Jens Elo Rytter

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret

2. udgave

FORLAGET THOMSON

Jens Elo Rytter
Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret
2. udgave/1. oplag
© Forlaget Thomson A/S, København 2006

ISBN 10: 87-619-1572-6
ISBN 13: 978-87-619-1572-6

Omslag: Birger Gregers MDD, Frederiksberg
Illustration: Maleri af Marcus Elo Rytter
Sats: BookPartnerMedia, København
Tryk: P. J. Schmidt Grafisk, Vojens

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

»No man is an island, entire of itself;
every man is a piece of the Continent, a part of the
main ...«

John Donne, engelsk digter (1572-1631)

Indhold

Forord *19*

Anvendte forkortelser *21*

Kapitel 1. EMRKs historiske og ideologiske rødder *23*
1. Baggrunden for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention *23*
2. Rids af menneskerettighedernes historie *24*
   2.1 Menneskerettighedstankens filosofiske rødder *24*
   2.2 Tidlige forløbere i Middelalderen *25*
   2.3 Forfatningssikrede rettigheder *25*
   2.4 International beskyttelse af menneskerettigheder *26*
   2.5 Den Europæiske Union og menneskerettighederne *27*
   2.6 National styrkelse af menneskerettighedsbeskyttelsen *28*
3. Menneskerettighedernes værdigrundlag *29*
4. Menneskerettighedernes begrundelse *31*

Litteratur *32*

Kapitel 2. EMRKs stilling i dansk ret *33*
1. Indledning *33*
2. EMRKs status i dansk forfatningsret *34*
   2.1 Den dualistiske tradition og betydningen af EMRKs inkorporering *34*
   2.2 Udgangspunktet er EMRKs forrang for dansk ret *36*
   2.3 Grundloven har forrang for EMRK *36*
   2.4 Lovgiver kan vælge at fravige EMRK *37*
      2.4.1 Medmindre EMRK er blevet indfortolket i Grundloven *38*
      2.4.2 Medmindre EMRK afspejler uskreven dansk forfatningsret *38*
   2.5 Hvilket dansk statsorgan skal fortolke EMRK-komplekset? *39*
3. EMRK som grundlag for krav mod det offentlige? *43*
4. EMRK som grundlag for krav mod private? *45*

Litteratur *48*

Kapitel 3. EMRKs rettigheds- og pligtsubjekter *51*
1. Hvem er beskyttet af rettighederne? *51*
   1.1 Udgangspunktet: Alle mennesker *51*
   1.2 Borgerrettigheder gælder kun for statsborgere *52*
   1.3 Beskyttelsen kan variere afhængig af alder, anstaltsforhold, stilling m.v. *52*
2. Hvem er forpligtet af rettighederne? *53*
   2.1 Staten – enhver offentlig myndighed – er forpligtet *53*
   2.2 Private er ikke forpligtet *54*

Litteratur *55*

Kapitel 4. Fortolkning af EMRK *57*
1. EMDs autoritative fortolkningskompetence *57*
2. EMDs fortolkningsstil og -metoder *58*
   2.1 Rettighedens ordlyd, formål og »ånd« *60*
   2.2 Rettighedens forarbejder og samfundsudviklingen *61*
3. EMDs fortolkningsprincipper og -pejlemærker *62*
   3.1 Effektiv rettighedsbeskyttelse *63*
   3.2 Balance mellem rettigheder og samfundshensyn *64*
   3.3 Et demokratisk samfund *64*
   3.4 En retsstat – »the rule of law« *66*

Litteratur *67*

Kapitel 5. Begrænsninger i EMRKs rettigheder *69*
1. Hvorfor er der grænser for individets rettigheder? *69*
2. Proportionalitetsprincippet – kravet om en rimelig balance mellem rettigheder og andre hensyn *70*
   2.1 Proportionalitetsprincippet som generelt retsprincip *70*
   2.2 Proportionalitetsprincippets essens *72*
   2.3 Proportionalitetsprincippets udmøntning i forskellige begrænsningstilfælde *72*
3. Afgrænsning af absolutte rettigheder (Artikel 6 og 14) *73*
4. Rettighedsindgreb (Artikel 5 og Artikel 8-11) *74*
   4.1 Foreligger der et indgreb fra en offentlig myndighed? *75*
   4.2 Er indgrebet lovligt (hjemmelskravet)? *77*
   4.3 Forfølger indgrebet et legitimt formål? *79*
   4.4 Er indgrebet »nødvendigt i et demokratisk samfund« (proportionalt)? *80*

4.5 Udgangspunkt er individets rettigheder (rettighedens forhåndsprioritet) *83*
4.6 Andre faktorer af betydning for proportionalitetsvurderingen *84*
5. Fravigelse af rettigheder i nødretstilfælde (derogation) *87*
6. Forbud mod misbrug af rettigheder *89*
7. Afkald på rettighedsbeskyttelse – samtykke, aftale m.v. *91*
7.1 Kan individet give afkald på sine rettigheder? *91*
7.2 Hvilke kvalitative krav må stilles til et afkald? *94*
Litteratur *95*

Kapitel 6. Statens positive forpligtelser *97*
1. Indledning *97*
2. EMDs doktrin om statens positive forpligtelser *98*
3. Statens positive forpligtelser – indhold og omfang *100*
3.1 Generelle principper *100*
3.2 Pligten til at sikre individets rettigheder *102*
3.3 Pligten til at beskytte individets rettigheder mod indgreb fra private *103*
Litteratur *106*

Kapitel 7. EMDs kontrol og staternes skønsmargin *107*
1. Indledning *107*
2. EMRKs kontrolsystem og EMDs klagesagsbehandling *108*
2.1 Betingelser for antagelse af en klage til realitetsbehandling *108*
2.2 EMDs domme *109*
2.3 TP 14 – yderligere effektivisering af EMD *109*
3. EMDs doktrin om staternes skønsmargin *110*
3.1 Doktrinens baggrund *110*
3.2 Doktrinens karakter og betydning *111*
3.3 Doktrinens begrundelse(r) *112*
3.3.1 Respekten for forskelle i de nationale retssystemer og traditioner *113*
3.3.2 Respekten for det (nationale) politiske råderum *114*
3.3.3 Respekten for (nationale) forvaltningsmyndigheders sagkundskab *114*

3.4 Skønsmarginens anvendelsesområde og bredde (kriterier) *115*
3.4.1 Angår sagen en bred og åben rettighed (afvejningsrettighed)? *115*
3.4.2 Angår sagen et indgreb eller statens positive forpligtelser? *116*
3.4.3 Angår sagen fundamentale demokratiske rettigheder? *117*
3.4.4 Angår sagen et intensivt indgreb/indgreb i en rettigheds kerne? *117*
3.4.5 Angår sagen statens generelle økonomiske eller sociale politik? *118*
3.4.6 Angår sagen et »følsomt« område (uden en fælleseuropæisk standard)? *118*
3.4.7 Angår sagen et teknisk eller skønsbetonet område? *119*
3.4.8 Sammenfatning *120*
Litteratur *121*

Kapitel 8. Retten til personlig frihed *123*
1. Indledning *123*
2. Foreligger der en »frihedsberøvelse«? *125*
2.1 Klare tilfælde *125*
2.2 Vurdering af tvivlsomme tilfælde *126*
2.3 Indebærer ændrede vilkår for frihedsberøvelse en ny frihedsberøvelse? *128*
2.4 Betydningen af samtykke *129*
3. Har frihedsberøvelsen hjemmel i national ret? *130*
3.1 Hjemmelskravet *130*
3.2 Procedurekravet *131*
4. Varetager frihedsberøvelsen et legitimt formål *131*
5. Er frihedsberøvelsen nødvendig og proportional? *133*
6. Er domstolsgarantierne overholdt? *135*
6.1 Artikel 5(4) – En generel domstolsgaranti vedrørende frihedsberøvelse *136*
6.2 Artikel 5(3) – en skærpet judiciel garanti ved anholdelse og varetægtsfængsling *137*

7. Afsoning af fængselsstraf m.v. (litra a) *137*
7.1 Straffedommen *137*
7.2 Administrative afgørelser om opretholdelse eller genoptagelse af afsoning *138*
7.3 Domstolsgarantier *140*
8. Gennemtvingelse af domstolspåbud og lovmæssige forpligtelser (litra b) *142*
9. Anholdelse og varetægtsfængsling ved mistanke om kriminalitet (litra c) *144*
9.1 »Forbrydelse« *144*
9.2 Anholdelse *145*
9.3 Varetægtsfængsling *146*
9.4 Domstolsgarantier *149*
10. Tvangsfjernelse og anden socialt begrundet frihedsberøvelse af børn og unge (litra d) *151*
11. Frihedsberøvelse af sindssyge, smitsomt syge, alkoholikere, narkomaner og vagabonder (litra e) *152*
11.1 Tvangsindlæggelse og -tilbageholdelse af sindssyge *152*
11.2 Tvangsisolering af smitsomt syge *154*
11.3 Detentionsanbringelse af berusere m.v. *155*
12. Frihedsberøvelse af udlændinge, som søger asyl eller begæres udvist (litra f) *157*
Litteratur *158*

Kapitel 9. Retten til en retfærdig rettergang *159*
1. Indledning *159*
2. Artikel 6's anvendelsesområde *160*
2.1 Straffesager *161*
2.2 Sager om »borgerlige rettigheder og forpligtelser« *163*
3. Adgang til domstolene *164*
4. En »retfærdig rettergang« (overbegrebet) *166*
5. Ret til en uafhængig domstol (stk. 1) *167*
6. Ret til en upartisk domstol (stk. 1) *170*
7. Ret til en offentlig rettergang og dom (stk. 1) *173*
7.1 Offentlighed under sagen *174*
7.2 Offentlig domsafsigelse *174*
8. Ret til afgørelse inden for en rimelig frist (stk. 1) *174*
9. Særlige krav til straffesager *177*

10. Retten til et effektivt og ligestillet forsvar *178*
10.1 Ret til underretning om anklagen (stk. 3, litra a) *178*
10.2 Ret til forsvarerbistand (stk. 3, litra c) *179*
10.3 Ligestilling mellem forsvar og anklagemyndighed (stk. 1 og stk. 3, litra b og d) *180*
10.3.1 Lige adgang til sagens dokumenter *181*
10.3.2 Lige adgang til at indkalde og afhøre vidner *184*
10.4 Ret til tolkebistand (stk. 3, litra e) *188*
11. Uskyldsformodningen (stk. 2) *189*
11.1 Beviset for skyld *189*
11.2 Udtalelser om den anklagedes skyld før dom *189*
11.3 Oplysning om den anklagedes tidligere straffedomme *190*
11.4 Mistanke om skyld efter frifindelse eller opgivelse af straffesagen? *191*
11.5 Erstatningsansvar efter frifindelse for straf? *192*
12. Retten til ikke at udtale sig – beskyttelsen mod selvinkriminering (stk. 1) *195*
12.1 Den sigtedes ret til ikke at udtale sig *195*
12.2 Beskyttelsen imod selvinkriminering og almindelige oplysningspligter *196*
Litteratur *198*

Kapitel 10. Retten til privat- og familieliv *199*
1. Indledning *199*
2. Artikel 8 – beskyttelsens indhold og grænser *200*
2.1 Artikel 8's anvendelsesområde *200*
2.2 Betingelserne for indgreb i Artikel 8's rettigheder *201*
2.3 Statens pligt til at beskytte Artikel 8's rettigheder *203*
3. Privatlivet *204*
3.1 Hvad omfattes af begrebet »privatliv« *204*
3.2 Seksualiteten *206*
3.3 Beskyttelse af personoplysninger *208*
3.4 Overvågning af personer *211*
4. Familielivet *212*
4.1 Hvad omfattes af begrebet »familieliv« *212*
4.2 Ægteskab og stiftelse af familie *215*
4.3 Forældre og børn *216*

5. Hjemmet *223*
   5.1 Hvad omfattes af begrebet »hjem«? *223*
   5.2 Husundersøgelse (ransagning) *224*
   5.3 Begrænsninger som følge af planlovgivning m.v. *225*
   5.4 Gener som følge af forurening, støj m.v. *227*
   5.5 Boligejere og -lejeres økonomiske interesser *228*
6. Kommunikation *228*
   6.1 Hvad omfattes af begrebet »korrespondance«? *228*
   6.2 Aflytning af kommunikation *229*
7. Særligt om udlændinges ret til privat- og familieliv *230*
   7.1 Udvisning på grund af kriminalitet *231*
   7.2 Familiesammenføring *235*
8. Særligt om indsattes ret til privat- og familieliv *237*
   8.1 Indsattes privatliv *238*
   8.2 Indsattes familieliv *238*
   8.3 Indsattes »hjem« (cellen) *239*
   8.4 Indsattes kommunikation (korrespondance) *239*

Litteratur *240*

Kapitel 11. Retten til religionsfrihed *241*

1. Indledning *241*
2. Hvad er en »religion« eller »tro«? *244*
3. Friheden til at vælge eller fravælge religion *245*
4. Friheden til at udøve sin religion *246*
   4.1 Religionsudøvelsens former *247*
   4.2 Ikke enhver religiøst motiveret aktivitet er beskyttet *248*
   4.3 Grænser for religiøs tolerance – den sekulære stat *248*
   4.4 Statens pligt til at beskytte den fri religionsudøvelse *250*
5. Begrænsninger i den fri religionsudøvelse *250*
   5.1 Begrænsninger, som specifikt er rettet mod trossamfund og religionsudøvelse *252*
   5.2 Begrænsninger, som er en (utilsigtet) følge af generel og neutral regulering *254*
   5.3 Begrænsninger i ansættelsesforhold *258*
6. Skolen skal respektere forældrenes religiøse overbevisning *259*
7. Forbud imod diskrimination på grund af religion *261*
   7.1 Artikel 14's forbud mod bl.a. religionsdiskrimination *261*

7.2 Religionsdiskrimination i forældremyndigheds- og adoptionssager *262*
7.3 Religionsdiskrimination på arbejdsmarkedet *264*
8. Religionsfriheden og den danske statskirkeordning *265*
8.1 Statskirker og EMRK *266*
8.2 Folkekirken *267*
Litteratur *269*

Kapitel 12. Retten til ytrings- og informationsfrihed *271*
1. Indledning *271*
2. Ytrings- og informationsfrihedens indhold *273*
2.1 Ytringsfriheden *273*
2.2 Informationsfriheden (mediernes særlige rolle) *275*
2.3 Statens pligt til at beskytte ytrings- og informationsfriheden *276*
3. Ytrings- og informationsfrihedens grænser *276*
3.1 Generelt om indgrebsbetingelserne efter Artikel 10(2) *276*
3.2 Angår ytringen/reportagen et emne af samfundsmæssig interesse? *278*
3.3 Ytringens/reportagens form, virkemidler, udbredelse og målgruppe *280*
3.4 Indgrebets karakter og intensitet *281*
4. Særlige ytringsprivilegier og -begrænsninger *283*
4.1 Politikeres udvidede ytringsfrihed *283*
4.2 Journalisters udvidede ytringsfrihed *284*
4.3 Offentligt ansattes ytringsfrihed *285*
5. Ytringsfrihed og ærekrænkelse *286*
5.1 Sondringen mellem beskyldninger og meningstilkendegivelser *287*
5.2 Beskyldninger (sigtelser, statements of fact) *287*
5.3 Meningstilkendegivelser (ringeagtsytringer, value judgments) *289*
5.4 Ytringer i »gråzonen« mellem beskyldninger og meningstilkendegivelser *290*
5.5 Kritik af politikere og regering *291*
5.6 Kritik af offentlige myndigheder *291*
6. Ytringsfrihed og tilskyndelse til vold *292*

7. Ytringsfrihed og forhånelse af persongrupper *292*
8. Ytringsfrihed og religionsbespottelse (blasfemi) *295*
9. Ytringsfrihed og fortrolige oplysninger *296*
10. Mediernes uafhængighed og pluralisme *298*
    10.1 Forbud mod statslig styring og kontrol *298*
    10.2 Krav om tilladelse til radio- og tv-virksomhed *299*
    10.3 Sikring af pluralisme og upartiskhed i medierne *299*
11. Mediernes opsøgende arbejde *300*
    11.1 Mediereportager som krænker individers privatliv *300*
    11.2 »Under cover« journalistik *303*
12. Mediernes formidlende arbejde *304*
13. Mediernes ret til at beskytte deres kilder *306*
14. Mediernes særlige pligter og ansvar *307*

Litteratur *309*

Kapitel 13. Retten til forsamlingsfrihed *311*

1. Indledning *311*
2. Hvad er en forsamling? *313*
    2.1 Minimumskrav: Flere personer samles om et fælles formål *313*
    2.2 Skal forsamlingen have et ytringsformål (meningstilkendegivelse)? *314*
    2.3 Særligt om fysiske blokader *315*
3. Kun »fredelige« forsamlinger er beskyttet *316*
4. Forsamlingsfrihedens indhold *317*
    4.1 Hvem tilkommer forsamlingsfriheden? *317*
    4.2 Friheden til at deltage i fredelige forsamlinger *317*
    4.3 Ikke frihed til at overtræde den almindelige lovgivning *318*
    4.4 Lovgivning, som specifikt regulerer deltagelse i forsamlinger *319*
5. Krav om forudgående anmeldelse af offentlige møder og demonstrationer *320*
6. Indgreb i forsamlingsfriheden *321*
    6.1 Generelt om indgrebsbetingelserne i Artikel 11(2) *321*
    6.2 Forbud mod eller opløsning af en forsamling *322*
    6.3 Mindre vidtgående begrænsninger *323*
    6.4 Indgreb rettet mod forsamlingens ytringer? *325*

7. Pligten til at befordre og beskytte forsamlingsfriheden *327*
   7.1 Politibistand til trafikregulering m.v. *328*
   7.2 Politibeskyttelse imod mod-demonstrationer *328*
Litteratur *329*

Kapitel 14. Retten til foreningsfrihed *331*
1. Indledning *331*
2. Hvad er en forening? *333*
3. Friheden til at danne og drive foreninger *334*
   3.1 Foreningsdannelse og foreningens virke *334*
   3.2 Fagforeningers ret til at varetage medlemmernes interesser *337*
4. Særligt om forbud mod eller opløsning af politiske partier *338*
   4.1 Politiske partier kan normalt ikke forbydes/opløses *338*
   4.2 Politiske partier, som virker ved vold m.v. *339*
   4.3 Politiske partier, hvis formål er uforenelige med demokratiske principper *339*
   4.4 Kravene til bevis for et anti-demokratisk formål *341*
5. Friheden til at være medlem af en forening *341*
6. Friheden til at stå uden for en forening *342*
   6.1 Artikel 11's ordlyd og forarbejder *343*
   6.2 EMDs anerkendelse af den negative foreningsfrihed *343*
   6.3 Lovbestemt medlemspligt *345*
   6.4 Medlemspligt som følge af private aftaler *345*
7. Særligt om fagforeningstvang på arbejdsmarkedet *346*
   7.1 Beskyttelsen imod fagforeningstvang *347*
   7.2 Lovbestemt pligt til medlemskab af en fagforening *348*
   7.3 Pligt til medlemskab som følge af kollektiv aftale *348*
   7.4 Indirekte fagforeningstvang gennem pression *351*
Litteratur *352*

Kapitel 15. Retten til ikke at blive diskrimineret *353*
1. Indledning *353*
2. Artikel 14 forbyder diskrimination inden for EMRKs »område« *355*
3. Hvornår foreligger der diskrimination? *358*

3.1 Foreligger der forskelsbehandling (af sammenlignelige tilfælde)? *359*
3.2 Forfølger forskelsbehandlingen et sagligt/legitimt formål? *361*
3.3 Er forskelsbehandlingen rimelig i lyset af formålet (proportional)? *362*
4. Direkte diskrimination (begrundelsen) *362*
4.1 Generelt forbudte kriterier (»suspekte kriterier«) *362*
4.2 Andre kriterier *367*
5. Indirekte diskrimination (virkningen) *368*
6. Positiv særbehandling – forskelsbehandling for at udjævne ulighed *370*
7. Pligt til forskelsbehandling? *371*
Litteratur *372*

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (uddrag) *373*

Generel litteratur *385*

Domsregister *387*

Stikordsregister *401*

Forord

Den foreliggende bog er anden udgave af min lærebog om Den Europæiske Menneskerettighedskonvention – og dansk ret.

Som titlen antyder, handler bogen primært om Menneskerettighedskonventionen, men den fokuserer på problemstillinger, som har særlig praktisk betydning i dansk ret, og sammenholder ofte retsstillingen efter Konventionen med dansk lovgivning og retspraksis.

Andenudgaven er ikke blot en opdateret version af førsteudgaven, men en gennemskrevet ny udgave. Jeg har søgt at hæve det faglige niveau ved at udbygge og nuancere fremstillingen på væsentlige punkter, idet jeg dog samtidig har fastholdt den grundlæggende ambition om at skrive en tilgængelig fremstilling, som ikke gør tingene unødigt komplicerede. Jeg har endvidere indføjet centrale citater fra Menneskerettighedsdomstolens praksis, ikke mindst for at give læseren mulighed for at stifte førstehånds bekendtskab med denne helt centrale retskilde.

Jeg har i arbejdet med bogen modtaget nyttige oplysninger og råd fra en række personer, både i og uden for universitetsmiljøet. Jeg takker dem alle under mottoet: Ingen nævnt, ingen glemt.

En stor tak til stud.jur. Oliver Machholdt for kompetent bistand med kildesøgningen, til Lisbeth Dick for grundigt korrekturarbejde, samt til stud.jur. Elisabeth Gro Christensen for god hjælp med udfærdigelse af domsregistret.

Som det var tilfældet med førsteudgaven, har det også været en fornøjelse at skrive andenudgaven, og jeg håber at noget af min begejstring vil smitte af på læseren. Kommentarer og forslag til forbedringer modtages med kyshånd på adressen: **Jens.Elo.Rytter@jur.ku.dk**.

København, Juni 2006
Jens Elo Rytter

Anvendte forkortelser

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
EMD	Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol
EMRK	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention
FOB	Folketingets Ombudsmands Beretning
FT	Folketingstidende
Grl	Grundloven
Rpl	Retsplejeloven
Rt	Norsk retstidende
Strl	Straffeloven
TfK	Tidsskrift for Kriminalret
TK	Traktatretskonventionen
TP	Tillægsprotokol til EMRK
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
U.S.	United States Reports
VM	FNs Verdenserklæring om Menneskerettigheder

Kapitel 1

EMRKs historiske og ideologiske rødder

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) er fra 1950. Dens umiddelbare forbillede er FNs Verdenserklæring om Menneskerettigheder fra 1948. Menneskerettighedstanken har rødder helt tilbage til Oldtiden. Menneskerettigheder blev dog først indarbejdet i de nationale forfatninger fra slutningen af 1700-tallet efter frihedsrevolutionerne i Nordamerika og Europa – i Danmark med Grundloven af 1849. Den internationale udvikling efter 1945 har givet menneskerettighederne fornyet betydning. Det skyldes i Europa ikke mindst EMRK, som i dag fungerer som en slags fælleseuropæisk rettighedskatalog. Menneskerettighederne hviler ideologisk på tanken om det enkelte menneskes frihed og værdighed som en forudsætning for et retfærdigt og fredeligt samfund.

1. Baggrunden for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

Baggrunden for vedtagelsen af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) i 1950 var de traumatiske erfaringer fra Anden Verdenskrig. Hitlers rædselsregime i Tyskland havde på grusom måde illustreret, at selv folkevalgte regeringer kan begå ufattelige overgreb mod sine egne statsborgere. Derfor erkendte staterne efter 1945 behovet for en international beskyttelse af individets menneskerettigheder.

På verdensplan etablerede man i 1945 De Forenede Nationer (FN), som bl.a. fik til formål at fremme respekten for menneskerettigheder. I 1948 vedtog FNs Generalforsamling Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (VM), som siden har dannet grundlag for den internationale beskyttelse af menneskerettigheder.

Således også i Europa. Her dannede man i 1949 Europarådet som et forum for europæisk samarbejde mellem stater, der bekender sig til demokrati, retsstatsprincipper og beskyttelsen af menneskerettigheder. Det bredere formål med Europarådet var at sikre en tættere forening af

de europæiske lande, som kort forinden næsten havde udslettet hinanden i en altomfattende verdenskrig. Efter intenst forarbejde i årene 1949-50 kunne Europarådets medlemmer den 4. november 1950 i Rom underskrive EMRK. Konventionens præambel henviser til VM som sit direkte forbillede og bekræfter demokrati, retsstat og menneskerettigheder som fælleseuropæiske værdier. EMRK trådte i kraft i den 3. september 1953; Danmark var med fra begyndelsen.

EMRK er således konkret udsprunget af en universel bevægelse efter Anden Verdenskrig for at styrke og fremme beskyttelsen af menneskerettigheder. Ligesom denne universelle bevægelse efter 1945 står også EMRK dog i gæld til menneskeretstankens rødder i europæisk naturretsfilosofi og til de demokratiske frihedsrevolutioner i slutningen af 1700-tallet.

2. Rids af menneskerettighedernes historie

Ideen om menneskerettigheder har eksisteret i filosofien siden Oldtiden. Anerkendelse af menneskets grundlæggende rettigheder som forfatningsretlige normer begyndte derimod først for alvor for godt 200 år siden. En ny dimension og et væsentligt større gennemslag fik rettighedsstanken efter 1945 med internationaliseringen af menneskerettighederne gennem vedtagelse af en række globale og regionale menneskerettighedskonventioner, herunder EMRK. I dag går national og international rettighedsbeskyttelse hånd i hånd.

2.1 Menneskerettighedstankens filosofiske rødder

Tanken om at det enkelte menneske har nogle medfødte rettigheder har årtusindgamle europæiske rødder. Rettighedstanken kan spores tilbage til Oldtidens Grækenland, hvor den blandt andet finder udtryk i Aristoteles' statslære og i stoikernes forestillinger om en naturgiven lov for alle mennesker og dyr og heraf følgende naturlige rettigheder for mennesket. Ideen om en naturgiven retsorden blev overtaget af Romerretten og videreført i Kristendommens tanke om gudgivne rettigheder og en grundlæggende humanistisk samfundsetik. Rettighedstanken har således rødder i religiøse og naturretlige (metafysiske) forestillinger om, at mennesket alene i kraft af at være menneske er bærer af visse umistelige rettigheder. Datidens samfund var imidlertid ikke præget af respekten

for menneskerettigheder, men derimod af fyrster, konger og kejsere, som på vegne af en lille elite herskede over og undertrykte masserne, som måtte leve i ufrihed og fattigdom. Menneskerettigheder var således i denne periode overvejende blot en filosofisk og moralsk vision.

2.2 Tidlige forløbere i Middelalderen

Menneskerettighederne blev først til ret langt senere. Forløbere for rettighedernes gennembrud i 1700-tallet kendes dog fra Middelalderen, både i udlandet og i Danmark.

Fra England kendes det berømte Magna Carta (1215) – et frihedsbrev fra Englands King John til lokale baroner, som garanterede adelsstanden visse friheder og rettigheder over for kongen. Nok så vigtige er de senere engelske Habeas Corpus Acts (1640/1679) med retssikkerhedsgarantier ved indgreb i den personlige frihed og den private ejendomsret og Bill of Rights (1689) – den engelske konges håndfæstning til det engelske parlament, som ikke blot grundfæstede parlamentets suverænitet og dermed demokratiet, men også rummede den ny konges løfte om ikke at krænke folkets »sande, gamle og uomtvistelige rettigheder og friheder«, herunder religionsfrihed og forbud mod grusomme eller uforholdsmæssige straffe.

Også rettighederne i Grundloven af 1849 har historiske forløbere i de håndfæstninger – et dokument, hvori kongen afgiver visse løfter for sin regeringstid – som middelalderens valgkonger gav til adelen ved bestigelse af tronen. Berømt er Erik Klippings Håndfæstning (1282), som bl.a. rummer løfter om ikke at foretage vilkårlige fængslinger, straffe uden lovhjemmel eller pålægge bønder tvangsarbejde, samt respektere næringsfriheden og den private ejendomsret, beskytte kirkens frihed og kun stævne folk for de retmæssige domstole.

2.3 Forfatningssikrede rettigheder

Den moderne menneskeret siges at være blevet født i forbindelse med de demokratiske frihedsrevolutioner i slutningen af 1700-tallet. Da de nordamerikanske kolonier i 1776 i Guds navn erklærede deres løsrivelse fra den Britiske Krone og vedtog en uafhængig forfatning (1787) med et katalog af rettigheder (Amendments 1789/1791), satte dette en frihedsbølge i bevægelse, som snart også nåede Europas kyster. Den blodige franske revolution fulgte efter, og man proklamerede her Erklæringen om Menneskelige og Borgerlige Rettigheder (1789). Dønningerne fra

Frankrig bredte sig i de følgende årtier til det øvrige Europa. Danmark fik med Grundloven af 1849 sin første demokratiske forfatning. Her som i andre europæiske lande blev menneskerettigheder grundfæstet som et centralt element i den nye demokratiske forfatning.

Fra Nordamerika til Danmark havde denne frihedsbølge sit ideologiske udspring i oplysningstidens politiske naturretsfilosofi – navnlig værker af englænderen John Locke og franskmændene Charles Montesquieu og Jacques Rousseau – som på rationelt grundlag argumenterede for, hvordan man med udgangspunkt i alle menneskers frihed og ligeværdighed kunne sikre den mest retfærdige og hensigtsmæssige indretning af samfundet.

2.4 International beskyttelse af menneskerettigheder

Den næste milepæl i menneskerettighedernes historie er 1945. Selv om det internationale samfund allerede før 1945 havde vedtaget enkelte konventioner om beskyttelse af minoriteter og forbud mod slaveri, var det indtil da fortsat en herskende forestilling, at folkeretten angik forholdet mellem stater, mens staternes behandling af egne borgere var et nationalt anliggende. Navnlig Nazisternes rædselsregime og gennemførelse af folkedrab på jøder, sigøjnere og andre minoritetsgrupper gjorde det dog klart, at menneskerettighederne måtte beskyttes på internationalt niveau. Historien havde vist, at nationale garantier for menneskerettighederne ikke altid er tilstrækkelige.

I 1945 blev FN-pagten undertegnet i San Francisco. Pagten gør fremme af menneskerettigheder til et centralt formål for verdenssamfundet (Artikel 1(3)). Vigtig er også Nürnberg-processen i 1946 mod ledende nazister, som blev dømt for forbrydelser mod menneskeheden på det grundlag, at folkeretten forbyder umenneskelighed, uanset indholdet af national ret. Det egentlige internationale gennembrud for menneskerettighederne var dog FNs Generalforsamlings vedtagelse i 1948 af Verdenserklæringen om Menneskerettigheder. Her var for første gang et internationalt dokument, som proklamerede en udførlig liste af menneskerettigheder gældende for ethvert menneske. Verdenserklæringen er godt nok formelt ikke juridisk bindende, men har haft enorm betydning for den senere udvikling, ikke mindst som forlæg for de senere vedtagne – juridisk bindende – menneskerettighedskonventioner. Det gælder både de to centrale FN-konventioner om Civile og Politiske Rettigheder

(1966) og Økonomiske, Sociale og Kulturelle rettigheder (1966) og de efter 1948 vedtagne regionale menneskerettighedskonventioner.

I Europa dannede man i 1949 Europarådet til fremme af fred, demokrati og menneskerettigheder. Europarådet vedtog i 1950 Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder – som oftest benævnt Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK). EMRK er i modsætning til sit forbillede, Verdenserklæringen fra 1948, ikke blot en politisk deklaration, men en retligt bindende traktat, som forpligter deltagerstaterne til at sikre EMRKs rettigheder for individer omfattet af statens jurisdiktion, jf. Art. 1. Konventionen beskytter primært de klassiske retsgarantier og friheder. EMRK har haft afgørende betydning for udviklingen af rettighedsbeskyttelsen i Danmark og i mange andre europæiske lande. Det skyldes ikke mindst, at man fra starten knyttede et effektivt kontrolapparat til Konventionen: Individet fik adgang til at indbringe klager over statens menneskerettighedskrænkelser, som i sidste instans kunne vurderes af Menneskerettighedsdomstolen (EMD), hvis afgørelser er bindende. Europarådet har også vedtaget Den Europæiske Socialpagt (1961), som beskytter økonomiske og sociale rettigheder. Socialpagten savner dog et effektivt kontrolsystem og har ikke haft nær samme gennemslagskraft og betydning som EMRK. Noget tilsvarende gælder rækken af mere specielle konventioner om menneskerettigheder vedtaget i Europarådets regi.

2.5 Den Europæiske Union og menneskerettighederne

Den Europæiske Union (EU) er den politisk-økonomisk centrale organisation for Danmark som stat og for Europa som helhed, men den har traditionelt ikke haft beskyttelse af menneskerettigheder som sit formål. Fra starten i 1957 var EF kun et praktisk økonomisk samarbejde, om end med en langsigtet ambition om en slags føderal stat som i USA. Siden 1969 har EF-Domstolen imidlertid anerkendt europæiske menneskerettigheder som uskrevne retsprincipper i EF-retten. Domstolens praksis er nu nedfældet i EU-traktaterne. I Amsterdam-traktaten fra 1998 fastslås i Artikel 6(2), at »Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres i den Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder (...) og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner, som generelle principper for fællesskabs-

retten.« Inden for EU skal rettighederne overholdes af EUs organer, men binder desuden medlemsstaterne, når de handler inden for fællesskabsrettens område. Betydningen heraf er, at rettighederne i dette omfang har del i fællesskabsrettens krav om forrang for national ret. I bestræbelserne på at danne en europæisk føderalstat proklamerede medlemsstaterne i 2000 EUs Charter om Grundlæggende Rettigheder som en politisk erklæring. Chartret indeholder langt flere rettigheder end EMRK, herunder også økonomiske og sociale rettigheder. Vigtigt i denne sammenhæng er imidlertid, at Chartret i Artikel 52(3) fastslår, at de rettigheder i Chartret, som svarer til EMRKs rettigheder, har samme betydning og omfang som rettighederne i EMRK, idet EU dog kan give en bedre beskyttelse. EU underkaster sig således EMRK og navnlig EMDs fortolkning heraf som udtryk for en bindende minimumsstandard. I udkastet til en egentlig EU-forfatningstraktat fra sommeren 2003, indgår Chartret som forfatningens Anden Del. Chartret blev underskrevet i sommeren 2004, men efter at et stort flertal af befolkningerne i Frankrig og Holland vragede forfatningstraktaten ved folkeafstemninger i foråret 2005 er ratifikationsprocessen nu sat i bero på ubestemt tid. EU's rettighedscharter har derfor fortsat alene karakter af en politisk erklæring, ligesom Amsterdam-traktatens Artikel 6(2) fortsat udgør gældende EU-ret på menneskerettighedsområdet.

2.6 National styrkelse af menneskerettighedsbeskyttelsen

Ikke kun inter- og overnationalt har menneskerettighederne fået ny vitalitet efter 1945. Læren fra Anden Verdenskrig og inspirationen fra FNs Verdenserklæring om Menneskerettigheder slog også igennem i mange europæiske landes forfatninger. Det ødelagte Tyskland fik i 1949 en helt ny grundlov med et overordentligt moderne og udførligt katalog af grundrettigheder og en effektiv kontrolinstans i Forfatningsdomstolen. En tilsvarende udvikling fandt sted i en række andre lande. Menneskerettighedernes autoritet blev yderligere styrket med murens fald i 1989. I dagens Europa sikres rettighedsbeskyttelsen således i et samspil mellem forfatningens rettigheder og EMRK.

Ved den danske grundlovsrevision i 1953 skelede man også til Verdenserklæringen, men Grundlovens rettigheder blev dog kun revideret og udvidet på enkelte punkter. Det var monarkiets arvefølge og afskaffelsen af Landstinget, som stod i centrum for grundlovsrevisionen. Der-

for fremstår Grundlovens rettighedskatalog i dag som både delvist forældet og utilstrækkeligt.

For Danmark kan det derfor med rette siges, at det skyldes den internationale menneskerettighedsudvikling, og frem for alt EMRK og EMDs praksis, at individets rettigheder i dag indtager en central plads i dansk ret. Danmark var med i EMRK fra dens ikrafttræden i 1953. Først i løbet af 1980'erne begyndte danske domstole dog at inddrage Konventionen i danske retssager. På baggrund af erkendelsen af EMRKs relevans for dansk ret blev Konventionen i 1992 inkorporeret i dansk ret ved lov. Danmark er godt nok kun sjældent blevet dømt ved Menneskerettighedsdomstolen, sammenlignet med mange andre lande. EMRKs normer og EMDs praksis har ikke desto mindre haft indgribende betydning for en lang række retsområder i dansk ret, hvor individets frihed og retssikkerhed nu er kommet mere i fokus. EMRK fungerer således i dag reelt som Danmarks anden – og praktisk vigtigste – forfatning, når det gælder beskyttelse af individets rettigheder (se nærmere om EMRKs status i dansk ret nedenfor i Kapitel 2).

3. Menneskerettighedernes værdigrundlag

Bag den moderne menneskeret ligger et ideal om det enkelte menneskes værdighed og frihed. Selvom EMRK ikke udtrykkeligt omtaler den menneskelige værdighed, har også EMRK udspring i denne tanke. Med EMDs ord: »the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom«, jf. *Christine Goodwin* (2002, para. 90).

De amerikanske og franske rettighedserklæringer fra 1700-tallet udsprang af et liberalistisk ideal med frihed og lighed for loven i højsædet. Således hedder det i Den Amerikanske Uafhængighedserklæring fra 1776, at »all men are created equal (...) they are endowed by their Creator with certain inalienable Rights (...) among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness« og i Frankrigs Erklæring om Menneskelige og Borgerlige Rettigheder fra 1789, at »Menneskene fødes og forbliver frie og lige i rettigheder ...« (Artikel 1) og, at menneskets naturlige og umistelige rettigheder omfatter: »Frihed, ejendomsret, sikkerhed og ret til modstand mod undertrykkelse« (Artikel 2).

Menneskets værdighed trådte først i karakter som menneskerettens omdrejningspunkt efter 1945 i lyset af Nazisternes ubegribelige over-

greb mod og fornedrelse af et helt folk. FNs Verdenserklæring om Menneskerettigheder fra 1948 fastslår således i Artikel 1, at: »Alle mennesker er født frie og lige i værdighed og rettigheder. De er udstyret med fornuft og samvittighed og de bør handle mod hinanden i en broderskabets ånd«. Dette er i korthed ideologien bag den moderne menneskerettighedstanke. Det er da også med rette blevet sagt, at hvis bare denne bestemmelse blev efterlevet, behøvede man ingen (andre) menneskerettigheder. EMRKs præambel henviser til Verdenserklæringen som sit inspirationsgrundlag.

Den menneskelige værdighed er på samme måde slået igennem som den centrale værdi i mange nye forfatninger vedtaget efter Verdenserklæringen. Tendensen er nu entydigt bekræftet i EUs Charter om Grundlæggende Rettigheder fra 2000, hvor det i Artikel 1 proklameres: »Den menneskelige værdighed er ukrænkelig. Den skal respekteres og beskyttes«. Om Artikel 1 udtales i det uofficielle forklaringsdokument til Chartret bl.a.: »Den menneskelige værdighed er ikke blot en grundlæggende rettighed i sig selv, men udgør selve fundamentet for de grundlæggende rettigheder«.

For at forstå betydningen af menneskeværdigheden som menneskerettens fundament, kan man gå baglæns og spørge: Hvorfor må staten ikke udøve tortur? Hvorfor er det forkert, hvis en stat fængsler folk efter forgodtbefindende? Hvorfor må staten ikke uden saglig begrundelse behandle nogle grupper i samfundet bedre end andre, f.eks. mænd bedre end kvinder eller danskere bedre end udlændinge? Til det første kan vi svare, at tortur er en umenneskelig form for magtanvendelse, som krænker ofrets fysiske og psykiske integritet. Til det andet, at vilkårlige fængslinger krænker princippet om den personlige frihed. Til det tredje, at diskrimination strider imod et princip om ligebehandling. Man kan da fortsætte og spørge, hvorfor mennesker skal sikres på integritet, frihed og ligebehandling? Svaret er, at integritet, frihed og ligebehandling er en forudsætning for menneskelig værdighed.

Billedligt kan man betragte den moderne menneskeret som et hus. Husets fundament er idealet om menneskets værdighed. Husets grundpiller er principperne om liv, integritet, frihed, lighed, retssikkerhed og et minimum af velfærd. Byggestenene er de enkelte rettighedsbestemmelser, som udmønter disse principper i mere konkrete rettigheder. Den enkelte rettighed må således forstås i lyset af fundamentet og de bærende principper for rettighedstanken som helhed. Ligeledes kan de enkelte

rettigheder ikke anskues isoleret fra hinanden. Da de har udspring i samme menneskesyn og værdigrundlag, er menneskerettighederne udelelige og gensidigt afhængige (jf. Wienerdeklarationen fra 1993) med idealet om den menneskelige værdighed som det fælles, samlende omdrejningspunkt.

4. Menneskerettighedernes begrundelse

Selv om det kan lyde provokerende, kan man spørge: Hvorfor skal vi overhovedet have menneskerettigheder, som beskytter det enkelte menneskes frihed og værdighed?

Menneskerettighederne har i første række en *ideologisk* begrundelse: at sikringen af det enkelte menneskes frihed og ligeværdighed i sig selv har værdi som en forudsætning for et retfærdigt samfund. I henhold til naturretstænkningen eksisterer den menneskelige frihed og værdighed som en medfødt ret for det enkelte menneske og kræver derfor ikke retlig anerkendelse – som det indledningsvis hedder i USA's uafhængighedserklæring: »We hold these truths to be self-evident ...«. Der er næppe tvivl om, at alle mennesker har en iboende trang til frihed og ligeværdighed. Menneskehedens historie har imidlertid været præget af, at magthavere undertrykte og forgreb sig mod hele befolkningers eller mindretals værdighed og frihed. Derfor forekommer det mere realistisk, at se menneskerettighedernes gennemslag siden slutningen af 1700-tallet og med fornyet styrke efter 1945 som udtryk for en historisk betinget moralsk og politisk anerkendelse af et bestemt værdisæt.

Menneskerettighederne har dog også en mere *praktisk* begrundelse: at beskyttelsen af menneskerettigheder for alle uden forskel erfaringsmæssigt forebygger konflikter og dermed befordrer fred og harmoni i det enkelte samfund og i verden. En lang række voldelige konflikter, ikke mindst i de senere årtier, er udsprunget af et befolkningsflertals undertrykkelse af bestemte religiøse, etniske eller nationale mindretal. Også før det når så vidt, bidrager sikringen af menneskerettigheder dog til at forebygge den utryghed, utilfredshed og de spændinger, som på længere sigt kan destabilisere et samfund.

Begge begrundelser findes sammenflettet i den formulering, som indleder præamblen til Verdenserklæringen om Menneskerettigheder fra 1948: »Da anerkendelse af den mennesket iboende værdighed og af de

lige og ufortabelige rettigheder for alle medlemmer af den menneskelige familie er grundlaget for frihed, retfærdighed og fred i verden ...«. Tilsvarende udtales i EMRKs præambel, at »disse grundlæggende frihedsrettigheder ... er grundlaget for retfærdighed og fred i verden«.

Litteratur

G. Alfredsson og A. Eide (eds.) The Universal Declaration of Human Rights, Martin Nijhoff Publishers, Haag 1999, side 3-73

O. Due Beskyttelsen af menneskerettigheder i EF, i M. Kjærum m.fl. (red.), Grundloven og menneskerettigheder, DJØF, København 1997, side 465ff

S. Harck og M. Hartlev Retten til værdighed og egen identitet, i Retsvidenskabeligt Institut B, Grundrettigheder, DJØF, København 2000, side 93ff

J. E. Rytter Grundrettigheder, Thomson, København 2000, side 47ff

K. Stern Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte, i J. Isensee og P. Kirchhof (udg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 5, C.F. Müller, Heidelberg 1992, side 3ff

B. Walsh The Origins of Human Rights, i Hans M. Michelsen m.fl. (red.), Festskrift til Rolv Ryssdal, Aschehoug, Oslo 1984, side 649ff

Kapitel 2

EMRKs stilling i dansk ret

EMRK blev i 1992 inkorporeret i dansk ret ved lov, men havde allerede forinden i retspraksis opnået status som en vægtig retskilde i dansk ret. EMRK med tilhørende EMD-praksis har forrang for modstridende dansk lovgivning, med mindre lovgiver klart har tilkendegivet et ønske om at fravige EMRK. EMRK har således ikke i sig selv forfatningsrang, men kan indirekte få en sådan rang i det omfang, domstolene fortolker Grundloven i lyset af EMRK eller anerkender EMRK som udtryk for uskreven forfatningsret. Magtfordelingen mellem lovgiver og domstole begrænser danske domstoles adgang til at udmønte og håndhæve statens positive pligter efter EMRK, idet valget mellem forskellige opfyldelsesmuligheder må tilkomme lovgiver. Retsstatsprincipper (legalitet) må antages at medføre, at EMRK ikke kan udgøre et selvstændigt grundlag for at pålægge private pligter, idet EMRK alene forpligter stater, og hverken inkorporeringsloven eller dens forarbejder giver holdepunkter for, at også private er forpligtet.

1. Indledning

EMRK blev som tidligere omtalt ratificeret af Danmark i 1953, og Konventionen har således været folkeretligt bindende for Danmark siden sin ikrafttræden samme år. I 1992 blev EMRK endvidere inkorporeret ved lov (lov nr. 285 af 29. april 1992, trådte i kraft 1. juli 1992) og blev dermed formelt gjort til en del af dansk ret. Dette kapitel behandler spørgsmålet om, hvilken stilling EMRK-komplekset (EMRK og EMDs praksis) har i dansk ret efter inkorporeringen i 1992. I praksis vil dette spørgsmål kun sjældent blive sat på spidsen, idet en løbende efterlevelse af EMRK-komplekset enten sikres gennem tilpasning af lovgivningen eller ved, at domstolene og andre retsanvendende myndigheder fortolker den eksisterende danske lovgivning i overensstemmelse med EMRK-komplekset, jf. også Betænkning 1407 (2001), s. 307. Spørgsmålet opstår alene i tilfælde, hvor der består en *konflikt* mellem dansk ret

og EMRK-komplekset, som ikke kan bortfortolkes (afsnit 2), eller hvor der *savnes hjemmel* i dansk ret til at opfylde EMRK-komplekset (afsnit 3-4).

2. EMRKs status i dansk forfatningsret

EMRK supplerer på vigtige områder Grundlovens rettighedskatalog og har igennem de seneste 15 år fået stadigt stigende betydning i dansk ret. EMRK har således i dag, som følge af sin bredere beskyttelse og en omfattende og fintmasket retspraksis fra EMD, på flere områder sat Grundloven i skyggen. Spørgsmålet i det følgende er imidlertid EMRKs formelle status i dansk forfatningsret. Overvejelser om EMRKs status i dansk forfatningsret adskiller sig næppe principielt fra en mere generel drøftelse af (også ikke-inkorporerede) internationale menneskerettigheders status, se i samme retning Betænkning 1407 (2001), s. 25-28 og 296f, men sml. Torben Jensen 1999, s. 283 og Zahle 2003, s. 42. Det er dog EMRK, som hidtil har haft klart størst praktisk betydning i dansk ret.

2.1 Den dualistiske tradition og betydningen af EMRKs inkorporering

Dansk forfatningsret hviler traditionelt på en dualistisk opfattelse, hvorefter dansk ret og international ret er to adskilte retssystemer, hvorfor international ret først kan anvendes her i landet efter at være blevet inkorporeret i dansk ret, jf. forudsætningsvis Grl § 19. Dette står i modsætning til et monistisk system, hvorefter national og international ret udgør ét integreret retssystem, hvorfor international ret anerkendes som en del af national ret. Det dualistiske udgangspunkt i dansk forfatningsret har dog længe været modificeret gennem anerkendelse af de såkaldte fortolknings- og formodningsregler. Efter fortolkningsreglen skal en tvetydig dansk regel fortolkes i overensstemmelse med folkeretlige forpligtelser. Efter formodningsreglen kan de retsanvendende myndigheder gå ud fra en formodning om, at lovgiver ikke har tilsigtet at bryde eksisterende folkeretlige forpligtelser, og de kan derfor tilsidesætte senere lovgivning i det omfang, den er uforenelig med disse.

