan have for løbende aftaleforhold. Til spørgsmålet om, hvordan der skal forholdes, såfremt forudsætningen svigter, og lovgivningsmagten for eksempel ved en fejl ikke får opfyldt kravene i konventionen og den dertil knyttede retspraksis, anføres[680], at domstolene bør »være opmærksomme på, at det er den

---

676. Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, der var et vægtigt indlæg i debatten om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, behandlede problemstillingen s. 130ff.
677. Bet. 1220/1991: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret«.
678. Det anføres i bet. 1220/1991, s. 151, at udvalget »finder, at spørgsmålet om »Drittwirkung« ikke i praksis kan antages at udgøre et væsentligt problem«.
679. Bet. 1220/1991, s. 151.
680. Bet. 1220/1991, s. 152.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 268 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

danske stat, og ikke de private parter, som er ansvarlig for opfyldelse af konventionskomplekset«. Selvom der refereres til »den danske stat« som ansvarlig for opfyldelsen, må meningen nok være, at det *Folketinget* (og ikke domstolene, der også er en del af staten), der er ansvarlig for opfyldelsen – altså en henvisning til det dualistiske udgangspunkt.

Nogle forfattere har set lidt anderledes på problemet. En ph.d-afhandling fra 1992[681] drøfter for eksempel begrebet Drittwirkung fra et lidt andet perspektiv; nemlig set i lyset af legalitetsprincippet. Det lægges forudsætningsvist til grund, at Drittwirkung af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er anerkendt af konventionsorganerne. Spørgsmålet er derfor, hvordan danske myndigheder skal forholde sig til det. Afhandlingen anskuer dette som et hjemmelsproblem og diskuterer på den baggrund anvendelsen af international ret mellem private som et spørgsmål om, hvorvidt der er hjemmel i dansk ret for forvaltningens eller domstoles indgreb overfor et individ i konflikter med andre individer. Dette ses som et problem, idet det påpeges, at for så vidt angår forvaltningen, forhindrer legalitetsprincippet anvendelse af international ret som hjemmel for afgørelser til ugunst for individet, men at forvaltningen på den anden side er forpligtede til at udøve deres skønsmæssige beføjelser i overensstemmelse med international ret. For så vidt angår domstolene påpeges, at disse også til en vis grad er bundet af et legalitetsprincip, men at der er eksempler på domme, hvor international ret er anvendt til ugunst for en borger[682].

Afhandlingen er skrevet før inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret, men anfører, at selv en inkorporering ikke vil løse de rejste hjemmelsproblemer. Det er forfatterens opfattelse, at konventionen ikke har en sådan klarhed, at den kan leve op til de krav, legalitetsprincippet stiller, for at kunne anvendes til ugunst for private[683].

Ved Justitsministeriets fremsættelse af lovforslaget om inkorporeringen af konventionen i 1992 kom bemærkningerne ikke direkte ind på spørgsmålet om anvendelse af konventionen mellem private[684]. Justits-

681. Søren Stenderup Jensen: »The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law«, s. 179ff.
682. Stenderup Jensen henviser for eksempel til UfR 1970, s. 600.
683. Søren Stenderup Jensen: »The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law«, s. 265 og 267.
684. Folketingstidende 1991/92, tillæg A, sp. 5421ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 269 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ministeriet tilsluttede sig de synspunkter og forslag, det ovennævnte udvalg havde fremsat i betænkningen. Forudsætningsvist antoges det dog, at en mulig konflikt mellem en dansk lovbestemmelse og konventionen kunne opstå og påberåbes ved domstolene, idet det anførtes, at domstolene ikke ex officio skal påse dansk lovgivnings overensstemmelse med konventionen i civile sager[685].

Spørgsmålet var dog fremme i forbindelse med lovforslagets behandling. Den daværende Rigsadvokat, Asbjørn Jensen, gav i et høringssvar til ministeriet om hensigtsmæssigheden af at inkorporere konventionen udtryk for betænkeligheder ved inkorporeringen, blandt andet under henvisning til drittwirkungsproblemet[686]. Det anføres i høringssvaret, at det »må forekomme uheldigt«, at sager som sagen om Young, James and Webster mod United Kingdom[687] »rettes mod privatpersoner og virksomheder«. Det anføres videre, at det rigtige ville være, »at sager af denne karakter udelukkende anlægges mod staten, der i givet fald skal betale erstatning, fordi staten ikke har sørget for den nødvendige, klare lovgivning til opfyldelse af konventionen«.

Retsudvalget udbad sig under lovforslagets behandling Justitsministerens kommentar til Rigsadvokatens høringssvar[688]. Justitsministeren forholdt sig i svaret ikke udtrykkeligt til drittwirkungsproblemet, men anførte mere generelt en række af de betragtninger, også betænkningen nr. 1220/1991 indeholdt.

Holdningen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab kan måske siges på dette tidspunkt at have været forsigtigt afventende. Det stod nu fast, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol opererede med en vis Drittwirkung af i hvert fald visse bestemmelser, men hvad resultatet heraf skulle være for dansk ret – og om der overhovedet var et problem – var ikke klart. Denne uklarhed fortsatte i tiden efter inkorporeringen.

---

685. Folketingstidende 1991/92, tillæg A, sp. 5470.
686. Justitsministeriets sag, j.nr. LA 1992-562-22.
687. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt 13. august 1981.
688. Spørgsmål nr. 1 af 27. februar 1992, Justitsministeriets sag, j.nr. 1992-562-22.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 270 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.4. Efter inkorporeringen

Henrik Zahle foretog i 1995 en undersøgelse af spørgsmålet om ytringsfrihed og Drittwirkung[689]. Her drøftede han blandt andet Drittwirkung af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Han konkluderer, at en sådan Drittwirkung (horisontal virkning) må antages, men at afklaringen af, i hvilket omfang den horisontale virkning slår igennem i privatretten, vil bero på en analyse af det enkelte retstilfælde. Spørgsmålet er ikke, »om menneskerettigheder har betydning for private retsforhold, men hvorledes menneskerettigheder har betydning for private retsforhold«[690].

I daværende Rigsadvokat Asbjørn Jensens anmeldelse[691] af »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer« fra 1994 antages det forudsætningsvist, at Drittwirkung må anses for at være anerkendt, hvorimod »det på nuværende tidspunkt er ganske uafklaret, i hvilket omfang Domstolen finder, at de enkelte rettigheder i konventionen skal tillægges betydning for borgernes indbyrdes retsstilling«. Hans opfattelse er forudsætningsvist, at Drittwirkung ikke kunne anerkendes i dansk ret før inkorporeringen, idet det videre anføres under henvisning hertil, at »inkorporeringen i dansk ret … (har) indført en ny kilde til retsusikkerhed i forholdet mellem borgerne«.

Drittwirkung drøftes i forbindelse med foreningsfriheden i en artikel fra 1997[692]. Også her lægges det til grund, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i et vist omfang kan anvendes mellem private på det nationale, danske plan. Dette ses som den logiske konsekvens af, at der kan udledes positive forpligtelser af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Det anføres, at »I det omfang der kan udledes positive forpligtelser … for staten til også at beskytte mod privates krænkelser af foreningsfriheden, kan denne positive forpligtelse kun overholdes, såfremt foreningsfriheden i (Den Europæiske Menneskerettighedskonvention) også tillægges retsvirkning i forholdet mellem private«. Eventuelle indskrænkninger i denne anvendelse mellem pri-

---

689. Zahle: »Ytringsfrihed for privatansatte«. Efter Zahles terminologi er der ikke tale om »Drittwirkung«, men om »horisontal virkning«, hvilket bestemmes således: »at menneskerettighederne påberåbes i en konflikt mellem to private indbyrdes«.
690. De samme synspunkter gentages i Zahle: »Dansk forfatningsret«, 1997, bd. 3, s. 29ff.
691. Asbjørn Jensen: anmeldelse af »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer«.
692. Erik Werlauf: »Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 271 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vate – for eksempel som følge af magtfordelingslæren eller andre danske retsinstitutter – drøftes ikke.

I anledning af, at Det Danske Center for Menneskerettigheder havde 10 års-jubilæum i 1997, udsendtes et festskrift[693]. Landsdommer John Lundum lægger her i en artikel[694] forudsætningsvist til grund, at Drittwirkung i et vist omfang er anerkendt i dansk ret. Han peger særligt på følgende områder, hvor Drittwirkung må antages at være slået igennem – eller vil slå igennem – i dansk ret[695]: procesretten (særligt med hensyn til sagsbehandlingstiders længde ved domstolene), i private straffesager og ægteskabs- og faderskabssager. Mere tvivlende er han overfor anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i andre civile sager. Det antages[696], at dette kun vil ske undtagelsesvist og i sager, hvor den pågældende menneskerettighedsbeskyttelse er meget intensiv.

Også andre af festskriftets bidragydere er inde på spørgsmålet om anvendelse af menneskerettighederne mellem private. I en artikel om mennesker som forsøgspersoner er Mette Hartlev[697] mindre tilbøjelig til at antage en beskyttelse af forsøgspersoner som følge af menneskerettighederne i situationer, hvor forskeren er privat. Hun anfører, at »Da forsøg på mennesker normalt betragtes som en relation mellem to private og ikke som en relation mellem stat og borger, er det ikke umiddelbart et naturligt anvendelsesområde for menneskeretten«. Det konkluderes dog under henvisning til doktrinen om positive pligter, at »menneskeretten især kan have betydning for forsøgspersoner ved at pålægge staterne en pligt til at sikre respekt for de menneskerettigheder, der har betydning for forsøgspersoner«. Den tøvende konklusion udspringer formentligt af, at en del af de menneskeretlige retskilder, der finder anvendelse i beskyttelsen af forsøgspersoner, er såkaldt »soft law«-retskilder, der udspringer af systemer, hvor kontrollen med over-

693. »Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv«.
694. »Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv«, s. 399ff.
695. »Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv«, s. 405ff.
696. »Grundloven og menneskerettigheder i et dansk og europæisk perspektiv«, s. 409.
697. Mette Hartlev: »Mennesker som forsøgspersoner – beskyttelse af den personlige integritet og autonomi«, s. 217 taler her generelt om »menneskeretten«, hvilket vel må antages også at inkludere Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. I hvert fald kan man forestille sig, at nogle af bestemmelserne i konventionen kan være relevante for den problemstilling, som Hartlev behandler; for eksempel konventionens art. 3 og art. 8, hvilket også påpeges i artiklen s. 218.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 272 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

holdelsen er mindre gennemgribende end efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Om disse »bløde« retskilder kan anvendes mellem private er måske også mere tvivlsomt. Spørgsmålet skal ikke forfølges her.

Endeligt kan nævnes en ph.d.-afhandling fra 2000[698], hvor menneskerettighederne ses som »generelle retsprincipper«, der medfører en pligt for staten til at »fortolke … privatretlige regler i overensstemmelse med grundrettighederne«. Det antages heri, at Drittwirkung primært slår igennem i sager »hvori det offentlige har en interesse – for eksempel sager om ægteskab, faderskab og tvangsfjernelser«. Staten må dog respektere individers privatautonomi, hvorfor Drittwirkung som udgangspunkt kun bliver »aktuel i aftaler, som på grund af den ene aftaleparts styrke, dominans m.v. reelt ikke er et udtryk for frivillig frihedsbegrænsning fra den anden aftalepartners side«[699]. I afhandlingen antages, at det har betydning for vurderingen af, om grundrettighederne kan anvendes mellem private, hvorvidt der er tale om en dispositiv eller en indispositiv sag[700].

At Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har direkte virkning i forholdet mellem private antages også af Erik Werlauff[701] i en artikel fra 2001. I artiklen gennemgås dansk retspraksis i sammenhæng med en række domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, og det antages, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention optræder som »en korrektionsfaktor til den øvrige retsorden«.

Der synes dermed efterhånden i den juridiske teori at være en vis konsensus om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i et vist omfang har virkning mellem private.

Dette er også i overensstemmelse med holdningen i en betænkning fra 2001 om inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret nævnes[702]. Betænkningen er afgivet af et udvalg, der skulle over-

698. Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 219ff.
699. Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 221.
700. Denne sondring mellem dispositive sager og indispositive sager er ikke helt klar; se hertil også Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontrakts-parter i dansk ret?«, der s. 206 påpeger denne uklarhed.
701. Werlauff: »Frihedsrettigheders virkning mellem private«.
702. Betænkning nr. 1407/2001: »Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 273 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

veje, om der er grundlag for at inkorporere en række menneskerettighedskonventioner i dansk ret. Den omhandler således ikke Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men må antages at være udtryk for udvalgets generelle synspunkter for så vidt angår menneskerettighedskonventioner, hverunder også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

I betænkningen overvejes også spørgsmålet om, hvilken betydning en sådan eventuel inkorporering kan få for reguleringen af retsforholdet mellem private. Udvalget har i hovedtræk videreført den linie, der blev angivet i betænkningen om inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[703]. Det anføres ganske vist, at inkorporerede konventioner bliver »en del af dansk lovgivning«, og at den »som lov (vil) kunne påberåbes af borgerne – også i forhold til andre borgere«. Dette gælder dog alene i situationer, hvor dansk lovgivning giver mulighed for fortolkning. Da en sådan fortolkning vil skulle ske i lyset af de konventionsmæssige forpligtelser, anfører udvalget, at »borgerne … som følge af en sådan fortolkning indirekte (vil) kunne blive pålagt pligter i forhold til andre borgere«. Hvis derimod dansk lovgivning er i strid med konventionen, uden at det er muligt at fjerne denne uoverensstemmelse ved fortolkning, er der grund til »i særlige tilfælde … at fravige udgangspunktet om, at en borger kan påberåbe sig en inkorporeret konvention også i forhold til andre borgere«[704]. Herefter henvises – som i betænkning nr. 1220/1991 – til, at det er »regeringen og lovgivningsmagten«, der har ansvaret for en sådan uoverensstemmelse. Udvalget finder derfor, at det »bør … indgå med betydelig vægt i domstolenes overvejelser, om en tilsidesættelse af en sådan retstilstand vil indebære, at en borger pålægges en pligt i forhold til en anden borger, som han ikke har haft rimelig grund til at indrette sig på«. Udvalget vil således alene anerkende anvendelse af menneskeretskonventioner mellem private, i det omfang resultatet ville kunne være nået ved anvendelse af danske retskilder alene.

Spørgsmålet kan dog fortsat ikke anses for at være afklaret i dansk teori. Der stilles af nogle fortsat spørgsmålstegn ved, om der er hjem-

---

703. Således som denne kom til udtryk i bet. 1220/1991, jf. det ovenfor anførte. Se hertil bet. 1407/2001, s. 304f.
704. Betænkning nr. 1407/2001: »Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret«, s. 304.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 274 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mel til anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention direkte mellem private – og om der er behov herfor. Peter Mortensen drøfter således[705] anvendelsen af blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private kontraktsparter og finder, at der ikke er hjemmel til direkte virkning herfor på kontraktsrettens område.

Samlet er der i det danske juridiske fortolkningsfællesskab ikke enighed om, hvorvidt og i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private. Tendensen går dog mod en accept heraf.

3. Terminologi

Ud over de allerede nævnte vanskeligheder med at få overblik over holdningen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab til spørgsmålet om anvendelse mellem private af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, består der en uenighed om, hvordan denne anvendelse skal betegnes.

Begrebet »Drittwirkung« (direkte eller indirekte) er nævnt. »Horisontal virkning« ses også[706]. Også begrebet horisontal virkning har rødder i den tyske debat om anvendelse af grundrettighederne mellem private[707].

Det ser dog ud til, at ordet »Drittwirkung« foretrækkes af de fleste danske teoretikere[708], og at ordet »horisontal virkning« ikke har haft særlig gennemslagskraft i det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

---

705. Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontraktsparter i dansk ret?«.
706. Se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, 1989, s. 233f., og den nyere udg. af bd. 3 fra 1997, s. 29ff.
707. Se for eksempel Robert Alexy: »Theorie der Grundrechte«, s. 475ff.
708. Se blandt andet Werlauff: »Negativ foreningsfrihed i grundretlig betydning«, Lundum: »De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)«, Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen« m.fl. I artiklen »Frihedsrettigheders virkning mellem private« foretrækker Werlauff dog termen »virkning mellem private«. Udtrykket anvendes også af Peter Mortenen i ovennævnte artikel »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontrakts-parter i dansk ret?«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 275 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3.1. Særligt om sondringen direkte – indirekte Drittwirkung

Et særligt problem i det danske juridiske fortolkningsfællesskab har været sondringen »direkte – indirekte Drittwirkung«. Som det er fremgået ovenfor, har der ikke været nogen særlig enighed om, hvordan spørgsmålet om anvendelse mellem private skulle behandles i dansk ret. Hertil kommer, at mange har anvendt denne sondring, som heller ikke er særligt klar.

Sondringen har sin oprindelse i tysk forfatningsteori. Som det fremgår af kapitel 5, har det i den tyske teori – især tidligere – været almindeligt at sondre mellem »mittelbare« (indirekte) og »unmittelbare (direkte) Drittwirkung. Sondringen refererede til diskussionen om, hvorvidt den tyske forfatnings grundrettigheder kun kunne anvendes af domstolene inden for civilretten under inddragelse af forskellige generalklausuler, eller om grundrettighedene kunne anvendes af domstolene uden mellemkomst af disse generalklausuler. Det var dog stadigt et spørgsmål om *domstolenes* anvendelse af grundrettighederne.

Sondringen er i vidt omfang forladt i den tyske teori i dag.

Sondringen fra den tyske diskussion er imidlertid gledet ind i diskussionen om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions indvirkning på de nationale retssystemer, når problemstillingen om menneskerettighedernes anvendelse på privates retsstilling – anvendelse mellem private – drøftes.

Det forhold, at sondringen således »løftes ud af« deres oprindelige nationale, tyske kontekst og nu anvendes i en kontekst, der omhandler samspillet mellem international og national ret[709], har medført, at der ikke er enighed i teorien om, hvor grænsen mellem den indirekte og den direkte Drittwirkung skal drages. Traditionen for dualisme betyder i relation til dansk ret, at især spørgsmålet om danske domstoles fortolkning af danske regler under indflydelse fra Den Europæiske Menne-

709. Se herom også Spielmann: »L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées«, s. 29f., der gør opmærksom på, at begreberne forstås forskelligt i tysk ret og i relation til konventionen: »Toutefois, il est important de souligner que, si la distinction entre *direkte Drittwirkung* et *indirekte Drittwirkung* est utilisée à la fois dans la contexte de la Loi fondamentale et de la Convention, force est cependant de constater que le contenu donné au concept de *indikte Drittwirkung* diffère dans le deux hypothéses …«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 276 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skerettighedskonvention bliver vanskeligt at drøfte med brug af terminologien »direkte og indirekte Drittwirkung«.

I den internationale teori kædes den direkte Drittwirkung, i hvert fald af nogen, sammen med, om der er mulighed for at håndhæve konventionens bestemmelser overfor andre private individer[710]. »Indirekte Drittwirkung« betegner i den forstand det forhold, at der kun er mulighed for at håndhæve konventionens bestemmelser indirekte ved et sagsanlæg mod staten. Der er således her en nøje sammenhæng mellem begrebet positive forpligtelser og den indirekte Drittwirkung.

Hvis man lader sondringen indirekte/direkte Drittwirkung følge af, hvorvidt konventionens bestemmelser kan håndhæves overfor det enkelte individ eller ej, kan konventionen på det folkeretlige plan kun have indirekte Drittwirkung, idet et individ ikke kan anlægge sag mod et andet individ ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol[711]. Til gengæld kan denne indirekte Drittwirkung aktiveres ved, at en hvilken som helst myndighed i det nationale system har undladt at overholde konventionen, uanset om det er »the fault of domestic legislation, of the courts or of the administrative authorities«[712].

Derimod kan man efter denne begrebsbestemmelse tænke sig både indirekte og direkte Drittwirkung på det nationale niveau, afhængigt af hvordan det nationale fortolkningsfællesskab forstår konventionens gennemslagskraft i øvrigt på det nationale niveau.

En lignende opfattelse finder man hos Drzemczewski[713]. Her anføres det, at konventionen »skaber indirekte pligter for individer« derved, at konventionen kan forpligte lovgivningsmagten eller domstolene til at beskytte individer mod hinanden[714].

---

710. Se van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 23f.
711. Se hertil for eksempel Frowein og Peukert: »Europäische MenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar«, s. 24.
712. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 38.
713. Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and Relations between private Parties«, s. 176.
714. Derimod antager han forudsætningsvist, at såfremt konventionen ikke er inkorporeret ved lov i national ret, kan den ikke have Drittwirkung, Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and Relations between private Parties«, s. 170, hvor det anføres, at »In Denmark, where it appears that the Convention does not possess the status of domestic law, the instruments direct impact on »intersubjective« relations would appear to be of little, if any significance«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 277 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Sondringen er således for så vidt stadigt klar på det internationale niveau; men den refererer til en anden situation, end den tyske begrebsbestemmelse gør; på det internationale niveau er indirekte Drittwirkung et spørgsmål om statens ansvar, især overfor det internationale samfund, for overholdelse af konventionen, mens alene direkte Drittwirkung refererer til, hvilket retsgrundlag nationale domstole skal/kan anvende. Direkte Drittwirkung i denne forståelse (på det nationale niveau) tager således ikke stilling til, om konventionen alene kan anvendes som fortolkningsbidrag, eller om den også kan anvendes uden »mellemkommende«, national lovgivning.

Sondringen direkte/indirekte Drittwirkung er med tiden gået over i dansk ret. Her har den imidlertid – på grund af den dualistiske opfattelse af forholdet mellem dansk ret og international ret – igen ændret indhold. Der blev oprindeligt – i det transnationale fortolkningsfællesskab – lagt vægt på, om konventionens bestemmelser kunne håndhæves overfor andre private, men da det dualistiske udgangspunkt i det danske juridiske fortolkningsfællesskab er (eller i hvert fald har været), at international ret, herunder konventionen, ikke kan (kunne) »påberåbes« for danske domstole, bliver den indirekte Drittwirkung i det danske juridiske fortolkningsfællesskab betegnelsen for, at konventionen opfyldes af lovgivningsmagten. Opfyldelse ved de nationale domstole betegner i denne terminologi et eksempel på direkte Drittwirkung.

Til illustration af problemet i dansk ret kan tages udgangspunkt i en ofte anvendt begrebsbestemmelse af indirekte Drittwirkung og direkte Drittwirkung[715]. Direkte Drittwirkung anføres at være udtryk for det forhold, at »konventionens rettigheder kan påberåbes ved nationale domstole af private borgere overfor andre private borgere«. Indirekte Drittwirkung bestemmes som en refleks af det forhold, at »staten er forpligtet til at sikre, at private borgere opnår beskyttelse af deres menneskerettigheder i forhold til andre borgere«.

Her opstår en vis uklarhed i relation til, hvad de to begreber egentligt dækker. Uklarheden opstår, fordi det ikke udtrykkeligt anføres, hvilke af statens organer, der skulle være forpligtet af menneskerettighederne i henhold til de to begreber. Det anføres om indirekte Drittwirkung, at

715. Se for en sådan begrebsbestemmelse for eksempel Asbjørn Jensen: anmeldelse af »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer«, der dog sondrer mellem »Drittwirkung« og »indirekte Drittwirkung«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 278 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

»staten er forpligtet til at sikre, at private borgere opnår beskyttelse af deres menneskerettigheder i forhold til andre borgere«. Er det da kun den lovgivende magt, der har denne forpligtelse? Det kan efter denne begrebsbestemmelse ikke være domstolene, for da er der tale om direkte Drittwirkung derved, at »borgerne ved nationale domstole kan påberåbe sig konventionen overfor andre private«. Selvom det ikke altid anføres udtrykkeligt, går sondringen således som regel på, hvilke af statens organer der kan antages at være forpligtede til at sikre overholdelsen af konventionens regler i relation til privates eventuelle krænkelser heraf. Det antages – usagt – at der med »statens pligt til at sikre Den Europæiske Menneskerettighedskonventions overholdelse mellem private« menes *Folketingets* pligt til at sikre dette. Man overser på grund af det dualistiske udgangspunkt, at det folkeretlige enhedsprincip betyder, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention forpligter hele staten, herunder de retsanvendende myndigheder, til at overholde konventionen og ikke kun dele af staten.

Denne sondring kan siges at være klarere, såfremt man antager, at hvis konventionen ikke er inkorporeret i dansk ret, da kan alene den »indirekte« form finde anvendelse i dansk ret[716]. Dette dualistiske udgangspunkt pålægger dermed den lovgivende magt hele ansvaret for opfyldelsen af konventionen. Hermed opløses denne forståelse af sondringens betydning ved inkorporeringen af konventionen i dansk ret, idet konventionen da bliver dansk lov og kan »påberåbes« ved domstolene på lige fod med andre love.

Det er dog ikke nødvendigvis således, at inkorporeringen medfører en øget klarhed i relation til forståelsen af sondringen.

Som et eksempel kan anføres en fremstilling fra 1990[717], hvor det anføres, at »den direkte Drittwirkung ... defineres som det forhold, at borgerne for nationale retshåndhævelsesorganer, navnlig for domstolene i civilretlige søgsmål, direkte kan påberåbe sig menneskeretlige forpligtelser som grundlag for fastlæggelse af rettigheder og pligter mellem private parter«. Begrebet »indirekte Drittwirkung« fastlægges i tilknytning til det forhold, at staten kan ifalde et folkeretligt ansvar i

716. Dette har været almindeligt antaget i en række fremstillinger, se for eksempel Asbjørn Jensen: »Incorporation of the European Convention seen from a Danish Point of View«, s. 165ff.

717. Rehof og Trier: »Menneskeret«, s. 131f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 279 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

den situation, hvor »private berøver andre private den faktiske beskyttelse af deres menneskerettigheder«. I en senere fremstilling af til dels samme forfatter[718] angives, at den direkte Drittwirkung er den situation, at »private er direkte forpligtede til at overholde« konventionen, mens indirekte Drittwirkung er den situation, at »private pålægges pligter i national ret, der er en følge af statens menneskeretlige forpligtelser«. Senere[719] anføres det, at det følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis, at »borgerne for nationale domstole og ved klage til kontrolorganerne kan procedere på grundlag af indgreb foretaget af og mellem private«. Dette henregnes til den »indirekte Drittwirkung«. Efter begrebsbestemmelsen ovenfor, hvorefter »direkte Drittwirkung« er den situation, at »private er direkte forpligtede til at overholde« konventionen, må det vel være direkte Drittwirkung, hvis private i hvert fald i national ret procederer direkte på konventionen overfor andre private. Uklarheden opstår formentligt også her af det forhold, at det ikke helt er overvejet, hvilke af statens organer der har ansvaret for at opfylde konventionens eventuelle krav om »Drittwirkung« i dansk ret. Da den kommenterede Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er udgivet efter inkorporeringen (hvor sondringens oprindelige klarhed på grundlag af det dualistiske udgangspunkt var opløst), giver det således anledning til vanskeligheder at beskrive retsstillingen uden overvejelser om, hvilke myndigheder opfyldelsen påhviler.

En nyere fremstilling[720] fremstiller det således, at indirekte Drittwirkung defineres som det forhold, at »en stat i sin lovgivning pålægger borgerne en forpligtelse til at overholde menneskerettighedskonventionens bestemmelser«. Direkte Drittwirkung er derimod »det forhold, at private borgere er direkte forpligtede af bestemmelserne i Menneskerettighedskonventionen, og at denne forpligtelse kan håndhæves direkte ved søgsmål fra en anden privat borger ved domstolene«.

Som det ses, er begrebsfastsættelsen efterhånden kommet ganske

---

718. Rehof i Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 17.
719. Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 18.
720. John Lundum: »De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)«, s. 399ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 280 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

langt væk fra den oprindelige sondring mellem »mittelbar« og Unmittelbar« Drittwirkung i tysk ret.

Vanskelighederne ved disse sondringer ligger i, at det er uklart, hvad der menes med ord som »håndhævelse« eller, at reglerne kan »påberåbes« overfor andre private.

Ordet påberåbelse har en klar reference til den dualistiske forestilling, hvorefter det er et tvivlsspørgsmål, om international ret kan påberåbes ved de danske domstole. Håndhævelse har reference til Ross's forestilling om gældende ret; kun hvis reglen kan føre til, at staten anvender magt overfor en borger, kan der være tale om »gældende ret«.

Begge udtryk giver dog anledning til problemer. Anvendelse af regler ved de nationale domstole ikke er en automatisk sammenholdning af en regel med faktum, for så – hvis der er overensstemmelse mellem disse to – da at nå en bestemt afgørelse. Anvendelse af retligt materiale ved domstolene er derimod en proces, hvor domstolen inddrager meget forskelligt materiale. Der kan være forskellige grader af »håndhævelse«, spændende fra den situation, hvor en national regel som udgangspunkt afgør konflikten mellem de to private, men hvor domstolen anfører, at denne afgørelse støttes af den menneskeretlige regel, over den situation, hvor det nationale regelsæt efterlader domstolen i et valg mellem flere løsningsmuligheder, hvor den menneskeretlige regel bliver (en del af) det materiale, der bliver udslagsgivende for løsningen af konflikten, og til den situation, at det eneste og udslagsgivende materiale, domstolen baserer sin afgørelse på, er den menneskeretlige regel. Her bliver det vanskeligt at se, i hvilken situation der er tale om »håndhævelse« ved domstolene af den menneskeretlige regel, og hvornår der er tale om, at det er den nationale regel, der ikke har menneskeretlig karakter, der »håndhæves«. Tilsvarende vanskeligheder gør sig gældende, for så vidt angår forståelsen af vendingen, at »borgerne kan påberåbe sig den menneskeretlige regel« ved domstolene. Spørgsmålet bliver i den relation, hvorvidt der menes »påberåbes som udslagsgivende« eller »påberåbes til støtte for et synspunkt blandt andet retligt (nationalt) materiale«.

Sondringen ses opretholdt i også i Jens Elo Rytters ph.d.-afhandling fra 2000[721], der efter tysk sprogbrug sondrer mellem »umiddelbar« og

721. Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, for eksempel s. 223ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 281 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

»middelbar Drittwirkung«. Det fremstår dog ikke som helt klart, hvordan umiddelbar henholdsvis middelbar Drittwirkung afgrænses.

Sondringen er ligeledes opretholdt hos Peter Mortensen[722], der så vidt ses vil reservere begrebet »direkte virkning« til situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er det eneste retlige materiale, der ligger til grund for løsningen af en retlige tvist mellem private[723]. Hvor domstolene tillige fortolker nationalt materiale, foreligger indirekte virkning. I artiklen påpeges, at der med en sådan begrebsbestemmelse kun meget sjældent vil være behov for en sådan virkning. Denne måde at se sondringen på, er for så vidt tættere på den oprindelige tyske model, end den bestemmelse af sondringen, der er gennemgået ovenfor.

Generelt er problemet i forhold til disse forskellige måder at bestemme indholdet af henholdsvis den direkte og den indirekte Drittwirkung, at bestemmelsen af begrebet ikke tager højde for Den Europæiske Menneskerettighedskonventions pluralistiske særpræg[724]; det står i begrebsfastsættelsen ikke klart, hvilke organer/myndigheder de enkelte begreber refererer til, og ofte heller ikke, om der med et bestemt begreb refereres til organer/myndigheder på det nationale eller internationale niveau.

For at få hold på disse forskellige problemstillinger er det nødvendigt at behandle spørgsmålene fra forskellige vinkler. En væsentlig sondring går mellem spørgsmålets besvarelse, for så vidt angår det internationale niveau, henholdsvis det nationale niveau. Terminologien behandles endeligt i kapitel 13.

4. Konklusion

Det kan konkluderes, at der efter en periode med manglende interesse for spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, efterfulgt af en periode med afvisning

722. Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontraktsparter i dansk ret?«

723. I artiklen anføres således følgende: »Hvis grundrettighederne har direkte virkning, kan den part, hvis grundrettigheder krænkes, med direkte hjemmel i grundrettighederne (f.eks. EMRK) kræve, at medkontrahenten ophører med krænkelsen. Spørgsmålet om direkte virkning opstår derfor kun, hvis kontraktsparternes grundrettigheder ikke allerede er beskyttet af præceptiv national lovgivning«.

724. Se herom kapitel 4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 282 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

af, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skulle kunne anvendes mellem private, nu tegner sig et billede af, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i et eller andet omfang antages at kunne finde anvendelse mellem private.

Der er dog ikke enighed i den del af det danske juridiske fortolkningsfællesskab, der kan henføres til »teorien«, om, hvordan spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige relationer mellem private skal håndteres, ligesom der ikke er enighed om terminologien til beskrivelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Næste kapitel omhandler den anden del af det danske juridiske fortolkningsfællesskab, nemlig domstolene. Formålet er at undersøge, om der dér kan hentes bidrag til forståelsen og eventuelt en afklaring af problemet.

Endeligt samles de to spor i kapitel 12 og 13.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 283 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 11

Dansk domspraksis og forvaltningspraksis vedrørende Den Europæiske Menneskerettighedskonventions mulige anvendelse mellem private

1. Indledning – metodiske overvejelser

Emnet for denne del af fremstillingen er sager, hvor danske domstole eller forvaltningen har taget stilling til en retlig konflikt mellem to private, og hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været inddraget under sagen. Det undersøges, hvilken rolle Den Europæiske Menneskerettighedskonvention spiller for domstolenes og forvaltningens afgørelse af sådanne konflikter.

Undersøgelsen tager for så vidt angår domstolene udgangspunkt i den trykte praksis, der findes i Ugeskrift for Retsvæsen. Der er ikke gjort forsøg på at finde utrykte domme. Baggrunden herfor er, at det under hensyn til emnets kontroversielle karakter må forventes, at sager, der tager stilling til spørgsmålet, er trykt i ugeskriftet.

1.1. Straffesager

En gennemgang af den retspraksis, der findes trykt i Ugeskriftet for Retsvæsen, viser, at langt de fleste sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været inddraget, er straffesager. Langt de fleste af disse sager er rejst af anklagemyndigheden mod private. Her foreligger normalt ikke en retlig konflikt mellem to private. Umiddelbart bliver der dermed ikke tale om at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, og disse sager falder derfor udenfor det område, afhandlingen vedrører. Dette gælder også de relativt mange straffesager, hvor spørgsmålet er, om den dømte skal udvises efter reglerne i udlændingeloven.

Der findes imidlertid en del sager, hvor det er tydeligt, at domstolene har foretaget en afvejning af to private parters interesser; for eksempel straffesager, hvor domstolene skal foretage en afvejning mellem privat-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 284 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

livets fred og ytringsfriheden[725], og straffesager, hvor hensynet til tiltaltes menneskerettigheder afvejes overfor hensynet til en forurettets interesser[726]. Disse sager falder ikke indenfor afhandlingens emne, selvom de ligger tæt på. Man kan sige, at i disse sager foretages en abstrakt vurdering af den ene af de involveredes interesser – fordi den pågældende ikke er repræsenteret under sagen – mens der i sager, hvor der er private parter »på begge sider i konflikten«, foretages en konkret vurdering af de involveredes interesser. Hvor en domstol skal foretage en abstrakt afvejning i en straffesag, er der altid en række andre hensyn, der spiller ind – hensynet til dommens præventive virkning, hensynet til tiltaltes retssikkerhed – som ikke spiller en rolle i civile sager.

Der kan dog være to situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonventions inddragelse under en straffesag kan få betydning for løsningen af en retlig konflikt mellem private, nemlig i forbindelse med private straffesager og i forbindelse med adhæsionsprocessen[727]. Man kan selvfølgeligt spørge, om forurettede er part under en straffesag med hensyn til erstatningspørgsmålet, men forurettede har i hvert fald så mange partsbeføjelser, at det giver mening at tale om en proces mellem private.

De to situationer frembyder så mange særlige træk, at de behandles særskilt.

1.2. Civile sager

Som udgangspunkt er alle civile sager omfattet af den følgende fremstilling.

Der er dog nogle sager, som ikke er omfattet, idet ikke alle civile sager har private på begge sider i konflikten. Civile sager, hvor det offentlige/staten er part på den ene side, og hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention bliver inddraget, kan ikke anses for at

---

725. Se for eksempel UfR 1994, s. 988H, der omhandlede en journalists indtrængen i Svend Aukens have i anledning af en demonstration, der fandt sted der. Journalisten blev tiltalt for overtrædelse af straffelovens § 264, men blev frifundet. Højesteret foretog under sagen en afvejning af hensynet til på den ene side privatlivets fred, på den anden side hensynet til ytringsfrihed, jf. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10.
726. Se for eksempel en lidt speciel sag, gengivet i UfR 1998, s. 362Ø, hvor et polititilhold om ikke at indfinde sig ved Jehoves Vidner Rigssal ikke blev anset for ugyldigt – heller ikke efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 9. Tiltalte kunne derfor straffes for overtrædelse heraf.
727. Se retsplejelovens § 991ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 285 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

være omfattet af termen »anvendelse af konventionen mellem private«, og sager herom indgår derfor ikke i undersøgelsen.