Selv denne modificerede udgave af dualismen giver dog næppe i dag en dækkende og realistisk beskrivelse af folkerettens virkning i dansk

ret, idet navnlig retspraksis vedrørende EMRK synes at gå videre, se også Betænkning 1407 (2001), s. 25. Gennembruddet kom umiddelbart efter Danmarks første domfældelse ved EMD i *Hauschildt* (1989). Kun få år forinden havde Højesteret i UfR 1986.898 H givet udtryk for den traditionelle dualistiske opfattelse, at EMRK som international traktat ikke kunne anvendes direkte i dansk ret. Efter Hauschildt var Højesteret pludselig mere lydhør over for EMRK som retskilde i dansk ret. Med tre afgørelser fra 1989 (U 1989.928 H, 1990.13 H og 1990.0181 H) slog Højesteret ind på en mere aktiv linje, hvorefter dansk ret så vidt muligt skulle bringes i overensstemmelse med EMRK og EMDs praksis, jf. Betænkning 1220, s. 192. Allerede før inkorporeringen af EMRK i 1992 havde Højesteret således sikret EMRK-komplekset status som en vægtig retskilde i dansk ret. På den baggrund kan det ikke påvises, at inkorporeringen af EMRK i 1992 tilsigtede eller medførte en ændring af EMRK-kompleksets status i dansk forfatningsret, sammenlignet med den status, Konventionen allerede var tillagt i retspraksis forud for inkorporeringen, se i samme retning Betænkning 1220 (1991), s. 147; Betænkning 1407 (2001), s. 296f; Vedsted-Hansen 1999, s. 380f, sml. Torben Jensen 1999, s. 283, Zahle 2003, s. 42.

Alligevel giver den dualistiske tradition fortsat anledning til uenighed om EMRKs status i dansk ret, også efter inkorporeringen i 1992. Det skyldes, at EMRK-komplekset løbende udvikles gennem EMDs dynamiske praksis. Med et traditionelt dualistisk udgangspunkt må man konkludere, at EMRK-komplekset med det indhold, det havde i 1992, da EMRK blev inkorporeret, fik status i dansk ret som en almindelig lov med forrang for ældre dansk lovgivning, hvor imod EMDs praksis siden 1992 ikke er omfattet af inkorporeringen og derfor fortsat principielt har karakter af international ret, som alene kan anvendes i dansk ret inden for rammerne af fortolknings- og formodningsreglen, se Germer 1995, side 201f; Garde og Jensen, Juristen 1998, side 351ff og Juristen 2002, side 76ff, Dette standpunkt har en vis støtte i inkorporeringslovens forarbejder, jf. Betænkning 1220 (1991), s. 196f. Alligevel må denne sondring mellem EMRK-komplekset i 1992 og efterfølgende EMD praksis afvises. Sondringen forekommer ikke alene formalistisk og kunstig og dermed urealistisk. Den er også uforenelig med at bærende hensyn bag inkorporeringen: At skabe et sikkert grundlag for, at danske domstole løbende kan sikre Danmarks efterlevelse af EMRK, navnlig i tilfælde, hvor lovgiver ikke har haft mulighed for at tage højde for en

ny/ændret EMD praksis, jf. Betænkning 1220 (1991), s. 196. Derfor må det (i det omfang inkorporeringen overhovedet tillægges retlig betydning for spørgsmålet om EMRKs forrang for dansk ret) antages, at inkorporeringen i 1992 omfattede EMRK med det indhold, der til enhver tid følger af EMDs praksis, jf. Lorenzen 1999, s. 8; Torben Jensen 1999, s. 283f; Rytter 2000, s. 121f; Vedsted-Hansen 2004, s. 384 og i samme retning Betænkning 1407 (2001), s. 308f. Denne teoretiske diskussion kan få reel betydning i det langt fra hypotetiske tilfælde, at en klar dansk lovbestemmelse efterfølgende kommer i strid med en ny/ændret EMD praksis. Fortolkning kan ikke løse konflikten, og formodningsreglen kan ikke anvendes, da modstriden med EMRK følger af efterfølgende EMD praksis. Et traditionelt dualistisk standpunkt fører her til, at loven må gives forrang. Det her forfægtede standpunkt indebærer, at loven må vige for EMRK.

2.2 Udgangspunktet er EMRKs forrang for dansk ret

Udgangspunktet er, at danske domstole og andre retsanvendende myndigheder ikke blot skal fortolke dansk ret i lyset af EMRK-komplekset, men desuden skal give EMRK-komplekset forrang i tilfælde af konflikt med dansk ret. EMRK-kompleksets forrang gælder således som udgangspunkt også i forhold til modstridende dansk lovgivning, og det er herved uden betydning, om den pågældende lov er vedtaget før eller efter 1992, og om modstriden følger af EMD praksis, som er ældre eller nyere end den pågældende lov, jf. ovenfor afsnit 2.1 og Betænkning 1407 (2001), s. 308f, hvor det antages, at også lovgivning vedtaget efter inkorporering som udgangspunkt må vige for den inkorporerede konvention (de traditionelle fortolknings- og formodningsregler omtales ikke), og hvor det ikke sondres mellem situationer, hvor modstriden allerede forelå ved lovens vedtagelse og tilfælde, hvor modstriden er opstået efterfølgende som følge af ny/ændret EMD praksis.

Til udgangspunktet om EMRKs forrang for dansk ret gælder dog to undtagelser:

2.3 Grundloven har forrang for EMRK

For det første er det utvivlsomt, at EMRK i dansk ret rangerer under Grundloven. Udvalget bag inkorporeringen af EMRK overvejede, om EMRK burde inkorporeres på grundlovsniveau, men forkastede af principielle og praktiske årsager denne mulighed, jf. Betænkning 1220

(1991), s. 149f. Skulle den vanskeligt tænkelige situation opstå, at EMD fortolkede EMRK på en måde, som var uforenelig med Grundloven, måtte danske domstole tillægge Grundloven forrang, jf. forudsætningsvis UfR 1999.800 H om forholdet mellem Grundloven og EU-retten. Der foreligger ingen konflikt mellem EMRK og Grundloven, blot fordi den ene giver en ringere/bedre beskyttelse af individets rettigheder end den anden.

2.4 Lovgiver kan vælge at fravige EMRK

For det andet er der almindelig enighed om, at lovgiver kan vælge at fravige EMRK. Hvis Folketinget vedtager en lov og herved (i forarbejderne) tilkendegiver et udtrykkeligt ønske om at fravige EMRK eller udtrykkeligt accepterer muligheden af en sådan fravigelse, må danske domstole antages at være forpligtet til at respektere lovgivers ønske og lægge loven til grund uanset indholdet af EMRK. Dette forudsættes klart i EMRK-lovens forarbejder (Betænkning 1220 (1991), s. 197; FT 1991/92, till. A, sp. 5468): »har Folketinget ønsket at fravige en konventionsbestemmelse og/eller en bestemt fortolkning heraf, må den senere lovbestemmelse i sådanne tilfælde gå forud for den omhandlede konventionsbestemmelse«. Den juridiske litteratur har ikke anfægtet standpunktet, som hviler på følgende logik: Den danske regering valgte i 1953 med Rigsdagens (nu Folketingets) samtykke at tiltræde EMRK på Danmarks vegne. Denne internationale forpligtelse kan den danske regering med Folketingets samtykke bringe til ophør igen, skønt dette utvivlsomt ville have alvorlige udenrigspolitiske konsekvenser. Lovgiver må da også som det mindre i det mere kunne fravige en enkelt bestemmelse i EMRK eller en bestemt fortolkning heraf. Også efter min opfattelse må EMRK som international konvention fortsat vige for en bevidst modstridende dansk lov; udviklingen i forholdet mellem dansk ret og folkeretten er (endnu) ikke nået dertil, at internationale konventioner om menneskerettigheder *i sig selv* har grundlovsrang i dansk ret. EMRK-loven fra 1992 giver selvsagt heller ikke EMRK en sådan status. Spørgsmålet har endnu ikke været sat på spidsen i retspraksis.

EMRK kan dog *indirekte* opnå forfatningsrang og dermed ubetinget forrang for almindelig lovgivning i det omfang, danske domstole fortolker Grundlovens bestemmelser i lyset af EMRK eller anerkender EMRK som et udtryk for uskreven dansk forfatningsret.

2.4.1 Medmindre EMRK er blevet indfortolket i Grundloven

I det omfang EMRK-komplekset indfortolkes i Grundloven, kan lovgivningsmagten ikke fravige EMRK, da Grundloven selvsagt har forrang for almindelig lovgivning.

Det forekommer nærliggende at fortolke Grundlovens rettighedsbestemmelser i lyset af parallelle rettigheder i EMRK, som disse fortolkes af EMD. En sådan harmoniserende fortolkning af rettigheder, som grundlæggende har samme indhold og beskyttelsesformål, kan ses som et udtryk for en tidssvarende, dynamisk grundlovsfortolkning, der bringer Grundlovens rettigheder på linje med moderne, fælleseuropæisk rettighedstænkning, se i samme retning Lorenzen i GRL-kommentaren 1999, s. 19f; Rytter 2000, s. 173f; Zahle 2003, s. 47; kritisk derimod Riis i U 1987 B, s. 54 som kommenterer U 1986.0898 H: »Det er vist yderst tvivlsomt om en konvention, der endda er ældre end grundloven af 1953, kan tillægges betydning ved fastlæggelse af indholdet af forfatningen«, Christensen 2003, s. 23; Christoffersen 2000, s. 595f, men mere nuanceret i 2004, navnlig s. 264.

En harmoniserende grundlovsfortolkning er navnlig nærliggende med hensyn til bestemmelserne om ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed i Grl §§ 77-79 henholdsvis EMRK Artikel 10-11. Højesteret kom tæt på i UfR 1999.1798 H, hvor man i Grl § 79 indfortolkede et krav om, at et indgreb i forsamlingsfriheden ikke må gå videre end, hvad der er nødvendigt, idet man herved henviste til EMRK Artikel 11.

2.4.2 Medmindre EMRK afspejler uskreven dansk forfatningsret

I det omfang EMRK afspejler uskrevne forfatningsretlige principper, kan lovgiver ikke fragive EMRK, da forfatningsretlige normer har forrang for almindelig lovgivning.

Det er uafklaret, om der ved siden af den skrevne grundlov må anerkendes visse uskrevne grundsætninger – herunder uskrevne menneskerettigheder – med grundlovsrang. Højesteret er hidtil afstået fra at tage endelig stilling til spørgsmålet om uskrevne forfatningsretlige principper – men har dog holdt en dør på klem, jf. vedrørende et uskrevent diskriminationsforbud UfR 1965.293 H og 1986.898 H (kommenteret i UfR 1965 B, side 241ff hhv. UfR 1987 B, side 54). Norges Højesteret har derimod været åben over for at anerkende uskrevne rettigheder på grundlovsniveau bl.a. under henvisning til EMRKs beskyttelse, jf. ved-

rørende et uskrevent forbud mod tvangsarbejde Rt 1966.476 (side 487) og vedrørende en uskreven ret til liv Rt 1983.1004 (side 1017).

Efter min opfattelse taler gode grunde for, at EMRKs kerne i dag bør anerkendes som et udtryk for uskreven dansk forfatningsret. Det kan ikke antages, at EMRK-komplekset i sin helhed kan anerkendes som uskreven dansk forfatningsret. Dele af den beskyttelse, som er fastslået gennem EMDs praksis, er næppe så grundlæggende, at den kan betegnes som fundamental for beskyttelsen af individet i en demokratisk retsstat. I UfR 2003.1328 H afviste Højesteret således, at der i dansk ret med grundlovsrang skulle gælde en beskyttelse mod selvinkriminering svarende til den beskyttelse, EMD har udviklet på grundlag af EMRK Artikel 6. EMRKs kerne rummer derimod principper – bl.a. om menneskeværd, retssikkerhed og proportionalitet – som er levende i dansk retskultur og gennemsyrer store dele af dansk lovgivning, men som kun i begrænset omfang er beskyttet i Grundloven. Hertil kommer, at EMRKs kerne sikrer den beskyttelse af individets fundamentale rettigheder, som i dag anses som en nødvendig forudsætning for statsmagtens legitimitet i en demokratisk retsstat. EMRKs kerne må fastlægges i lyset af, hvad man i folkeretten har betegnet som »elementary considerations of humanity« – de i folkeretlig sædvane alment anerkendte, ufravigelige minimumsgarantier vedrørende individets liv, frihed og sikkerhed. Hertil hører efter almindelig opfattelse bl.a. forbudet mod slaveri, forbudet mod tortur m.v., de mest elementære retsgarantier vedrørende personlig frihed og en retfærdig rettergang, tanke- og religionsfrihed, samt et basalt diskriminationsforbud. Efter min opfattelse må det forventes, at danske domstole i en (forhåbentlig) teoretisk situation, hvor Folketinget måtte vedtage lovgivning, som ikke bare strider imod EMRK, men også imod den folkeretlige sædvanerets ufravigelige minimumsgarantier til beskyttelse af individet, vil tilsidesætte den pågældende lovgivning som stridende imod uskrevne forfatningsretlige principper.

2.5 Hvilket dansk statsorgan skal fortolke EMRK-komplekset?

Ovenstående drøftelse af spørgsmålet om EMRK-kompleksets forrang for dansk ret forudsætter, at der foreligger en konflikt mellem dansk ret og EMRK-komplekset, som ikke kan fjernes ved en harmoniserende fortolkning af dansk ret. Det kan herved synes forudsat, at EMRK-kompleksets rækkevidde er klar. Dette er imidlertid langt fra altid til-

fældet. Før man kan fastslå, at dansk ret er i konflikt med EMRK-komplekset, må man ofte først fortolke den relevante EMD praksis. Et centralt spørgsmål er derfor, om denne opgave bør overlades til lovgivningsmagten eller til domstolene.

Forarbejderne til inkorporeringsloven fra 1992 tog udgangspunkt i en traditionel dansk opfattelse af magtbalancen mellem lovgiver og domstole. Man forudsatte derfor, at den løbende efterlevelse af EMRK-komplekset i første række skulle overlades til lovgiver. Domstolene skulle fungere som en slags sikkerhedsnet for tilfælde, hvor lovgiver ikke har haft mulighed for at tage stilling til ny/ændret EMD praksis, men skulle derimod som udgangspunkt ikke påtage sig en mere selvstændig rolle ved fortolkningen af EMRK-komplekset, jf. Betænkning 1220 (1991), side 148f, 192f og 196f. Karakteristisk er udtalelsen s. 148f:

> »Menneskerettighedskonventionen indeholder en række vage standarder, der overlader et betydeligt skøn til de enkelte medlemsstater, og de valg, som udøvelsen af dette skøn indebærer, bør træffes af lovgivningsmagten og ikke af domstolene. Dette gælder både på områder, hvor der ikke kan hentes fortolkningsbidrag fra konventionsorganerne, og på områder, hvor der f.eks. er afsagt en eller flere domme af Menneskerettighedsdomstolen (...) Udvalget findes således, at domstolene også efter en inkorporering af konventionen ved lov bør være forsigtige med at anlægge en selvstændig fortolkning af konventionen, i hvert fald hvor dette ville kunne indebære mere vidtrækkende konsekvenser for retstilstanden.«

Samtidig lagde man imidlertid ved inkorporeringen vægt på, at danske domstole ikke skulle føle sig tvunget til at træffe afgørelser i strid med EMRK (med mindre lovgiver har ønsket at bryde med Konventionen). I Betænkning 1220 (1991) udtales således s. 197:

> »Udvalget forestiller sig således ikke, at domstole og andre retsanvendende myndigheder særligt ofte vil blive stillet over for at skulle tage stilling til en virkelig konflikt mellem en lov- og en konventionsbestemmelse. Formålet med lovudkastet er imidlertid at gøre det klart, at en sådan konflikt erkendes som en mulighed, og at det er ønsket, at de retsanvendende myndigheder ikke skal føle sig forpligtet til at træffe afgørelser i strid med konventionskomplekset«.

Mellem disse to grundlæggende opfattelser var der allerede i udgangspunktet en indbygget uforløst »spænding«. Denne »spænding« er siden 1992 blevet desto mere aktuel, eftersom det har vist sig i praksis, at

lovgiver langt fra i alle tilfælde er i stand til – eller ønsker – at sikre den løbende efterlevelse af et dynamisk EMRK-kompleks, jf. Lorenzen 1999, s. 10; Torben Jensen 1999, s. 283; Vedsted-Hansen 2004, s. 382ff.

Danske domstolene kan således kun sikre Danmark imod domfældelse ved EMD, såfremt de i et vist omfang selvstændigt fortolker EMRK-kompleksets indhold og rækkevidde. Retspraksis efter 1992 bekræfter dette. Højesteret fortolkede selvstændigt EMRK-komplekset i bl.a. UfR 1994.536 H og 1996.234 H, og lagde – selv om EMD ikke havde taget direkte stilling til spørgsmålet – denne fortolkning til grund for en (konkret) tilsidesættelse af hidtidig dansk ret (mens den generelle løsning blev overladt til lovgiver).

Det springende punkt er da, hvor sikker modstriden med EMRK-komplekset skal være, før danske domstole bør tilsidesætte dansk ret som uforenelig hermed. I Betænkning 1407 (2001), s. 307f, har man søgt at angive en retningslinje til domstolene, hvorefter der kun foreligger en konflikt mellem EMRK-komplekset og dansk ret, hvis

> »der foreligger en afklaring med hensyn til konventionens fortolkning, idet der foreligger praksis, der direkte har taget stilling til det pågældende fortolkningsspørgsmål, eller hvor det på grundlag af praksis med betydelig grad af sikkerhed kan fastslås, hvorledes et fortolkningsspørgsmål må forventes at ville falde ud«;

hvorimod der ikke antages at foreligge en konflikt, hvis der

> »ikke findes nogen [EMD] praksis, eller hvor [EMD] praksis ikke giver grundlag for slutninger med rimelig sikkerhed«.

Man hører i kravet om »betydelig grad af sikkerhed« ekkoet fra det traditionelle forfatningsretlige krav om tilstrækkelig sikkerhed for modstrid som betingelse for at tilsidesætte en lov som grundlovsstridig. Det er ikke uden videre sikkert, at domstolene vil føle sig forpligtet af denne sikkerhedstærskel som betingelse for at statuere konflikt mellem dansk ret og EMRK-komplekset og på dette grundlag tilsidesætte førstnævnte.

Under alle omstændigheder er det i sidste ende op til de danske domstole selv at vurdere, om der foreligger en konflikt. Det er også oplagt, at det nationalt netop er domstolene, som har de bedste forudsætninger for at foretage den ofte vanskelige vurdering af indholdet, rækkevidden og implikationerne af EMD-praksis, jf. Zahle 2003, s. 46-47. Hvor lovgiver ikke har valgt at fravige EMRK, er det i sidste

ende domstolenes opgave at sikre EMRKs efterlevelse i dansk ret. Efter min opfattelse kan danske domstole herved ikke nøjes med at håndhæve, hvad der utvivlsomt eller med stor sikkerhed følger af EMDs praksis. Danske domstole må ved vurderingen af, om der foreligger en konflikt mellem dansk ret og EMRK-komplekset, basere sig på en selvstændig fortolkning af EMRK-komplekset, uanset om dette konkret kan medføre tilsidesættelse af dansk lovgivning, jf. Rytter 2000, s. 122; Christoffersen 2000, s. 595; Zahle 2003, s. 47, men sml. Lorenzen, Lov og Ret 1999, s. 8; Torben Jensen 1999, s. 283. Herved må danske domstole som udgangspunkt benytte sig af samme fortolkningsstil og -principper, som anvendes ved EMD, men samtidig have for øje, at den dynamiske udvikling af EMRKs beskyttelse i første række er en opgave for Domstolen i Strasbourg. Ved fortolkningen og anvendelsen af EMRK-komplekset skal danske domstoles således afklare eventuelle tvivlspørgsmål vedrørende indholdet af EMRKs bestemmelser og navnlig rækkevidden af EMDs hidtidige praksis ved at søge at sætte sig i EMDs sted. Derimod skal danske domstole ikke indlade sig på en mere vidtgående retsskabende aktivitet med henblik på at erobre nyt menneskeretligt terræn; for i så fald ville de danske domstole ikke bare gå EMD i bedene, men også komme i konflikt med den grundlæggende forudsætning om magtfordelingen mellem lovgiver og domstole, som vor forfatning bygger på.

Den her forfægtede opfattelse svarer til den retstilstand, som har sat sig igennem i norsk ret. I Norge har Høyesterett forladt et tidligere standpunkt, hvorefter tilsidesættelsen af norsk lovgivning forudsatte, at den folkeretlige regel var »tilstrekkelig klar og entydig«, jf. Rt 1994.610 (s. 616f). Med Menneskerettsloven fra 1999 blev bl.a. EMRK inkorporeret i norsk ret, hvorefter EMRK gælder »som norsk lov«, § 2, der i tilfælde af modstrid skal »gå foran bestemmelser i annen lovgivning«, § 3. Ved inkorporeringen blev det forudsat, at norske domstole skulle foretage en selvstændig fortolkning af EMRK-komplekset, jf. Innst. O. nr. 51 (1998-99), s. 6. Herefter har Høyesterett gradvist modificeret klarhedskravet som betingelse for tilsidesættelse af norsk lovgivning, jf. bl.a. Rt 1999.961 og Rt 2000.996; og med Rt 2002.557 synes klarhedskravet reelt forladt. Her fastslår Høyesterett, at:

> »Norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolking av konvensjonen. Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon, at det i første rekke

er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven § 3.«

3. EMRK som grundlag for krav mod det offentlige?

Det må som principielt udgangspunkt antages, at EMRK i dansk ret kan danne selvstændigt grundlag for privates krav mod det offentlige, jf. Christoffersen 2001, s. 146. Det understøttes yderligere af, at den danske stats pligt til at sikre individet de rettigheder, der følger af EMRK, siden 1992 udtrykkeligt »gælder her i landet«, jf. inkorporeringsloven. I praksis begrænser det forfatningsretlige hensyn til magtfordelingen mellem lovgiver og domstolene dog danske domstoles mulighed for at fastlægge det nærmere indhold af og håndhæve individets positive krav mod staten i henhold til EMRK, idet en eventuel valgmulighed må overlades til lovgiver, jf. Betænkning 1407 (2001), s. 303f.

Visse af EMRKs rettigheder giver udtrykkeligt individet et krav mod staten. Det gælder f.eks. Artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang, Artikel 13 om retten til effektive retsmidler og TP 1, Artikel 2 om retten til uddannelse. I andre tilfælde følger sådanne positive krav af EMDs doktrin om statens positive forpligtelser, herunder pligten til at beskytte individet mod indgreb fra private og pligten til i særlige tilfælde at stille økonomiske ydelser til rådighed for rettighedsudøvelsen (se nærmere Kapitel 6).

Spørgsmålet er, om danske domstole i fravær et nationalt hjemmelsgrundlag, alene på grundlag af EMRK (og EMRK-loven fra 1992) kan fastlægge og håndhæve individets positive krav i henhold til EMRK. Domstolenes håndhævelse af de klassiske, negative friheder og rettigheder giver ikke anledning til magtfordelingsmæssige problemer, da der kun er én opfyldelsesmåde: Staten skal undlade at gribe ind i det omfang, Konventionen forbyder indgreb. Domstolenes mulighed for at håndhæve de positive rettigheder i EMRK er derimod begrænset under hensyn til den forfatningsretlige magtfordeling mellem lovgivningsmagten og domstolene. I det omfang individets krav i henhold til EMRK på ydelser eller beskyttelse fra staten kan opfyldes på flere måder, består der en valgmulighed. Hvilken af forskellige opfyldelsesmåder, der bør

foretrækkes, er grundlæggende et politisk valg, som domstolene ud fra magtfordelingshensyn bør overlade til det demokratisk valgte folketing – i hvert fald i første omgang, jf. Betænkning 1220 (1991), s. 149: »Det er et vigtigt element i den principielle balance mellem lovgivningsmagten og domstolene, at lovgivningsmagten træffer valg af denne karakter, og udvalget lægger vægt på, at denne balance opretholdes«. Se også Rytter 2000, s. 381ff; Betænkning 1407 (2001), s. 303f.

I nogle tilfælde er individets krav i henhold til EMRK så præcist, at domstolene i det konkrete tilfælde kan håndhæve EMRK uden at komme i konflikt med hensynet til lovgivers valgmulighed. Artikel 6 giver individet krav på adgang til domstolsprøvelse, og danske domstole kan fastslå og håndhæve dette krav, jf. UfR 1994.953 H – om adgangen til at indbringe arbejdsrettens afgørelser for domstolene. Artikel 6 giver individet krav på rettergang ved en upartisk og uafhængig domstol, og såfremt dette krav ikke har været opfyldt, kan danske domstole typisk blot henvise sagen til en fornyet behandling, som opfylder EMRKs krav, jf. UfR 1994.536 H – om en konstitueret dommers medvirken i en straffesag; UfR 1996.234 H – om inhabilitet på grund af beslutning om varetægtsfængsling under domsforhandlingen. Artikel 8 giver i et vist omfang individet et krav på familiesammenføring; danske domstole vil i så fald selv kunne anerkende kravet. Hvis Artikel 14 er blevet krænket ved, at man i lovgivningen uden saglig grund har afskåret en mindre persongruppe fra en bestemt ydelse/beskyttelse, som den øvrige befolkning modtager, må danske domstole kunne underkende udelukkelsen af den pågældende persongruppe med den konsekvens, at loven får generel anvendelse, med mindre det undtagelsesvis kan rejses tvivl om, hvorvidt lovgiver ville have vedtaget loven uden udelukkelse af denne persongruppe. Domstolene kan i disse tilfælde konkret sikre EMRKs efterlevelse uden at krænke lovgivers valgmulighed; men såfremt den konstaterede konflikt implicerer mere vidtrækkende ændringer af det danske retssystem, vil danske domstole under hensyn til magtfordelingen mellem domstolene og lovgivningsmagten overlade den generelle løsning af problemet til lovgivningsmagten, jf. UfR 1994.536 H og 1996.234 H, se også Torben Jensen 1999, s. 284.

I andre tilfælde vil der – også i forhold til den foreliggende sag – bestå en valgmulighed med hensyn til, hvordan individets krav efter EMRK skal opfyldes. Det gælder f.eks. spørgsmålet om, hvordan man skal sikre og udmønte: retten til uddannelse i TP 1, Artikel 2; en eventuel pligt i

medfør af Artikel 8 til at tilgodese særlige boformer, beskytte lejere eller yde særlig støtte til handicappede; en eventuel pligt i medfør af Artikel 10 til at sikre et pluralistisk mediebillede etc. I sådanne tilfælde er danske domstole under hensyn til magtfordelingen mellem lovgivningsmagten og domstolene henvist til at fastslå, at den danske retstilstand ikke opfylder EMRKs krav, mens spørgsmålet om, hvordan Danmark skal opfylde EMRKs krav, må overlades til lovgiver. Domstolene er dog muligt berettiget til selv tage stilling, hvis lovgiver har udvist passivitet efter af domstolene at være blevet opfordret til at gennemføre den nødvendige lovgivning, jf. Betænkning 1220, s. 198; Betænkning 1407, s. 303f.

Hvor magtfordelingshensyn således afskærer danske domstole fra i den konkrete sag at sikre individets positive krav i henhold til EMRK, består der selvsagt en risiko for, at Danmark efterfølgende bliver dømt i Strasbourg for krænkelse af EMRK.

4. EMRK som grundlag for krav mod private?

Der er ikke grundlag for at antage, at EMRK i dansk ret kan danne selvstændigt grundlag for at pålægge private pligter i forhold til andre private. EMRK forpligter som international konvention alene staten, og hverken inkorporeringsloven fra 1992 eller dennes forarbejder giver holdepunkter for, at også private er pligtsubjekter i dansk ret.

Spørgsmålet om EMRKs direkte virkning mellem private indbyrdes diskuteres ofte under overskriften »horisontal virkning«. Når spørgsmålet overhovedet kan opstå, skyldes det, at EMRK i henhold til EMDs praksis ikke alene forpligter staterne til at afholde sig fra indgreb i individets frihed og privatsfære, men også i et vist omfang forpligter staten til at sikre individet mod private indgreb (se nærmere Kapitel 6). Den nationale opfyldelse af EMRK kan således nødvendiggøre, at private pålægges pligter.

Spørgsmålet om EMRK kan danne selvstændigt grundlag for i dansk ret at pålægge private pligter opstår alene, hvor det ikke er muligt ved fortolkning at bringe dansk ret i overensstemmelse med EMRKs positive krav. Det er således ukontroversielt, at EMRK indirekte kan få betydning i retsforhold mellem private parter som følge af, at danske domstole og andre retsanvendende myndigheder så vidt muligt fortolker

dansk lovgivning – herunder privatretlige regler – i overensstemmelse med EMRK. EMRK kan navnlig få denne indirekte virkning, hvor de danske regler er brede og åbne for fortolkning, som f.eks. Straffelovens § 267 om ærekrænkelse, se bl.a. UfR 1997.259/2 H, og Aftalelovens § 36 om urimelige aftaler, se f.eks. UfR 2005.1677 Ø. En sådan harmoniserende fortolkning løser i praksis langt de fleste problemer. Fortolkningen af dansk ret strækkes om nødvendigt til det yderste for at undgå modstrid med EMRK. Således fandt Højesterets flertal (5/4) i UfR 1999.1316 H det muligt at fortolke Foreningsfrihedsloven i overensstemmelse med EMRK Artikel 11, selv om flertallets fortolkning afveg fra såvel den hidtidige fortolkning som fra begge parters og landsrettens fortolkning, samt ifølge Højesterets mindretal var »mindre vel forenelig med ordlyden« af Foreningsfrihedsloven og »i modstrid« med lovens forarbejder.

I visse tilfælde kan det dog være umuligt gennem fortolkning af dansk lovgivning at sikre overholdelse af EMRK i sager mellem private, f.eks. hvor en klar dansk lovbestemmelse er i modstrid med EMRK eller, hvor modstriden med EMRK følger af en privat aftale, som er lovlig efter dansk ret. I sådanne situationer opstår spørgsmålet, om EMRK – i sig selv eller i kraft af inkorporeringsloven – i dansk ret kan påberåbes direkte i sager mellem private og således danne selvstændigt grundlag for krav mod private.

EMRK kan ikke som international konvention danne grundlag i dansk ret for krav rettet mod private. EMRK forpligter alene den danske stat, jf. Artikel 1, det vil sige alle offentlige myndigheder, men ikke private (se nærmere Kapitel 3). EMRK kan give private rettigheder over for staten, men ikke i sig selv pålægge private pligter.

EMRK er imidlertid i 1992 inkorporeret i dansk ret ved lov, og dette kunne umiddelbart danne grundlag for den antagelse, at denne lov ligesom anden dansk lovgivning også forpligter private. Således anføres om konsekvenserne af at inkorporere menneskerettighedskonventioner ved lov i Betænkning 1407 (2001), side 304: »Når en konvention inkorporeres ved lov, bliver konventionen en del af dansk lovgivning og vil som lov kunne påberåbes af borgerne – også i forhold til andre borgere« (i betænkningen tages dog ud fra retssikkerhedsmæssige hensyn forbehold for tilfælde, hvor den private ikke har kunnet forudsige og dermed indrette sig på en ny eller ændret EMD praksis). Dette standpunkt er besnærende enkelt, men har efter min opfattelse ikke retskildemæssigt

belæg i hverken inkorporeringsloven eller dennes forarbejder. Inkorporeringsloven fra 1992 bestemmer blot, at EMRK »gælder her i landet«, idet der henvises til konventionsteksten, der er optrykt som bilag til loven. Inkorporeringen omfatter således også Artikel 1, hvorefter EMRK alene forpligter de deltagende stater. Selve inkorporeringslovens ændrer således ikke ved det faktum, at Konventionen alene retter sig til stater. Forarbejderne giver heller ikke grundlag for at antage, at det var hensigten med inkorporering, at Konventionens bestemmelser herefter i dansk ret også skulle forpligte private. Tværtimod. I Betænkning 1220 forudså man optimistisk, at spørgsmålet om EMRKs anvendelse i retsforhold mellem private ikke ville blive et reelt problem ud fra den forudsætning, at lovgiver ville være i stand til løbende at tilpasse lovgivningen til EMRKs krav (s. 151). Dog tilføjes for det tilfælde, at spørgsmålet alligevel måtte opstå (s. 152): »under alle omstændigheder bør domstolene være opmærksomme på, at det er den danske stat, og ikke de private parter, som er ansvarlig for opfyldelse af konventionskomplekset«. Inkorporeringsloven må således antages lige så lidt som den konvention, den inkorporerer, at give hjemmel til, at EMRK kan danne selvstændigt grundlag for krav mellem private i dansk ret.

Den her anførte opfattelse synes også at have en vis støtte i retspraksis. Det var vel på baggrund af en tilsvarende opfattelse, at Højesterets flertal (5/4) i UfR 1999.1316 H vedrørende en ansats afskedigelse fra en privat virksomhed på grund af manglende fagforeningsmedlemskab strakte sig ekstremt langt for at fortolke Foreningsfrihedsloven i overensstemmelse med EMRK Artikel 11, idet man ellers ville være tvunget til at nå til et resultat, som var i ret klar modstrid med EMRK. Denne konsekvens var både Vestre Landsret og Højesterets mindretal derimod villige til at drage. Landsretten udtalte ligeud: »Selv om loven og dermed afskedigelsen måtte være i strid med konventionens artikel 11, finder landsretten det tvivlsomt, om sagsøgeren, hvis krav udspringer af en efter dansk ret lovligt meddelt afskedigelse fra en privat arbejdsgiver, i forhold til sagsøgte kan påberåbe sig Menneskerettighedskonventionen, som grundlæggende kun binder de kontraherende parter«. Tilsvarende udtalte landsretten i UfR 1999.2102 Ø vedrørende en tvist mellem en kreditforening og en debitor, under hvilken debitor påberåbte sig EMRK: »Da indstævnte kreditforening ikke er en statslig virksomhed, kan Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ikke finde anvendelse på forholdet«.

Konsekvensen af den her angivne opfattelse er, at A ikke uden et selvstændigt hjemmelsgrundlag i dansk ret kan få B dømt for at have krænket As rettigheder efter EMRK, anderledes Werlauff 2001, side 261ff. Dette betyder dog ikke, at A lades i stikken uden retsmidler. Kan A ikke på grundlag af dansk ret, som denne må fortolkes i lyset af EMRK, få gennemtrumfet sine rettigheder efter EMRK, kan A indklage Danmark for EMD og rette et erstatningskrav mod den danske stat. Staten er nemlig efter EMRK ansvarlig for den retstilstand, der oprindelig muliggjorde Bs indgreb i As rettigheder. Lovgiver i Danmark må herefter tage initiativ til at bringe retstilstanden i overensstemmelse med EMRK.

Hvor danske domstoles således på grund af manglende hjemmel i dansk ret til at pålægge private pligter svarende til EMRKs krav er afskåret fra i den konkrete sag at sikre andre individers positive krav i henhold til EMRK, består der selvsagt en risiko for, at Danmark efterfølgende bliver dømt i Strasbourg for krænkelse af EMRK.

Litteratur

M. Ahsan og S. Skibsted Menneskerettighedskonventioners retskildemæssige status i dansk ret, Juristen 2002, side 92ff

Betænkning 1220 Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, København 1991

Betænkning 1407 Inkorporering af menneskerettighedskonventioner i dansk ret, København 2001

J.P. Christensen, Domstolene – den tredje statsmagt, 2003

J. Christoffersen Højesteret og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, UfR 2000 B, side 593ff

J. Christoffersen Folkerettens virkning i dansk ret, UfR 2001 B, side 143ff

J. Christoffersen, Folkeretskonform grundlovsfortolkning, i H. Koch (red.), Politik og jura. Festskrift til Ole Espersen, 2004, s. 241ff

J. Garde og M. H. Jensen, Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for dansk domstole, Juristen 1998, side 351ff

J. Garde og M. H. Jensen, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis, Juristen 2002, side 76ff

P. Germer, Indledning til folkeretten, 2004, s. 72ff

T. Jensen Domstolskontrol med grundrettigheder, UfR 1995 B, side 241ff

T. Jensen Anmeldelse. Jens Elo Rytter: Grundrettigheder, Juristen 2001, side 374ff

P. Lorenzen Danske domstole og menneskerettighederne, Lov og Ret, nr. 3, 1999, side 1ff

P. Lorenzen Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for dansk forfatningsret, i H. Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, DJØF, København 1999, side 15ff

T. Melchior Maastricht, Tvind ... og hvad så? i Torsten Iversen m.fl. (red.), Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, DJØF, København 2003, s. 201ff

P. Mortensen Har grundrettighederne direkte virkning mellem private kontraktsparter i dansk ret, Juristen 2002, side 201ff

M. Nørregaard, Menneskerettighedskonventionens anvendelse mellem private, DJØF, København 2004

J. E. Rytter Grundrettigheder, Thomson, København 2000, Kapitel 4

J. E. Rytter Grundrettigheder som almene retsprincipper, Juristen 2001, side 121ff

O. Spiermann Tilbageholdenhed i anvendelsen af internationale menneskerettighedskonventioner, UfR 2002 B, side 412ff

J. Vedsted-Hansen, Inkorporering af menneskerettighedskonventioner – realitet og symbol, i G. Toftegård Nielsen m.fl. (red.), Festskrift om menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, DJØF, København 2004, s. 371ff

J. Vedsted-Hansen og I.E. Koch, Internationale menneskerettigheder som konfliktkilde i national ret, i I.E. Koch m.fl., Menneskerettigheder og magtfordeling, Aarhus Universitetsforlag 2004, s. 19ff

E. Werlauff Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?, Juristen 1999, side 73ff

E. Werlauff Frihedsrettigheders virkning mellem private, UfR 2001 B, side 261ff

H. Zahle, Dansk forfatningsret, Bind 3: Menneskerettigheder, 39ff

Kapitel 3

EMRKs rettigheds- og pligtsubjekter

EMRKs rettigheder tilkommer som udgangspunkt alle individer i staten, idet dog enkelte rettigheder er forbeholdt landets statsborgere, ligesom en persons stilling, alder m.v. kan have betydning for beskæftigelsens omfang. Det er staten, det vil sige enhver offentlig myndighed, som har pligt til at respektere og beskytte rettighederne. Private er ikke forpligtet, men som en refleks af statens pligt til at beskytte individets rettigheder mod indgreb fra andre private kan EMRK også have betydning i sager mellem private.

1. Hvem er beskyttet af rettighederne?

EMRK gælder som udgangspunkt for alle mennesker. Dog gælder visse rettigheder kun for statsborgere. Desuden kan en persons alder, situation, stilling m.v. efter omstændighederne begrunde særlige begrænsninger i vedkommendes rettigheder.

1.1 Udgangspunktet: Alle mennesker

EMRK gælder som udgangspunkt for alle mennesker. Således fastslår Artikel 1, at staten skal sikre EMRKs rettigheder og friheder for »enhver person« under statens jurisdiktion. Efter Artikel 14 skal rettighederne endvidere sikres uden forskelsbehandling af nogen art. Dette harmonerer med menneskeretstankens ideologi, som bygger på, at man alene i sin egenskab af menneske har visse rettigheder og friheder (se ovenfor Kapitel 1).

Foruden fysiske personer tilkommer rettighederne også juridiske personer – firmaer, organisationer, trossamfund m.v. – i det omfang, dette giver mening. Juridiske personer kan selvsagt ikke frihedsberøves eller have et familieliv, mens der derimod er behov for at beskytte også juridiske personers privatliv (gode navn og rygte, lokaliteter og papirer) og ytrings- og foreningsfrihed, ligesom juridiske personer kan blive udsat for diskrimination.

1.2 Borgerrettigheder gælder kun for statsborgere

Visse rettigheder tilkommer alene statsborgere i den pågældende stat og betegnes derfor også som borgerrettigheder.

Hertil hører for det første retten til at stemme og opstille ved valg til parlamentet, jf. TP 1, Artikel 3, som overalt er forbeholdt statsborgere i landet.

For det andet er også kun statsborgere absolut sikret imod at blive udvist fra – eller at blive nægtet indrejse i – landet, jf. TP 4, Artikel 3. Udlændinge kan derimod nægtes indrejse og ophold i landet og kan udvises af landet, jf. også forudsætningsvis Artikel 5(1), litra f. Adgangen til at afvise eller udvise udlændinge begrænses dog i henhold til EMDs praksis af retten til privat- og familieliv efter Artikel 8 (se nedenfor Kapitel 10).

For det tredje åbner Artikel 16 mulighed for særlige indskrænkninger i udlændinges politiske virksomhed. Denne kontroversielle bestemmelse har dog vistnok aldrig været påberåbt ved EMD og må vel i dag anses som forældet.

1.3 Beskyttelsen kan variere afhængig af alder, anstaltsforhold, stilling m.v.

Det ligger i sagens natur, at ikke alle mennesker kan nyde samme rettighedsbeskyttelse, uafhængig af deres alder, situation, stilling m.v. De omstændigheder, rettighederne skal anvendes under, kan variere, og derfor må også beskyttelsens omfang og indhold variere. Undertiden kan det således være berettiget at gøre særlige begrænsninger i bl.a. børns, indsattes, soldaters, politifolks og ansattes rettigheder, jf. herved udtrykkeligt Artikel 11(2), sidste pkt., om muligheden for at pålægge soldater, politifolk og statsansattes særlige begrænsninger med hensyn til forsamlings- og foreningsfrihed.

Da rettighederne imidlertid som udgangspunktet tilkommer alle uden forskel, kan en persons alder, situation, stilling m.v. ikke på forhånd afskære vedkommende fra at nyde rettighedsbeskyttelse. Sådanne forhold kan derimod efter omstændighederne retfærdiggøre særlige rettighedsbegrænsninger, men alene i det omfang, dette kan begrundes i vedkommende persons alder, særlige situation eller stilling m.v. og således konkret kan anses som nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. bl.a.

Golder (1975, para. 37ff – om indsattes ret til privatliv) og *Vogt* (1995, para. 68 – om offentligt ansattes foreningsfrihed).

2. Hvem er forpligtet af rettighederne?

EMRK forpligter staten – det vil sige enhver offentlig myndighed. Private kan derimod ikke gøres ansvarlige for en krænkelse af EMRK.

2.1 Staten – enhver offentlig myndighed – er forpligtet

EMRK forpligter staterne – »de høje kontraherende parter« – til at sikre individets rettigheder, jf. Artikel 1.

Rækkevidden af statens ansvar i henhold til EMRK må fastlægges i overensstemmelse med de almindelige folkeretlige regler om statsansvar, se også *Wille* (1999, para. 46). Ansvaret omfatter herefter enhver handling eller undladelse, som kan henregnes til staten.

Statens ansvar omfatter således handlinger og forsømmelser fra enhver offentlig myndighed, jf. bl.a. *Wille* (1999, para. 46) og *Kurt Nielsen* (2000, para. 25). I Danmark omfatter dette begreb bl.a. lovgivningsmagten, domstolene, regeringen, centraladministrationen, styrelser, amter, kommuner, særlige forvaltningsorganer m.fl.

Statens ansvar for enhver offentlig myndighed gælder, uanset i hvilken egenskab den offentlige myndighed agerer, herunder hvor myndigheden indgår i aftaleforhold.

Staten er ansvarlig for handlinger udført af offentligt ansatte som led i deres ansættelse, selv om den ansatte herved måtte have overskredet sine beføjelser, jf. også *A. v. France* (1993, para. 36), hvor en politimand havde gennemført en hemmelig optagelse af en privat telefonsamtale uden at indhente hverken tilladelse fra sine overordnede eller dommerkendelse; han fandtes ikke desto mindre at have handlet på myndighedens, og dermed statens, vegne.

Staten er også ansvarlig, hvis en offentlig myndighed/ansat har været involveret på kvalificeret måde i handlinger foretaget af private – har ydet »a crucial contribution«, jf. *A v. France* (1993, para. 36), samt *M.M. v. Netherlands* (2003, para. 39f), hvor ansatte i politiet havde foreslået og givet teknisk bistand til en hemmelig optagelse af en privat telefonsamtale, skønt denne blev udført af den private selv, som også rådede over båndet; staten fandtes ansvarlig; som EMD bemærkede, ville politiet og

dermed staten ellers kunne undgå ansvar ved at bruge private agenter til tvivlsomme/ulovlige aktiviteter.

Statens ansvar omfatter også handlinger eller forsømmelser fra private organer eller personer, som har fået delegeret myndighedsopgaver fra en offentlig myndighed.

Staten er derimod ikke direkte ansvarlig for privates selvstændige handlinger og forsømmelser, jf. bl.a. *Appleby* (2003, para. 41), hvor EMDs flertal afviste, at der forelå et indgreb i Artikel 10, fordi et privatejet butikscenter havde begrænset ytringsfriheden inden for butikscentrets område. EMD tog i *Hatton* (2003, para. 119) ikke stilling til, om det faktum, at en privat lufthavn blev drevet med offentlig tilladelse og inden for offentligt afstukne rammer, var tilstrækkeligt til at gøre staten direkte medansvarlig for de støjgener, den således lovlige lufthavnsvirksomhed medførte for naboerne. Problematikken er omtrent den samme, hvor offentlige myndigheder udliciterer faktiske forvaltningsopgaver til private.

Selv om rent private handlinger således ikke direkte kan henregnes til staten, vil staten ikke desto mindre i mange tilfælde på et mere indirekte grundlag blive holdt ansvarlig også for rent private indgreb i EMRKs rettigheder: et ansvar som følge af passivitet. Det følger nemlig af EMDs praksis, at staten ikke blot skal afstå fra selv at krænke EMRK, men desuden har en (vis) positiv forpligtelse til at beskytte EMRKs rettigheder mod indgreb fra private (se nærmere Kapitel 6).

2.2 Private er ikke forpligtet

Det drøftes ofte, om menneskerettigheder også gælder direkte mellem private indbyrdes og således også kan pålægge private forpligtelser. Dette kaldes også spørgsmålet om rettighedernes horisontale virkning.

For så vidt angår rettighederne i EMRK, kommer en sådan direkte retsvirkning mellem private ikke på tale, da Konventionen alene forpligter staterne, jf. Artikel 1. EMD kan derfor ikke pådømme klager over krænkelse af Konventionen, som er rettet mod andre private, men kun klager, som er rettet mod staten, jf. Artikel 33-34. Det forekommer på den baggrund unødigt forvirrende, når EMD i *Vgt. Verein gegen Tierfabrieken* (2001, para. 46) udtaler: »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*«.

Noget andet er, at EMRK indirekte kan få betydning i retsforhold mellem private som følge af statens forpligtelse til aktivt at beskytte rettighederne. Efter EMDs praksis er staten ikke alene forpligtet til selv at respektere EMRK, men har desuden en vis positiv forpligtelse til at beskytte individets rettigheder, herunder mod indgreb fra andre private. En klage mod staten kan således ikke kun vedrøre statens indgreb, men også statens passivitet i forhold til at forhindre private indgreb (se nærmere Kapitel 6).

Litteratur

J. Crawford og S. Olleson The Nature and Forms of International Responsibility, i M.D Evans (ed.), International Law, Oxford University Press, Oxford 2003, s. 454-458

M. N. Shaw International Law, Cambridge University Press, Cambridge 2003, s. 700-705

O. Spiermann Moderne Folkeret, 3. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2006, kapitel 8, afsnit 3

Kapitel 4

Fortolkning af EMRK

Menneskerettighedsdomstolen (EMD) har kompetencen til autoritativt at fortolke EMRK. EMDs fortolkning af EMRK tager udgangspunkt i folkerettens regler om traktatfortolkning. EMDs fortolkningsstil adskiller sig i nogen grad fra dansk fortolkningstradition, navnlig ved sin mere frie, formålsorienterede og dynamiske karakter, som bl.a. har baggrund i rettighedernes karakter af brede retsprincipper. EMDs fortolkning styres af nogle overordnede normative principper og pejlemærker, herunder navnlig hensynet til at: sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse, sikre en rimelig balance mellem individ og samfund, fremme demokratiske værdier, samt fremme retsstatslige principper.

1. EMDs autoritative fortolkningskompetence

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol i Strasbourg (EMD) er EMRKs juridiske kontrolorgan. EMD har til opgave at påse staternes overholdelse af Konventionen, jf. Artikel 19. Domstolen kan modtage klager fra såvel stater som individer, jf. Artikel 33-34. De individuelle klager er helt dominerende. Ved afgørelse af forelagte klager har EMD kompetence i »alle spørgsmål vedrørende fortolkning og anvendelse af Konventionen«, jf. Artikel 32. Domstolens afgørelser er bindende for den involverede stat, jf. Artikel 46. I praksis må også andre stater end den involverede imidlertid efterleve den generelle fortolkning af EMRK, som EMD lægger til grund for sin afgørelse af konkrete klagesager.