Ikke desto mindre vil der også i den type af sager jævnligt være tale om en afvejning mellem private interesser, der ikke er særligt forskellig fra den afvejning, der foretages mellem private interesser i sager, hvor der er private på begge sider af konflikten. Dette skyldes, at det offentlige under en række sager varetager interesser af almen karakter, der også har betydning for konkrete individer. Da den ene involveredes interesser ikke er direkte repræsenteret under sådanne sager, vil denne parts interesser således alene indgå i afvejningen som en »abstrakt« interesse overfor den anden parts konkret fremførte interesser. Et eksempel kunne være

> *UfR 2001, s. 910V:* A, der var medlem af Hells Angels, blev dræbt, og hans mor opstillede en gravsten, hvor kun hans navn, fødselsdato og dødsdato fremgik. Efterfølgende blev der af A's søster med hjælp fra medlemmer af Hells Angels opstillet en gravsten med blandt andet Hells Angels logo med et dødningehovede med vinger samt ordene »Hells Angels«. Menighedsrådet fandt stenen skæmmende for kirkegården og ønskede den fjernet. Moderen anlagde sag mod Menighedsrådet med påstand om, at Menighedsrådet tilpligtedes at anerkende, at gravstenen skulle forblive på gravstedet. Hun påberåbte sig blandt andet, at det var i strid med hendes rettigheder efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 og 9 at kræve stenen fjernet. Byretten fandt ikke, at afgørelsen om fjernelse af stenen var så indgribende, at der forelå en krænkelse af art. 8, stk. 1. Da afgørelsen endvidere ikke krænkede moderens ret til fri religionsudøvelse, var afgørelsen heller ikke en krænkelse af hendes ret efter art. 9. Landsretten tiltrådte, at afgørelsen ikke var i strid med art. 8 eller 9.

Som det fremgår, foretoges der her en afvejning af på den ene side moderens interesse i at kunne udtrykke det, hun ønskede med gravstenen, og på den anden side den »abstrakte« interesse, andre af sognets beboere måtte have i ikke at blive konfronteret med ordene »Hells Angels« og dødningehovedet, når de færdedes på kirkegården.

En sådan afgræsning af undersøgelsen gør, at det til tider bliver lidt tilfældigt, hvilke sager, der inddrages i undersøgelsen, og hvilke ikke.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 286 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Man kan forestille sig, at en sag for eksempel er anlagt af en privat mod en offentlig myndighed i anledning af dennes skøn i en sag mellem den private borger og en anden privat. En sådan sag falder udenfor afhandlingens emne. Hvis så den private »modpart« indtræder i sagen til støtte for den offentlige myndighed, falder sagen med ét ind under emnet[728].

Da emnet for undersøgelsen netop er, i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes i konflikter mellem private, og da formålet med dette afsnit er at belyse den danske retspraksis herom, refereres primært domme fra kerneområdet. Da imidlertid andre domme kan have i hvert fald vejledende betydning, refereres også enkelte andre domme end de, der hører til kerneområdet.

Man kan dog spørge, hvorvidt det alene er sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er påberåbt mellem private, der er de interessante.

Det kan nemlig anføres, at i virkeligheden burde en undersøgelse af, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes i civile sager mellem private, i hvert fald ikke kun omfatte de sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er inddraget, men også – og måske især – de sager, hvor konventionen ikke er inddraget, men kunne have været inddraget. For at få et fyldestgørende billede af, hvorvidt det danske juridiske fortolkningsfællesskab er af den opfattelse, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, måtte man også undersøge de sager, hvor konventionen ikke er inddraget. Ved kun at undersøge de sager, hvor konventionen er inddraget, kan man få et skævt billede af opfattelsen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

Imidlertid er det praktisk umuligt at undersøge, hvilke sager konventionen kunne have været inddraget i. Dels vil de sager, hvor det kunne være sket, ikke altid referere til de omstændigheder, der gjorde, at konventionen kunne have været påberåbt, fordi den netop ikke blev påberåbt, dels vil det være vanskeligt at finde frem til, hvorfor konventionen ikke blev inddraget i disse sager. Sager mellem private vil jo

---

728. Se for eksempel UfR 1997, s. 668Ø, hvor en 15årig pige, der havde været tvangsanbragt uden for hjemmet i ca. 1 ½ år påstod Den Sociale Ankestyrelses afgørelse om, at hun ikke længere skulle være anbragt uden for hjemmet, ophævet. Pigen påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 og 8. Sagen var anlagt mod Den Sociale Ankestyrelse, men forældrene var indtrådt i sagen til støtte for Ankestyrelsen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 287 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

som oftest være anlagt som civile sager, hvor forhandlingsmaksimen gælder. Parterne råder dermed selv over, hvilke anbringender de ønsker at gøre gældende. Dermed kan det ikke nødvendigvis eftervises, om eller hvorfor et bestemt anbringede ikke blev inddraget.

I den forbindelse er det interessant, at under den såkaldte »blødersag«, der var anlagt både mod staten ved Sundhedsministeriet og mod en privat virksomhed, Novo Nordisk, påberåbte de erstatningssøgende sig ifølge referatet i Ugeskift for Retsvæsen Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men kun overfor staten[729]. Det kan der ikke udledes manifeste konklusioner af, men under sagen var man altså opmærksom på, at bestemmelser i konventionen kunne være af betydning. Om de ikke blev påberåbt overfor Novo Nordisk, fordi man ikke skønnede, at konventionen kunne anvendes i relationen mellem de erstatningssøgende og den private virksomhed, eller om man ikke fandt, at bestemmelserne materielt omfattede det konkrete sagsforhold, lader sig næppe eftervise i dag.

De refererede domme er dermed ikke udtryk for en udtømmende gennemgang af alle situationer, hvor menneskeretlige forestillinger har spillet en rolle. Der kan sagtens være situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været overvejet, blot uden at der er blevet refereret til den. I en del domme, hvor menneskerettighederne ikke eksplicit har været fremme, kan forestillinger om menneskerettigheder godt have spillet en rolle som »bagvedliggende« motivation. Dette gælder så meget desto mere, som det er en almindelig fortolkningsteknik i forbindelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, at danske domstole foretager en kontrol af, om det resultat, der på basis af andet retskildemateriale må antages at skulle være afgørelsen af sagen, må antages at stride mod konventionen. Hvis dette ikke er tilfældet, er det måske ikke naturligt overhovedet at nævne konventionen.

Et eksempel herpå kunne være

729. UfR 1996, s. 1554H. Sagen, der vedrørte anvendelsen af HIV-inficeret blod i medicin til blødere, var anlagt både mod Sundhedsministeriet og mod Novo Nordisk. Overfor Sundhedsministeriet gjorde bløderforeningen gældende, at myndighederne ved varetagelsen af blandt andet økonomiske interesser havde handlet usagligt i forhold til de sundhedsmæssige interesser, de skulle varetage, hvorved de havde overtrådt art. 2 og art. 8. Disse bestemmelser blev ikke gjort gældende overfor Novo Nordisk. Bestemmelserne ses ikke at have spillet nogen rolle for afgørelsen af sagen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 288 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> *UfR 2001, s. 2518H:* Forældremyndighedssag; mor var medlem af Jehovas Vidner, og far ønskede forældremyndigheden under henvisning til, at barnet havde problemer på grund af de møder m.v. hos Jehovas Vidner, som mor tog barnet med til. Det spillede klart en rolle for argumentationen også i præmisserne, at mor var medlem af Jehovas Vidner. Højesterets flertal på tre anførte, at der ikke skulle lægges vægt på, at mor var medlem af Jehovas Vidner, men på, hvordan forældrene kunne forventes at håndtere de problemer, der ville opstå, fordi forældrene havde hver sin tro. Mor fik forældremyndigheden.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention nævnes ikke i sagen eller i præmisserne, men art. 8 og art. 14 har været inddraget i det retlige materiale for Højesteret – i hvert fald henvises der i noten til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer ad disse bestemmelser. Som det fremgår heraf, kan det være vanskeligt eller umuligt at udpege bestemt retligt materiale som afgørende for domstolenes afgørelser. Ofte vil Den Europæiske Menneskerettighedskonvention være en del af det retlige materiale, men med hvilken vægt (om nogen) den har indgået, kan ikke eftervises.

Trods disse overvejelser finder jeg det forsvarligt alene at undersøge den del af sagerne, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er inddraget, blot det erindres, at undersøgelsen ikke giver et fuldt fyldestgørende billede.

2. Domspraksis om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret

2.1. Civile sager

I de civile sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været inddraget, er det påfaldende, at de stort set ikke indeholder teoretiske overvejelser om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan finde anvendelse i den pågældende sag – i hvert fald kommer sådanne overvejelser ikke til udtryk i det trykte referat. Der er i det danske juridiske fortolkningsfællesskab ikke tradition for teoretiske overvejelser af mere principiel eller overordnet karakter i domme. Det essentielle for domstolene er, at den konkrete sag løses.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 289 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Videre kan man generelt sige, at der ikke er mange civile domme mellem private, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention påberåbes, og at det virker lidt tilfældigt, hvilke problemer der har været behandlet.

Civile sager, trykt i Ugeskrift for Retsvæsen, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er påberåbt, ses i relation til art. 3, art. 6, art. 8, art. 10, art. 11 og art. 1 i tillægsprotokol 1.

2.1.1. Sager vedrørende art. 6

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 6 beskytter retten til en retfærdig rettergang.

Bestemmelsen finder efter sin ordlyd anvendelse på sager, der udgør en »strid om (en borgers) borgerlige rettigheder eller forpligtelser«. Kravet om retfærdig rettergang gælder også i civile sager[730]. Det er således ikke forbavsende, at art. 6 kan påberåbes mellem private.

2.1.1.1. Sager om adgang til domstolene

Art. 6 kan efter Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis også anvendes i sager, hvor der ikke er spørgsmål om retfærdig rettergang i en verserende sag, men derimod om overhovedet at opnå adgang til at føre sag[731]. Man kan måske tale om en »processikrende effekt« af artiklen. Denne effekt kan dog også ses ved en anden bestemmelse i konventionen, nemlig art. 8, jf. nedenfor.

Denne processikrende effekt gælder også i sager mellem private.

> *UfR 1994, s. 953H:* Lønmodtager, der var blevet bortvist, ønskede at anlægge sag om uberettiget afskedigelse. Han var omfattet af overenskomst med en klausul, hvorefter lønmodtagerens faglige organisation kunne anlægge voldgiftssag i tilfælde af afskedigelser. Den faglige organisation afviste at anlægge sag. Lønmodtageren anlagde sag ved de almindelige domstole mod arbejdsgiveren, der påstod afvisning under henvisning til ovennævnte voldgiftsklausul.

730. Se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: «Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 139f.
731. Se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 142.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 290 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> Efter den dagældende arbejdsretslov[732] § 11, stk. 2, kunne en lønmodtager anlægge sag ved de almindelige domstole, medmindre hans faglige organisation under en sag, der var anlagt ved Arbejdsretten, havde frafaldet retten hertil på hans vegne. For Højesteret gjorde lønmodtageren blandt andet gældende, at art. 6 var krænket, hvis han ikke kunne anlægge sag. Heri fik han medhold: Højesteret anførte, at bestemmelsen i arbejdsretslovens § 11, stk. 2, sammenholdt med art. 6, måtte fortolkes således, at lønmodtageren ikke var afskåret fra at anlægge sag[733].

Denne dom viser vanskeligheden ved at sondre mellem »indirekte og direkte Drittwirkung«; art. 6 giver et fortolkningsbidrag til fortolkningen af arbejdsretslovens § 11, stk. 2. Hvis direkte Drittwirkung defineres som det forhold, at den enkelte borger »kan påberåbe sig konventionen i en konflikt for domstolene mod en anden borger«, da er der tale om direkte Drittwirkung. Hvis direkte Drittwirkung derimod defineres som det forhold, at konventionen pålægger en borger pligter, er der næppe tale om direkte Drittwirkung, men muligt tale om indirekte Drittwirkung, i den forstand at Højesteret føler sig forpligtet til at fortolke reglen i arbejdsretsloven i overensstemmelse med konventionen.

Se også sagen

> *UfR 1998, s. 141Ø:* Tvist indbragt for de almindelige domstole, selvom arbejdsretten havde truffet afgørelse; Restaurations- og bryggeriarbejderforbundet havde anlagt sag ved arbejdsretten mod et aktieselskab, der for arbejdsretten påstod sagen afvist blandt andet under henvisning til, at lov om arbejdsretten efter selskabets opfattelse var i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6. Aktieselskabet anlagde nu sag ved de almindelige domstole med påstand om, at disse kunne prøve spørgsmålet. To

732. Lov nr. 317 af 13. juni 1973 om arbejdsretten.

733. Se også UfR 1996, s. 601Ø, hvor et medlem i en lignede sag påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6. Bestemmelsen ses ikke at have spillet nogen rolle ved landsretten, hvor sagen blev afgjort ud fra konkret fortolkning. Se endvidere UfR 2002, s. 2060, hvor Højesteret i en sag om et lønkrav udtalte, at arbejdsretslovens § 11, stk. 2 skulle fortolkes »i lyset af« art. 6. Dommen er analyseret af Jens Kristiansen: »Lønfastsættelse ved domstolene?«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 291 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> dommere ved Østre Landsret fandt, at sagen kunne indbringes for de almindelige domstole. Disse dommere henviste til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention uden at specificere, hvilken artikel. Da sagen hele tiden havde været kørt under henvisning til art. 6, kan det vel lægges til grund, at det er den, dommerne refererede til[734].

Art. 6 var også påberåbt i sagen

> *UfR 2001, s. 497Ø:* A anlagde sag mod B om betaling af 6.000 dollars. B's advokat søgte fri proces. Overpræsidiets meddelte, at sagsbehandlingstiden ville være op til 12 uger. B søgte udsættelse af sagen på Overpræsidiets afgørelse om, hvorvidt fri proces kunne meddeles, hvilket modparten protesterede mod. Byretten nægtede udsættelse. B's advokat påberåbte sig ved kæren til Østre Landsret blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 og anførte, at B, der var førtidspensionist, ikke uden at lide væsentligt afsavn kunne betale de udgifter, der forbundet med at lade en advokat føre sagen. Landsretten udsatte sagen. Det ses ikke, hvilken rolle art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention spillede for landsretten – bestemmelsen nævnes ikke i præmisserne.

Anbringendet, der gjordes gældende under sagen – at den part, der søgte fri proces, ikke uden væsentlige afsavn ville kunne lade en advokat føre sagen – kan ses i sammenhæng med sagen Airey mod Irland[735], hvor fru Airey ikke havde penge til at betale en advokat til at føre hendes separationssag, og hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol fastslog, at en stat har positive pligter til at sikre »an effective right of acces to the courts«. Imidlertid kan det ikke eftervises, om bestemmelsen overhovedet har været inddraget i det retlige materiale, som landsretten har lagt til grund, eller om resultatet blev nået alene på bagrund af danske regler.

At konventionen »påberåbes i en strid mellem private« behøver ikke

---

734. Se også sagen UfR 2002, s. 18H, der dog ikke var anlagt mellem private parter, og hvor den ansatte ikke risikerede retstab, idet sagen stadigt kunne anlægges ved voldgift.
735. A 32, Airey mod Irland, dom afsagt den 9. oktober 1979.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 292 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

betyde, at fortolkningen af den påberåbte bestemmelse fører til, at den pågældende får medhold:

> *UfR 1997, s. 827H:* Et kæreskrift kom frem efter kærefristens udløb, og Civilretsdirektoratet meddelte oprejsningsbevilling til kære efter fristens udløb, fordi kærende kunne bevise, at der på det relevante postkontor havde været forsinkelser på tidspunktet for fremsendelsen af kæreskriftet. Indstævnte anlagde sag mod kærende med påstand blandt andet om, at meddelelse af oprejsningsbevilling skulle være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6. Højesteret anførte, at det af indstævnte anførte ikke kunne føre til, at oprejsningsbevillingen skulle være ugyldig.

2.1.1.2. De almindelige retssikkerhedsregler

Det er et krav efter art. 6, at den ret, der træffet afgørelse i en sag, skal være »uafhængig og upartisk«. Dette krav gælder – ikke overraskende – også i civile sager.

> *UfR 1995, s. 379Ø:* Boligretsdom ophævet på grund af inhabilitet blandt andet under henvisning til art. 6. Landsretten anførte, at retsplejelovens § 61 måtte fortolkes i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 »og den i tilknytning hertil foreliggende retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol«.

Et andet af kravene i art. 6 er kravet om, at sagsbehandlingen ved domstolene skal ske »inden en rimelig frist«. Dette er et krav, der har givet anledning til en del sager ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, og er vel et af de områder, hvor Danmark kan siges at have et problem i relation til overholdelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. I en række straffesager har domstolene fundet, at kravet ikke har været overholdt, men der er også civile sager, hvor kravet ikke har været iagttaget.

> *UfR 1996, s. 723Ø:* En faldskærmsklub havde anlagt sag mod et aktieselskab, og sagen havde verseret i næsten 3 år på syn og skøn m.v., hvorefter retten sluttede forberedelsen. Sagsøgeren anmo-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 293 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

dede herefter om, at sagens forberedelse måtte blive genoptaget. Retten anførte, at hvis forberedelsen blev genoptaget, ville der gå en ikke ubetydelig tid, så blandt andet under henvisning til art. 6 afvistes det at genoptage forberedelsen. Østre Landsret stadfæstede afgørelsen i henhold til grundene.

Kravet om en rimelig sagsbehandlingstid skal påses af retten ex officio:

UfR 1999, s. 495Ø: En arving klagede til skifteretten over, at sagsbehandlingstiden i et offentligt skiftet bo havde været for lang. Skifteretten fandt ikke at have kompetence til at pådømme dettte forhold. Landsretten udtalte, at »Det påhviler enhver ret på embeds vegne at påse, at bestemmelserne i menneskerettighedskonventionen, herunder dennes artikel 6, ikke krænkes i forbindelse med rettens sagsbehandling«. Skifteretten skulle derfor foretage bedømmelse af spørgsmål om, hvorvidt sagsbehandlingstiden krænkede Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, og sagen blev hjemvist.

Efter formuleringen af dommens præmisser er det alle bestemmelser i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som retten skal påse ex officio. Til gengæld er præmisserne omhyggeligt formuleret således, at det netop er »i forbindelse med rettens sagsbehandling«, retten har disse pligter. Dommen tager dermed ikke stilling til rettens ansvar for andre forhold, der kan tilskrives private. Sagsbehandlingstiden hos skifterettens medhjælper er næppe omfattet af dommen. Det må dog antages, at retten også bliver ansvarlig herfor, hvis den ikke griber ind overfor en for lang sagsbehandlingstid hos andre end retten.

Endeligt kan principper fra strafferetsplejen »smitte af« på civile sager. Den beskyttelse, som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 indeholder mod selvinkriminering, har således haft betydning i forholdet mellem private kreditorer og debitorer, jf. sagen

UfR 2000, s. 1201H: Anpartselskab gik konkurs. Politiet havde før konkursen rejst sigtelse mod et bestyrelsesmedlem for anpartsselskabet i forbindelse med nogle transaktioner i nogle andre anpartsselskaber, der havde tilknytning til det selskab, der var gået konkurs. Under skifterettens behandling af konkurssagen begærede

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 294 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

kurator i det selskab, der var gået konkurs, bestyrelsesmedlemmet afhørt som vidne. Bestyrelsesmedlemmet ønskede ikke at afgive forklaring. Højesteret anførte som udgangspunkt, at den pågældende havde pligt til at afgive vidneforklaring. Da der var en sådan sammenhæng mellem de rejste sigtelser og de spørgsmål, som afhøringen måtte antages at ville komme til at omhandle, fandt Højesteret, at den pågældende under henvisning til forbuddet mod selvinkriminering burde være fritaget for at afgive vidneforklaring. Højesteret henviste til retsplejelovens § 752, stk. 1, og § 754, stk. 1, og art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Man kan ikke i præmisserne se, hvad der har været det bærende i Højesterets opfattelse. Det er således vanskeligt at vide, om Højesteret ville være nået til samme resultat alene på baggrund af retsplejelovens regler.

Herudover har art. 6 været påberåbt i dommen, gengivet i UfR 1999, s. 2102Ø. Dommen er behandlet nedenfor.

De ovennævnte sager er karakteriseret ved, at art. 6 anvendes i forholdet mellem private uden særlige teoretiske overvejelser om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private. I de situationer, hvor påberåbelsen af art. 6 ikke tages til følge, sker det efter en prøvelse af, hvorvidt bestemmelsen kan medføre det påståede resultat. Såfremt domstolene i de anførte sager var af den opfattelse, at bestemmelsen ikke kunne anvendes, fordi Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke fandt anvendelse mellem private, ville det have været naturligt at anføre dette som en »allerede-fordi-begrundelse«. Dette ses kun sket i en enkelt sag, gengivet i UfR 1999, s. 2102Ø, der behandles nedenfor.

2.1.2. Sager vedrørende art. 8

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 beskytter retten til respekt for den enkeltes privatliv og familieliv, hjem og korrespondance.

2.1.2.1. Familieretlige sager

Art. 8 kan være processikrende på samme måde som art. 6:

UfR 1995, s. 249V: Italiensk mand blev af dansk kvinde udpeget

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 295 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

som far til et barn, hun havde født. Under et retsmøde erklærede manden sig villig til at anerkende faderskabet, men stillede nogle betingelser, der gjorde, at sagen måtte udsættes. Manden udrejste herefter til Italien. Kvinden mødte en mand, som indgav begæring om adoption af barnet. Statsamtet gav tilladelse hertil og meddelte retten, at barnet nu var bortadopteret, hvorefter retten hævede faderskabssagen. ½ år senere anmodede den italienske mand dels om samvær med barnet, dels om at blive noteret hos de offentlige myndigheder som far til barnet. Han meddeltes afslag på at blive noteret som far til barnet og anlagde sag mod moderen med påstand om faderskabssagens genoptagelse. Landsretten lagde til grund, at byrettens afgørelse om at hæve faderskabssagen, når bortadoption var sket, var i overensstemmelse med dansk retspraksis, men fandt det tvivlsomt, om denne praksis var forenlig med principperne i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8. Herefter fandt landsretten, at der forelå sådanne særlige omstændigheder, at faderskabssagen kunne genoptages.

Det er interessant, at landsretten anvender Den Europæiske Menneskerettighedskonvention til at tilsidesætte retspraksis. Et af de argumenter, der netop anføres mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, er, at private må kunne rette sig efter dansk ret, og at det medfører usikkerhed om retsreglernes indhold, hvis konventionen kan føre til andre resultater, end hvad der må antages at følge af dansk ret.

Også i sager om forældremyndighed kan art. 8 finde anvendelse mellem private:

UfR 1999, s. 321Ø: Afgørelse af forældremyndighedsstrid. En mor, der havde haft forældremyndigheden over datter på nu 12 år, døde, og faderen, der havde bopæl i Kuwait, ønskede nu forældremyndigheden. Statsamtet havde tillagt moderens søster og dennes mand forældremyndigheden. Faderen anlagde sag mod moderens søster og dennes mand og påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8. Datteren udtalte under sagen, at hun ønskede at blive hos moderens slægtninge. Landsretten udtalte, at hensynet til, hvad der var bedst for datteren, jf. § 14, stk. 2, 2. pkt. i lov om forældremyndighed og samvær, og hensynet til at beskytte

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 296 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> hendes rettigheder, jf. art. 8, stk. 2, talte imod at tillægge faderen forældremyndigheden[736].

Man kan ikke i begrundelsen se, hvilken vægt landsretten har tillagt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8. Det interessante i sagen er, at landsretten formentligt kunne have nået samme resultat uden at henvise til art. 8.

En særpræget sag findes i

> *UfR 2001, s. 464V:* Værge beskikket for senildement besluttede at forbyde den senildementes døtre at besøge den senildemente, idet besøgene fra døtrene ophidsede den senildemente og vanskeliggjorde plejehjemmets behandling af ham. Døtrene anlagde sag mod værgen og nedlagde påstand om, at værgen tilpligtedes at ophæve forbuddet mod besøg. De påberåbte sig blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8. Byretten fandt, at forbuddet ikke indebar nogen tilsidesættelse af respekten for den senildementes privatliv og familieliv, idet forbuddet måtte anses for at være i hans interesse. Byretten anførte herefter om art. 8 følgende: »Bestemmelsen findes ikke at kunne påberåbes af (døtrene) med henblik på at opnå samvær med deres far, når dette ikke samtidigt er til hans bedste«. Vestre Landsret stadfæstede dette under henvisning til byrettens grunde. Forbuddet blev således ikke ophævet, hverken af byret eller landsret.

Henvisningen til, hvorvidt det er til faderens bedste, at døtrene ikke besøger ham, må vel være en efterprøvelse af, hvorvidt et indgreb kan legitimeres efter art. 8, stk. 2, hvorefter indgreb i retten til familieliv kan være legitimeret blandt andet for at beskytte andres rettigheder og friheder. Afgørelsen er noget ude af trit med, hvordan Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ville begrunde menneskerettighedsafgørelser; der tages ikke stilling til, om der er et indgreb. Det er vel et indgreb i døtrenes ret efter art. 8, at de ikke må besøge deres far. At indgrebet så kan legitimeres efter stk. 2 er noget andet – efter beskrivelsen i sagen er der ingen tvivl om, at det ville være nødvendigt at

736. Se også UfR 2001, s. 2518H, hvor art. 8 formentligt har spillet en rolle for Højesteret.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 297 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

begrænse eller hindre deres adgang til faderen. Dommen kan også ses som en »allerede-fordi-afgørelse«; allerede fordi et eventuelt indgreb ville være legitimeret efter stk. 2, finder art. 8 ikke anvendelse. Uanset hvorledes dommen læses, er der tale om, at domstolene realitetsbehandler anbringendet vedrørende konventionens art. 8.

2.1.2.2. Sager om tvangsfjernelse af børn

Da art. 8 beskytter blandt andet retten til familieliv, har den været anvendt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i en række sager om tvangsfjernelser[737].

Efter lov om social service § 123, stk. 2, kan en ung, der er fyldt 15 år, klage over en afgørelse om tvangsfjernelse, som er truffet af børne- og ungeudvalget, til Den Sociale Ankestyrelse. Den Sociale Ankestyrelses afgørelse kan indbringes for landsretten. Efter lovens § 125, stk. 3, er både forældremyndighedsindehaveren og den unge, der er fyldt 15 år, parter i sagen for landsretten.

Også i dansk ret har der nu været lejlighed til at tage stilling til art. 8 i relation til tvangsfjernelser:

> *UfR 1997, s. 668Ø:* 15årig pige havde været tvangsanbragt uden for hjemmet i ca. 1 ½ år. Den Sociale Ankestyrelse traf herefter afgørelse om, at hun ikke længere skulle være anbragt uden for hjemmet. Hun anlagde da sag mod Ankestyrelsen med påstand om, at styrelsens afgørelse skulle ophæves. Hendes forældre indtrådte i sagen til støtte for Den Sociale Ankestyrelse. Pigen påberåbte sig blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 og 8. Ankestyrelsen påstod afvisning under henvisning til, at prøvelse kun skulle ske, når der var foretaget et indgreb i de rettigheder, der er beskyttet blandt andet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og ikke, når der er sket ophævelse af et sådant indgreb. Landsretten afviste at realitetsbehandle sagen, fordi

737. Den danske diskussion har – da familielivet ikke er beskyttet i grundloven – mest gået på, om tvangsfjernelser var omfattede af beskyttelsen mod frihedsberøvelse, se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, 1997, s. 226f. I relation til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har der derimod mest været tale om sager efter art. 8.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 298 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

kun tvangsindgreb er omfattet af beskyttelsen, og der var ikke et tvangsindgreb i denne sag.

Landsretten anvendte dermed ikke Den Europæiske Menneskerettighedskonvention til løsning af en retlig konflikt mellem pigen og hendes forældre, men landsretten foretog en materiel prøvelse af, hvorvidt bestemmelsen fandt anvendelse.

2.1.3. Sager vedrørende art. 10

Art. 10 i konventionen beskytter ytringsfriheden og retten til at modtage information.

At der kan være en konflikt mellem på den ene side ytringsfriheden og på den anden side private (erhvervs-)interesser har været kendt i dansk ret længe[738]. Det danske juridiske fortolkningsfællesskab har blot ikke inddraget Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 i diskussionen af løsningen af konflikten før for nyligt[739], formentligt fordi holdningen i lang tid var, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kunne påberåbes direkte for domstolene.

Konkret i dansk ret er Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 anvendt mellem private dels i private straffesager, dels i en række formueretlige forhold.

2.1.3.1. Anvendelse i lejeforhold

Art. 10 beskytter blandt andet »retten til at modtage … oplysninger … uden indblanding fra offentlige myndigheder …«. Dette har ført til anvendelse af bestemmelsen i lejeforhold.

UfR 1997, s. 490V: Lejer, der var af tyrkisk oprindelse, opsatte parabolantenne på lejet bolig med henblik på at kunne nedtage tyrkisk TV, idet dette ikke var tilgængeligt via det hybridnet, som

738. Se for eksempel »Witte-sagen«, UfR 1980, s. 1037H, der omhandlede slagteriers begæring om at få nedlagt fogedforbud mod en plakatkunstners offentliggørelse af en plakat, hvorefter »danske svin … strutter af penicillin«. Den første dom fra den tyske forfatningsdomstol vedrørende »Drittwirkung« vedrørte også dette forhold, nemlig den såkaldte »Lüth-dom«. Dommen behandles i kapitel 5 om tysk ret.

739. Se for eksempel Torben Jensen: »Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser«, der meget grundigt behandler konflikten i relation til grundlovens § 77. Artiklen behandler særligt ovennævnte dom UfR 1980, s. 1037H.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 299 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> den lejede bolig var tilsluttet. Udlejer, en andelsboligforening, meddelte lejeren påbud om at nedtage antennen, og da lejeren nægtede dette, opsagde foreningen lejeren. Foreningen påberåbte sig lejelovens § 29, stk. 2, samt ordensreglement for det lejede, hvoraf det fremgik, at antenner kun måtte opsættes efter tilladelse fra udlejer. Lejeren påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 om informationsfrihed. Byretten anførte, at »der intet grundlag er for at anse en fortolkning af lejelovens § 29, stk. 2 efter dens ordlyd for stridende mod art. 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention …«. Dette tiltrådte landsretten med en bemærkning om, at udlejer ikke havde modsat sig, at lejeren mod betaling af udgifterne hertil kunne få opsat et fælles parabolanlæg, hvorfra de kunne nedtage de ønskede programmer. »I hvert fald under de omstændigheder« tiltrådte landsretten byrettens bemærkning om, at fortolkningen af lejelovens § 29, stk. 2, ikke kunne anses som stridende mod art. 10 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Hverken byretten eller landsretten afviser anbringendet om anvendelse af art. 10 i striden mellem parterne, »allerede-fordi« der er tale om en konflikt mellem private. Tværtimod tager retterne materielt stilling til den konkrete anvendelighed af bestemmelsen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan dermed også finde anvendelse i rent dispositive sager.

I en anden sag med stort set samme faktiske omstændigheder fandt sagen en anden løsning:

> *UfR 1999, s. 656V:* Udlejer ønskede ikke at give tilladelse til opsætning af parabol. Lejer påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10. Udlejer gjorde specifikt gældende, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke gælder mellem private. Lejer gjorde gældende, at en fortolkning af lejelovens § 29, der gjorde det muligt at foretage indgreb i lejers rettigheder efter art. 10, ville være »indblanding fra offentlig myndigheds side«. Byrettens to dommere fandt, at det ikke var afgørende, at lejerne ikke kunne nedtage de programmer, de ønskede, og anførte, at lejeloven »fortolket således – ikke kan anses for en indblanding fra offentlig myndighed i (lejernes) frihed til at modtage

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 300 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> tv- og radioprogrammer og kan derfor ikke anses for at være i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10«. Lejerne havde derfor ikke ret til at opsætte parabolantennen. En dommer ville tillade opsætningen af parabol under henvisning til de lejeretlige regler og kom ikke ind på menneskerettighederne.
>
> For landsretten var der enighed mellem parterne om, at adgang til at opsætte parabolantenner skulle afgøres efter § 36 i lov om almene boliger. Efter en analyse af forarbejderne og formålet med denne bestemmelse fandt landsretten, at lejerne havde ret til at opsætte parabolantenne. Menneskerettighederne blev således ikke drøftet ved landsretten.

Det er interessant, at landsretten accepterer et sådant »afkald« på at gøre Den Europæiske Menneskerettighedskonvention gældende, specielt i lyset af, at individer normalt ikke kan give tilladelse til meneskerettighedskrænkelser[740]. Dette viser i hvert fald, at landsretten ikke af egen drift mente sig kaldet til at inddrage menneskerettighederne. Eller også er forholdet det, at da lejeren fik medhold i, at han havde ret til at opsætte antennen, fandt landsretten ikke anledning til også at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

De to domme skal sammenholdes med

> *UfR 1997, 1087V:* hvor en ejer af en ejerlejlighed ønskede at opsætte parabolantenne på sin altan med henblik på at kunne nedtage tyrkiske programmer. Ejerlejlighedsforeningens vedtægter forbød opsætning heraf. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention eller menneskerettighederne nævnes ikke i sagen, og der er truffet afgørelse alene i henhold til vedtægterne for ejerlejlighedsforeningen.

Man kan af disse domme dels se, hvor tilfældigt det er, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention bliver påberåbt eller ej under ret ens sager, dels udlede, at domstolene ikke i disse sager har anset det

740. Se således for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 44.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 301 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

som deres rolle selv at bringe spørgsmålet om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions eventuelle anvendelse ind i billedet.

2.1.3.2. Erstatning uden for kontrakt

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 er anvendt i en sag om et formueretligt forhold om, hvorvidt der skulle betales erstatning for citater fra en bog gengivet i en ugeblads-artikel:

> *UfR 1999, s. 1462Ø:* Spørgsmål om citatretten; Billedbladet citerede fra en bog om Kronprins Frederik i en artikel, der bestod af 90 % citat fra bogen. Forlaget, der havde udgivet bogen, krævede vederlag for brugen af citaterne. Billedbladet påstod blandt andet, at citaterne var berettigede efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10. Landsretten fandt, at det citerede gik ud over, hvad der kunne anses berettiget indenfor citatretten, og at anvendelsen af citaterne ikke var »hjemlet« i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10. Forlaget havde derfor krav på vederlag for benyttelsen af citaterne.

Hverken det forhold, at der var tale om en konflikt, der er undergivet rent privatretlig regulering, eller det forhold, at der var tale om en dispositiv sag, førte til, at art. 10 ikke kunne realitetsbehandles.

Udover i disse sager, har art. 10 været anvendt i private straffesager. Disse sager behandles nedenfor.

2.1.4. Sager vedrørende art. 11

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11 beskytter retten til at deltage i fredelige forsamlinger og til foreningsfrihed. I relation til den sidstnævnte rettighed, foreningsfriheden, har der i også dansk ret været sager, hvor art. 11 blev påberåbt under en konflikt mellem to private.

Den første sag for Højesteret, hvor spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private specifikt blev rubriceret som et »drittwirkungsproblem« var en sag om art. 11[741]:

741. Det er på sin vis tankevækkende, at spørgsmålet kommer op i tilknytning til en arbejdsretlig strid. Den første dom, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol antog, at

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 302 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

UfR 1999, s. 1316H: Novodan-sagen. Lønmodtager, der ikke var medlem af SID, var ansat i en virksomhed, der indgik eksklusivaftale med SID, for så vidt angår nyansatte medlemmer. Han indmeldte sig derefter i SID, men blev senere slettet på grund af restance med kontigentet. Derefter blev han afskediget. Han anlagde sag mod den private arbejdsgiver med påstand om godtgørelse for uberettiget afskedigelse, idet han påberåbte sig, at afskedigelsen var i strid med foreningsfrihedsloven. Han påberåbte sig under sagen Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11 og den praksis, der knytter sig dertil, herunder Sigurjonssondommen[742] og Gustavsson-dommen[743]. Arbejdsgiveren påberåbte sig, at han havde overholdt dansk lov, og at det ville føre til krænkelser af borgernes retssikkerhed, hvis der under henvisning til svært tilgængelige afgørelser fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kunne gøres økonomiske krav gældende overfor private borgere. Det anførtes, at en sådan Drittwirkung ville være i strid med forudsætningerne for en dansk inkorporering, og der refereredes til betænkning 1220/1991, hvorefter det er staten og ikke de private parter, der er ansvarlige for opfyldelsen af konventionskomplekset. Vestre Landsret lagde til grund, at afskedigelsen var lovlig i medfør af foreningsfrihedsloven og drøftede derefter, om den danske lov var i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11. Retten fandt, at dele af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (især Sigurjonssondommen) rejste begrundet tvivl om, hvorvidt foreningsfrihedslovens undtagelser var i overensstemmelse med den forståelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der var kommet til udtryk i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Landsretten anførte herefter følgende: »Selvom loven og dermed afskedigelsen måtte være i strid med konventionens art. 11, finder landretten det tvivlsomt, om sagsøgeren (lønmodtageren,

---

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes mellem private, var også en sag om afskedigelse på grund af nægtelse af at være medlem af en bestemt fagforening, A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981. Da man i Tyskland begyndte at drøfte de tyske grundrettigheders anvendelse mellem private, jf. kap. 5, skete dette også inden for arbejdsretten.

742. Sigurjónsson mod Island, dom afsagt den 30. juni 1993.

743. Gustafsson mod Sverige, dom afsagt den 25. april 1996.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 303 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> MN), hvis krav udspringer af en efter dansk ret lovligt meddelt afskedigelse fra en privat arbejdsgiver i forhold til sagsøgte (arbejdsgiveren, MN) kan påberåbe sig Menneskerettighedskonventionen, som grundlæggende kun binder de kontraherende stater (såkaldt direkte Drittwirkung)«. Landsretten fandt det ikke nødvendigt at tage stilling hertil for at kunne afgøre sagen. Under henvisning til de vidtrækkende konsekvenser en underkendelse af mulighederne for at indgå eksklusivaftaler ville have for det danske arbejdsmarked, fandt landsretten, at det i givet fald burde overlades til lovgivningsmagten at tage stilling til, om Menneskerettighedsdomstolens nyere praksis burde give anledning til ændring af foreningsfrihedsloven. »Derfor« tog man arbejdsgiverens frifindelsespåstand til følge. Højesteret fortolkede dommene British Rail[744], Sigurjonsson-dommen samt Gustafsson-dommen, og fandt, at der ikke i den foreliggende situation var grundlag for at indlægge en anden vurdering af ekslusivaftalers lovlighed end den, der fulgte af British Rail-dommen. Højesteret anvendte derefter kun den danske foreningsfrihedslov og fandt efter fortolkning af denne, at afskedigelsen af lønmodtageren var i strid med loven, hvorfor han tilkendtes godtgørelse.

Det er interessant, at landsretten anfører, at konventionen »grundlæggende kun binder de kontraherende stater«. Ordene må læses som en henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedskonventions folkeretlige ophav og konventionens art. 1. Dommen er afsagt på et tidspunkt, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention havde været inkorporeret ved lov i næsten 7 år. Landsretten fandt det tvivlsomt, om konventionen kunne anvendes mellem de to private parter i denne situation, hvor der efter landsrettens opfattelse bestod en modstrid mellem en dansk lov og den retsstilling, der fulgte af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11. Det kan muligt heraf udledes, at hvis det er klart, at der er modstrid mellem en dansk lov og retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, vil danske domstole udvise tilbageholdenhed i anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

---

744. A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 304 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Dommen tager ikke endeligt stilling til spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, al den stund Højesteret antog, at foreningsfrihedsloven er i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Højesteret anerkendte dog forudsætningvist, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne have betydning for retsstillingen mellem de to private i konflikten; hvis ikke konventionen kunne have betydning, ville det have været unødvendigt at undersøge praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol så grundigt. Heller ikke det forhold, at der var tale om en dispositiv sag, førte til, at Højesteret undlod at realitetesbehandle anbringendet om art. 11.

Interessant er det også, at ordet »Drittwirkung« nu er nået frem til domstolene. Landsretten lægger sig i præmisserne – ved at bruge henvisningen til direkte Drittwirkung og ved at overlade det til lovgivningsmagten at tage stilling til en eventuel modstrid mellem dansk ret og konventionen – op ad den begrebsfastsættelse, hvorefter opfyldelsen af konventionen er et anliggende for regering og Folketing, men ikke for domstolene.

Der blev kort tid efter afsagt yderligere en dom vedrørende art. 11 og samme problemkreds som Novodan-dommen[745]:

> *UfR 1999, s. 1496H:* FDB-sagen. Lønmodtager blev ved ansættelsen gjort bekendt med, at der var krav om medlemskab af SID. Han blev ansat, men da han nægtede at melde sig ind, blev han afskediget. Han anlagde sag mod arbejdsgiveren, FDB, med påstand om erstatning for uberettiget afskedigelse. Han gjorde gældende, at selvom kravet om medlemsskab var i overensstemmelse med foreningsfrihedslovens § 2, stk. 2, var denne bestemmelse i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11, der måtte være »direkte anvendelig i et retsforhold mellem en privat arbejdstager og en privat arbejdsgiver«. Arbejdsgiveren anførte, at den praksis, der knytter sig til konventionen, ikke medførte, at foreningsfrihedsloven var i strid konventionens art. 11, og at konventionen »grundlæggende kun (binder) de kontraherende stater

745. Se endvidere UfR 2000, s. 1728H, hvor Højesteret fortsat ikke fandt, at der i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11 kan indlægges et forbud mod eksklusivaftaler.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 305 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> (såkaldt direkte Drittwirkung)«. Vestre Landsret anførte, at det ikke med fornøden sikkerhed kunne fastslås, at foreningsfrihedsloven var i strid med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 11, hvorfor man frifandt arbejdsgiveren. Højesteret gentog sin formulering fra Novodan-dommen og anførte, at der ikke i den foreliggende situation var grundlag for at indlægge en anden vurdering af eksklusivaftalers lovlighed end den, der fulgte af British Rail-dommen. Højesteret anvendte derefter kun den danske foreningsfrihedslov og fandt, at der havde været hjemmel til at afskedige lønmodtageren. Frifindelsen af arbejdsgiveren stadfæstedes derfor. Højesteret tog således ikke stilling til drittwirkungsspørgsmålet.

Ingen af de to domme tager udtrykkeligt stilling til, hvorvidt anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private er anerkendt i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. Men såfremt Højesteret havde fundet, at det var indlysende, at konventiones art. 11 ikke kunne finde anvendelse mellem private, ville det have været naturligt at afvise anvendelsen i stedet for at gå ind i en fortolkning af det materielle i bestemmelsen.

2.1.5. Sager vedrørende art. 1 i tillægsprotokol 1

Art. 1 i tillægsprotokol 1 beskytter ejendomsretten. Også denne bestemmelse har givet anledning til at drøfte, om den kan anvendes mellem private:

> *UfR 1999, s. 1621SH:* Under en patentstrid mellem en privat og Patentankenævnet, hvorunder en privat intervenierede til fordel for ankenævnet, ser Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 1 i tillægsprotokol 1 ud til at have spillet en vis rolle. Den ses efter referatet i ugeskriftet ikke påberåbt af parterne, men Sø- og Handelsretten anfører, at »En varemærkeret, der stiftes ved registrering, er først erhvervet og dermed beskyttet mod statsmagtens indgreb efter grundlovens § 73 og art. 1 i tillægsprotokol 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, når registreringen er endelig …«.

Referencen til statsmagtens indgreb må vel blandt andet være Patentan-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 306 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

kenævnets afgørelse, der vedrørte en strid mellem to private om et varemærke. Spørgsmålet om, hvornår en privat har en rettighed efter grundloven § 73 og tillægsprotokol 1 til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, har dermed betydning for vurderingen af, hvilken retsstilling der gælder mellem de to private. Også denne sag var en dispositiv sag, hvilket ikke betød, at de menneskeretlige bestemmelser ikke fandt anvendelse.

2.1.6. Ikke anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private

De ovennævnte sager er alle karakteriseret ved, at den bestemmelse i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der har været påberåbt, er blevet undergivet realitetsbehandling. Domstolene har således fundet, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes som en del af det retlige materiale, som en afgørelse blev truffet på baggrund af. Inddragelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i det retlige materiale har ikke i alle sager ført til, at den part, der påberåbte sig konventionen, har fået medhold i sit synspunkt om dens betydning for konfliktens løsning, men domstolene har taget stilling til synspunktet. Kun i en dom har domstolene ikke fundet, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kunne anvendes mellem private:

> *UfR 1999, s. 2102Ø:* Strid mellem skyldner i henhold til pantebrev og kreditforening om, hvorvidt pantebrevshæftelse, der ikke var blevet dækket på tvangsauktion i 1990, kunne gøres gældende mod skyldneren i 1997. Skyldner gjorde gældende, at kreditforeningen havde udvist passivitet, hvorfor pantegælden ikke nu kunne gøres gældende mod ham. Kreditforeningen påberåbte sig den 20-årige forældelse. Skyldner gjorde herudover gældende, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 3 om nedværdigende behandling og art. 6 om rettergang inden for en rimelig tid skulle finde anvendelse. Landsretten anførte herom følgende: »Da indstævnte (kreditforeningen) ikke er en statslig virksomhed, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finde anvendelse på forholdet«.

Det forekommer klart, at de af skyldnerne påberåbte bestemmelser

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 307 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

materielt ikke kan finde anvendelse i den konkrete sag, men det er interessant, at landsretten ikke tager stilling til det materielle spørgsmål, men netop afsiger en »allerede-fordi-afgørelse«; allerede fordi der ikke er tale om en statslig virksomhed, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finde anvendelse.

Hvis dommen skal bringes i overensstemmelse med de øvrige domme, kan man måske sige, at der her er tale om et rent formueretligt forhold, og at det er det, der fører til den ubetingede afvisning af at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Under hensyn til, at det er en meget kategorisk formuleret dom, er dette dog næppe en tilstrækkelig forklaring.

2.2. Særligt om straffesager, hvor konventionen anvendes mellem private

Som nævnt kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention påberåbes mellem private i straffesager, hvor begge private mere eller mindre har partsstatus. Dette gælder først og fremmest i private straffesager, hvor en privat for eksempel rejser sag for overtrædelse af straffelovens § 267, og i straffesager, der principielt er rejst af anklagemyndigheden, men hvor en privat part nedlægger påstand om erstatning. Hertil kommer, at der i særlige tilfælde kan opstå situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes mellem private i straffesager i øvrigt.

2.2.1. Straffesager, hvor der foretages en konkret afvejning mellem privates interesser

Forskellige beskyttelseshensyn i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan støde sammen, således at det bliver nødvendigt at foretage en afvejning af privates interesser overfor hinanden i en straffesag. Højesteret har således haft lejlighed til at prøve en sag, hvor princippet om, at den enkelte ikke kan tvinges til at inkriminere sig selv, stod overfor princippet om, at den enkelte har ret til at lade vidner afhøre i sin sag:

> *UfR 1999, s. 1015HK:* Revisor, der havde været revisor for en række anpartsselskaber, blev indklaget for disciplinærnævn, der kunne idømme ham disciplinærstraf af bøde op til 200.000 kr. samt frakendelse af hans beskikkelse som revisor. Ledelsen af anparts-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 308 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

selskaberne blev tiltalt for selskabstømning. Revisoren protesterede mod at skulle vidne under straffesagen under henvisning til retsplejelovens § 171, stk. 2, nr. 1. De tiltalte påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6 til støtte for, at retten skulle pålægge ham at vidne. Ved byretten og landsretten blev revisoren fritaget for at vidne, dog uden at retterne tog stilling til spørgsmålet om menneskerettighederne. Ved Højesteret foretog de tiltaltes forsvarere en afvejning af på den ene side tiltaltes ret til at få afhørt vidner overfor på den anden side revisorens ret til ikke at skulle inkriminere sig selv. Højesteret stadfæstede landsrettens afgørelse under henvisning til, at »vidnefritagelsen ... ikke (kunne) anses for en krænkelse af de tiltaltes rettigheder i medfør af art. 6 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention«.

Som det ses, foretog Højesteret en afvejning af de impliceredes interesser i henhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6.

2.2.2. Private straffesager[746]

Efter straffelovens § 267 straffes den, der krænker en andens ære ved fornærmelige ord eller ved at fremsætte eller udbrede sigtelser.

Der kan i den trykte praksis findes en række sager, hvor private rejser straffesag i medfør af denne bestemmelse i anledning af privates ytringer.

I disse sager ligger det fast, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 om ytringsfrihed kan finde anvendelse. Se for eksempel:

UfR 1997, s. 259H: En redaktør og en journalist på en lokalblad refererede i bladet en række klager, som en kvinde havde indgivet over tre advokater til advokatmyndighederne. I artiklerne blev de tre advokater beskyldt for uhæderlighed m.v. Den ene advokat

746. Udover de nævnte findes en del sager, hvor de samme hensyn og afvejninger er på spil, uden at det dog fremgår udtrykkeligt af dommen. Se for eksempel UfR 1990, s. 636VL, hvor der var en konflikt mellem privatlivets fred på den ene side og ytringfriheden og religionsfriheden på den anden side. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev ikke drøftet under sagen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 309 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

anlagde herefter sag mod kvinden, journalisten og redaktøren med påstand om straf efter straffelovens § 267 og erstatning. Vestre Landsret fandt alle tre tiltalte skyldige (med stemmerne 2-1). Så vidt ses blev Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke gjort gældende under landsrettens behandling af sagen. Højesteret inddrog art. 10 og tolkede straffelovens § 267 i lyset af art. 10. Afvejningen af ytringsfrihed på den ene side og hensynet til andres ære på den anden side faldt i denne sag ud til ytringsfrihedens side, hvorfor journalisten og redaktøren blev frifundet.

Det må antages, at det ligger fast, at der i disse sager skal ske en afvejning af de i sagen nævnte hensyn[747].

Sagerne har endvidere et erstatningsretligt aspekt; der kan gives torterstatning i anledning af strafbare udtalelser. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 får således også betydning for denne mere civilretlige konflikt. Se for eksempel:

UfR 1999, s. 560H: En journalist offentliggjorde en artikel, i hvilken en tidligere underdirektør i Danske Bank – uden navns nævnelse, men på en sådan måde, at han kunne genkendes af de, der var inde i sagen – blev beskyldt for at have lækket fortrolige oplysninger (blandt andet bestyrelsesreferater) til Jyllandsposten om interne forhold i forbindelse med en artikelserie, Jyllandsposten havde kørt om den Danske Bank. Underdirektøren blev fyret fra den stilling, han nu havde. Underdirektøren nedlagde påstand, om at chefredaktøren straffedes efter straffelovens § 267, samt om mortifikation og erstatning. Chefredaktøren nedlagde påstand om frifindelse blandt andet under henvisning grundlovens § 77 og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10. Landsretten fandt, der var tale om en alvorlig sigtelse, der var omfattet af straffelovens § 267, og chefredaktøren blev idømt dagbøder herfor, ligesom udtalelsen blev mortificeret. Endvidere fik underdirektø-

747. Se også UfR 1999, s. 122H (»Politiets blinde øje«), UfR 1999, s. 509Ø (Dansk Politiforbund mod Braad Thomsen), UfR 1999, s. 1572H (ærekrænkelse af kriminalinspektør), UfR 1999, s. 1910Ø (udtalelse om, at »Jønkes bøger er ... fulde af løgn«), UfR 2000, s. 2143Ø (omtale af Den Danske Forening som racistisk), UfR 2001, s. 953Ø (fængselsfunktionærers udtalelser om rockere som ansvarlige for narkosalg i fængsler m.v.) og UfR 2001, s. 1602Ø (journalist udtalte om advokat, at denne var grådig og løgnagtig).

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 310 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> ren erstatning (250.000 kr.). Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 og grundlovens § 77 nævnes slet ikke i landsrettens dom, der alene er afgjort efter straffelovens § 267.
>
> Højesteret fandt, at der forelå en sigtelse. Vedrørende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 10 foretog Højesteret en afvejning af på den ene side hensynet til underdirektøren og på den anden side hensynet til ytringsfriheden. Her, hvor der var tale om et udokumenteret rygte, fandt Højesteret ikke, at sigtelsen var straffri »i medfør af straffelovens § 269, jf. Menneskerettighedskonventionens art. 10«. Derfor idømtes chefredaktøren straf, der skete mortifikation, og den tidligere underdirektør fik torterstatning (100.000 kr.).

Som det ses, foretager Højesteret en konkret afvejning af hensynet til de implicerede.

2.2.3. Særligt om adhæsionsprocessen

Normalt er en straffesag en sag mellem den tiltalte og anklagemyndigheden. Det anses for en retssikkerhedsgaranti i sig selv, at det ikke er overladt til den ved forbrydelsen forurettede selv at foretage retsforfølgningen. Af praktiske grunde har man imidlertid koblet den forurettedes eventuelle erstatningssøgsmål på straffesagen, således at en eventuel erstatningspåstand kan tages under påkendelse under straffesagen. Straffesagen får derved et civilretligt aspekt, hvor en anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der egentligt er begrundet i tiltaltes krav på retssikkerhedsgarantierne i for eksempel Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, også kan få virkning for den erstatningssøgende.

Der skal kun nævnes et enkelt eksempel til illustration af problemstillingen:

> *UfR 1995, s. 346ØK:* Retten tillod afspilning af videooptagelse med fire 9årige pigers forklaringer i sædelighedssag. Tiltalte påberåbte sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, stk. 3, litra d. Pigernes bistandsadvokat påberåbte sig børnenes menneskeretlige beskyttelse.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 311 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Der er tale om en kendelse, hvorved landsretten tog stilling til spørgsmålet om video-afspilningen. Det ses ikke af referatet af sagen, om pigerne faktisk nedlagde påstand om erstatning, men det ville være sædvanligt under en sådan sag. Landsrettens afgørelse vedrørende bevisførelsen under straffesagen kan, såfremt der var nedlagt påstand om erstatning, få betydning for den civilretlige afgørelse mellem parterne.

Dommer Peter Garde[748] har givet udtryk for en vis tvivl om, hvorvidt konventionen »overhovedet gælder for erstatningssager«.

2.3. Sammenfatning

Som det fremgår af ovenstående, kan der tænkes flere situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse mellem private ved danske domstole.

Det næste spørgsmål er, om der gør sig særlige fortolkningsforhold gældende, når Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes mellem private.

Enkle regler kan dog ikke fastslås. Praksis viser, at Den Europæiske Menneskerettighedskonventions gennemslagskraft er forskellig fra sag til sag. I en enkelt sag har Vestre Landsret tilsidesat en ellers fast retspraksis blandt andet med støtte i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 – hvilket der næppe kan udledes manifeste konklusioner af. Til gengæld har Vestre Landsret afvist at tilsidesætte lovgivning, som landsretten fandt i strid med praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Heller ikke denne ene sag giver dog grundlag for meget bestemte konklusioner.

At drage en overordnet konklusion af de gennemgåede sager er i det hele taget vanskeligt. Dels er der ikke mange sager mellem private. Dels peger dommene ikke i samme retning.

Som det ses, har Højesteret ikke eksplicit – men nok forudsætningvist – taget stilling til spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske

748. Se Peter Garde: »Adhæsionsprocessens brister«, særligt s. 34. Se om problemstillingen endvidere Eva Smith: »Frifundet i straffesagen – dømt til offererstatning. En kafkask retstilstand« samt Peters Gardes og Asbjørn Stranbakkes svar: »Erstatningsdommen, den frifundne og uskyldsformodningen«, hvoraf det fremgår, at det formentligt alene er uskyldsformodningen i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, stk. 2, der ikke finder anvendelse mellem en tiltalt/domfældt og forurettede. Jonas Christoffersen vil i artiklen »Adhæsionsproces og menneskeret« anvende art. 6, stk. 2, i efterfølgende erstatningssager.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 312 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Menneskerettighedskonvention mellem private, i hvert fald vedrørende nogle af konventionens artikler. På grundlag af denne praksis er det mest nærliggende at konkludere, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse mellem private, idet Højesteret ikke har afvist det, da man havde lejligheden hertil, og idet der er domme, hvor konventionen konkret anvendes.

Fra landsretterne ses dels praksis, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er anvendt mellem private, men også en dom fra Østre Landsret[749], hvor anvendelsen kategorisk afvises, og en dom fra Vestre Landsret, hvor det anføres, at konventionen grundlæggende kun binder staterne.

Men heller ikke landsretterne afviser generelt at anvende menneskerettighederne mellem private.

Danske domstole har dermed accepteret anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention til løsning af retlige konflikter mellem private – i hvert fald i et vist omfang.

Omfanget af denne anvendelse er derimod på baggrund af den sparsomme praksis vanskeligt at fastlægge. Man kan næppe ud fra ovenstående gennemgang af domspraksis konkludere, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention alene kan påberåbes i relation til de artikler, der er nævnt ovenfor.

Dog kan man næppe på baggrund af den foreliggende retspraksis fra danske domstole pege på en sondring mellem indispositive og dispositive sager, således som Jens Elo Rytter har lagt til grund[750]. Ophavsretssager, lejesager og patentsager er dispositive sager, og der findes eksempler på, at domstolene i sådanne sager har foretaget en realitetsvurdering af, hvorvidt bestemmelsen i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan finde anvendelse. Forholdet er snarere det, at konflikter mellem private sjældent vil falde ind under Den Europæiske Menneskerettighedskonventions materielle bestemmelser, hvorfor konventionen hyppigst påberåbes i sager, hvor det offentlige har en særlig rolle.

Videre kan der også peges på, at der ikke ses sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været anvendt som *eneste*

749. Ovennævnte UfR 1999, s. 2102 Ø om en strid mellem en skyldner og en kreditforening.
750. Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 224.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 313 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

retsgrundlag for afgørelse af en retlig konflikt mellem private. Der har i alle sagerne været et dansk retsgrundlag, som også har været inddraget i sagerne.

Endvidere bemærkes det, at der ikke ses at have været sager før inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret, hvor konventionen har været påberåbt overfor andre private. Før 1992 har Den Europæiske Menneskerettighedskonvention således alene været påberåbt overfor offentlige myndigheder. I betragtning af, at der op til 1989 var tvivl om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention overhovedet kunne påberåbes »direkte« ved domstolene, er det ikke overraskende.

Videre er det vanskeligt på baggrund af undersøgelsen at drage konklusioner vedrørende spørgsmålet om, i hvilket omfang domstolene finder det nødvendigt at inddrage konventionen ex officio. Der ses eksempler både på, at domstolen har inddraget konventionen, men også på at det ikke er sket, og at domstolen endda har accepteret parternes afkald på at gøre en bestemmelse, der muligt var relevant, gældende.

Herudover kan det konkluderes, at opdelingen i direkte og indirekte (umiddelbar/middelbar) Drittwirkung ikke kan bruges til at skabe klarhed over spørgsmålet om, hvornår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes mellem private. Domstolene begrunder deres resultater ud fra så forskellige argumentationsmønstre, at sondringen, der i øvrigt ikke i sig selv er entydig, ikke bidrager til en bedre forståelse.

Generelt må retsstillingen siges at være uklar. Der kan peges på en vis disharmoni i det danske juridiske fortolkningsfællesskab med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, og i givet fald i hvilket omfang denne anvendelse kan ske.

Mere overordnet peger undersøgelsen på en svaghed ved et system som det danske, hvor fraværet af udtrykkeligt formulerede, teoretiske overvejelser i det juridiske fortolkningsfællesskab, især ved domstolene, er påfaldende. Det betyder, at problemer løses hen ad vejen, når konkrete sager giver anledning til det, og uden mere principielle overvejelser. Dette kan betyde – som det gør i denne situation – at retsstillingen bliver uklar.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 314 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

3. Forvaltningens praksis om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private

3.1. Indledning

Ovenstående omhandler domstolene, når disse træffer afgørelse i retlige konflikter mellem private. Men i Danmark træffer også forvaltningsmyndigheder afgørelser om privates indbyrdes retsstilling.

Der findes i Danmark en lang række forvaltningsmyndigheder, der træffer afgørelser i retlige konflikter mellem private. Eksempler på sådanne myndigheder er Civilretsdirektoratet, der blandt andet afgør sager om samvær og børnebidrag, hvor to private er i konflikt med hinanden, eller miljømyndighederne, der skal afgøre en sag mellem en privat fabrik og de omkringboende, der har klaget over fabrikkens forurening.

Rent forfatningsretligt gælder der en almindelig regel om, at forvaltningen ved udøvelsen af sine skønsmæssige beføjelser er bundet af de traktatmæssige forpligtelser, som Danmark har indgået[751]. Denne regel kan også få betydning i sager mellem private.

Det er ikke praktisk muligt at gennemgå alle relevante forvaltningsmyndigheders praksis for at undersøge, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention spiller en rolle for deres afgørelse af retlige konflikter mellem private. Man kan derimod se på, hvordan Folketingets Ombudsmand har set på anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

3.2. Folketingets Ombudsmand

Menneskerettighederne, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, indgår utvivlsomt i ombudsmandens bedømmelsesgrundlag[752]. Inddragelsen heraf har – ikke overraskende – fulgt det mønster, der også ses for resten af det danske juridiske fortolkningsfællesskab. I starten af konventionens levetid var der ikke megen op-

751. Se blandt andet den danske regerings anbringender under sagen A 23, Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mod Danmark, dom afsagt den 7. december 1976. Se også bet. 1407/2001, s. 64, og Per Magids anmeldelse af Niels Eilschou Holm: »En sag for Menneskerettighedsdomstolen«, særligt s. 159.

752. Se for eksempel Hans Gammeltoft-Hansen og Jon Andersen: »Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 315 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mærksomhed omkring den, hvorefter der gradvist er kommet større fokus på den[753].

Dette kan få betydning i sager mellem private, hvor en afgørelse, forvaltningen har truffet vedrørende en retlig konflikt mellem private, kan blive påvirket af inddragelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i afgørelsesgrundlaget. Der foreligger dog ikke trykt praksis fra ombudsmanden, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er inddraget i sager mellem private.

Se dog

> *FOB 1989, s. 78ff.* I denne sag klagede en far, der var medlem af Jehovas Vidner, over, at Civilretsdirektoratet havde fastsat som vilkår, at faren ikke måtte oplære sit barn, som han havde samvær med, i Jehovas Vidners tro eller tage barnet med til Jehovas Vidners stævner m.v. Moren, der ikke var medlem af Jehovas Vidner, havde overfor Civilretsdirektoratet protesteret mod disse aktiviteter. Ombudsmanden inddrog hensynet til grundlovens § 70 om religionsfrihed i sagen, og anførte blandt andet, at »hensynet til den samværsberettigedes frie religionsudøvelse og den vægt, der i almindelighed må lægges på dette hensyn … må … føre til, at myndighederne udviser en særlig påpasselighed med ikke at stille strengere vilkår end nødvendigt«. Ombudsmanden fandt, at vilkåret var upræcist, og fandt på den baggrund i den konkrete sag grundlag for at henstille til Civilretsdirektoratet, at vilkåret præciseredes.

Under hensyn til, at ombudmanden således fandt, at grundlovens § 70 måtte inddrages i konflikten mellem forældrene om, hvordan samværet skulle forløbe, må man gå ud fra, at også Den Europæiske Menneskerettighedskonventions bestemmelser vil kunne inddrages, hvis de materielt giver anledning hertil.

Legalitetsprincippet kan begrænse forvaltningens pligt til at inddrage menneskerettighederne i afgørelsesgrundlaget. I en konkret sag[754] har ombudsmanden således taget stilling til en biologisk fars adgang til samvær med sit barn, der var blevet bortadopteret. I denne sag var art.

---

753. Se hertil også Hans Gammeltoft-Hansen og Jon Andersen: »Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden«.
754. Ombudsmandens udtalelse af 6. marts 2001 i j.nr. 1999-1885-654.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 316 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

8 inddraget i det retlige materiale, der lå til grund for ombudsmandens afgørelse.

> Faren klagede under henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 over, at Civilretsdirektoratet havde meddelt ham afslag på samvær med det bortadopterede barn. Civilretsdirektoratet havde som begrundelse henvist til, at der ikke i dansk ret er hjemmel til at fastsætte samvær med et bortadopteret barn. Direktoratet tog derfor ikke stilling til, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 som påberåbt af den biologiske far, ville føre til et andet resultat. Folketingets Ombudsmand fandt ikke grundlag for at kritisere Civilretsdirektoratet afgørelse.

Som det ses, kan hjemmelsbetragtninger begrænse forvaltningens anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i konflikter mellem private. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil ikke skulle inddrages som eneste grundlag for forvaltningens afgørelse. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan således ikke udgøre grundlag for at træffe afgørelse, der ikke er i øvrigt er hjemmel til efter dansk ret.

I tråd med denne holdning er en afgørelse fra Civilretsdirektoratet fra 2001[755], hvor direktoratet meddelte afslag på en ansøgning fra en stedfar, der ønskede samvær med sit stedbarn, under henvisning til, at forvaltningen »ikke ... (har) mulighed for, med henvisning til en international overenskomst, at træffe en afgørelse, der ikke i øvrigt har hjemmel i dansk ret«. Direktoratet anførte videre, at »dette gælder ikke mindst, når der er tale om en afgørelse, der er bebyrdende for en privatperson«. Faren havde påberåbt sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8[756].

Det kan konkluderes, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention også skal inddrages i det retlige materiale, der ligger til grund for forvaltningen, når denne træffer afgørelse mellem private. På baggrund af den sparsomme praksis kan der ikke udledes nærmere retningslinier for omfanget heraf.

Folketingets Ombudsmand har endvidere i en sag mellem en myn-

---

755. TfA 2001, s. 500f.
756. Se endvidere om praksis fra Civilretsdirektoratet, bet. 1407/2001, s. 81ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 317 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

dighed og en borger fastslået, at forvaltningen har pligt til ex officio at inddrage menneskeretlige forpligtelser i det forvaltningsretlige skøn[757]. Dette vil som udgangspunkt også gælde i sagen mellem private. Dette følger også af det forhold, at forvaltningsmyndigheder er undergivet officialprincippet.

4. Konklusion

Også efter dansk retspraksis og forvaltningspraksis kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention have betydning for afgørelse af konflikter mellem private. Omfanget heraf lader sig ikke afgøre nærmere på baggrund af trykt praksis herom. Hertil kommer, at retsstillingen ikke forekommer helt klar.

For så vidt angår forvaltningen ligger det fast, at forvaltningen skal inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som fortolkningsbidrag, også i sager mellem private, og at forvaltningen har pligt hertil ex officio. Konventionen kan dog ikke udgøre hjemmel for en bebyrdende afgørelse i en konflikt mellem private, hvis der ikke er hjemmel herfor i dansk ret i øvrigt.

757. Se hertil FOB 1999, s. 350.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 318 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 12

Analyse af de skildrede retlige konstruktioner af anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettigheds-konvention mellem private

1. Indledning

De tidligere kapitler har fulgt tre retlige »spor«, nemlig en oversigt over diskusionen om anvendelsen af grundrettigheder, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, mellem private i tysk ret, en skitsering af en række situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fundet stater folkeretligt ansvarlige for privates krænkelser af de rettigheder, der er indeholdt i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og endelig en undersøgelse af, hvordan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendes mellem private i dansk ret.

Disse tre »spor« skal ses i lyset af den overordnede ramme for problemstillingen, nemlig de forestillinger om menneskerettighederne og særligt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der påvirker opfattelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde. Rammen indgår i en forforståelse i det danske juridiske fortolkningsfællesskab af, hvorvidt – og i givet fald i hvilket omfang – konventionen kan anvendes mellem private.

Meningen med dette kapitel er at føre de tre »spor« sammen, i lyset af denne overordnede ramme, således at der dannes et billede af den danske retsstilling, for så vidt angår anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Formålet er at analysere og integrere de tre spor med henblik på at finde en teoretisk tilgang – en forklaringsmodel – til spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret. Denne tilgang skulle gerne pege fremad, således at der præsenteres en række elementer, der kan inddrages ved fremtidige konflikter, hvor

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 319 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

spørgsmålet er, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private i dansk ret.

Samtidigt foretages en undersøgelse af den terminologi, som normalt bruges til beskrivelse af problemet.

2. Det overordnede udgangspunkt

Som det er fremgået af de tidligere kapitler, præsenteres spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i teoretiske fremstillinger og i domme sædvanligvis som et »problem« – noget, man må forholde sig til[758]. Der udtrykkes forskellige grader af tilbageholdenhed overfor tanken om at anvende konventionen mellem private.

Analysen af, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private og i givet fald i hvilket omfang, må tage udgangspunkt i begrundelserne for denne tilbageholdenhed.

Her er det tankevækkende, at tilbageholdenheden overfor anvendelse af konventionen ofte ikke udtrykkeligt begrundes. Begrundelsen for ikke at anvende konventionen mellem private (eller kun anvende den i begrænset omfang) underforstås eller viser hen til nogle overordnede tankeskemaer – nemlig til den forforståelse, som ligger, til tider stiltiende, i de forskellige juridiske fortolkningsfællesskaber.

Illustrativ er for eksempel Vestre Landsrets præmisser i dommen gengivet i UFR 1999, s. 1316 H, hvor retten anførte om Menneskerettighedskonventionen, at den »grundlæggende kun binder de kontraherende stater«. Med formuleringen »grundlæggende kun binder … stater«, formuleres en regel om, at konventionen alene anvendes mellem stater, men der åbnes samtidigt – let tøvende – for et område, hvor konventionen binder andre end stater, uden at det nærmere angives, hvor grænserne for dette område måtte gå.

Et andet eksempel på betænkeligheder overfor anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private kommer således til udtryk:

---

758. Henrik Zahle: »Ytringsfrihed i offentlig og privat ansættelse« anfører s.106, at forholdet mellem arbejdsret og ytringsfrihed ikke er behandlet i dansk litteratur, og taler i den forbindelse om et »ikke-problem«. Forholdet er lidt det samme her; spørgsmålet rejses ikke ofte, og når det rejses, sker det ofte lidt tøvende og uden mange svar.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 320 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> »diskussionen går ud på at fastslå, hvorvidt der under visse omstændigheder kan siges at foreligge en konventionsbetinget pligtrelation for/mellem private parter«[759].

Der udtrykkes således en tøven eller en tilbageholdenhed, idet det anføres, at det er til diskusion, om konventionen finder anvendelse i denne relation, og det kan udledes, at det kun er under visse omstændigheder, at konventionen medfører en sådan pligtrelation mellem private.

I det internationale regi kan man genkalde sig Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols formulering i sagen om X og Y mod Holland[760], hvor det anføres, at staten har pligt til at sikre respekten for privatlivets fred »even in the sphere of the relations of individuals between themselves«.

Det følgende skal se nærmere på, hvorfor konventionen »som udgangspunkt kun binder de kontraherende stater« eller kun »under visse omstændigheder« regulerer forholdet mellem staten og borgerne.

Denne tilbageholdenhed, der eksisterer i de juridiske fortolkningsfællesskaber mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, viser, at anvendelse af konventionen mellem private anses for en fravigelse fra en norm, en undtagelse til et udgangspunkt[761].

Spørgsmålet er, hvad der ligger i denne juridiske norm, som anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private repræsenterer en fravigelse i forhold til.

I det følgende beskrives og analyseres denne norm ved at tage udgangspunkt i de modforestillinger mod anvendelse af konventionen

---

759. Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 17 (min understregning). Se for andre eksempler, Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 33, der om menneskerettighederne spørger, »do they also bind private persons or bodies« og van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 22ff., der diskuterer argumenter for og imod »Drittwirkung«. Per Magid anfører i sin anmeldelse af Niels Eilschou Holm: »En sag for Menneskerettighedsdomstolen«, s. 160, at bogen bør læses af »alle, som rådgiver i retsforhold mellem private og det offentlige«, og forudsætter dermed tilsyneladende, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention alene kan have betydning mellem private og det offentlige, uden at denne forudsætning kommer udtrykkeligt frem.
760. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985.
761. Om der er den samme reservation overfor at anvende konventionen mellem private blandt ikke-jurister er nok mere tvivlsomt.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 321 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mellem private, som kommer til udtryk i de juridiske fællesskaber. Modforestillingerne betoner nemlig forskellige forhold, der taler imod en anvendelse af konventionen mellem private.

Samtidigt rejses det spørgsmål, om disse modforestillinger bør tillægges den vægt, de hidtil har haft.