Således indtager EMD en helt central rolle som det organ, der autoritativt fortolker og udfylder – og i visse tilfælde ligefrem skaber – de brede menneskeretlige normer, som staterne skal efterleve. EMDs praksis *er* EMRK-retten. Det er EMDs praksis, som giver EMRKs bredt formulerede rettigheder »kød og blod«. Gennem sin omfattende praksis, der nu omfatter mere end 5000 domme, har EMD på en lang række retsområder etableret et detaljeret sæt af normer, som Domstolen lø-

bende videreudvikler. EMD dyrker i denne proces i vidt omfang sine egne præjudikater, idet Domstolen konsekvent henviser til sine egne principielle udtalelser om EMRKs fortolkning i tidligere sager som grundlag for afgørelse af nye sager. EMD anser sig ikke for retligt bundet af sin egen retspraksis, men vil af hensyn til retssikkerhed, lighed og forudsigelighed kun fravige denne, hvor tungtvejende grunde tilsiger det, jf. bl.a. *Christine Goodwin* (2002, para. 74).

For indholdet af EMRKs rettigheder har det derfor afgørende betydning, hvilken fortolkningsstil og -metode, EMD anvender, samt hvilke overordnede pejlemærker, Domstolen orienterer sig efter i sin konkrete fortolkning og udfyldning af EMRKs bestemmelser.

2. EMDs fortolkningsstil og -metoder

EMRK er en international traktat. Det naturlige udgangspunktet for EMDs fortolkning af EMRK er derfor folkerettens almindelige regler om traktatfortolkning, som er udviklet gennem staternes praksis og nedfældet i FNs Traktatretskonvention (1969), jf. *Golder* (1975, para. 29).

I henhold til Traktatretskonventionens Artikel 31(1) skal en traktat i første række fortolkes i overensstemmelse med den enkelte bestemmelses ordlyd, dennes kontekst og formålet med traktaten som helhed:

> »A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose«.

En traktats tekst består foruden de enkelte bestemmelser også af præamblen til traktaten, jf. Traktatretskonventionens Artikel 31(2). Præamblen indeholder ofte en principiel tilkendegivelse af traktatens overordnede formål, og EMD har da også udtalt, at EMRKs præambel er et nyttigt redskab ved fortolkningen af EMRK, jf. *Golder* (1975, para. 34).

Derimod udgør en traktats forarbejder og omstændighederne ved dens indgåelse ifølge Traktatretskonventionens Artikel 32 alene en supplerende fortolkningskilde, der enten kan bekræfte den fortolkning, som de primære fortolkningskilder fører til, eller anvendes i tilfælde, hvor de primære kilder fører til uklare eller åbenbart urimelige resultater:

»Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to conform the meaning resulting from the application of Article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to Article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable«.

Samtidig har EMD ofte understreget, at EMRK ikke er nogen almindelig traktat, men en konvention til kollektiv sikring og håndhævelse af individuelle rettigheder. EMRK indeholder således ifølge EMD objektive forpligtelser, som efter deres formål skal fortolkes således, at de sikrer individet en reel og effektiv rettighedsbeskyttelse, ikke således, at staternes forpligtelser begrænses mest muligt, jf. bl.a. *Wemhoff* (1968, »As to the law«, para. 8); *Irland v. Det Forenede Kongerige* (1978, para. 239); *Soering* (1989, para. 87). Hertil kommer, at de fleste rettigheder i EMRK ikke udtrykker en håndfast regel, men derimod et bredere princip om f.eks. retfærdig rettergang, privatliv og ytringsfrihed, som udspringer af bagvedliggende værdiforestillinger. På den baggrund adskiller EMDs fortolkning af EMRK sig i nogen grad fra sædvanlig traktatfortolkning. EMD fortolkningsstil er i udpræget grad baseret på en bred formålsfortolkning, som søger at virkeliggøre Konventionens formål og »ånd« og derfor ikke ubetinget er bundet af bestemmelsens ordlyd, samt en dynamisk fortolkning, som sigter imod en effektiv rettighedsbeskyttelse i overensstemmelse med rets- og samfundsudviklingen, og derfor ikke er bundet af bestemmelsen historiske forudsætninger og forarbejder. EMDs formålsorienterede og dynamiske fortolkningsstil har i takt med EMRKs stigende betydning i dansk ret også i et vist omfang vundet indpas ved danske domstole.

En formålsorienteret og dynamisk fortolkning indebærer ikke en afstandtagen fra at tillægge EMRKs ordlyd og forarbejder betydning. Ordlyden er altid udgangspunktet, og også forarbejderne kan i særlige tilfælde påvirke fortolkningen. Det karakteristiske for EMDs fortolkning er villigheden til at forholde sig relativt frit til disse traditionelle fortolkningsmetoder, hvis dette anses som nødvendigt for at sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse i overensstemmelse med bestemmelsens formål og samfundsudviklingen. En sådan fortolkningsstil fører ofte, men ikke altid, til en udvidet beskyttelse for individet i forhold til, hvad

der ville følge af en traditionel positivistisk fortolkning, som er strengt bundet til bestemmelsens ordlyd og forarbejder.

2.1 Rettighedens ordlyd, formål og »ånd«

Også ved fortolkningen af EMRK er udgangspunktet altid rettighedens ordlyd og den sammenhæng, som den indgår i. Hvad der heraf kan udledes om rettighedens indhold behøver ingen yderligere begrundelse. Peger ordlyden på en bestemt fortolkning, kræver en afvigende fortolkning tungtvejende argumenter. Ordlyden sætter endvidere normalt en yderste grænse: fortolkningen må ikke være i direkte modstrid med ordlyden. Navnlig har EMD ikke kompetence til at anerkende rettigheder, som ikke har noget grundlag i EMRK.

Ved de fleste rettigheder angiver ordlyden dog alene et princip – en værdi – som skal beskyttes. Princippet må udfyldes, før der kan tages stilling i en konkret sag. Ordlyden af disse bredere rettigheder kan ses som et konkret forsøg på at udtrykke et princip, hvis virkeliggørelse er bestemmelsens egentlige formål. Hvis en streng ordlydsfortolkning ville føre til resultater, som harmonerer dårligt med rettighedens formål og »ånd«, bør ordlyden ikke stå i vejen for en friere formålsorienteret fortolkning. Hermed får fortolkeren en mere selvstændig rolle, da han selv må formulere, hvad der må anses som bestemmelsen formål og »ånd«. Han er dog ikke frit stillet, men må argumentere ud fra de principper og værdier, som notorisk er bærende for EMRK som helhed (se afsnit 3). Ved rettighedsfortolkning bliver overvejelser om rettighedens formål og »ånd« således ikke sjældent udslagsgivende for fortolkningen. EMD har i overensstemmelse hermed fastslået, jf. bl.a. *Kjeldsen* (1976, para. 53) og *Soering* (1989, para. 87), at

> »any interpretation of the rights and freedoms guaranteed must be consistent with the general spirit of the Convention«.

Det bag rettigheden liggende princip kan dermed undertiden blive afgørende frem for den konkrete ordlyd. EMD har på denne baggrund bl.a. anerkendt rettigheder, som ikke kan læses ud af EMRKs tekst, men som efter formålet med en rettighed må anses for forudsat heri eller kan udledes af dens »ånd«. Til udgangspunktet om, at ordlyden sætter en yderste grænse for fortolkningen, gælder således den vigtige undtagelse, at også retspositioner, som vel ikke har udtrykkelig støtte i ordlyden af

en rettighedsbestemmelse, men som må anses som »indispensable for the effective enjoyment« af den i ordlyden stipulerede rettighed, kan indfortolkes som en del af den pågældende rettighed, jf. *National Union of Belgian Police* (1975, para. 38) Således har EMD af Artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang udledt en ret til adgang til domstolene, selv om ordlyden synes at forudsætte, at en retssag allerede er anlagt; retten til en retfærdig rettergang ville nemlig ellers kunne blive illusorisk, jf. *Golder* (1975, para. 34ff). Tilsvarende har EMD af Artikel 11 om foreningsfriheden udledt en beskyttelse af retten til at stå uden for en forening, selv om ordlyden kun udtrykkeligt omtaler friheden til at danne og tilslutte sig foreninger; friheden til at stå uden for en bestemt forening er nemlig en forudsætning for friheden til selv at vælge foreningsmedlemskab, jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 52 og 56).

2.2 Rettighedens forarbejder og samfundsudviklingen

Ved fortolkningen af EMRK kan det i tvivlstilfælde være relevant at undersøge, hvordan rettigheden blev forstået, dengang den blev vedtaget. Forarbejder spiller dog typisk en begrænset rolle ved rettighedsfortolkning. Det skyldes, at de fleste rettigheder er udtryk for generelle retsprincipper, hvis nærmere indhold ikke bør fastfryses i de konkrete forestillinger og omstændigheder, som herskede på tidspunktet for vedtagelsen. Rettighedernes konkrete indhold må tværtimod ændre sig i overensstemmelse med den generelle rets- og samfundsudvikling. Kun gennem en sådan løbende udvikling og tilpasning kan rettighederne til stadighed udfylde rollen som reelle og effektive garantier for individet.

EMD fortolker EMRK udpræget dynamisk i overensstemmelse med den teknologiske, sociale og moralske samfundsudvikling og i lyset af retsudviklingen i staterne. Domstolen har gentagne gange fastslået, se f.eks. *Tyrer* (1978, pr. 31) og *Mazurek* (2000, para. 49), at

> »the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions«.

Den teknologiske udvikling fører nye menneskeretlige problemstillinger med sig. Eksempelvis nødvendiggør muligheden for elektronisk opbevaring af personoplysninger og elektronisk overvågning, samt anvendelsesmulighederne for den stadigt mere avancerede genteknologi en dynamisk fortolkning af, hvad begrebet privatliv dækker; og internet-

tets eksistens udfordrer ytringsfriheden og massemediernes særstatus som offentlighedens informationskilde.

Den generelle sociale udvikling kan tilsige en ændret fortolkning eller vurdering. Det gælder f.eks. spørgsmålet, om der gælder særlige begrænsninger i offentligt ansattes ytringsfrihed, om indsatte har ret til et vist privat- og familieliv, om børn har rettigheder uafhængigt af deres forældre, om det kan være sagligt at behandle mænd og kvinder forskelligt og, om statskirker kan forenes med religionsfriheden og diskriminationsforbudet.

En ændring i de herskende moralopfattelser kan påvirke fortolkningen. Det gælder f.eks. i forhold til beskyttelsen af homoseksuelle og transseksuelles ret til privat- og familieliv og beskyttelsen af en pornografisk ytringsfrihed.

I sin løbende videreudvikling af EMRK-retten orienterer EMD sig desuden til stadighed efter, om der kan spores en (spirende) fælles standard i staternes nationale retsystemer, som kan danne grundlag for en dynamisk udbygning af EMRK-beskyttelsen. En retstilstand, som på et tidspunkt har været forenelig med EMRK, kan således efterfølgende komme i strid med Konventionen som følge af en dynamisk retsudvikling i EMDs praksis.

Som følge af denne dynamiske fortolkningsstil tillægger EMD normalt EMRKs forarbejder begrænset vægt og vil ikke lade udtalelser i forarbejderne stå i vejen for en fortolkning, som ud fra principielle betragtninger og den stedfundne rets- og samfundsudvikling anses for den rigtige. Således har EMD f.eks. anerkendt, at Artikel 11 om foreningsfriheden også beskytter imod foreningstvang, skønt det af forarbejderne fremgår, at man bevidst udelod en udtrykkelig beskyttelse heraf. EMD har herved også henvist til, at retsudviklingen i staterne og internationalt viser, at en beskyttelse mod foreningstvang i dag anses som en naturlig del af foreningsfriheden, jf. *Sigurjónsson* (1993, para. 35).

3. EMDs fortolkningsprincipper og -pejlemærker

Særligt med en friere formålsorienteret og dynamisk fortolkningsstil er der behov for nogle overordnede normative pejlemærker for den konkrete fortolkning og anvendelse af rettighederne. På baggrund af EMDs

praksis og i lyset af rettighedernes værdigrundlag, karakter og funktion formuleres i det følgende fire generelle fortolkningsprincipper og -pejlemærker, idet det bemærkes, at disse ikke altid vil harmonere indbyrdes, men tværtimod kan pege i forskellig retning.

3.1 Effektiv rettighedsbeskyttelse

Hele formålet med EMRK er at sikre individet en effektiv rettighedsbeskyttelse, jf. også EMRKs præambel. Derfor skal rettighederne ifølge EMD fortolkes, så de giver en reel og tidssvarende beskyttelse. EMRKs særlige karakter og formål som en konvention til kollektiv håndhævelse af menneskerettigheder gør det ifølge EMD nødvendigt, jf. bl.a. *Wemhoff* (1968, »As to the Law«, para. 8):

> »to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and objective of the Treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties«.

EMRKs formål kræver, at der gennem fortolkningen sikres en effektiv rettighedsbeskyttelse, jf. bl.a. *Soering* (1989, para. 87) og *Caroline von Hannover* (2004, para. 71):

> »the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective«.

Princippet om effektiv beskyttelse medfører, at rettighederne ikke kan fortolkes restriktivt. Således fortolker EMD gennemgående rettighederne udvidende og rettighedernes begrænsningsklausuler indskrænkende, og indgreb i individets rettigheder kræver tungtvejende grunde, se bl.a. *Klass* (1978, para. 42) og *Observer and Guardian* (1991, para. 59).

Princippet om effektiv beskyttelse danner også baggrund for doktrinen om, at staten ikke alene skal afholde sig fra at gribe ind i individets rettigheder, men desuden har en positiv pligt til at fremme og beskytte rettighederne, herunder i forholdet mellem private indbyrdes, jf. bl.a. *X and Y v. Netherlands* (1985, para. 22) (se herom Kapitel 6).

I dansk ret afspejles princippet om effektiv beskyttelse bl.a. i sager om frihedsberøvelse af sindssyge, hvor man i tvivlstilfælde ofte har ladet hensynet til individets retssikkerhed blive udslagsgivende, se UfR 1992.356 Ø, 1994.192 V og 1995.338 Ø. Princippet ligger også bag UfR

1994.734 V, som afviste, at en rent formel fremstilling for en dommer uden en nærmere prøvelse af anholdelsesgrundlaget opfyldte de retssikkerhedsmæssige hensyn bag kravet i Grl § 71, stk. 3, om, at en anholdt »inden 24 timer skal stilles for en dommer«.

3.2 Balance mellem rettigheder og samfundshensyn

Selv om rettighedsbeskyttelsen skal være effektiv, er den ikke uden grænser. Samfundet og dets retsorden udgør en enhed, og individets rettigheder må derfor fortolkes med respekt for andre vægtige modhensyn. Det praktisk vigtigste princip i rettighedsfortolkningen er således kravet om, at der til stadighed skal opretholdes en rimelig balance mellem hensynet til individets rettigheder og hensynet til det omgivende samfund, herunder andre individers rettigheder. Som EMD ofte har fastslået, jf. bl.a. *Soering* (1989, para. 89) og *Öcalan* (2005, para. 88):

> »Inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights«.

Princippet danner baggrund for anerkendelsen af, at de fleste rettigheder må undergives begrænsninger under hensyn til samfundet eller andres rettigheder. Den nødvendige balance mellem disse hensyn udmønter sig i proportionalitetskravet, hvorefter begrænsninger i individets rettigheder skal forfølge vægtige, saglige hensyn og afspejle et rimeligt forhold mellem mål og midler (se nærmere Kapitel 5).

I dansk ret finder princippet bl.a. udtryk i UfR 1999.1798 H, hvor et lovindgreb i rockergruppers forsamlingsfrihed fandtes berettiget under hensyn til at beskytte offentligheden mod at blive uskyldige ofre i en verserende »krig« mellem rivaliserende rockergrupper.

3.3 Et demokratisk samfund

Et vigtigt pejlemærke for fortolkningen af EMRK er idealet om et demokratisk samfund. EMRK hviler på en forudsætning om demokrati. Det fremgår klart af EMRKs præambel, hvorefter menneskerettigheder bedst beskyttes »af et virkeligt demokratisk regeringssystem«, og kommer også til udtryk i bl.a. Artikel 8-11(2). EMD har på den baggrund fastslået, at: »Democracy appears to be the only political model contemplated by the Convention and, accordingly, the only one compatible with

it«, jf. *United Communist Party* (1998, para. 45) og *Refah Partisi* (2003, para. 86). EMD har følgelig ofte udtalt, jf. f.eks. *Soering* (1989, para. 87) og *Gorzelik* (2004, para. 89), at

> »any interpretation of the rights and freedoms guaranteed must be consistent with the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society«.

Med et demokratisk samfund menes her ikke alene en politisk proces med frie valg. Begrebet har også et materielt indhold, idet det rummer centrale værdier som pluralisme, tolerance og respekt for minoriteter. Som EMD udtalte i *Gorzelik* (2004, para. 90):

> »Referring to the hallmarks of a »democratic society«, the Court has attached particular importance to pluralism, tolerance and broadmindedness. In that context it has held that, although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of the majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures the fair and proper treatment of minorities and avoids any abuse of a dominant position«.

Idealet om et demokratisk samfund har for det første betydning ved fortolkningen af de enkelte rettigheders indhold og rækkevidde. Det gælder navnlig ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden i Artikel 10-11, som alle udgør forudsætninger for en virkelig demokratisk proces. Det demokratiske ideal ligger således bl.a. bag anerkendelsen af

- *at* ytringsfriheden også omfatter fornærmende og chokerende ytringer, jf. *Handyside* (1976, para. 49), samt i særlig grad beskytter politisk debat, jf. *Lingens* (1986, para. 42), og medierne som offentlighedens vagthund, jf. *Sunday Times* (1979, para. 65);
- *at* forsamlingsfriheden forpligter staten til at sikre demonstrationer imod voldelige mod-demonstranter, da frygten for at give sin mening til kende ellers vil skade demokratiet, se *Plattform »Ärzte für das Leben«* (1988, para. 32);
- *at* foreningsfriheden giver politiske partier en særlig beskyttelse, da disse spiller en essentiel rolle for sikringen af pluralisme og den demokratiske proces, jf. *United Communist Party* (1998, para. 43).

Idealet om et demokratisk samfund har for det andet betydning ved vurderingen af, om begrænsninger i rettighederne kan retfærdiggøres.

Af Artikel 8-11(2) fremgår, at der kun kan gøres sådanne indgreb i rettighederne, som er »nødvendige i et demokratisk samfund«. Vurderingen af et indgrebs nødvendighed skal således ske i lyset af en norm om demokrati: »the only type of necessity capable of justifying an interference with any of those rights is, therefore, one which may claim to spring from democratic society«, jf. *United Communist Party* (1998, para. 45) og *Refah Partisi* (2003, para. 86). Denne vurderingsnorm afspejler sig frem for alt i de særligt strenge krav, som EMD generelt stiller til indgreb i ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden med henvisning til disse rettigheders fundamentale betydning for demokratiet, jf. bl.a. *Observer and Guardian* (1991, para. 59) og *Gorzelik* (2004, para. 88).

I dansk ret har Højesteret i UfR 1999.1798 H, – utvivlsomt inspireret af EMD praksis – med henvisning til demokratiet tilsyneladende ligesom EMD anerkendt en fortrinsstilling for de politiske frihedsrettigheder ved at fastslå, at Grundlovens regler om ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed er »en nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demokrati«.

3.4 En retsstat – »the rule of law«

Også idealet om staten som en retsstat – en stat baseret på »the rule of law« (generelle regler) i modsætning til »the rule of man« (vilkårlighed) – er centralt for fortolkningen af EMRK. Retsstatsprincippet omtales i EMRKs præambel og gennemsyrer en række af retssikkerhedsgarantierne i Konventionen. EMD har da også ofte understreget retstatsprincippets centrale placering, bl.a. ved i *Engel* (1976, para. 69) at afvise en vidtgående fortolkning af adgangen til frihedsberøvelse som uforenelig med

> »the notion of the rule of law from which the whole Convention draws its inspiration«.

Fundamentalt i en retsstat er sikringen af individets retssikkerhed, jf. EMD i *Baranowski* (2000, para 56). Retsstatsprincippet har navnlig haft betydning ved EMDs fortolkning af retsgarantierne vedrørende den personlige frihed og retten til en retfærdig rettergang i Artikel 5-6, men også ved vurderingen af indgreb i privatlivet efter Artikel 8. EMD har således med henvisning til retsstatsprincippet bl.a. fastslået

at vilkårlige frihedsberøvelser aldrig – uanset indholdet af national ret – kan anses som »lovlige«, jf. *Winterwerp* (1979, para. 39);
at retten til en retfærdig rettergang forudsætter, at man har krav på adgang til domstolene, jf. *Golder* (1975, para. 34);
at hemmelig overvågning af (terrormistænkte) personer grundlæggende er et udtryk for politistatsmetoder og således kun kan tolereres som forenelige med EMRK, hvis de er strengt nødvendige for at beskytte samfundets institutioner, jf. *Klass* (1978, para. 42);
at indgreb i individets rettigheder generelt bør være underlagt en uafhængig domstolskontrol, jf. *Klass* (1978, para. 55).

Retsstatsprincippet afspejles endvidere i de kvalificerede krav til det nationale hjemmelsgrundlags klarhed og tilgængelighed, som EMD har opstillet i tilknytning til EMRKs krav om, at rettighedsindgreb skal have hjemmel/være lovlige (se nærmere Kapitel 5).

I dansk ret er UfR 1999.841 H et eksempel på retsstatsprincippets fortolkningsmæssige betydning. Højesteret tilsidesatte her en bestemmelse i »Tvind-loven« som grundlovsstridig. Retten fastslog, at Grl § 3 sætter visse grænser for lovgivers adgang til ved singulær lovgivning at træffe bestemmelse om enkeltpersoners retsforhold og henviste til støtte herfor bl.a. til »de retssikkerhedshensyn, der er et af de bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3«, samt de »retsgarantier for borgerne«, som knytter sig til adgangen til domstolskontrol.

Litteratur

M. de Blois The Fundamental Freedom of the European Court of Human Rights, i R. Lawson og M. Blois (ed.), The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Vol. III, Martinus Nijhoff, Dordrecht 1994, s. 35ff
J. E. Rytter Grundrettigheder, Thomson, København 2000, kapitel 5-6
J.E. Rytter Går Menneskerettighedsdomstolen for vidt? – fortolkning og retsskabelse i Strasbourg, Juristen 2006, s. 9ff

Kapitel 5

Begrænsninger i EMRKs rettigheder

De fleste rettigheder i EMRK er underlagt begrænsninger, fordi individuelle rettigheder eksisterer inden for rammerne af et samfundsfællesskab. Det generelle pejlemærke ved rettighedsbegrænsning er målet om at finde en rimelig balance (proportionalitet) mellem hensynet til individets rettigheder og hensynet til samfundet og andres rettigheder. Dette proportionalitetsprincip er menneskerettens kerne og som sådan af central betydning både ved afgrænsning af en rettigheds indhold og ved vurderingen af offentlige myndigheders rettighedsindgreb. Ved indgreb i Artikel 8-11 (og Artikel 5) stilles følgende fælles krav: Et hvert indgreb skal 1) have hjemmel, 2) forfølge et legitimt formål og 3) være »nødvendigt i et demokratisk samfund«. I nødretssituationer har staten dog efter Artikel 15 en videregående adgang til at fravige EMRK. Rettighederne må efter Artikel 17 ikke misbruges til at undergrave menneskerettighederne eller demokratiet. Endelig kan individet i et vist omfang selv frivilligt give afkald på sine rettigheder.

1. Hvorfor er der grænser for individets rettigheder?

Spørgsmålet om rettighedernes grænser udgør selve nervepunktet i menneskeretten. Individets menneskerettigheder sikres i kraft af og inden for rammerne af staten. Staten er en retsorden, som danner rammen om et samfund af individer, på hvis vegne staten varetager en række opgaver til fælles bedste for samfundet som helhed og for dets individer. Et statssamfund kan ikke bestå som grundlaget for et fællesskab, hvis det alene er baseret på individuelle rettigheder og friheder. Ubegrænset frihed for alle ville være ensbetydende med anarki og dermed i sidste ende ufrihed for alle; og ubegrænset frihed for den enkelte ville i mange tilfælde føre til en uacceptabel begrænsning af andres rettigheder.

Individet må derfor tåle en begrænsning af sine rettigheder i det omfang, dette er nødvendigt af hensyn til samfundets interesser eller til

beskyttelse af andres rettigheder. Dette er en universel erkendelse. Som det hedder i Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (1948), Artikel 29:

> »Enhver har pligter over for samfundet, der alene muliggør personlighedens frie og fulde udvikling. Under udøvelsen af sine rettigheder og friheder er enhver kun underkastet de begrænsninger, der er fastsat i loven alene med det formål at sikre skyldig anerkendelse af og hensyntagen til andres rettigheder og friheder og at opfylde de retfærdige krav, som moralen, den offentlige orden og det almene vel stiller i et demokratisk samfund«.

Det er imidlertid forskelligt, hvordan individets frihed og rettigheder vægtes over for mere almene samfundshensyn i forskellige retskulturer. USAs forfatning og samfundskultur er udpræget liberalistisk med klar hovedvægt på individets frihed. Den kommunistiske forfatning i det hedengangne Sovjetunionen var derimod præget af hensynet til kollektivet på individets bekostning. Europæisk forfatningskultur og -tradition ligner utvivlsomt mest den amerikanske, men kan nok karakteriseres som mere afbalanceret liberalistisk, idet statsmagtens varetagelse af almene samfundshensyn i højere grad anerkendes som et legitimt grundlag for at begrænse individets frihed og rettigheder.

2. Proportionalitetsprincippet – kravet om en rimelig balance mellem rettigheder og andre hensyn

Selv om EMRK ikke direkte omtaler kravet om »proportionalitet«, er proportionalitetsprincippet i EMDs praksis anerkendt som et generelt retsprincip. Proportionalitetsprincippet udgør kernen i menneskerettighedsbeskyttelsen. Det indebærer grundlæggende et krav om at sikre en rimelig balance mellem individets rettigheder og modstående hensyn, hvorfor der kun må gøres sådanne begrænsninger i rettighederne, som er nødvendige og forholdsmæssige under hensyn til samfundet eller andre individers interesser.

2.1 Proportionalitetsprincippet som generelt retsprincip

Proportionalitetsprincippet fremstår i EMDs praksis som et generelt princip for afgrænsning af og indgreb i EMRKs rettigheder. Hermed

sikres en rimelig balance mellem hensynet til individets rettigheder og kolliderende hensyn til samfundet eller andre individer. Med EMDs ord, jf. bl.a. *Soering* (1989, para. 89) og *Öcalan* (2005, para. 88):

> »Inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights«.

Nogle af EMRKs rettigheder refererer selv til proportionalitetsprincippet. Det gælder Artikel 8-11(2), hvorefter ethvert indgreb i privat- og familielivet, religionsfriheden, ytringsfriheden og forsamlings- og foreningsfriheden skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund«, og Artikel 15, hvorefter fravigelse af rettigheder i nødretstilfælde skal være »strengt påkrævet«. EMD har dog desuden indfortolket et proportionalitetskrav ved indgreb i den personlige frihed efter Artikel 5. Endvidere indgår proportionalitetsprincippet efter EMDs praksis ved fastlæggelsen af begrebet en retfærdig rettergang i Artikel 6, ved regulering af retten til at gifte sig efter Artikel 12 og ved fastlæggelsen af begrebet diskrimination i Artikel 14. Endelig har proportionalitetsprincippet også betydning ved afgrænsning af statens positive forpligtelse til at sikre individets rettigheder (se herom Kapitel 6).

Proportionalitetsprincippet gennemsyrer også dansk ret. I Grundlovens rettigheder må man, i det omfang ordlyden gør det muligt, indfortolke et krav om proportionalitet svarende til EMRKs, jf. også UfR 1999.1798 H. I forvaltningsretten gælder et almindeligt, uskrevent proportionalitetsprincip, som bl.a. er udtrykkeligt lovfæstet i Retsplejelovens regler om politiets straffeprocessuelle tvangsindgreb – bl.a. anholdelse, legemsindgreb og indgreb i kommunikation; i Politilovens regler om politiets magtanvendelse i øvrigt – bl.a. fareafværgelse, visitation og detentionsanbringelse af berusere m.v.; i Psykiatrilovens §§ 4-5 om betingelserne for brug af tvang i psykiatrien; i Servicelovens § 42, jf. § 40, om betingelserne for tvangsfjernelse af børn; og i Retssikkerhedslovens § 2 om offentlige myndigheders tvangsindgreb.

Mens proportionalitetsprincippet således står helt centralt i menneskeretten, kan det ikke sættes på formel. Dette kapitel søger at beskrive det generelle indhold af proportionalitetskravet. I praksis beror proportionalitetsvurderingen imidlertid altid på den konkrete sags omstændigheder og en konkret afvejning af de kolliderende hensyns indbyrdes

vægt. Proportionalitetsvurderingen kan derfor i sidste ende kun »læres« gennem brug af sund fornuft og dømmekraft, som bl.a. optrænes ved studier af konkrete retsafgørelser.

2.2 Proportionalitetsprincippets essens

Proportionalitetsprincippet kræver grundlæggende, at der ved enhver rettighedsbegrænsning skal være et rimeligt forhold mellem mål og midler – mellem det, man opnår ved at begrænse et individs rettigheder og den rettighedsindskrænkning, man herved påfører individet. Proportionalitetsprincippet nødvendiggør således i sidste ende en konkret, normativ afvejning mellem vægten af de hensyn/interesser, som begrunder en begrænsning af individets rettigheder, og vægten af den individuelle rettighed/interesse, som berøres af denne rettighedsbegrænsning. Heraf følger bl.a., at en rettighedsbegrænsning må kræve desto stærkere grunde, jo mere intensivt der herved gøres indgreb i individets rettigheder, jo tættere indgrebet går på rettighedens »kerne« og jo vigtigere den pågældende rettighed anses for at være (se nærmere nedenfor afsnit 4.6).

2.3 Proportionalitetsprincippets udmøntning i forskellige begrænsningstilfælde

Proportionalitetsprincippet finder forskelligt udtryk afhængig af, om den pågældende rettighedsbestemmelse rummer en begrænsningsklausul (adgang til indgreb) eller ej.

Ved rettighedsbestemmelser, som ikke selv åbner mulighed for begrænsninger, må en rimelig balance i forhold til modstående hensyn sikres gennem den fortolkningsmæssige afgrænsning af rettighedens indhold. Det gælder navnlig ved Artikel 6 og 14 (se afsnit 3), samt ved afgrænsning af statens positive forpligtelse til at sikre individets rettigheder (se Kapitel 6).

Ved rettighedsbestemmelser, som udtrykkeligt åbner mulighed for begrænsning gennem indgreb, må en rimelig balance i forhold til modstående hensyn sikres i overensstemmelse med de betingelser for indgreb, som rettighedsbestemmelsen opstiller. Frihedsrettighederne i Artikel 5(1) og 8-11(2) indeholder således en udtrykkelig adgang til at foretage indgreb i individets rettigheder på nærmere angivne betingelser. I sådanne indgrebstilfælde opererer EMD med en forhåndsformodning til fordel for individets rettighed, med mindre også de modstående

hensyn er beskyttet som rettigheder i EMRK, og der således reelt foreligger en rettighedskollision (se afsnit 4).

3. Afgrænsning af absolutte rettigheder (Artikel 6 og 14)

Nogle af EMRKs rettigheder er absolutte i den forstand, at de ikke selv åbner mulighed for begrænsninger. Det gælder foruden Artikel 3, 4 og 7 også Artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang og Artikel 14 om forbudet mod diskrimination. Også ved fortolkningen og anvendelsen af disse rettigheder er det efter omstændighederne både naturligt og nødvendigt at tage højde for vægtige modhensyn til samfundet eller andres rettigheder.

Man kan imidlertid ikke ved absolut formulerede rettigheder opfinde en undtagelsesbestemmelse, som ikke er der. EMRK forudsætter, at der kun kan gøres de begrænsninger i rettighederne, som udtrykkeligt er foreskrevet, jf. også Artikel 18, som taler om »De indskrænkninger, som er tilladt efter denne konvention ...«.

Ved absolut formulerede rettigheder må en rimelig balance i forhold til modstående hensyn (proportionalitet) i stedet sikres ved at inddrage disse hensyn i den fortolkningsmæssige fastlæggelse og afgrænsning af rettighedens generelle indhold.

Denne fortolkningsmæssige afgrænsning af rettighedsbeskyttelsen over for tungtvejende modhensyn lettes af, at rettighederne ofte rummer brede standarder, som må udfyldes. Ved afgrænsningen af forbudet mod diskrimination i Artikel 14 spiller proportionalitetsprincippet således en central rolle; en forskelsbehandling, som forfølger saglige formål og står i et rimeligt forhold hertil, betragtes ikke som diskrimination, se f.eks. *Pretty* (2002, para. 88):

> »For the purposes of Article 14 a difference in treatment between persons in analogous or relevantly similar positions is discriminatory if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized«.

Selv hvor rettigheden i og for sig er ganske klar, har EMD været villig til ved fortolkning at begrænse den, hvis det fandtes nødvendigt for at

opnå den nødvendige balance mellem rettigheds- og modstående hensyn. EMD har således vedrørende retten til en retfærdig rettergang i Artikel 6 anerkendt, at kravet om ligestilling mellem anklagemyndigheden og forsvaret i straffesager kan fraviges (på visse betingelser), hvis dette er strengt nødvendigt for at varetage hensynet til f.eks. andres rettigheder, kriminalitetsbekæmpelsen eller statens sikkerhed, se f.eks. *Jasper* (2000, para. 52):

> »In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused (...). In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1«.

4. Rettighedsindgreb (Artikel 5 og Artikel 8-11)

Alle de praktisk vigtigste frihedsrettigheder i EMRK åbner udtrykkeligt mulighed for, at rettigheden kan begrænses gennem indgreb fra en offentlig myndighed. Det gælder retten til personlig frihed (Artikel 5(1)), privat- og familieliv (Artikel 8(2)), religionsfrihed m.v. (Artikel 9(2)), ytrings- og informationsfrihed (Artikel 10(2)) og forsamlings- og foreningsfrihed (Artikel 11(2)). Ved disse frihedsrettigheder ligger den afgørende beskyttelse for individet i de krav, der i henhold til den pågældende bestemmelse og EMDs praksis stilles som betingelse for indgreb. Fælles for de nævnte frihedsrettigheder er, at ethvert indgreb fra en offentlig myndighed skal opfylde tre krav for at være foreneligt med EMRK:

1. Indgrebet skal have en retssikkerhedsmæssigt betryggende hjemmel i national ret;
2. Indgrebet skal forfølge et af de opregnede, legitime formål; og
3. Indgrebet skal fremstå som »nødvendigt i et demokratisk samfund« (proportionalt).

4.1 Foreligger der et indgreb fra en offentlig myndighed?

Før man vurderer, om et indgreb opfylder disse krav, må man selvsagt altid først tage stilling til, om den foreliggende foranstaltning (regulering, afgørelse, handling) overhovedet udgør et indgreb i individets rettighed og, om indgrebet udgår fra en offentlig myndighed.

Berører foranstaltningen overhovedet rettighedens anvendelsesområde?
Fastlæggelsen af en rettigheds anvendelsesområde beror på en fortolkning af rettighedsbestemmelsens tekst i lyset af formålet. Heri ligger i sig selv en forhåndsafgrænsning af beskyttelsen. Rettigheden kan fortolkes snævert eller bredt. Hensynet til en effektiv rettighedsbeskyttelse tilsiger dog, at rettigheder ikke undergives en snæver fortolkning. EMD fortolker således generelt rettighedernes anvendelsesområde udvidende, jf. *Wemhoff* (1968, »As to the Law«, para. 8) og *Guzzardi* (1980, para. 95) (se ovenfor Kapitel 4), ligesom EMD har afvist »iboende« rettighedsbegrænsninger, som på forhånd afskærer visse persongrupper fra beskyttelse, jf. *Golder* (1975 para. 37-40) (se ovenfor Kapitel 3).

Er individet direkte og mærkbart berørt af foranstaltningen?
Der må antages at være en nedre bagatelgrænse for, hvad der betegnes som et rettighedsindgreb således, at rettighederne og respekten for dem ikke udvandes. En foranstaltning/handling skal berøre individet direkte og med en vis intensitet, før man kan tale om et »indgreb« i EMRKs forstand. Eksempelvis berøres individets privatliv og handlefrihed i det daglige af en stor mængde af regler, som er helt nødvendige for samfundets funktion og kun i begrænset omfang griber ind i individets frihed, f.eks. trafikregulering. Sådanne dagligdags og bagatelagtige begrænsninger i handlefriheden udgør ikke et indgreb i retten til privatliv efter Artikel 8. Vestre Landsrets anvendelse af bagatelgrænsen i UfR 2000.2101 V og UfR 2001.910 V er dog diskutabel. I UfR 2000.2101 V havde en tidligere sigtet mand klaget over, at politiet fortsat opbevarede hans fingeraftryk, selv om tiltale mod ham var blevet opgivet på grund af manglende beviser; retten fandt ikke, at opbevaringen af hans fingeraftryk havde »en sådan intensitet, at der er tale om et indgreb« i retten til privatliv efter Artikel 8. I UfR 2001.910 V havde moren til et dræbt Hells Angels-medlem klaget over Menighedsrådets fjernelse af sønnens gravsten, som bar Hells Angels' navn og dødninge-logo; retten fandt

ikke, at Menighedsrådets handling var »af så indgribende betydning for sagsøgerens privatliv«, at der forelå et indgreb i Artikel 8. Tilsvarende kan ikke alle reguleringer af borgernes ytringsmulighed anses som et indgreb i ytringsfriheden efter Artikel 10. I UfR 2004.2149 H holdt Højesteret det således åbent, hvorvidt det overhovedet var et indgreb i Artikel 10, at myndighederne af hensyn til landskabet og de omkringboende havde givet en radioamatør afslag på tilladelse til at opføre en 18 meter høj antennemast på sin private ejendom.

For at berøre individet direkte og dermed udgøre et indgreb, skal foranstaltningen normalt være konkret i form af f.eks. en dom, en administrativ afgørelse eller et administrativt indgreb; det følger også af søgsmålskravet i Artikel 34, hvorefter klager skal kunne hævde, at han er offer (»victim«) for en krænkelse, jf. *Klass* (1978, para. 33). EMD vil således normalt ikke foretage en abstrakt prøvelse af den nationale lovgivnings forenelighed med EMRK, jf. *Chapman* (2001, para. 77). I særlige tilfælde kan den blotte eksistens af generel lovgivning dog ifølge EMD i sig selv betragtes som et indgreb, hvor lovgivningen berører individet direkte, fordi der er en reel risiko for, at loven vil blive håndhævet over for individet, jf. bl.a. *Klass* (1978, para. 33) – vedrørende den tyske lovgivning om hemmelig overvågning; *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* (1976, para. 48) – vedrørende den danske lovgivning om seksualundervisning i folkeskolen; *Dudgeon* (1981, para. 41) – vedrørende den britiske lovgivning, som kriminaliserede homoseksuel aktivitet. I sådanne tilfælde efterprøver EMD den nationale lovgivnings abstrakte forenelighed med EMRK.

Foreligger et indgreb eller blot manglende positiv handling fra det offentlige?
Det kan undertiden give anledning til tvivl, hvorvidt en offentlig myndigheds afgørelse har karakter af et indgreb i individets rettighed eller blot er et udtryk for, at det offentlige har undladt eller afslået at give individet en ydelse eller en beskyttelse, som individet har ønsket (sidstnævnte rejser i stedet spørgsmålet, om staten har opfyldt sine positive forpligtelser, jf. Kapitel 6). Sondringen er ikke altid skarp, men EMD synes generelt at fortolke begrebet »indgreb« bredt. I *Leander* (1987, para. 48) fandt EMD, at politimyndighedernes hemmelige opbevaring og videregivelse til andre myndigheder af personlige oplysninger om klager udgjorde et indgreb i hans privatliv; i *Gaskin* (1989, para. 41) fandtes myndighedernes afvisning af at give klager adgang til personlige

oplysninger vedrørende hans barndom i familiepleje derimod at være et spørgsmål om statens positive forpligtelse til at give en sådan adgang. I *Buckley* (1996, para. 60) og *Chapman* (2001, para. 78) fandt EMD, at myndighedernes afslag på tilladelse til klagers opstilling af en beboelseskaravane på egen grund og håndhævelsen af dette afslag, udgjorde et indgreb i retten til respekt for hjemmet; EMDs vurdering er vel diskutabel. Det må anses for direkte fejlagtigt, at EMD har behandlet fraværet af national lovgivning om forbud mod private eksklusivaftaler (foreningstvang) på arbejdsmarkedet som et indgreb i foreningsfriheden, der skulle bedømmes efter fremgangsmåden i Artikel 11, stk. 2, se *Young, James and Webster* (1981, para. 55).

Er en offentlig myndighed ansvarlig for indgrebet?
Indgrebet skal være foretaget af en offentlig myndighed. Rent private indgreb i individets rettigheder er således ikke et »indgreb« i Konventionens forstand. Undertiden kan det offentlige dog have medvirket til (at muliggøre) et privat indgreb i en sådan grad, at dette må betragtes som et indgreb fra en offentlig myndighed (se nærmere Kapitel 3); i *Hatton* (2003, para. 119) lod EMD det stå åbent, hvorvidt den mulige rettighedskrænkelse i form af støjgener fra en privat lufthavn skulle bedømmes som et offentligt indgreb, fordi lufthavnen blev drevet på grundlag af offentlig tilladelse og efter offentligt fastsatte retningslinjer. Også rent private indgreb kan staten dog blive ansvarlig for på grund af passivitet, men dette skal vurderes efter principperne om statens positive forpligtelse til at beskytte individets rettigheder mod privates indgreb (se herom Kapitel 6).

4.2 Er indgrebet lovligt (hjemmelskravet)?

Efter EMRK kræver ethvert indgreb i individets rettigheder et retsgrundlag (hjemmel) i national ret, jf. Artikel 5 (»lovlig«) og Artikel 8-11, stk. 2 (»i overensstemmelse med loven«, »foreskrevet ved lov«). Hjemmelskravet er kendetegnende for retsstaten og har til formål at beskytte individet mod vilkårlige indgreb fra myndighederne. EMD har derfor formuleret et kvalificeret hjemmelskrav, hvorefter ethvert indgreb ikke bare skal have 1) et retsgrundlag i national ret; dette retsgrundlag skal desuden være 2) tilgængeligt for individet og 3) så klart og præcist, at individet med rimelig sikkerhed kan forudsige sin retsstilling. EMDs

krav til retsgrundlaget for et indgreb har i flere tilfælde dannet selvstændigt grundlag for at statuere en krænkelse af Konventionen.

EMDs krav må antages at svare til, hvad der følger af det almindelige legalitetsprincip i dansk ret, hvorefter indgreb i individets frihed m.v. kræver klar og sikker hjemmel.

Retsgrundlag (»legal basis«)

Grundlæggende kræves et retsgrundlag (hjemmel) for indgrebet. I *A v. France* (1993, para. 39) fandtes en telefonaflytning at krænke Artikel 8, allerede fordi den savnede national hjemmel. Hjemmelsbegrebet omfatter såvel skrevne som uskrevne retskilder – herunder sædvane og retspraksis, jf. *Sunday Times* (1979, para. 47). Omfattet er ikke kun lovgivning, men også administrative forskrifter udstedt i medfør af lov. Administrativ praksis udgør derimod ikke i sig selv tilstrækkelig hjemmel for indgreb, jf. *Malone* (1984, para. 88) og *Hilda Halfsteinsdottir* (2004, para. 56).

Tilgængelighed (»accessibility«)

Individet må have haft adgang til at gøre sig bekendt med retsgrundlaget for et indgreb. Hemmelig lovgivning ville medføre retsusikkerhed og risiko for magtmisbrug. Retsgrundlaget skal derfor være gjort offentligt tilgængeligt på indgrebstidspunktet, jf. *Sunday Times* (1979, para. 49).

Klarhed og forudsigelighed (»foresee ability«)

Retsgrundlaget skal desuden have en sådan grad af klarhed og præcision, at individet med rimelig sikkerhed – om nødvendigt med hjælp fra en advokat – kan forudse sin retsstilling og konsekvenserne af sine handlinger, jf. den ledende *Sunday Times* (1979, para. 49) og *Maestri* (2004, para. 30). Der stilles alene et krav om rimelig forudsigelighed, da lovgivningen på mange områder nødvendigvis må indeholde et skønselement. Ved vurderingen af retsgrundlagets klarhed anlægger EMD således en helhedsvurdering i forhold til de konkrete omstændigheder. Således vil også administrativ praksis ofte blive inddraget ved vurderingen af, om en retstilstand var rimeligt forudsigelig, jf. *Silver* (1983) og *Leander* (1987). Kravene til retsgrundlagets klarhed kan siges at være undergivet et proportionalitetsprincip: Jo mere intensivt indgrebet er, desto mere præcist må retsgrundlaget være. EMD udtalte i *Maestri* (2004, para. 30), at når der gives forvaltningen adgang til at gribe ind i

fundamentale rettigheder, må lovgivningen med tilstrækkelig klarhed definere omfanget af forvaltningens skøn og de retningslinjer, hvorefter skønnet skal udøves. Ved særligt intensive indgreb, herunder straf, vil der således typisk være et krav om udtrykkelig lovhjemmel, jf. f.eks. *Baskaya and Okcuoglu* (1999, para. 42) hvor EMD afviste analogi som hjemmel for at pålægge fængselsstraf. På den anden side kan sagens karakter indebære naturlige grænser for, hvor forudsigelig retstilstanden kan være for individet. Det gælder f.eks. ved hemmelige indgreb, se bl.a. *Malone* (1984, para. 67) – om hemmelig overvågning af korrespondance som led i efterforskning af kriminalitet; *Leander* (1987, para. 51) – om hemmelig kontrol med ansatte i sektorer, der har betydning for statens sikkerhed.

4.3 Forfølger indgrebet et legitimt formål?

Et indgreb skal forfølge et legitimt – det vil sige anerkendelsesværdigt – formål. Hvad der er et legitimt formål fremgår af den enkelte rettighed, jf. Artikel 5(1), litra a-f, og Artikel 8-11(2). Ofte er det generelle samfundshensyn, som kan begrunde et indgreb i individets rettigheder: »den nationale sikkerhed«, »den offentlige orden«, »sundheden«, »sædeligheden« (den offentlige moral), »forebyggelse af uro eller forbrydelse«, »den offentlige tryghed« og »landets økonomiske velfærd«. Også hensynet til »andres rettigheder og friheder« kan dog begrunde et indgreb, f.eks. kan hensynet til at beskytte andres ære og værdighed begrænse individets ytringsfrihed.

Opregningen af legitime indgrebsformål i den enkelte rettighedsbestemmelse er udtømmende. EMD har således udtalt, at hvor en rettighed indeholder udtrykkelige begrænsninger, er der ikke rum for yderligere implicitte begrænsninger, se den ledende *Golder* (1975, para. 44). De legitime formål kan ifølge EMD ikke fortolkes udvidende, men må tværtimod fortolkes indskrænkende for at sikre en effektiv beskyttelse af individet, jf. bl.a. *Klass* (1978, para. 42) og *Observer and Guardian* (1991, para. 59). EMD har dog i enkelte tilfælde set sig nødsaget til at fortolke de opregnede formål udvidende for at nå et rimeligt resultat, se f.eks. om frihedsberøvelse efter Artikel 5 *Witold Litwa* (2000, para. 63).

Et indgreb må ikke foretages med henvisning til et legitimt formål, hvis det reelle formål er et andet og illegitimt formål. Dette selvfølgelige forbud imod magtfordrejning er udtrykkeligt fastslået i Artikel 18: »De indskrænkninger, som er tilladt efter denne konvention i de her nævnte

rettigheder og friheder må ikke anvendes i nogen anden hensigt end den, som de er foreskrevet for«.

Typisk volder det ikke problemer at godtgøre, at et indgreb i individets rettigheder tjener et legitimt formål. En krænkelse af individets rettigheder vil således sjældent blive statueret med den begrundelse alene, at indgrebet ikke forfølger et legitimt formål.

4.4 Er indgrebet »nødvendigt i et demokratisk samfund« (proportionalt)?

Centralt i de fleste sager om rettighedsindgreb står kravet om, at indgrebet skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund«. Kravet fremgår udtrykkeligt af Artikel 8-11(2), og et tilsvarende krav er af EMD indfortolket i Artikel 5. Kravet om, at et indgreb skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund« er udtryk for et (skærpet) proportionalitetsprincip, som principielt kan udkrystalliseres i tre selvstændige krav: 1) indgrebet skal være egnet til at opnå sit formål, 2) indgrebet skal være nødvendigt for at opnå dette formål, og 3) indgrebet skal afspejle et rimeligt forhold mellem mål og midler. Mens kravene om egnethed og nødvendighed beror på en faktisk vurdering, beror kravet om forholdsmæssighed mellem mål og midler på en normativ vurdering – en afvejning af de modstående hensyns vægt. Kravet om forholdsmæssighed er kernen i proportionalitetsprincippet, og langt de fleste sager ved EMD handler netop om, hvorvidt et indgreb er forholdsmæssigt.