3. Modforestillinger mod anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private

Som det er fremgået af den foregående fremstilling, er det både i det tyske fortolkningsfællesskab, det transnationale fortolkningsfællesskab og det danske juridiske fortolkningsfællesskab, at man finder modforestillinger mod en anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Det er nærliggende at antage, at disse modforestillinger overordnet set finder deres grundlag i den liberalistiske forestilling om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions funktion som beskyttelse af det enkelte individ mod statsmagten[762].

Mere specifikt kan der på grundlag af den traditionelle måde at fremstille problemerne på og den terminologi, der anvendes i den forbindelse, peges på i hvert fald tre forudsætninger, der præger fortolkningen af, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan spille en rolle ved afgørelse af retlige konflikter mellem private.

Det er forskelligt, hvor meget de enkelte fremstillinger og domme gør ud af disse forudsætninger eller modforestillinger. Nogle forfattere fokuserer på én forudsætning, andre mere på en anden. Dette skyldes også til dels, at der ikke i de forskellige fortolkningsfællesskaber findes én fast terminologi eller en bestemt beskrivelse, der er enighed om, til beskrivelse af problemstillingen. De enkelte forfattere, der behandler emnet, anvender forskellige termer til beskrivelse af begrebet – præget af, hvilken modforestilling de fokuserer mest på. Endeligt er der en vis overlapning mellem de forskellige modforestillinger.

Dette viser sig også i, at nogle forfattere anvender flere eller alle de nedennævnte begreber mere eller mindre i flæng[763], ligesom en del forfattere betoner flere af de nævnte elementer.

---

762. Se om denne forestilling kapitel 3.

763. Se for eksempel Alkema, hvis artikel har titlen »The third-party applicability or »Dritt-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 322 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Trods denne overlapning forsøges elementerne her beskrevet hver for sig.

3.1. Trediepartsvirkning

Problemstillingen omtales ofte under termen »Drittwirkung«[764], der har sin oprindelse i tysk ret, eller »third-party applicability«[765]. Ved termer som disse lægges således vægt på den menneskeretlige regels virkninger i relation til »en tredie part«[766].

Der ligger i denne måde at fremstille problemet på en forudsætning om, at der i forbindelse med en menneskeretlig konflikt kun kan tænkes to parter i konflikten, og der stilles et spørgsmål om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention alligevel kan have virkninger for en »trediepart« – eller kun for to parter. Forudsætningen knytter an til den overordnede liberalistiske tankegang om menneskerettighedernes funktion som kompetencebegrænsninger i forhold til statsmagten og udpeger altså de to parter i konflikten til staten og en borger.

3.2. Pligtsubjektivitet

Problemet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private drøftes ofte som et spørgsmål om, hvorvidt menneskerettighederne er »bindende for individet«[767].

I dette ligger en forudsætning om, at konventionen kun pålægger

---

wirkung« of the European Convention on Human Rights«, og som fastsætter problemstillingen til et spørgsmål om, hvorvidt menneskerettighederne »bind private persons or bodies?«.

764. Se for eksempel Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 16ff., John Lundum: »De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)«, Harris, O'Boyle and Warbrick: »Law of the European Convention on Human Rights«, s. 19ff., samt Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«.
765. Se for eksempel Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 33ff.
766. En pendant til denne opfattelse er begrebet »trediemandsretshandler« eller »trediemandsløfter« i dansk ret, som er hentet fra aftaleretten. Ved disse figurer udtrykkes, at en aftale, der som udgangspunkt kun har retsvirkninger mellem de to, der indgik aftalen, får (begunstigende) virkning for en tredie person, der ikke er part i aftaleforholdet. Se herom for eksempel Ussing: »Aftaler«, s. 364ff.
767. Se for eksempel Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual« og Werlauff: »Negativ foreningsfrihed i grundretlig betydning«, der s. 369 spørger, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention »som grundlæggende kun

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 323 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

stater pligter, og at private som en konsekvens heraf ikke kan pålægges pligter efter konventionen – eller sagt på en anden måde; et spørgsmål om, hvorvidt individer er eller kan være pligtsubjekter for menneskerettighederne. Koblingen til den overordnede liberalistiske forståelse af menneskerettighederne suppleres her i dansk ret af en kobling til opfattelsen af forholdet mellem dansk ret og international ret, hvorefter international ret ikke kan have bindende virkninger for borgerne, men alene for staten.

3.3. Anvendelse i privatretten – horisontal virkning

Problemstillingen beskrives også ofte under termen »horisontal virkning«[768]. Her er fokus altså på de private parters forhold indbyrdes. Dette forhold forudsættes at være reguleret af privatretten. Det spørgsmål, der stilles, er, om menneskerettighederne kan »trænge ind« i denne privatretlige regulering.

Denne fremstilling knytter dels an til den ovenfor nævnte forestilling om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kun kan anvendes »vertikalt«, det vil sige mellem staten og et individ, dels til et tredie aspekt af problemstillingen, nemlig spørgsmålet om menneskerettighedernes gennemslagskraft i privatretten ved afgørelsen af en konflikt mellem to private parter.

Her er pointen altså, om Den Europæiske Menneskerettighedskonventions regler kan udvides til også at gælde »relationships between individuals«[769] eller om menneskerettighederne kan anvendes »i privatsfæren«[770]. Fokus er her det »systemfremmede«[771] i, at en primært offentligretlig/folkeretlig regel optræder i en privatretlig sammenhæng[772]. Nogle tyske fremstillinger taler i den forbindelse om, at grundrettig-

---

binder de kontraherende stater … også kan blive bindende for private virksomheder …«. Se også bet. 1220/1991, der s. 152 taler om, hvorvidt private kan blive ansvarlige for opfyldelsen af konventionskomplekset.

768. Se for eksempel Henrik Zahle: »Menneskerettigheder«, 1997, s. 29ff., og Alexy: »Theorie der Grundrechte«, kap. 10.
769. For eksempel Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, s. 163.
770. For eksempel Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 89.
771. Se for eksempel Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontrakts-parter i dansk ret?«, der anfører dette som en af begrundelserne for ikke at anerkende direkte anvendelse af blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private kontraktsparter.
772. Synspunktet kommer i relation til grundlovens § 77 frem i Mogens Munch: »Trykkefri-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 324 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

hederne kan have en »udstråling« (»Ausstrahlung«) på privatretten[773]. I det hele taget er denne facet fremherskende i den tyske diskussion.

4. Den forudsatte grundnorm[774]

På baggrund af ovenstående kan det konkluderes, at der i de forskellige juridiske fortolkningsfællesskaber er en fælles opfattelse af, at anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private repræsenterer en fravigelse fra en norm, og at der kan peges på i hvert fald tre elementer, som indgår i denne norm. Man kan måske tale om en forudsat grundnorm.

Menneskerettighederne er efter denne norm udtryk for en retlig relation mellem to parter; nemlig en stat og et privat individ. Denne retlige relation baserer sig forudsætningvist på tre forhold; for det første, at der netop kun er to parter i relationen, for det andet, at kun staten er pligtsubjekt og den private kun rettighedssubjekt i forhold til den menneskeretlige norm, og for det tredie, at der er tale om en offentligretlig/folkeretlig relation.

Diskussionen går netop på, om menneskerettighederne kan have en anvendelse, der fraviger et eller flere af disse elementer.

I det følgende analyseres Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige karakter i lyset af de retlige figurer, der implicit ligger i de beskrivelser, der sædvanligvis bruges til fremstilling af problemstillingen vedrørende anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Analysen skal kaste lys over de ovennævnte elementer i den forudsatte grundnorm og i forbindelse hermed terminologien vedrørende anvendelse af menneskerettighederne mellem private. På baggrund af disse overvejelser er det hensigten at opstille en teori om »anvendelse af menneskerettighederne i Den Euro-

---

hed og forbud«, der behandler nedlæggelse af fogedforbud overfor retsstridige ytringer. Her anfører Mogens Munch, at forbudsinstituttet og ytringsfriheden »spiller på hver sin bane i retssamfundet«.

773. Se for eksempel Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, § 76, der taler om »Ausstrahlung der Grundrechte auf privatrechtsbeziehungen«.

774. Ordet »grundnorm« anvendes her til dels i en anden betydning end den betydning, begrebet »grundnorm« har hos Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, s. 162ff., hvor der tales om »systemets højeste forudsætning«. I det følgende menes der med begrebet blot en forudsat, uskrevet norm, der danner grundlag for forestillinger om anvendelsen af menneskerettigheder mellem private.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 325 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

pæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelse af retlige konflikter mellem private individer i dansk ret«.

5. Analyse af den forudsatte grundnorm

Når det anføres, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kan have virkning for tredieparter, at private ikke kan være pligtsubjekt for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, eller at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention på grund af dens folkeretlige karakter kun »binder stater«, refereres implicit til et retligt kategoriseringssystem, som er indarbejdet i den juridiske teori, og som består af forskellige retlige figurer. De figurer, som er i spil, er figurerne kompetencenormer – forholdsnormer, pligtsubjektivitet og figuren offentlig ret – privat ret.

Spørgsmålet er, om disse retlige figurer er anvendelige som analyseredskaber til løsning af denne afhandlings problem.

Indledningsvis skal bemærkes, at disse figurer ikke ligger implicit i retssystemet, men er udtryk for teoriens forsøg på at systematisere retlige fænomener. Det er altså ikke muligt ud fra opdelingen i kategorier eller figurer at deducere sig frem til, hvordan afhandlingens spørgsmål skal besvares.

Det følger også heraf, at den vej, som Ross fulgte[775], hvorefter spørgsmålet om individers forhold til internationale konventioner alene var et definitionsspørgsmål, næppe er farbar. Man svigter virkeligheden, hvis man definerer sig ud af problemstillingen[776].

Men derfor kan figurerne jo stadigt være nyttige redskaber til analyse og diskussion af problemstillingen. I det følgende overvejes først, om denne kategorisering ved hjælp af de retlige figurer er frugtbar for diskussionen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. I det omfang anvendelsen heraf giver mening, konfronteres de med de elementer, der indgår i den forudsatte grundnorm.

---

775. Alf Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 31.
776. Se hertil også Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 1996, s. 269, om »definitoriske øvelser«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 326 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

5.1. Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige karakter: Kompetencenormer og forholdsnormer

Antagelsen af, at der kun kan være to parter involveret i en konflikt i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, bygger blandt andet på konventionens udspring i en liberalistisk tankegang, hvorefter menneskerettighederne er en begrænsning af statens magt. Af dette kompetencebegrænsningsssynspunkt skulle kunne udledes, at konventionen kun kan have betydning for løsning af konflikter mellem en stat og en borger.

Spørgsmålet er, om denne synsvinkel kan opretholdes. Til drøftelse heraf må det afklares, hvilken type regel Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er. Det må overvejes, om rubricering af konventionen som enten kompetencenorm eller forholdsnorm kan kaste lys over problemstillingen.

Begreberne kompetencenorm – forholdsnorm viser hen til en opdeling af reglerne i et retssystem i to kategorier efter funktion. Den ene kategori omfatter regler, hvis funktion er direkte adfærdsstyring (forholdsnormer eller pligtregler), den anden regler, hvis funktion det er at give et bestemt organ bemyndigelse til at normere retten med bindende virkning for andre (kompetencenormer)[777]. Typisk vil det være en offentlig myndighed, der har kompetencen hertil[778].

Selve udøvelsen af kompetence kan være undergivet forholdsnormer. Dette betyder, at når en myndighed udnytter sin kompetence, skal det ske i overensstemmelse med de forholdsnormer, der gælder for udnyttelsen af kompetencen.

Sanktionen ved manglende overholdelse af kompetencenormer rettes principielt mod selve den skete normering derved, at der indtræder ugyldighed; en normering af retten kan ikke have gyldighed, hvis der manglede kompetence til normeringen[779]. Dette udelukker dog ikke, at der kan indtræde sanktioner direkte mod den ansvarlige, for eksempel i form af disciplinæransvar.

Reaktionen ved manglende overholdelse af forholdsnormer rettes

---

777. Alf Ross: »Lærebog i folkeret«, s. 27ff., anvender forudsætningsvist denne retlige kategorisering.
778. Se hertil for eksempel Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, s. 13, og samme: »Ret og Retfærdighed«, s. 247ff., samt Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 250ff.
779. Se hertil for eksempel Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, s. 176f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 327 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

derimod typisk mod den, der er ansvarlig for ikke at have overholdt forholdsnormen. Der kan for eksempel blive tale om straf eller erstatning.

Spørgsmålet er nu, om denne figur kan bringe klarhed over spørgsmålet om, hvilken betydning – om nogen – konventionen har for regulering af privates retsforhold indbyrdes.

Det vil være nyttigt at sondre mellem det nationale niveau og det internationale niveau. Der kan nemlig peges på – mindre – forskelle i holdningen i henholdsvis det danske juridiske fortolkningsfællesskab og det transnationale fortolkningsfællesskab.

5.1.1. Det internationale niveau

Konventionen stiller krav til det nationale fortolkningsfællesskab, krav, som det transnationale fortolkningsfællesskab påser overholdelsen af. Som det er fremgået af gennemgangen i kapitel 7 og 8, stiller konventionen, således som den fortolkes i retspraksis, krav til staten, dels om, at staten afholder sig fra aktive indgreb i borgernes rettigheder efter konventionen, dels om, at staten positivt stiller den retstilstand, som kræves efter konventionen, til rådighed, herunder også i situationer, hvor konflikten findes mellem private.

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions regler er – set med det transnationale fortolkningsfællesskabs øjne – direktiver til staten[780]. Konventionen giver staten pligt til at udforme den generelle regulering af borgernes indbyrdes forhold i overensstemmelse med konventionens regler, samt til at sikre at reglerne i konkrete tilfælde overholdes.

Konventionen tager derimod ikke stilling til, hvilke nationale organer der efter de nationale regler skal have kompetencen til at gennemføre konventionens krav – det vil sige, at konventionen som udgangspunkt ikke stiller krav om, at bestemte nationale myndigheder opfylder konventionens krav. Såfremt en del af staten, for eksempel Folketinget, altid sikrer, at lovgivningen dels ikke er i modstrid med konventionen, dels at den lever op til de positive forpligtelser, der til enhver tid følger af konventionen, er konventionens krav opfyldt.

I relation til Folketinget betyder dette, at den lovgivende magt ikke står frit i spørgsmålet om, hvordan den vil udnytte sin lovgivende

780. Se generelt om kravene til opfyldelsen denne afhandlings kapitel 9.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 328 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

kompetence. Denne udnyttelse er undergivet konventionens krav – såvel positive som negative krav. Folketinget kan derfor ikke vedtage lovgivning, der griber ind i borgernes forhold på en måde, der strider mod konventionen, og Folketinget skal skabe de positive hjemmeler, der gør, at Danmark kan leve op til konventionenes krav.

Såfremt Folketinget ikke lever op til dette – eller ikke fuldt ud lever op til dette – retter direktiverne sig endvidere mod statens øvrige organer, i hvert fald set fra den internationale rets synspunkt. Da den udøvende magt og de nationale domstole er en del af staten, er Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i denne situation dermed også et direktiv til disse myndigheder om at udøve deres kompetence, som de er tillagt i grundloven, i overensstemmelse med konventionen. Direktiverne retter sig således ikke blot til lovgivningsmagten, men også til den dømmende magt og den udøvende magt[781].

En del af domstolenes kompetence omfatter afgørelser af privates tvister. Ved udøvelsen af denne kompetence gælder der et internationalretligt krav om, at domstolene lægger konventionens regler til grund for afgørelsen af konflikter mellem private indbyrdes.

Tilsvarende skal administrationen – som en del af staten – lægge konventionens regler til grund for sine afgørelser af konflikter mellem individer.

Direktiverne kan dermed bedst karakteriseres som forholdsnormer om udøvelse af myndighedskompetence.

Derimod er det ikke en korrekt beskrivelse at sige, at konventionen udgør en kompetencenorm, idet staterne ikke henter hjemmel til at træffe afgørelser m.v. i konventionen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention bygger på staternes tilslutning til konventionens krav, men staterne henter ikke deres kompetence til at regulere borgernes forhold i konventionen. Denne følger af forfatningsretlige synspunkter.

Dette stemmer også overens med det forhold, at den folkeretlige reaktionen på ikke-overholdelse af konventionens regler typisk er et krav om, at den krænkede får erstatning for krænkelsen, jf. konventionens artikel 41 (tidligere art. 50). Hertil kommer typisk et krav om en vis sikkerhed for, at en krænkelse ikke gentager sig – et krav, der er

781. Se hertil for eksempel Francis G. Jacobs and Robin White: »The European Convention on Human Rights«, s. 17.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 329 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

fremadrettet. Derimod har Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ingen mulighed for at tilsidesætte en lov eller afgørelse som ugyldig.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan på den baggrund beskrives som forholdsnormer rettet til *alle* danske myndigheder med krav om, at kompetenceudøvelse overfor borgerne skal ske i overensstemmelse med konventionen. Dette bringer til en vis grad tanken hen på den tyske forfatnings art. 1, stk. 3, der fastslår, at forfatningen er bindende for alle myndigheder i staten[782].

Det forhold, at der er tale om forholdsnormer rettet til alle danske myndigheder, herunder også de retsanvendende, stiller spørgsmålstegn ved forudsætningen om, at der kun er to parter i den retlige relation, som reguleres af konventionen. Når de retsanvendende myndigheder træffer afgørelse mellem private, kan forudsætningen ikke opretholdes – i hvert fald ikke, såfremt man ser sagen fra den internationale rets synsvinkel.

Men forholdsnormen indebærer et yderligere aspekt. Staten kan blive holdt ansvarlig, såfremt der ikke i den nationale ret er skabt en kompetencenorm, der er nødvendig for, at retstilstanden er i overenstemmelse med konventionen. Et eksempel herpå er sagen X og Y mod Holland[783], hvor Holland blev dømt, fordi det hollandske retssystem ikke indeholdt en hjemmel til at straffe i den konkrete situation.

Hvis ingen lovregulering findes, der kan tilsikre en borger de rettigheder, der kræves efter konventionen, er staten stadig efter den folkeretlige regulering forpligtet til at gennemføre den krævede retstilstand. Det er ikke et argument for frifindelse i relation til manglende overholdelse af konventionen, at intern ret ikke giver mulighed for at efterleve konventionen.

Kravene til staternes efterlevelse af konventionen er efter det internationalretlige synspunkt dermed ganske omfattende. Som en refleks af konventionens krav kan staten blive ansvarlig, såfremt de retsanvendende organer ikke anvender deres kompetencer i overensstemmelse med konventionen – også i situationer, hvor der er to private parter i indbyrdes retlig konflikt, ligesom staten kan blive ansvarlig, hvis der

782. GG art. 1, stk. 3, har følgende ordlyd: »Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht«. Bestemmelsen omtales i kapitel 5 i denne afhandling.

783. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt 26. marts 1985.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 330 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

helt mangler en kompetence i dansk ret, som kunne føre til afgørelsen af en retlig konflikt mellem private i overensstemmelse med konventionen.

Man kan sige, at statens organer, den lovgivende, den dømmende og den udøvende magt, hæfter solidarisk overfor de internationale organer for konventionens overholdelse eller mangel herpå.

Den forholdsnorm, der er indeholdt i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, retter sig således ikke mod specifikke kompetencenormer i national ret, men mod den overordnede kompetencenorm, som tilkommer staten qua dens rolle som stat til at regulere borgernes retsforhold.

Det forhold, at normen efter dansk ret udmønter sig i en opdeling af kompetencer på flere nationale myndigheder eller slet ikke udmøntes, er i princippet den internationale retsorden ligegyldigt. Det er denne overordnede »statslige kompetence«, som er genstand for konventionens krav.

Sammenfattende kan man altså sige, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention set fra den internationale vinkel er en forholdsnorm, der retter sig til den statslige kompetenceudøvelse i bredeste forstand.

Dermed kan de krav, som konventionen stiller til dansk ret for så vidt angår de retsanvendende myndigheders rolle, udspaltes i to bestanddele:

- konventionen stiller krav til de retsanvendende myndigheder om, at hvis der eksisterer en national kompetence, skal den udnyttes i overensstemmelse med konventionen – også mellem individer og
- hvis der ikke eksisterer en sådan kompetence, og en sådan er nødvendig til opfyldelse af konventionen, da må de retsanvendende myndigheder konstruere den.

Spørgsmålet er, om den forståelse, der trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, er i overensstemmelse hermed.

5.1.2. Det nationale niveau: Dansk ret

Det danske forfatningsretlige udgangspunkt er, uanset om konventionen er inkorporeret i dansk ret ved lov eller ej, at dansk ret skal leve op

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 331 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

til de internationale forpligtelser, Danmark har påtaget sig[784]. Dermed er det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse i udgangspunktet på linie med opfattelsen i det transnationale fortolkningsfællesskab.

Efter denne forståelse har Folketinget det primære ansvar for, at konventionen overholdes, således at lovgivningen er i overensstemmelse med konventionen, og således at de retsanvendende myndigheders udøvelse af deres kompetence kommer til at foregå i overensstemmelse med konventionen. Den dømmende magt og den udøvende magt kan på den baggrund som udgangspunkt gå ud fra, at de danske regler er i overensstemmelse med konventionen. Såfremt dette ikke er tilfældet, skal de sikre, at Danmark opfylder sine folkeretlige forpligtelser. Det er dette, der kommer til udtryk i fortolknings- og formodningsreglerne samt den såkaldte instruktionsregel[785].

Også efter opfattelsen hos det danske juridiske fortolkningsfællesskab må Den Europæiske Menneskerettighedskonvention dermed som udgangspunkt rubriceres som forholdsnormer, der vedrører statslige organers udøvelse af den kompetence, der følger af grundloven.

Der er dog stadigt forskel på den opfattelse, der trives hos det danske juridiske fortolkningsfællesskab, og den opfattelse, der trives hos det transnationale fortolkningsfællesskab. Den danske opfattelse er imidlertid skiftet i forbindelse med inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i 1992.

5.1.2.1. Retsstillingen før inkorporeringen

Før konventionen blev inkorporeret, var den fremherskende opfattelse, at konventionen ikke kunne finde anvendelse mellem private[786]. Opfattelsen byggede blandt andet på den antagelse, at en traktat, der ikke er inkorporeret i dansk ret, ikke kan udgøre hjemmel for »indgreb« overfor borgerne[787].

---

784. Se for eksempel Ross: »Lærebog i Folkeret«, der s. 83 anfører, at »de retsanvendende myndigheder (vil) skulle tage hensyn til en traktat selvom nødvendige interne opfyldelsesskridt ikke er foretaget«.
785. Se herom kapitel 4.
786. Se herom kapitel 10 og 11.
787. Se for eksempel Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, 1996, s. 280ff., der dog muligvis kun taler om indgreb fra administrative myndigheder, og Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 91.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 332 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Reglen begrænser Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private. Argumentet er, at staten ikke har hjemmel i konventionen til at gribe ind overfor en privat, og da en konflikt mellem to private som regel vil ende med, at den ene af dem taber, da er konventionen blevet anvendt som hjemmel for et »indgreb« overfor denne – hvorved man kommer i strid med forudsætningen om, at konventionen ikke må udgøre hjemmel for indgreb overfor en privat[788].

I tysk ret har den forfatteren, Alexy, formuleret dette således, at problemet er, at der opstår en konflikt mellem to rettighedssubjekter[789].

Således blev det i diskussionen om, hvorvidt konventionen burde inkorporeres, blandt andet anført, at såfremt konventionen blev inkorporeret, ville private kunne risikere at blive »held liable for not complying with the obligations consequent upon the Convention in instances where the provisions of the Convention are deemed to have »Drittwirkung«[790]. I et vist omfang forventedes konventionen således at konstituere hjemmel for indgreb overfor individer på det nationale plan, såfremt den blev inkorporeret.

Utilbøjeligheden til at anvende konventionen mellem private var før inkorporationen også knyttet sammen med tanken om, at konventionen ikke kunne påberåbes direkte for danske domstole. Det var en af bekymringerne hos dele af det danske juridiske fortolkningsfællesskab, da inkorporering diskuteredes, at konventionen i tilfælde af inkorporering ville kunne påberåbes mellem private og dermed få virkning mellem private.

En del af den dualistiske diskussion om, hvorvidt konventionen »kan påberåbes af borgerne for domstolene«, beror således på en opfattelse, der ikke er i overensstemmelse med den internationale ret. Opfattelsen hviler på en forudsætning om, at kun Folketinget er forpligtet af de krav, konventionen stiller. Imidlertid er alle statens organer forpligtede – også i situationer, hvor private har en retlig konflikt indbyrdes.

Da en konvention ikke efter dansk forfatningsretlig opfattelse kan udgøre hjemmel til indgreb overfor en borger, kan den naturligvis hel-

---

788. Se blandt andet Søren Stenderup Jensen: »The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law«, s. 179ff.
789. Se hertil denne afhandlings kapitel 5.
790. Asbjørn Jensen: »Incorporation of the European Convention seen from a Danish Point of View«, s. 165f. Se også for eksempel Nina Holst-Christensen: »Gælder menneskerettighederne i Danmark?«, særligt s. 57.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 333 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ler ikke anvendes til afgørelse af en konflikt mellem private i en situation, hvor konventionen ville være eneste retsgrundlag. Der ville så mangle en hjemmel i dansk ret, der gennemførte konventionens krav. Derimod er det mindre betænkeligt, hvis konventionen tillægger borgerne rettigheder. Det kan ikke udelukkes, at konventionens normer efter dansk ret i visse situationer kan beskrives som kompetencenormer i den situation, hvor borgeren har krav på en rettighed, selvom der ikke er mange eksempler herpå i dansk ret. I hvert fald findes et eksempel på, at den er anvendt som kompetencenorm til gunst for en borger[791].

5.1.2.2. Inkorporeringens betydning for det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions retlige karakter

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev i 1992 inkorporeret ved lov i dansk ret. Dette kan ses som en anden måde for lovgiver at reagere på den forholdsnorm, der ligger i konventionen. Det står nu fast, at konventionen skal anvendes i dansk ret, således at dansk ret fortolkes i overensstemmelse med konventionen[792].

Spørgsmålet er herefter, om det har nogen betydning for vurderingen af konventionens status i dansk ret, at den blev inkorporeret.

Af magtfordelingslæren i dansk ret følger, at det er Folketinget, der har det primære ansvar for opfyldelsen af konventionen, og for at skabe de kompetencenormer i dansk ret, der skal til, for at de retsanvendende myndigheder kan overholde konventionen.

Spørgsmålet er dog, hvilken type norm Folketinget har udstedt ved inkorporeringen. Sædvanligvis er en lov rettet til alle, både individer og myndigheder. Udgangspunktet må derfor være, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i den danske lovtekst er forholdsnormer, der er rettet til borgerne.

En gennemgang af forarbejderne til inkorporeringsloven bringer ikke klarhed over, om Folketinget havde til hensigt at skabe et regelsæt, der har karakter af forholdsnormer ved siden af de forholdsnormer, der i

---

791. Et eksempel kunne være Københavns Byrets dom af 25. april 1966, refereret i bet. 1220/1991, s. 66, hvorefter staten under henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 6, stk. 3, pkt. e, fandtes at skulle bære udgifterne til tolk under en straffesag mod en algirsk statsborger, selvom der ikke var hjemmel hertil i dansk ret på det tidspunkt.

792. Se kapitel 3 om konventionens retskildemæssige status.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 334 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

øvrigt findes i lovgivningen, eller om det var Folketingets hensigt at skabe regler, der ikke havde karakter af forholdsnormer i forhold til borgerne, men kun i forhold til de retsanvendende myndigheder. Det vil som nævnt ovenfor kræve særlige holdepunkter at antage, at en lov kun retter sig til de retsanvendende myndigheder.

Der findes i forarbejderne støttepunkter for, at konventionen ved en inkorporering blev anset for at skulle gælde på linie med andre love; det anførtes[793] som en lovteknisk betænkelighed, at »regler, der allerede findes i de relvante love, nu gentages«. Som eksempel sammenholdes ægteskabslovens §§ 1-2 om adgangen for personer over 18 til at indgå ægteskab med konventionens art. 12 om giftefærdige mænd og kvinders ret til at indgå ægteskab, og det anføres, at »der er noget uheldigt ved at ægteskabslovens § 1 nu gentages, men med et mindre præcist indhold, ved konventionsloven«. Her lægges til grund, at reglerne i konventionen henvender sig til borgerne på linie med andre lovregler[794].

Hvis denne betragtning opretholdes, kan synspunktet om, at konventionen ikke kan anvendes til at foretage indgreb overfor private, vel ikke længere siges at være holdbart – da konventionen nu er dansk ret.

Der findes også i forarbejderne udtalelser, der peger i retning af et indskrænket adressatbegreb for konventionen ved dens inkorporering, navnligt bemærkningerne til loven om, at opfyldelsen af konventionen fortsat påhviler Folketinget og ikke private[795]. Der var dermed en forudsætning for Folketinget ved vedtagelsen af henvisningsloven, at magtfordelingen skulle spille en rolle ved den internretlige retsanvendelse, der ville blive knyttet til loven.

En sådan forudsætning er domstole og forvaltning i et vist omfang bundet af. Selvom det efter internationalretlige regler står fast, at en stat ikke kan påberåbe sig nationalretlige regler som undskyldning for ikke at opfylde en traktat, spiller Folketingets vurdering af, på hvilken måde Danmark skal følge de forholdsregler, staten er undergivet, forfatningsretligt set en rolle ved domstolenes og forvaltningens afgørelse af kon-

---

793. Bet. 1220, s. 193f.

794. Det er ikke noget argument herimod, at der er tale om regler, der har et begunstigende indhold for borgerne – det er set i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, at regler, der er formuleret som gunstige for borgerne, får et ugunstigt resultat for andre borgere.

795. Se blandt andet bet. 1220/91 s. 150f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 335 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

krete tvister mellem individer. Domstolenes utilbøjelighed til at anvende konventionen på privates retsforhold indbyrdes kan ses som et resultat af denne forudsætning, som domstolene føler sig bundet af.

Dette er dog ikke det eneste hensyn, der kan spille ind. Hvis forudsætningen svigter ved, at ny retspraksis ikke – eller ikke med det samme – bliver inkorporeret, kan denne situation kan ikke løses med en henvisning til forudsætningen om magtfordelingens rolle. Her må andre forhold spille ind, blandt andet hensynet til, at Danmark opfylder sine internationalretlige pligter. De forskellige hensyn må da afvejes overfor hinanden.

Der opstår det spørgsmål, om man kan forestille sig, at konventionen udover at have status af forholdsnorm for udøvelse af eksisterende kompetencer også kan have status af kompetencenorm, således at konventionen skal anvendes direkte mellem parterne, hvis det må antages, at konventionen stiller krav herom, selvom der ikke eksisterer en dansk regel, der kan fortolkes i overensstemmelse med konventionen. Eller sagt med andre ord, blev Den Europæiske Menneskerettighedskonvention til forholdsnormer for borgerne ved inkorporeringen?

Man kan pege på tre kernesituationer, der tager udgangspunkt i det danske retsgrundlag:

- hvor der er et nationalretligt grundlag, der er anvendeligt på konflikten mellem to parter, og som ved fortolkning kan anvendes til opfyldelse af konventionen,
- hvor det nationalretlige grundlag, der er anvendeligt på konflikten mellem to parter, ikke ved fortolkning kan bringes til anvendelse til opfyldelse af konventionen, men konventionen kræver det til korrekt opfyldelse, og
- hvor der ikke findes et nationalretligt grundlag, der er anvendeligt på konflikten mellem to parter, og som kan være genstand for fortolkning, men hvor konventionen efter de folkeretlige regler ville forpligte en domstol eller en administrativ myndighed til at træffe afgørelse til ugunst for en borger for at beskytte en anden borgers rettigheder efter konventionen.

I den første situation er det efter det det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse vel ubetænkeligt at anvende dette danske retsgrundlag til ugunst for en privat for at bringe overensstemmelse mellem

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 336 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

den folkeretlige opfattelse af domstolens eller den administrative myndigheds pligter.

I den anden situation vil en vis tilbageholdenhed formentligt kunne ses ved de retsanvendende myndigheder. Tanken om at anvende konventionen til at foretage, hvad der vil opfattes som et indgreb overfor en privat, vil ikke være nærliggende.

I den tredie situation må det nok antages, at domstolene vil føle sig bundet af ovennævnte forudsætning om magtfordelingen og under hensyn til danske domstoles tilbageholdende fortolkningsstil, være meget tilbageholdende med at anvende konventionen til at skabe en – i forhold til national ret – »ny« kompetence/hjemmel for indgreb overfor en borger.

Her spiller det også ind, at det ikke er klart, hvornår der må antages at eksistere en »ny« kompetence. Da domstolene efter omstændighederne kan komme langt med fortolkning, og da det er uomtvistet, at domstolene udøver en vis retsskabende virksomhed, vil der sjældent være behov for, at en ny kompetence introduceres i dansk ret via domstole eller forvaltning.

Forvaltningsmyndigheder vil i den sidstnævnte situation under henvisning til legalitetsprincippet være endnu mere tilbageholdende.

På den baggrund kan der peges på en disharmoni mellem den opfattelse, der trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, og den opfattelse, der trives i det transnationale fortolkningsfællesskab. Hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention efter den transnationale opfattelse vedrører forholdsnormer rettet mod den overordnede kompetencenorm, staten har qua stat, kan den opfattelse, der trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, bedst beskrives som forholdsnormer, der vedrører udøvelsen hos den enkelte myndighed af de kompetencer, den har fået tillagt efter den danske retsorden. Forholdsnormen sigter altså mod en mere begrænset del af kompetencenormen efter den danske opfattelse end efter den transnationale.

Som det fremgår af kapitel 10, er utilbøjeligheden til at anvende konventionen mellem private da også blevet mindre efter inkorporationen, og danske domstole har, som det ses i kapitel 11, i en række situationer anvendt konventionen til løsning af konflikter mellem private og dermed taget højde for den forholdsnorm, konventionen indeholder, ligesom forvaltningsmyndigheder har gjort det samme.

Der findes derimod ikke eksempler på, at Den Europæiske Menne-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 337 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skerettighedskonvention har optrådt som kompetencenorm i en konflikt mellem private.

Samlet kan det på baggrund af ovenstående konluderes, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dansk ret i hvert fald er forholdsnormer, der beskriver, hvordan de retsanvendende myndigheder skal forvalte kompetencer, de har efter dansk ret. Dette gælder også, hvor der er tale om kompetence til at træffe afgørelse i en konflikt mellem private.

Den retlige kategorisering peger endvidere på nogle områder, hvor der er en disharmoni imellem den internationalretlige forståelse og den forståelse, der findes i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. Denne disharmoni har at gøre med den måde, hvorpå Danmark traditionelt har valgt at bringe sit retlige system i overensstemmelse med de internationalretlige forpligtelser, Danmark har påtaget sig. Valget af dualismen har medført, at der eksisterer barrierer overfor at antage, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes som kompetencenormer. Fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i relation til denne afhandlings problem – anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private – vil være præget heraf.

Dette betyder, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention alene får status af forholdsnorm, rettet til myndighederne om udøvelse af allerede eksisterende kompetencer i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Der opnås dermed en virkning, der måske kan sammenlignes med den virkning, nogle forfattere har fundet at kunne udlede, for så vidt angår tysk rets vedkommende af den tyske Grundgesetz art. 1, stk. 3, hvorefter grundrettighederne binder den lovgivende, den udøvende og den dømmende magt som umiddelbart gældende ret.

Selvom Den Europæiske Menneskerettighedskonvention nu er gennemført ved lov, vil den barriere eller modforestilling, der har eksisteret før inkorporeringen, formentligt betyde, at det fortsat vil være meget sjældent, om nogensinde, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil kunne anvendes som eneste retsgrundlag for en løsning af en konflikt mellem private. Det vil også være sjældent, at der er behov for at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som eneste retsgrundlag for løsningen af en retlig konflikt mellem private.

Det er da også som forholdsnorm til at administrere tildelte kompe-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 338 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tencer, de danske domstole har anvendt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i konflikter mellem private.

Forudsætningen om, at der kun kan være to parter i relationen ved anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er dermed ikke korrekt. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan medføre pligter for domstole og forvaltning til at inddrage en »tredjepart« i relationen, og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan medføre pligter for private, som ikke ville være i relationen, hvis ikke det var for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[796]. Dette bringer fremstillingen frem til spørgsmålet om, hvad der forstås ved »pligter« og »pligtsubjektivitet«, som behandles i det følgende.

5.2. Pligtsubjektivitet som pejlemærke/afgørende for Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde[797]

Problemstillingen om den mulige anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private bliver ofte behandlet, som det er fremgået af den foregående gennemgang, som et spørgsmål om, hvorvidt et individ kan være *pligtsubjekt* for menneskeretlige regler, herunder Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[798]. Dette er for så vidt naturligt, idet det er logisk at deducere, at såfremt den enkelte ikke kan være pligtsubjekt for konventionens regler, da kan konventionen heller ikke anvendes mellem private[799]. I en retlig kon-

---

796. Jf. også det af Alexy i »Theorie der Grundrechte«, s. 489ff. anførte »Unter der unmittelbaren Drittwirkung ist … zu verstehen … (dass) aus grundrechtlichen Gründen bestimmte Rechte und Nicht-rechte, Freiheiten und Nicht-Freiheiten, Kompetenzen und Nicht-Kompetenzen in der Bürger/Bürger-Relation bestehen, die ohne diese Gründe nicht bestehen Würden«.
797. Den følgende fremstilling bygger generelt på Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 253ff., og Ross: » Ret og retfærdighed«, s. 188ff., samt på Hohfeld: »Fundamental Legal conceptions as applied in judicial reasoning«.
798. Se for eksempel Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 130ff., Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 16ff., samt Erik Werlauf: »Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning«, der s. 369 anfører, at det er et spørgsmål, hvorvidt »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention … kan bringes til at virke i relation til en privat arbejdsgiver«, under henvisning til, at »kun stater som udgangspunkt er pligtsubjekter efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention«.
799. Dette var den tilgang, Ross lagde for dagen i sin »Folkeret«, s. 31, hvor det anføres, at

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 339 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

flikt mellem private vil den ene jo typisk være »taberen«, og konventionen skaber således »pligter« for den pågældende.

Under denne diskussion er det nødvendigt at minde om, at spørgsmålet om, hvorvidt og i givet fald hvordan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes i domspraksis og administrativ praksis, ikke kan afgøres ud fra deduktioner over begrebet »pligtsubjekt«. Begrebet pligtsubjekt er et begreb til beskrivelse af nogle retlige figurer – et hjælpemiddel til fremstilling af problemerne[800] – og ikke et begreb, der indeholder noget »i sig selv«. Når det anføres, at et individ ikke kan være pligtsubjekt for konventionen, er der således ikke tale om en slutning, der følger af begrebet pligtsubjekt, men om et udsagn om, at det danske juridiske fortolkningsfællesskab er af den opfattelse, at det ikke er udtryk for gældende ret at beskrive individer som pligtsubjekter for konventionen.

I det følgende drøftes, hvad der ligger i udsagnet, og om pligtsubjektivitet overhovedet er en frugtbar figur til drøftelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

5.2.1. Begrebet »pligtsubjektivitet«

Hensigten med dette afsnit er at præsentere den overordnede teori vedrørende begrebet pligtsubjektivitet for i de senere afsnit at se på, om begrebet overhovedet er frugtbart i relation til diskussionen om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Pligtsubjektivitet er et del-element i en større begrebsdannelse til beskrivelse af borgernes status overfor staten og hinanden. Udgangspunktet for denne begrebsdannelse er den retlige figur »retssubjektivitet«. Man kan måske udskifte dette begreb med ordet »adressat«; den, der er retssubjekt, er adressat for en retlig norm.

Ved diskussionen om retssubjektivitet er det sædvanligt at skelne mellem forskellige former for retssubjektivitet[801].

»Når folkeretten ... defineres som den ret der forpligter staterne ... er det hermed udelukket at ... individer ... kan være subjekt for folkeretlige forpligtelser«. Han drøftede ikke specielt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

800. Både Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 215, og Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 257, er enige om, at disse begreber alene er fremstillingstekniske hjælpemidler.

801. Se for eksempel Ross: »Lærebog i Folkeret«, s. 39, og Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, s. 27ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 340 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

At være retssubjekt kan opdeles i forskellige undergrupper, nemlig rettighedssubjekt og pligtsubjekt.

Rettighedssubjekt er den, der har en rettighed i relation til en given regel, hvilket igen kan opdeles i undergrupperne interessesubjekt – den, i hvis interesse reglen er vedtaget – og påtalesubjekt, som er den, der har kompetencen til at kræve reglen anvendt ved domstole. Videre kan man tale om dispositionssubjekt om den, der kan disponere over rettigheden[802].

Den, der har en pligt i relation til en bestemt norm, benævnes »pligtsubjekt«.

Der er en tradition for at opdele pligtsubjektiviteten i to forskellige former for subjektivitet; gerningssubjekt og ansvarssubjekt[803]. Gerningssubjekt er den, det påhviler at opfylde en pligt. Ansvarssubjekt er den, der ifalder ansvaret, hvis denne pligt ikke opfyldes. Normalt vil de to sider af pligtsubjektiviteten være samlet hos et retssubjekt, der således er både gerningssubjekt og ansvarssubjekt. Men i sjældne tilfælde vil de være adskilte, for eksempel hvor en arbejdsgiver ifalder ansvar, fordi en ansat har forsømt at levere en lovet ydelse.

Begrebet pligtsubjektivitet kan også tænkes ind i den ramme, der sættes af statens internationale forpligtelser.

Carl Aage Nørgaard[804] inddrager således den internationalretlige dimension ved sin sondring mellem gerningssubjekt og ansvarssubjekt. Her beskrives individet som gerningssubjekt således: »En person betegnes folkeretligt gerningsssubjekt, når en materiel folkeretlig regel regulerer vedkommendes handlinger, således at der kræves en vis handling eller undladelse af ham, uanset om personen selv kan drages til ansvar for en domstol i anledning af en krænkelse af den materielle regel«.

Herudover betegner Carl Aage Nørgaard[805] individet som folkeretligt anvarssubjekt, »når vedkommende i tilfælde af en retskrænkelse kan drages til ansvar direkte for en international domstol«.

Spørgsmålet om, hvordan man kan forholde sig til disse begreber, når

---

802. Se om de forskellige former for retssubjektivivtet Ross: »Ret og retsfærdighed«, §§ 37 – 39.
803. Ross: »Lærebog i Folkeret«, s. 22f., og Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 256ff.
804. Carl Aage Nørgaard gennemgår i »The Position of the Individual in International Law« pligtsubjektivitet m.v. »Pligtsubjektivitet« defineres s. 32f. og s. 312.
805. Carl Aage Nørgaard: »The Position of the Individual in International Law« s. 315.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 341 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

man går fra det internationale niveau til det nationale, løses ikke ved denne begrebsbestemmelse – hvilket heller ikke var Nørgaards ærinde.

5.2.2. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og begrebet »pligtsubjektivitet«

I det følgende undersøges, om den ovenfor beskrevne terminologi med nytte kan anvendes på Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, og hvor langt en sådan anvendelse i givet fald kan bringe afhandlingen til en frugtbar beskrivelse af gældende ret, for så vidt angår konventionens anvendelse mellem private.

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skaber uomtvisteligt rettigheder for individer. Individer er dermed rettighedssubjekt, både som interessesubjekt og påtalesubjekt i forhold til konventionens rettigheder og friheder, jf. konventionens art. 1.

Dette forhold gælder både på det internationale og det nationale plan.

At staten er pligtsubjekt efter konventionen ligger også fast, jf. ligeledes konventionens art. 1.

Det problem, afhandlingen diskuterer, er imidlertid, hvorvidt individet udover at være rettighedssubjekt/interessesubjekt/påtalesubjekt kan være pligtsubjekt i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Man kan starte med at overveje nærmere, hvad der ligger i begrebet »pligtsubjekt«. Dette rejser spørgsmålet om, hvad en »pligt« er.

5.2.3. Begrebet «pligt«

Det har længe stået klart, at begrebet pligtsubjektivitet ikke er entydigt. Påpegningen af, at begreber som »rettighed« og »pligt« ikke er entydige, tilskrives traditionelt Hohfeld[806], som i 1919 udarbejdede en teoretisk afhandling[807], der drøftede de forskellige aspekter af rets- og pligtsubjektiviteten.

I afhandlingen satte Hohfeld sig for at analysere »the basic conceptions of the law – the legal elements that enter into all types of jural interests«[808]. Han udviklede til dette brug otte beskrivende ord-par, der

806. Se Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 196ff., og Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 250ff.
807. Wesley Hohfeld: »Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning«.
808. Wesley Hohfeld: »Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning«. s. 27.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 342 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skulle klargøre indholdet i pligt-, rettigheds- og kompetenceterminologien[809]. Det er især forholdsnormernes pligt- og rettighedsterminologi, der er interessant her; Hohfeld peger nemlig blandt andet på, at ordet »rettighed« både kan betyde, at den, der har en rettighed, har et krav mod nogen (der så har en pligt til at gøre eller undlade noget bestemt), eller at vedkommende har en »tilladelse« (»privilege«) til at gøre noget (hvilket modsvares af, at den anden part i relationen ikke har en ret til, at den berettigede undlader at gøre noget bestemt (»no-right«). Hohfelds system er ikke egnet til at skabe klarhed i relation til afhandlingens problem, men det centrale er, at han påpeger, at både ordet »rettighed« og ordet »pligt« har forskellige betydninger alt efter, hvilke sammenhænge de anvendes i.

Ross[810] var af den opfattelse, at dette system kunne videreføres, således at alle de otte ordpar var »reducerbare til udtryk af pligt«[811].

Hvor Hohfeld fokuserede på indholdet af begrebet »pligt«, fokuserede Ross på virkningen af ikke-overholdelse af pligten. Han udmøntede i tilknytning hertil fire forskellige reaktioner på en aktørs ikke-overholdelse af en retlig pligt:

a) straf
b) dom til opfyldelse (der eventuelt i tilfælde af manglende overholdelse kan tvangsfuldbyrdes)
c) dom til erstatning
d) manglende mulighed for at opnå eller bevare fordele, aktøren ville have haft, hvis pligten var blevet overholdt[812].

En person – fysisk eller juridisk – der må opleve de nævnte sanktioner anvendt imod sig, kan anses for at være pligtsubjekt.

Ross kritiserede dog anvendelsen af terminologien »pligt« i situation d). Hans opfattelse var, at de tre første a) til c) indeholdt en misbilligelse fra samfundets side, mens denne misbilligelse ikke var til stede, for så

809. Wesley Hohfeld: »Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning«, s. 36ff.
810. Ross: »Ret og Retfærdighed«, s. 188ff.
811. Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 197.
812. Ross tænkte her for eksempel på den situation, en køber af en genstand kan komme i, hvis han ikke har overholdt sin undersøgelsespligt. Dette medfører ikke straf eller erstatningspligt, men køberen mister retten til senere at gøre retsvirkninger gældende overfor sælgeren i tilfælde af mangler.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 343 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

vidt angår den under d) nævnte reaktion[813], der derfor måtte holdes udenfor pligtbegrebet.

Der er ikke enighed om begrebsbestemmelsen i relation til spørgsmålet om, hvilke reaktioner et pligtsubjekt kan mødes med som sanktion for ikke-overholdelse af en »pligt«. Stuer Lauridsen vil lade pligtbegrebet omfatte alle fire virkninger[814].

Meningen med de følgende overvejelser er at sammeholde dette tankesæt med konventionens regler.

5.2.3.1.Konventionens regler på det internationale niveau

Såfremt man lader begrebet pligtsubjektivitet beskrive alle fire ovennævnte situationer, kan man finde regler i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, hvor situation d) direkte er anvendelig. Konventionen indeholder hjemmel til at lade virkning d) indtræde for individer på det internationale niveau. Dette gælder for eksempel de regler, hvorefter et individ, der klager til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, er nødt til at følge visse regler, for at klagen kan behandles. For eksempel gælder der efter konventionens art. 35 den regel, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke må behandle nogen klage, som er anonym. Virkningen af ikke-overholdelse af denne regler er klagens afvisning fra realitetsbehandling.

Derimod ligger det fast, at virkningerne a)-c) ikke finder anvendelse på individer på det internationale niveau. Der er ikke hjemmel i konventionen til at idømme individer straf, dom til naturalopfyldelse eller erstatning – individer kan slet ikke indbringes for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

På det internationale niveau er individet derfor kun pligtsubjekt, hvis vi antager, at situation d) kan beskrives som pligtsubjektivitet.

Hvis Nørgaards terminologi anvendes, kan man sige, at individet nok er gerningssubjekt, men ikke ansvarssubjekt.

5.2.3.2. Konventionens regler på det danske niveau

Som ovenfor nævnt skal myndighederne ved udøvelsen af kompetence i henhold til en national regel tage hensyn til de normer, der er nedfældet i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. De retlige

813. Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 191 og 198.
814. Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s 253f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 344 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

normer, der er fastsat i lovgivningen i øvrigt, tillægger myndighederne kompetence til at regulere private individers indbyrdes retlige forhold. Og disse normer indeholder jævnligt kompetence til at idømme individer både straf, dom til naturalopfyldelse og erstatning.

Spørgsmålet er herefter, om der i den situation, hvor en national regel indeholder hjemmel til at idømme individer straf, dom til naturalopfyldelse eller erstatning, og denne nationale regel fortolkes i overensstemmelse med konventionen, vil være tale om, at det individ, der »taber sagen«, er »pligtsubjekt« for konventionen?

At kalde det individ, der taber sagen, »pligtsubjekt«, er vel næppe en dækkende terminologi for denne situaiton.

Forholdet er det, at fortolkningen sker i et samspil mellem den danske regel og konventionen. Det er derfor vanskeligt at udpege en regel frem for en anden som den regel, individet er blevet pligtsubjekt i relation til. Såfremt der »ved siden af« konventionen er et nationalt grundlag, der som én blandt flere muligheder giver den dømmende eller den udøvende magt adgang til at stille den pågældende borger i en ugunstig stilling – og myndigheden således allerede efter en national retskilde ved fortolkning kan komme til det resultat, at den pågældende skal stilles ugunstigt – er der vel ikke tale om, at individet er »pligtsubjekt« for konventionens regler.

Et eksempel kan illustrere pointen:

> Man kan forestille sig en straffesag, der er rejst af en privat mod en anden privat efter straffelovens § 264d, hvorefter den, der uberettiget videregiver meddelelser eller billeder vedrørende en andens private forhold ... straffes med bøde, hæfte eller fængsel indtil 6 måneder[815]. Når retten skal tage stilling til denne konflikt, udøver den kompetence tillagt den ved straffeloven. Denne kompetence skal udøves i overensstemmelse med blandt andet Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8, der beskytter privatlivets fred. Den, der har rejst sagen, procederer blandt andet på art. 8. Man kan da forestille sig i hvert fald følgende teoretiske situationer:

815. Bestemmelsen er undergivet privat påtale, jf. straffelovens § 275, stk. 1.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 345 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

- retten finder, at straffelovens § 264d er overtrådt af tiltalte, og idømmer på grundlag af bestemmelsen straf,

- retten finder, at straffelovens § 264d er overtrådt af tiltalte, og idømmer på grundlag af bestemmelsen straf – og tilføjer, at denne anvendelse af bestemmelsen er i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8,

- retten anfører, at straffeloven, som fortolket i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8, findes overtrådt, og idømmer på dette grundlag straf,

- retten anfører, at det er tvivlsomt, om straffelovens § 264d er overtrådt, men at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8, og at denne fortolkning fører til at anse straffelovens regel for anvendelig, hvorefter tiltalte idømmes straf,

- retten anfører, at det er tvivlsomt, om straffelovens § 264d er overtrådt, men at bestemmelsen skal fortolkes i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8, og den dertil knyttede retspraksis, og at denne fortolkning fører til at anse straffelovens regel for anvendelig, hvorefter tiltalte idømmes straf,

- retten anfører, at straffelovens § 264d ikke i sig selv giver hjemmel til at idømme tiltalte straf, men at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 giver hjemmel hertil, hvorefter tiltalte idømmes straf.

Spørgsmålet er, i hvilken af ovenstående situationer har individet været »pligtsubjekt« for konventionen? Der er tale om en glidende overgang, der ikke kan sættes ind i en enkel formel, som begrebet »pligtsubjekt« lægger op til.

Det følger af denne argumentation, at anvendelsen af begrebet »pligtsubjekt« i relation til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke er egnet til at beskrive om, og i givet fald, i hvilket omfang konventionen kan regulere privates retsforhold indbyrdes.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 346 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Det er i og for sig nemmere, hvis det antages, at konventionen i sig selv kan anvendes som komptencenormer for myndighederne, og som forholdsnormer direkte for borgerne. I den situation vil det føles mere naturligt at tale om pligtsubjekt.

Som eksempel kan nævnes følgende tænkte situation:

> En mormor søger ved Civilretsdirektoratet fastsættelse af samvær med sit barnebarn, som hun ikke har set, siden barnets forældre blev skilt, fordi faderen, der har forældremyndigheden, ikke vil lade hende se barnet, og moderen ikke selv har søgt samvær fastsat. Mormoderen påberåber sig Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 om retten til familieliv. Det ligger fast, at der ikke er hjemmel i dansk ret til fastsættelse af samvær for andre end de biologiske forældre. Civilretsdirektoratet fastsætter i medfør af art. 8 i konventionen samvær mod faderens ønske.

I denne situation vil det være nærliggende at tale om faderen som »pligtsubjekt« for konventionen. Som anført i de tidligere kapitler er myndighederne i en sådan situation dog formentligt bundet af den danske forfatningsretlige forståelse, hvorefter det er Folketinget, der regulerer parternes indbyrdes retsforhold – og myndighederne har nægtet at fastsætte samvær i situationer som den tænkte i eksemplet.

Antagelsen af, at individer ikke kan være pligtsubjekt for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, er dermed en dækkende beskrivelse af gældende ret, hvis der dermed alene menes den situaiton, at konventionen er det *eneste* retsgrundlag for regulering af forholdet mellem to private indbyrdes.

Man kan overveje andre synsvinkler; beskrivelsen af begrebet »pligtsubjekt« kan ikke knytte an alene til virkningerne af ikke-overholdelse af pligten. Hvis man ser på begrebet »pligt« i Hohfeldts optik, kan man pege på forskelligt indhold af begrebet. Der er nemlig situationer, hvor individet ikke bliver idømt straf, erstatning eller positiv opfyldelsesinteresse, men må tåle andre ugunstige retsvirkninger som følge af konventionen. Der kan være tale om for eksempel det forhold, at retsplejelovens regler fortolket i lyset af Den Europæiske Menne-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 347 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skerettighedskonvention fører til, at en privat får adgang til at anlægge en sag, selvom modparten i konflikten protesterer herimod[816].

Også fra denne synsvinkel gælder det dog stadigt, at der altid vil være en national, dansk regel, der fører til det ugunstige resultat for den private. Danske myndigheder vil næppe lade konventionen være eneste hjemme til ugunstige resultater for en privat.

Sammenfattende må man nok sige, at spørgsmålet om, hvorvidt konventionen kan anvendes mellem private slet ikke kan stilles som et spørgsmål om, hvorvidt individet kan være pligtsubjekt for konventionen. Det er andre overvejelser, der er på spil. I langt de fleste situationer er det en national regel, individet bliver »pligtsubjekt« for, mens dette ikke udelukker, at konventionen kan spille en – måske afgørende – rolle for udfaldet af konflikten.

Den tyske statsretsforfatter Alexy har stillet spørgsmålet op som et spørgsmål om, hvorvidt der optræder rettigheder eller friheder mellem private, som ikke ville være der uden inddragelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[817]. Denne mere åbne tilgang rammer noget centralt. Det er således ikke så meget spørgsmålet om, hvorvidt den enkelte er »bundet« af konventionen, eller er »pligtsubjekt«, men et spørgsmål om, hvorvidt der tilføres fortolkningssituationen »noget«, der ikke ville have været der uden Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Som det er fremgået, er der ingen tvivl om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan tilføre en konflikt mellem private »noget« fortolkningsmæssigt, der ikke ville have været der uden konventionen. Det følger af, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention giver forholdsnormer for udøvelse af kompetence hos myndighederne – også når kompetencen udøves mellem private. Dette forhold kan dog ikke drøftes som et spørgsmål om, hvorvidt private kan være »pligtsubjekt« for konventionen. Derimod må det drøftes som et fortolkningsspørgsmål, i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan eller skal anvendes mellem private. Det sker i næste kapitel.

Kun i situationen, hvor konventionen er eneste retsgrundlag for at

---

816. Se for eksempel U 98, s. 141 Ø (refereret i kapitel 11 – sag kunne efter art. 6 anlægges ved de almindelige domstole, selvom Arbejdsretten havde taget stilling).
817. Se nærmere herom denne fremstillings kapitel 5.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 348 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

træffe en afgørelse, der er til ugunst for en part, giver det mening at tale om pligtsubjekt. Forestillingen om, at individet ikke kan være pligtsubjekt for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, eller i hvert fald kun i begrænset omfang kan være det, vil i denne situation have stor gennemslagskraft.

5.3. Sondringen mellem offentlig ret og privatret som pejlemærke/afgørende for Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde

Et tredje argument mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, bygger på en henvisning til, at privates retsforhold netop reguleres af privatretten, og da menneskerettighederne normalt henregnes til folkeretten og dermed den offentlige ret, kan menneskerettighederne ikke finde anvendelse i forholdet mellem private[818].

Det må derfor undersøges, hvilken betydning en eventuel opdeling i »offentlig« og »privat« ret kan have. Dette rejser spørgsmålet om, hvad man forstår ved den private, henholdsvis den offentlige ret. Selvom de fleste jurister stort set er enige om, hvad der skal henregnes til de to retsområder, er det alligevel karakteristisk, at det er vanskeligt præcist at definere, hvad der er den »offentlig rets«, henholdsvis »privatrettens« område. Dette skyldes nok, at sondringen ikke har nogen stor betydning for, hvordan reglerne på de to områder fortolkes og anvendes, men derimod er en fremstillingsteknisk opdeling, hvis primære funktion er at systematisere reglerne, således at der i retsvidenskaben kan skabes overblik over reglerne[819]. Der er altså ikke tale om nogen i retssystemet »iboende« karakteristik, men om en fremstillingsteknisk opdeling.

Dermed bliver det ofte en deskriptiv tilgang til begreberne[820].

Argumentet mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i relation til sondringen mellem offent-

---

818. Se hertil for eksempel Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontrakts-parter i dansk ret?«
819. Se for eksempel om denne funktion Morten Wegener: »Juridisk metode«, s. 41ff.
820. En definition baseret på en retsfilosofisk analyse findes hos Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 246f. Hans retsfilosofiske udgangpunkt om retten som en »social-institutionel orden til udøvelse af tvang« fører ham til at definere den offentlige ret som »retten om de offentlige myndigheders retstilling: deres konstitution, kompetence og pligter«. Det fremgår dog senere, s. 251, at han finder forsøg på at opdele al ret i to dele, offentlig eller privat ret, uholdbare.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 349 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

lig ret og privat ret, er, at der sker en sammenblandning af offentlig ret og privat ret. Der ligger i tankegangen en forudsætning om, at sondringen – hvis den opretholdes – medfører, at menneskerettigheder som en del af den offentlige ret kun (kan) anvendes i folkerettens og den offentlige rets rammer, og at det er udelukket – eller i hvert fald utraditionelt – at anvende den inden for privatretten. Menneskerettighederne er så at sige »systemfremmede« for privatretten.

Især i tysk ret har dette forbehold overfor anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private haft en central plads. Her lægges meget vægt på sondringen mellem på den ene side den private autonomi især i den form, der følger af kontraktsfriheden, og på den anden side de pligter, der kunne følge af menneskerettighederne. Denne tilgang har også præget det internationale/transnationale juridiske fællesskab; et eksempel herpå er Alkema, der drøfter[821] om menneskerettighederne er anvendelige på »private contractual relationsships«, og anfører, at »if human rights were applicable to such contracts, they would be a threat to the freedom of contract«.

Forbeholdet har haft mindre gennemslagskraft i dansk ret[822]. Ikke desto mindre farver den indirekte argumentationen om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private også indenfor det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

5.3.1. Sondringen »offentlig ret« – »privat ret« i dansk ret

Sondringen mellem »offentlig ret« og »privat ret« benyttes i dansk teori i mangfoldige tilfælde, selvom der er enighed om, at den på ingen måde er klar[823].

Opdelingen har rødder i romerretten[824]. Det kan derfor ikke overraske, at den beskrivelse, man i dag kommer frem til, vil have mange

---

821. Se Evert Albert Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights« s. 34.
822. Se dog Henrik Zahle s. 103ff. i »To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig og privat ret«. I artiklen tager Zahle udgangspunkt i grundloven og analyserer ytringsfriheden for privatansatte i lyset af sondringen offentlig ret – privat ret. Se også Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontraktsparter i dansk ret?«.
823. Se for eksempel Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.): »To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig og privat ret«, s. 9ff., der opregner en række punkter, hvor sondringen ikke er klar.
824. Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 14 og Morten Wegener: »Juridisk metode«, s. 42.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 350 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

undtagelser, ja den kan have så mange undtagelser fra hovedreglerne, at beskrivelsen måske ikke er dækkende.

Ross bestemte »offentlig ret« som »retten om de offentlige myndigheders retsstilling: deres konstitution, kompetence og pligter«. Han anførte, at den offentlige ret derfor alene udgøres af »kompetencenormer og forholdsnormer i forbindelse hermed, d.v.s. om udøvelse af kompetence«[825]. Videre definerede han privatretten som »den ret, der kan håndhæves ved søgsmål mellem private«. Definitionerne gav dog efter Ross's opfattelse ikke tilsammen et udtømmende billede af det samlede retsstof, ligesom denne traditionelle opdeling var »uholdbar«[826].

Zahle opløser modsætningen mellem de to begreber »offentlig ret« og »privatret«, og anfører, at der snarere er tale om »en forskel i udgangspunktet«; den private ret tager den private som udgangspunkt, den offentlige ret tager myndigheden som udgangspunkt[827]. For Zahle er udgangspunktet for menneskerettighederne derfor privat.

Den mest dækkende beskrivelse af sondringen bygger formentligt på en kombination af forskellige kriterier, primært reguleringens adressat, formål og udtryksform[828]. Ud fra disse kriterier kan den offentlige ret siges at være karakteriseret af, at reguleringens adressat er de offentlige myndigheder, den bæres af almindelige samfundsmæssige interesser, og den kommer primært til udtryk gennem ensidige retsakter rettet fra myndighederne til borgerne. Den private ret karakteriseres derimod ved, at reguleringens adressat er private (dens genstand er privates retsforhold til hinanden), reglernes formål er at varetage privates interesser, der er båret af den private autonomi, og den kommer primært til udtryk gennem udtryk for viljen til at forpligte sig[829]. Også på sanktionssiden er der forskel, idet ikke-overholdelse af den offentlige ret primært sanktioneres ved straf, mens ikke-overholdelse af den private ret primært sanktioneres ved dom til opfyldelse, erstatning eller lig-

825. Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 247. Se også Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 11ff., der lægger sig op ad denne begrebsbestemmelse. Se videre Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 269ff., hvor forskellige andre forsøg på at begrebsbestemme »offentlig ret« og »privatret« forkastes.

826. Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 267.

827. Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 1, s. 30.

828. Se for eksempel Morten Wegener: »Juridisk metode«, s. 42ff.

829. Se også Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 1, 1995, s. 29f., samt Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.): »To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig og privat ret«, s. 10f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 351 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

nende[830]. Der er naturligvis en lang række undtagelser til denne karakteristik, der som nævnt i øvrigt måske slet ikke er dækkende længere[831].

Uanset om synsvinklen er den ene eller den anden af de beskrevne synsvinkler, er der imidlertid enighed om, at der er tale om et fremstillingsteknisk princip, som ikke er udtryk for, at begreberne har iboende egenskaber[832].

Til trods herfor er sondringen udtryk for nogle forestillinger, der trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, og som derfor ikke kan afvises under henvisning til, at der er tale om »begrebsjurisprudens«. Man skal – naturligvis – være varsom med at udlede noget af begreberne, som de ikke kan bære, men hvis et juridisk fortolkningsfællesskab lægger noget bestemt i et begreb, må det betragtes som en del af den retlige virkelighed.

I tråd hermed anfører Basse og Zahle[833] om sondringen mellem offentlig ret og privat ret i de nordiske landes juridiske systemer, at den »er en levende tradition, som er strukturende for forståelsen af mange retlige spørgsmål …«.

Hverken Ross's begrebsbestemmelse eller andre af de nævnte begrebsbestemmelser fører dog konkret til en løsning på problematikken om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Bruger man Ross's sondring til at forsøge at beskrive Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private, konstaterer man, at den er decideret cirkulær. At konstatere, at den private ret er den ret, der »kan håndhæves ved søgsmål mellem private« giver ikke svar på spørgsmålet om, *hvilken* ret der kan »håndhæves ved søgsmål mellem private«.

Tilsvarende giver de elementer, blandt andet Wegener peger på, ikke i sig selv megen vejledning. De forskellige kriterier giver ikke vejledning om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private.

---

830. Se for en nogenlunde tilsvarende beskrivelse Morten Wegener: »Juridisk metode«, s. 42ff.
831. Se dog for kritik af enkeltdele i beskrivelsen Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 269ff.
832. Se for eksempel Ross: »Ret og retfærdighed«, s. 244ff., og Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, s. 11ff.
833. Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.): »To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig og privat ret«, s. 9.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 352 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Hertil kommer, at der er opbrud i den traditionelle sondring mellem »den offentlige ret« og »den private ret«.

Clapham[834] har den opfattelse, at det slet ikke er muligt at sondre mellem den offentlige ret og privatretten, blandt andet på grund af ovennævnte tendens til privatisering af virksomhed, der tidligere var henregnet til det offentlige. Henrik Zahle[835] argumenterer dels historisk med, at der tidligere ikke var en så skarp opdeling mellem offentlig og privatret, som vi kender den i dag, dels med at denne opdeling ikke kan fastholdes.

Hertil kommer, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention må anses for at være regler om statens kompetenceudøvelse. Da denne kompetenceudøvelse jævnligt foretages overfor private, giver sondringen ikke rigtigt mening i relation til afhandlingens emne.

Videre kan peges på, at sondringen som nævnt primært er fremstillingsteknisk begrundet, og derfor har et begrænset materielt indhold. Det er derfor ikke muligt at udlede noget materielt om menneskerettighedernes anvendelsesområde fra selve sondringen.

At menneskerettighederne hører til den offentlige ret, udelukker på den baggrund ikke i sig selv, at de kan anvendes med private som adressater eller til regulering af retstillingen mellem private individer.

Derimod kan sondringen spille en rolle i forbindelse med vurderingen af, i hvilket *omfang* konventionen kan finde anvendelse mellem private. Forestillingen om helt forskellige anvendelsesområder for offentlig ret og privatret er en del af den forforståelse, det danske juridiske fortolkningsfællesskab vurderer konkrete sager i lyset af, og påvirker dermed selve fortolkningen af konventionen.

Argumenter mod konventionens anvendelse mellem private kan for eksempel begrundes i, at en anvendelse af menneskerettighederne mellem private for eksempel i kontraktsforhold skaber en kollision mellem kontraktsfriheden på den ene side og menneskerettighederne på den anden side[836].

Derfor vil der i det danske juridiske fortolkningsfællesskab formentligt være mindre tilbøjelighed til at anvende Den Europæiske Menne-

834. Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, s. 126ff.
835. Henrik Zahle: »Dansk Forfatningsret«, bd. 3, 1997, s. 30ff.
836. Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 34.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 353 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skerettighedskonvention mellem private i situationer, hvor der er tydelige private interesser som for eksempel kontraktsfriheden på spil, end hvor der er mere klart offentligeretslignende interesser på spil.

Helt at afvise Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private kontraktsparter[837], er dog for vidtgående. Kontraktsfriheden eller aftalefriheden er ikke et absolut princip, der skal indgå som alt-afgørende anvisning på løsning af konkrete konflikter. Princippet skal inddrages i afvejningen overfor andre principper, herunder de principper, der findes i menneskerettighederne.

Det får den betydning, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil have større gennemslagskraft på områder med en intensiv offentligretlig regulering, end på mere rent privatretlige områder. Dette vil også være i overensstemmelse med det »spor«, der er beskrevet i kapitel 6. Her falder de domme, der peger på anvendelse mellem private netop indenfor områder, hvor der er en offentligretlig regulering af ikke uvæsentlig betydning. Dette har dog også sammenhæng med, at intensiv offentlig regulering ofte findes på retsområder, der materielt er omfattet af konventionen.

Denne opfattelse tager også højde for et argument, der ofte høres i debatten om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, nemlig at der er behov for, at konventionen kan anvendes, fordi flere opgaver lægges ud til private i forbindelse med privatisering og lignende. Selvom et område lægges ud til private, for eksempel udlicitering af fængselsopgaver til private organisationer, vil det sædvanligvis være undergivet intensiv offentligretlig regulering, som vil gøre det naturligt (stadigt) at lade Den Europæiske Menneskerettighedskonvention have en betydelig gennemslagskraft på området.

6. Konklusioner

Der kan peges på tre argumenter, der sædvanligvis fremføres som argument mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Det første argument for ikke at anvende Den Europæiske Menne-

837. Se hertil for eksempel Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontrakts-parter i dansk ret?«, der s. 204 anfører, at hvis »det anerkendes, at grundrettigheder har direkte virkning mellem private parter, indebærer det et indgreb i aftalefriheden …«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 354 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skerettighedskonvention mellem private er forudsætningen om, at der er tale om en relation med kun to parter, nemlig staten og en borger. Denne forudsætning dækker dog ikke hele den retlige virkelighed.

På det internationale niveau består der på grund af de procesuelle håndhævelsesregler, hvorefter kun stater kan indbringes for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, først og fremmest en retlig relation mellem den indklagede stat og det individ, der har indbragt sagen[838]. Måtte Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol statuere krænkelse, bliver staten alene forpligtet til eventuelt at reparere skaden overfor det krænkede individ selv. Dette kan naturligvis indebære, at staten må ændre retsstillingen mellem parterne via den nationale ret. Rent retligt er der ikke andre »tredieparter«, der er involveret på det internationale plan.

På det nationale niveau får, som vi har set, det forhold, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er et direktiv til hele staten, herunder til domstolene og den udøvende magt, den betydning, at privates retsforhold kan blive reguleret i ugunstig retning på grund af konventionen. Hvis de danske retsanvendende myndigheder skal udøve deres kompetence i overensstemmelse hermed, får konventionen som refleks betydning for afgørelsen af konflikter mellem borgerne indbyrdes. Som en refleks af dette kan forudsætningen om, at der altid kun er to parter i relationen, ikke opretholdes – der vil jævnligt være tre parter, nemlig staten og (mindst) to borgere, der indbyrdes er i konflikt med hinanden.

Det næste argument mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private er, at private ikke kan være pligtsubjekt for konventionen.

Afvisningen af at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private på baggrund af en antagelse om, at private ikke kan være pligtsubjekt for konventionen, er dog heller ikke holdbar.

Endeligt taler det forhold, at konventionen er en offentligretlig for-

---

838. Efter konventionens art. 36, stk. 2, kan domstolens præsident »opfordre ... enhver impliceret person, der ikke er klageren, til at afgive skriftlige bemærkninger eller til at deltage i høringer«. Den pågældende er dog ikke part. Ikke desto mindre anerkendes det dog, at der for sagsoplysningenns skyld kan være behov for at inddrage andre synspunkter i sagens behandling.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 355 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skrift, ikke afgørende imod en anvendelse af konventionen mellem private.

Det er derfor ikke en rigtig beskrivelse af gældende ret at sige, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finder anvendelse mellem private.

Imidlertid er det heller ikke en rigtig beskrivelse at konkludere, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention altid vil kunne finde anvendelse mellem private. Den forudsætning, som trives både i det transnationale fællesskab, i det tyske og i det danske juridiske fortolkningsfællesskab om, at anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private må have visse begrænsninger, må betyde, at der er en begræsning. Det følger af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols flere gange anvendte formulering: »even in the private sphere« (min understregning), og af den danske diskussion om, hvorvidt det overhovedet kan lade sig gøre, samt af den tyske diskussion af det samme.

Det vil sige, at forudsætningerne fra dels menneskerettighedernes oprindelse om primært at være beskyttelse overfor staten, og den danske forfatningsretlige forudsætning herom, til en vis grad må være gældende. Anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private må være undergivet begrænsninger.

Det er derimod nok en rigtigere beskrivelse at sige, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan have forskellig gennemslagskraft alt efter, om der er private på begge sider i konflikten, eller om der er tale om en konflikt mellem staten og en privat. Gennemslagskraften kan endvidere variere alt efter hvilke regler, der i en konkrete fortolkningssituation finder anvendelse.