Indgrebets egnethed

Indgrebet skal være egnet til at opnå eller fremme det formål, som forfølges hermed. Med mindre der foreligger magtfordrejning, vil denne betingelse næsten altid være opfyldt. Spørgsmålet om et indgrebs egnethed er derfor sjældent et tema ved EMD. I *Observer and Guardian* (1991, para. 67ff) fandt EMD dog en krænkelse af ytringsfriheden, idet et fogedforbud mod offentliggørelse af en afslørende bog om den britiske efterretningstjeneste ikke længere var egnet til at hemmeligholde oplysningerne på et tidspunkt, hvor bogen var udkommet i andre lande end Storbritannien.

Indgrebets nødvendighed

Indgrebet skal være nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål. Det er ikke tilfældet, hvis samme resultat kan opnås med et mindre vidtgående indgreb i individets rettigheder. EMD har således fastslået, at frihedsberøvelse kun er tilladt, hvor mindre indgribende foranstaltninger er utilstrækkelige, se. bl.a. *Witold Litwa* (2000, para. 78). På andre områder synes EMD alene at inddrage spørgsmålet om et indgrebs nødvendighed i tilfælde, hvor det er åbenbart, at myndighederne kunne have nået målet med mindre indgribende foranstaltninger. I *Campbell* (1992) fandt EMD en krænkelse af privatlivet, da myndighederne for at sikre sig imod ulovligt materiale åbnede alle indsattes post, skønt det havde været tilstrækkeligt at åbne den post, hvor der var konkret mistanke herom. I *Informationsverein Lentia* (1993) fandtes ytringsfriheden krænket, da myndighedernes for at sikre uafhængigt og objektivt tv havde afvist at give en tv-station sendetilladelse, skønt dette legitime mål kunne være opnået blot ved at stille krav om uafhængighed og objektivitet som betingelse for sendetilladelse.

Indgrebets forholdsmæssighed (proportionalitet)

Indgrebet skal frem for alt være proportionalt eller forholdsmæssigt. Indgrebet i individets rettigheder skal stå i et rimeligt forhold til, hvad der herved opnås. I nogle tilfælde vil et rettighedsindgreb åbenbart være ude af proportion – man må ikke »skyde gråspurve med kanoner«. Oftest bliver det dog nødvendigt at foretage en vanskelig vurdering, hvor vægten af hensynet til individet konkret må afvejes over for vægten af de modstående hensyn. Målet for afvejningen er at finde den balance mellem de kolliderende hensyn, som forekommer rimelig i et demokratisk samfund. EMD har præciseret det nærmere indhold af kravet om indgrebets proportionalitet (»nødvendighed i et demokratisk samfund«):

For det første må de hensyn, som begrunder indgrebet, have en kvalificeret karakter. Indgrebet skal varetage et påtrængende samfundsmæssigt behov – »a pressing social need«, jf. bl.a. *Handyside* (1976, para. 48) og *Connors* (2004, para. 81); det er ikke tilstrækkeligt, at indgrebet kan anses for samfundsmæssigt »ønskeligt« eller »hensigtsmæssigt«, mens det dog på den anden side ikke forlanges, at indgrebet skal fremstå som samfundsmæssigt »uomgængeligt nødvendigt«, jf. *Handyside* (1976, para. 48) og *Silver* (1983, para. 97). Statens begrundelse for indgrebet skal være relevant og tilstrækkelig – »relevant and sufficient«, se f.eks. *Jersild*

(1994, para. 31). Foreligger der ikke et påtrængende samfundsmæssigt behov for indgrebet, skønt dets formål er legitimt, opfylder indgrebet allerede derfor ikke proportionalitetskravet.

For det andet må det konkrete indgreb stå i et rimeligt forhold til det formål, som forfølges hermed – være »proportionate to the legitimate aim pursued«, se bl.a. *Olsson* (1988, para. 67) og *Connors* (2004, para. 81). Selv om et indgreb udspringer af et påtrængende samfundsmæssigt behov, vil det således ikke opfylde proportionalitetskravet, såfremt de valgte midler i et demokratisk samfund indebærer en begrænsning af individets rettigheder, der må betragtes som uforholdsmæssig i forhold til det formål, som søges opnået med indgrebet. Hensynet til individets rettigheder nyder en vis forhåndsprioritet i denne proportionalitetsafvejning, ligesom proportionalitetsvurderingen skærpes i takt med indgrebets intensitet, indgrebets nærhed til rettighedens »kerne« og den pågældende rettigheds værdi og betydning (se nærmere afsnit 4.5-4.6).

For det tredje vil det undertiden være en betingelse for at anse et indgreb som »nødvendigt i et demokratisk samfund«, at der i national ret er fulgt en forsvarlig og retssikkerhedsmæssigt betryggende procedure. Det gælder navnlig ved indgreb på grundlag af brede skønsbestemmelser; her kan det være vanskeligt for EMD at vurdere, om de nationale myndigheder har respekteret proportionalitetsprincippets krav, hvorfor EMD i stedet vil stille særlige krav til den fulgte procedure. Dette har helt overvejende haft betydning på Artikel 8's område (se nærmere Kapitel 10).

Et illustrativt eksempel fra dansk ret på anvendelsen af proportionalitetsprincippets tre krav om egnethed, nødvendighed og forholdsmæssighed er UfR 1999.1798 H. Højesteret godkendte i sagen et lovindgreb i visse rockergruppers forsamlingsfrihed – et forbud mod ophold i bestemte ejendomme (»rockerborge«) med det formål at beskytte udenforstående imod at blive ofre i den da verserende krig mellem rivaliserende rockergrupper – som foreneligt med Grl § 79, jf. EMRK Artikel 11. Retten gav bl.a. følgende begrundelse:

> »En afskæring af vedkommende gruppe fra ophold på den pågældende ejendom medfører, at den bliver uegnet som angrebsmål egnethed. Lovens forbudsordning må derfor anses for egnet til at opnå det formål, den forfølger [egnethed]. Ordningens betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden

> i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt sættes i fare [forholdsmæssighed]. Ved gruppernes fortsatte tilstedeværelse på deres kendte opholdssteder ville denne fare for udenforstående kun kunne afværges effektivt ved en så omfattende politiindsats, at følgerne heraf ville være langt mere indgribende [nødvendighed]«.

4.5 Udgangspunkt er individets rettigheder (rettighedens forhåndsprioritet)

Ved vurderingen af indgreb opererer EMD generelt med en forhåndsprioritet for individets rettighed. Rettigheden er udgangspunktet; det er indgrebets nødvendighed og proportionalitet, som skal godtgøres, og i tvivlstilfælde får rettigheden forrang. Foreligger der reelt en kollision mellem EMRK-rettigheder, foretager EMD dog en mere ligeværdig afvejning.

EMRK-rettighed vs. samfunds- og individhensyn

I indgrebstilfælde, hvor en EMRK-rettighed kolliderer med modstående samfunds- eller individhensyn, opererer EMD med en forhåndsformodning til fordel for individets rettigheder således, at afvejningen i tvivlstilfælde falder ud til fordel for individet – *in dubio pro libertate.* Formålet med EMRK er at sikre en effektiv beskyttelse af Konventionens rettigheder. Individets rettighed er således udgangspunktet og indgreb heri undtagelsen, som må begrundes, jf. EMD i *Sunday Times* (1979, para. 65); jf. også Artikel 8-11, stk. 2, hvorefter ethvert indgreb i disse rettigheder skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund«. EMD har bekræftet denne forhåndsprioritet for EMRK-rettigheden, hvor et indgreb begrundes med almene samfundshensyn, jf. *Belgian Linguistics Cases* (1968, para. 5):

> »The Convention implies a just balance between the protection of the general interest of the community and the respect due to fundamental human rights, while attaching particular importance to the latter«.

Forhåndsprioriteten for EMRK-rettigheden gælder tilsvarende, hvor et indgreb begrundes i hensynet til at »beskytte andres rettigheder og friheder«, såfremt sidstnævnte rettigheder ikke er selvstændigt beskyttet i EMRK, jf. *Chassagnou* (1999, para. 113):

> »where restrictions are imposed in a right or freedom guaranteed by the

> Convention in order to protect »rights and freedoms« not, as such, enunciated therein (...) only indisputable imperatives can justify interference with enjoyment of a Convention right«.

EMRK-rettighed vs. EMRK-rettighed

I indgrebstilfælde, hvor der reelt foreligger en kollision mellem to rettigheder, som begge er beskyttet i EMRK, kan man derimod ikke uden videre opstille en forhåndsformodning for den ene rettighed frem for den anden. Sådanne kollisioner kan opstå, fordi EMRK efter EMDs praksis i et vist omfang forpligter staten til at beskytte individets rettigheder mod privates indgreb og dermed forpligter staten til at gribe ind i sidstnævntes frihed (se også Kapitel 6). Hvor to EMRK-rettigheder således kolliderer, får proportionalitetsprincippet derfor karakter af en mere fri afvejning mellem i udgangspunktet ligeværdige hensyn, jf. EMD i *Chassagnou* (1999, para. 113):

> »Where these »rights and freedoms« are themselves among those guaranteed by the Convention or its Protocols, it must be accepted that the need to protect them may lead States to restrict other rights or freedoms likewise set forth in the Convention. It is precisely this constant search for a balance between the fundamental rights of each individual which constitutes the foundation of a »democratic society««.

4.6 Andre faktorer af betydning for proportionalitetsvurderingen

Det følger af selve proportionalitetsprincippets logik, at et indgreb må have desto stærkere grunde, jo mere intensivt indgrebet er, i jo højere grad indgrebet berører den pågældende rettigheds »kerne« og jo mere fundamental den pågældende rettighed anses for at være.

Indgrebets intensitet

Det ligger i selve proportionalitetsprincippet, at kravene til begrundelsen skærpes, jo mere intensiv rettighedsbegrænsningen er. Intensive rettighedsindgreb kræver meget tungtvejende grunde og skal desuden være strengt nødvendige, jf. bl.a. *Klass* (1978, para. 42) – hvor EMD vedrørende hemmelig overvågning udtalte, at »powers of secret surveillance of citizens (...) are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions; *Refah Partisi* (2003, para. 100) – hvor EMD vedrørende adgangen til at opløse

et politisk parti udtalte, at »drastic measures, such as the dissolution of an entire political party (...) may be taken only in the most serious cases«. Intensiteten af et rettighedsindgreb beror på, i hvilket omfang indgrebet begrænser individets rettighed/frihed: Ransagning er et mere intensivt indgreb i en persons privatliv og hjem end planlovgivningsmæssige begrænsninger i udnyttelsen af privat ejendom (Artikel 8); et totalt forbud mod religiøs bøn er et mere intensivt indgreb i religionsfriheden end en regulering af, hvor og hvornår bøn kan finde sted (Artikel 9); forudgående censur af avisartikler m.v. er et mere intensivt indgreb i ytringsfriheden end en efterfølgende bødestraf for offentliggørelse af artiklen (Artikel 10); forbud mod en demonstration er et mere intensivt indgreb i forsamlingsfriheden end en tids- eller stedmæssig flytning af demonstrationen, og opløsning af en forening er et mere intensivt indgreb i foreningsfriheden end lovkrav til foreningens registrering, ledelsesform, vedtægter m.v. (Artikel 11).

Berøres rettighedens »kerne«?

De fleste rettigheder kan billedligt talt siges at have en »kerne« med nogle »ringe« udefter, hvor beskyttelsen gradvis afsvækkes. Således nyder ikke alle sfærer inden for en rettigheds område samme beskyttelse. I rettighedens kerne er beskyttelsen imidlertid stærk, og kravene til retfærdiggørelse af begrænsninger heri er derfor strenge, jf. f.eks. *Dudgeon* (1981, para. 52), hvor EMD i en sag om strafsanktioner mod homoseksualitet udtalte, at sagen »concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate ...«; se også *Connors* (2000, para. 82). Hvad der er en rettigheds »kerne«, beror på den enkelte rettigheds formål, set i lyset af Konventionen som helhed og dens overordnede mål om at sikre individets frihed og værdighed: Det private hjem nyder stærkere beskyttelse end forretningslokaler (Artikel 8); Religionsudøvelse i privat regi nyder typisk stærkere beskyttelse end religionsudøvelse på f.eks. uddannelsesinstitutioner og arbejdspladser (Artikel 9); avisartikler, film m.v. om emner af offentlig interesse nyder stærkere beskyttelse end ren sladderjournalistik (Artikel 10); En demonstrations frihed til at give sin mening til kende nyder stærkere beskyttelse end demonstrationens bevægelsesfrihed, og politiske partier nyder stærkere beskyttelse end rene hobby-foreninger som skak- eller rejseklubber (Artikel 11). I UfR 1999.1798 H, henviste

Højesteret implicit til forsamlingsfrihedens kerne, da retten fastslog, at lovindgrebet i rockergruppernes forsamlingsfrihed: »ikke [er] rettet mod gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse« – underforstået, at lovindgrebet, såfremt dette havde været tilfældet, ville kræve en særlig stærk begrundelse.

EMD synes dog ikke at anerkende, at enhver rettighed har en kerne, som er ukrænkelig og dermed absolut beskyttet uanset, at EMRK åbner mulighed for begrænsninger og uanset, hvor tungtvejende begrundelsen for begrænsning end måtte være. Betydningen af, at alle rettigheder har en »kerne« er alene, at kravene til begrundelse og nødvendighed skærpes ved indgreb heri, hvilket er i fuld overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Når EMD undertiden udtrykkeligt henviser til nødvendigheden af et respektere en rettigheds kerne eller væsensindhold (»the very essence«), er det typisk som et forbehold på områder, hvor der generelt antages at gælde en vidtgående adgang til rettighedsregulering, f.eks. ved retten til at gifte sig i Artikel 12, jf. *Rees* (1986, para. 50 – den nationale regulering må ikke ødelægge denne rets essens), eller hvor der som følge af en persons tilstand m.v. gælder en videre adgang til rettighedsindgreb end normalt, jf. *Winterwerp* (1979, para. 60 – nødvendigt også i forhold til sindssyge at beskytte kernen i Artikel 5(4)).

Er rettigheden særligt fundamental?

Visse EMRK-rettigheder nyder i EMDs praksis generelt en særligt stærk beskyttelse mod indgreb således, at proportionalitetsvurderingen her skærpes.

Det gælder for det første rettigheder, som er forudsætningen for et velfungerende demokrati – navnlig ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden i Artikel 10-11. EMD har udtalt, at nødvendigheden af ethvert indgreb i ytringsfriheden »must be convincingly established«, jf. f.eks. *Observer and Guardian* (1991, para. 59) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71); strenge krav stilles ligeledes til indgreb i forsamlingsfriheden, jf. *Stankov* (2001, para. 88 og 97); og indgreb i foreningsfriheden kræver på samme måde »convincing and compelling reasons«, jf. *Refah Partisi* (2003, para. 100) og *Gorzelik* (2004, para. 88). I dansk ret synes en tilsvarende fortrinsstilling for de såkaldt »politiske« frihedsrettigheder anerkendt af Højesteret, som i UfR 1999.1798 H karakteriserede Grl §§ 77-79 om ytrings-, forenings- og forsamlingsfrihed som »en nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demokrati«, samt fastslog,

at indgreb i forsamlingsfriheden ikke må gå videre end nødvendigt og undergav det konkrete lovindgreb en intensiv prøvelse. Ligeledes anførte landsretten i UfR 2004.698 Ø med henvisning til Artikel 10, at »ytringsfriheden indgår som et overordentligt tungtvejende lod i vægtskålen ved afvejningen over for hensynet til beskyttelsen af andres gode navn og rygte eller rettigheder«.

Det gælder for det andet rettigheder, som i en retsstat udgør fundamentale garantier for individets frihed og sikkerhed. Hertil hører beskyttelsen mod vilkårlig frihedsberøvelse i Artikel 5, jf. *Kurt* (1998, para. 122) og *Ilijkov* (2001, para. 85), og retten til en retfærdig rettergang i Artikel 6, jf. *Delcourt* (1970, para. 25). Højesterets dom i UfR 1999.841 H, der med henvisning til domstolsprøvelsens betydning for individets retssikkerhed tilsidesatte Tvind-loven som uforenelig med Grl § 3, kan ses som et udtryk for samme vægtlægning af fundamentale retsstatsgarantier.

5. Fravigelse af rettigheder i nødretstilfælde (derogation)

I nødretssituationer anerkendes i alle retssystemer en adgang til at fravige de sædvanlige regler. I EMRK er en nødretsklausul udtrykkeligt nedfældet i Artikel 15. Artikel 15(1) opstiller tre betingelser for at fravige rettighederne i Konventionen:

1. Der skal foreligge en »krig eller anden offentlig faretilstand«. En offentlig faretilstand definerede EMD på følgende måde i *Lawless* (1961, para. 28): »an exceptional situation or crisis of emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the state is composed.« Situationen skal således være særdeles alvorlig for nationen som helhed, f.eks. som følge af oprør, omfattende uroligheder eller terrorisme.
2. Fravigelse af Konventionen må være »strengt påkrævet af situationen«. Foruden tilstedeværelsen af en nødsituation må de trufne foranstaltninger konkret kunne retfærdiggøres som strengt nødvendige i den foreliggende situation.

3. Fravigelsen må ikke stride imod statens øvrige folkeretlige forpligtelser.

Efter Artikel 15(2) kan staten dog under ingen omstændigheder fravige retten til liv i Artikel 2 (bortset fra lovlige krigshandlinger), forbudet mod tortur m.v. i Artikel 3, forbudet mod slaveri i Artikel 4(1) og forbudet mod tilbagevirkende straf i Artikel 7. En derogation i henhold til Artikel 15 skal indberettes til Europarådet, jf. Artikel 15(3).

Artikel 15 har navnlig været anvendt til at fravige retsgarantierne ved frihedsberøvelse (Artikel 5) og garantierne vedrørende en retfærdig rettergang (Artikel 6) som led i bekæmpelse af terrorisme og lignende. Sagerne har navnlig vedrørt de britiske foranstaltninger over for terrormistænkte medlemmer af den nordirske undergrundshær, IRA, som med hjemmel i særlig undtagelseslovgivning er blevet fængslet og afhørt af politiet i længere perioder uden at blive stillet for en domstol. I sådanne sager er statens mest vitale sikkerhedsinteresser på spil. EMD udtalte da også i *Ireland v. United Kingdom* (1978, para. 207), at der må overlades staterne en bred skønsmargin, både med hensyn til vurderingen af, at der er en nødretstilstand og af de midler, som er nødvendige for at imødegå den. EMD godkendte således i *Lawless* (1961) og *Brannigan and McBride* (1993) de trufne foranstaltninger som strengt påkrævet. At der dog er grænser for statens skøn viser *Ireland v. United Kingdom* (1978), hvor EMD underkendte visse af de trufne foranstaltninger som værende for vidtgående, selv i lyset af den foreliggende nødsituation.

Efter terrorangrebene i USA den 11. september 2001 påberåbte Storbritannien – vistnok som den eneste af EMRKs stater – sig igen Artikel 15 og indførte en særlig terrorlovgivning, som i strid med kravene i Artikel 5 muliggør langvarig administrativ internering af terrormistænkte uden forudgående tiltalerejsning eller domstolskontrol. Efter kritik fra landets højesteret (House of Lords) er ordningen nu blevet modificeret. Kampen mod terrorisme efter 11. september 2001 rejser imidlertid også et mere principielt spørgsmål. Truslen fra den internationale terrorisme synes ikke i overskuelig fremtid at ville blive elimineret, om end trusselsbilledet selvsagt vil variere fra tid til anden. Hvis den øjeblikkelige terrortrussel anerkendes som en nødretstilstand, der berettiger fravigelse af EMRK, betyder det så, at man i forhold til Artikel 15 må acceptere muligheden af en mere eller mindre permanent nødretstilstand?

Nødretsdoktrinen er også anerkendt i dansk forfatningsret og blev senest inddraget ved vurderingen af indgrebene over for danske kommunister under besættelsen. Danmark har ikke i forbindelse med vedtagelsen af særlig terrorlovgivning efter 11. september 2001 påberåbt sig Artikel 15 som grundlag for at fravige EMRKs krav.

6. Forbud mod misbrug af rettigheder

Gælder friheden også for frihedens fjender? Spørgsmålet illustrerer det grundlæggende problem i et demokratisk samfund, at kræfter, som søger at undergrave selve demokratiet og dets værdier om respekt for individets rettigheder, som udgangspunkt kan gøre brug af selv samme rettigheder for at nå dette mål. Tolerancen over for egne modstandere er på én gang demokratiets styrke og svaghed. Demokratiet kan og skal indrømme et vidt spillerum for den frie meningsudfoldelse og for politisk aktivitet, så selv yderligtgående højre- og venstreorienterede røster kan komme til orde. Men demokratiet skal ikke tåle hvad som helst. Ytringsfriheden giver ikke frit slag for at forhåne og diskriminere andre samfundsgrupper, jf. Strl § 266 b. Forenings- og forsamlingsfriheden giver ikke ret til at indlade sig på voldelige aktiviteter, jf. Grl §§ 78-79. Spørgsmålet er imidlertid, om der mere principielt kan være behov for i visse tilfælde helt at afskære individer eller grupper fra rettighedsbeskyttelse af hensyn til at forsvare demokratiet og menneskerettighederne. Dette har navnlig været drøftet i forbindelse med bekæmpelse af ekstremistiske politiske og religiøse bevægelser.

Konventionens Artikel 17 bygger på, at et demokratisk samfund helt kan afskære rettighedsbeskyttelse for individer eller grupper, som søger at undergrave menneskerettighederne eller demokratiet. EMD har udtalt, at der i Artikel 17 ligger en anerkendelse af, at der må findes en balance mellem hensynet til individets rettigheder og nødvendigheden af at forsvare demokratiske institutioner og værdier, herunder andres rettigheder: »some compromise between the requirements of defending democratic society and individual rights is inherent in the system of the Convention«, se *United Communist Party* (1998, para. 32) og *Refah Partisi* (2003, para. 96). EMD har uddybet synspunktet således, jf. *Refah Partisi* (2003, para. 99):

> »In view of the clear link between the Convention and democracy, no-one must be authorised to rely on the Convention's provisions in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society. Pluralism and democracy are based on a compromise that requires various concessions by individuals or groups of individuals, who must sometimes agree to limit some of the freedoms they enjoy in order to guarantee greater stability of the country as a whole«.

Standpunktet svarer til den i tysk forfatningsret anerkendte doktrin om »det militante demokrati« (»streitbare Demokratie«), som effektivt skal kunne imødegå demokratiets fjender. Den tyske forfatning muliggør således forbud mod forfatningsfjendtlig virksomhed, og denne mulighed har været anvendt til at opløse visse ekstremistiske – kommunistiske og nynazistiske – partier.

Artikel 17 angiver for det første et pejlemærke for fortolkningen af navnlig frihedsrettighederne i Artikel 9-11: frihederne må ikke blive en beskyttet sfære for demokratifjendtlig aktivitet. For det andet kan Artikel 17 i særlige tilfælde danne grundlag for helt at afskære bestemte individer eller grupper fra at nyde rettighedsbeskyttelse, selv om der ikke foreligger en nødretssituation i henhold til Artikel 15. EMD har således i lyset af Artikel 17 bl.a. fastslået: *at* grov raceforhånelse ikke er beskyttet efter Artikel 10, jf. *Jersild* (1994, para. 35), *at* politiske partier, som virker for oprettelsen af en fundamentalistisk religiøs stat, kan opløses efter Artikel 11, jf. *Refah Partisi* (2003, para. 96ff) og, *at* forsamlinger, som tilskynder til vold eller fornægtelse af demokratiske principper, ikke er beskyttet efter Artikel 11, jf. *Stankov* (2001, para. 97).

Artikel 17 og EMDs praksis om misbrug af rettigheder bygger på en mere håndfast opfattelse af demokratiets ret til at forsvare sig mod indre fjender end den mere tolerante og pragmatiske danske forfatningstradition. I Danmark har man gennemgående anerkendt, at Grundlovens rettigheder også giver frihed til at ytre sig imod demokratiske værdier, mens man til gengæld ikke betvivler adgangen til at gribe ind over for grupper, som konkret truer andre eller samfundet med voldsudøvelse.

7. Afkald på rettighedsbeskyttelse – samtykke, aftale m.v.

Hvis individet gyldigt kan give afkald på sine EMRK-rettigheder gennem samtykke, ved aftale eller anden form for indvilligelse, er konsekvensen, at en handling, foranstaltning m.v., som faktisk begrænser individets rettigheder, men som dækkes af individets samtykke/afkald, slet ikke kan betragtes som et »indgreb« i EMRKs forstand; en krænkelse af rettigheden er allerede derfor udelukket, jf. forudsætningsvis EMD om medicinsk behandling i *Pretty* (2002, para. 63). Det kan på den baggrund undre, at der i den menneskeretlige litteratur ikke er tradition for at vie spørgsmålet om afkald større opmærksomhed, også fordi det har praktisk betydning.

EMDs praksis om dette spørgsmål er ikke klar. Efter min opfattelse bør det i vidt omfang – men ikke undtagelsesfrit – anerkendes, at individet kan give afkald på sine rettigheder. Til gengæld må der stilles strenge krav til afkaldets frivillighed og klarhed. I sidste ende må betydningen af samtykke m.v. bero på en konkret vurdering af rettighedens karakter, omstændighederne hvorunder afkaldet er givet, herunder af hvem, og om der er tale om et generelt forhåndsafkald eller et konkret afkald.

Der må som udgangspunkt for den nærmere drøftelse sondres mellem det principielle spørgsmål, om individet overhovedet bør kunne give afkald på sine rettigheder (afsnit 7.1) og spørgsmålet om, hvilke krav der i givet fald bør stilles til et sådant afkald (afsnit 7.2).

7.1 Kan individet give afkald på sine rettigheder?

Det fremhæves ofte, at individet ikke gyldigt kan give rettighedsafkald, fordi individets afkald ikke kan suspendere statens forpligtelse til at sikre rettighederne i EMRK, jf. Artikel 1. Argumentet er dog reelt cirkulært, idet det forudsætter, at statens forpligtelse også gælder i tilfælde, hvor der er givet afkald på beskyttelse. EMD kom ikke desto mindre i *Refah Partisi* (2003, para. 119) med en håndfast udtalelse, som med henvisning til statens forpligtelse tilsyneladende udelukker rettighedsafkald: »the State has a positive obligation to ensure that everyone within its jurisdiction enjoys in full, and without being able to waive them, the rights and freedoms guaranteed by the Convention«. Udtalel-

sen skal dog næppe forstås så bogstaveligt; den fremkom i en sag om opløsning af et politisk parti, hvis formål var at omdanne Tyrkiet til en fundamentalistisk religiøs stat. Her fandt EMD det nødvendigt at understrege, at en stats borgere ikke fuldstændig kan frasige sig alle sine rettigheder.

I de praktisk forekommende tilfælde må relevansen af et rettighedsafkald vurderes mere nuanceret ud fra de bagvedliggende hensyn, som taler for og imod.

På den ene side kan en vidtgående adgang til at give afkald være betænkelig, fordi mange rettigheder foruden at beskytte individet også varetager samfundshensyn.

På den anden side synes det klart, at individet i et vist omfang må kunne give rettighedsafkald, idet en række almindeligt forekommende situationer ellers ville udgøre potentielle menneskerettighedskrænkelser, f.eks. medicinske indgreb med samtykke og frivillige hospitalsindlæggelser. Individets selvbestemmelse og aftalefrihed er en integreret del af menneskerettens og demokratiets etik. Rettighedsbeskyttelse skal normalt ikke påtvinges individet imod dets egen vilje.

Udgangspunktet bør herefter være, at individet gyldigt kan give afkald på rettighedsbeskyttelse, anderledes Lorenzen m.fl. 2003, side 42. I den konkrete situation må det dog vurderes, hvorvidt afkaldet kan forenes med hensynet til beskyttelse af individet og med varetagelsen af almene interesser.

EMDs udtalelser om adgangen til at give afkald er dog langt fra entydige. EMD udelukker ikke principielt rettighedsafkald, men adgangen til at give afkald afhænger bl.a. af rettighedens karakter, jf. *H v. Belgium* (1987, para. 54):

> »the nature of some of the rights safeguarded by the Convention is such as to exclude a waiver of the entitlement to exercise them, but the same cannot be said of certain other rights«.

EMD forudsætter således, at visse rettigheder er så fundamentale i et demokratisk samfund, at individet ikke gyldigt kan give afkald på sin beskyttelse, fordi denne også tjener generelle samfundshensyn. Det er således formentlig utvivlsomt, at der ikke kan gives samtykke til drab, tortur eller slaveri, jf. Artikel 2-4, jf. om medlidenhedsdrab på begæring *Pretty* (2002, para. 38ff). Vedrørende Artikel 5 om frihedsberøvelse

gjorde den belgiske regering i den såkaldte »Vagabond-sag«, *De Wilde, Ooms and Versyp* (1971), gældende, at der ikke forelå frihedsberøvelse, da nogle vagabonder selv frivilligt var mødt op hos politiet og mere eller mindre direkte havde anmodet om at blive frihedsberøvet. EMD afviste principielt standpunktet, idet den fastslog, at selv et frit og utvetydigt samtykke ikke kan ophæve beskyttelsen efter Artikel 5 (para. 65): »the right to liberty is too important in a »democratic society« within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the single reason that he gives himself up to be taken into detention. Detention might violate Art. 5 even although the person concerned might have agreed to it«; EMD tilføjede som begrundelse, at retsgarantierne ved frihedsberøvelse er et spørgsmål om »ordre public« – altså også i offentlighedens interesse. I dansk ret antages derimod, at der ikke foreligger en frihedsberøvelse, hvis en person selv anmoder om at blive indlagt på en psykiatrisk institution. Den generelle betydning af EMDs udtalelse i »Vagabond-sagen« kan næppe ses isoleret fra det faktum, at det i denne sag var højst tvivlsomt om samtykket var frivilligt (se afsnit 7.2).

For andre rettigheder – de fleste og praktisk vigtigste – anerkendes principielt, at individet inden for visse grænser kan give afkald. EMD udtalte i *Pfeiffer and Plankl* (1992, para. 38f), at et afkald skal kunne forenes med de minimumsgarantier, som må anses for indeholdt i den enkelte rettighed, samt ikke må kollidere med offentlige interesser. Der kan således i et vist omfang gives afkald på f.eks. retten til en retfærdig rettergang efter Artikel 6 (bl.a. aftaler om voldgiftsbehandling og afkald på retten til en offentlig rettergang); retten til privat- og familieliv efter Artikel 8 (bl.a. husundersøgelse eller billedoptagelse med samtykke); ytringsfriheden efter Artikel 10 (bl.a. tavshedspligt som følge af et ansættelsesforhold) og ejendomsretten efter TP 1, Artikel 1.

Der er formentlig forskel på, om individet giver samtykke til en offentlig myndigheds indgreb eller til et indgreb foretaget af andre private. Mellem private indbyrdes synes der at måtte være en videregående adgang til at give rettighedsafkald end i forhold til offentlige myndigheder. I retsforhold mellem private er spørgsmålet, om staten skal beskytte individet mod private handlinger, som individet selv har indvilget i. Har private frivilligt indladt sig på aktiviteter, som indebærer fysiske indgreb (f.eks. af seksuel karakter), har staten næppe pligt til at beskytte parterne herimod, i hvert fald så længe indgrebene ikke er direkte sund-

heds- eller livsfarlige. Private kan også ved aftale – herunder ansættelsesaftaler – begrænse deres rettigheder. Aftalefriheden er et centralt princip, som staten skal respektere med forbehold for tilfælde, hvor f.eks. ulige styrkeforhold mellem aftaleparterne fører til klart urimelige aftaler om rettighedsbegrænsning, jf. i dansk ret også Aftalelovens § 36. Ved statens egne indgreb står individ og stat derimod direkte over for hinanden, og staten kan her næppe i samme omfang se bort fra individets retsbeskyttelse, uanset samtykke. Dog kan også offentlige myndigheder indgå privatretlige aftaler, som kan indebære et rettighedsafkald for individet. Således i dansk ret UfR 2001.2493 H hvor sagsøgeren over for en kommune påberåbte sig EMRK for at få underkendt kommunes ret til at købe hans ejendom tilbage. Dette blev dog afvist, øjensynlig allerede fordi tilbagekøbsretten hvilede på en aftale, som var tinglyst på ejendommen.

7.2 Hvilke kvalitative krav må stilles til et afkald?

I det omfang individet kan give rettighedsafkald, bliver det springende punkt ofte, om individets afkald opfylder kvalitative krav om frivillighed, et informeret grundlag, klarhed og utvetydighed. Der stilles efter EMD-praksis strenge krav. Et afkald på rettighedsbeskyttelse skal ske efter personens »own free will and in an unequivocal manner«, jf. *Albert and Le Compte* (1983, para. 35) og *H v. Belgium* (1987, para. 54).

Der skal foreligge et frit og informeret afkald. Ved meget intensive indgreb vil dette nok have formodningen imod sig, navnlig hvis magtrelationen mellem individet og myndigheden/virksomheden er meget ulige. I føromtalte *De Wilde, Ooms and Versyp* (1971, para. 65) var EMD utilbøjelig til at anerkende, at der forelå et frivilligt samtykke i en situation, hvor vagabonder på baggrund af lovgivningens krav om frihedsberøvelse af vagabonder selv mødte op hos politiet og lod sig frihedsberøve. I lyset af myndighedernes pres kunne det tilsyneladende frivillige fremmøde ikke »remove or disguise the mandatory, as opposed to contractual, character of the decisions«.

Afkaldet skal desuden være klart og utvetydigt (herunder aftale). Et afkald kan være enten udtrykkeligt eller stiltiende, jf. *Håkansson and Sturesson* (1990, para. 66). Det kan være vanskeligt at vurdere, om et stiltiende samtykke foreligger. I *H v. Belgium* (1987, para. 54) fandtes stiltiende samtykke ikke at foreligge: under en disciplinærsag havde klager, en belgisk advokat, ikke tilkendegivet noget ønske om en lukket

procedure, men blot ikke modsat sig den praktiserede lukkede form. Derimod fandtes der i *Håkansson and Sturesson* (1990, para. 67) at foreligge et stiltiende afkald: Klagerne havde ikke for domstolen stillet krav om en offentlig rettergang, skønt de havde anledning hertil, da ikke-offentlig rettergang var det normale i sådanne sager. Kravene til samtykkets klarhed og udtrykkelighed stiger i takt med indgrebets intensitet. I *Öcalan* (2003, para. 116) fandt EMD således ikke at en person, som risikerede dødsstraf for påståede forbrydelser mod statens sikkerhed, ved skriftligt at anerkendt en militærdomstols »jurisdiction« havde givet afkald på sin ret i medfør af Artikel 6 til en uafhængig domstol.

Forældre kan i et vist omfang give samtykke på deres børns vegne. I *Nielsen* (1988, para. 63f) fandt EMDs flertal i lighed med de danske domstole, UfR 1984.665 H, at indlæggelse af en 12-årig dreng på psykiatrisk hospital efter morens ønske, men imod drengens vilje, ikke udgjorde en frihedsberøvelse efter Artikel 5 men en udøvelse af forældremyndigheden. Afgørelsen kan kritiseres. EMD udtalte dog også, at staten skal sikre garantier imod misbrug af forældremyndigheden. Tilsvarende synspunkter må gælde for en værges samtykke på vegne af en umyndiggjort – f.eks. sindslidende eller dement – person.

I de tilfælde hvor der gyldigt kan gives afkald på rettighedsbeskyttelse, kan afkaldet til hver en tid tilbagekaldes. Foreligger afkaldet som led i en aftale – f.eks. om ansættelse – må eventuelle opsigelsesfrister i aftalen dog naturligvis respekteres.

Litteratur

R. Bernhardt Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights, i D.M. Beatty (ed.), Human Rights and Judicial Review, Martin Nijhoff, Kluwer, Haag 1994, side 297ff

H.V. Elmquist Til beskyttelse af demokratiet ..., Juristen 2006, side 46ff

M. H. Jensen Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning, UfR 1994 B, side 335ff

T. Melchior Maastricht, Tvind ... og hvad så?, i Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard, DJØF, København 2003, side 201ff

J. E. Rytter Grundrettigheder, Thomson, København 2000, Kapitel 8

J. E. Rytter Menneskerettigheder i Europa: Fra eufori til besindelse?, i K. Hastrup (red.), Menneskerettens udfordring, Akademisk Forlag, København 2002, side 73ff

H. Zahle Indlæggelse eller frihedsberøvelse – frivillighed eller tvang?, UfR 1997 B, side 179ff

Kapitel 6

Statens positive forpligtelser

For at sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse har EMD udviklet en doktrin om positive forpligtelser, som indebærer, at staten, foruden at afstå fra unødige indgreb i individets rettigheder, også aktivt skal sikre disse rettigheder, herunder ved at beskytte individet mod indgreb fra andre private. Statens positive forpligtelser angår i første række indholdet af lovgivningen og forvaltningen heraf, men kan også i visse tilfælde omfatte faktiske handlinger, samt i særlige tilfælde økonomiske ydelser. Omfanget af statens positive forpligtelser begrænses navnlig af hensynet til andres rettigheder, hensynet til ikke at pålægge staten umulige eller uforholdsmæssige handlepligter og hensynet til statens mulighed for at fastlægge og prioritere de offentlige ressourcer.

1. Indledning

Efter Artikel 1 skal staten »sikre« individet de rettigheder og friheder, som er nedfældet i Konventionen. Enkelte rettighedsbestemmelser stiller efter ordlyden positive krav til staten. Det gælder f.eks. Artikel 6 om retten til en retfærdig rettergang inden for en rimelig frist ved en uafhængig og upartisk domstol, og TP 1, Artikel 2, om retten til uddannelse. De fleste rettighedsbestemmelser stiller derimod umiddelbart alene det negative krav til staten, at den skal afholde sig fra unødige indgreb i individets rettigheder, således bl.a. frihedsrettighederne i Artikel 5(1) og Artikel 8-12 og diskriminationsforbudet i Artikel 14. For at sikre individet en effektiv rettighedsbeskyttelse har EMD imidlertid vedrørende sidstnævnte rettigheder fastslået, at staten ikke bare, som det primære, skal afstå fra unødige indgreb i rettighederne, men desuden har en (vis) positiv forpligtelse til at fremme og beskytte rettighederne, herunder mod indgreb fra private. For individet er refleksvirkningen af statens positive forpligtelse, at han/hun, i det omfang en sådan forpligtelse findes at bestå, har krav på denne positive rettighedssikring eller -beskyttelse.

2. EMDs doktrin om statens positive forpligtelser

EMDs doktrin om statens positive forpligtelser omfatter i dag principielt EMRK i sin helhed, men blev oprindelig grundlagt i sager vedrørende Artikel 8 om retten til privat- og familieliv, hvor doktrinen også fortsat har størst praktisk betydning.

Doktrinen om positive forpligtelser blev første gang introduceret af EMD i sagen *Marckx* (1979, para. 31), hvor EMD fastslog, at retten til familieliv i Artikel 8:

> »does not merely compel 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«.

Hensynet til at sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse synes således både i udgangspunktet og senere at have været bærende for EMDs doktrin om statens positive forpligtelser, jf. også bl.a. *Airey* (1979, para. 32), og *X and Y v. Netherlands* (1985, para. 23) og *Caroline von Hannover* (2004, para. 57). Dog har Domstolen i flere af sine senere afgørelser også henvist til ordlyden i Artikel 1, hvorefter staten skal »sikre« individets rettigheder og friheder, jf. bl.a. *Young, James og Webster* (1981, para. 49), *A v. United Kingdom* (1999, para. 22) og *Siliadin* (2005, para. 77). I den nyeste EMD praksis begrundes doktrinen undertiden med en kombination af henvisningen til Artikel 1's ordlyd og hensynet til at sikre en effektiv rettighedsbeskyttelse, jf. *Sørensen* and *Rasmussen* (2006, para. 57):

> »by virtue of Article 1 of the Convention, each Contracting Party »shall secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in ... [the] Convention«. The discharge of this general duty may entail positive obligations inherent in ensuring the effective exercise of the rights guaranteed by the Convention«.

Nogen mere udførlig begrundelse for doktrinen har EMD ikke leveret. Dette kan undre, eftersom doktrinen har ganske vidtrækkende konsekvenser. Doktrinen om statens positive forpligtelser giver flere af rettighederne i EMRK en helt ny dimension i forhold til den klassiske opfattelse af navnlig frihedsrettighederne, idet rettighederne herefter ikke blot anskues som grænser for statsmagten, men tillige som mere

almene retsprincipper, som statsmagten aktivt skal sikre og beskytte. Tanken om at staten har pligt til at beskytte individet er ikke ny; den har rødder tilbage i oplysningstidens forfatningsfilosofi om en samfundskontrakt, hvorved fyrsten af folket er blevet betroet statsmagten mod til gengæld at sikre borgernes liv, frihed og sikkerhed, også imod andre borgeres overgreb. Det nye er, at statens beskyttelsespligt nu kan påberåbes af individet som en rettighed.

Doktrinen kan på den ene side synes velbegrundet ud fra hensynet til at sikre individet en reel og effektiv rettighedsbeskyttelse. Hvis det afgørende er, at individets rettigheder faktisk beskyttes, bør det navnlig ikke være afgørende, om et indgreb i en rettighed udgår fra en offentlig myndighed eller fra private. Private – ikke mindst private virksomheder (banker, forsikringsselskaber, forurenende virksomheder m.v.) og organisationer (fagforeninger m.v.) – udgør undertiden en lige så stor potentiel trussel mod individets rettigheder og friheder som staten. Uden statens aktive beskyttelse kan individets rettigheder derfor ikke sikres effektivt. Yderligere kan anføres, at sondringen mellem statens negative forpligtelse (undlade at gribe ind) og statens positive forpligtelse (aktivt sikre og beskytte) undertiden er uskarp.

Doktrinen kan på den anden side også kritiseres. For det første kan man stille spørgsmålstegn ved doktrinens juridiske grundlag i EMRKs ordlyd, jf. også den britiske dommer Fitzmaurice's dissens i den banebrydende *Marckx* (1979). De rettigheder, hvor doktrinen om positive forpligtelser navnlig har relevans, synes formuleret på klassisk vis som et værn mod statens indgreb, jf. Artikel 8-11(2), hvorefter ethvert indgreb (fra en offentlig myndighed) skal have lovhjemmel og være nødvendigt i et demokratisk samfund. Det kan endvidere forekomme vidtgående at støtte doktrinen på ordet »secure« i Artikel 1; dette ordvalg frem for f.eks. »respect« forekommer naturligt i lyset af, at EMRK også rummer eksplicit positive rettigheder, bl.a. retten til en retfærdig rettergang i Artikel 6. For det andet er det blevet hævdet, at doktrinen medvirker til at udvande rettighedsbegrebet og infiltrerer domstolene i politiske vurderinger. Doktrinen medfører en lang række sammenstød mellem ét individs frihed og et andet individs krav på beskyttelse af sine rettigheder og friheder, f.eks. mediefriheden vs. privatlivets beskyttelse, som nødvendiggør vanskelige afvejninger af betydning for den generelle regulering af borgernes indbyrdes retsforhold, hvilket traditionelt har været overladt til lovgiver. Navnlig vil doktrinen dog kunne indebære krav

til, og dermed involvere domstolene i, fordelingen og prioriteringen af samfundets ressourcer, hvilket traditionelt har været anset som lovgivers kernekompetence.

Doktrinen er dog under alle omstændigheder i dag fast etableret i EMDs praksis som en vigtig, og stadigt vigtigere, del af rettighedsbeskyttelsen i henhold til EMRK. De principielle betænkeligheder ved doktrinen har Domstolen søgt at imødegå ved at afgrænse statens positive forpligtelser således, at det nationale, politiske råderum fortsat respekteres.

3. Statens positive forpligtelser – indhold og omfang

EMD er hidtil afstået fra at formulere en sammenhængende teori om statens positive forpligtelser og deres omfang, jf. udtrykkeligt *Plattform: Ärzte für das Leben* (1988, para. 31). Af EMDs praksis kan man dog udlede en række generelle principper og retningslinjer.

3.1 Generelle principper

Retsgrundlaget for statens positive forpligtelser vedrørende Artikel 8-11 er disse bestemmelsers stk. 1, som fastlægger rettighedens generelle indhold, jf. f.eks. *Lopez Ostra* (1994, para. 51) og *Hatton* (2003, para. 98). Såvel indholdet som rækkevidden af statens positive forpligtelser beror således på en fortolkning af rettighedernes stk. 1, mens stk. 2 med sine krav om lovhjemmel, legitime hensyn og nødvendighed i et demokratisk samfund alene vedrører grænserne for statens adgang til at gøre indgreb i rettighederne. Det har derfor som udgangspunkt stor betydning at fastslå, hvorvidt der foreligger et rettighedsindgreb fra en offentlig myndighed eller alene et spørgsmål om offentlige myndigheders forsømmelse af at opfylde statens positive forpligtelse til at sikre og beskytte rettigheden.

EMD har imidlertid fastslået, at sondringen mellem statens negative forpligtelse (pligt til at afstå fra unødige rettighedsindgreb) og positive forpligtelse (pligt til aktivt at sikre og beskytte rettigheden) ikke er skarp, jf. bl.a. *Kroon* (1994, para. 31), *Odièvre* (2003, para. 40) og *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 58). Retspraksis rummer flere eksempler herpå og afspejler en tendens hos EMD til at anlægge en vid

fortolkning af begrebet »indgreb« (se Kapitel 5). Er EMD i tvivl, behandles sagen dog efter principperne om statens positive forpligtelser. I *Hatton* (2003, para. 119) undlod EMD at tage stilling til, om den mulige rettighedskrænkelse i form af støjgener fra en privat lufthavn, som blev drevet på grundlag af offentlig tilladelse og efter offentligt fastsatte retningslinjer, skulle bedømmes som et offentligt indgreb eller som et spørgsmål om statens positive forpligtelser; EMD behandlede sagen efter principperne om positive forpligtelser. Også i *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 58) lod EMD det stå åbent, om fraværet i dansk lovgivning af et generelt forbud mod foreningstvang på det private arbejdsmarked udgjorde et indgreb eller et spørgsmål om positive forpligtelser; EMD behandlede sagen efter principperne om positive forpligtelser.

Sondringen mellem indgreb og positive forpligtelser er dog ifølge EMD ikke afgørende, eftersom målestokken for afgrænsning af både statens negative og positive forpligtelser er omtrent den samme: Der skal findes en »fair balance« mellem de kolliderende hensyn til individet henholdsvis til samfundet og andre individer, jf. *Kroon* (1994, para. 31), *Gül* (1996, para. 38), *Odièvre* (2003, para. 40) og *Caroline von Hannover* (2004, para. 57). Som EMD gentagne gange har udtalt, jf. bl.a. *Sheffield and Horsham* (1998, para. 52):

> »In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which is inherent throughout the Convention.«

De relevante modhensyn, som begrænser omfanget af statens positive forpligtelser, må fastlægges ud fra rettighedens karakter, idealet om et demokratisk samfund og sund fornuft; hensynene opregnet i Artikel 8-11(2) kan ifølge EMD også her være vejledende, jf. *Rees* (1986, para. 37), *López Ostra* (1995, para. 51) og *Hatton* (2003, para. 98).

Statens positive forpligtelser rummer efter EMDs praksis både en pligt til i det umiddelbare forhold mellem stat og individ positivt at sikre individets rettigheder og en pligt til at beskytte individet mod rettighedsindgreb, som udgår fra andre private. I begge henseender har staten i første række en pligt til at lovgive og regulere på en måde, som effektivt sikrer og beskytter individets mulighed for at udøve sine rettigheder; hertil kommer i visse tilfælde en pligt til at tage faktiske skridt for at sikre og beskytte individets rettigheder i form af fysisk handling eller

– i ganske særlige tilfælde – økonomiske ydelser til individet. Når navnlig pligten til faktisk handling og i særdeleshed pligten til at stille økonomiske ydelser til rådighed generelt er begrænset, skyldes det især hensynet til ikke at pålægge de nationale myndigheder forpligtelser, som er umulige eller dog uforholdsmæssigt bebyrdende at opfylde, samt hensynet til at respektere de nationale politiske og administrative myndigheders frihed til at fastlægge niveauet for og prioritere anvendelsen af de offentlige ressourcer. Som EMD principielt udtalte i *Appleby* (2003, para. 40):

> »The scope of this [positive] obligation will inevitably vary, having regard to the diversity of situations obtaining in Contracting States and the choices which must be made in terms of priorities and resources. Nor must such an obligation be interpreted in such a way as to impose an impossible or disproportionate burden on the authorities«.