De begræsninger, der efter den herskende opfattelse i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, er med hensyn til anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, skal ikke bruges til at afgøre, *om* Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes, men som ledetråde for fortolkningen af, *i hvilket omfang* Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private.

Denne regel kan ikke deduceres fra sætninger om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention primært er forholdsregler om, hvordan kompetece skal udøves, heller ikke af en regel, om at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke binder private eller

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 356 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ikke kan have private som pligttsubjekt, eller at der ikke er hjemmel til at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Reglen skal derimod findes i det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse af magtfordelingslæren og i tilknytning hertil forestillinger om retssikkerhed.

En beskrivelse af retsstillingen for så vidt angår det spørgsmål, som blev stillet i kapitel 1, om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, kan på den baggrund sammenfattes således:

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den dertil knyttede retspraksis indeholder regler om statens udøvelse af kompetence overfor private. Alle statens organer, herunder domstolene og forvaltningen, er forpligtede af konventionen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan dermed finde anvendelse på privates retlige forhold indbyrdes, hvor disse retsanvendende myndigheder træffer afgørelse i konflikter mellem private.

Det må afgøres ved fortolkning, i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse til regulering af konkrete retlige konflikter mellem private. I denne fortolkning må inddrages retlige faktorer, der følger af det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelser. Der kan være modstrid mellem disse faktorer og de krav, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention stiller. Såfremt dette er tilfældet, må de danske myndigheder foretage en afvejning af de forskellige hensyn.

En begrænsning, som med stor sikkerhed kan udledes af det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse er, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kan anvendes som eneste retsgrundlag for afgørelse af privates indbyrdes retsstilling.

Endvidere vil anvendelse af konventionen mellem private på en måde, der anses for at stride mod en dansk lov, efter det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse kræve vægtige argumenter, der taler for en sådan anvendelse.

Sammenfattende kan overvejelserne vedrørende den terminologi, der kan anvendes til beskrivelse af denne anvendelse mellem private anføres følgende:

Den anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, som er beskrevet ovenfor, kan ikke samles på korte formler om Drittwirkung – ligesom det ikke giver særlig vejledning at opstille en sondring mellem indirekte og direkte Drittwirkung. De for-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 357 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mer for anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, som kan tænkes i relation til privates retsforhold indbyrdes, er for mange og for forskelligartede til, at opstillingen af denne sondring giver mening. Dette skyldes også, at terminologien har sit ophav i tysk ret, mens den er kommet til at omhandle andre forhold på sin vej fra tysk ret over international ret til dansk ret. Som det er fremgået tidligere[839], er de forskellige forfattere da heller ikke enige om, hvad denne sondring dækker over. Imidlertid kan de situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, ikke deles op i kun to situationer – der er tale om en række glidende overgange, der ikke kan indordnes under sondringen direkte/indirekte Drittwirkung.

Den terminologi, der er at foretrække, er på den baggrund »anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private«. Denne terminologi er ikke præcis, men til gengæld tilstrækeligt åben til at dække de mangeartede forhold, hvor konventionen kan få betydning for løsningen af konflikter mellem private.

Det bliver nu en opgave at udmønte disse overvejelser og deres betydning for dansk ret nærmere. Dette sker i næste kapitel.

839. Se afhandlingens kapitel 10.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 358 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 13

Anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret

1. Indledning

Som det er fremgået af de tidligere kapitler, kan der peges på en række forbehold i de forskellige juridiske fællesskaber overfor tanken om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skulle kunne anvendes til løsning af retlige konflikter mellem private. Forbeholdene bygger på en grundlæggende forestilling om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Denne forestilling om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention hviler, som det er fremgået tidligere, på bestemte forudsætninger, nemlig at den relation, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention regulerer, er en relation mellem en stat og et privat individ, og at denne retlige relation baserer sig på tre forhold; for det første at der netop kun er to parter i relationen, for det andet at kun staten er pligtsubjekt og den private kun rettighedssubjekt i forhold til den menneskeretlige norm, og for det tredie at der er tale om en offentligretlig/folkeretlig relation. Som det er fremgået, er denne opfattelse dog ikke holdbar.

Som det videre er fremgået af de tidligere kapitler, er der da også sket en udvikling i holdningen til spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, både i det transnationale fortolkningsfællesskab og i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. Udviklingen har medført, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i et vist omfang anses for anvendelig også i relationer mellem private parter. Der er dog nok stadigt større forbehold i det danske juridiske fortolkningsfællesskab end i det transnationale fortolkningsfællesskab med hensyn til spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

På baggrund af gennemgangen i de tidligere kapitler kan det imidlertid nu konkluderes, at mange, både teoretikere og praktikere fra forskellige dele af det danske juridiske fortolkningsfællesskab, nu er

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 359 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

enige om, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private. Den bliver rent faktisk også anvendt mellem private i retspraksis. Man kan således tale om en tendens, der bevæger sig i retning af opfattelsen i det transnationale fortolkningsfællesskab, hvorefter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse også mellem private.

Det betyder, at den ramme, der er beskrevet i afhandlingens kapitel 3 og 4, er under forandring. Menneskerettighederne er ved at skifte karakter. Rammen har dog stadigt den betydning, at den sætter visse begrænsninger i anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Omfanget af denne anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private må afgøres ved fortolkning. Det er ikke muligt at opstille en regel, der en gang for alle angiver, i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private indbyrdes.

Det, der kan siges med sikkerhed, er, at anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private ikke kan afvises med en »allerede-fordi-begrundelse«. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention må inddrages i det retlige grundlag, som tvisten skal afgøres efter.

Derfor er dommen gengivet i UfR 1999, s. 2102 Ø[840], hvor landsretten anførte, at »Da indstævnte[841] ikke er en statslig virksomhed, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finde anvendelse på forholdet«, formentligt forkert. At de påberåbte artikler ikke fandt anvendelse i sagen er åbenbart, men det skyldes *indholdet* af artiklerne – ikke det forhold, at de blev påberåbt mod en ikke-statslig virksomhed.

Denne betragtning stemmer også bedst overens med den måde, hvorpå Højesteret inddrog Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i dommen gengivet i UfR 1999, s. 1316 H (Novodan-sagen[842]). Højesteret afviste ikke at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i løsningen af de privates konflikt med den begrundelse, at allerede fordi Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

840. Se referat i kapitel 11.
841. Der var en kreditforening.
842. Se referat i kapitel 11.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 360 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ikke kunne anvendes overfor den private arbejdsgiver, var den ikke anvendelig i den foreliggende situation, men afviste at anvende konventionen efter en fortolkning af konventionens materielle indhold på baggrund af den praksis, der havde udviklet sig i tilknytning til konventionen.

De forbehold, der tidligere har været mod anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, må dog stadigt forventes at spille en rolle, således at anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention på konkrete tvister mellem private må ske under inddragelse af de forbehold, der har været gengivet i de tidligere kapitler. Forestillinger, der har været udbredte, forsvinder ikke på en gang – slet ikke, når forestillingerne er velbegrundede og derfor velintegrerede i for-forståelsen hos udøverne i fortolkningsfællesskabet. Det, der tidligere har været et argument mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, kan efter omstændighederne være et argument for en indskrænkende fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde i en situation, hvor konflikten står mellem to private parter.

Anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention på konkrete retstvister mellem private må derfor stadigt ses i lyset af den for-forståelse, der er fremgået i de tidligere kapitler.

Det er dette, der kommer til udtryk, når Vestre Landsret anfører i sin afgørelse i ovennævnte »Novodan-sag«, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention »*grundlæggende* kun binder de kontraherende stater« (min kursivering), eller når Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol anfører, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse »*even* in the sphere of the relations of individuals between themselves«[843] (min kursivering).

I dette kapitel skal der på baggrund af denne for-forståelse peges på en række elementer, der kan indgå i den konkrete fortolkning af, hvornår og hvordan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private i dansk ret.

---

843. A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt den 26. marts 1985.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 361 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2. Formulering af hensyn, der har betydning for anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i dansk ret

Afgørelsen af, om og hvordan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention skal anvendes mellem private, må træffes under hensyntagen til de overordnede værdier, der findes i det danske juridiske fortolkningsfællesskab og det transnationale fortolkningsfællesskab.

I kapitlet om retsteori og metode blev spørgsmålet om legitimitet og forudberegnelighed berørt[844]. En retsorden må leve op til krav om legitimitet både i relation til det danske juridiske fortolkningsfællesskab og i relation til, hvad man kunne kalde »det omkringliggende samfund« – de ikke-jurister, hvis accept hele retssystemet hviler på[845]. Legitimitetsvurderinger må derfor spille en rolle ved vurderingen af, i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan være afgørende for udfaldet af en konflikt mellem private.

Her kan man rimeligvis spore en forskel på legitimitetsvurderingen mellem jurister og ikke-jurister i relation til spørgsmål om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, selvom man ikke kan påvise en sådan påstand på videnskabeligt grundlag.

Legitimiteten i det danske juridiske fortolkningsfællesskab bygger på, om det er i overensstemmelse med juristernes traditionelle forforståelse at lade menneskerettighederne regulere retsforhold mellem private, hvilket – som det er fremgået af det foranstående – ikke nødvendigvis er tilfældet. Det vil formodentlig være lettere at godtgøre overfor ikke-jurister, at menneskerettighederne skal spille en så tungtvejende rolle, at de også har betydning mellem private, end overfor jurister. Ikke-jurister har muligvis større respekt for menneskerettighederne end jurister, i hvert fald hvis disse jurister er opvokset med Ross's opfattelse om forskellen mellem jura og retfærdighed. Hvis jeg har ret i, at der er denne forskel, er det nok noget, det danske juridiske fortolkningsfællesskab må forholde sig til.

---

844. Se kapitel 2.

845. Se for eksempel om behovet for, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention bevarer sin legitimation overfor befolkningen, Eva Smith: »Frifundet i straffesagen – dømt til offererstatning. En kafkask retstilstand«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 362 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.1. De overordnede hensyn

Legitimitetsvurderingen indeholder i hvert fald fire overordnede hensyn, som må inddrages.

For det første kan der peges på et hensyn til, at Danmarks retsudøvelse er i overensstemmelse med den internationale ret, landet har tiltrådt[846]. Man kunne tale om et harmoniseringshensyn.

For det andet må inddrages et hensyn til forudberegnelighed. Accepten af de retsanvendende myndigheders afgørelser hviler generelt på en høj grad af forudberegnelighed, der dermed også bliver et tungtvejende hensyn.

I forbindelse med hensynet til forudberegneligheden må det ikke overses, at harmoniseringshensyn også spiller en rolle i relation til forudberegnelighed. I kravet om forudberegnelighed ligger også et krav om, at der ikke findes for store afvigelser mellem de enkelte fortolkningsfællesskabers opfattelser. Der må derfor findes en syntese mellem de forskellige fællesskabers opfattelser, således at opfattelserne legitimeres overfor omverdenen og internt i de enkelte fællesskaber, samt overfor andre fortolkningsfællesskaber. »Rigtig« juridisk argumentation er blandt andet afhængig af, om argumentationen i sin form kan erkendes som »rigtig« af deltagere i andre fortolkningsfællesskaber.

På den anden side er dette ikke et krav om, at alle fortolkningsfællesskaber skal komme til samme resultat. Der kan nemlig peges på et tredje hensyn, nemlig et hensyn til magtfordelingen. Det er heri, at pluralismen, som især blev fremhævet i kapitel 4, viser sig. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Højesteret skal ikke nødvendigvis komme til samme resultater i samme konflikt, al den stund at Højesteret skal varetage andre hensyn, end Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol skal varetage.

Højesteret kan for eksempel have behov for at vægte hensynet til den danske magtfordeling højt. Dette følger af hensynet til den demokratiske statsopfattelse, som den opfattes i dansk ret.

De indvendinger, der i forbindelse med drøftelserne om inkorporeringen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention blev rejst om konventionens egnethed til at regulere privates indbyrdes konflik-

---

846. De gange, hvor Danmark er blevet dømt ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, har det for eksempel givet anledning til en del negative kommentarer i dagspressen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 363 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ter, vedrørte blandt andet risikoen for, at magtfordelingsbalancen blev forskubbet.

Det må antages, at dette hensyn vejer tungt i den for-forståelse, der trives i det danske juridiske fortolkningsfællesskab. At det også er et tungtvejende hensyn i det transnationale fortolkningsfællesskab, fremgår af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols mange bestræbelser for at afbalancere hensynet til den enkelte overfor hensynet til statens mulighed for at foretage hensigtsmæssig regulering af den enkeltes retlige forhold. Hensynet til magtfordelingen bliver dermed et tungtvejende hensyn at inddrage i vurderingen af omfanget af anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, men hvor tungt, hensynet skal veje, afhænger af, hvilken myndighed der træffer afgørelsen. Hensynet har således fået domstolene til at afstå fra at træffe afgørelser af vidtrækkende karakter på det menneskeretlige område, fordi det var mest rigtigt at overlade det til Folketinget at beslutte, på hvilken måde – og om – Danmark skal opfylde sine internationale forpligtelser. Hensynet til den interne magtfordeling i dansk ret er imidlertid et hensyn, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ikke skal tage. Dette kan medføre forskellige afgørelser.

Endeligt kan peges på et fjerde hensyn, nemlig hensynet til lighedsprincipper, der også må spille en rolle.

I det følgende udmøntes disse hensyn mere konkret.

Herudover må anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private ske under hensyntagen til en række retsprincipper, der er anerkendt i dansk ret. Afvejningen af disse anerkendte retsprincipper gøres til genstand for drøftelser efter drøftelsen af de mere overordnede hensyn.

Det bemærkes, at nedenstående er forsøg på at opstille en række elementer, der kan indgå i en konkret fortolkningssituation – ikke en udtømmende facitliste.

2.1.1. Harmoniseringshensynet

Hensynet til Danmarks overholdelse af sine internationale forpligtelser må føre til det udgangspunkt, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention tillægges en vis vægt, når den inddrages i fortolkningen også i konflikter mellem private – både ved domstolene og ved forvaltningen. Konventionens mulige anvendelse på konfliktens problemstillinger må undersøges, også i tilfælde af en konflikt mellem private, på

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 364 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

samme måde som en fortolker vil undersøge konventionens mulige anvendelse i en sag, hvor konflikten står mellem staten og et privat individ.

Retsanvenderen må tage sit udgangspunkt i, hvorvidt det er sandsynligt, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i den konkrete situation vil finde Den Europæiske Menneskerettighedskonvention anvendelig. I vurderingen heraf må inddrages ikke blot konventionens tekst, men også den praksis, der foreligger fra konventionsorganerne.

Det er i den forbindelse en pointe, at man ikke på forhånd kan pege på bestemte situationer, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med bestemthed vil blive anvendt mellem private – det vil afhænge af en række konkrete forhold i fortolkningssituationen, om det må antages, at statens positive forpligtelser kan føre til anvendelse af konventionen mellem private i den konkrete sag.

De principper, der er beskrevet i kapitel 4 og 6 til 8, og som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol tillægger vægt, må inddrages i overvejelserne, selvom de til tider kan synes fremmede fra dansk ret.

En række argumenter vedrørende anvendelse af konventionen mellem private er gennemgået i kapitel 6. Det har været drøftet, hvorvidt der kan peges på bestemmelser, der ikke kan anvendes mellem private, eller på bestemmelser, som det netop vil være særligt naturligt at anvende mellem private, ligesom en række andre argumenter fra teorien om konventionen har været gennemgået. Selvom disse argumenter ikke har givet entydige svar på hovedspørgsmålet om, hvorvidt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, kan de argumenter, der har været brugt i diskussionen om anvendelse af konventionen mellem private, stadig få betydning for en konkret vurdering af, i hvilket omfang en given bestemmelse kan anvendes.

Der er dermed tale om et krav om, at domstolen inddrager Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i sine overvejelser.

Derimod er det ikke nødvendigvis et krav om, at domstolen kommer til et bestemt resultat.

Såfremt undersøgelsen nemlig (med en vis sandsynlighed) fører til et resultat, hvorefter konventionens materielle bestemmelser kan have betydning for konfliktens afgørelse, må der ske en afvejning i forhold til andre hensyn, herunder især magtfordelingshensynet, hensynet til forudberegneligheden, samt til lighedsprincipper.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 365 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

2.1.2. Forudberegnelighedshensynet

Den retssikkerhedsgaranti, der ligger i forudberegnelighed, understreges ofte i forbindelse med drøftelser af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelse mellem private[847]. Som overordnet udgangspunkt må en borger, der er undergivet dansk jurisdiktionsmyndighed, kunne regne med, at dansk ret er i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Der er imidlertid ingen tvivl om, at anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den dertil knyttede retspraksis mellem private kan medføre, at den enkeltes retsstilling bliver mindre forudberegnelig, end den ville være uden anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Forudberegnelighedshensynet antages derfor ofte at føre til en indskrænkende anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private i situationer, hvor anvendelsen af konventionen vil føre til, at en privat parts retsstilling er mindre gunstig end den ville være, hvis dansk ret anvendes uden inddragelse af konventionen[848].

Argumentet har dog sine begrænsninger; selvom der naturligvis er et hensyn at tage til den borger, der har indrettet sig i tillid til en dansk retstilstand, er der vel et lige så tungtvejende hensyn at tage til den anden part i konflikten, der måske har indrettet sig på den retstilstand, der må antages at være gældende efter international ret, i tillid til, at Danmark ville overholde sine internationale forpligtelser. Dette må da gælde så meget desto mere, når Danmark ved at følge den danske retstilstand kommer i strid med den international ret – hvorfor både lade en borger miste en rettighed, han har efter konventionen, og som han har indrettet sig på, og samtidigt overtræde international ret?

Det er ikke et argument herimod at henvise til, at såfremt forudsigelighedshensynet fører til, at domstolene finder at måtte anvende dansk ret på konventionsstridig måde, da vil den borger, hvis konventionsbeskyttede rettigheder lider skade, kunne søge erstatning[849]. Det var da

---

847. Se for eksempel betænkning nr. 1407/2001: »Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret«, s. 304f.
848. Argumentet gentages i bet. 1407/2001, s. 19, om inkorporering af andre menneskerettighedskonventioner end Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Se også Jonas Christoffersen: »Folkerettens virkning i dansk ret«, særligt s. 148.
849. Argumentet er anført i bet. 1407/2001, s. 305 om anvendelsen af andre konventioner end Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 366 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

mere naturligt at henvise den, der – godt nok på grund af danske myndigheders mangelfulde indretning af dansk ret – havde indrettet sig i tillid til en forkert forestilling om, hvordan hans retsstilling ville være, til at søge erstatning. Hertil kommer, at erstatning ikke altid vil løse problemet; en fejlagtig anvendelse af hensynene i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 8 i en familieretlig sag kan ikke nødvendigvis løses ved, at den krænkede part får erstatning.

Forudsigelighedshensynet skal derfor efter min opfattelse anvendes med varsomhed, og harmoniseringshensynet må tillægges tilsvarende større vægt.

I den forstand fører forudsigelighedshensynet til, at harmoniseringshensynet skal være meget tungtvejende; det er trods alt nemmere at forudse sin (rigtige) retstilstand end at gætte på, om domstolene nu vil lægge en (forkert/tvivlsom) retstilstand til grund.

Forudberegnelighedshensynet aktiverer en række fortolkningsteknikker, der ikke er specielle for fortolkningen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, men som også spiller en rolle allerede ved den almindelige fortolkning[850].

Hvis en rettighed fremgår direkte af konventionen, som for eksempel retten til tolk i art. 6, taler meget for, at den kan få gennemslagskraft mellem private. Hvis rettigheden derimod er mere uklart formuleret, må den nationale domstol være mere forsigtig med anvendelsen. I denne vurdering må også indgå, hvorvidt den danske lovtekst, der typisk også indgår i retsgrundlaget for afgørelsen, er klart eller mere uklart formuleret. Dette er også i overensstemmelse med betænkningen, der lå til grund for inkorporeringen af konventionen, hvor det anføres, at »vage standarder« er mere egnede til at opfyldes ved lovgivningens hjælp end ved domstolenes[851].

Hensynet til forudsigeligheden gør det også påkrævet at tage stilling til de sproglige problemer, der følger af det forhold, at konventionen ikke findes på dansk i en autoritativ tekst. Denne afhandling bygger på den tanke, at retsreglen ikke klart kan skelnes fra sit sproglige ud-

850. Se Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 2, s. 275ff., om fortolkning af international ret og national ret generelt.
851. Bet. 1220/1991, s. 148.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 367 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tryk[852]. En retsregel på engelsk eller fransk aktiverer derfor ikke nødvendigvis fyldestgørende retlige overvejelser hos en dansk jurist.

Dette kan gøre det nødvendigt for de retsanvendende myndigheder at begrænse anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

Forudsigelighedshensynet kan føre til, at der må lægges vægt på, hvad en person, der behersker det danske sprog, men ikke det engelske og franske, kan forvente ved læsning af den tekst, som det danske Folketing har udsendt. Her er en uautoriseret oversættelse af konventionsteksten knyttet som bilag til henvisningsloven. Hvis der er uoverensstemmelse mellem den danske oversættelse og den autoritative tekst, må det ved fortolkning afgøres, hvilken tekst der lægges til grund. Meget taler for, at den dansk tekst må være tungtvejende. På den anden side virker det stødende at kræve, at domstolene lægger en forkert forståelse til grund, fordi den fejlagtigt optræder i oversættelsen.

I forbindelse med spørgsmålet om forudberegnelighed aktualiseres det spring, der kan være mellem opfattelsen i det danske juridiske fortolkningsfællesskab og i det transnationale fortolkningsfællesskab. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention pendler, som nævnt i kapitel 3, mellem værdier og positivt udtrykte retsregler. Der vil være en større tilbøjelighed i det transnationale fortolkningsfællesskab til inddragelse af værdierne, selvom de ikke har fundet udtryk konkret i den positive ret. Når fortolkningen sker i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, kan forudsigelighedshensynet føre til, at en fortolkning, der er mere tekstnær, foretrækkes, frem for en løsning, der ville følge af en større fokusering på de værdier, en given retsregel er grundet på.

Den samme konflikt kan derfor vurderes forskelligt i det danske juridiske fortolkningsfællesskab og i det transnationale fortolkningsfællesskab.

Også denne situation må løses ved konkret fortolkning, hvor det ikke er givet, at den, der har haft tillid til den danske – fejlagtige – løsning, skal have medhold.

Forudberegnelighedshensynet aktualiserer også en række problemer

---

852. Jf. kapitel 2.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 368 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

i relation til inddragelsen af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol offentliggøres ikke på samme let tilgængelige måde, som når danske domme, der har en vis betydning, bliver offentliggjort i Ugeskrift for Retsvæsen. Dommene fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ligger dog på Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols hjemmeside[853]. I en konkret dansk sag har det været gjort gældende, at det skulle tillægges betydning, at domspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol var vanskeligt tilgængelig[854].

Selve det forhold, at retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol føles vanskelig at sætte sig ind i eller vanskelig at få fat på, kan ikke være et argument for ikke at lægge vægt på den praksis, der nu måtte være fra konventionsorganerne. Som anført tidligere[855], kan retspraksis ikke isoleres fra konventionsteksten i fortolkningsprocessen.

Men anvendelsen af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i dansk ret rejser alligevel nogle problemer.

Det kan ofte være vanskeligt at afgøre, hvor langt domme vedrørende andre landes lovgivning og øvrige retstilstand rækker.

Ved vurderingen af retspraksis må det indgå, hvor klar denne retspraksis er, og om det fremgår helt klart af dommen, hvad retsstillingen efter konventionen er.

Hertil kommer igen et sprogligt problemer. Dommene affattes på engelsk og fransk, men udgives ikke i en dansk version. Selvom de fleste danske i dag taler engelsk, er det stadigt stødende, hvis retsstillingen afgøres ud fra en retspraksis, det principielt kræver sprogkyndighed at sætte sig ind i.

Hertil kommer videre, at det danske juridiske fortolkningsfællesskabs fortolkningsstil i nogle situationer ligger langt fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols fortolkningsstil. Det kan spille en

---

853. http://www.echr.coe.int/

854. Se dommen gengivet i UfR 1999, s. 1316 H (Novodan-sagen), hvor det for landsretten af sagsøgte (arbejdsgiveren) var gjort gældende, at »det ville føre til en krænkelse af borgernes retssikkerhed, såfremt der ... under henvisning til svært tilgængelige afgørelser truffet af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol kunne gøres økonomiske krav gældende overfor ... en privat arbejdsgiver, der har overholdt dansk lovgivning«.

855. Se hertil kapitel 4.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 369 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

rolle for forudsigeligheden, hvis en given fortolkning fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol ligger langt fra, hvad en dansk jurist/borger, der læser konventionen, ville komme til. Den dynamiske fortolkning kan, hvis den ligger for langt fra, hvad man her i landet ville komme til, tale i retning af en vis tilbageholdenhed i anvendelsen mellem private.

Endeligt kan nævnes en situation, hvor en fortolkning af konventionen ikke fremgår af ovennævnte kilder, men for eksempel af udenlandsk teori, som kan tænkes anvendt/er blevet anvendt af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. I denne situation må danske domstole ligeledes være meget forsigtige med at lægge forståelsen i det internationale regi til grund.

2.1.3. Magtfordelingshensynet

Magtfordelingshensyn vil kunne spille en rolle, idet synspunkter fra fortolknings- og formodningsreglen må også antages at få betydning her; Folketingets stilling, som den for eksempel kommer til udtryk i forarbejderne til den lov, der er til fortolkning, vil få betydning for domstolenes holdning til, i hvilket omfang synspunkter fra Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan slå igennem under en sag mellem private. Inkorporationslovens præg af konventionens folkeretlige oprindelse, som også beskrevet blandt andet i kapitel 4, må få indflydelse på danske domstoles fortolkning af loven.

At eksisterende kompetencer fortolkes i overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil kun yderst sjældent kunne give anledning til problemer i relation til magtfordelingshensynet – det er forudsat i retspraksis fra Højesteret og anerkendt i dansk ret, at den danske retstilstand skal fortolkes i lyset af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Hvor der er tale om anvendelse af konventionen mellem private, må det dog forventes, at domstolene og forvaltningen vil udvise en udstrakt tilbageholdenhed med at komme til et resultat, der direkte strider mod lovens ordlyd, selvom anvendelse af konventionen måtte føre til denne løsning.

Hertil kommer, at der vil være en tilbøjelighed til, at domstolene overvejer, hvor vidtrækkende konsekvenser en dom med et bestemt resultat vil få. Såfremt en bestemt afgørelse må antages at have vidtrækkende betydning for reguleringen af forhold mellem private, vil

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 370 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

retten i nogle situationer foretrække at overlade (det politiske) skøn til lovgivningsmagten og indtage en forsigtig holdning[856].

Hvis der derimod er tale om kompetencer/hjemler, der efter dansk ret kan findes, men som aktuelt ikke findes i dansk ret, opstår spørgsmålet om, hvordan en sådan kompetence/hjemmel introduceres i dansk ret, hvis den må antages at være et krav efter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Hvis Danmark skulle komme i den situation, er det vanskeligt at forestille sig, at andre end Folketinget kan komme på tale som det organ, der opretter hjemmelen i dansk ret. Hvis domstolene eller en forvaltningsmyndighed skulle introducere en sådan hjemmel alene på baggrund af konventionen, ville man være tæt på grænsen, hvor en tiltræden til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ville kræve en vedtagelse af konventionen efter grundlovens § 20[857].

Således må det som nævnt i kapitel 12 antages, at de retsanvendende myndigheder kun i meget specielle tilfælde vil introducere nye kompetencer/hjemler på grundlag af konventionen. Dannelse af nye regler til regulering af privates retsforhold indbyrdes vil blive overladt til Folketinget.

Herudover gælder der den begrænsning i den forfatningsretlige opfattelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som forholdsnorm for den dømmende og den udøvende magt, at såfremt det må lægges til grund, at Folketinget faktisk har haft til hensigt at overtræde forholdsnormen i konventionen ved vedtagelsen af en lovbestemmelse, gælder pligten for den dømmende og den udøvende magt til at tage hensyn til de i konventionens indeholdte pligter heller ikke. I den situation skal domstolene og administrationen følge den regel, Folketinget har fastsat – også i forholdet mellem private.

Endeligt må det påpeges, at hvis der decideret er tale om en kompetence, som slet ikke *kan* findes efter dansk ret, for eksempel adgang til at indføre censur, jf. grundlovens § 77, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke føre til, at der for de retsanvendende

856. Jf. også bemærkningerne i kapitel 4.

857. Grundlovens § 20 omhandler den procedure, der skal anvendes til overladelse af beføjelser, der tilkommer rigets myndigheder, til mellemfolkelige myndigheder.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 371 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

myndigheder konstitueres sådanne kompetencer. Dette ville kræve anvendelse af grundlovens § 88[858].

2.1.4. Lighedsprincippet

I tilknytning til legitimitetsbetragtningerne kan der også peges på et hensyn til lighedsbetragtninger. Situationer, der er ens, skal også behandles ens. Det vil være vanskeligt for en privat, der for eksempel føler sin ytringsfrihed krænket af en privat arbejdsgiver at forstå, at beskyttelsen i denne situation er ringere end beskyttelsen i en situation, hvor det er en offentlig arbejdsgiver, der har begrænset ytringsfriheden. Dette hensyn vil i nogle situationer tale mod en begrænsning af anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

2.2. Aftalefriheden

Udover ovennævnte overordnede hensyn, som skal inddrages i vurderingen af, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private, kan det i situationer, der er undergivet aftaleretlige synspunkter, diskuteres, hvorledes hensynet til aftalefriheden skal inddrages i afvejningen.

Udgangspunktet kan tages i et synspunkt om, at den autonomi, som aftalefriheden hviler på, gør det naturligt, at domstolene udviser tilbageholdenhed overfor at gribe ind i forholdet mellem to private.

I dansk ret forventes denne tilbageholdenhed dog at være størst, når der er tale om ligeværdige aftaleparter. Hvis den ene parts forhandlingsposition er ringere end den andens, kan der være grund til, at staten forholder sig mere styrende i forhold til parternes indbyrdes forhold, end hvis parterne forhandler fra en ligeværdig position[859].

Man kan genfinde dette forbehold i teorien i tilknytning til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[860], men spørgsmålet er, om det alene er aftalefriheden, der begrunder det.

Den gennemgang af retspraksis fra Den Europæiske Menneskeret-

858. Der omhandler grundlovsændringer.
859. Se for eksempel Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, s. 221.
860. Se for eksempel Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, s. 34.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 372 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

tighedsdomstol, der er foretaget tidligere[861], viser, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke alene finder anvendelse mellem private, hvor parterne ikke har ligeværdige positioner, men også i situationer, hvor parterne har en sådan position[862]. Som anført tidligere er det nok mere en intensitetsvurdering/proportionalitetsvurdering, der afgør, om konventionen konkret anses krænket.

Dette betyder, at der næppe kan antages at være en øget tilbøjelighed til at anvende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, blot fordi der er ulighed mellem de private parter[863]. Forholdet er snarere det, at hvor der er en ubalance mellem de to private parter, vil intensiteten af den krænkelse, den dominerende part kan tilføje den anden, være større, hvorfor konventionen lettere krænkes i sådanne situationer, end hvor der er større grad af ligeværdighed mellem parterne.

Heller ikke det forhold, at der er en intensiv offentligretlig regulering af aftalefriheden, vil i sig selv kunne øge tilbøjeligheden til at anvende konventionen mellem private. Forholdet er snarere det, at områder, hvor der er en intensiv offentligretlig lovgivning, også er områder, der materielt ligger inden for – eller i hvert fald tættere på – Den Europæiske Menneskerettighedskonventions anvendelsesområde. En aftale indenfor sådanne områder vil derfor i højere grad kunne krænke konventionen, end aftaler på områder, hvor intensiv offentligretlig lovgivning ikke er fundet påkrævet.

På den baggrund er der større sandsynlighed for, at konventionen anvendes mellem private på områder, hvor reguleringen i forvejen indeholder betydelige offentligretlige elementer – lejelovgivningen, arbejdsretslovgivningen, familieretsreguleringen, miljøretten m.m. Det er på disse områder, at risikoen for, at konventionen materielt set krænkes, er størst. Det er næppe en tilfældighed, at nogle af de første områder, hvor man blev opmærksom på spørgsmålet om anvendelse af

---

861. Kapitel 7 og 8.

862. Se hertil generelt kapitel 8.

863. Der kan her sammenlignes med det af Stern anførte, hvorefter det i tysk ret er det »objektiv-rechtliche« indhold i grundrettighedsnormerne, der også skal virke mod magtfulde private inden for privatretten, således at dette, selvom der er et krav om, at grundrettighederne finder anvendelse også i sager, hvor der er ubalance mellem parterne for så vidt angår styrke, kun er udtryk for almindelige drittwirkungsregler. Han afviser således, at der skulle gælde andre regler i situationer med ubalance mellem de involverede end i andre situationer, hvor anvendelse af grundrettighederne finder sted mellem private. Se for referatet heraf kapitel 5.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 373 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, var i forbindelse med arbejdsretlige forhold, både i Tyskland, i det internationale/transnationale fællesskab og i det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

I familie med argumentet om aftalefriheden er argumentet om, at der vil være en større tilbøjelighed til at anvende konventionen mellem private i indispositive sager end i dispositive sager[864].

Hertil kan siges, at sondringen dispositiv – indispositiv ikke genfindes i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er også anvendt i sager, der efter dansk ret ville være »dispositive«[865]. Forholdet er nok snarere igen det ovenfor nævnte, at på grund af karakteren af de rettigheder, der beskyttes i konventionen, finder den – rent materielt – oftere anvendelse på områder, der i dansk ret kaldes »indispositive«. Det er svært at forestille sig, at en almindelig købekontrakt skulle kunne komme til at krænke konventionens rettigheder – hvilken materiel rettighed skulle kunne krænkes her? Men hvis man forestiller sig en købekontrakt, der krænkede en rettighed efter konventionen, og krænkelsen havde en vis intensitet, er der intet i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, der hindrer anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention også på et sådant rent privatretligt forhold.

En form for kontrakter, der nok er privatretlige og undergivet aftalefriheden, men som i højere grad kan tænkes at krænke Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, er de kontrakter, der indgås mellem forskellige TV-stationer og enkeltpersoner om optræden i forskellige former for realityshows, hvor det ligger i konceptet, at den enkeltes rettigheder kan blive krænket – eller vil blive krænket. Et eksempel kan være udsendelsen »Big Brother«, der kørte i dansk fjernsyn blandt andet i 2001. Her levede en række personer sammen under konstant overvågning af TV-kameraer, som optog og udsendte også optagelser, der klart er omfattet af privatlivets fred[866].

I relation til disse kontraktformer kan der opstå en række konkrete

---

864. Se kapitel 10.
865. Se for eksempel A 334, Velosa Barreto mod Portugal, dom afsagt den 21. november 1995, der var en lejesag.
866. Et andet eksempel kunne være udsendelsen »Fear Factor«, hvor personerne udsættes for forskellige, til tider farlige, situationer, der muligt kan krænke for eksempel art. 3, der indeholder forbud mod tortur, umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 374 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

afvejningssituationer, hvor aftalefriheden må spille en rolle for afvejningen. De involverede har jo accepteret, at en række rettigheder, der er omfattet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, krænkes, for eksempel retten til personlig frihed efter art. 5, retten til privatlivets fred efter art. 8 m.v. Aftalefriheden kan på den baggrund føre til, at de pågældende ikke efterfølgende kan påberåbe sig, at den danske stat har krænket konventionen, fordi den tillader en retstilstand, der giver mulighed for sådanne krænkelser.

At der er tale om forhold, der er omfattet af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions materielle beskyttelse, må dog føre til, at aftalefriheden ikke kan være det eneste hensyn. Også andre hensyn må inddrages i afvejningen, for eksempel intensiteten af krænkelsen og den enkeltes mulighed for at forudse krænkelsernes karakter. Den tilladelse, de pågældende har givet til krænkelse af deres menneskerettigheder, må – under hensyn til, at den er givet på et område, der materielt er omfattet af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – undergives en indskrænkende fortolkning. Deltagelse i den type program er ikke en tilladelse til enhver form for krænkelse.

3. Har domstolene pligt til ex officio at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i civile sager?

Anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private rejser et selvstændigt spørgsmål, nemlig hvem der skal sørge for, at konventionen bliver bragt ind i sagen som retligt materiale under en konflikt mellem private. Spørgsmålet er, om det er op til parterne selv at påberåbe sig konventionens krav, eller om domstolene ex officio skal inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i afgørelsen af parternes sag.