3.2 Pligten til at sikre individets rettigheder

Statens positive forpligtelser omfatter i første række en pligt til at indrette lovgivningen og administrere denne på en måde, som effektivt sikrer individets nydelse af sine rettigheder. Staten er således ansvarlig, hvis dens lovgivning eller praksis afskærer individet fra at få anerkendt sine rettigheder, se bl.a. *Marckx* (1979) – retten til familieliv forpligter staten til i lovgivningen at anerkende de retlige bånd mellem en mor og hendes barn født uden for ægteskab; *Sen* (2001) – retten til familieliv forpligter i visse tilfælde staten til at tillade familiesammenføring; *Christine Goodwin* (2002) – retten til privatliv forpligter staten til i lovgivningen at anerkende en transseksuel person nye køn efter kønsskifte. Selv om denne forpligtelse er af overvejende retlig karakter, nødvendiggør den også undertiden, at staten foretager visse faktiske skridt; f.eks. nødvendiggør statens forpligtelse i henhold til *Christine Goodwin* (2002), at staten ændrer transseksuelles køn i officielle papirer.

I ganske særlige tilfælde vil statens positive forpligtelser også kunne omfatte en pligt til at stille faktiske eller økonomiske ydelser til rådighed for individet, såfremt individets nydelse af en konventionssikret rettighed ellers ville blive umulig. Således fandt EMDs flertal i *Airey* (1979, para. 33), at en kvindes ret til privat- og familieliv var blevet krænket ved, at hun som følge af manglende midler til at bekoste en advokat ikke kunne opnå juridisk separation fra sin mand; EMD anerkendte således reelt, at kvinden havde krav på offentlig retshjælp til at føre sagen. Hvad

angår mere generelle ydelser af økonomisk eller social karakter, holder EMD sig tilbage fra at statuere håndfaste forpligtelser for staten under hensyn til de nationale politiske organers frihed til at råde over statens ressourcer og prioritere disse inden for rammerne af den generelle økonomiske og sociale politik. I *Chapman* (2001, para. 98f) afviste EMD således principielt, at individets ret til respekt for hjemmet forpligter staten til at stille et hjem til rådighed, hvorfor spørgsmålet om en pligt for myndighederne til at sikre et tilstrækkeligt antal karavanepladser for sigøjnere måtte bero på en politisk og ikke en retlig beslutning. I *Petrovic* (1998, para. 26) afviste EMD, at retten til respekt for familielivet pålægger staten en positiv forpligtelse til at yde forældre økonomisk støtte i form af offentlig forældreorlovsydelse.

3.3 Pligten til at beskytte individets rettigheder mod indgreb fra private

Statens positive forpligtelser udstrækker sig også til forholdet mellem private indbyrdes og kan således forpligte staten til at beskytte individet mod rettighedsindgreb, som udgår fra andre private, jf. den ledende *X and Y v. Netherlands* (1985, para. 23). EMD formulerede beskyttelsespligten således i *Sørensen* and *Rasmussen* (2006, para. 57):

> »the national authorities may in certain circumstances be obliged to intervene in the relationship between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of those rights«.

Også hvad angår beskyttelsen af individet mod indgreb fra private, omfatter statens positive forpligtelse i første række en pligt til at træffe de nødvendige retlige foranstaltninger i form af lovgivning og anden regulering. Staten holdes således generelt ansvarlig, hvis lovgivningen eller fraværet heraf muliggør private indgreb i individets rettigheder, jf. *James, Young and Webster* (1981, para. 49); *Vgt. Verein gegen Tierfabriken* (2001, para. 47). Staten skal retligt beskytte individet mod private indgreb, se f.eks. *James, Young and Webster* (1981) – pligt til at beskytte foreningsfriheden gennem forbud mod privat fagforeningstvang; *Vgt. Verein gegen Tierfabriken* (2001) – pligt til at beskytte ytringsfriheden gennem forbud mod private tv-stationers afvisning af politiske reklamer; *Hatton* (2003) – pligt til at beskytte privatlivet og hjemmet gennem regulering af støjniveauet fra privat lufthavn; *Caroline von Hannover*

(2004) – pligt til at beskytte privatlivet gennem forbud mod sladderpressens paparazzi-metoder. Staten skal desuden sikre individet effektive retsmidler imod privates indgreb, jf. *X and Y v. Netherlands* (1985) – pligt til at beskytte privatlivet ved at sikre individet adgang til at anlægge sag efter seksuelt overgreb.

Staten har endvidere i visse tilfælde en pligt til at tage faktiske skridt for at hindre, at private griber ind i individets rettigheder, jf. *Plattform: Ärzte für das Leben* (1988, para. 32f) – pligt til at beskytte forsamlingsfriheden ved at give demonstrationer politibeskyttelse mod fjendtlige moddemonstranter; *Lopez Ostra* (1994, para. 55f) – pligt til at beskytte privatlivet og hjemmet ved at skride ind over for en virksomheds luftforurening; *H.N. v. Polen* (2005, para. 72f) – pligt til at beskytte forældres ret til familieliv gennem hurtig sagsbehandling og effektiv politiefterforskning i sager om bortførelse af børn.

Statens positive forpligtelse til faktisk handling er dog generelt begrænset under hensyn til, hvad man i situationen med rimelighed kunne forvente af det offentlige ud fra myndighedernes kendskab til situationen og under hensyn til de forhåndenværende ressourcer og nødvendigheden af at prioritere disse, jf. den ovenfor citerede *Appleby* (2003, para. 40), samt også *Plattform: Ärzte für das Leben* (1988, para. 34): »the duty of Contracting States to take reasonable and appropriate measures ...«, og *H.N. v. Poland* (2005, para. 72): »whether the national authorities have taken all necessary steps ... as can reasonable be demanded in the special circumstances of each case ...«. Staten kan selvsagt ikke være forpligtet til fysisk at forhindre ethvert privat indgreb i andre individers rettigheder, da dette er praktisk umuligt. Statens forpligtelse omfatter således efter EMDs praksis kun sådanne faktiske foranstaltninger, som med rimelighed kan forventes af staten i en situation, hvor de offentlige myndigheder har haft anledning til at handle, se bl.a. *Plattform »Ärzte für das Leben«* (1988, para. 34) – pligt til at træffe rimelige foranstaltninger for at beskytte en anmeldt demonstration mod ligeledes anmeldte moddemonstrationer; *López Ostra* (1995, para. 52ff) – pligt til at gribe ind over for en privat virksomheds langvarige forurening, som myndighederne var bekendt med; *H.N. v. Poland* (2005, para. 74ff) – pligt til at tage politimæssige skridt for at bringe bortførte børn tilbage til deres far, navnlig fordi myndighederne havde fået vigtige tips om, hvor moren holdt børnene skjult.

Statens pligt til – retligt såvel som faktisk – at beskytte individet mod

privates rettighedsindgreb begrænses endvidere af hensynet til den anden private parts frihed og rettigheder. Individets rettigheder skal beskyttes mod privates indgreb, men hvis den indgribende private parts adfærd også er beskyttet af EMRK, opstår reelt en kollision mellem to EMRK-rettigheder. Kravet er her, at der skal sikres en rimelig balance mellem i udgangspunktet ligeværdige hensyn, og denne afvejning er ofte en vanskelig opgave, jf. EMD i *Chassagnou* (1999, para. 113). Typisk er den situation, hvor hensynet til at beskytte individets privatliv må afvejes over for hensynet til pressens ytringsfrihed, jf. *Caroline von Hannover* (2004) om papparazzi-billeder i den kulørte presse. Tilsvarende må hensynet til at beskytte individets ytringsfrihed undertiden afvejes over for den private ejendomsret, jf. *Appleby* (2003) hvor EMD godkendte, at ejeren af et privat indkøbscenter havde forbudt uddeling af politisk materiale på indkøbscentrets område (statens forpligtelse til at beskytte ytringsfriheden var således under hensyn til den private ejendomsret mindre vidtgående, end hvis staten selv havde foretaget samme indgreb i ytringsfriheden). De kolliderende rettighedshensyn kan også vedrøre samme EMRK-rettighed som i *Odièvre* (2003, para. 44-49), hvor et adoptivbarns ret til at kende sin baggrund, herunder sin biologiske mors identitet, kolliderede med morens ønske og berettigede forventning om at forblive anonym; EMD fandt begge interesser beskyttet af retten til privatliv og konkluderede, at lovgiver havde tilstræbt en rimelig balance ved at give adoptivbarnet adgang til alle oplysninger med undtagelse af oplysninger, som kunne afsløre den biologiske mors identitet.

Det er desuden nærliggende, at beskyttelsespligten må begrænses under hensyn til aftalefriheden mellem private – en grundpille i et liberalistisk samfund baseret på individets autonomi. Beskyttelsespligten kan normalt ikke strækkes så vidt, at staten skal blande sig i privates aftaler på den ene parts bekostning (se også om rettighedsafkald Kapitel 5). Staten må dog antages at være forpligtet til at intervenere, hvor aftaler som følge af et ulige styrkeforhold mellem parterne (privatpersoner vs. store virksomheder m.v.) på urimelig måde begrænser den svage parts rettigheder.

Har staten forsømt at opfylde sin positive forpligtelse til at beskytte individets rettigheder imod indgreb fra private, er det alene staten, som i henhold til EMRK er ansvarlig for det uberettigede indgreb i individets

rettigheder. Den indgribende private part er derimod ikke selv ansvarlig efter EMRK, som alene forpligter staten (se også Kapitel 3).

Litteratur

E.-W. Böckenförde Grundrechte als Grundsatznormen, Der Staat, Vol. 1, 1990, side 1ff

A. Clapham Human Rights in the Private Sphere, Oxford, 1993

J. Issensee Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, i J. Isensee og P. Kirchhof (udg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, C.F. Müller, Heidelberg 1992, side 143ff

A. Mowbray, The Development of Positive Obligations under the European convention on Human Rights by the European Court of Human Rights, Hart Publishing, Oxford 2004

J. E. Rytter Grundrettigheder, Thomson, København 2000, kapitel 5-7

K. Starmer, Positive Obligations under the Convention, I J. Jowell og J. Cooper (eds.), Understanding Human rights Principles, Hart Publishing, Oxford 2001, s. 139ff

Kapitel 7

EMDs kontrol og staternes skønsmargin

EMD er Konventionens kontrolorgan. EMD kan modtage klager over en stats krænkelse af EMRK fra både stater og individer; de individuelle klager er helt dominerende. EMDs domme er bindende for den indklagede stat. Ved EMDs forhåndsvurdering af klager afvises langt de fleste som åbenbart ugrundede. EMD overlader endvidere ofte staterne en skønsmargin ved vurderingen af, om EMRKs krav er opfyldt. Denne tilbageholdenhed i prøvelsen er navnlig begrundet i hensynet til de nationale forskelle, det nationale politiske råderum og den nationale forvaltningsretlige ekspertise. Intensiteten af EMDs prøvelse varierer således afhængig af bl.a. rettighedens karakter, indgrebets intensitet og indgrebets begrundelse, samt hvorvidt der på området kan identificeres en fælleseuropæisk standard.

1. Indledning

EMRKs betydning og gennemslagskraft skyldes frem for alt, at der til Konventionen er knyttet et effektivt kontrolorgan, EMD, hvortil individet har direkte klageadgang. Hermed er der i Europa skabt en effektiv international kontrol med nationale myndigheders overholdelse af fundamentale menneskerettigheder. I dette kapitel gives først et kort rids af EMRKs kontrolsystem og EMDs klagesagsbehandling, som bl.a. viser, hvordan EMD afviser langt de fleste klager, men alligevel kæmper med en stadigt stigende sagspukkel (*afsnit 2*). Derefter redegøres for EMDs doktrin om staternes skønsmargin, som indebærer, at Domstolen i mange af de sager, som når frem til realitetsbehandling og dom, overlader statens myndigheder et spillerum ved vurderingen af, om EMRKs krav er opfyldt; bredden af statens skønsmargin beror på rettighedens og sagens karakter (*afsnit 3*).

2. EMRKs kontrolsystem og EMDs klagesagsbehandling

EMD er EMRKs juridiske kontrolorgan, som skal påse, at staterne overholder deres forpligtelser i henhold til Konventionen, jf. Artikel 19. EMD kan modtage klager over en stats krænkelse af EMRK fra såvel andre stater, jf. Artikel 33, som fra fysiske eller juridiske personer, jf. Artikel 34. De individuelle klager er helt dominerende og kun disse skal derfor omtales nærmere i det følgende.

Indtil 1998 skulle en klage i første omgang indgives til EMRK-kommissionen. Med TP 11 blev EMRK-kommissionen imidlertid nedlagt, hvorfor der i dag er direkte klageadgang til EMD.

2.1 Betingelser for antagelse af en klage til realitetsbehandling

EMD kan efter Artikel 35 kun realitetsbehandle en individuel klagesag, hvis

1. Klager har udtømt alle nationale retsmidler og indgivet klagen senest 6 måneder efter den endelige nationale afgørelse, jf. Artikel 35(1);
2. Klagen ikke er anonym eller identisk med en allerede behandlet sag, jf. Artikel 35(2); og
3. Klagen ikke er »åbenbart ugrundet«, uforenelig med EMRK eller udtryk for misbrug af klageadgangen, jf. Artikel 35(3).

EMD har i de senere år afvist mere end 95% af alle klager, fordi de ikke opfyldte én eller flere af disse betingelser. Langt de fleste afvises med henvisning til, at klagen er »åbenbart ugrundet«. Denne afvisningsgrund lægger op til en frasortering af åbenbart kværulantiske eller uunderbyggede klager. I praksis anvendes afvisningsgrunden dog i videre omfang; sager frasorteres, hvis der ikke er udsigt til, at der senere vil blive statueret krænkelse. Således kan en stillingtagen til afvisning ikke sjældent nødvendiggøre en substansvurdering meget lig den, som foretages ved realitetsbehandlingen, se eksempelvis *Dahlab* (2001).

Screeningsproceduren er så effektiv, at der i sager, som når frem til realitetsafgørelse, i langt de fleste tilfælde statueres krænkelse af EMRK.

I 2005 blev der således afsagt 1.105 domme, hvoraf der i 992 blev statueret krænkelse af mindst en EMRK-rettighed; kun i 48 sager blev der ikke fundet krænkelse (resten blev forligt eller af andre grunde strøget af listen).

Screeningen foretages af Komiteer bestående af 3 dommere; afvisning kræver enstemmighed, jf. Artikel 28. I fravær af enstemmighed om afvisning overgår sagen til et Kammer bestående af 7 dommere, hvor afvisning/antagelse af klagen sker ved flertalsbeslutning, jf. Artikel 29.

2.2 EMDs domme

Klager, som ikke afvises, skal pådømmes. EMDs domme afsiges som udgangspunkt i et Kammer bestående af 7 dommere, jf. Artikel 29.

Hvis Kammeret imidlertid finder, at sagen angår et principielt spørgsmål vedrørende EMRKs fortolkning eller, at sagen kan få et udfald, der er uforeneligt med hidtidig EMD-praksis, kan Kammeret overgive sagen til et Storkammer bestående af 17 dommere, jf. Artikel 30.

Endvidere kan parterne undtagelsesvis »appellere« en dom afsagt af et Kammer til Storkammeret; anmodning om Storkammerbehandling skal ske indenfor 3 måneder efter Kammerets dom; Storkammeret tager selv stilling til, om sagen er tilstrækkeligt principiel eller væsentlig til, at anmodningen skal efterkommes, jf. Artikel 43. Af de i alt 1.105 EMD-domme afsagt i 2005 blev blot 12 afsagt af et Storkammer.

EMDs domme skal ledsages af en begrundelse, og mindretalsdommere har mulighed for at afgive dissens eller anden særudtalelse, jf. Artikel 45.

EMDs (endelige) dom er bindende for den indklagede stat, jf. Artikel 46.

2.3 TP 14 – yderligere effektivisering af EMD

Trods den effektive screeningsprocedure og brugen af 7-dommer-kamre ved afsigelse af langt de fleste domme, har EMD i de senere år modtaget langt flere klager, end Domstolen kan nå at behandle. I 2005 modtog EMD f.eks. 41.510 klager, men traf »kun« 28.648 afgørelser om afvisning eller realitetsbehandling, samt afsagde 1.105 domme i realiteten. EMD skubber således en hastigt stigende sagsmængde foran sig; mange frygter, at kontrolsystemet ved EMD risikerer at bryde sammen under den stigende sagsmængde.

Med TP 14 fra 2004 er der derfor lagt op til en yderligere strømlining

af EMDs kontrol. TP 14 træder dog først i kraft, når den er ratificeret af alle EMRKs 46 deltagerstater (pr. 30/5 2006 har 40 stater ratificeret). TP 14 rummer navnlig følgende effektiviseringer af EMDs frasorterings- og afgørelsessystem: 1 dommer skal nu alene kunne afvise klager som åbenbart ugrundede m.v.; en klage skal nu også kunne afvises, hvis individet ikke har lidt en »sufficient disadvantage«, og sagen allerede har været prøvet af en national domstol; 3-dommer-komiteer skal enstemmigt kunne afsige dom i substansen, hvis sagen er juridisk banal, fordi resultatet følger af etableret EMD-praksis (»klon-sager«).

Der er imidlertid blevet stillet spørgsmålstegn ved, om TP 14 vil være tilstrækkelig til at komme EMDs sagspukkel til livs. Den danske EMD-dommer Peer Lorenzen (2004) mener, at TP 14 nok vil kunne indebære en begrænset forøgelse af frasorteringen af småsager, men ikke i et omfang, som kan afhjælpe EMDs sagspukkel; han henviser bl.a. til, at den ny mulighed for at afvise sager, hvis individet ikke har lidt »sufficient disadvantage«, i vidt omfang blot er en kodificering af EMDs hidtidige praksis. Ifølge Lorenzen er der derfor kun to muligheder for at løse det alvorlige problem med den stigende sagsmængde: 1) afskaffe individets klageadgang til EMD, hvilket vurderes som både politiske urealistisk og uacceptabelt, eller 2) øge kapaciteten for klagescreening gennem oprettelse af selvstændige organer i eller uden for EMDs regi, som kan varetage denne funktion.

3. EMDs doktrin om staternes skønsmargin

EMD har udviklet en doktrin om staternes skønsmargin, som e.o. begrænser intensiteten af EMDs efterprøvelse af nationale vurderinger. Doktrinen er navnlig begrundet i hensynet til respekt for forskellene mellem staternes retssystemer og traditioner, for det (nationale) politiske råderum og for den (nationale) forvaltningsretlige ekspertise. Bredden af statens skønsmargin beror på rettighedens og sagens karakter; der kan således formuleres en række vejledende kriterier for, hvorvidt staterne overlades en skønsmargin og dennes bredde.

3.1 Doktrinens baggrund

EMRK var i 1950 revolutionerende i forhold til den traditionelle opfattelse af staternes suverænitet, idet EMRK ikke blot opstiller internatio-

nale normer for staternes behandling af egne borgere, men også giver individet adgang til at klage over sin egen stat ved en international domstol. EMD kan fastslå, at en stat har krænket sine forpligtelser efter EMRK, og pågældende stat er bundet til at efterleve EMDs dom. EMD har ved afgørelse af forelagte klagesager kompetence i alle spørgsmål vedrørende fortolkningen og anvendelsen af EMRK og fastlægger selv i tvivlstilfælde grænserne for sin kompetence, jf. Artikel 32. EMDs prøvelseskompetence er således tilsyneladende ubegrænset. EMD savner imidlertid midler til at tvinge staterne. EMD er afhængig af, at deltagerstaterne accepterer og efterlever domstolens afgørelser. Det er bl.a. derfor naturligt, at EMD har måttet forholde sig til, hvor langt Domstolen som et internationalt, judicielt kontrolorgan kan og bør gå i efterprøvelsen af nationale myndigheders vurderinger vedrørende den konkrete opfyldelse af EMRKs ofte brede og ubestemte principper, navnlig Artikel 8-11, Artikel 14, Artikel 15 og TP 1, Artikel 1.

EMD har således udviklet doktrinen om staternes »margin of appreciation«, som ifølge daværende EMD-dommer Macdonald befinder sig »at the heart of virtually all major cases which come before the Court, whether the judgments refer explicitly to it or not«.

3.2 Doktrinens karakter og betydning

Doktrinen om staternes skønsmargin indebærer en begrænsning i EMDs efterprøvelse af de nationale vurderinger med hensyn til, hvad der konkret kræves for at opfylde EMRKs krav. Prøvelsesintensiteten er et udtryk for, i hvilket omfang Domstolen sætter sin egen konkrete vurdering over den nationale vurdering. Jo bredere skønsmargin, EMD overlader staterne, desto mindre intensivt efterprøver EMD staternes opfyldelse af EMRK, og desto større vurderings- og skønsspillerum overlader EMD dermed til de nationale myndigheder.

Staternes skønsmargin og dermed intensiteten af EMDs prøvelse i den konkrete sag har i princippet intet at gøre med det generelle indhold af EMRKs rettighedsbestemmelser og disses fortolkning. Doktrinen om staternes skønsmargin begrænser ikke statens forpligtelser efter EMRK, jf. Artikel 1, men alene omfanget af EMDs kontrol med den nationale opfyldelse heraf. Hvor EMD overlader staterne en skønsmargin, går staternes forpligtelse efter EMRK således videre end, hvad der kan udledes af EMDs domme i konkrete sager. Teoretisk kan dette beskrives gennem en sondring mellem indholdet af EMRKs rettigheder som ma-

teriel norm hhv. kontrolnorm. Den materielle norm betegner statens forpligtelse efter EMRK, f.eks. at ethvert indgreb i individets privatliv skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund«. Kontrolnormen betegner derimod omfanget af EMDs prøvelse af, om staten overholder denne forpligtelse, og her får staternes skønsmargin betydning, f.eks. hvis et indgreb i individets privatliv opretholdes, med mindre det *åbenbart* ikke er »nødvendigt i et demokratisk samfund«.

Når staterne overlades en skønsmargin, betyder det ikke, at EMD helt afstår fra at efterprøve opfyldelsen af EMRKs krav. EMD har således ofte understreget, jf. den ledende *Handyside* (1976, para. 49), at

> »The domestic margin of appreciation thus goes hand in hand with a European supervision which covers not only the basic legislation but also the decision applying it, even one given by an independent court«.

Typisk indebærer staternes skønsmargin alene, at staterne i større eller mindre omfang overlades et vurderings- og skønsspillerum. Kun i særlige tilfælde vil EMD reelt ikke efterprøve det normative eller faktiske grundlag for den nationale afgørelse.

Omvendt vil staternes ved visse rettigheder og på visse områder slet ikke blive overladt nogen skønsmargin, og EMD vil da fuldt ud efterprøve den nationale vurdering.

Under alle omstændigheder overlader EMD kun en skønsmargin, hvor staten har foretaget en saglig vurdering i god tro. Ved klart vilkårlige eller diskriminerende indgreb er der ingen plads for doktrinen om staternes skønsmargin.

3.3 Doktrinens begrundelse(r)

Doktrinen om staternes skønsmargin er en naturlig konsekvens af EMDs rolle som internationalt og judicielt kontrolorgan. Mens EMD oprindelig begrundede doktrinen med henvisning til kompetencefordelingen mellem det internationale og det nationale niveau, har EMD senere (yderligere) henvist specifikt til nødvendigheden af respekt for det (nationale) politiske råderum og for den (nationale) forvaltningsretlige ekspertise.

3.3.1 Respekten for forskelle i de nationale retssystemer og traditioner

EMDs doktrin om staternes skønsmargin hviler grundlæggende på respekten for, at staterne efter EMRK har det primære ansvar for overholdelse af EMRK, jf. Artikel 1, mens EMDs kontrol alene er subsidiær, jf. også føromtalte krav om udtømmelse af nationale retsmidler i Artikel 35(1). Denne kompetencefordeling er ifølge EMD også velbegrundet, idet de nationale myndigheder har bedst kontakt med nationale behov, strømninger og traditioner. Den klassiske formulering af doktrinen – som EMD siden ofte har gentaget, jf. bl.a. *Connors* (2004, para. 82) – gav EMD i den ledende *Handyside* (1976, para. 48), hvor EMD udtalte:

> »the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems of safeguarding human rights. The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines (...). By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the 'necessity' of a 'restriction' or 'penalty' intended to meet them (...). Consequently, Article 10 para. 2 leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator (...) and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force ...«.

EMRKs formål er således ikke at ensrette staternes lovgivning og retssystemer, men alene at sikre respekten for de internationale menneskeretlige standarder, jf. EMRKs præambel. Som EMD udtalte i *Sunday Times* (1979, para. 61) vedrørende indgreb i ytringsfriheden

> »the Court cannot hold that the injunction was not »necessary« simply because it could or would not have been granted under a different legal system. ... the main purpose of the Convention is »to lay down certain international standards to be observed by the Contracting States in their relations with persons under their jurisdiction« ... This does not mean that absolute uniformity is required and, indeed, since the Contracting States remain free to choose the measures which they consider appropriate, the Court cannot be oblivious of the substantive or procedural features of their respective domestic laws ...«.

EMD skal derfor ikke agere appelinstans, men alene kontrollere om den nationale vurdering ligger inden for rammerne af EMRKs krav. Som EMD udtalte i *Pedersen og Baadsgaard* (2004, para. 69):

> »The Court's task in exercising its supervisory function is not to take the place of the competent domestic courts but rather to review ... the decisions they have taken pursuant to their power of appreciation ...«.

3.3.2 Respekten for det (nationale) politiske råderum

En (yderligere) begrundelse for en særlig tilbageholdenhed fra EMD er respekten for de politiske organers råderum og valgfrihed i den generelle politik under hensyn til disse organers demokratiske mandat. Ligesom nationale domstole i deres prøvelse af loves overensstemmelse med forfatningen må respektere den forfatningsmæssige magtbalance mellem den lovgivende og den dømmende magt, kan heller ikke EMD ignorere dette retsstatslige og demokratiske magtfordelingsprincip. I et demokratisk samfund er det lovgivers opgave at træffe politiske beslutninger vedrørende samfundets generelle indretning og udvikling, og politiske valg må overlades til lovgiver.

I *James* (1986, para. 46) vedrørende lejelovgivning udtalte således EMD, at det er

> »natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one«.

Det skyldes, som EMD udtalte i *Hatton* (2003, para. 97) vedrørende luftfartsregulering, at:

> »The national authorities have direct democratic legitimation and are ... in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions ... In matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy-maker should be given special weight.«

3.3.3 Respekten for (nationale) forvaltningsmyndigheders sagkundskab

En (yderligere) begrundelse for en særlig tilbageholdenhed er respekten for forvaltningens ekspertise og sagkundskab; EMD er undertiden ganske enkelt ikke i stand til (mere dybtgående) at efterprøve nationale skøn og vurderinger i substansen. Ligesom nationale domstole i deres

prøvelse af forvaltningsafgørelser må tage hensyn til det skøn, som måtte være overladt forvaltningen i kraft af denne særlige sagkundskab, og alene kan underkende en forvaltningsafgørelse ud fra retlige kriterier, kan heller ikke EMD ignorere en særlig sagkundskab i den nationale forvaltning.

Som EMD udtalte i *Chapman* (2001, para. 92) vedrørende en landskabsplan, som begrænsede sigøjneres bopælsmuligheder:

> »The judgment by the national authorities in any particular case that there are legitimate planning objections to a particular use of a site is one which the Court is not well equipped to challenge. It cannot visit each site to assess the impact of a particular proposal on a particular area in terms of beauty, traffic conditions, sewerage and water facilities, educational facilities, medical facilities, employment opportunities and so on. Because planning inspectors visit the site, hear the arguments on all sides and allow the examination of witnesses, they are better placed than the Court to weigh the arguments. Hence ... in so far as the exercise of discretion involving a multitude of local factors is inherent in the choice and implementation of planning policies, the national authorities in principle enjoy a wide margin of appreciation ...«.

3.4 Skønsmarginens anvendelsesområde og bredde (kriterier)

Staternes skønsmargin, og dermed intensiteten af EMDs prøvelse, varierer afhængig af bl.a. rettighedens karakter, det berørte sagsområde og begrundelsen for indgrebet. Som EMD udtalte i *Connors* (2004, para. 82):

> »This margin will vary according to the nature of the Convention right in issue, its importance for the individual and the nature of the activities restricted, as well as the nature of the aim pursued by the restrictions«

3.4.1 Angår sagen en bred og åben rettighed (afvejningsrettighed)?

Doktrinen er relevant, hvor den pågældende EMRK-rettighed åbner for en vurdering, en afvejning af modstående hensyn. Doktrinen har således haft størst betydning ved: Artikel 8-11, hvor det skal vurderes, om et indgreb er »nødvendigt i et demokratisk samfund; Artikel 15 om fravigelse af rettigheder, hvor det skal vurderes, om der foreligger en nødretstilstand, og om en fravigelse af EMRK er »strengt nødvendig« i situationen; TP 1, Artikel 1, hvor det bl.a. skal vurderes, om indgreb i

ejendomsretten begrundet i »the public interest«; også ved Artikel 14 om ikke-diskrimination kan doktrinen have betydning, når det skal vurderes, om en stedfunden forskelsbehandling er usaglig og uproportional. Derimod har doktrinen ingen plads ved de absolut formulerede rettigheder i Artikel 2-4. Doktrinen er traditionelt heller ikke blevet anvendt på retsgarantierne i Artikel 5 og 6, men da EMD i visse henseender indfortolker et proportionalitetskrav i disse garantier, bør doktrinen også e.o. kunne anvendes her.

3.4.2 Angår sagen et indgreb eller statens positive forpligtelser?

Generelt overlader EMD endvidere staterne en større skønsmargin ved opfyldelsen af statens positive forpligtelser end ved vurderingen af nødvendigheden af statslige indgreb; positive forpligtelser kan ofte opfyldes på flere måder; der må tages hensyn til statens politiske valg og prioritering af ressourcer, jf. bl.a. *Powell and Rayner* (1990, para. 44); *Odièvre* (2003, para. 46); *Hatton* (2003, para. 123) og *Appleby* (2003, para. 40). Som EMD udtalte i *Powell and Rayner* (1990, para. 44) om statens pligt til at begrænse støjgener fra en privat lufthavn:

> »successive Governments in the United Kingdom have proceeded on the view that the problems posed by aircraft noise are in general better dealt with by taking and enforcing specific regulatory measures to ensure that disturbance caused by aircraft noise is minimised, to the exclusion of having the matter settled by the case-law of the courts on the general criterion of reasonableness in any actions for nuisance which might be brought at common law. It is certainly not for the Court to substitute for the assessment of the national authorities any other assessment of what might be the best policy in this difficult social and technical sphere. This is an area where the Contracting States are to be recognised as enjoying a wide margin of appreciation.«

Tilsvarende fastslog EMD i *Odièvre* (2003, para. 46 og 49) om pligten til at beskytte individets rettigheder i konflikt med andre rettigheder, at:

> »the choice of the means calculated to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the Contracting States' margin of appreciation. In this connection, there are different ways of ensuring »respect for private life« ... the States must be allowed to determine the means which they consider to be best suited to achieve the aim of reconciling those interests.«

3.4.3 Angår sagen fundamentale demokratiske rettigheder?

Hvis staterne som udgangspunkt har en skønsmargin, vil denne være desto snævrere, i jo højere grad sagen vedrører demokratisk fundamentale rettigheder (jf. Kapitel 5 om den skærpede proportionalitetsvurdering). Som EMD udtalte i *Connors* (2004, para. 82):

> »The margin will tend to be narrower where the right at stake is crucial to the individual's effective enjoyment of intimate or key rights«

EMDs kontrol er således generelt intensiv ved indgreb i ytrings-, foreenings- og forsamlingsfriheden, jf. om pressefriheden *Bladet Tromsø* (1999, para. 59 og 64) og om foreningsfriheden *Gorzelik* (2004, para. 88). Tilsvarende gælder ved indgreb i det intime privat- og familieliv, jf. *Dudgeon* (1981, para. 53). Indgreb i ejendomsretten prøves derimod generelt mindre intensivt end indgreb i privat- og familielivet, jf. *Connors* (2004, para. 82).

3.4.4 Angår sagen et intensivt indgreb/indgreb i en rettigheds kerne?

Proportionalitetsvurderingen skærpes ved intensive indgreb/indgreb i en rettigheds kerne (jf. Kapitel 5); statens skønsmargin indsnævres tilsvarende, jf. f.eks. *Connors* (2004, para. 86):

> »The serious interference with the applicant's rights under Article 8 requires ... particularly weighty reasons of public interest by way of justification and the margin of appreciation to be afforded to the national authorities must be regarded as correspondingly narrowed.«

I *Dudgeon* (1981, para. 52) vedrørende pålæggelse af straf for homoseksuel aktivitet, udtalte EMD:

> »not only the nature of the aim of the restriction but also the nature of the activities involved will affect the scope of the margin of appreciation. The present case concerns a most intimate aspect of private life. Accordingly, there must exist particularly serious reasons before interferences on the part of the public authorities can be legitimate for the purposes of paragraph 2 of Article 8.«.

3.4.5 Angår sagen statens generelle økonomiske eller sociale politik?

EMD anerkender generelt en bred skønsmargin for staterne ved indgreb, som har baggrund i en generel økonomisk, social, erhvervs- eller planlægningsmæssig regulering. I *James* (1986, para. 46), hvor spørgsmålet var, om en reform af lejelovgivningen, som gav lejere af fast ejendom købsret m.v., var i strid med ejerens ejendomsret, udtalte EMD:

> »Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is »in the public interest« ... In particular ... the decision to enact laws expropriating property will commonly involve consideration of political, economic and social issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. 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 judgment as to what is »in the public interest« unless that judgment be manifestly without reasonable foundation ...«.

Tilsvarende gælder vedrørende planlovgivning, jf. bl.a. *Connors* (2004, para. 82), og ved statens regulering af erhvervsvirksomhed, jf. bl.a. *Hatton* (para. 103 og 123).

3.4.6 Angår sagen et »følsomt« område (uden en fælleseuropæisk standard)?

EMD udvikler gennem sin praksis menneskerettighedsbeskyttelsen i retning af en stadigt bedre beskyttelse. EMD er dog ikke et europæisk lovgivningsorgan. I sin stræben efter at løfte beskyttelsesniveauet må EMD derfor hele tiden skele til udviklingen i de nationale retssystemer. Navnlig på følsomme, kontroversielle områder vil EMD derfor være forsigtig med at foretage nye landvindinger, med mindre en udvidet beskyttelse afspejler udviklingen i et stort flertal af deltagerstater (eller i internationale menneskeretsinstrumenter) og således kan siges at repræsentere en fælleseuropæisk standard på det pågældende område.

Således overlader EMD generelt staterne en bred skønsmargin ved indgreb på følsomme og kontroversielle områder, hvor der ikke er en fælleseuropæisk retsopfattelse. Det gælder bl.a. indgreb vedrørende den offentlige moral, jf. *Handyside (1976, para. 48)* om pornografi; vedrørende religion, jf. *Wingrove* (1996, para. 58) om blasfemi og *Leyla Sahin*

(2005, para. 109) om religionsudøvelse; og vedrørende følsomme rettighedskonflikter, jf. *Odièvre* (2003, para. 47-49) om adoptivbørns ret til at kende deres biologiske mors identitet. Illustrativ er EMDs udtalelse i *Leyla Sahin* (2005, para. 109), som vedrørte et forbud mod at bære muslimsk tørklæde på et tyrkisk universitet:

> »Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance. ... It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society. Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order. Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the domestic context concerned.«

Statens skønsmargin er langt snævrere på områder, hvor der er en fælles retsopfattelse. Det gælder f.eks. indgreb begrundet i hensynet til at sikre »domstolsmagtens autoritet«, hvilket begreb ifølge EMD har en relativt objektiv betydning, jf. *Sunday Times* (1979, para. 59).

Endelig er statens skønsmargin generelt bred i spørgsmål, som vedrører statens sikkerhed. Det gælder i særdeleshed ved fravigelse af EMRK i medfør af Artikel 15, hvor en nødretstilstand truer nationens eksistens, jf. *Ireland v. United Kingdom* (1978, para. 207).

3.4.7 Angår sagen et teknisk eller skønsbetonet område?

Staterne har generelt en bred skønsmargin på tekniske og meget skønsbetonede områder, hvor EMD reelt ikke er i stand til at efterprøve de nationale forvaltningsmyndigheders skøn.

Det gælder bl.a. ved indgreb, som er begrundet i plan- og miljøhensyn, idet EMD ikke har tilstrækkeligt kendskab til lokalområdet til at efterprøve det nationale skøn vedrørende æstetiske og miljømæssige hensyn, jf. bl.a. *Chapman* (2001, para. 92) vedrørende nødvendigheden af en landskabsplan, som begrænsede sigøjneres bopælsmuligheder. Af samme grund har staterne en meget bred skønsmargin i sager om tvangsfjernelse af børn, jf. *Johansen* (1994, para. 64), og i sager om tildeling af forældremyndighed, jf. *Elsholz* (2000, para. 49); det er de nationale eksperter og myndighedspersoner, som har den direkte kontakt med de

berørte og derfor er bedst egnet til at vurdere, hvad der tjener barnet bedst.

3.4.8 Sammenfatning

Som det fremgår, beror eksistensen og bredden af statens skønsmargin på en række forhold (kriterier). Kriterierne vil i den enkelte sag kunne pege i forskellig retning, hvilket blot understreger, at doktrinen om staternes skønsmargin er en flydende størrelse, som ikke kan sættes på formel, men som beror på samtlige den konkrete sags omstændigheder. Sammenfattende taler navnlig følgende momenter for en *snæver skønsmargin*:

- Rettigheden er håndfast formuleret
- Sagen vedrører et indgreb
- Indgrebet vedrører en fundamental personlig eller politisk rettighed
- Indgrebet er intensivt/rammer rettighedens »kerne«
- Indgrebet har ikke baggrund i en generel økonomisk eller social regulering
- Der er en fælles europæisk retsopfattelse (standard) på området
- Indgrebet er ikke teknisk eller stærkt skønsbetonet

Omvendt vil navnlig følgende momenter tale for en *bred skønsmargin*:

- Rettigheden er åbent formuleret
- Sagen vedrører statens positive forpligtelser (navnlig ydelser/handlinger)
- Indgrebet vedrører en økonomisk eller social rettighed
- Indgrebet er ikke intensivt/rammer ikke rettighedens »kerne«
- Indgrebet har baggrund i en generel økonomisk eller social regulering (sundhed, miljø, planlægning, skat, bolig, erhverv, social lovgivning m.v.)
- Indgrebet vedrører et følsomt område – der er ingen fælles europæisk retsopfattelse (standard) på området (national sikkerhed, moral, religion)
- Indgrebet er teknisk eller stærkt skønsbetonet

Litteratur

I. Cameron, National Security and the European Convention on Human Rights, 2000, s. 27-31

E. Einersen og T. Trier, Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols prøvelseskompetence – doktrinen om margin of appreciation, TfR 1991, s. 570-593

European Court of Human Rights, Survey of activities 2005, findes på adressen http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Reports+and+Statistics/Reports/Annual+surveys+of+activity/

P. Lorenzen, Fem år med den nye menneskerettighedsdomstol – reform af en reform, i G. Toftegård Nielsen m.fl. (red), Festskrift om Menneskerettigheder til Carl Aage Nørgaard, DJØFs Forlag, København 2004, s. 267-286

P. Mahoney, Marvellous Richness of Diversity or Individous Cultural Relativism?, Human Rights Law Journal Vol. 19, 1998, s. 1-6

J.G. Merrills og A.H. Robertson, Human Rights in Europe, Juris Publishing, 2001, s. 221ff

J.E. Rytter, Menneskerettigheder i Europa – fra eufori til besindelse, i K. Hastrup (red.), Menneskerettens udfordring, Akademisk Forlag, København 2002, s. 73-99

J.E. Rytter, Grundrettigheder, Thomson, København 2000

J. Schokkenbroek, The Basis, Nature and Application of the Margin-of-Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, Human Rights Law Journal, Vol. 19, 1998, s. 30-36

Kapitel 8

Retten til personlig frihed

Artikel 5 sætter grænser for adgangen til frihedsberøvelse. Frihedsberøvelse er et kvalificeret indgreb i individets bevægelsesfrihed – typisk indespærring. Efter Artikel 5(1) skal enhver frihedsberøvelse have (klar) hjemmel og foregå efter den procedure, som national ret foreskriver. Principielt vigtigere er, at Artikel 5(1) desuden sætter materielle grænser for frihedsberøvelse gennem en udtømmende opregning af tilladte frihedsberøvelsesgrunde, samt et krav om frihedsberøvelsens nødvendighed og proportionalitet, som EMD har indfortolket i bestemmelsen. Endelig opstiller Artikel 5(3-4) nogle vigtige domstolsgarantier, som (løbende) skal sikre individet imod vilkårlig og unødvendig frihedsberøvelse.

1. Indledning

Artikel 5 beskytter retten til personlig frihed ved at sætte grænser for frihedsberøvelse. Næst efter Artikel 6 om retfærdig rettergang er Artikel 5 den oftest påberåbte rettighed i EMRK. Beskyttelsen mod vilkårlig frihedsberøvelse er fundamental i en demokratisk retsstat. EMD har således understreget, jf. *Kurt* (1998, para. 122):

> »the fundamental importance of the guarantees contained in Article 5 for securing the right of individuals in a democracy to be free from arbitrary detention at the hands of the authorities. (...) a most basic guarantee of individual freedom«.

Et samfund må naturligvis kunne frihedsberøve personer, som f.eks. har begået kriminalitet eller er farlige for samfundet eller sig selv. I en retsstat må individet imidlertid sikres imod vilkårlig frihedsberøvelse. En effektiv beskyttelse af individet forudsætter navnlig, at frihedsberøvelse kun kan ske med klar hjemmel, at frihedsberøvelse skal være begrundet i tungtvejende hensyn, samt at individet har adgang til en betryggende domstolskontrol med enhver frihedsberøvelse. Disse ga-

rantier for den personlige frihed har ikke blot afgørende betydning for individet selv, men også for demokratiet: Hvem tør kritisere magthaverne, hvis man derved risikerer at blive spærret inde?

Retten til personlig frihed er en af de ældste rettigheder overhovedet. Gennem tiderne har frihedsberøvelse været et effektivt redskab i magthavernes hænder, når politiske modstandere og andre besværlige personer skulle sættes ud af spillet. Allerede i det ældst kendte europæiske rettighedsdokument, det engelske Magna Carta (1215), finder vi således garantier imod frihedsberøvelse, som dog alene gjaldt for adelen: »No freeman shall be taken or imprisoned (...), but by lawful judgement of his peers or by the law of the land«. I de senere engelske Habeas Corpus Acts (1640/1679) er beskyttelsen udvidet til at omfatte enhver: »no man of what estate or conditions soever he be shall be (...) taken nor imprisoned (...) without being brought into answer by due process of law;«. I den franske Erklæring om Menneskelige og Borgerlige Rettigheder (1789) findes en lignende bestemmelse i Artikel 7: »Intet menneske kan anklages, arresteres eller holdes fængslet, uden i de tilfælde, loven bestemmer, og efter de former, den foreskriver (...) vilkårlige ordrer skal straffes«. Hvor man således i ældre rettighedsdokumenter havde frihedsberøvelse som led i retsforfølgning for øje, udvides beskyttelsen med VM (1948) til enhver form for frihedsberøvelse; Artikel 9 fastslår: »No one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile«. Verdenserklæringen dannede udgangspunkt for EMRK Artikel 5, som dog er mere detaljeret i sin beskyttelse.

Artikel 5 er på væsentlige punkter forskellig fra Grl § 71. Begge kræver klar (lov)hjemmel for frihedsberøvelse og rummer desuden domstolsgarantier imod misbrug – garantierne i Grl § 71 er de mest håndfaste. Artikel 5 opstiller derimod i modsætning til Grl § 71 også materielle grænser for frihedsberøvelse. For det første rummer Artikel 5 en udtømmende opregning af tilladte frihedsberøvelsesgrunde. For det andet har EMD i Artikel 5 indfortolket et krav om frihedsberøvelsens nødvendighed og proportionalitet.

Kapitlet gennemgår først de generelle krav i Artikel 5: Hvis der foreligger en frihedsberøvelse (*afsnit 2*), skal den for det første have klar hjemmel i national ret (*afsnit 3*). For det andet skal frihedsberøvelsen være omfattet af én af de tilladte frihedsberøvelsesgrunde opregnet i Artikel 5(1), litra a-f (*afsnit 4*). For det tredje skal frihedsberøvelsen være nødvendig og forholdsmæssig i lyset af sit formål (*afsnit 5*). I

kravene om, at frihedsberøvelsen skal forfølge et opregnet formål og være konkret nødvendig og proportional ligger Artikel 5's materielle beskyttelse af den personlige frihed; disse krav skal vel at mærke ikke kun være opfyldt ved etableringen af frihedsberøvelsen, men er også en forudsætning for dens fortsatte opretholdelse. Endelig skal domstolsgarantierne i Artikel 5(3-4) være opfyldt; de sikrer individet adgang til en judiciel efterprøvelse af, om de formelle og materielle betingelser for (fortsat) frihedsberøvelse er overholdt (*afsnit 6*). Kapitlet gennemgår på denne baggrund de i Artikel 5 opregnede frihedsberøvelsesgrunde én for én: afsoning af fængselsstraf (*afsnit 7*); frihedsberøvelse for at gennemtvinge vidnepligt, blodprøve mv. (*afsnit 8*); anholdelse og fængsling på grund af mistanke om kriminalitet (*afsnit 9*); socialt begrundet frihedsberøvelse af børn og unge (*afsnit 10*); frihedsberøvelse af sindssyge, smitsomt syge, alkoholikere m.fl. (*afsnit 11*), og frihedsberøvelse af udlændinge i forbindelse med asyl- og udvisningssager (*afsnit 12*).

2. Foreligger der en »frihedsberøvelse«?

Forudsætningen for at kunne påberåbe sig Artikel 5 er, at en offentlig myndigheds indgreb over for individet har karakter af en »frihedsberøvelse«. Begrebet er ikke krystalklart. En frihedsberøvelse er generelt karakteriseret ved, at individet afskæres fra at forlade et nærmere afgrænset sted eller område. I kerneområdet ligger den fysiske indespærring i et rum (celle). Også andre intensive indgreb i individets bevægelsesfrihed og frihed til at vælge opholdssted kan dog efter omstændighederne udgøre en frihedsberøvelse.

2.1 Klare tilfælde

Til de klare tilfælde hører frihedsberøvelse i forbindelse med retsforfølgning af kriminalitet: *anholdelse og fængsling* af mistænkte personer, samt den efterfølgende *afsoning af en straffedom* i fængsel eller anden institution, hvad enten afsoningen finder sted i en lukket institution med aflåste celler eller i en åben institution med bevægelsesfrihed i dagtimerne.

Uden forbindelse med kriminalitet kan politiet desuden anbringe berusede personer m.fl., som er til fare for andre eller sig selv, i *detention* på politistationen natten over.

Der foreligger også frihedsberøvelse, når myndighederne foretager *tvangsindlæggelse* på et hospital af sindssyge personer, som er til fare for andre eller sig selv. Tilsvarende gælder *tvangsisolering* af smitsomt syge personer for at hindre udbredelse af sygdommen.

De sociale myndigheders *tvangsfjernelse af børn* med henblik på anbringelse på institution eller i familiepleje udviser visse særtræk i forhold til den traditionelle definition af en frihedsberøvelse. Det gælder i hvert fald, når den fysiske tvangsfjernelse er effektueret. Barnet har under anbringelsen principielt samme bevægelsesfrihed som i sit tidligere hjem, idet det i stedet for forældrenes myndighed er underlagt institutionens/plejefamiliens myndighed. Tvangsanbringelsen fratager imidlertid forældre og barn retten til at bestemme barnets faste opholdssted. Der er endvidere et klart behov for retsgarantier ved dette alvorlige indgreb. Også tvangsanbringelse anses således som en frihedsberøvelse.

En *tvangsanbringelse af ældre mennesker på plejehjem* synes umiddelbart at kunne sidestilles med tvangsanbringelse af børn uden for hjemmet og derfor at måtte karakteriseres som en frihedsberøvelse. Det afviste EMDs flertal imidlertid i *H.M. v. Switzerland* (2002, para. 44-48), primært med henvisning til, at tvangsanbringelsen var nødvendig i klagers egen interesse; flertallets vurdering i denne sag må dog temmelig sikkert ses i lyset af, at tvangsanbringelsen, hvis den var blevet anset som en frihedsberøvelse, ville falde uden for de frihedsberøvelsesgrunde, som opregnes i Artikel 5 (se nærmere afsnit 4).