Spørgsmålet kan anskues fra en dansk vinkel eller fra en internationalretlig vinkel.

3.1. Dansk ret

Svaret set fra den danske synsvinkel skal findes i krydsfeltet mellem de processuelle regler, der gælder for processen ved danske domstole, og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, således som den anvendes i dansk ret.

Efter retsplejelovens § 338 kan en domstol kun tage hensyn til an-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 375 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

bringender, som en part har gjort gældende, eller som ikke kan frafaldes. Bestemmelsen, der fastslår det såkaldte forhandlingsprincip, besvarer ikke i sig selv spørgsmålet om, hvordan retten skal forholde sig, hvis en part undlader at gøre anbringender om en konkret konflikts forhold til Den Europæiske Menneskerettighedskonvention gældende eller frafalder sådanne anbringender, samtidig med at retten finder, at konventionen kan have betydning for udfaldet af konflikten. Skal domstolen da af egen drift inddrage konventionen i det retlige materiale, der ligger til grund for løsningen af konflikten?

Reglen om, at retten ex officio skal anvende gældende ret på det processtof, der er tilvejebragt af parterne, løser heller ikke problemet. Selvom det ligger fast, at gældende ret i denne sammenhæng også er internationale konventioner, der er inkorporeret i dansk ret[867], skal parterne stadigt have gjort det synspunkt gældende, som retsreglen skal anvendes på.

En vis hjemmel for generelt at foranstalte materiale, som parterne ikke selv har tænkt på, inddraget i en konkret sag, findes i retsplejelovens § 339, især bestemmelsens stk. 2. Efter denne bestemmelse kan retten opfordre en part til at tilkendegive sin stilling såvel til faktiske som til retlige spørgsmål, som synes at være af betydning for sagen. Det er naturligvis en konkret vurdering, om retten skal benytte sin adgang efter denne bestemmelse, men i hvert fald dele af litteraturen antager, at der er en vidtgående adgang hertil[868].

De mest benyttede civilprocesretlige fremstillinger tager ikke specifikt stilling til spørgsmålet om, hvorvidt domstolene generelt skal benytte deres adgang til ex officio at inddrage konventionen ved afgørelsen af konkrete sager[869].

---

867. Bernhard Gomard: »Civilprocessen«, s. 453.

868. Se for eksempel Bernhard Gomard: »Civilprocessen«, der s. 436 anfører følgende: »Synes en part på grund af en misforståelse eller en forglemmelse at have … undladt at fremføre et anbringende, som måske kunne vinde sagen for ham, bør dommeren i almindelighed spørge parten, om han ønsker at gøre et anbringende gældende. Parternes ukendskab eller misforståelse af retsreglerne og deres anvendelse bør ikke føre til retstab«.

869. Eva Smith: »Civilproces«, s. 22ff., og kapitel 6 om »Parternes rådighed over processen«, Bernhard Gomard: »Civilprocessen«, kapitel 27 om »Grundlaget for rettens afgørelse og dets tilvejebringelse«, Bernhard Gomard, Jens Møller og Lars Lindencrone Petersen: »Kommenteret retsplejelov«, s. 530ff.; noter ad retsplejelovens §§ 338 og 339, og Lindencrone og Werlauff: »Dansk retspleje«, s. 49 til 60, hvor forfatterne behandler »Menneskerettighedsdomstolens og EMK's rolle i procesretten«, og s. 227 til 233, hvor forfatterne behandler forhandlingsmaksimen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 376 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Svaret på spørgsmålet skal tænkes ind i den generelle ramme om det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse af domstolenes anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[870]. Efter denne opfattelse kræves en vis tilbageholdenhed for de danske domstole i deres anvendelse af konventionen uden for tilfælde, hvor det er klart, at konventionen fører til et bestemt resultat – herunder i situationer, hvor konventionen anvendes mellem private.

Udvalget, der anbefalede inkorporationen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, anførte[871], at »domstolene vil kunne arbejde ud fra en formodning om, at retstilstanden er i overensstemmelse med konventionen«, og at virkningen af denne formodning er, »at domstolene normalt ikke af egen drift skal påse, om der kan tænkes at foreligge en konventionskrænkelse i den konkrete sag«[872]. Udvalget antog derfor, at det »må være en opgave for parterne i en civil sag selv at påpege, om der er en mulig konflikt«[873]. Udvalget begrundede ikke sin holdning nærmere, men det er nærliggende at forstå udvalgets holdning som en henvisning til forhandlingsmaksimen, der gælder i civile sager. Set fra den internationalretlige synsvinkel kan staten dog ikke støtte ret overfor Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol på nationale regler, hvis disse medfører en konventionsstridig retstilstand. Forhandlingsmaksimen kan på den baggrund ikke i sig selv begrunde den anførte holdning.

Forarbejderne til inkorporationsloven gentog udvalgets holdning[874].

Retspraksis har ikke ofte haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet i relation til menneskerettighederne. Østre Landsret har i dog en dom om en skifteretssag udtalt følgende: »Det påhviler enhver ret på embeds vegne at påse, at bestemmelserne i menneskerettighedskonventionen, herunder dennes artikel 6, ikke krænkes i forbindelse med rettens sagsbehandling«[875]. Sagen drejede sig om et processuelt spørgsmål – nemlig om, hvorvidt en sag havde været for længe under behandling

---

870. Denne ramme er generelt beskrevet i kapitel 3 og 4.
871. Se bet. 1220/1991, s. 150.
872. Det citerede må omhandle civile sager, idet udvalget lige efter det citerede behandler straffesager, hvor det anføres, at domstolene i straffesager i højere grad har pligt til at kontrollere, at der ikke handles i strid med konventionen.
873. Bet. 1220/1991, s. 198f.
874. Folketingstidende 1991-1992, tillæg A, sp. 5470.
875. Se hertil UfR 1999, s. 495. Dommen er omtalt i kapitel 11.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 377 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

– men udtalelsen fra landsretten er, som det fremgår, formuleret helt generelt.

Retspraksis stiller således måske større krav end udvalget, der overvejede inkorporationen i 1991.

Der kan være grund til i den sammenhæng at nævne, at det udvalg, der har overvejet og anbefalet inkorporering af en række menneskerettighedskonventioner[876], har givet udtryk for en mere nuanceret holdning. Udvalget finder, at domstolene i civile sager skal påse de processuelle krav, der følger af de konventioner, der anbefales inkorporeret, ex officio[877]. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt domstolene skal påse konventionens overholdelse i relation til selve den materielle afgørelse af en konflikt mellem private, vil udvalget sondre mellem sager, hvor officialmaksimen gælder, og sager, hvor forhandlingsmaksimen gælder.

For så vidt angår sager, hvor officialmaksimen gælder, finder udvalget, at domstolene har pligt til at påse overholdelsen af konventionen af egen drift. For så vidt angår sager, hvor forhandlingsmaksimen gælder, anfører udvalget blandt andet følgende:

»Også i sager, … hvor forhandlingsmaksimen gælder, kan der være situationer, hvor domstolene af egen drift bør henlede parternes opmærksomhed på de inkorporerede konventioners betydning for sagens afgørelse. Dette kan navnligt være tilfældet i sager, hvor en privat part står overfor en offentlig myndighed, herunder sager om forskellige former for indgreb«.

Efter udvalgets ordvalg (»kan der være situationer«) synes udvalget at forudsætte, at de situationer, hvor domstolene skal inddrage konventionen af egen drift, udgør en undtagelse, og at domstolene i andre situationer ikke skal inddrage konventionen. Det fremstår dog ikke klart, om der kan tænkes andre situationer – og i givet fald hvilke – der kan afgøres uden, at domstolene inddrager konventionen, hvis parterne ikke har påberåbt sig den.

Under henvisning til retsplejelovens § 339, stk. 4, anfører udvalget videre, at »hvis en part i en sag, der behandles ved byret, ikke møder

---

876. Se om det følgende bet. 1407/2001, s. 310f.

877. Dette er for så vidt i overensstemmelse med det forhold, at forhandlingsmaksimen ikke gælder vedrørende processuelle spørgsmål, se hertil Bernhard Gomard: »Civilprocessen«, s. 440.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 378 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ved advokat, vejleder retten om, hvad parten bør foretage til oplysning af sagen og i øvrigt til varetagelse af sine interesser under denne«.

Udvalgets opfattelse må antages at være udtryk for den holdning, der eksisterer i det danske juridiske fortolkningsfællesskab[878]. Under henvisning til ovennævnte dom fra Østre Landsret kan kravene til inddragelse af konventionen ex officio måske antages at være større.

I teorien har spørgsmålet blandt andet været behandlet af Rehof og Trier i en fremstilling, fra før konventionen blev inkorporeret[879]. Det antages her, at »den nationale dommer som repræsentant for et statsorgan folkeretligt set skal inddrage relevante menneskeretlige bestemmelser i fastlæggelsen af retsstillingen i den enkelte sag, og det uanset om der er tale om en civil sag eller en straffesag«. Synspunktet gælder efter forfatternes opfattelse »uanset at parterne ikke er opmærksomme på (menneskerettighederne) eller ikke ønsker (dem) inddraget«. Der gælder dog den undtagelse fra synspunktet, at »anvendelse af menneskeretlige forpligtelser via officialmaksimen … ikke i noget tilfælde (kan) bruges til at pålægge private borgere pligter. Derimod kan dette ske, såfremt der – i overensstemmelse med legalitetsprincippet – forefindes en national hjemmel, som kan anvendes under udøvelse af officialmaksimen«.

Det er vel tvivlsomt, om den sidste undtagelse kan opretholdes i dag, hvor konventionen er inkorporeret i dansk ret, og dermed – i hvert fald i et vist omfang – kan udgøre selvstændig hjemmel.

Efter inkorporeringen har spørgsmålet været behandlet i den kommenterede Den Europæiske Menneskerettighedskonvention[880], der måske har en mindre vidtgående opfattelse af spørgsmålet. Fremstillingen tager også udgangspunkt i den folkeretlige forståelse, at konventionen »forpligter alle statens organer, herunder … den dømmende og den udøvende magt …«. Det anføres videre, at dette betyder, at »alle disse organer som led i deres arbejdsfunktion skal sikre, at konventionskomplekset ikke er til hinder for påtænkte beslutninger eller foranstaltninger«. Trods dette i og for sig klare udgangspunkt antages det derefter – tøvende – at mens der »i strafprocessuelle spørgsmål gælder

878. Se også Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«, særligt s. 10.
879. Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, s. 97ff.
880. Se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskerets-konvention med kommentarer«, s. 31f.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 379 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

... en ex officio pligt til at påse konventionsmæssigheden«, må der »(i) andre sager ... foretages et konkret skøn, og (at) det (ofte) vil være op til parterne at påstå konventionskomplekset anvendt«. Det anføres, at det sidste navnligt gælder i sager, »hvor der er to private parter, hvor sagsgenstanden ikke er reguleret af præceptiv lovgivning, og hvor forhandlingsprincippet i øvrigt finder anvendelse«. Som det ses, lægges der stadigt vægt på, om forhandlingsprincippet eller officialprincippet gælder.

Spørgsmålet må ses i sammenhæng med den internationalretlige vinkel.

3.2. Den internationalretlige synsvinkel

Som det ses af ovenstående gennemgang, lægges der i det danske juridiske fortolkningsfællesskab ofte afgørende vægt på, om en sag er omfattet af forhandlingsmaksimen eller officialmaksimen. Dette kan dog ikke være afgørende. Den opdeling af sager, som dansk ret foretager, er ikke bindende for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Udgangspunkt må tages i det forhold, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention efter opfattelsen i det transnationale fortolkningsfællesskab er forholdsnormer rettet til hele staten, herunder forvaltningen og domstolene[881]. Dette taler for, at domstolene af egen drift skal påse, at statens forpligtelser ikke krænkes gennem de retsanvendende myndigheders funktion.

At danske domstole skal påse, at processuelle regler overholdes, har blandt andet støtte i den sag, der blev kendt som »Bløder-sagen«[882].

> Sagen A and others mod Danmark vedrørte en erstatningssag, som en række blødere, der mente at være blevet smittet med HIV i forbindelse med behandling med blodprodukter, havde anlagt mod blandt andet staten. Sagen var under behandling ved Østre Landsret i ca. 7 år. Ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol blev Danmark dømt for at have krænket Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 6 om sagsbehandlingstidens længde. Domstolen fandt, at det forhold, at blødernes advokat selv havde

881. Se hertil blandt andet kapitel 12.
882. A and others mod Danmark, dom afsagt den 8. februar 1996. Se om dommen Eva Smith: »Civilproces«, s. 129ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 380 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

> accepteret en række udsættelser af sagen under dens forberedelse ved landsretten, og at en del af sagsbehandlingstidens længde kunne henføres til bløderne selv, ikke kunne medføre, at landsretten ikke havde haft en selvstændig pligt til at sikre, at sagsbehandlingstidens længde lå inden for det acceptable i relation til kravene i art. 6. Da landsretten havde forsømt dette, dømtes Danmark for at have krænket art. 6.

Under sagen havde blødernes organisation overfor landsretten – da sagen var omkring 4 ½ år gammel – gjort gældende, at art. 6 var krænket på grund af sagsbehandlingstidens længde.

Dommen bekræfter således udvalgets holdning, hvorefter domstolene i hvert fald skal påse overholdelsen af processuelle normer i konventionen ex officio.

For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt domstolene skal påse konventionens øvrige bestemmelsers inddragelse under en civil sag, kan peges på andre forhold, der kan inddrages.

Spørgsmålet kan også ses i sammenhæng med det generelle spørgsmål om, hvorvidt den enkelte kan give afkald på sine menneskerettigheder. Udgangspunktet efter den internationale ret er her i et vist omfang, at den enkelte borger ikke kan give afkald på sine menneskerettigheder, og at det er statens ansvar, at menneskerettighederne overholdes[883]. For så vidt angår bestemmelser, der er præceptive efter den internationale ret, virker det stødende, hvis det kan være afgørende for, om bestemmelsen anvendes, om parten har påberåbt sig konventionen. I hvert fald for bestemmelser, der ikke kan fraviges, må danske domstole anvende konventionen, uanset om der er tale om en sag, der i øvrigt føres efter forhandlingsmaksimen eller officialmaksimen.

Noget andet er, at det kan spille en rolle for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols behandling af et materielt spørgsmål, om et forhold er påberåbt tilstrækkeligt tydeligt for de nationale domstole. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention art. 35 har følgende ordlyd:

> »Domstolen må kun optage sagen til behandling, når alle nationale

883. Se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskerets-konvention med kommentarer«, s. 44.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 381 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

retsmidler er blevet udtømt i overensstemmelse med de af folkeretten almindeligt anerkendte regler …«.

I dette krav ligger blandt andet, at såfremt en sag aktiverer et menneskeretligt spørgsmål, må den enkelte borger give det nationale system mulighed for at rette for sig, før spørgsmålet indbringes for et internationalt forum som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol[884].

Reglen indebærer, at såfremt en borger vil gøre gældende for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, at den pågældendes rettigheder efter konventionen er krænket, da må dette punkt have været indbragt for – og særskilt have været gjort gældende for – den nationale domstol[885].

Kravet er uddybet i retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol således, at klagetemaet materielt – »in substance« – skal have været gjort gældende for de nationale domstole[886].

Kravet betyder, at selve det, der udgør klagen, må have udgjort et tema for den nationale domstol under processen. Dette betyder ikke nødvendigvis, at den, der mener sine rettigheder krænket, skal have henvist til, hvilken artikel han finder krænket, men de materielle forhold, der senere bliver indbragt for Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, skal have været frembragt i en eller anden form for den nationale domstol.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har dog givet udtryk for, at kravet om, at klagetemaet skal have været indbragt for de nationale myndigheder, skal administreres med fleksibilitet og uden overdreven formalisme[887]. Der stilles da heller ikke store krav; blot temaet

884. Se ad den tidligere art. 26, der stillede samme krav, Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 361f.

885. Se hertil for eksempel P. van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, s. 142ff.

886. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol prøver, om kravet er opfyldt. Se for eksempel Kopp mod Schweitz, dom afsagt den 25. marts 1998, og Castillo Algar mod Spanien, dom afsagt den 28. oktober 1998. I begge domme fandt Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol dog kravet om at have udtømt nationale retsmidler, før klagen blev indgivet, opfyldt og realitetsbehandlede sagerne.

887. Se for eksempel præmis 47 i ovennævnte dom, Kopp mod Schweitz, dom afsagt den 25. marts 1998.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 382 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

har været nævnt under forløbet, hvor de nationale myndigheder har behandlet spørgsmålet, kan kravet anses for opfyldt[888].

Kravet er heller ikke undtagelsesfrit; såfremt det for eksempel på baggrund af retspraksis står klart, at en påstand om manglende overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke vil blive taget til følge, kræves det ikke, at der gennemføres processer blot for at bevise dette på ny.

Det beror således på en konkret vurdering, om kravet er opfyldt.

Dette har fået Peer Lorenzen til at anføre, at danske domstole, »hvor parterne har fremsat anbringender, der »in substance« rammer konventionsbestemmelsers anvendelsesområde, bør domstolen i givet fald tage konventionen i betragtning, selvom den ikke direkte er påberåbt«[889].

3.3. Konklusion vedrørende domstolenes inddragelse ex officio af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i sagen mellem private

I nogle sager gælder forhandlingsprincippet ikke, eller det gælder kun i begrænset omfang[890], og i disse sager gælder der utvivlsomt en pligt for domstolene til at inddrage konventionen ex officio.

I sager, hvor forhandlingsprincippet gælder, kan retstilstanden formentligt beskrives således:

Hvis en påstand om manglende overensstemmelse med Den Europæiske Menneskerettighedskonvention udtrykkeligt er frafaldet af en part[891], er det tvivlsomt, om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil tage stilling til realiteten af en påstand om, at konventionen er krænket. Hvis parterne derimod har overset, at der kunne være et menneskeretligt spørgsmål, er det mere tvivlsomt, om Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol vil lade det have en prækluderende virkning. Her spiller domstolenes vejledningspligt en rolle. I hvert fald, hvor der er tale om selvmødere, og måske også, hvor der er tale om en beskikket advokat, må rettens vejledningspligt betyde, at retten af egen drift bør bringe spørgsmålet om anvendelsen af konventionen op.

---

888. Se for eksempel Castillo Algar mod Spanien, dom afsagt den 28. oktober 1998.
889. Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«.
890. Se hertil for eksempel retsplejelovens kapitel 42 og 42a om sager om forældremyndighed og faderskab.
891. Således som det for eksempel skete i sagen gengivet i U 99, s. 656V (sagen om parabolantennen), refereret i kapitel 11.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 383 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Den danske domstol, der bliver opmærksom på, at der kan være et menneskeretligt spørgsmål i en sag, bør derfor bringe spørgsmålet op overfor parterne, således at de kan tage stilling til, hvilken betydning det kan have for den konkrete sag. En part, der herefter frafalder et anbringende, vil have vanskeligt ved at overbevise Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol om, at Danmark har krænket sine forpligtelser – forudsat, at der er tale om et anbringende, der kan frafaldes. Hvis bestemmelsen har præceptiv karakter, bør domstolen tage det i betragtning, uanset om parterne ønsker det eller ej.

Dette må formentligt også antages at være hovedreglen i strafprocessuelle sager, det vil sige også i forbindelse med private straffesager og adhæsionsprocessen, at domstolene selv skal påse overholdelse af konventionen, uanset om parterne påberåber sig den eller ej[892].

4. Har forvaltningsmyndighederne pligt til ex officio at inddrage Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i civile sager?

For så vidt angår forvaltningsmyndigheder har disse pligt til at påse konventionens overholdelse ex officio; forhandlingsmaksimen gælder ikke for disse myndigheder. Man kan også i den forbindelse som det udvalg, der har overvejet og anbefalet inkorporering af en række menneskerettighedskonventioner[893], henvise til forvaltningslovens § 7, hvorefter administrative myndigheder har vejledningspligt overfor borgerne. Der er således ikke tvivl om, at forvaltningsmyndigheder har pligt til at inddrage konventionen også i sager mellem private af egen drift.

Dette stemmer også med udgangspunktet efter opfattelsen i det transnationale fortolkningsfællesskab, hvorefter Den Europæiske Menneskerettighedskonvention er forholdsnormer rettet til hele staten, herunder forvaltningen og domstolene[894].

---

892. Se Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: «Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, s. 32.
893. Se om det følgende bet. 1407/2001, s. 310f.
894. Se hertil blandt andet kapitel 12.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 384 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

5. Konklusion

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions inddragelse i afgørelsesgrundlaget for løsningen af retlige konflikter mellem private fører ikke automatisk til et bestemt resultat. Konventionens krav må afvejes overfor en række andre hensyn, herunder hensynene til forudberegnelighed og magtfordelingslærens betydning i dansk ret. Hertil kommer i aftaleretlige sager hensynet til aftalefriheden. Der kan ikke opstilles faste regler for afvejningen af disse forskellige hensyn.

Sikringen af, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention faktisk inddrages i afgørelsesgrundlaget i retlige konflikter mellem private, sker selvfølgeligt ved, at parterne selv inddrager den i sagen. Såfremt parterne ikke selv inddrager konventionen, må domstole have en pligt til at sikre den inddraget, især ved at stille spørgsmål til parterne om betydningen af konventionen for den konkrete sag. Såfremt parterne udtrykkeligt frafalder at gøre anbringender gældende vedrørende konventionens mulige betydning for konfliktens løsning, har domstolen som udgangspunkt ikke pligt til selv at inddrage konventionen. Forvaltningen vil altid have pligt til af egen drift at overveje konventionens betydning for en konkret konflikt mellem private, der er til bedømmelse i forvaltningen.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 385 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Kapitel 14

Sammenfatning

1. Afhandlingens problem

I kapitel 1 blev spørgsmålet stillet, om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes i dansk ret til afgørelse af retlige konflikter mellem private og – hvis spørgsmålet besvares bekræftende – hvilket omfang en sådan anvendelse da måtte have.

2. Retsteori og metode

En undersøgelse af det retlige indhold i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention præges af, at retsområdet er karakteriseret af en betydelig pluralisme; dels sker udviklingen af praksis på både det nationale niveau og det internationale niveau, dels er det forskellige myndigheder og myndighedstyper, der foretager fortolkningen af konventionen, og dels fortolkes konventionen af mange stater.

På den baggrund må den retsteoretiske ramme, en undersøgelse om menneskerettigheder skal foretages indenfor, tage afsæt i en retsteori, der tager højde for denne pluralisme. Derfor hviler afhandlingen til dels på retspluralistiske eller polycentriske tankesæt. Samlet er en hermeneutisk, funktionalistisk model, der også kan tage højde for de retspluralistiske/polycentriske tankegange, fundet mest frugtbar til diskussion af afhandlingens problem.

Naturretlige tankesæt og retspositivismen kan derimod ikke anvendes som grundlag for en undersøgelse af den karakter, som afhandlingen hviler på.

Det følger af den hermeneutiske tankegang, at juridisk fortolkning foregår i lyset af den for-forståelse, som jurister udvikler i løbet af deres uddannelse til jurister og i forbindelse med deres arbejde som jurister. Ved udviklingen heraf bliver juristerne samtidigt medlem af et juridisk fortolkningsfællesskab, der anvender en fælles retlig argumentationsform. Denne argumentationsform er i hvert fald i et vist omfang knyttet til det nationale forum, den enkelte jurist færdes i. Imidlertid findes der også fortolkningsfællesskaber på tværs af grænserne – fortolkningsfællesskaber, der i afhandlingen er kaldt transnationale fortolkningsfælles-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 386 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

skaber. Afhandlingen viser, at for-forståelsen ikke nødvendigvis er ens i alle fortolkningsfællesskaber.

3. For-forståelsen som den ramme, som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention fortolkes ind i

Menneskerettighederne og deres anvendelsesmuligheder fortolkes inden for en forståelsesramme, som indgår i den for-forståelse, som jurister lægger til grund for deres anvendelse af konventionen. En del af denne for-forståelse udgøres af juristernes opfattelse af menneskerettighederne som begreb. Menneskerettighedernes begreb og indhold ses i denne afhandling som kontekstafhængige, hvilket betyder, at de ikke definitivt afgør, hvorvidt menneskerettighederne kan eller skal anvendes mellem private.

Undersøgelsen af forståelsesrammen udpeger især to overordnede hensyn, der har betydning for løsning af afhandlingens problem; dels hensynet til magtfordelingen mellem Folketinget og de retsanvendende myndigheder, dels et hensyn til, at Danmark opfylder sine internationale forpligtelser loyalt. Dette hensyn kan måske kaldes harmoniseringshensynet.

Den hermeneutiske tilgang betyder også, at retspraksis, der produceres ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol, i afhandlingen er anset som en del af den gældende ret, som skal indgå i det danske juridiske fortolkningsfællesskabs fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention. Retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol bygger på to overordnede, til dels modsatrettede, hensyn; hensynet til staten på den ene side, og hensynet til individet på den anden side. Imidlertid kan der peges på, at individbeskyttelsen prioriteres højt ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol – højere end der er tradition for at prioritere individbeskyttelse i Danmark. Dette er en af de forskelle, der kan peges på mellem de forskellige fortolkningsfællesskaber.

En del af den for-forståelse, som afhandlingens problem skal fortolkes ind i, stammer fra det tyske fortolkningsfællesskab. Det tyske fortolkningsfællesskab antager, at den tyske forfatnings menneskerettigheder – grundrettighederne – kan have betydning for løsningen af retlige konflikter mellem private. Grundrettighederne skal dog afvejes overfor andre hensyn. Problemstillingen drøftes i det tyske fortolk-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 387 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

ningsfællesskab under overskriften »Drittwirkung«. Fra det tyske fortolkningsfællesskab er diskussionen gledet over i det transnationale fortolkningsfællesskab og derfra videre til det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

4. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention på retlige konflikter mellem private

Som det fremgår af kapitel 1, bygger afhandlingen på en forhåndsantagelse om, at praksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol indicerer anvendelse af konventionen mellem private i et eller andet omfang. Denne forhåndsantagelse er blevet bekræftet i kapitel 6, 7 og 8. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har udviklet en doktrin om positive forpligtelser, der medfører, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan have betydning for løsningen af retlige konflikter mellem private.

Der er endvidere gennemført en undersøgelse af, hvorvidt konventionen må antages efter sin ordlyd at skulle finde anvendelse mellem private. Det kan på baggrund heraf konkluderes, at i hvert fald artikel 6 lægger op til en sådan anvendelse. Herudover lægger figuren »the rights of others« i stk. 2 til art. 8-11 op til en afvejning af privates interesser overfor hinanden. Det er vanskeligt at uddrage yderligere konklusioner af ordlyden af konventionen.

Der er herefter gennemført en undersøgelse af retspraksis fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Undersøgelsen viser, at Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol over en årrække har udviklet retspraksis om positive forpligtelser for staterne som følge af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention.

Af denne retspraksis kan endvidere udledes en række pejlemærker for, hvornår Den Europæiske Menneskerettighedskonvention vil medføre ansvar for staten i tilfælde af ikke-overholdelse af konventionen.

Udgangspunktet er, at staten ikke er ansvarlig for privates handlinger. Kun hvor staten har været involveret, således at den nationale retstilstand har givet mulighed for, at en krænkelse kunne forekomme, kan staten ifalde ansvar. Involveringen kan forekomme på flere måder. Hvor staten har en positiv forpligtelse direkte efter konventionen, ifalder staten naturligvis ansvar, hvis denne forpligtelse – og pligter, der knytter sig til gennemførelsen af pligten – ikke opfyldes. Delegation af

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 388 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

statens »pligter« efter konventionen kan også føre til ansvar for staten, hvis konventionen i forbindelse med delegationen ikke overholdes. Staten kan endvidere ifalde ansvar, hvor lovgivningen ikke er tilstrækkelig til at beskytte mod krænkelser af konventionen, hvor staten har medvirket til krænkelsen, og hvor staten har haft særlig anledning til at gribe ind over for forhold, der krænkede konventionen. Hertil kommer, at der kan være persongrupper, der har et særligt beskyttelsesbehov, som staten kan ifalde ansvar for ikke at varetage.

Det har ikke været muligt at finde belæg for, at konventionen kun kan anvendes mellem private, hvor der består en ulighed i styrkeforholdet mellem parterne.

Endvidere ser det ikke ud til at spille en rolle for, om konventionen kan anvendes mellem private, at der er tale om konflikter med privatretlig karakter.

Ved bedømmelsen af, om der konkret er sket en krænkelse, foretages en konkret vurdering af, om staten har ramt den rette balance mellem individets interesser på den ene side og fællesskabets interesser på den anden side. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol prioriterer denne individbeskyttelse ret højt.

Ved vurderingen af, om staten har ramt den rette balance, vil det kunne spille ind, at der er tale om kommercielle forhold. Staten kan have en større skønsmargin i forbindelse med kommercielle forhold, således at indgreb tolereres i højere grad, end hvis der var tale om ikke-kommercielle forhold.

Endeligt kan det konkluderes, at en lang række af konventionens bestemmelser kan finde anvendelse mellem private – man kan næppe udpege bestemmelser, der ikke kan anvendes.

I forløbet, hvor denne praksis er udviklet, har en del teoretikere, der har behandlet spørgsmålet, fundet det naturligt at anvende terminologien »Drittwirkung« om forholdet, skønt det egentligt ikke dækker den samme problemstilling, som de tyske teoretikere, der havde navngivet problemstillingen, havde arbejdet med.

At konstatere, at der gælder denne praksis på det internationale niveau, siger dog ikke noget om, hvordan det danske juridiske fortolkningsfællesskab stiller sig til anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Spørgsmålet bliver derfor nu, om og hvordan disse krav, der kan udledes af den internationale ret, bliver en del af dansk ret.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 389 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

5. Dansk ret

Anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private var i mange år et ubehandlet spørgsmål i dansk ret. Først op gennem 1980'erne tog en række danske teoretikere spørgsmålet op. Der har i det danske juridiske fortolkningsfællesskab været betydelige forbehold mod en sådan anvendelse. Der tegner sig dog nu et billede af, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention antages at kunne finde anvendelse mellem private – i et eller andet omfang.

Der er dog ikke enighed i den del af det danske juridiske fortolkningsfællesskab, der kan henføres til »teorien«, om, hvordan spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention i retlige relationer mellem private skal håndteres, ligesom der ikke er enighed om terminologien til beskrivelse af spørgsmålet om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private.

I dansk retspraksis og forvaltningspraksis er Den Europæiske Menneskerettighedskonvention dog i de senere år efter inkorporeringen anvendt til løsning af retlige konflikter mellem private. Omfanget heraf lader sig ikke afgøre nærmere på baggrund af trykt praksis herom. Hertil kommer, at retsstillingen ikke forekommer helt klar.

Der har i alle sagerne været et dansk retsgrundlag, som også har været inddraget i sagerne. Der ses således ikke sager, hvor Den Europæiske Menneskerettighedskonvention har været anvendt som *eneste* retsgrundlag for afgørelse af en retlig konflikt mellem private.

På trods af denne faktiske anvendelse i retspraksis og forvaltningspraksis i dansk ret kan der stadigt i det danske juridiske fortolkningsfællesskab peges på en række forbehold overfor denne anvendelse.

6. Analyse

Der kan peges på, at trods de forskellige fortolkningsfællesskabers forskellige udspring, har diskussionerne om anvendelse af menneskerettighederne centreret sig om de samme problemstillinger.

Således har allerede diskussionen i det tyske fortolkningsfællesskab peget på centrale temaer; både teoretikere og retsanvendere føler det nødvendigt at argumentere meget grundigt for, at forfatningsnormerne i den tyske forfatning skal anvendes i konflikter mellem private. Det er ikke noget, der føles naturligt.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 390 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Denne opfattelse går igen i det transnationale fortolkningsfællesskab og det danske juridiske fortolkningsfællesskab.

I afhandlingen analyseres de forbehold, som findes i de juridiske fortolkningsfællesskaber, mod anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private. Der kan i den forbindelse peges på tre forbehold; forudsætningen om, at der er tale om en relation med kun to parter, nemlig staten og en borger, en for-forståelse om, at private ikke kan være pligtsubjekt i forhold til konventionen, og endeligt en forudsætning om, at konventionen på grund af sit folkeretlige/offentligretlige ophav ikke kan anvendes i privatretten.

Analysen fører til den opfattelse, at de tre argumenter ikke kan antages at betyde, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kan anvendes mellem private, og det er derfor ikke en rigtig beskrivelse af gældende ret at sige, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finder anvendelse mellem private.

Imidlertid er det heller ikke en rigtig beskrivelse at konkludere, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention altid vil kunne finde anvendelse mellem private. De forbehold, som findes både i det transnationale fællesskab, i det tyske og i det danske juridiske fortolkningsfællesskab overfor tanken om anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, betyder, at anvendelsen må undergives visse begrænsninger.

De begrænsninger, der efter den herskende opfattelse i det danske juridiske fortolkningsfællesskab, er med hensyn til anvendelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention mellem private, skal ikke bruges til at afgøre, *om* Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes, men som ledetråde for fortolkningen af, *i hvilket omfang* Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan anvendes mellem private.

7. Samlet konklusion

Det spørgsmål, som kapitel 1 stillede, kan på baggrund af de gennemførte undersøgelser besvares således:

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den dertil knyttede retspraksis indeholder regler om statens udøvelse af kompetence overfor private. Alle statens organer, herunder domstolene og forvaltningen, er forpligtede af konventionen. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention kan dermed finde anvendelse på privates retlige for-

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 391 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

hold indbyrdes, hvor disse retsanvendende myndigheder træffer afgørelse i konflikter mellem private.

Det må afgøres ved fortolkning, i hvilket omfang Den Europæiske Menneskerettighedskonvention finder anvendelse til regulering af konkrete retlige konflikter mellem private. I denne fortolkning må inddrages retlige faktorer, der følger af det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelser. Der kan være modstrid mellem disse faktorer og de krav, Den Europæiske Menneskerettighedskonvention stiller. Såfremt dette er tilfældet, må de danske myndigheder foretage en afvejning af de forskellige hensyn.

En begrænsning, som med stor sikkerhed kan udledes af det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse er, at Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke kan anvendes som eneste retsgrundlag for afgørelse af privates indbyrdes retsstilling.

Endvidere vil anvendelse af konventionen mellem private på en måde, der anses for at stride mod en dansk lov, efter det danske juridiske fortolkningsfællesskabs opfattelse kræve vægtige argumenter, der taler for en sådan anvendelse.

Den Europæiske Menneskerettighedskonventions inddragelse i afgørelsesgrundlaget for løsningen af retlige konflikter mellem private fører ikke automatisk til et bestemt resultat. Konventionens krav må afvejes overfor en række andre hensyn, herunder hensynene til forudberegnelighed og magtfordelingslærens betydning i dansk ret. Hertil kommer i aftaleretlige sager hensynet til aftalefriheden. Der kan ikke opstilles faste regler for afvejningen af disse forskellige hensyn.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 392 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Litteraturliste

Michael Akehurst: »A modern introduction to international law«, George Allen and Unwin LDT, London, 1970.

Robert Alexy: »Theorie der Grundrechte«, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1. udgave, 1985.

Evert Albert Alkema: »The third-party applicability or »Drittwirkung« of the European Convention on Human Rights«, Festskrift til Wiarda, ed. Matscher and Petzold, »Protecting human rights: The European Dimension«, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1988.

Poul Andersen: »Dansk Statsforfatningsret I«, Gyldendal, København, 1954.

Fritz Baur og Gerhard Walter: »Einführung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland«, 6. udgave, Verlag C. H. Beck, 1992.

Ernst Benda, Werner Maihofer og Hans-Jochen Vogel: »Handbuch des Verfassungsrecht«, bd. 1 og 2, 2. udg., Walter de Gruyter, Berlin, 1995.

Knud Berlin: »Den danske statsforfatningsret«, 2. del, 2. gennemsete udg., Nyt Nordisk Forlag, København, 1939.

John Bernhard og Tyge Lehmann: »Den europæiske menneskerettighedskonvention belyst gennem menneskerettighedskommissionens og -domstolens praksis«, GAD, Købehavn, 1985.

Rudolf Bernhardt: »Thoughts on the interpretation of human-rights treaties«, s. 65ff. i Festskrift til Wiarda, (ed. Matscher and Petzold): »Protecting Human Rights: The European Dimension«, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1988.

Jan Fridthjof Bernt og David Doublet: »Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normalisme«, s. 115ff. i Festskrift til Henrik Zahle, red.: Peter Blume og Hanne Petersen, »Retlig polycentri«, Akademisk Forlag, 1993.

Jan Fridthjof Bernt og David Doublet: »Juss, samfunn og rettsanvendelse«, Ad notam Gyldendal, 1996.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 393 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

A. Bleckmann: »Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte«, Deutsches Verwaltungsblatt (DVB1) 1988, s. 938ff.

Michael Bogdan: »Komparativ rättskunskap«, Nordstedts Juridik, Stockholm, 1993.

Svend Brüel og Niels Åge Nielsen: »Gyldendals fremmedordbog«, Gyldendals røde ordbøger, 8. udg., Nordisk Forlag, København, 1984.

Frede Castberg: »The European Convention on Human Rights«, A.W. Sijthoff-Leiden, 1974.

Jens Peter Christensen: »Forfatningsretten og det levende liv«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1990.

Nina Holst Christensen: »Gælder menneskerettighederne i Danmark?« i Juristen 1989, s. 48ff.

Nina Holst Christensen og Jon Kjølbro: »Den Europæiske Menneskerettighedskommissions admissibilitetspraksis i danske klagesager (1989 til 1997)« i UfR 1998, B, s. 382ff.

Jonas Christoffersen: »Adhæsionsproces og menneskeret«, UfR 1999, B, s. 517ff.

Jonas Christoffersen: »Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention«, UfR 2000, B, s. 593ff.

Jonas Christoffersen: »Folkerettens virkning i dansk ret«, UfR 2001, B, s. 143ff.

Andrew Clapham: »Human Rights in the Private Sphere«, Clarendon Press, Oxford, 1993.

Andrew Clapham: »The »Drittwirkung« of the Convention«, i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (ed.): »The European System for the Protection of Human Rights«, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Andrew Clapham: »The privatisation of Human Rights«, s. 20ff. i European Human Rights Law Review 1995.

Maxwell Cohen: »Human Rights, the individual and international law«, s. 69ff. i René Cassin: Amicorum Discipulorumque liber, Paris, 1969-1971.

David P. Currie: »The Constitution of the Federal Republic of Germany«, The University of Chicago Press, London, 1994.

Jørgen Dalberg-Larsen: »Rettens enhed – en illusion?«, Akademisk Forlag, 1994.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 394 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Jørgen Dalberg-Larsen: »Ret, tekst og kontekst. Postmodernisme og ret«. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

Jørgen Dalberg-Larsen og Jens Evald: »Rettens ansigter – en grundbog i almindelig retslære«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

Det Danske Center for Menneskerettigheder: »Menneskeret i Danmark: status 2000«, København, 2000.

P. van Dijk og van Hoof: »Theory and Practise of the European Convention on Human Rights«, 3rd edition, Kluwer Law International, 1998.

Martin Dixon: »Textbook on international law«, 3rd edition, Blackstone Press Limited Glasgow, 1996.

David Doublet: »Rett vitenskap og fornuft«, Alma Mater, Bergen, 1995.

Andrew Drzemczewski: »The European Human Rights Convention and relations between private parties«, Netherlands International Law Review, Sijthoff and Noordhoff, 1979, vol. XXVI, issue 1, s. 163ff.

Andrew Z. Drzemczewski: »European human Rights Convention in Domestic Law – A Comparative Studie«, Clarendon Press, Oxford, 1983.

Günter Dürig: »Frizügigkeit«, s. 507ff. i Franz Neumann, Hans Carl Nipperdey og Ulrich Scheuner: »Die grundrechte«, bd. 2, Duncker & Humblot, Berlin, 1954.

Asbjørn Eide: »Gråsonen mellom krigens rett og menneskerettigheter«, s. 19ff. i Mennesker og Rettigheter, 1986, nr. 3, Oslo.

Asbjørn Eide: »The laws of war and human rights – Differences and convergences«, s. 675ff. i Christophe Swinarski (red.): Festskrift til Jean Pictet: »Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principle«, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

Marc-André Eissen: »The European Convention on Human Rights and the duties of the individual«, s. 230ff. i Nordisk Tidsskrift for International Ret, vol. 32, 1962.

Eva Ersbøll (red.): »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – indlæg fra et seminar, 29.11.88«. Publications from the Danish Center of Human Rights no. 21, København 1990.

Ole Espersen: »Indgåelse og opfyldelse af traktater«, Juristforbundets Forlag, København, 1970.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 395 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Ole Espersen: »Human Rights and relations between individuals«, s. 177ff. i René Cassin: Amicorum Discipulorumque liber, Paris, 1969 – 1971.

Ole Espersen: »Den europæiske menneskerettighedskonventions forhold til dansk ret«, i Juristen 1966, s. 401ff.

Ole Espersen: »Nogle bemærkninger om menneskerettighedskonventionen og Bjørn Schouw Nielsen sagen« i UfR 1962, B, s. 101ff.

J. E. S. Fawcett: «The application of the convention of human rights«, Clarendon Press, Oxford, 1969.

Isi Foighel: »Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg«, s. 621ff., i »Dommeren i det 20. århundrede«, Festskrift i anledning af Dommerforeningens 100 års jubilæum. Red: Peter Garde, Claus Larsen og Bjarne Pedersen, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

M. Forde: »Non-governmental interferences with human rights«, s. 253ff. i British Year Book of international law, LVI, 1985 (udgivet i 1986).

Jochen Abr. Frowein: »Transnational Protection of human Rights« i »Reports on German Public Law and Public International Law«, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1986.

Frowein og Peukert: »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar«, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1985.

Frowein og Peukert: »EuropäischeMenschenrechtsKonvention, EMRK-Kommentar«, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1996.

Jens Færkel: anmeldelse af Niels Eilschou Holms »En sag for menneskerettighedsdomstolen« i Nordisk Tidsskrift for International Ret, 1981, s. 90ff.

Hans Gammeltoft-Hansen: »Human Rights and the National Ombudsman«, s. 187ff. i Rehof og Gulmann (red.): »Human rights in domestic law and development Assistance Policies of the Nordic Countries«, Martinus Nijhoff Publishers, København 1989.

Gammeltoft-Hansen, Jon Andersen, Kaj Larsen og Karsten Loiborg: »Forvaltningsret«, 1. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.

Hans Gammeltoft-Hansen og Jon Andersen: »Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden«, s. 381ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 396 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Jens Garde og Michael Hansen Jensen: »Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole – særligt med hensyn til den negative foreningefrihed«, Juristen 1998, s. 351ff.

Jens Garde og Michael Hansen Jensen: »Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis«, Juristen, 2002, s. 76ff.

Peter Garde: »Adhæsionsprocessens brister«, UfR 1998, B, s. 31ff.

Peter Garde og Asbjørn Strandbakken: »Erstatningsdommen, den frifundne og uskyldsformodningen«, UfR 1999, B, s. 237ff.

Peter Germer: »Ytringsfrihedens væsen«, Juristforbundets Forlag, København, 1973.

Peter Germer: »Statsforfatningsret«, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1995.

Peter Germer: »Indledning til Folkeretten«, 2. udg. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996.

Niels Gilje og Harald Grimen: »Samfunnsvitenskapernes forutsetninger«, Universitetsforlaget, Oslo, 1993.

Heribert Golsong: »Das Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention«, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1958.

Heribert Golsong: »Interpreting the European Convention on Human Rights Beyond the Confines of the Vienna Convention on the Law of Treaties?«, s. 147ff. i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (ed.): »The European System for the Protection of Human Rights«, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Bernhard Gomard: »Idealisme, pragmatisme og realisme i dansk ret og retsvidenskab«, UfR 2000, B, s. 345ff.

Bernhard Gomard: »Civilprocessen«, 5. udg., Forlaget Thomson A/S, København 2000.

Bernhard Gomard, Jens Møller og Lars Lindencrone Petersen: »Kommenteret retsplejelov«, 6. udg., Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Claus Gulmann, John Bernhard og Tyge Lehmann: »Folkeret«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995.

Claus Gulmann: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention som en bestanddel af dansk ret ?« i Juristen 1988, s. 285ff.

H. Guradze: »Die Schutzrichtung der grundrechtsnormen in der Europäischen Menschenrechtskonvention«, vol. II, s. 759-769, i Festschrift für Hans Karl Nipperdey zum 70. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münschen und Berlin, 1965.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 397 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Meo-Micaela Hahne: »Das Drittwirkungsproblem in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten«, Ruprecht-Karl-Universität zu Heidelberg, Heidelberg, 1973.

Mette Hartlev: »Mennesker som forsøgspersoner – beskyttelse af den personlige integritet og autonomi«, s. 211ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

D. J. Harris og M. O'Boyle og C. Warbrick: »Law of the European Convention on Human Rights«, Butterwarths, London 1995.

Dieter Hesselberger: »Das Grundgesetz. Kommentar für die politische Bildung«, Sonderausgabe für die Landeszentralen für politische Bildung, 9. verbesserte Auflage, Bonn, 1995.

Wesley Hohfeld: »Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning«, New Haven and London Yale University Press, 1964 (3. print af samme fra 1919).

Niels Eilschou Holm: »En sag for menneskerettighedsdomstolen«, Juristforbundets Forlag, 1980.

Michael J. Horan: »Contemporary Constitutionalism and Legal Relationships Between Individuals«, s. 848ff. i International and Comparative Law Quarterly, vol. 25, 1976.

Håkan Hydén: »A polycentric theory of democracy and human rights« i Festskrift til Henrik Zahle, »Retlig polycentri«, red. Peter Blume og Hanne Petersen, Akademisk Forlag, 1993.

Peter Høilund: »Den moderne retstænknings gennembrud og autoritetstab – særligt med henblik på dansk retstænkning i det 19. og 20. århundrede«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1998.

Francis G. Jacobs: »The European Convention on Human Rights«, Clarendon Press, Oxford, 1975.

Francis G. Jacobs and Robin White: »The European Convention on Human Rights«, 2. ed., Clarendon Press, Oxford, 1996.

Sir Robert Jennings og Sir Arthur Watts (ed.): »Oppenheims International Law«, 9.th ed. (2 bd.), Longman, 1992.

Asbjørn Jensen: »Incorporation of the European Convention seen from a Danish Point of View«, s. 161ff. i Rehof og Gulmann (red.): »Human rights in domestic law and development Assistance Policies of the Nordic Countries«, Martinus Nijhoff Publishers, København 1989.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 398 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Asbjørn Jensen: anmeldelse af »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer« i EU- og menneskeret nr. 1/95, s. 1ff.

Søren Stenderup Jensen: »Folkeretten som retskilde i dansk ret« i UfR 1990, B, s. 1ff.

Søren Stenderup Jensen: »The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law«, Jurist- og økonomforbundets forlag, 1992.

Torben Jensen: »Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser« i UfR 1981, B, s. 25ff.

Torben Jensen: »Domstolskontrolen med overholdelse af grundrettigheder«, i UfR 1995, B, s. 241ff.

Pia Justesen: »Menneskerettighedernes status i dansk ret« i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

Peter Kemp: »David Doublets retsfilosofi«, Tidsskrift for Retsvæsen, 1996, s. 905ff.

Anne Lise Kjær: »Ret og sprog i EU: Mangfoldighed, sprogforbistring – og grænser for integration?«, Retfærd, nr. 83, 1998, s. 3ff.

Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

Henning Koch: »Dansk forfatningsret i transnational belysning«, Juristen, 1998, nr. 6, s. 213ff.

Henning Koch: »Dommerret – om forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland«, s. 325ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

Henning Koch og Kristian Hvidt: »Danmarks Riges Grundlove i parallel opsætning«, Christian Ejlers Forlag, København, 1999.

Ida Elisabeth Koch: »Sikring af sociale (menneske)rettigheder under kommunalt selvstyre«, s. 165ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 399 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Donald P. Kommers: »The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany«, Duke University Press, Durham and London, 1997.

Jens Kristiansen: »Lønfastsættelse ved domstolene?« i UfR 2002, B, s. 448ff.

Franz Laufke: »Vertragsfreiheit und Grundgesetz« 145ff. i Festskrift für Heinrich Lehmann, 2 bd., Walter de Gruyter & Co m.fl., Berlin, 1956.

Preben Stuer Lauridsen: »Retslæren«, Akademisk Forlag, 1977.

Preben Stuer Lauridsen: »Om ret og retsvidenskab«, Gyldendal, 1992.

Peter Leuprecht: »The Execution of Judgments and Decisions« i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (ed.): »The European System for the Protection of Human Rights«, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Lars Lindencrone og Erik Werlauff: »Dansk retspleje«, Forlaget Thomson A/S, København, 2000.

Peer Lorenzen, Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Den Europæiske Menneskeretskonvention med kommentarer«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.

Peer Lorenzen: »Danske domstole og menneskerettighederne«, Lov & Ret, maj 1999, s. 4ff.

John Lundum: »De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)«, s. 399ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

R. St. J. Macdonald: »The Margin of Appreciation« s. 84ff. i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (ed.): »The European System for the Protection of Human Rights«, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Per Magid: anmeldelse af Niels Eilschou Holm: »En sag for Menneskerettighedsdomstolen«, Juristen og Økonomen 1981, s. 157ff.

Niels Madsen: »Hypnosemordsagen« for den europæiske menneskerettighedskommision« i Juristen 1962, s. 29ff.

Niels Madsen: »Domstolenes anvendelse af folkeret og EF-ret« i »Højesteret 1661-1986«, UfR 1986.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 400 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

F. Matscher: »Methods of Interpretation of the Convention«, s. 63ff. i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (ed.): »The European System for the Protection of Human Rights«, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Gert Holst Matthiesen: »Den nye Menneskerettighedsdomstol«, Juristen 1999, s. 352ff.

Göran Melander: »Mänskliga rättigheter och humanitär rätt« s. 16ff. i Mennesker og Rettigheter, 1986, nr. 3, Oslo.

J.G. Merrills: »The development of international law by the European Court of Human Rights«, second edition, Manchester University Press, 1993.

Laurids Mikaelsen: »European Protection of human Rights«, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1980.

Peter Mortensen: »Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontrakts-parter i dansk ret?«, Juristen 2002, s. 201ff.

Mogens Munch: »Trykkefrihed og forbud« i UfR 1982, B, s. 61ff.

Søren Mørch: »Den sidste Danmarkshistorie«, Gyldendal, København, 1996.

Lars Norskov Nielsen m.fl. (red.): »Menneskeret – Viden og Handling«, GAD, 1987.

Lars Nordskov Nielsen: »Nogle strøtanker om menneskerettighedsbegrebet – og dets brug«, s. 35ff. i »Grundloven og Menneskerettighederne«, red. af Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

Ruth Nielsen: »Grundlovens arbejdsretlige betydning i europæisk perspektiv«, s. 285ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

Manfred Nowak: »UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Fakultativprotokoll, CCPR-Kommentar«, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1989.

Carl Aage Nørgaard: »The Position of the Individual in International Law«, Munksgaard, København 1962.

Carl Aage Nørgaard: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret« i UfR 1987, B, s. 73ff.

Birgitte Kofoed Olsen: »Den menneskeretlige privatlivsbeskyttelse og ny teknologi«, s. 125ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 401 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

Henrik Palmer Olsen: »Rationalitet, ret og moral«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1997.

Henrik Palmer Olsen: »En selvstændig stat« s. 33ff. i Institut B's årsskrift 2000, »Staten i forandring«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2001.

Torkel Opsahl: »Menneskerettigheterne i dag – internasjonale forpliktelser og nasjonal gjennomføring«, De nordiske juristmøder i København 1978, bilag 10.

Hanne Petersen: »Informel ret på kvindearbejdspladser«, Akademisk Forlag, 1991.

B. G. Ramcharan: »The Concept and Present Status of the International Protection of Human Rights. Forty Years after the Universal Declaration«, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1989.

Lars Adan Rehof og Claus Gulmann (red.): »Human rights in domestic law and development Assistance Policies of the Nordic Countries«, Martinus Nijhoff Publishers, København 1989.

Lars Adam Rehof og Tyge Trier: »Menneskeret«, Jurist og Økonomforbundets Forlag, København, 1990.

Lars Adam Rehof og Jørgen Rønnow Bruun: »Arbejdsgiveres registrering af ansattes telefonsamtaler«, Juristen 1986, s. 103ff.

Lars Adam Rehof: »Afskedigelse som menneskerettighedsproblem«, i UfR 1987, B s. 193ff.

Lars Adam Rehof: »Diskussion og anmeldelse. Den Europæiske Menneskerettighedskonvention af John Bernards & Tyge Lehmann«, Juristen 1986, s. 215ff.

Karsten Revsbech: »Polycentri i den offentligretlige retskildelære – en kritik«, Retfærd nr. 52, årgang 1991, s. 105ff.

Erik Riis: kommentar til dom, gengivet i UfR 1986, s. 898ff., i UfR 1987, B, s. 50ff.

Jean Rivero: »La protection des droits de L'homme dans le rapports entre personnes privèes«, s. 311ff. i René Cassin: Amicorum Discipulorumque liber, Paris, 1969-1971.

A. H. Robertson: »Human Rights in National and International law« i The Proceedings of the Second International Conference on the

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 402 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

European Convention on Human Rights held in Vienna 18-20 october 1965, udgivet af Manchester University Press, 1968.

A. H. Robertson (ed.): »Privacy and Human Rights«, 3rd International Colloquy about the European Convention on Human Rights, Brussels, 30. sept. til 3. oct. 1970, Manchester University Press, 1973.

A. H. Robertson: »Humanitarian law and human rights«, s. 793ff. i Christophe Swinarski (red): festskrift til Jean Pictet: »Studies and Essays in International Humanitarian Law and Red Cross Principle«, Martinus Nijhoff Publishers, 1984.

Alf Ross og Ernst Andersen: »Dansk Statsforfatningsret II«, lærebog udarbejdet med benyttelse af afsnit fra Knud Berlin: »Den danske statsforfatningsret« (1939 og 1943), Ejnar Munksgaard, København 1948.

Alf Ross: »Om ret og retfærdighed«, Nyt Nordisk Forlag, 4. oplag, oprindeligt udgivet 1953.

Alf Ross: »Dansk Statsforfatningsret«, bd. 1 og 2, Nyt Nordisk Forlag, 3. gennemarbejdede udgave ved Ole Espersen, 1980.

Alf Ross: »Lærebog i folkeret«, 5. rev. udg., Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, København, 1980.

Alf Ross og Isi Foighel (red.): »Udvalgte domme m.v. fra studiebog i International Ret«, Nyt Nordisk Forlag – Arnold Busck, København 1980.

Jens Elo Rytter: »Den åbne forfatningsstat – forfatning, menneskerettigheder og inter-/overnational ret« i Retfærd nr. 82, 1998, s. 19ff.

Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder – nogle almene betragtninger«, s. 1ff. i Retsvidenskabeligt Institut B, Årsskrift, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000, »Grundrettigheder«.

Jens Elo Rytter: »Grundrettigheder. Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningen«, Forlaget Thomson A/S, København, 2000.

Paul Sieghart: »The International Law of Human Rights«, Clarendon Press, Oxford, 1983.

Eva Smith: »Frifundet i straffesagen – dømt til offererstatning. En kafkask retstilstand«, UfR 1999, afd. B, s. 200ff.

Eva Smith: »Foretager Højesteret en selvstændig fortolkning af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og Strassbourg-domstolens praksis?«, Juristen 2001, s. 54ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 403 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Eva Smith: »Civilproces«, 4. udg., Forlaget Thomson A/S, København, 2000.

Dean Spielmann: »L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées«, Bruylant, Bruxelles, 1995.

Ole Spiermann: »Moderne folkeret efter det 20. århundrede«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1999.

Ole Spiermann: »Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner«, UfR 2002, B, s. 412ff.

Klaus Stern: »Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland«, bd. III/1 (1988), bd. III/2 (1994), C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Münschen.

Preben Søegård-Hansen: »Humanitær Folkeret – menneskerettigheder under væbnede konflikter«, s. 108ff. i Norskov Nielsen m.fl. (red.): »Menneskeret – Viden og Handling«, GAD, København, 1987.

Max Sørensen: «Den internationale beskyttelse af menneskerettighederne«, Munksgaards Forlag, København, 1967.

Max Sørensen: »Statsforfatningsret«, 2. udg. ved Peter Germer, Juristforbundets Forlag, København, 1979.

P.H. Teitgen: »Introduction to the European Convention on Human rights«, s. 3ff. i R. St. J. Macdonald, F. Matscher og H. Petzold (ed.): »The European System for the Protection of Human Rights«, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Ole Thyssen og Mihail Larsen: »Menneske ret«, Gyldendal, 1983.

Stefan Trechsel: »Das Verflixte Siebente ?« s. 195ff i Festschrift für Felix Ermacora, »Progress in the Spirit of Human Rights«, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein, 1988.

Henry Ussing: »Aftaler«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 4. oplag, 1984.

Jens Vedsted-Hansen: »Er politiske skøn blevet henlagt til Højesteret?«, Juristen, 2001, s. 44ff.

Morten Wegener: »Juridisk metode«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1994.

Erik Werlauff: »Negativ foreningsfrihed i grundretlig betydning«, Juristen 1997, s. 362ff.

Erik Werlauff: »Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?«, Juristen 1999, s. 73ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 404 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Erik Werlauff: »Frihedsrettigheders virkning mellem private«, UfR 2001, B, s. 261ff.

Martin Weston: »The role of translation at the European Court of Human Rights«, s. 679ff. i Festskrift til Wiarda: »Protecting Human Rights: The European Dimension«, ed. Matscher and Petzold, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1988.

Henrik Zahle: »Polycentri i retskildelæren« s. 752ff. i Festskrift til Torstein Eckhoff, Oslo, 1986.

Henrik Zahle: »Ytringsfrihed for privatansatte« i UfR 1995, B, s. 361ff.

Henrik Zahle: »Ytringsfrihed i offentlig og privat ansættelse«, s. 103ff. i Ellen Margrethe Basse og Henrik Zahle (red.): »To reguleringstraditioner. Om sondringen mellem offentlig og privat ret«, GAD JURA, 1996.

Henrik Zahle: »Naturret – fortid eller nutid?« Retfærd, nr. 74, 1996, s. 17ff.

Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd.2, Christian Ejlers forlag, 1989.

Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, Christian Ejlers forlag, 1989.

Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 3, Christian Ejlers forlag, 1997.

Henrik Zahle: »Dansk forfatningsret«, bd. 1 og 2, Christian Ejlers forlag, København, 2001.

Henrik Zahle: »Er domstolenes grundlovsprøvelse en effektiv individbeskyttelse?«, Jussens Venner, hæfte 1-2/1998, Universitetsforlaget, Oslo, s. 37ff.

Henrik Zahle: »Grundlovens menneskerettigheder. Sammenstød mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner« s. 361ff. i Morten Kjærum, Klaus Slavinsky og Jens Vedsted-Hansen (red.): »Grundloven og Menneskerettighederne«, Jurist- og Økonomforlaget, 1997.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 405 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Andet materiale

Betænkning afgivet af Forfatningskommissionen af 1946 vedrørende ændring af grundloven.

Betænkning nr. 1220/1991: »Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret«.

Betænkning nr. 1319/1996, afgivet af Domstolsudvalget den 19. juni 1996.

Betænkning nr. 1407/2001: »Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret«.

Rigsdagstidende 1952-1953:

Folketingets forhandlinger sp. 1100, 1141, 1385, tillæg A, sp. 3025, tillæg B, sp. 3492 (2. beh.) sp. 429, tillæg C, sp. 347 (Folketingets behandling af spørgsmålet om ratifikation af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention).

Landstingets forhandlinger sp. 183, 676, 689, 753, sp. 475 (Landstingets behandling af spørgsmålet om ratifikation af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention).

Folketingstidende 1981-1982:

Forhandlingerne sp. 798f., sp. 1424ff., sp. 7763ff., samt sp. 8050ff., tillæg A, sp. 1599ff. (forarbejder til foreningsfrihedsloven).

Folketingstidende 1991-1992:

Forhandlingerne sp. 6547, 7044, 8608, 8661, tillæg A sp. 5421, tillæg B sp. 891 (Folketingets behandling af spørgsmålet om inkorporationsloven vedrørende Den Europæiske Menneskerettighedskonvention).

Retsvidenskabeligt Institut B: Årsskrift 1999: »Grundrettigheder«, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2000.

Det nordiske juristmøde i København 1978, s. 337ff.: »Menneskerettigheterne i dag – internasjonale forpliktelser og nasjonal gjennomføring«.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 406 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Domsliste

UfR 1921, s. 168H *82, 83*
UfR 1921, s. 644H, *82*
UfR 1965, s. 293, jf. UfR 1965 B, s. 241, *83*
UfR 1965, s. 403 *85*
UfR 1965, s. 434 *85*
UfR 1967, s. 46, jf. UfR 1967 B, s. 87, *83*
UfR 1979, s. 1011 *85*
UfR 1980, s. 1037H *83, 316*
UfR 1985, s. 875, *83*
UfR 1986, s. 898, jf. UfR 1987 B, s. 50, *83, 282*
UfR 1988, s. 404VL *66*
UfR 1989, s. 292 Ø *83*
UfR 1989, s. 928H *66, 92, 108, 109*
UfR 1990, s. 13H *66, 92, 109*
UfR 1990, s. 181H *66, 92, 109*
UfR 1990, s. 636V *326*
UfR 1994, s. 536H *94, 131*
UfR 1994, s. 953H *307*
UfR 1994, s. 988H *302*
UfR 1995, s. 249V *312*
UfR 1995, s. 346ØK *328*
UfR 1995, s. 379Ø *112, 310*
UfR 1996, s. 601Ø *308*
UfR 1996, s. 723Ø *310*
UfR 1996, s. 1554H *305*
UfR 1997, s. 259H *326*
UfR 1997, s. 490V *316*
UfR 1997, s. 668Ø *94, 304, 315*
UfR 1997, s. 827H *310*
UfR 1997, s. 1087V *318*
UfR 1998, s. 141Ø *308*
UfR 1998, s. 362Ø *302*
UfR 1998, s. 800HK. *24, 91*
UfR 1999, s. 122H *327*
UfR 1999, s. 321Ø *313*
UfR 1999, s. 495Ø *311, 394*
UfR 1999, s. 509Ø *112, 327*
UfR 1999, s. 560H *327*
UfR 1999, s. 656V *317*
UfR 1999, s. 841H *111*
UfR 1999, s. 1015HK *325*
UfR 1999, s. 1316H *113, 131, 320f, 337, 377, 386*
UfR 1999, s. 1462Ø *319*
UfR 1999, s. 1496H *322*
UfR 1999, s. 1572H *327*
UfR 1999, s. 1621SH *323*
UfR 1999, s. 1798H *94*
UfR 1999, s. 1910Ø *327*
UfR 1999, s. 2102Ø *312, 324, 330, 377*
UfR 2000, s. 1201H *311*
UfR 2000, s. 1728H *322*
UfR 2000, s. 2143Ø *327*
UfR 2001, s. 464V *314*
UfR 2001, s. 497Ø *309*
UfR 2001, s. 910V *303*
UfR 2001, s. 953Ø *327*
UfR 2001, s. 1602Ø *327*
UfR 2001, s. 2518H *306, 314*
UfR 2002, s. 18H *309*
UfR 2002, s. 2060H *308*

Andre afgørelser:
TfA 2001, s. 500f. *334*

Ombudsmandsudtalelser:
FOB 1988, s. 121ff. *93*
FOB 1989, s. 78ff. *333*
FOB 1999, s. 350ff. *335*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 407 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

Domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol:

(Der refereres til domme fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol således: Når dommen har et nummer i serien, markeret med A, angives dette nummer samt sagens parter og dommens dato. Når dommen ikke har et A-nummer, angives datoen og parternes navne).

A 13, Ringeissen mod Østrig, dom afsagt den 16. juli 1971. *205ff.*

A 15, Ringeissen mod Østrig, dom afsagt den 22. juni 1972. *205ff.*

A 16, Ringeissen mod Østrig, dom afsagt den 23. juni 1973. *205ff.*

A 18, Golder mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1975. *117, 239*

A 19, Det Nationale Belgiske Politiforbund mod Belgien, dom afsagt den 27. oktober 1975. *211*

A 22, Engel m.fl. mod Holland, dom afsagt den 8. juni 1976. *122*

A 23, Kjeldsen, Busk Madsen og Pedersen mod Danmark, dom afsagt den 7. december 1976. *332*

A 31, Marckx mod Belgien, dom afsagt den 13. juni 1979. *71, 204, 211f., 258*

A 32, Airey mod Irland, dom afsagt den 9. oktober 1979. *199, 214f., 232, 239, 242, 265, 266, 309*

A 37, Artico mod Italien, dom afsagt den 13. maj 1980. *197, 236f.*

A 44, Young, James and Webster mod United Kingdom, dom afsagt den 13. august 1981. *107, 120, 198, 216, 232, 242, 243, 244, 246, 253, 278ff., 321*

A 70, Van der Mussele mod Belgien, dom afsagt den 23. november 1983. *128, 195, 197, 239*

A 87, Rasmussen (mod Danmark), dom afsagt den 28. november 1984. *85*

A 91, X og Y mod Holland, dom afsagt den 26. marts 1985. *127, 185f., 191, 218ff., 227, 230, 233, 249, 266, 280, 281*

A 98, James and others mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1986. *174, 246, 250f.*

A 99, Feldbrugge mod Holland, dom afsagt den 29. maj 1986. *171, 280*

A 106, Rees mod United Kingdom, dom afsagt den 17. oktober 1986. *121*

A 139, Plattform Ärzte für das Leben mod Østrig, dom afsagt den 21. juni 1988. *220*

A 144, Nielsen mod Danmark, dom afsagt den 28. november 1988. (»Jonsagen«). *234*

A 161, Soering mod England, dom afsagt den 7. juli 1989. *226*

A 165, Markt Intern Verlag GmbH og Klaus Beermann mod Tyskland, dom afsagt den 20. november 1989. *255*

A 172, Powell og Rayner mod United Kingdom, dom afsagt den 21. februar 1990. *251*

A 184, Cossey mod United Kingdom, dom afsagt den 27. september 1990. *121*

A 232-C, B mod Frankrig, dom afsagt den 25. marts 1992. *121*

A 247-C, Costello-Roberts mod England, dom afsagt den 25. marts 1993. *188, 220, 231, 238*

A 258-A, Sibson mod United Kingdom, dom afsagt den 20. april 1993. *246*

A 274-A, Dombo Beheer mod Holland, dom af 27. oktober 1993. *256f.*

A 299-A, Hokkanen mod Finland, dom afsagt den 23. september 1994. *245*

A 303-C, Ostra mod Spanien, dom afsagt den 9. december 1994. *191, 220, 235, 242*

A 334, Velosa Barreto mod Portugal, dom afsagt den 21. november 1995. *246, 252, 391*

A and others mod Danmark, dom afsagt den 8. februar 1996. *172, 397*

Gustafsson mod Sverige, dom afsagt den 25. april 1996. *174, 320f.*

Cantoni mod Frankrig, dom afsagt den 15. november 1996. *254f.*

Kopp mod Schweitz, dom afsagt den 25. marts 1998. *399*

Bronda mod Italien, dom afsagt den 9. juni 1998. *220, 242, 253*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 408 SESS: 30 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/01–tekst

A mod United Kingdom, dom afsagt den 23. september 1998. *237*
Castillo Algar mod Spanien, dom afsagt den 28. oktober 1998. *399, 400*
Osman mod England, dom afsagt den 28. oktober 1998. *258*
Riera Blume and others mod Spanien, dom afsagt den 14. oktober 1999. *229, 235*
Z and others mod United Kingdom, dom afsagt den 10. maj 2001. *238*
VGT Verein gegen Tierfabriken mod Schweitz, dom afsagt den 28. juni 2001. *230, 234, 243, 247, 255*
E. and others mod United Kingdom, dom afsagt den 26. november 2002. *227*

Domspraksis fra den tyske forfatnings-domstol:

7 BVerfGE 198 *136, 145, 147, 205*
12 BVerfGE 113 *148*
25 BVerfGE 256 *148*

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 1 SESS: 4 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/02–regist

Stikordsregister

A
Adhæsionsprocessen 302, 328, 329, 401
Aftalefrihed 389ff., 145, 146, 371, 402, 409
Ausstrahlung 342
Autonom fortolkning, princippet om 122

B
Bevisbyrde 258
Bevismæssige spørgsmål ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol 256ff.
But-for-testen 225ff.

D
Det moderne samfund 33ff.
Det postmoderne samfund 33ff.
Det transnationale/internationale fortolkningsfællesskab, begreb 52
Drittwirkung
– direkte eller indirekte 293ff.
– af GG 144ff.
Dualisme 87
Dynamisk fortolkning 122

E
Effektivitetsprincippet 118
Erstatning uden for kontrakt 319
Ex officio anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
– ved domstolene 287, 311, 331, 392ff.
– ved forvaltningen 335, 401

F
Fair balance 251
Familieretlige sager 312ff., 245
Foreningsfrihed 107, 319ff.
For-forståelse 47ff.
Formodningsreglen 88
Fortolkningsreglen 88
Forudberegnelighedshensyn 380, 383ff.

G
Grundgesetz 139ff.

H
Harmoniseringshensyn 381ff.
Harmoniseringsprincip 90, 108
Hermeneutik 46ff.
Horisontal virkning 26, 288, 292, 341
Humanitær folkeret 100ff., 183, 184

I
Instruktionsregel til forvaltningen 88ff., 132, 349

J
Juridiske fortolkningsfællesskaber, begreb, 50ff.

K
Kommercielle forhold 254f., 406
Kontekstfortolkning 124
Kontraktsfrihed (se også aftalefrihed) 229, 247f.
Krigsforbrydelser 99f.
Købekontrakter (se også aftalefrihed) 248, 391

L
Lejeforhold, lejeret 22, 246f., 250ff., 316ff., 330, 390
Lighedsprincip 381, 389
Lüth-dommen 136, 147

M
Magtfordelingshensyn 129ff., 270, 351, 380ff., 387ff.
Magtfordelingsprincippet 86ff.

JOBNAME: Menneskeret–konventi PAGE: 2 SESS: 4 OUTPUT: Fri Oct 20 11:56:41 2006
/BookPartner/thomson/bog–ombryd/konvention/02–regist

Margin of appreciation (se også skønsmargin) 58, 124, 249ff.
Menneskerettighedsbegrebet 70
Menneskerettighedskonventionen
– art. 1 164, 165ff., 193, 217, 232, 238, 263, 321, 359
– art. 1 i tillægsprotokol 1 173f., 212, 250, 259f., 307, 323
– art. 1 i tillægsprotokol 4 174
– art. 2 199, 228, 258, 259, 260, 305
– art. 2 i tillægsprotolkol 1 190, 199, 231
– art. 3 119, 226, 230, 231f., 235, 237f., 259, 289, 307, 324, 391
– art. 5 206, 234f., 259, 392
– art. 5 i tillægsprotokol 7 175f.
– art. 6 85, 92, 94f., 112, 119, 122, 171f., 181, 189, 199, 215, 221, 236, 239f., 256f., 259, 304, 307ff., 324ff., 351, 365, 384, 397f.
– art. 7 54, 127, 178, 254f., 259
– art. 8 85, 126, 127, 178f., 189, 191, 202, 212, 215, 218, 232, 236, 240, 245ff., 251ff., 259, 266, 289, 303, 305ff., 312ff., 329, 334, 392, 405
– art. 9 216, 302, 303
– art. 10 19f., 37, 95, 112, 179, 248, 255, 259, 302, 307, 316ff., 326ff.
– art. 11 95, 119, 120, 216ff., 259, 278, 279, 307, 319ff.
– art. 12 172f., 178, 352
– art. 13 167f., 163, 231, 239ff., 251f., 259, 277
– art. 17 168f., 277
Monisme 87

N
Nationalstaten 23
Naturretten 35ff.
Novodan-sagen 320ff.
Nutidig fortolkning, princippet om 120

P
Pligtsubjektivitet 340, 356ff.
Positive forpligtelser 190, 198ff.
Private straffesager 325ff.
Proportionalitetsprincippet 127

R
Retspositivisme 38ff.
Retten til at modtage information 316ff.

S
Skønsmargin (se også Margin of appreciation) 124ff., 249ff., 406
Særligt beskyttelsesbehov 237f.

T
The rights of others 178ff.
Third-party applicability 340
Tilbagevirkende kraft 213f., 258
Transnationalt, juridisk fællesskab, begreb, 52ff.
Tvangsfjernelse 315f.

U
Ulighed i styrkeforholdet mellem parterne 188f., 241ff., 276, 390, 406

V
Verdenserklæringen om menneskerettigheder 36, 73, 182

W
Wienertraktatkonventionen 116f.