2.2 Vurdering af tvivlsomme tilfælde

Undertiden er det tvivlsomt, om der foreligger en frihedsberøvelse. Her vil afgørelsen bero på en helhedsvurdering af indgrebets intensitet og betydning for individets fysiske frihed. Mindre begrænsninger i individets bevægelsesfrihed udgør ikke en frihedsberøvelse, idet bevægelsesfriheden nyder selvstændig beskyttelse i medfør af TP 4, Artikel 2. Som EMD har fastslået, er forskellen mellem frihedsberøvelse og andre begrænsninger i bevægelsesfriheden et spørgsmål om grader og intensitet; man må derfor konkret vurdere indgrebets art, varighed, virkning og vilkår, jf. *Guzzardi* (1980, para. 92-93) og *H.M. v. Switzerland* (2002, pr. 42). I grænsetilfælde bør man også overveje, om der i den konkrete situation er behov for de særlige retsgarantier, som efter Artikel 5 er forbundet med frihedsberøvelse.

I hvilket omfang er bevægelsesfriheden begrænset?
Ikke kun anbringelse i et rum eller et hus, men også hensættelse af en person på en ø eller et andet afgrænset område, kan udgøre en frihedsberøvelse, hvis vilkårene for bevægelsesfrihed i øvrigt er restriktive, jf. *Guzzardi* (1980) – omtales nedenfor. Derimod er der mange indgreb i bevægelsesfriheden, som kun i mere begrænset omfang begrænser individets fysiske frihed og derfor ikke udgør en frihedsberøvelse. Det gælder f.eks., hvor en person forbydes at rejse ud af landet og fratages sit pas, eller hvor en person får et polititilhold og forbud mod at opholde sig på bestemte lokaliteter. Frihedsberøvelse forudsætter næppe en fysisk indespærring, som håndhæves ved tvang. Det må antages at være tilstrækkeligt, at et forbud mod at forlade et afgrænset område sanktioneres med trussel om straf, i hvert fald hvis straftruslen ikke er rent symbolsk, jf. også UfR 1959.346 H om en civilværnepligtig, som af disciplinære grunde blev anbragt i husarrest; han kunne fysisk forlade stedet, men udsatte derved sig selv for straf.

Hvor lang tid varer indgrebet?
I tvivlstilfælde kan varigheden af et indgreb i bevægelsesfriheden tillægges betydning. Der gælder formentlig en nedre tidsmæssig bagatelgrænse. Politiet tilbageholder undertiden kortvarigt personer i forbindelse med razziaer eller for at visitere eller afhøre vedkommende i forbindelse med (mistanke om) kriminalitet. Sådanne indgreb kan ikke antages at udgøre en frihedsberøvelse, hvis tilbageholdelsen er kortvarig, og formålet ikke er at frihedsberøve personen, jf. om visitation i dansk ret UfR 1994.677 H og 1999.72 H.

Hvilke vilkår er knyttet til indgrebet?
I tvivlstilfælde kan de nærmere vilkår for indgrebet få betydning, herunder om indgrebet i bevægelsesfriheden muliggør fortsat kontakt med omverdenen. Beliggenheden af det område, hvor personen pålægges at opholde sig, krav om tilladelse fra myndighederne til at forlade stedet m.v. kan indebære, at vedkommende reelt bliver isoleret, så der foreligger en frihedsberøvelse, jf. *Guzzardi* (1980) – omtales nedenfor.

Under hvilke forhold er indgrebet foretaget?
Hvis indgrebet finder sted under institutionsforhold, som i sig selv indebærer en vis begrænsning af den fysiske frihed, er der formentlig

noget videre rammer for indgreb i bevægelsesfriheden end ellers. Det kan f.eks. være aktuelt for skolebørn og soldater. Her skal spørgsmålet, om der foreligger en frihedsberøvelse vurderes med udgangspunkt i normalsituationen for sådanne personer, jf. *Engel* (1976, para. 58), hvor kun den strengeste af tre former for disciplinær arrest inden for militæret derfor ansås som en frihedsberøvelse. I UfR 1959.0346 H fandt Højesteret derimod, at disciplinærstraf til en civil værnepligtig i form af en ret mild husarrest udgjorde en frihedsberøvelse.

Er indgrebet individuelt og konkret?
Frihedsberøvelsesbegrebet tager primært sigte på et konkret, skønsmæssigt indgreb over for den enkelte. Der foreligger dog selvsagt også frihedsberøvelse ved f.eks. masseanholdelse af demonstranter eller internering af en hel befolkningsgruppe. Uden for begrebet frihedsberøvelse falder derimod den generelle, lovbestemte begrænsning i den fysiske frihed, som navnlig følger af den almindelige værnepligt efter Grl § 81.

Nødvendigheden af en konkret helhedsvurdering i tvivlstilfælde kan illustreres med et par sager. I *Guzzardi* (1980) var den mafia-mistænkte Guzzardi af en italiensk domstol beordret til at opholde sig på en lille del (2,5 km^2) af øen Asinara ud for Sardinien. EMD fandt, at der forelå en frihedsberøvelse under hensyn til: *at* det geografiske område var lille, *at* kontakten til omverdenen begrænsede sig til familiebesøg og »medfanger«, *at* der var konstant overvågning, melding dagligt til myndighederne og krav om tilladelse til at bevæge sig uden for området og, *at* opholdet varede i 16 måneder; indgrebet mindede således reelt om et åbent fængsel. Derimod fandtes en frihedsberøvelse ikke at foreligge i *Raimondo* (1994), hvor Raimondo var blevet undergivet politiovervågning og afkrævet økonomisk sikkerhed for at sikre hans efterlevelse af vilkårene herfor, herunder en pligt til at være hjemme mellem 9 aften og 7 morgen, som kun kunne fraviges efter særlig tilladelse.

2.3 Indebærer ændrede vilkår for frihedsberøvelse en ny frihedsberøvelse?

Artikel 5 angår iværksættelse og opretholdelse af frihedsberøvelse, men stiller derimod generelt ikke krav til frihedsberøvelsens form og vilkår, jf. *Winterwerp* (1979, para. 51). Stedet og vilkårene for frihedsberøvelse

kan således normalt ændres administrativt uden, at der derved foreligger en ny frihedsberøvelse i Artikel 5's forstand – f.eks. hvor en afsoner overflyttes til en anden celle eller et andet fængsel (ændrede vilkår kan derimod e.o. indebære et indgreb i den frihedsberøvedes rettigheder efter Artikel 8, se Kapitel 10).

Undertiden kan en frihedsberøvelse imidlertid ændre grundlæggende karakter og formål således, at der reelt foreligger en ny frihedsberøvelse, som må vurderes selvstændigt efter Artikel 5. Det er f.eks. tilfældet, hvis en afsoner på grund af en opstået sindslidelse overflyttes fra almindeligt fængsel til et sindssygehospital med henblik på behandling. Hvis frihedsberøvelsens formål og karakter ikke ændres, har EMD derimod været utilbøjelig til at anse spørgsmål om lempelse eller skærpelse af vilkårene for afsoning for omfattet af Artikel 5. I *Ashingdane* (1985, para. 44-49) afviste EMD således, at spørgsmålet om overflytning fra lukket til åbent sindssygehospital var omfattet af Artikel 5, da begge anbringelsesformer udgjorde en frihedsberøvelse, og begge var begrundet i vedkommendes sindslidelse.

2.4 Betydningen af samtykke

Frihedsberøvelse forudsætter som begreb et tvangselement. Derfor synes det nærliggende at antage, at Artikel 5 ikke finder anvendelse, hvis individet har givet samtykke til indgrebet (se også ovenfor Kapitel 5). EMD udtalte imidlertid i *De Wilde, Ooms and Versyp* (1971, para. 65), at den personlige frihed er så grundlæggende i et demokratisk retssamfund, at et samtykke ikke uden videre ophæver Artikel 5's garantier. EMD stillede dog samtidig spørgsmål ved, om der i sagen forelå et frivilligt samtykke, idet klagerne øjensynligt havde meldt sig til politiet, fordi loven krævede vagabonder frihedsberøvet.

Forældre kan give samtykke til frihedsberøvelse af et barn imod dets vilje. I UfR 1984.665 H var den 12-årige Jon blevet indlagt på børnepsykiatrisk afdeling med henblik på samtaleterapi. Indlæggelsen var sket på initiativ af moren, som alene havde forældremyndigheden. De danske domstole fandt ikke, at der var tale om frihedsberøvelse, men om udøvelse af forældremyndigheden. Dette godkendte EMDs flertal i *Nielsen* (1988, para. 63f). Afgørelsen har været kritiseret. EMDs flertal tilføjede dog, at forældremyndigheden ikke er ubegrænset, idet staten skal sikre garantier mod misbrug heraf (para. 72).

3. Har frihedsberøvelsen hjemmel i national ret?

Enhver frihedsberøvelse skal efter Artikel 5 både have et retsgrundlag i national ret og være gennemført i overensstemmelse med den i national ret foreskrevne fremgangsmåde.

3.1 Hjemmelskravet

Frihedsberøvelse kræver hjemmel, jf. kravet om »lovlig« i Artikel 5(1), litra a) – f). Den nationale hjemmel skal være rimelig klar og præcis (se nærmere Kapitel 5). Retsgrundlagets klarhed er ifølge EMD særligt essentielt ved et så alvorligt indgreb som frihedsberøvelse, jf. *Steel* (1998, para. 54), *Hilda Halfsteinsdottir* (2004, para. 51) og *Enhorn* (2005, para. 36). Frihedsberøvelse på grundlag af en udvidende fortolkning af eller en analogi fra en lovbestemmelse vil således være problematisk, jf. også *Dougoz* (2001, para. 57).

Tilsvarende gælder i dansk ret en grundsætning om klar og utvetydig lovhjemmel for enhver frihedsberøvelse, jf. også Grl § 71, stk. 2. Grundsætningen blev fastslået med UfR 1925.277 H, hvor Højesteret afviste, at reglerne om frihedsberøvelse af sindssyge kunne anvendes analogt på den seksuelt perverterede, men ikke sindssyge Berning. Dommen i UfR 1971.656 B kan vanskeligt forenes hermed; byretten godkendte her, at sindssygelovens regler om tvangstilbageholdelse kunne anvendes analogt på en ung mand, som ønskede at begå selvmord, men som ifølge Retslægerådet ikke var sindssyg.

Dansk politi anbringer hver dag personer i detentionen (celle på politistationen), som skønnes at være til fare for sig selv eller andre. Detention anvendes især over for berusere, narkomaner, selvmordskandidater og ved husspektakler. Detention havde indtil for nylig alene hjemmel i praksis, om end nogle søgte hjemlen i den dagældende generalfuldmagt i Rpl § 108, hvorefter politiets opgave bl.a. er »at opretholde sikkerhed, fred og orden«, således UfR 1979.660 V; andre søgte hjemlen i nødretsbetragtninger. Denne retssikkerhedsmæssigt betænkelige retstilstand er nu bragt til ophør med Politiloven (lov nr. 444 af 9. juni 2004), der udtrykkeligt hjemler detentionsanbringelse af personer, som er påvirket af alkohol m.v., jf. § 10, samt kortvarig frihedsberøvelse af personer, som er syge eller hjælpeløse, jf. § 11, eller er til fare for andre eller den offentlige orden, jf. § 5.

3.2 Procedurekravet

Frihedsberøvelse skal endvidere ske »i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde«, jf. Artikel 5(1). Den relevante lovgivning m.v. skal indeholde en procedure for etablering af frihedsberøvelsen; og denne procedure skal være overholdt (kompetence, tidsfrister m.v.), idet der ellers ikke alene foreligger en overtrædelse af national ret, men tillige en krænkelse af Artikel 5. I UfR 1998.337 V fandtes tvangstilbageholdelse af en sindssyg person at være ulovlig, allerede fordi tidsfristerne i Psykiatriloven var overskredet; derfor havde den tvangstilbageholdne krav på erstatning efter Artikel 5(5).

4. Varetager frihedsberøvelsen et legitimt formål

Artikel 5(1) indeholder i litra a)-f) en udtømmende opregning af de grunde, som kan berettige en frihedsberøvelse. Der er således seks kategorier af tilladt frihedsberøvelse:

a) afsoning af fængselsstraf m.v.
b) gennemtvingelse af domstolspåbud og lovpligter
c) anholdelse og fængsling ved mistanke om kriminalitet
d) socialt begrundet frihedsberøvelse af børn og unge
e) frihedsberøvelse af sindssyge, smitsomt syge, alkoholikere m.fl.
f) frihedsberøvelse af udlændinge i forbindelse med asyl- og udvisningssager.

De enkelte frihedsberøvelseskategorier gennemgås én for én nedenfor i afsnit 7-12. I dette afsnit gøres alene nogle generelle bemærkninger vedrørende opregningens betydning.

EMD har fastslået, at opregningen af frihedsberøvelsesgrunde i Artikel 5 ikke alene er udtømmende, men desuden skal fortolkes indskrænkende, se bl.a. *Engel* (1976, para. 57), *Winterwerp* (1979, para. 37) og *Vasileva* (2003, para. 33). En frihedsberøvelse, som ikke falder inden for én af de opregnede kategorier, udgør således uden videre en krænkelse af Artikel 5.

Forsøget på en positiv opregning af frihedsberøvelsesgrunde er en historisk nyskabelse i beskyttelsen af den personlige frihed. Den har dog vist sig at støde på vanskeligheder, når den i praksis konfronteres med

samfundets behov. I visse tilfælde vil EMD få forelagt typer af frihedsberøvelse, som er almindeligt forekommende i deltagerstaterne, og som fremstår som velbegrundede i samfundets eller individets egen interesser, men som vanskeligt eller slet ikke lader sig indpasse i nogen af Artikel 5's kategorier. I disse situationer har EMD valgt en pragmatisk tilgang til Artikel 5's ordlyd.

Trods det principielle udgangspunkt om en snæver fortolkning af frihedsberøvelsesgrundene i litra a)-f) rummer nyere EMD praksis således eksempler på, at EMD har anerkendt en udvidende fortolkning af Artikel 5's frihedsberøvelsesgrunde. Således godkendte EMD i *Steel* (1998) en anholdelse begrundet i fredskrænkelse, selv om fredskrænkelse ikke var en »forbrydelse« efter national ret (omtalt nedenfor i afsnit 9); og i *Witold Litwa* (2000) godkendte EMDs flertal principielt frihedsberøvelse på grund af beruselse, selv om vedkommende ikke var »alkoholiker« (omtalt nedenfor i afsnit 11).

I *H.M. v. Switzerland* (2002) var det derimod ikke muligt, selv med en udvidende fortolkning, at finde en dækkende frihedsberøvelsesgrund i Artikel 5. Sagen vedrørte tvangsmæssig anbringelse af en kvinde på plejehjem (kvinden var ikke diagnosticeret sindssyg, jf. litra e). Da EMD imidlertid fandt tvangsanbringelsen velbegrundet og nødvendig – kvinden havde hjemme levet under uhumske og sundhedsskadelige forhold og nægtet at samarbejde med hjemmehjælpen – løste flertallet problemet ved at afvise, at der overhovedet forelå en frihedsberøvelse. Flertallet henviste herved bl.a. til, at kvinden ikke var anbragt på en lukket institution, men havde bevaret sin bevægelsesfrihed og mulighed for kontakt med omverdenen, samt at hun efterfølgende havde udtrykt tilfredshed med at være på plejehjemmet (para. 45-47). Flertallet må imidlertid have erkendt, at disse forhold ikke efter EMDs hidtidige praksis kunne fratage tvangsanbringelsen karakter af en frihedsberøvelse, og som sådan var den da også rubriceret i national ret. Flertallet tilføjede derfor som bærende begrundelse, at tvangsanbringelsen af kvinden var sket »in her own interest in order to provide her with necessary medical care and satisfactory living conditions and standards of hygiene (...)«, hvorfor der ikke forelå en frihedsberøvelse, men »a responsible measure taken by the competent authorities in the applicant's interest.« (para. 48). Den dissentierende dommer Loucaides ville ud fra en mere tvangfri juridisk fortolkning statuere frihedsberøvelse og derfor krænkelse, eftersom in-

gen af de i Artikel 5 opregnede frihedsberøvelsesgrunde dækkede kvindens tilfælde. Loucaides fastslog i dissensen bl.a.:

> »if it were true that those responsible for the interpretation of the Convention were free to establish other categories of »deprivation of liberty« in respect of which the protection of Article 5 would be inapplicable, either because the compulsory restriction of a person's physical freedom is a »responsible measure« for his own good (as in the present case) or for any other »useful« purpose, this would render the prohibition in question meaningless and make a mockery of its objectives. Even worse, it would open the door to uncontrolled arbitrariness and real and unwarranted dangers to the freedom of the individual«.

Det må medgives, at flertallets konklusion harmonerer dårligt med ordlyden af og EMDs praksis vedrørende Artikel 5: En frihedsberøvelse er en frihedsberøvelse, selv om den er nødvendig i personens egen interesse. Samtidig synes det vanskeligt at være uenig med flertallet i, at tvangsanbringelse i sagen var både berettiget og nødvendig. Flertallets indskrænkende fortolkning af begrebet frihedsberøvelse i denne sag må utvivlsomt ses i lyset af, at EMD ellers ville være tvunget til generelt at underkende tvangsmæssig plejehjemsanbringelse af ikke-sindssyge personer som uforeneligt med Artikel 5. Også dansk lovgivning vedrørende tvangsanbringelse på plejehjem ville være i strid med Artikel 5, såfremt EMDs flertal havde anlagt samme fortolkning som dommer Loucaides. Efter Servicelovens § 109 g, jf. § 109 e, kan det sociale nævn efter indstilling fra kommunen tvangsmæssigt anvise ældre en plejehjemsplads, hvis der ville være uforsvarligt for vedkommende at bo hjemme m.v. (reglens anvendelsesområde er ikke begrænset til demente, som vil være dækket af begrebet »sindssyge« i Artikel 5(1), litra e).

5. Er frihedsberøvelsen nødvendig og proportional?

Det forekommer naturligt at kræve, at et så alvorligt indgreb som frihedsberøvelse alene må finde sted, hvor det er nødvendigt og står i et rimeligt forhold til formålet.

Et sådant krav om frihedsberøvelsens nødvendighed og proportionalitet fremgår dog ikke umiddelbart af Artikel 5. Efter ordlyden af Artikel 5 er det tilstrækkeligt, at en frihedsberøvelse er omfattet af de tilladte

frihedsberøvelsesgrunde og er »lovlig« (»lawful«). Begrebet »lovlig« synes umiddelbart alene at indebære et rent formelt krav om hjemmel; det kan dog også – ligesom det anglo-amerikanske begreb »due process of law« – tillægges en bredere betydning som et materielt krav om fravær af vilkårlighed, et krav som udtrykkeligt fremgår af Artikel 5's forbillede, VM Artikel 9, hvorefter »no one shall be subjected to arbitrary arrest, detention or exile«. EMD har valgt denne bredere fortolkning. Domstolen har i kravet om »lovlig« frihedsberøvelse indfortolket et krav om fravær af vilkårlighed, som implicerer et videregående krav om frihedsberøvelsens nødvendighed, jf. *Winterwerp* (1979, para. 39), og et krav om proportionalitet mellem mål og midler, jf. *Vasileva* (2003, para. 41). EMD har nu entydigt fastslået, at kravene om nødvendighed og proportionalitet gælder for enhver frihedsberøvelse omfattet af Artikel 5. Som EMD udtalte i *Enhorn* (2005, para. 36):

> »The detention of an individual is such a serious measure that it is only justified where other, less severe measures have been considered and found to be insufficient to safeguard the individual or the public interest which might require that the person concerned be detained. That means that it does not suffice that the deprivation of liberty is in conformity with national law, it must also be necessary in the circumstances and in accordance with the principle of proportionality«.

Ved frihedsberøvelse gælder kravene om nødvendighed og proportionalitet som tidligere omtalt såvel ved iværksættelse af frihedsberøvelsen som ved den fortsatte opretholdelse af en allerede etableret frihedsberøvelse. Kravene indebærer navnlig, at:

- Frihedsberøvelse kun kan tillades, hvor mindre indgribende foranstaltninger findes utilstrækkelige til at sikre formålet med frihedsberøvelsen, jf. bl.a. *Winterwerp* (1979, para. 37ff) og *Witold Litwa* (2000, para. 78).
- Formålet må være tilstrækkeligt tungtvejende til at kunne retfærdiggøre en frihedsberøvelse. Der skal foretages en konkret afvejning mellem betydningen af at opfylde det med frihedsberøvelsen forfulgte formål og betydningen af retten til personlig frihed, jf. bl.a. *Nowicka* (2002, para. 61) og *Vasileva* (2003, para. 37). EMD tillægger generelt hensynet til den personlige frihed særdeles stor vægt i denne afvejning; Artikel 5 er ifølge Domstolen »a provision which

makes detention an exceptional departure from the right to liberty«, jf. *Ilijkov* (2001, para. 85).

- Der skal være en rimelig sammenhæng mellem frihedsberøvelsens formål og dens form, jf. bl.a. *Winterwerp* (1979, para. 39) og *Hutchison Reid* (2003, para. 48).
- Frihedsberøvelsen må kun opretholdes, så længe de omstændigheder, som oprindelig gjorde frihedsberøvelse nødvendig, fortsat er til stede, jf. bl.a. *Winterwerp* (1979, para. 39) og *Hristov* (2003, para. 101), og så længe frihedsberøvelsen fortsat står i et rimeligt forhold til det forfulgte formål, jf. bl.a. *Nowicka* (2002, para. 61) og *Vasileva* (2003, para. 37).

Kravene om frihedsberøvelsens nødvendighed og proportionalitet gennemsyrer også dansk lovgivning. Det gælder bl.a. reglerne om anholdelse, varetægtsfængsling m.v. som led i efterforskning af kriminalitet, jf. Rpl § 755, stk. 4, § 762, stk. 3, og § 765; politimæssig frihedsberøvelse uden for strafferetsplejen, jf. Politilovens § 5, stk. 3, § 8, stk. 4, § 9, stk. 3, § 10, stk. 4, § 11, stk. 4, § 12, stk. 2, og § 13, stk. 4; tvangsanbringelse af børn uden for hjemmet, jf. Servicelovens § 42, jf. § 40; tvangsindlæggelse af sindssyge, jf. Psykiatrilovens § 5. EMDs praksis synes dog på nogle områder at have medført en vis skærpelse af proportionalitetsvurderingen, se f.eks. om varetægtsfængsling UfR 1992.877 H.

6. Er domstolsgarantierne overholdt?

Måske ligger den praktisk vigtigste beskyttelse imod vilkårlig frihedsberøvelse i retten til at få en administrativt besluttet frihedsberøvelse efterprøvet ved domstolene. Essensen er, at individet skal have adgang til en uafhængig kontrol med en administrativ frihedsberøvelses »lovlighed« i henhold til Artikel 5 – dens hjemmel, legitime formål, nødvendighed og proportionalitet. Det er ikke altid tilstrækkeligt, at en dommer har godkendt den oprindelige beslutning om frihedsberøvelse. Enhver frihedsberøvelse skal til stadighed leve op til kravene i Artikel 5, og såfremt frihedsberøvelsen er begrundet i foranderlige forhold, skal individet løbende have adgang til judiciel kontrol hermed. I det følgende opridses alene det generelle indhold af de judicielle garantier i Artikel

5(3) og Artikel 5(4), idet der i øvrigt henvises til gennemgangen af de enkelte frihedsberøvelsesgrunde nedenfor.

6.1 Artikel 5(4) – En generel domstolsgaranti vedrørende frihedsberøvelse

Artikel 5(4) indeholder en generel domstolsgaranti, som gælder ved enhver form for frihedsberøvelse. Artikel 5(4) giver individet ret til at indbringe en administrativ beslutning om (fortsat) frihedsberøvelse for en domstol, som »hurtigt« skal træffe afgørelse. Hvis den frihedsberøvede løslades efter en kort periode, finder garantien i Artikel 5(4) dog ikke anvendelse, jf. *Fox, Campbell and Hartley* (1990, para. 45) og *Slivenko* (2003, para. 158), begge vedrørende frihedsberøvelse i omkring 2 døgn. Kravet om domstolsprøvelse i Artikel 5(4) kan ifølge EMD opfyldes af andet end en klassisk domstol, såfremt personen/organet opfylder de grundlæggende judicielle krav om upartiskhed, uafhængighed og en retfærdig procedure med ligestilling mellem parterne, jf. *Weeks* (1987, para. 61) og *G.K. v. Poland* (2004, para. 91). Hvor frihedsberøvelsen er begrundet i forhold, som kan ændre sig over tid – f.eks. vedkommendes farlighed eller sindssygdom – giver Artikel 5(4) et krav på periodisk domstolskontrol, jf. bl.a. *Winterwerp* (1979, para. 55) og *Hutchison Reid* (2003, para. 65). EMD har fastslået, at Artikel 5(4) ikke kræver adgang til en fuldstændig domstolsprøvelse af alle dele af det administrative skøn, men prøvelsen skal være tilstrækkelig til at kunne efterprøve de forhold, som er essentielle for overholdelsen af Artikel 5's krav om hjemmel, nødvendighed og proportionalitet, se bl.a. *Weeks* (1987, para. 59), *E v. Norway* (1990, para. 50) og *G.K. v. Poland* (2004, para. 90).

Grl § 71, stk. 6, giver som udgangspunkt en bedre beskyttelse end Artikel 5(4), idet individet efter Grl § 71, stk. 6, har ret til *på begæring* at få efterprøvet lovligheden af en administrativ frihedsberøvelse uden for strafferetsplejen ved domstolene, se nærmere Rpl Kapitel 43 a. Artikel 5(4)'s anvendelsesområde er imidlertid videre, dels fordi Artikel 5(4) også omfatter varetægtsfængsling inden for strafferetsplejen, dels fordi Artikel 5(4) efter EMDs praksis sikrer individet ret til periodisk domstolskontrol med enhver form for frihedsberøvelse, som er begrundet i forhold, der kan forandre sig over tid, hvad enten den oprindelige beslutning er truffet administrativt eller af en domstol. Dette bringer dog ikke dansk ret i konflikt med Artikel 5. Den generelle adgang til

domstolsprøvelse af administrative afgørelser i medfør af Grl § 63 må utvivlsomt antages at opfylde kravet i Artikel 5(4), også fordi danske domstoles prøvelse af administrative indgreb generelt er intensiv.

6.2 Artikel 5(3) – en skærpet judiciel garanti ved anholdelse og varetægtsfængsling

Artikel 5(3) rummer en skærpet judiciel garanti, som alene gælder ved anholdelse og fængsling på grund af mistanke om kriminalitet, jf. Artikel 5(1), litra c. Artikel 5(3) giver individet krav på »ufortøvet« og automatisk efterprøvelse af frihedsberøvelsen ved en domstol eller en anden judiciel instans. Det nærmere indhold af Artikel 5(3) omtales nedenfor i afsnittet om anholdelse og varetægtsfængsling (afsnit 9).

7. Afsoning af fængselsstraf m.v. (litra a)

7.1 Straffedommen

En klassisk form for frihedsberøvelse er afsoning af fængselsstraf m.v. Forudsat, at straffen er idømt ved en »kompetent domstol« (som opfylder kravene til en retfærdig rettergang, jf. Kapitel 9), er afsoningen af denne straf som udgangspunkt omfattet af litra a.

Hvad angår kravet om proportionalitet, kunne man principielt tænke sig, at en idømt fængselsstraf stod i et sådant misforhold til den begåede kriminalitet, at der forelå en krænkelse af Artikel 5(1). EMD udtalte imidlertid i *Weeks* (1987), at Domstolen ikke vil efterprøve rimeligheden af den nationalt fastsatte straf i medfør af Artikel 5 (para. 50), men at en helt uproportional straffastsættelse derimod kan udgøre »umenneskelig straf« i strid med Artikel 3 (para. 47). Derimod har EMD fastslået, at der skal være en rimelig sammenhæng mellem afsoningens formål og form; sindssyge afsonere bør således ikke sættes i almindeligt fængsel, men skal anbringes på et sindssygehospital eller lignende, jf. *Ashingdane* (1985, para. 44), *Aerts* (1998, para. 46) og *Hutchison Reid* (2003, para. 47). Sindssyge afsonere er omfattet af både litra a) og litra e) om frihedsberøvelse af bl.a. sindssyge.

7.2 Administrative afgørelser om opretholdelse eller genoptagelse af afsoning

Længden af en straffedom er ikke altid (kun) begrundet i alvoren af den begåede kriminalitet. En tidsubestemt eller længerevarende straffedom kan (helt eller delvis) være begrundet i, at den dømtes psykiske tilstand og adfærd (sindssygdom, farlighed) gør det usikkert, hvornår det vil være forsvarligt at løslade ham, eftersom den dømtes tilstand og adfærd kan ændre sig over tid. Straffedommen kan derfor overlade det til de administrative myndigheder at tage stilling til, hvor længe afsoningen skal opretholdes. Efter EMDs praksis er det i sådanne tilfælde ikke tilstrækkeligt, at en senere administrativ beslutning om fortsat eller fornyet fængsling/anbringelse formelt hviler på den oprindelige straffedom. For at være omfattet af litra a må den administrative frihedsberøvelse også være i overensstemmelse med de formål og begrundelser, som den oprindelige straffedom hvilede på, jf. *Van Droogenbroeck* (1982, para. 35 og 39f); *Weeks* (1987, para. 49) og *Stafford* (2002, para. 64). Som EMD udtalte i *Weeks* (1987, para. 42 og 49):

> »[T]here must be a sufficient causal connection between the conviction and the deprivation of liberty at issue (...) The causal link required by subparagraph (a) (...) might eventually be broken if a position were reached in which a decision not to release or to re-detain was based on grounds that were inconsistent with the objectives of the sentencing court. In those circumstances, a detention that was lawful at the outset would be transformed into a deprivation of liberty that was arbitrary, and, hence, incompatible with Article 5.«

Det betyder i praksis, at en administrativ beslutning om fortsat eller fornyet frihedsberøvelse af den dømte må være begrundet i en tilstand eller en adfærd hos den dømte, som har en rimelig sammenhæng med de forhold, der lå til grund for den oprindelige dom.

Dette fandtes at være tilfældet i *Van Droogenbroeck* (1982): Klager var oprindelig fundet skyldig i tyveri og idømt to års fængsel plus 10 år »at the Governments disposal«. Efter udståelsen af sin fængselsstraf blev han anbragt i et kontrolleret reintegrationsprogram, men forsvandt. Han begik i den følgende tid flere tyverier og afsonede straf for nogle af dem, men blev til sidst af justitsministeren frihedsberøvet med henvisning til den oprindelige dom for tyveri. Den administrative beslutning om fornyet frihedsberøvelse var således ligesom den oprindelige straffedom

begrundet i klagers tilbøjelighed til at stjæle. EMD fandt derfor inden krænkelse af Artikel 5(1). Samme resultat nåede EMD i *Weeks* (1987): Klager var oprindelig som ung mand idømt livstidsstraf (!) for væbnet røveri og overfald; det var ikke hensigten, at han skulle sidde i fængsel hele livet, men da han blev anset for at være farlig, blev det i dommen overladt til de administrative myndigheder at løslade ham, når og hvis han blev mere ansvarlig. På et tidspunkt blev klager prøveløsladt, men efter at have overtrådt vilkårene for prøveløsladelse, bl.a. ved mindre voldshandlinger og brug af skydevåben, blev han ved administrativ beslutning genindsat i fængsel. Ifølge eksperterne havde han fortsat stort aggressivt potentiale og en sygelig fascination af vold. Den administrative genindsættelse var således ligesom den oprindelige straffedom begrundet i klagers voldelige adfærd. EMD fandt derfor ingen krænkelse af Artikel 5(1).

Derimod fandt EMD i *Stafford* (2002), at der ikke var tilstrækkelig årsagssammenhæng mellem den oprindelige straffedom og en senere administrativ beslutning om genoptagelse af afsoning: Klager var oprindelig idømt fængsel på livstid for manddrab, men blev prøveløsladt efter at have afsonet den administrativt fastsatte »tarif« på 12 års fængsel. Da klager mange år senere havde begået dokumentfalsk og afsonet en selvstændig fængselsstraf herfor, besluttede de administrative myndigheder, at han fortsat skulle holdes fængslet med henvisning til den oprindelige dom for manddrab, da han med sin fornyede kriminalitet havde overtrådt vilkårene for prøveløsladelse og idet man vurderede, at der var risiko for ny økonomisk kriminalitet. EMD fastslog, at klagers straf reelt var udstået med fængsels-«tariffen« på 12 år. Herefter kunne fornyet administrativ fængsling med henvisning til den oprindelige dom for manddrab kun baseres på grunde, der havde forbindelse til denne straffedom. Klager var imidlertid administrativt blevet tilbageholdt i fængslet af grunde (risiko for økonomisk kriminalitet), som ikke havde sammenhæng med hans oprindelige dom (manddrab). Der forelå derfor en krænkelse af Artikel 5(1).

Hvor sindssyge eller farlige forbrydere dømmes til tidsubestemt anbringelse eller forvaring på grund af alvorlig kriminalitet, er dommen ofte begrundet i såvel hensynet til at straffe forbrydelsen som hensynet til at sikre offentligheden mod en person, som anses for at være farlig, jf. *Thynne, Wilson and Gunnell* (1990, para. 76). Når det rent »straffende« element i den oprindelige dom er afsonet, er det herefter kun rent

sikkerhedsmæssige hensyn, som kan begrunde fortsat frihedsberøvelse med henvisning til den oprindelige straffedom. I *Stafford* (2002) stod det klart, at straffen reelt bestod i »tariffen« på 12 år. I andre tilfælde er det vanskeligere at trække grænsen, og der må da skeles til, hvad der er den sædvanlige straf for den pågældende forbrydelse. I *Thynne, Wilson and Gunnell* (1990) var tre voldtægtsmænd med henvisning til såvel kriminalitetens usædvanlige grovhed som mændenes farlighed for samfundet idømt livstidsstraf med mulighed for løsladelse, når de havde afsonet straffen for deres forbrydelse og ikke længere var farlige for samfundet. EMD fandt, at mændene efter 15-25 års fængsel nu havde udstået deres »straf«, hvorfor frihedsberøvelsen kun kunne opretholdes, såfremt de fortsat var farlige for samfundet.

I Danmark kan sindssyge kriminelle ikke idømmes fængselsstraf, men kan i stedet dømmes til anbringelse på sindssygehospital eller lignende institution, Strl § 68, jf. § 16. Længstetiden for institutionsanbringelse er normalt 5 år, men i alvorlige tilfælde er anbringelsen tidsubestemt, Strl § 68 a. Også særligt farlige kriminelle kan i stedet for fængselsstraf dømmes til forvaring på ubestemt tid, Strl § 70. Såvel ved forvaring som anbringelse på sindssygehospital må frihedsberøvelsen kun opretholdes, så længe det er nødvendigt, Strl § 72 (i nødvendighedsvurderingen indgår dog i praksis også, hvilken straf man normalt ville blive idømt for den pågældende forbrydelse). Sindssyge kriminelle kan som en mindre indgribende foranstaltning dømmes til ambulant behandling, men med mulighed for senere administrativ tvangsindlæggelse om nødvendigt. Hvis denne mulighed udnyttes, må det tilsvarende sikres, at den lægelige beslutning om indlæggelse er nødvendig af grunde, som har sammenhæng med straffedommen, jf. forudsætningsvis UfR 1995.338 Ø.

7.3 Domstolsgarantier

Afsoning af fængselsstraf m.v. følger efter en dom afsagt af en domstol. Forudsat, at individet har fået en retfærdig rettergang, er der derfor som udgangspunkt ikke behov for yderligere domstolsgarantier i forhold til iværksættelse af afsoning, jf. *De Wilde, Ooms and Versyp* (1971, para. 76) og *Van Droogenbroeck* (1982, para. 44-45). Imidlertid kan fængselsmyndigheder m.fl. i medfør af straffedommen være beføjet til at træffe afgørelser, som væsentligt griber ind i individets fysiske frihed, bl.a. om afslag på (prøve)løsladelse, genindsættelse efter prøveløsladelse, disciplinærstraf i form af skærpede afsoningsvilkår m.v. EMD har fastslået,

at domstolsgarantien i Artikel 5(4) i et vist omfang omfatter sådanne administrative afgørelser vedrørende afsoning af straf.

Administrative beslutninger om opretholdelse eller genoptagelse af afsoning. Såfremt berettigelsen af fortsat frihedsberøvelse beror på forhold, der kan ændre sig over tid (den dømtes mentale tilstand eller farlighed), giver Artikel 5(4) den dømte krav på adgang til periodisk domstolskontrol med frihedsberøvelsens fortsatte berettigelse, herunder ret til at få efterprøvet administrative beslutninger om opretholdelse eller genoptagelse af frihedsberøvelsen, jf. om farlige forbrydere *Weeks* (1987, para. 58) og *Stafford* (2002, para. 87), og om sindssyge forbrydere *Hutchison Reid* (2003, para. 65). Artikel 5(4) gælder dog først fra det tidspunkt, hvor frihedsberøvelsen ikke længere er begrundet i rent straffende hensyn, men alene i sikkerhedshensyn, jf. *Thynne, Wilson and Gunnell* (1990, para. 76).

EMD har således i en lang række af denne slags tilfælde statueret krænkelse af Artikel 5(4), fordi klager ikke havde adgang til en både uafhængig og reel prøvelse af administrative beslutninger om fortsat/genoptaget frihedsberøvelse, jf. bl.a. *Van Droogenbroeck* (1982), *Weeks* (1987), *Thynne, Gunnell and Wilson* (1990), *Stafford* (2002) og *Hutchison Reid* (2003). Eksempelvis var afgørelsen i *Weeks* (1987, para. 66 og 69) om genindsættelse efter prøveløsladelse truffet af et nævn, som ikke opfyldte Artikel 5(4)s krav om en judiciel procedure, og adgangen til at indbringe nævnets afgørelse for domstolene opfyldte heller ikke Artikel 5(4), da domstolene kun kunne tilsidesætte nævnets afgørelse, hvis den var åbenbart ulovlig eller irrationel.

Administrative beslutninger om afsoningen og dens vilkår.
De administrative myndigheder kan som udgangspunkt træffe en række beslutninger om afsonerens forhold, som ikke falder ind under Artikel 5(4). En dom om frihedsstraf vil typisk ikke tage stilling til anbringelsesstedet (hvilken institution) eller måden (åben eller lukket institution), men overlade dette til de administrative myndigheder. Administrative beslutninger om afsoningssted og -form er ikke omfattet af Artikel 5(4). Tilsvarende gælder senere afgørelser om overflytning til et andet fængsel eller om udgangstilladelse. En undvegen afsoner kan desuden pågribes og genindsættes i fængsel uden, at der derved foreligger en ny frihedsberøvelse omfattet af Artikel 5(4). Heller ikke skærpelse eller afslag på

lempelse af afsoningsvilkårene vil normalt være omfattet, jf. *Ashingdane* (1985), hvor EMD ikke fandt Artikel 5(4) anvendelig på spørgsmålet om flytning af en afsoner fra et lukket til et åbent sindssygehospital, da formålet med begge afsoningsformer var psykiatrisk behandling.

Man kan derimod argumentere for, at disciplinærstraf til afsonere i form af f.eks. anbringelse i strafcelle som minimum bør være omfattet af Artikel 5(4), da sanktionen er begrundet i afsonerens efterfølgende opførsel og derfor ikke reelt er omfattet af den oprindelige dom, anderledes UfR 1973.824 H. EMDs praksis synes at understøtte synspunktet. I *Ezeh and Connors* (2003) blev to afsonere som disciplinær foranstaltning for trusler hhv. vold mod fængselspersonalet administrativt pålagt en ekstra frihedsstraf på 40 hhv. 7 dage. EMDs flertal fandt, at der reelt var tale om en ny, selvstændig straf omfattet af kravene til en retfærdig rettergang i Artikel 6 (se Kapitel 9), mens et mindretal på 4 dommere mindre vidtgående foreslog, at Artikel 5(4) måtte være anvendelig på foranstaltningen.

8. Gennemtvingelse af domstolspåbud og lovmæssige forpligtelser (litra b)

Undertiden kan det være nødvendigt at frihedsberøve en person, som ikke frivilligt vil opfylde de forpligtelser, som lovgivningen eller en domstol pålægger ham.

Efter litra b kan myndighederne for det første frihedsberøve personer, som nægter at »efterkomme en domstols lovlige påbud«. Således kan bl.a. personer, som trods et domstolspålæg nægter at afgive vidneforklaring eller blodprøve til brug for en retssag, om nødvendigt frihedsberøves for at gennemtvinge afhøringen eller blodprøveudtagningen. Der skal være et rimeligt forhold mellem frihedsberøvelsen og det, som søges opnået hermed. I *Nowicka* (2002) var frihedsberøvelsens varighed åbenbart ude af proportion og derfor i strid med Artikel 5: En 54-årig kvinde blev i forbindelse med en privat straffesag mod hende for ærekrænkende beskyldninger af en domstol beordret til at gennemgå psykiatriske undersøgelser (hun var mistænkt for at lide af paranoid skizofreni); da kvinden ikke frivilligt mødte op, beordrede domstolen kvinden frihedsberøvet for at sikre gennemførelse af undersøgelserne. Hun blev herefter i flere omgange holdt fængslet i en samlet periode på 83

dage(!). EMD fandt énstemmigt, at fængslingen i flere tilfælde var blevet opretholdt, selv om det ikke var nødvendigt for at gennemføre undersøgelser, samt at den lange fængslingsperiode under alle omstændigheder stod i misforhold til formålet.

Adgangen efter litra b til at frihedsberøve en person »for at sikre opfyldelsen af en ved lov foreskrevet forpligtelse« er noget vanskeligere at afgrænse. Ordlyden åbner for en meget vid adgang til administrativ frihedsberøvelse, herunder endog forebyggende, for at sikre, at en person overholder sine forpligtelser efter loven. Dette ville selvsagt være i strid med betydningen af den personlige frihed i en demokratisk retsstat. EMD har da også fastslået, at der skal være tale om en »specifik og konkret forpligtelse«, som vedkommende hidtil har undladt at opfylde, jf. *Engel* (1976, para. 69). Endvidere skal der også her være et rimeligt forhold mellem frihedsberøvelsen og dens formål. I *Benham* (1996) synes EMDs flertal imidlertid at have set bort fra dette proportionalitetskrav. En ung mand var af en domstol beordret fængslet i 30 dage, fordi han ikke havde betalt en særlig skat på i alt 325 £. Det fremgik af sagen, at manden ikke havde nogen midler at betale med, men nok potentiale til at indtjene dem. EMDs flertal (17 dommere) fandt, at fængslingen for at sikre opfyldelsen af en lovmæssig skattepligt var lovlig og ikke vilkårlig og således forenelig med Artikel 5, mens et mindretal (4 dommere) fandt Artikel 5 krænket med henvisning til, at fængslingen var ude af proportion med det hermed forfulgte formål. I den danske sag *Vasileva* (2003) fandt EMD derimod enstemmigt, at frihedsberøvelsen varighed var uproportional med formålet og statuerede derfor en krænkelse af Artikel 5: En 67-årig kvinde blev en sommeraften taget uden billet i en bybus i Århus; da billetkontrolløren ville udskrive en bøde, nægtede kvinden imidlertid at afsløre sin identitet; politiet blev tilkaldt, og da hun fortsat nægtede at opgive navn og adresse, blev kvinden taget med på stationen, idet hun herved forbrød sig mod forpligtelsen i Rpl § 750 til på forlangende at udlevere navn og adresse til politiet. Politiet tilbageholdt kvinden natten over, indtil hun endelig næste formiddag afslørede sin identitet og blev løsladt. Frihedsberøvelsen havde da varet 13 ½ time. Ved vurderingen af, om denne frihedsberøvelse stod i et rimeligt forhold til betydningen af opfyldelse af oplysningspligten (para. 37), medgav EMD, at oplysningspligten er helt fundamental for politiets mulighed for at udføre sit arbejde (para. 39) og, at det havde været berettiget at anholde kvinden (para. 40). Spørgsmålet var alene, om

frihedsberøvelsens varighed stod i misforhold til formålet. EMD kritiserede, at politiet ikke i perioden mellem kl. 11 om aftenen og kl. 6.30 næste morgen havde forsøgt at få kvinden til at give oplysningerne, selv om myndighederne begrundede dette med hensyntagen til kvindens behov for søvn. EMD udtalte endvidere, at eftersom den manglende opfyldelse af oplysningspligten var en mindre forseelse, som alene var behæftet med bødestraf, kunne frihedsberøvelsen under alle omstændigheder ikke opretholdes for en længere periode (tidligere afgørelser har godkendt frihedsberøvelser af 1-4 timers varighed). På den baggrund konkluderede EMD enstemmigt, at frihedsberøvelsens varighed havde været uproportional i forhold til sit formål (para. 41). Dommen er udtryk for en streng proportionalitetsvurdering. Den umiddelbare konsekvens af dommen er, at en person herefter kan vælge mellem at opgive sit navn til politiet eller tilbringe nogle få timer på politistationen. Det gælder i hvert fald, hvor baggrunden for politiets interesse er, at man har kørt uden billet. Det kan vel ikke udelukkes, at sagen ville stille sig anderledes, hvis man som eneste øjenvidne til en alvorlig forbrydelse nægtede at opgive navn og adresse.

Manglende evne til at opfylde en kontraktmæssig forpligtelse kan aldrig i sig selv begrunde frihedsberøvelse, jf. TP 4, Artikel 1.

9. Anholdelse og varetægtsfængsling ved mistanke om kriminalitet (litra c)

Som led i efterforskningen af kriminalitet er det nødvendigt, at politiet kan anholde personer, som mistænkes for en forbrydelse, og at mistænkte personer i visse tilfældet kan holdes varetægtsfængslet i en kortere eller længere periode, mens sagen efterforskes.

9.1 »Forbrydelse«

Frihedsberøvelse efter litra c forudsætter mistanke om (risiko for) en »forbrydelse«. EMD fortolker dette begreb selvstændigt. I *Ireland v. United Kingdom* (1978, para. 196) fandt EMD, at frihedsberøvelse alene »for the preservation of peace and maintenance of order« ikke omfattes af litra c. Dette standpunkt synes dog noget modificeret med *Steel* (1998, para. 48-50): Nogle demonstranter var med hjemmel i engelsk ret blevet anholdt for krænkelse af den offentlige fred. Fredskrænkelse var ikke

klassificeret som en forbrydelse i engelsk ret. EMD udtalte imidlertid, at begrebet »forbrydelse« i litra c har en autonom betydning; og da opretholdelse af den offentlige fred ifølge EMD er »in the nature of public duty«, fandt Domstolen, at fredskrænkelsen udgjorde en forbrydelse i litra c's forstand.

9.2 Anholdelse

En person kan efter litra c anholdes, hvis der er »begrundet mistanke om, at han har begået en forbrydelse«. Der må foreligge oplysninger, som objektivt begrunder en mistanke om, at vedkommende kan have begået forbrydelsen, jf. *Labita* (2000, para. 155). Mistanken må være konkret; det er ikke tilstrækkeligt, at personen tidligere har begået lignende kriminalitet, jf. *Fox, Campbell and Harvey* (1990) – anholdelse af tidligere dømte terrorister i forbindelse med nye terrorhandlinger. I dansk ret kræver anholdelse tilsvarende en »rimeligt begrundet mistanke« om kriminalitet, jf. Rpl § 755, stk. 1.

Litra c åbner endvidere mulighed for forebyggende anholdelse af en person, når der er »rimelig grund til at anse dette som nødvendigt for at hindre ham i at begå en forbrydelse«. Denne adgang til frihedsberøvelse er potentielt meget vidtrækkende. EMD har dog fastslået, at muligheden kun må anvendes for at forebygge en »concrete and specific offence«, jf. *Guzzardi* (1980, para. 101). Der skal derfor formentlig foreligge konkrete indicier om en nært forestående kriminel aktivitet. I dansk ret findes ingen generel adgang til forebyggende anholdelse. Planlægning og forberedelse af kriminalitet er dog i sig selv strafbart som forsøg, jf. Strl § 21; ved mistanke om forsøg kan man derfor anholdes efter Rpl § 755.

I Danmark tilkaldes politiet undertiden ved husspektakler. Det kan ende med, at politiet tager en af stridens parter – typisk manden – med på stationen for, at han kan »køle af« natten over og for at forhindre, at konflikten ender i vold – typisk mod kvinden. Det er i forarbejderne til Politilovens § 5 om politiets fareafværgende indgreb forudsat, at politiet fortsat kan gribe ind ved husspektakler, hvis der er »konkret og nærliggende fare for enkeltpersoners sikkerhed«. I forhold til Artikel 5 må grundlaget for sådanne frihedsberøvelser – hvor manden ikke kan anholdes for allerede begået vold (litra c) eller er klart påvirket af alkohol m.v. (litra e) – søges i hensynet til at forebygge forbrydelse (litra c).

9.3 Varetægtsfængsling

En anholdelse kan være kortvarig, men vil ofte føre til varetægtsfængsling af den mistænkte, mens sagen efterforskes. Berettigelsen af længerevarende varetægtsfængsling beror efter EMDs praksis både på den fortsatte tilstedeværelse af tungtvejende fængslingsgrunde *og* på en tilstrækkelig hurtig behandling af straffesagen fra myndighedernes side.

Kravene til en varetægtsfængslings begrundelse og varighed har EMD udledt gennem en fri og formålsorienteret fortolkning af bestemmelsen i litra c set i lyset af kravet i Artikel 5(3), hvorefter den frihedsberøvede enten skal have sin straffesag afgjort inden for en rimelig frist eller løslades, mens sagen verserer. EMD har fortolket Artikel 5(3) således, at bestemmelsen stiller krav om, at varetægtsfængslingen ikke må overskride en rimelig periode, jf. *Wemhoff* (1968, »As to the Law«, para. 4f). EMD fortolker således litra c og Artikel 5(3) under ét og henviser normalt til Artikel 5(3) ved vurderingen af varetægtsfængslingens berettigelse og varighed (logisk burde nødvendigheds- og proportionalitetskravet dog, ligesom ved de øvrige frihedsberøvelsesgrunde, indfortolkes i litra c). Overordnet beskytter disse bestemmelser ifølge EMD en mistænkt person mod »any arbitrary or unjustified deprivation of liberty« og indebærer derfor et krav om »provisional release once detention ceases to be reasonable«, jf. bl.a. *Aquilina* (1999, para. 47).

Fængslingsgrunde

En begrundet mistanke om kriminalitet er ifølge EMD en minimumsbetingelse for at holde en person fængslet uden dom. Efter en periode er dette dog ikke i sig selv tilstrækkeligt; da må der foreligge særlige grunde, som kan retfærdiggøre fortsat fængsling. Endvidere skal myndighederne behandle straffesagen med tilstrækkelig hurtighed, så fængslingen ikke trækker unødigt ud, se bl.a. *Letellier* (1991, para. 35) og *Hristov* (2003, para.101):

> »The persistence of a reasonable suspicion that the person arrested has committed an offence is a condition sine qua non for the validity of the continued detention, but after a certain lapse of time, it no longer suffices; the Court must then establish whether the other grounds cited by the judicial authorities continue to justify the deprivation of liberty. Where such grounds are »relevant« and »sufficient«, the Court must also ascertain whether the competent national authorities displayed »special diligence« in the conduct of the proceedings.«

Kun konkrete og tungtvejende samfundshensyn kan begrunde fortsat varetægtsfængsling uden dom, jf. bl.a. *Ilijkov* (2001, para. 84) og *G.K. v. Poland* (2004, para. 82). De hensyn, som kan retfærdiggøre fortsat varetægtsfængsling, omfatter efter EMDs praksis (navnlig):

- Hensynet til at hindre, at den mistænkte begår nye forbrydelser (jf. litra c), se bl.a. *Ilijkov* (2001, para. 80) og *Hristov* (2003, para. 106). Et indicium for en sådan risiko er, at den mistænkte flere gange tidligere er dømt for tilsvarende forbrydelser, jf. *Toth* (1991, para. 70).
- Hensynet til at hindre den mistænkte i at flygte (jf. litra c), se bl.a. *Letellier* (1991, para. 40ff) og *Hristov* (2003, para. 106). Ved vurdering af flugtrisikoen er den forventede straf relevant, men det, at man er sigtet for en alvorlig forbrydelse, kan ikke i sig selv begrunde længerevarende fængsling, jf. *Ilijkov* (2001, para. 80f).
- Hensynet til efterforskningen, såfremt der er begrundet risiko for, at den mistænkte på fri fod vil hindre opklaringen ved at koordinere sin forklaring med medskyldige og vidner eller true vidner til tavshed, se bl.a. *Letellier* (1991, para. 37ff), *Hristov* (2003, para. 104) og *Pantano* (2003, para. 68ff).
- Hensynet til befolkningens retsfølelse (»ordre public«). Visse forbrydelser har en så grov karakter, at det kan virke stødende på offentligheden, hvis den formodede gerningsmand skulle gå frit rundt, mens sagen efterforskes. Varetægtsfængsling alene begrundet i hensynet til retsfølelsen er imidlertid betænkelig, fordi der her ikke foreligger samme objektive behov for fængsling som i de øvrige tilfælde; fængslingen får i stedet let karakter af anticiperet straf. EMD anerkender derfor kun denne begrundelse i exceptionelle tilfælde, og kun hvis det konkret godtgøres, at løsladelse ville vække offentlig forargelse, jf. *Letellier* (1991, para. 51).

Staten må konkret påvise nødvendigheden af fængsling. Regler om automatisk fængsling er således uden videre i strid med Artikel 5; tilsvarende gælder regler, der gør fængsling til hovedreglen og pålægger den mistænkte at bevise, at der ikke er nogen risiko forbundet med at løslade ham, jf. *Ilijkov* (2001, para. 81ff) og *Hristov* (2003, para. 103ff). Myndighederne skal endvidere altid overveje, om samfundshensynet kan varetages ved mindre indgribende midler end varetægtsfængsling, f.eks.

gennem overvågning af den mistænkte eller krav om sikkerhedsstillelse (kaution), jf. bl.a. *G.K. v. Poland* (2004, para. 85).

Fængslingens varighed

Varetægtsfængslingens varighed regnes fra frihedsberøvelsens iværksættelse, og indtil der sker løsladelse eller afsiges dom i første instans, jf. *Wemhoff* (1968, »As to the Law«, para. 8f).

Fortsat fængsling vil kun være forenelig med Artikel 5, så længe den begrundede mistanke og de særlige hensyn, som nødvendiggør fængslingen, fortsat består, *og* myndighederne til stadighed efterforsker og behandler straffesagen med tilstrækkelig hurtighed. Skyldes varetægtsfængslingens varighed længerevarende inaktivitet eller en meget omstændelig sagsbehandling fra myndighedernes side, er den opretholdte fængsling allerede derfor i strid med Artikel 5. Meget langvarig varetægtsfængsling vil kræve særdeles gode grunde, men i komplicerede sager kan selv årelange perioder være acceptable, jf. bl.a. *Pantano* (2003) – 2 år og 8 måneder ingen krænkelse. Overskrider varetægtsfængslingens varighed længden af den straf, vedkommende kunne forventes idømt, udgør dette dog i sig selv en krænkelse af Artikel 5, jf. *Pilla* (2006, para. 43).

Typisk statueres således krænkelse af Artikel 5 i tilfælde, hvor der vel i begyndelsen har været legitime grunde til at holde den sigtede varetægtsfængslet, men hvor

a) begrundelsen for fortsat fængsling på et tidspunkt ikke længere er tilstede, navnlig fordi efterforskningen nu er nået så vidt, at sigtede på fri fod ikke længere vil kunne ødelægge efterforskningen ved at påvirke vidner og medsigtede, se bl.a. *Letellier* (1991, para. 39), *Kemmache* (1991, para. 54) og *Hristov* (2003, para. 104f), og/eller
b) begrundelsen for fortsat fængsling vel stadig består, men de administrative eller judicielle myndigheder har ikke behandlet sagen med tilstrækkelig hurtighed, hvorfor den mistænkte burde være løsladt, jf. Artikel 5(3), se bl.a. *Clooth* (1991, para. 77) og *Punzelt* (2000, para. 78-80).

Det er ikke en betingelse for varetægtsfængslingens berettigelse, at efterforskningen munder ud i tiltalerejsning og rettergang; berettigelsen må vurderes efter oplysningerne på tidspunktet for beslutningen om (fortsat) fængsling, jf. *Brogan* (1988, para. 53).

I dansk ret kan der ske varetægtsfængsling ved alvorligere krimina-

litet, hvis dette findes nødvendigt for at hindre gentagelse, flugt eller ødelæggelse af efterforskningen, samt, ved meget grov kriminalitet, af hensyn til befolkningens retsfølelse, jf. Rpl § 762. Som det ses, er disse fængslingsgrunde alle principielt godkendt i EMDs praksis som forenelige med Artikel 5 – fængsling af hensyn til retsfølelsen dog kun i exceptionelle tilfælde. I UfR 1992.877 H opretholdt Højesteret løsladelsen af en drabssigtet og tidligere varetægtsfængslet ung mand; fornyet fængsling af hensyn til retsfølelsen fandtes ikke at kunne retfærdiggøres, bl.a. i lyset af EMDs praksis vedrørende Artikel 5. Efter Rpl § 765 kan retten – i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet – i stedet for varetægtsfængsling træffe beslutning om mindre indgribende foranstaltninger (»varetægtssurrogater«), hvoraf nogle udgør en frihedsberøvelse (f.eks. anbringelse i hjem/institution), andre ikke (f.eks. pligt til at møde jævnligt hos politiet, inddragelse af pas, økonomisk sikkerhedsstillelse).

9.4 Domstolsgarantier

Anholdelse og varetægtsfængsling på grund af mistanke om kriminalitet udgør det traditionelle område for retsgarantierne vedrørende den personlige frihed. Artikel 5(3) angår specifikt anholdelse og varetægtsfængsling, men suppleres for så vidt angår varetægtsfængsling i visse situationer af den generelle domstolsgaranti i Artikel 5(4).

Artikel 5(3) – anholdte har krav på ufortøvet judiciel kontrol

Efter Artikel 5(3) skal en anholdt ufortøvet stilles for en dommer eller en anden øvrighedsperson med beføjelser til at udøve domsmyndighed. Er vedkommende ikke dommer, må han/hun opfylde de krav om upartiskhed og uafhængighed, som normalt stilles til en domstol, jf. *Schiesser* (1979, para. 29-31). Hvad der ligger i »ufortøvet«, beror ifølge EMD på forholdene i den konkrete sag, men der er ikke meget spillerum, jf. *T.W. v. Malta* (1999, para. 42). EMD har godkendt, at en prøvelse efter 2 dage opfylder kravet, jf. *Aquilina* (1999, para. 51). Derimod fandtes prøvelse efter 4-6 dage ikke at opfylde kravet i *Brogan* (1988, para. 62). Domstolsprøvelsen efter Artikel 5(3) skal ske automatisk, jf. *T.W. v. Malta* (1999, para. 43). Domstolen skal foretage en reel prøvelse af frihedsberøvelsens berettigelse, og der kræves en mundtlig høring af den mistænkte *T.W. v. Malta* (1999, para. 41 og 44). Kravet om judiciel godkendelse gælder ifølge EMD ikke kun den oprindelige fængslings-

beslutning, men også senere forlængelser af fængslingen, jf. *Baranowski* (2000, para. 57). Artikel 5(3) finder derimod ikke anvendelse, hvis den anholdte løslades så hurtigt, at domstolskontrol reelt ikke kan nå at finde sted, jf. *De Jong, Baljet and Van den Brink* (1984, para. 52).

Anholdtes ret til efter Grl § 71, stk. 3, at blive stillet for en dommer inden for 24 timer, med mindre den anholdte løslades forinden, opfylder klart kravet i Artikel 5(3); dommeren skal senest efter 3 døgn afgøre, om den anholdte skal varetægtsfængsles eller løslades.

Artikel 5(4) – fængslede har krav på adgang til løbende domstolskontrol

Den generelle regel i Artikel 5(4) om adgang til at få prøvet frihedsberøvelsens lovlighed ved en domstol kan få selvstændig betydning ved længerevarende varetægtsfængsling, da varetægtsfængsling kun er tilladt så længe, den begrundede mistanke og de særlige fængslingsgrunde fortsat består, jf. ovenfor. Efter EMDs praksis indebærer Artikel 5(4) derfor en ret til periodisk domstolsprøvelse ved længerevarende varetægtsfængslinger; og da EMDs udgangspunkt er, at adgangen til varetægtsfængsling er underlagt strenge tidsmæssige begrænsninger, stilles krav om adgang til domstolsprøvelse med korte intervaller, jf. *Bezicheri* (1989, para. 20f) – i sagen tilsluttede EMD sig et krav om domstolsprøvelse fremsat en måned efter den oprindelige kendelse om fængsling. I forhold til (fortsat) varetægtsfængsling er Artikel 5(4) krænket, hvis prøvelsen ikke omfatter den fortsatte tilstedeværelse af de oprindelige fængslingsgrunde, jf. *Ilijkov* (2001, para. 94ff) og *Hristov* (2003, para. 117). Domstolsprøvelsen skal opfylde kravene til en judiciel procedure, og den fængslede skal have adgang til en mundtlig høring, jf. *G.K. v. Poland* (2004, para. 91) og *Öcalan* (2005, para. 66). I *Hristov* (2003, para. 118) var Artikel 5(4) krænket, fordi domstolen vurderede fængslingen bag lukkede døre efter at have fået anklagemyndighedens kommentarer, som den frihedsberøvede ikke fik lejlighed til at svare på.

Dansk lovgivning lever generelt op til kravene i Artikel 5(4). Varetægtsfængsling eller et mindre indgribende alternativ (varetægtssurrogat) besluttes af domstolene, Rpl § 764, og beslutningen gælder kun i maksimalt fire uger ad gangen, Rpl § 767. Dermed sikres automatisk domstolsprøvelse minimum hver fjerde uge, hvor der skal tages stilling til, om den oprindelige begrundelse for fængsling m.v. fortsat er til stede eller, om den sigtede skal løslades. Muligheden for i den mellemliggende

periode at indbringe varetægtsfængslingen for domstolene i medfør af Grl § 63 er derfor næppe af praktisk relevans.

10. Tvangsfjernelse og anden socialt begrundet frihedsberøvelse af børn og unge (litra d)

Litra d angår socialt begrundet frihedsberøvelse af børn og unge under 18 år.

Første led om frihedsberøvelse for at »føre tilsyn med hans opdragelse« omfatter sager om tvangsfjernelse og -anbringelse af børn og unge uden for hjemmet. Tvangsanbringelse kan bl.a. komme på tale i tilfælde, hvor forholdene i barnets hjem – f.eks. misbrugsproblemer eller incest – gør en anbringelse nødvendig i barnets interesse, men forældrene modsætter sig dette. Anbringelsen af den unge skal have et socialt/opdragelsesmæssigt formål. Anbringelsesformen skal være i overensstemmelse med dette formål; i *Bouamar* (1989) fandtes således en krænkelse, fordi myndighederne på grund af mangel på ressourcer havde anbragt en 17-årig med sociale problemer i almindeligt fængsel. I dansk ret kan børn tvangsmæssigt anbringes uden for hjemmet, hvis der er åbenbar risiko for, at barnets sundhed eller udvikling vil lide alvorlig skade som følge af utilstrækkelig omsorg eller overgreb fra forældrene eller på grund af barnets egne sociale problemer med misbrug, kriminalitet m.v., jf. Servicelovens § 42, jf. § 40. I UfR 2004.1977 V fandtes betingelserne for fortsat tvangsanbringelse ikke længere at være opfyldt, da en psykisk syg mor til et 9-årigt barn havde lovet at overlade passningen af barnet til mormoren.

Andet led om frihedsberøvelse »for at stille vedkommende for den kompetente retlige myndighed« har et mere uklart indhold, men sigter til forebyggende indgreb over for unge, som færdes i et kriminelt miljø. Er den unge idømt frihedsstraf for begået kriminalitet (i Danmark er den kriminelle lavalder 15 år), er det derimod litra a, der finder anvendelse.

11. Frihedsberøvelse af sindssyge, smitsomt syge, alkoholikere, narkomaner og vagabonder (litra e)

Bestemmelsen i litra e) tillader frihedsberøvelse af personer, som af forskellige grunde er til fare for samfundet eller for sig selv: sindssyge, smitsomt syge, alkoholikere, narkomaner og vagabonder (medtagelsen af vagabonder må nok i dag betragtes som forældet). Opregningen i litra e er udtømmende. EMD har fastslået, at bestemmelsen ikke kan anvendes som grundlag for frihedsberøvelse af andre persongrupper end de opregnede, uanset hvor farlige disse måtte være for samfundet, jf. *Guzzardi* (1980, para. 98). I *Witold Litwa* (2000) fortolkede EMD dog begrebet »alkoholikere« udvidende for at tillade frihedsberøvelse af momentant berusede personer (se nedenfor).

11.1 Tvangsindlæggelse og -tilbageholdelse af sindssyge

EMD fastslog i sin ledende dom om frihedsberøvelse af sindssyge, *Winterwerp* (1979, para. 37-39), tre grundlæggende krav, som siden i *Ashingdane* (1985, para. 44) er blevet suppleret med et fjerde. De fire krav sammenfattes i *Hutchison Reid* (2003, para. 46f):

- Frihedsberøvelse som sindssyg forudsætter – bortset fra nødstilfælde – en medicinsk diagnose af sindslidelsen. Man kan således ikke frihedsberøves som sindssyg alene på grund af afvigende adfærd eller synspunkter (i totalitære regimer er dette en effektiv måde at skaffe uønskede elementer af vejen på).
- Sindslidelsen må have en sådan karakter, at frihedsberøvelse er nødvendig.
- Frihedsberøvelsen må kun opretholdes, så længe sindslidelsen gør det nødvendigt.
- Frihedsberøvelse begrundet i sindssygdom skal principielt ske på et sindssygehospital eller en anden passende institution, hvor sindslidelsen kan behandles.

Normalt vil formålet med frihedsberøvelse af sindssyge personer være at behandle den pågældendes sindslidelse. EMD har imidlertid fastslået, at et behandlingsformål ikke er en forudsætning for frihedsberøvelse af

sindssyge i medfør af litra e; det er tilstrækkeligt, at den sindssyge findes at udgøre en sådan fare for sig selv eller omgivelserne, at han må spærres inde, jf. bl.a. *Hutchison Reid* (2003, para. 51): En mand var i 1967 kendt skyldig i manddrab; på grund af hans sindslidelse, som medførte ekstrem aggressivitet, blev han dømt til tidsubestemt forvaring på et sindssygehospital; senere begik han også et seksuelt overgreb efter at være flygtet fra hospitalet. Med henvisning til mandens farlighed blev hans gentagne anmodninger om løsladelse afslået. De medicinske eksperter afviste, at manden kunne helbredes, men nogle mente, at han kunne have en vis gavn af hospitalsopholdet. EMD godkendte den fortsatte anbringelse, idet hospitalsopholdet muligt kunne afbøde de værste aggressioner, og idet det under alle omstændigheder var nødvendigt at holde manden indespærret.

Enhver, som er frihedsberøvet på grund af sindssygdom, har efter Artikel 5(4) krav på adgang til periodisk domstolskontrol »at reasonable intervals«, fordi frihedsberøvelsen er begrundet i en tilstand, som kan ændre sig, jf. den ledende *Winterwerp* (1979, para. 55): Winterwerp blev oprindelig på konens begæring (!) og med en domstols godkendelse tvangsindlagt som sindssyg; tvangsindlæggelsen blev år for år forlænget af en domstol på grundlag af medicinske udtalelser. EMD statuerede en krænkelse af Artikel 5(4), fordi Winterwerps gentagne anmodninger om løsladelse var blevet afvist af administrationen og dermed aldrig forelagt domstolene. Efter EMDs praksis synes et rimeligt interval for domstolskontrol med frihedsberøvelse af sindssyge at være omkring 1 år. Således fandt EMD i *Herczegfalvy* (1992) ikke anledning til at kritisere en periode på 9 måneder uden domstolskontrol, mens perioder på 15 måneder og 2 år derimod fandtes at være for lange.

Den danske lovgivning om tvang over for sindssyge lever generelt op til EMDs principper. En person kan kun frihedsberøves, hvis vedkommende er sindssyg eller befinder sig i en tilstand, som ganske kan sidestilles med sindssyge, jf. Psykiatrilovens § 5. Det forekommer tvivlsomt, om det er foreneligt med Artikel 5 at sidestille et velovervejet selvmordsønske med sindssygdom, som det skete i UfR 1971.656 B, sml. med UfR 1925.277 H om en seksuelt perverteret mand. Endvidere kræves, at det ville være uforsvarligt ikke at frihedsberøve personen under hensyn til behandlingen af sindslidelsen *eller* til den væsentlige fare, vedkommende udgør for sig selv eller andre, jf. Psykiatrilovens § 5. Tvang skal så vidt muligt undgås gennem gode psykiatriske behandlingstilbud og patien-

tens frivillige medvirken til behandling, jf. Psykiatrilovens §§ 2-4. I UfR 1993.178 Ø og 1994.98 V blev en tvangsindlæggelse hhv. -tilbageholdelse erklæret ulovlig, idet myndighederne ikke havde godtgjort dens nødvendighed. Tvangsindlæggelse besluttes og gennemføres af politiet, men forudsætter en lægeerklæring, som anbefaler indlæggelse, jf. Psykiatrilovens § 7. En tvangsindlagt eller -tilbageholdt sindssyg person skal på begæring have prøvet frihedsberøvelsen ved domstolene; fornyet domstolsprøvelse på begæring kan tidligst ske 2 måneder efter seneste prøvelse, jf. Psykiatrilovens § 37. Reglen lever rigeligt op til Artikel 5(4)'s krav om adgang til periodisk domstolskontrol.

En straffedom til anbringelse på sindssygehospital er omfattet af både Artikel 5, litra a) om afsoning af fængselsstraf og af litra e).

11.2 Tvangsisolering af smitsomt syge

I *Enhorn* (2005, para. 44) fik EMD for første gang lejlighed til at tage principiel stilling til de betingelser, som skal være opfyldt, før myndighederne kan tvangsisolere personer i henhold til litra e med »henblik på at hindre spredning af smitsomme sygdomme«:

- Spredning af den smitsomme sygdom skal udgøre en fare for den offentlige sundhed og sikkerhed.
- Frihedsberøvelse skal være sidste udvej, idet mindre indgribende foranstaltninger er fundet at være utilstrækkelige.
- Frihedsberøvelsen må kun opretholdes, så længe smittefaren og nødvendigheden af frihedsberøvelse fortsat er til stede.

Betingelserne fandtes ikke opfyldt i *Enhorn* (2005): Enhorn fik i 1994 konstateret HIV-smitte. Han havde indtil da haft et aktivt seksualliv med mange partnere og havde uvidende om sin tilstand smittet en ung mand med HIV. Da han flere gange udeblev fra obligatorisk lægekontrol, blev han af en domstol tvangsisoleret med henvisning til risikoen for, at han skulle smitte andre med HIV. Tvangsisoleringen blev løbende forlænget med 6 måneder ad gangen gennem sammenlagt 7 år. Enhorn var dog i lange perioder på fri fod, da han flere gange stak af; derfor var den reelle frihedsberøvelsesperiode kun ½ år. I perioderne på fri fod levede Enhorn ifølge vidner et stille og afsondret liv. EMD fandt, at spredning af HIV-smitte klart udgjorde en fare for den offentlige sundhed og sikkerhed. Myndighederne havde imidlertid ikke overvejet min-

dre indgribende foranstaltninger end frihedsberøvelse, ligesom intet indikerede, at Enhorn på fri fod havde udsat andres sundhed for fare, endsige haft seksuel aktivitet. På den baggrund fandt EMD det ikke godtgjort, at tvangsisoleringen havde været nødvendig eller, at dens lange varighed stod i et rimeligt forhold til formålet. Derfor statuerede EMD enstemmigt krænkelse af Artikel 5(1). Som påpeget i dommer Costas selvstændige begrundelse var det desuden påfaldende, at Enhorn trods en stående ordre om isolation havde formået at være på fri fod i 5 1/2 af de 7 år; myndighederne havde øjensynligt ikke gjort sig større anstrengelser for at finde Enhorn, hvad man ellers måtte forvente, hvis man virkelig anså ham for en alvorlig sundhedsrisiko.

Dansk ret tillader ligeledes tvangsundersøgelse og om nødvendigt tvangsisolering af personer, som lider af en alment farlig, smitsom sygdom; jf. Epidemilovens §§ 5-6. Om nødvendigt kan der indføres karantæne, hvorved et helt område afskæres fra omverdenen, jf. § 7. Disse beslutninger træffes af de lokale epidemikommissioner. Til de alment farlige sygdomme henregnes ifølge lovens bilag bl.a. pest og ebola-virus, men ikke HIV.

11.3 Detentionsanbringelse af berusere m.v.

Detentionsanbringelse eller anden frihedsberøvelse af personer, som på grund af indtagelse af spiritus eller euforiserende stoffer er til fare for sig selv eller andre, varetager et klart samfundsmæssigt behov. Frihedsberøvelse af lejlighedsvise berusere er dog ikke umiddelbart omfattet af litra e, herunder navnlig termerne »alkoholikere« og »narkomaner«.

EMD har imidlertid i *Witold Litwa* (2000) gennem en udvidende fortolkning af begrebet »alkoholikere« accepteret frihedsberøvelse af berusere som foreneligt med Artikel 5. I sagen var en moderat beruset polsk mand, som havde optrådt støjende og upassende på et posthus, blevet anholdt af politiet og bragt til et afrusningscenter, hvor han opholdt sig i 6 timer. EMDs flertal (5-2) brød med Domstolenes hidtil faste krav om, at begrænsninger i den personlige frihed må fortolkes indskrænkende, idet flertallet fandt, at udtrykket »alkoholikere« også måtte omfatte personer, som ikke er diagnosticeret alkoholikere, men som på grund af beruselse forstyrrer den offentlige orden eller er til fare for sig selv (para. 63). Flertallet påberåbte sig, foruden den franske version af EMRK, primært en formålsorienteret fortolkning af begrebet »alkoholikere«, idet (para. 62):

> »a person who is in a state of intoxication may pose a danger to himself and others, regardless of whether or not he is addicted to alcohol«.

Et mindretal på to dommere afviste denne udvidende fortolkning som uforenelig med Artikel 5 og ville allerede derfor statuere krænkelse af Artikel 5. De henviste til den almindelige betydning af begrebet »alkoholikere« og til dets kontekst (står i litra e sammen med sindssyge, smitsomt syge, narkomaner og vagabonder – alle relativt permanente tilstande). Den ene af dommerne, Bonello, havde følgende principielle bemærkning:

> »The Court cannot, by overstretching the process of interpretation, add to the list of permissible grounds of interpretation of liberty exhaustively enumerated in Article 5 § 1 (...) This approach is, in my view, as anomalous as it is dangerous (...) It appears to me as judicial activism to restrict the compass of the enjoyment of human rights«.

Flertallets fortolkning i *Witold Litwa* er dog siden blevet bekræftet i *Hilda Halfsteinsdottir* (2004, para. 42) og må derfor nu anses for endeligt fastslået. Der er næppe heller tvivl om, at det ikke var hensigten med Artikel 5 at afskære adgangen til frihedsberøvelse af berusere. Havde EMD fastholdt en traditionel fortolkning af begrebet alkoholikere, ville også dansk detentionspraksis i vidt omfang være uforenelig med Artikel 5, jf. nu Politilovens § 11, stk. 4, hvorefter politiet om nødvendigt kan anbringe personer i detentionen, som er ude af stand til at tage vare på sig selv på grund af indtagelse af bl.a. alkohol, og som er til fare for sig selv eller andre.

I lyset af EMDs praksis om begrebet »alkoholikere« må det antages, at begrebet »narkomaner« i litra e tilsvarende omfatter personer, som blot i et konkret tilfælde er påvirket af narkotiske stoffer. Også i dansk ret kan sådanne personer om nødvendigt detentionsanbringes i henhold til Politilovens § 11, stk. 4.

Ikke mindst ved detentionsanbringelse m.v. af spiritus- og narkotikapåvirkede personer må det overvejes, om situationen nødvendiggør frihedsberøvelse eller om mindre indgribende foranstaltninger er tilstrækkelige. I *Witold Litwa* (2000, para. 79f) fandt EMD det ikke godtgjort, at det havde været nødvendigt at frihedsberøve en beruset mand, blot fordi han havde optrådt højtlydt og upassende på et postkontor;

politiet havde slet ikke overvejet nærliggende alternativer så som at køre manden på hospitalet eller til sit hjem.

12. Frihedsberøvelse af udlændinge, som søger asyl eller begæres udvist (litra f)

Bestemmelsen i litra f tillader frihedsberøvelse af udlændinge i forbindelse med sager om asyl eller udvisning (desuden er frihedsberøvelse tilladt i sager om udlevering).

Kravene om frihedsberøvelsens nødvendighed og proportionalitet indebærer for denne type af frihedsberøvelse, at myndighederne skal behandle den frihedsberøvedes sag med tilstrækkelig hurtighed, så vedkommende ikke sidder unødigt længe frihedsberøvet; jf. *Quinn* (1995 para. 48) – Quinn havde været frihedsberøvet i næsten 2 år, mens hans udvisningssag blev behandlet; EMD statuerede krænkelse af Artikel 5. Behandlingen af asylansøgninger eller udvisningssager må ikke ligge stille i længere perioder, mens den berørte person sidder frihedsberøvet. I UfR 2005.141 Ø henviste retten til EMDs praksis vedrørende litra f og det bagvedliggende proportionalitetshensyn, da den fandt, at fortsat frihedsberøvelse efter 1 år og 8 måneder af en iransk mand med henblik på hjemsendelse ville være uforholdsmæssigt, også da det nu syntes klart, at man ikke herved kunne formå manden til at ansøge Iran om de nødvendige indrejsedokumenter; se også TfK 2005.390.

Frihedsberøvelse efter litra f er derfor også omfattet af domstolsgarantien i Artikel 5(4). I *Dougoz* (2001, para. 60-63) fandtes Artikel 5(4) krænket, fordi en administrativt frihedsberøvet udlænding ikke havde andre retsmidler end at appellere til justitsministeren. Efter Udlændingelovens § 37 skal frihedsberøvelse som led i asyl- og udvisningssager indbringes for en domstol inden tre døgn, hvis personen ikke løslades forinden.

Litteratur

H. Koch Responsum vedrørende forholdet mellem EMRK art. 5 og udvalgte landes politilovgivninger særligt med henblik på frihedsberøvelse for krænkelse af den offentlige orden, optrykt som Bilag 2 til Betænkning 1410 om politilovgivning, København 2002

M. J. Mikkelsen Begrebet frihedsberøvelse, Juristen 1961, side 451ff

T. Rørdam »Efter Justitsministeriets opfattelse«, Advokaten 1987, side 256ff

H. Zahle Hjemmel for frihedsberøvelse i forfatningsretligt perspektiv, Juristen 1982, side 147ff

H. Zahle Indlæggelse eller frihedsberøvelse – frivillighed eller tvang?, UfR 1997 B, side 179ff

Kapitel 9

Retten til en retfærdig rettergang

Artikel 6 sikrer individet ret til en retfærdig rettergang i straffesager og i sager om borgerlige rettigheder og forpligtelser. Artikel 6 er den oftest påberåbte bestemmelse i EMRK, og den har også haft stor betydning for dansk ret. En retfærdig rettergang forudsætter navnlig, at sagen behandles offentligt ved en uafhængig og upartisk domstol, at parterne under sagen stilles lige, og at der træffes afgørelse inden for en rimelig frist (stk. 1). I straffesager stilles yderligere krav, som skal sikre den anklagede et effektivt forsvar og en retfærdig behandling, herunder bl.a. retten til forsvarerbistand og processuel ligestilling med anklagemyndigheden, retten til at blive anset som uskyldig indtil ens skyld er bevist og til ikke at udtale sig (stk. 2-3, samt stk. 1). Kapitlet gennemgår alene hovedprincipperne i EMDs omfattende praksis – med hovedvægten på straffesager.

1. Indledning

Artikel 6 garanterer retten til en retfærdig rettergang i straffesager og i sager om borgerlige rettigheder eller forpligtelser. Artikel 6 er en processuel rettighed; spørgsmålet er ikke, om udfaldet af en retssag er rigtigt og retfærdigt, men om retssagen er forløbet på en ordentlig måde, som garanterer individets retssikkerhed.

Retten til en retfærdig rettergang har gamle rødder. Den genfindes i 1600-1700 tallets menneskerettighedserklæringer samt i VM Artikel 10, som danner forbillede for EMRK Artikel 6. Adgangen til en retfærdig rettergang er et grundlæggende krav i en retsstat. Det gælder ikke mindst i straffesager, hvor individet ofte risikerer frihedsstraf. Eksistensen af et uafhængigt domstolssystem er en forudsætning for retsstaten; og individets adgang til en retfærdig og offentlig rettergang er en fundamental garanti imod den vilkårlighed, som er retsstatens modsætning. I *Golder* (1975, para. 34-36) fremhævede EMD det bagvedliggende retsstatsprincip (»the rule of law«) som styrende for fortolkningen af Artikel

6, og Domstolen understregede i *Delcourt* (1970, para. 25) Artikel 6's fundamentale karakter:

> »In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive interpretation of Article 6 ... would not correspond to the aim and the purpose of that provision.«

Grundlovens rettighedskatalog indeholder ingen ret til en retfærdig rettergang. Derimod rummer Grundloven bestemmelser, som skal sikre domstolenes status og uafhængighed som den tredje statsmagt: § 3 om magtadskillelsen, § 61 om forbud mod særdomstole, § 62 om adskillelse af retsplejen fra forvaltningen og § 64 om domstolenes funktionelle og personelle uafhængighed. Desuden skal der efter § 65 så vidt muligt sikres offentlighed i retsplejen. Hvad angår retten til domstolsprøvelse, sikres adgangen til prøvelse af administrative afgørelser i § 63, mens der ikke er en tilsvarende ret til at få efterprøvet privatretlige sager og straffesager. Det antages dog at følge af § 3, at lovgiver ikke kan fratage domstolene ret til at dømme i straffesager og civile sager.

I det følgende redegøres først for Artikel 6's anvendelsesområde (*afsnit 2*). Herefter omtales retten til at få adgang til domstolene, som anses for forudsat i Artikel 6 (*afsnit 3*). Retten til en »retfærdig rettergang« er overbegrebet for Artikel 6 (*afsnit 4*) og forudsætter efter Artikel 6(1) som minimum adgang til: en uafhængig (*afsnit 5*) og upartisk (*afsnit 6*) domstol, en offentlig retssag og dom (*afsnit 7*), samt afgørelse inden for en rimelig frist (*afsnit 8*). Artikel 6(2-3) opstiller i sammenhæng med Artikel 6(1) nogle yderligere krav til straffesager (*afsnit 9*), herunder navnlig: retten til et effektivt og ligestillet forsvar (*afsnit 10*), retten til at blive anset som uskyldig indtil ens skyld er bevist (*afsnit 11*), samt retten til ikke at udtale eller inkriminere sig under straffesagen (*afsnit 12*).

2. Artikel 6's anvendelsesområde

Retten til en retfærdig rettergang er så fundamental i en retsstat, at den ideelt set burde omfatte alle sagstyper. Artikel 6 gælder dog efter ordlyden alene i straffesager og i sager vedrørende »borgerlige rettigheder og forpligtelser«. EMD har imidlertid fortolket sidstnævnte begreb me-

get vidt således, at også en lang række offentligretlige sager i dag er omfattet. Garantierne i Artikel 6 gælder under hele retssagen.

2.1 Straffesager

Artikel 6 gælder for det første i straffesager. Garantierne gælder fra det tidspunkt, hvor en person reelt må anses som sigtet for en forbrydelse, og indtil sagen er endeligt afgjort, herunder under en eventuel ankesag og ved fastsættelsen af straf.

»Anklage for en forbrydelse«

Normalt giver det ikke anledning til tvivl, hvorvidt der foreligger en straffesag – en »anklage for en forbrydelse«. Straffesager handler om at straffe for begået kriminalitet. Anklagemyndigheden rejser tiltale imod den mistænkte person og kræver vedkommende idømt bøde- eller fængselsstraf. Domstolene frifinder eller domfælder.

Undertiden er en regelovertrædelse imidlertid ikke karakteriseret som en »forbrydelse« i national ret, selv om sanktionen kan minde om straf. EMD har fastslået, at begrebet »anklage for en forbrydelse« i Artikel 6 har en selvstændig betydning. Det er derfor ikke uden videre afgørende, hvorvidt forseelsen i national ret betegnes som kriminel. EMD vil lægge større vægt på forseelsens karakter og på sanktionens karakter og intensitet, se den ledende *Engel* (1976, para. 82f) og *Ezeh and Connors* (2003, para. 82). Man kan således ikke smyge sig uden om Artikel 6's krav ved blot at kalde en straf for noget andet.

Artikel 6 omfatter således også bøder camoufleret som afgifter, når der reelt er tale om en sanktion, som har karakter af straf. *Öztürk* (1984) vedrørte en sanktion på 60 D-mark for en færdselsforseelse; man havde i Tyskland afkriminaliseret de mindre færdselsforseelser, som nu i stedet for bøde blev sanktioneret med bod; EMDs flertal fandt ikke desto mindre, at boden var en straf i Artikel 6's forstand, fordi den havde samme præventive sigte og karakter som en bødestraf, hvorfor bodens ringe størrelse ikke kunne være afgørende. En parallel dansk sag, *Petersen* (2000), vedrørende en »parkeringsafgift« på 400 kr. endte med et forlig, hvorved den danske stat betalte 17.000 kr. til klager.

Hvis et retsstridigt forhold medfører mulighed for frihedsberøvelse (fængsel), vil retssagen som udgangspunkt blive karakteriseret som en straffesag, uanset hvad den kaldes i national ret, jf. *Benham* (1996) klager

var blevet sagsøgt, fordi han nægtede at betale en skat, hvilket kunne sanktioneres med op til tre måneders fængsel.

Et særligt problem opstår, hvor personer, som allerede afsoner straf, under fængselsopholdet begår kriminelle forhold eller på anden måde overtræder fængslets ordensregler og derfor af fængselsmyndighederne ikendes en »disciplinær sanktion« i form af f.eks. anbringelse i isolationscelle, nægtet udgang eller udsættelse af prøveløsladelse. Man kan indtage det standpunkt, at sådanne disciplinære sanktioner er integreret som en mulighed i den oprindelige fængselsdom og derfor ikke udgør en ny selvstændig straf, jf. således UfR 1973.824 H om anbringelse i strafcelle i tre dage, der blev lagt oven i afsoningstiden. EMD har imidlertid fastslået, at disciplinære sanktioner i form af ekstra afsoningsdage (udskydelse af prøveløsladelsestidspunktet) reelt udgør en ny, selvstændig straf omfattet af kravene i Artikel 6, med mindre der er tale om en ren bagatel, jf. bl.a. *Ezeh and Connors* (2003, para. 123-126). Bagatelgrænsen er ikke let at definere. I *Engel* (1976) afviste EMD, at en sanktion på 2 ekstra afsoningsdage var omfattet af Artikel 6, mens EMDs flertal (11/6) i *Ezeh and Connors* (2003) fandt, at sanktioner på hhv. 7 og 40 ekstra afsoningsdage for vold hhv. trusler mod fængselspersonalet reelt var en selvstændig straf for nye forhold, som også uden for fængslet var strafbare. Oplagt var Artikel 6's anvendelighed i *Campbell and Fell* (1984), hvor myndighedernes sanktion var yderligere 570 dages fængsel.

Hvornår og hvor længe er man »anklaget«?

Garantierne i Artikel 6 træder i kraft fra det øjeblik, en person reelt må anses for at være anklaget for en forbrydelse, jf. *Adolf* (1982, para. 30). Dette tidspunkt kan indtræde, før der formelt er rejst sigtelse, når myndighedernes handlinger eller meddelelser viser, at en person mistænkes for at have begået en forbrydelse, jf. *Deweer* (1975, para. 46) og *Foti* (1982, para. 52). Artikel 6 gælder således også under efterforskningen, når mistanken rettes mod en bestemt person, herunder hvor en person afhøres »med en sigtets retsstilling«.

Garantierne i Artikel 6 ophører, når der er truffet endelig afgørelse om straf eller frifindelse, hvorfor Artikel 6 også omfatter en eventuel ankesag, jf. *Delcourt* (1970, para. 25). Hvis en afsoner derimod efterfølgende f.eks. anlægger sag om prøveløsladelse eller genoptagelse af sagen, er dette ikke en straffesag i Artikel 6's forstand.

2.2 Sager om »borgerlige rettigheder og forpligtelser«

Artikel 6 gælder for det andet i sager om en persons »borgerlige rettigheder og forpligtelser«. Det er ikke ganske klart, hvad der ligger i betegnelsen »borgerlige« rettigheder og forpligtelser. Begrebets traditionelle kerneområde er privatretten – tvister mellem private parter, herunder om kontraktsforhold, erstatning og familie- og arveretlige forhold.

EMD har imidlertid fortolket begrebet selvstændigt således, at klassifikationen i national ret ikke uden videre er afgørende, jf. bl.a. *König* (1978, para. 89). EMD har fortolket begrebet »borgerlige« stadig mere vidtgående således, at det nu også omfatter en lang række offentligretlige sager mellem myndigheder og private. EMD har herved navnlig lagt vægt på, om sagen vedrørte konkrete rettigheder af personlig eller økonomisk karakter.

EMD har således anerkendt, at Artikel 6 bl.a. finder anvendelse i sager om:

- ekspropriation, jf. bl.a. *Sporrong and Lönroth* (1982) og *Zanatta* (2000);
- tvangsfjernelse af børn, jf. bl.a. *McMichael* (1995);
- planlovgivning, jf. bl.a. *Bryan* (1995);
- offentlige bevillinger, jf. bl.a. *Tre Traktörer AB* (1989);
- disciplinære sanktioner over for læger og advokater, jf. bl.a. *Le Compte, van Leuven and van Meyere* (1981) og *H v. Belgium* (1987); jf. også UfR 1997.889 H;
- offentligt ansattes ansættelsesforhold, dog med undtagelse af de traditionelle tjenestemænd (navnlig centralt placerede embedsmænd, politifolk og soldater), jf. *Pellegrin* (1999);
- ret til offentlige sociale ydelser, jf. *Salesi* (1993).

Derimod har EMD (hidtil) bl.a. afvist, at Artikel 6 finder anvendelse i sager om:

- asyl til eller udvisning af udlændinge, jf. *Maaouia* (2000); Udlændingelovens § 56, stk. 8, hvorefter Flygtningenævnets afgørelser om asyl eller udvisning er endelige, er således ikke i strid med

Artikel 6; om forholdet til Grl § 63 se bl.a. UfR 1997.1157 H og 2004.727 H;
- skatter og afgifter, jf. bl.a. *Charalambos* (2000). På dette meget vigtige område giver Grl § 63 således en bedre beskyttelse end EMRK;
- »politiske rettigheder«, herunder begrænsninger i foreningsfriheden, men antagelig også i ytrings- og forsamlingsfriheden, jf. *Yazar* (2002, para. 66f).

EMDs udvidende fortolkning af begrebet »borgerlige rettigheder og forpligtelser« synes velbegrundet, da der ikke mindst ved afgørelser truffet af offentlige myndigheder er et klart behov for domstolsgarantier, jf. også Grl § 63 og EMRK Artikel 13 om retten til effektive retsmidler i sager om krænkelse af EMRK. EMDs praksis er dog ikke let at forene med Artikel 6's ordlyd; men navnlig er det vanskeligt at se, efter hvilke principper EMD skelner mellem offentligretlige sager, der er omfattet hhv. ikke omfattet af Artikel 6. EMD har erkendt problemet, og derfor i *Perez* (2004, para. 57) søgt at formulere nogle nye principielle retningslinjer vedrørende spørgsmålet om en rettighed er »borgerlig«:

> »Whether or not a right is to be regarded as civil (...) must be determined by reference not only to its legal classification but also to its substantive content and effects under the domestic law of the state concerned. Moreover, the Court, in the exercise of its supervisory function, must also take account of the object and purpose of the Convention.«

Det er umiddelbart svært at se, at disse kriterier skaber større klarhed om retsstillingen.

3. Adgang til domstolene

Retten til en retfærdig rettergang forudsætter, at man overhovedet har adgang til domstolene. Artikel 6's ordlyd kan imidlertid læses således, at retsgarantierne først gælder, når en retssag allerede er anlagt. EMD har dog anset adgangen til domstolene for at være implicit i Artikel 6, da retten til en retfærdig rettergang ellers kunne gøres illusorisk, f.eks. gennem nedlæggelse af domstolene eller afskæring af domstolsprøvelse i bestemte typer af sager, jf. *Golder* (1975, para. 34ff, herunder para. 35):

»It would be inconceivable (...) that Article 6, para. 1 should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in pending lawsuits and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings«.

Danske domstole har i lyset af Artikel 6 i flere arbejdsretlige sager tilsidesat endelighedsbestemmelser, fastsat i lovgivning eller overenskomst, for at sikre individet adgang til de almindelige domstole, se UfR 1994.953 H, 1997.889 H, 1998.141 V og 2002.2060 H.

Adgangen til domstolene er dog ikke et ubegrænset krav. Staterne kan fastsætte rimelige begrænsninger, jf. *Ashingdane* (1985), herunder stille rimelige betingelser for søgsmålsadgang bl.a. for at afskære helt ubegrundede sager, ligesom der kan fastsættes rimelige tidsfrister for sagsanlæg på forskellige områder. Sådanne begrænsninger må dog ifølge EMD aldrig berøre domstolsadgangens essens; begrænsningerne skal varetage legitime hensyn og stå i et rimeligt forhold til betydningen af disse, jf. *Kreuz* (2001, para. 53-55).

Er søgsmålsbetingelserne opfyldt, skal adgangen til domstolene til gengæld være reel. EMD har anerkendt, at retsafgifter som udgangspunkt ikke er i strid med Artikel 6, men retsafgiftens størrelse må ikke reelt hindre individets adgang til domstolene, jf. *Kreuz* (2001, para. 60f) – i denne sag underkendte EMD en retsafgift svarende til en gennemsnitlig årsløn ud fra en konkret vurdering af klagers betalingsevne og under hensyn til, at retsafgiften reelt havde afskåret klager fra at føre sagen. Staten kan i særlige tilfælde have pligt til at yde fri proces (dækning af retsafgifter, advokatsalær m.v.), hvis det ellers ikke vil være praktisk-økonomisk muligt for individet at føre sagen, jf. *Airey* (1979, para. 26).

De indtil for nylig gældende retsafgifter i Danmark udgjorde et potentielt problem i forhold til Artikel 6. Før 2005 betalte man ved krav over 6.000 kr. 2 % i retsafgift af kravets størrelse. I UfR 2003.779 Ø, som vedrørte fast ejendom til en værdi af 450 mio kr., beløb retsafgiften sig til 9 mio kr; retten fandt det tvivlsomt, om denne retsafgift var forenelig med Artikel 6, men fandt, at problemet kunne afbødes ved meddelelse af fri proces. I UfR 2003.2371 H, som vedrørte fratagelse af statstilskud til en højskole, fandt Højesteret derimod ikke en retsafgift på knap 500.000 kr. i strid med Artikel 6, da den ikke afskar skolen fra

adgang til domstolene. Se tilsvarende UfR 2004.976/2, som vedrørte en hyrevognsbevilling, og hvor retsafgiften var på knap 50.000 kr. Efter de nye regler om retsafgift betales ved småsager 500 kr. i retsafgift, mens man af krav over 50.000 kr. betaler 1,2 %; afgørende er dog, at der nu er et absolut loft over afgiften på 75.000 kr. jf. Retsafgiftsloven § 1. Det er herefter vanskeligt at forestille sig, at en retsafgift skulle komme i strid med Artikel 6. Retsafgiften må endvidere ses i lyset af reglerne om fri proces. Får man bevilget fri proces, er man fritaget for retsafgift, og staten afholder alle sagens udgifter, jf. Rpl § 332. Betingelserne for fri proces er ikke strenge: Der kræves en rimelig grund til at føre sag, samt at man ikke uden væsentlige afsavn kan afholde udgiften selv, jf. Rpl § 330.

4. En »retfærdig rettergang« (overbegrebet)

Kravet om en »retfærdig rettergang« står som overbegrebet for Artikel 6. Ifølge EMD skal en retssag ikke alene være retfærdig, men også udadtil fremstå som retfærdig, jf. henvisningen i *Delcourt* (1970, para. 31) til det engelske princip, at »justice must not only be done: it must also be seen to be done«. En retfærdig rettergang handler derfor ikke kun om realiteter, men også om formaliteter, se bl.a. *Borgers* (1991, para. 24). Dette står i en vis grad i modsætning til den mere pragmatiske tradition i dansk retspleje, hvor det afgørende har været at opnå materiel retfærdighed (sandhed). Navnlig derfor har Artikel 6 haft stor betydning for dansk retspleje – og navnlig strafferetsplejen.

Hvorvidt der har været en »retfærdig rettergang«, beror på en helhedsvurdering af retssagens forløb.

Mindre utilstrækkeligheder og fejl kan accepteres, hvis retssagen som helhed fremstår som retfærdig, ligesom fejl begået i førsteinstans kan være blevet repareret gennem behandlingen i appelinstansen, se f.eks. om inhabilitet UfR 1990.181 H.

Endvidere har EMD i flere tilfælde accepteret, at garantier, som efter ordlyden af Artikel 6 er absolutte, i et vist omfang må modificeres, fordi hensynet til individets retssikkerhed må afvejes over for hensynet til at sikre et effektivt og funktionsdygtigt retssystem.

Omvendt har EMD også fastslået, at Artikel 6's udtrykkelige krav til

en retfærdig rettergang ikke er udtømmende. Således har EMD af det generelle krav om en retfærdig rettergang bl.a. udledt et princip om en kontradiktorisk retspleje, som indebærer, at parterne skal have mulighed for at se og kommentere modpartens oplysninger og synspunkter, samt et princip om ligestilling af sagens parter under sagen (»equality of arms«), som indebærer, at parterne skal have samme mulighed for at præsentere deres sag, jf. bl.a. *Neumeister* (1968, para. 22) og mere udførligt *Walston* (2003, para. 56):

> »the right to adversarial proceedings means in principle the opportunity for the parties to have knowledge of and to comment on all the evidence adduced or observations filed with a view to influencing the court's decision. The principle of equality of arms (...) requires each party to be given a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-a-vis the opponent.«

Kravet om ligestilling af parterne har særlig betydning i straffesager, hvor den anklagede står over for en stærk statslig anklagemyndighed (se herom afsnit 10.3).

Artikel 6 udmønter desuden kravet om en »retfærdig rettergang« i en række mere konkrete krav. Kravene i Artikel 6(1) gælder i både civile sager og straffesager (*afsnit 5-8*), mens der i straffesager stilles yderligere krav efter Artikel 6(2-3) set i sammenhæng med Artikel 6(1) (*afsnit 9-12*).

5. Ret til en uafhængig domstol (stk. 1)

Kravet om en uafhængig domstol vedrører især de institutionelle rammer omkring et dømmende organ og dets medlemmer. Disse rammer må navnlig sikre organets uafhængighed af den udøvende magt (regering og forvaltning), men selvsagt også af den lovgivende magt. Der må ikke objektivt set kunne rejses berettiget tvivl om et dømmende organs uafhængighed (»appearance of independence«). Kravet om en uafhængig domstol skal være opfyldt under hele retssagen – i straffesager således både under efterforskningen, under retssagen og ved domsafsigelsen, jf. *Öcalan* (2005, para. 114).

Ved vurderingen af om et dømmende organ kan karakteriseres som en uafhængig domstol, skal der ifølge EMD navnlig lægges vægt på: 1)

måden hvorpå medlemmerne udnævnes, 2) udnævnelsens varighed, 3) hvorvidt der eksisterer garantier mod indblanding udefra, samt 4) hvorvidt organet også udadtil fremtræden som uafhængigt, jf. bl.a. *Campbell and Fell* (1984, para. 78) og *Cooper* (2003, para. 104).

For det første skal udnævnelsen foretages efter saglige, frem for politiske kriterier. Ofte ligger udnævnelseskompetencen formelt hos regeringen, men sagligheden sikres ved, at udnævnelsen baseres på en uafhængig indstilling fra domstolene eller et uafhængigt organ.

For det andet må udnævnelsesperioden betrygge uafhængigheden. Udnævnelse på livstid er en god garanti imod skjult pression, fordi dommeren da ikke ved afgørelsen af en sag behøver at bekymre sig om sin fremtidige karriere. Midlertidig udnævnelse er dog også mulig, men da bør der som udgangspunkt ikke være mulighed for genudnævnelse, da dommeren ellers kan frygtes at ville »behage« dem, som skal genudnævne ham. Ligger kompetencen til genudnævnelse hos et uafhængigt organ er betænkelighederne mindre.

For det tredje er det et ubetinget krav, at ingen udefrakommende kan blande sig i, hvordan sagerne generelt eller konkret skal afgøres. Ikke alene må navnlig regeringen og forvaltningen være afskåret fra at give domstolene pålæg om, hvordan de skal dømme. Dommerne må også være beskyttet mod at blive afskediget administrativt, da de ellers kan føle sig presset til at dømme på den måde, som regeringen eller forvaltningen ønsker.

For det fjerde har det betydning for offentlighedens tillid, at domstolsorganet også udadtil fremtræder som uafhængigt (»appearance of independence«). Derfor bør domstolen organisatorisk og personelt fremstå som et selvstændigt organ, adskilt fra forvaltningen.

I *Belilos* (1988, para. 67) var en straffesag blevet afgjort af et politinævn, besat med en politijurist. Politijuristen fungerede godt nok uafhængigt af politiet, men havde både en fortid og en mulig fremtid hos politiet. Ifølge EMD fremstod han ikke som en uafhængig og upartisk dommer: En anklaget ville se ham som en del af politiet, underlagt politiets ledelse og loyal over for sine (tidligere) politikolleger; Artikel 6 var derfor krænket.

I *Öcalan* (2005, para. 117) havde en sikkerhedsdomstol under hovedparten af en straffesag om statsfjendtlig virksomhed været besat med en militær dommer med rang af oberst. EMD fandt derfor ikke, at domstolen kunne betegnes som uafhængig og upartisk.

EMD foretager en helhedsvurdering af, om en domstol er tilstrækkeligt uafhængig. Vurderingen er undertiden meget konkret og kompleks, hvilket illustreres af de samme dag afsagte domme vedrørende britiske militærdomstole: *Cooper* (2003) og *Grieves* (2003). EMD fastslog, at Artikel 6 principielt ikke udelukker særlige militærdomstole, når blot disse opfylder kravene om uafhængighed og upartiskhed – herunder rummer tilstrækkelige garantier mod administrativ indblanding, jf. *Cooper* (2003, para. 110). I *Cooper* (2003) fandt EMD ud fra en samlet vurdering, at en militærdomstol tilknyttet det britiske flyvevåben levede op til Artikel 6's krav om uafhængighed; militærdomstolen bestod af en præsident, som havde rang af kaptajn i flyvevåbnet, men hvis præsidentembede var en fast stilling og hans sidste før pensionering, samt to ordinære medlemmer, som var laverestående officerer udpeget ad hoc, men fungerede anonymt; hertil kom en Judge Advocate, som havde en helt central rolle i processen og ydermere kunne afvise en dom; han var en civil jurist, udpeget af Højesterets præsident, som fungerede fast som Judge Advocate uafhængigt at flyvevåbnet. I *Grieves* (2003) nåede EMD til det modsatte resultat vedrørende en militærdomstol tilknyttet den britiske flåde; militærdomstolen bestod af en præsident med rang af flådekaptajn, som var udpeget ad hoc og bagefter skulle tilbage i flådetjenesten, samt fire ordinære medlemmer, som var laverestående flådeofficerer; hertil kom en Judge Advocate, som var udpeget ad hoc blandt flådens juridisk rådgivere og havde rang af flådeofficer. De afgørende forskelle på de to sager var ifølge EMD, at præsidenten i *Grieves* var udpeget ad hoc og bagefter skulle tilbage i flådens tjeneste (para. 81), og at Judge Advocate i *Grieves* var en flådeofficer, udpeget ad hoc blandt flådens juridiske rådgivere og således en del af flåden (para. 82); på den baggrund var der i *Grieves* ikke tilstrækkelige garantier mod administrativ indblanding i domstolens arbejde (para. 89).

De almindelige domstole i Danmark lever op til Artikel 6's krav. Faste dommere udnævnes formelt af Kongen/justitsministeren, men det sker efter indstilling fra et uafhængigt Dommerudnævnelsesråd, Rpl §§ 42 og 43a. Ansættelse af faste dommere sker på livstid; dommerne kan ikke afskediges administrativt, og regering/forvaltning kan ikke blande sig i sagernes afgørelse, jf. Grl § 64. Endelig er domstolenes fremtræden som uafhængig og selvstændig statsmagt nu også styrket gennem oprettelsen af en selvstændig administration, Domstolsstyrelsen, som i vidt omfang er uafhængig af Justitsministeriet.

Derimod har den danske praksis vedrørende konstituerede dommere tidligere givet problemer i forhold til Artikel 6. Konstituerede dommere er embedsmænd m.fl., som ansættes midlertidigt som dommere, typisk på deltid ved siden af arbejde i Justitsministeriet. Dette har i årtier været et vigtigt element i det danske domstolssystem, dels for at uddanne nye dommere, dels for at aflaste de faste dommere. Problemet var, at de konstituerede dommere ikke nød samme beskyttelses mod afskedigelse som de faste dommere. De kunne i princippet afskediges som andre embedsmænd. Forholdet mellem denne praksis og kravet om domstolenes uafhængighed kom i UfR 1994.536 H for Højesteret. Højesteret fandt i lyset af den mangeårige, lovhjemlede praksis for dommerkonstitutioner ikke, at denne praksis nu kunne anses som stridende imod Grl § 64. Derimod fandt man det tvivlsomt, om praksis som helhed kunne forenes med Artikel 6's krav om »appearance of independence«. I den konkrete sag fandt Højesteret det ikke foreneligt med Artikel 6, at en dommerfuldmægtig havde medvirket ved behandlingen af en straffesag, da dommerfuldmægtigen på tidspunktet var ansat i netop det kontor i Justitsministeriet, som behandler spørgsmål om straffesager. Derfor ophævede Højesteret straffedommen og hjemviste sagen til fornyet behandling, sml. med UfR 1995.428 H. Højesteret overlod det samtidig til lovgiver at foretage de nødvendige lovændringer. Lovgiver har herefter ændret reglerne således, at konstituerede dommere nu er beskyttet mod afskedigelse på samme måde som de faste dommere, jf. Rpl §§ 54 og 54a, jf. § 44, stk. 4.

6. Ret til en upartisk domstol (stk. 1)

Kravet om en upartisk domstol vedrører især den enkelte dommers personlige forhold og adfærd under sagen. Kravet om upartiskhed indebærer, at dommeren både skal være og fremstå som neutral (»appearance of impartiality«). En dommer er ikke upartisk, hvis hans tilknytning til en af sagens parter eller hans adfærd og afgørelser under retssagen kan give anledning til mistanke om, at han har været forudindtaget (inhabil), da han afsagde dommen. Kravene er strenge, fordi offentligheden og den enkelte må kunne have tillid til domstolenes neutralitet: »What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public and above all, as far as criminal

proceedings are concerned, in the accused«, se bl.a. *Piersack* (1982, para. 30) og *Hauschildt* (1989, para. 48).

Kravet om upartiskhed har både en subjektiv side: har dommeren i sagen optrådt på en måde, som afslører hans partiskhed, og en objektiv side: er der ydre omstændigheder, som kan rejse berettiget tvivl om dommerens upartiskhed, jf. *Piersack* (1982, para. 30). Hvis ikke en dommer lever op til både den subjektive og den objektive test, er domstolen ikke upartisk. Har dommeren alligevel medvirket til at dømme i sagen, må den gå om.

Kun i sjældne tilfælde kan der statueres krænkelse på grundlag af den subjektive test. I *Kyprianou* (2005, para. 130ff) fastslog EMD en krænkelse af upartiskhedskravet med hensyn til den subjektive test; et skænderi om afhøring af et vidne mellem domstolen og tiltaltes forsvarer mundede ud i, at domstolen idømte forsvareren fem dages fængsel for foragt mod retten; forinden havde dommerne udtalt, at de var »deeply insulted as persons« over forsvarerens angreb på dem, og det måtte herefter ifølge EMD antages, at de allerede havde besluttet sig for sanktionen, før forsvareren fik lejlighed til at forsvare sig.

I praksis har den objektive test klart størst betydning. Kravet om objektiv upartiskhed indebærer ifølge EMD, at enhver berettiget tvivl om en dommers upartiskhed medfører, at dommeren må afstå fra at behandle sagen: »any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw«, jf. bl.a. *Piersack* (1982, para. 30); *De Cubber* (1984, para. 26) og *Hauschildt* (1989, para. 48). Et klassisk eksempel på krænkelse af det objektive krav om upartiskhed forelå i *Sigurdsson* (2001): En kvindelig højesteretsdommer havde medvirket til at frifinde en bank for klagers erstatningskrav mod banken; samme bank havde året forinden, på et tidspunkt hvor erstatningssagen mod banken allerede var indbragt for Højesteret, indvilget i at give højesteretsdommerens ægtefælle gældssanering, hvorved hans gæld til banken på omkring 1 mio. kr. blev nedskrevet med 75 %; gældssaneringsaftalen var kommet i stand med højesteretsdommerens medvirken, idet hun havde stillet den nødvendige sikkerhed for mandens betaling af restgælden. EMD fandt, at højesteretsdommerens medvirken ved ægtefællens gældssaneringsaftale med banken, samt aftalens omfang og tidsmæssige nærhed til Højesterets dom, indebar, at klager havde haft rimelig grund til at betvivle Højesterets upartiskhed (para. 45).

EMD har dog samtidig fastholdt, at kravet om upartiskhed ikke må fortolkes så ufleksibelt, at det kan blive umuligt at finde upartiske dommere. Dommere har en fortid. Som udgangspunkt kan en dommers tidligere beskæftigelse eller generelle udtalelser ikke senere rejse berettiget tvivl om hans upartiskhed i en konkret sag. Således er en dommer ikke afskåret fra at behandle en straffesag, blot fordi han tidligere har arbejdet i anklagemyndigheden, jf. *Piersack* (1982, para. 30).

Vanskeligere er spørgsmålet, om en dommer i en straffesag fortsat er upartisk på det tidspunkt, hvor han skal afsige dom, hvis dommeren tidligere har truffet afgørelser i sagen, som kan hævdes at rumme en indirekte eller delvis antagelse om, at den tiltalte er skyldig. Problemet har været særdeles aktuelt i forhold til dansk ret. EMDs udgangspunkt er, at en dommer i en straffesag ikke er afskåret fra at dømme i sagen, blot fordi han tidligere har truffet afgørelser i sagen (f.eks. om varetægtsfængsling) baseret på en mistanke om tiltaltes skyld, da mistanke om og konstatering af skyld ikke er det samme, jf. *Hauschildt* (1989, para. 50) og *Nortier* (1993, para. 33-35). Udgangspunktet fraviges dog, hvis dommerens tidligere afgørelser får det til at fremstå som om, han allerede har taget stilling til tiltaltes skyld. Dette fandtes at være tilfældet i *Hauschildt* (1989): Dommeren, som dømte Hauschildt for økonomisk kriminalitet, havde adskillige gange under sagen varetægtsfængslet ham på basis af en »særligt bestyrket mistanke« om skyld, jf. Rpl § 762, stk. 2. EMD fandt, at en sådan afgørelse lå meget tæt på en konstatering af Hauschildts skyld før domsafsigelsen, hvorfor dommeren ikke længere fremstod som upartisk, da han senere dømte Hauschildt (para. 52). Højesteret statuerede herefter inhabilitet som følge af afgørelser om varetægtsfængsling efter Rpl § 762, stk. 2, i UfR 1990.13 H og 1996.234 H. Samme problem opstår i sager, hvor samme dommer dømmer flere tiltalte i samme sagskompleks (sager, hvor flere personer har begået kriminalitet i fællesskab). Dette har været traditionen i Danmark, dels fordi det forekommer naturligt, dels fordi det sparer tid og ressourcer. Problemet opstår, hvis sagerne mod de medtiltalte behandles hver for sig: Når dommeren dømmer A, vil han undertiden også have lagt til grund som bevist, at B medvirkede. I den efterfølgende sag mod B, vil denne derfor føle, at han er dømt på forhånd. I lyset af princippet fra *Hauschildt* om »appearance of impartiality« fandt Højesteret det i UfR 1990.181 H tvivlsomt, om en dommer i en sådan situation fortsat er upartisk i Artikel 6's forstand: Dommeren havde dømt A for at have

købt amfetamin af B og havde efterfølgende dømt B for salg af amfetamin. Højesterets bekymring viste sig velbegrundet. I *Ferrantelli and Santangelo* (1996, para. 54-60) fastslog EMD, at en dommer, som tidligere havde dømt A, i hvilken dom B og C blev betegnet som »medskyldige«, ikke fremstod som upartisk ved den efterfølgende behandling af B og Cs sager.

EMDs praksis har nødvendiggjort en skærpelse af de danske regler om dommeres habilitet – dvs. upartiskhed (lov nr. 403 af 1990). Reglerne findes i Rpl §§ 60-61. I § 60, stk. 1, opregnes de traditionelle inhabilitetsgrunde, herunder tilfælde, hvor dommeren har en personlig interesse i sagen. Efter § 60, stk. 2, er en dommer dog nu også inhabil, hvis han tidligere har truffet afgørelser over for den anklagede om varetægtsfængsling m.v. baseret på en særligt bestyrket mistanke om skyld. Endvidere er en dommer efter § 61 inhabil, hvis der foreligger andre »omstændigheder, som er egnede til at rejse tvivl om dommernes fuldstændige upartiskhed«, herunder, hvis dommeren i en sag mod en medgerningsmand har lagt til grund, at tiltalte i den nu foreliggende sag (også) er skyldig.

Man kan diskutere, om EMD er gået for vidt i sit krav om »appearance of impartiality«. Det koster penge og besvær, og spørgsmålet er, om der særligt ofte retssikkerhedsmæssigt opnås meget herved andet end rene formaliteter, jf. også dommer De Meyers dissens i *Ferrantelli and Santangelo* (1996).

7. Ret til en offentlig rettergang og dom (stk. 1)

Kravet om en offentlig (åben) rettergang skal beskytte individet mod vilkårlighed og sikre offentlighedens tillid til retssystemet. Det er ikke foreneligt med retsstatens idealer, at der gennemføres hemmelige processer, hvor offentligheden intet kendskab har til dommen og dens baggrund og derfor ikke har mulighed for at kontrollere, at retfærdigheden sker fyldest, se bl.a. *Sutter* (1984, para. 26). Kravet om offentlighed gælder såvel under selve retssagen – med mulighed for fravigelse i visse sagstyper – som domsafsigelsen.

I dansk ret foreskriver Grl § 65, at offentlighed og mundtlighed skal gennemføres i retsplejen »i videst muligt omfang«.

7.1 Offentlighed under sagen

Retssagen skal som udgangspunkt foregå offentligt (åbne døre) og mundtligt. Offentligheden skal have adgang til retssalen for at overvære sagens gang. EMD anlægger dog en helhedsvurdering, og det er således ikke ubetinget nødvendigt, at alle retsmøder er foregået i offentlighed. Kravet om mundtlighed gælder som udgangspunkt også i ankesager, hvor der tages stilling til beviser, men kan typisk fraviges til fordel for skriftlig behandling, hvis ankeinstansen alene skal efterprøve retsspørgsmål, se f.eks. *Tierce* (2000, para. 95).

Efter Artikel 6(1) kan udgangspunktet om offentlighed fraviges, hvis det er nødvendigt for at beskytte de opregnede hensyn – bl.a. hensynet til den offentlige orden, til mindreårige eller andres privatliv. Navnlig er det ofte velbegrundet, ikke mindst af hensyn til barnet, at lukke dørene i sager om børn, se f.eks. *B and P v. United Kingdom* (2001, para. 38).

Efter Rpl § 28a, stk. 1, er retsmøder offentlige, med mindre andet er bestemt ved lov eller i medfør af lov. Praktisk vigtig er adgangen til at lukke dørene i sager, hvor de sociale myndigheder har truffet afgørelse om tvangsfjernelse m.v. af børn, jf. Servicelovens § 125, stk. 4. Voteringen ved domstole og nævningeting er hemmelig, jf. Rpl §§ 214 og 895.

7.2 Offentlig domsafsigelse

Dommen skal afsiges i offentlighed. Oplæsning af dommen i retten er den sædvanlige måde, men det kan være tilstrækkeligt, at dommen på anden måde gøres offentligt tilgængelig, jf. *Pretto* (1983, para. 26ff). Modsat offentligheden under retssagen, er der ingen adgang efter Artikel 6(1) til at fravige kravet om offentlig domsafsigelse.

Efter Rpl § 28a, stk. 2, skal domme afsiges i offentlighed. Dette sker ved oplæsning af domskonklusionen i retten, jf. Rpl §§ 219, stk. 3, og 219a, stk. 3.

8. Ret til afgørelse inden for en rimelig frist (stk. 1)

Det er belastende at være part i en retssag – og særligt en straffesag. Derfor fastslår Artikel 6(1), at individet har krav på en afgørelse inden

for en »rimelig frist«. Kravet er dels begrundet i hensynet til, at individet ikke unødigt længe skal leve i usikkerhed, dels i hensynet til generelt at sikre et effektivt og troværdigt retssystem, jf. bl.a. *Bottazzi* (1999, para. 22). Hidtil har knap hver tredje af alle EMDs domme handlet om sagsbehandlingstid!

En sags varighed regnes fra det tidspunkt, hvor retssagen anlægges – i straffesager fra der formelt rejses sigtelse eller tages andet efterforskningsskridt imod en mistænkt, se *Eckle* (1982, para. 73) – og indtil der er afsagt endelig dom, herunder i en ankeinstans, jf. *Neumeister* (1968, »As to the law«, para. 19).

Man kan i sagens natur ikke opstille en fast norm for, hvad der er en »rimelig frist«. Det beror ifølge EMD på den enkelte sags karakter og forløb: 1) Sagens kompleksitet, 2) individets behov for en hurtig afgørelse, samt 3) myndighedernes og 4) klagers adfærd under sagen, jf. bl.a. *Frydlender* (2000, para. 43). Vurderingen er således meget konkret. Ifølge EMD kan et maksimum på 1 år pr. retsinstans være en løs tommelfingerregel, jf. *Hutchison Reid* (2003, para. 78). EMDs praksis viser således, at staten generelt har en tung argumentationsbyrde, hvis retssagen samlet har varet mere end 4-5 år.

Sagens kompleksitet

Det har selvsagt betydning, om sagen er stor og vanskelig eller relativt enkel. UfR 1998.1752 Ø vedrørte en ekstraordinært omfangsrig og kompleks straffesag om bedrageri, hvorfor det faktum, at sagen havde varet i 7-8 år ikke i sig selv fandtes at udgøre en krænkelse af Artikel 6. I UfR 1998.1759 Ø forelå derimod en ret enkel straffesag om bedrageri, som havde varet i 6 år; der blev statueret krænkelse af Artikel 6. Tilsvarende fandtes en krænkelse i UfR 2005.3029 Ø, hvor det havde taget byretten mere end to år at færdigbehandle en ret ukompliceret sag om en arbejdsgivers overtrædelse af arbejdsmiljøloven.

Individets behov for en hurtig afgørelse

I visse sagstyper kræver hensynet til individet, at sagen behandles med exceptionel hurtighed (»exceptional diligence«). Det gælder f.eks. sager om adskillelse af forældre og børn (tvangsfjernelse, afslag på samværsret), da langvarig afbrydelse af kontakten permanent kan ødelægge forholdet, jf. *H v. United Kingdom* (1987, para. 85). EMD lagde et tilsvarende krav til grund i en sag om erstatningskrav fra blødere, som i det

danske sundhedssystem var blevet smittet med HIV-virus og derfor havde udsigt til at dø af AIDS inden for en kortere årrække, jf. *A v. Denmark* (1996, para. 78). I andre sager kan der være et mindre vidtgående krav om særlig hurtighed (»special expedition«) af hensyn til individet, jf. f.eks. *Kurt Nielsen* (2000) vedrørende et erstatningskrav på 1 mio. kr. for tabt erhvervsevne efter et færdselsuheld; klager var økonomisk afhængig af erstatningen.

Myndighedernes adfærd under sagen

Staten er som udgangspunkt kun ansvarlig for den forsinkelse af sagen, som skyldes offentlige myndigheder: domstolene, anklagemyndigheden eller en anden offentlig myndighed, som er part i sagen, jf. bl.a. *Buchholz* (1981, para. 49). I *A v. Danmark* (1996, para. 74) skyldtes forsinkelsen i en erstatningssag mod Indenrigsministeriet bl.a., at ministeriets advokat havde forhalet sagen, og at domstolene havde været for tolerante over for parternes ønsker om udsættelse; Artikel 6 fandtes krænket. I UfR 1997.1292 Ø havde en straffesag varet i 10 år, hvoraf mindst 5 år skyldtes offentlige myndigheder; Artikel 6 fandtes krænket. Skyldes den lange sagsbehandlingstid domstolene, kan staten ikke undskylde sig med domstolenes ekstraordinært store sagsbyrde eller utilstrækkelige kapacitet, jf. *Hentrich* (1994, para. 61). En del af forsinkelsen i *A v. Denmark* (2000) skyldtes, at domstolenes kalender var for pakket, hvorfor berammelsestiderne – perioden fra sagen er klar til at komme for retten, og indtil det faktisk sker – blev for lange.

Klagers adfærd under sagen

Forsinkelse, som skyldes klager selv, dennes advokat eller andre private parter, kan som udgangspunkt ikke lægges staten til last, jf. *Deumeland* (1986, para. 80) om en kværulantisk part, der forsinkede sagen med ubegrundede indsigelser. I UfR 2001.2345 H fandt Højesteret derfor ikke Artikel 6(1) krænket, selv om en straffesag havde varet mere end 10 år, idet forsinkelsen primært skyldes tiltaltes egne forhold. Domstolene har dog en selvstændig forpligtelse efter Artikel 6 til at holde parternes advokater i ørerne, så sagen ikke trækker unødigt i langdrag, se bl.a. *A v. Denmark* (1996, para. 80) og *Kurt Nielsen* (2000, para. 25), hvor klagernes advokater uden rettens indgriben havde bidraget til at forhale sagen. I dansk ret er det i lyset af EMDs praksis blevet indskærpet, at domstolene har ansvaret for en hurtig sagsbehandling og derfor efter

Rpl § 345, 1. pkt., kun bør tillade nødvendige udsættelser af en retssag (lov nr. 414 fra 1997).

Har sagsbehandlingstiden i strid med Artikel 6 været for lang, må individet kompenseres herfor i national ret, hvis man skal undgå en krænkelse af Artikel 6. I dansk ret er konsekvensen af for lang sagsbehandlingstid i straffesager, hvor der sker domfældelse, at straffen nedsættes, jf. UfR 1997.1292 Ø, 1998.1752 Ø og 2003.2031 H, gøres betinget, jf. UfR 2005.2321/2 Ø, eller helt bortfalder, jf. UfR 2005.3029 Ø. Højesteret har derimod afvist, at for lang sagsbehandlingstid kan føre til frifindelse, jf. UfR 1999.122 H. I straffesager, som ender uden domfældelse, kan individet få godtgørelse for den lange sagsbehandlingstid efter reglerne i Rpl § 1018a, se bl.a. UfR 2001.510 Ø. I civile sager må individet rejse krav mod staten om godtgørelse for ikke-økonomisk skade.

9. Særlige krav til straffesager

Garantier for en retfærdig rettergang er retssikkerhedsmæssigt af den allerstørste betydning i straffesager, hvor der ofte kan blive tale om at idømme individet frihedsstraf. Artikel 6(1) suppleres derfor i straffesager af yderligere krav i Artikel 6(2-3).

Særligt i straffesager har EMDs doktrin om formel retfærdighed (»appearance of justice«) stor betydning. Hermed får formelle regler større betydning, end der har været tradition for i dansk strafferetspleje. Dansk strafferetspleje er traditionelt baseret på princippet om den materielle sandhed: Det afgørende er, at skyldige dømmes, og uskyldige frikendes, mens formelle regler i den forbindelse tillægges mindre vægt. Den danske tradition afspejles i Rpl § 946, hvorefter formelle fejl under retssagen kun medfører, at sagen skal gå om, hvis det må antages, at sagen uden de formelle fejl kunne have fået et andet udfald. I dansk strafferetspleje spores dog i lyset af Artikel 6 en tendens til at lægge øget vægt på overholdelse af formelle regler, herunder om domstolens upartiskhed, om forsvarets adgang til vidneafhøring og om anvendelse af ulovligt tilvejebragt beviser. Formelle fejl under efterforskningen eller i retssalen vil i dag i højere grad end tidligere kunne bevirke, at sagen skal gå om. Rpl § 946 må således fortolkes under hensyntagen til Artikel 6.

Særligt i straffesager bliver det ofte nødvendigt at afveje hensynet til

den størst mulige retssikkerhed for individet over for samfundets interesse i at forebygge og opklare kriminalitet. Det må her som ellers findes en rimelig balance uden, at dette sker på bekostning af de mest fundamentale retsgarantier for den anklagede.

I det følgende omtales de særlige krav til straffesager i Artikel 6(2-3), samt enkelte af de mange krav til straffesager, som EMD har udledt af retten til en retfærdig rettergang i Artikel 6(1). Formålet med minimumsgarantierne i Artikel 6(3) set i sammenhæng med Artikel 6(1) er at sikre den anklagede mulighed for et effektivt og ligestillet forsvar (*afsnit 10*). Desuden gælder efter Artikel 6(2) det princip, at en anklaget skal anses som uskyldig, indtil hans skyld er bevist (*afsnit 11*). Nøje forbundet hermed er retten for den anklagede til ikke at udtale sig under sagen eller på anden måde inkriminere sig selv, som EMD har udledt af Artikel 6(1) (*afsnit 12*).

10. Retten til et effektivt og ligestillet forsvar

Den anklagede i en straffesag står i en ubehagelig situation. Han risikerer at blive idømt straf, ofte frihedsstraf. Over for den anklagede står den offentlige anklagemyndighed, som har stor ekspertise og ressourcer, som anvendes til at søge at bevise den anklagedes skyld. Det er i denne situation helt afgørende for en retfærdig rettergang, at den anklagede på sin side sikres adgang til effektivt at forsvare sig imod anklagerne således, at udfaldet af sagen ikke kommer til at bero på parternes ulighed, men retfærdigheden kan ske fyldest.

For at sikre den anklagede et effektivt og ligestillet forsvar indeholder Artikel 6(3) en række minimumskrav (»skal mindst have ret til følgende ...«), som må ses i lyset – og suppleres – af det generelle krav om en retfærdig rettergang i Artikel 6(1).

10.1 Ret til underretning om anklagen (stk. 3, litra a)

Hvis man ikke ved, hvad man er anklaget for, kan man ikke forsvare sig imod anklagerne. Denne totale mangel på retssikkerhed er uhyggeligt beskrevet i Franz Kafkas berømte værk »Processen«. Artikel 6(3), litra a, fastslår derfor, at enhver, der anklages for kriminalitet, har ret til snarest muligt at blive udførligt underrettet om indholdet af sigtelserne imod ham på et sprog, som han forstår.

Efter Rpl § 752, stk. 1, skal politiet inden afhøring af en sigtet gøre vedkommende bekendt med sigtelsen.

10.2 Ret til forsvarerbistand (stk. 3, litra c)

Anklagemyndigheden har mange ressourcer og stor ekspertise. En retfærdig rettergang forudsætter, at den anklagede på sin side får mulighed for i det mindste tilnærmelsesvis at »matche« anklagemyndigheden, så han effektivt kan forsvare sig imod anklagerne. Artikel 6(3), litra c, sikrer derfor en anklaget, som ikke ønsker at forsvare sig selv, ret til at udpege en forsvarer, eller få beskikket en forsvarer, hvis han ikke selv har tilstrækkelige midler. Retten til en forsvarer er typisk aktuel allerede i straffesagens tidlige fase, da der ikke mindst under efterforskningen og politiets afhøringer kan være behov for forsvarerbistand.

Adgangen til forsvarerbistand skal efter EMDs praksis være reel. I *Öcalan* (2005) fandt EMD således en krænkelse af Artikel 6(3), litra c, dels fordi tiltalte og hans forsvarere ikke havde fået mulighed for at kommunikere i fortrolighed uden myndighedernes tilstedeværelse eller medhør (para. 132f), dels fordi myndighederne havde begrænset tiltaltes mulighed for at holde møder med sine forsvarere til 2 gange 1 time ugentligt (para. 134ff). I UfR 2005.1118 Ø fandt retten det derimod ikke uforeneligt med Artikel 6, at der i det fængsel, hvor tiltalte sad varetægtsfængslet, var fastsat besøgstider for forsvarere (hverdage fra 8.30-14-30 og 19.45-20.30, samt lørdage, søndage og helligdage fra 8.30-10.45 og 16.45-20.30); ifølge tiltaltes forsvarer umuliggjorde besøgstiderne en ordentlig forberedelse af forsvaret, idet han i dagtimerne var optaget af domsforhandlinger i andre sager; retten fandt, at selvom vilkårene ikke var optimale, måtte det være muligt for forsvareren at indrette sig herefter ved at tage færre klienter og besøge tiltalte i weekenden.

Mens staten skal sikre den anklagede adgang til forsvarerbistand, er det som udgangspunkt ikke statens ansvar, at forsvareren varetager den anklagedes interesser ordentligt; det er en sag mellem dem indbyrdes. Det gælder dog ikke, hvis retten har haft anledning til at skride ind, fordi retten har oplevet eller fået kendskab til, at forsvareren åbenbart ikke varetager sin klients interesser tilfredsstillende, jf. *Kamasinki* (1989, para. 65).

I dansk ret findes reglerne om forsvarerbistand og -beskikkelse i Rpl §§ 730-732. Efter § 730, stk. 1 har en sigtet person ret til at vælge sig en

forsvarer. Har sigtede ikke selv valgt en forsvarer, *skal* der efter § 731 i mange sager beskikkes en forsvarer for ham – herunder, hvis der skal foretages vigtige efterforskningsskridt så som vidneafhøring uden for retten eller fremstilling for retten med henblik på opretholdelse af anholdelse eller varetægtsfængsling, og hvis der kan blive tale om at idømme frihedsstraf. Efter § 732 kan retten også i andre tilfælde beskikke en forsvarer for sigtede, hvis det anses for ønskeligt.

10.3 Ligestilling mellem forsvar og anklagemyndighed (stk. 1 og stk. 3, litra b og d)

Det er ifølge EMD fundamentalt for en retfærdig rettergang i straffesager, jf. Artikel 6(1) og 6(3), litra b og d: *at* der er ligestilling mellem forsvaret og anklagemyndigheden; *at* processen er kontradiktorisk således, at parterne har mulighed for at få kendskab til og kommentere modpartens synspunkter og beviser og, *at* anklagemyndigheden giver forsvaret adgang til alt bevismateriale i dens besiddelse, se bl.a. *Jasper* (2000, para 51) og *Edwards and Lewis* (2004, para. 46). Som EMD fastslog i *Jasper* (2000, para. 51):

> »It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence. The right to an adversarial trial means, in a criminal case, that both prosecution and defence must be given the opportunity to have knowledge of and comment on the observations filed and the evidence adduced by the other party. In addition Article 6 § 1 requires (...) that the prosecution authorities should disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused.«

Umiddelbart synes kravet om, at anklagemyndighedens skal give forsvaret adgang til alt dens bevismateriale, at stille forsvaret i en gunstigere situation end anklagemyndigheden, idet en tilsvarende pligt ikke gælder for forsvaret; men det må herved erindres, at realiteten i straffesager er, at anklagemyndigheden oplyser sagen og kan afsætte betydelige ressourcer hertil, hvilket tiltaltes forsvarer, og navnlig en beskikket forsvarer, typisk ikke kan.

Ved vurderingen af forsvarets ligestilling og ret til kontradiktion betragtes den anklagede og hans forsvarer som en samlet enhed (princippet om »forsvarets enhed«), idet det herved forudsættes, at den anklagede og

hans forsvarer har uhindret adgang til at kommunikere indbyrdes (jf. ovenfor afsnit 10.2). Det er således normalt tilstrækkeligt, at forsvareren, som handler på den anklagedes vegne, har fået adgang til sagens dokumenter m.v., se *Kamasinski* (1989, para. 87 og 91) og UfR 1998.628 H. Af samme grund vil forsvarerens forsømmelse komme den anklagede til skade, jf. UfR 1999.2041 H.

Kravet om ligestilling og adgang til kontradiktion er dog ikke absolut. EMD har anerkendt, at det kan være påkrævet at begrænse forsvarets adgang til dokumenter, adgang til modafhøring af vidner eller kendskab til vidners identitet for at beskytte andres rettigheder eller tungvejende offentlige interesser. Sådanne begrænsninger i forsvarets rettigheder må dog ifølge EMD kun ske i strengt nødvendigt omfang, og den ulempe, som forsvaret herved påføres, må opvejes af processuelle garantier, som sikrer, at den tiltalte trods begrænsningerne får en retfærdig rettergang. Under alle omstændigheder må dokumenter eller vidneforklaringer, når forsvarets rettigheder er blevet begrænset, ifølge EMD ikke udgøre det eneste eller afgørende bevis for tiltaltes skyld (se nærmere nedenfor).

Kravet om ligestilling mellem parterne gælder alle straffesagens elementer og under hele sagen. I det følgende fremhæves nogle centrale aspekter, som også har stor betydning for dansk ret: Den lige adgang til sagens dokumenter og til vidneafhøring.

10.3.1 Lige adgang til sagens dokumenter

Et vigtigt element i ligestillingen mellem forsvar og anklager er parternes lige adgang til sagens dokumenter og beviser (»equal access to files«), herunder anklagemyndighedens pligt til at gøre forsvaret bekendt med alt relevant bevismateriale i dens besiddelse, jf. bl.a. *Edwards* (1992, para. 36) og *Jasper* (2000, para. 51). Denne ret støttes på Artikel 6(1) og på Artikel 6(3), litra b, hvorefter en anklaget skal have »tilstrækkelig tid og lejlighed til at forberede sit forsvar«.

Forsvarets ret til aktindsigt er dog ikke absolut. EMD har fastslået, at det kan være berettiget at afskære forsvarets adgang til dele af anklagemyndighedens bevismateriale af hensyn til bl.a. statens sikkerhed, beskyttelse af vidners sikkerhed eller hemmeligholdelse af politiets efterforskningsmetoder under forudsætning af, at forsvarets aktindsigt alene begrænses i strengt nødvendigt omfang og, at ulemperne for forsvaret i tilstrækkelig grad opvejes af processuelle garantier ved domsto-

lene, jf. bl.a. *Rowe and Davis* (2000, para. 61), *Jasper* (2000, para. 52) og *Edwards and Lewis* (2004, para. 48, jf. 46).

> »The entitlement to disclosure of relevant evidence is not, however, an absolute right. In any criminal proceedings there may be competing interests, such as national security or the need to protect witnesses at risk of reprisals or keep secret police methods of investigation of crime, which must be weighed against the rights of the accused. In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. Nonetheless, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1. Furthermore, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial authorities.«

Straffedomstolen skal vurdere begrænsningens nødvendighed og tage hensyn til forsvarets manglende kontradiktion ved vurderingen af de hemmeligholdte dokumenters bevismæssige vægt. I *Rowe and Davies* (para. 63ff) fandt EMD således en krænkelse af Artikel 6, fordi anklagemyndigheden på egen hånd uden dommerens medvirken havde vurderet, hvilke dokumenter forsvaret skulle afskæres fra at se. Derimod fandt EMD ingen krænkelse i *Jasper* (2000, para. 52ff), hvor dommeren selv havde taget stilling til nødvendigheden af hemmeligholdelse og dennes betydning for forsvarets rettigheder, og hvor det hemmeligholdte materiale på ingen måde var afgørende for straffesagens udfald.

Selv om afskæring af forsvarets aktindsigt er godkendt af domstolen, er dette dog ikke tilstrækkeligt, hvis forsvarets manglende adgang til de hemmeligholdte dokumenter kan have haft afgørende betydning for sagens udfald. I *Edwards and Lewis* (2004, para. 48, jf. 46) havde anklagemyndigheden hemmeligholdt oplysninger, der var afgørende for vurderingen af, om politiet, som hævdet af klagerne, gennem brug af politiagenter aktivt havde tilskyndet til den begåede narkoforbrydelse; såfremt påstanden var rigtig, ville klagerne ikke kunne dømmes; på grund af det hemmeligholdte materiales centrale betydning var det ifølge EMD ikke tilstrækkeligt til at sikre en retfærdig rettergang, at dommeren havde set materialet og vurderet, at det ikke kunne hjælpe de tiltalte; Artikel 6 var derfor krænket.

Også i dansk ret er udgangspunktet, at forsvareren skal have adgang

til retsbøgerne og til alt bevismateriale indsamlet af politiet, Rpl § 729 a, stk. 1 og 2. Herved er det desuden forudsat, at forsvareren kan oplyse den sigtede om indholdet af dokumenterne. Forsvarets aktindsigt kan dog begrænses eller afskæres i det omfang, tungtvejende hensyn gør det nødvendigt. Mindst vidtgående er politiets adgang til at give forsvareren pålæg om ikke at videregive de modtagne oplysninger til den sigtede, hvis det er »nødvendigt« (indtil 2003 var kravet »undtagelsesvis nødvendigt«) af hensyn til: fremmede magter, statens sikkerhed, sagens opklaring, tredjemand eller efterforskningen af en anden verserende sag om alvorlig kriminalitet (sidstnævnte hensyn blev tilføjet i 2003), Rpl § 729 a, stk. 4. Lovligheden af politiets pålæg efterprøves på begæring af retten, Rpl § 746. Forsvarerpålæg er hidtil navnlig blevet anvendt i sager om narkotika- og økonomisk kriminalitet, og domstolene har stillet strenge krav, se bl.a. UfR 1982.255 Ø og 1999.90 H. I lyset af Artikel 6 må forsvarerpålæg fortsat bruges forsigtigt. Mest vidtgående er rettens adgang til helt at afskære forsvarerens aktindsigt og dermed aktindsigten for forsvaret som helhed, hvis det er »påkrævet« (»påkrævet« indicerer et stærkere behov end kravet ved pålæg om »nødvendigt«; indtil 2003 skulle afskæring dog være »undtagelsesvis påkrævet«) af hensyn til: fremmede magter, statens sikkerhed, sagens opklaring, tredjemand, efterforskningen af en anden verserende sag om alvorlig kriminalitet eller hensynet til beskyttelse af fortrolige oplysninger om politiets efterforskningsmetoder (de to sidstnævnte hensyn blev tilføjet i 2003), Rpl § 729 c, stk. 1. Afskæring kan om nødvendigt ske på ubestemt tid, Rpl § 729 c, stk. 4. En sådan fuldstændig afskæring af forsvarets aktindsigt vedrørende bestemte dokumenter kræver meget tungtvejende grunde, som altid skal afvejes over for den betydning, materialet kan have for forsvaret. Kan hensynet varetages med et forsvarerpålæg er dette efter proportionalitetsprincippet at foretrække frem for en fuldstændig afskæring af forsvarets aktindsigt. I forhold til Artikel 6 har det afgørende betydning, at en beslutning om afskæring af forsvarerens aktindsigt nu kun kan træffes af retten og ikke, som tidligere, af politiet selv, samt at aktindsigt under ingen omstændigheder kan afskæres, hvis det »giver anledning til væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af sigtedes eller tiltaltes forsvar«, Rpl § 729 c, stk. 2. Klausulen giver domstolene mulighed for til stadighed at påse, at Artikel 6 ikke krænkes. Domstolene har i flere tilfælde godkendt en afskæring af forsvarerens aktindsigt, se bl.a. UfR 2004.1887 H, 2005.1205 H og 2005.3077 H.

10.3.2 Lige adgang til at indkalde og afhøre vidner

Et andet vigtigt aspekt af ligestillingen mellem forsvar og anklager og retten til kontradiktion er den lige adgang til at indkalde og afhøre vidner i retten, jf. Artikel 6(1) og specifikt (3), litra d. Vedrørende vidneførsel og -afhøring fastslog EMD i *Asch* (1991, para. 27):

> »All the evidence must normally be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument. This does not mean, however, that the statement of a witness must always be made in court and in public if it is to be admitted in evidence; in particular, this may prove impossible in certain cases. The use in this way of statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6, provided that the rights of the defence have been respected. As a rule, these rights require that the defendant be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either when he was making his statements or at a later stage of the proceedings.«

Forsvarets adgang til at modafhøre anklagemyndighedens vidner er efter Artikel 6(3), litra d, et absolut minimumskrav. EMD har dog ud fra Artikel 6(1) anlagt en mere relativ fortolkning, hvor det afgørende er, om den anklagede, uanset at han ikke har haft adgang til at modafhøre anklagerens vidner, dog samlet set har fået en retfærdig rettergang. Af EMDs praksis vedrørende vidneafhøring kan udledes følgende generelle principper:

- Det er altid at foretrække, at vidner føres i retten, hvor både forsvaret og anklagemyndigheden kan afhøre dem (bevisumiddelbarhed), se *Barberá, Messengué and Jabardo* (1988, para. 78); *A.M. v. Italy* (1999, para. 25).
- Kan vidnet af faktisk eller retlige grunde ikke føres i retten, eller taler vægtige modhensyn herimod, forudsætter oplæsning i retten af en tidligere afgivet vidneforklaring (indirekte bevisførelse) som udgangspunkt, at forsvaret tidligere har haft adgang til at modafhøre vidnet, se bl.a. *Unterpertinger* (1986, para. 31) og *S.N. v. Sweden* (2002, para. 44). I så fald synes EMD at forudsætte, at den anklagede kan dømmes med vidneforklaringen som eneste eller afgørende bevis (med mindre vidnet er anonymt, jf. nedenfor).
- Har forsvaret ikke haft adgang til at modafhøre vidnet, må den anklagede ikke dømmes med vidnets forklaring som eneste eller

afgørende bevis, se bl.a. *Unterpertinger* (1986, para. 31-33) og *A.M. v. Italy* (1999, para. 25), hvorimod vidneforklaringen godt kan indgå som ét blandt flere beviser, jf. *Asch* (1991, para. 28-31).

Princippet om bevisumiddelbarhed gælder også i dansk ret. Vidner skal så vidt muligt afhøres i retssalen: I UfR 1996.6 V havde politiet i stedet for at indkalde en person som vidne blot indhentet oplysninger fra vedkommende via telefon; straffedommen, som bl.a. byggede herpå, blev ophævet. Undertiden er direkte vidneførsel i retten dog udelukket – f.eks. hvor vidnet er afgået ved døden, forsvundet eller fritaget fra vidnepligt. Har vidnet tidligere under efterforskningen afgivet forklaring til politiet, kan det da komme på tale at anvende vidnets tidligere forklaring som bevis i retten, jf. også Rpl § 877, stk. 3.

Hvis det allerede under efterforskningen må formodes, at en politiafhøring m.v. senere skal anvendes som bevis i retten, har sigtedes forsvarer som udgangspunkt ret til at være til stede og stille spørgsmål under politiets afhøring, jf. Rpl § 745 d, stk. 1 og se bl.a. UfR 2003.1327 H. Forsvareren kan dog afskæres fra at få underretning om og dermed deltage i politiets afhøringer på samme betingelser, som gælder for afskæring af forsvarerens aktindsigt, jf. Rpl § 745 d, stk. 2, som henviser til § 729 c: de opregnede hensyn skal gøre det »påkrævet«; beslutningen skal træffes af retten og må ikke medføre »væsentlige betænkeligheder for varetagelsen af sigtedes eller tiltaltes forsvar« (se ovenfor afsnit 10.3.1). Tilsvarende regler gælder for vidneafhøring under forberedende retsmøder, jf. Rpl § 748.

I det følgende omtales nærmere nogle vigtige tilfælde, hvor princippet om bevisumiddelbarhed må fraviges, og hvor spørgsmålet om forsvarets adgang til modafhøring af vidnet på et tidligere tidspunkt derfor bliver af central betydning:

Vidner som er døde, forsvundet eller fritaget fra at vidne

Undertiden er det fysisk umuligt at føre vidnet under retssagen, fordi vidnet er afgået ved døden eller er forsvundet. I andre tilfælde kan vidnet være retligt fritaget fra pligten til at vidne i retten, f.eks. fordi vidnet står den sigtede nær (sager om hustruvold), selv risikerer straf eller frygter repressalier fra den sigtede. Har vidnet forinden afgivet forklaring til politiet, opstår spørgsmålet, om politiets rapport kan bruges som bevis under straffesagen.

Har forsvaret ikke haft adgang til at modafhøre vidnet, og er tiltalte blevet dømt med forklaringen til politirapporten som eneste eller afgørende bevis, foreligger en krænkelse af Artikel 6(1) og (3), litra d, jf. *Unterpertinger* (1986, para. 31-33) og *Delta* (1990, para. 30). I *Asch* (1991, para. 28-31) fandtes derimod ingen krænkelse; Asch havde ikke haft adgang til at modafhøre vidnet selv, men alene den politimand, som oprindelig havde optaget vidnerapport; alligevel fandt EMDs flertal, at retssagen som helhed havde været retfærdig, navnlig fordi politirapporten langt fra var det eneste bevis. EMDs mindretal fandt derimod, at Artikel 6(3), litra d som følge af den manglende adgang til modafhøring af vidnet ikke var opfyldt, hvorfor brug af rapporten som bevis var en krænkelse af Artikel 6.

Efter Rpl § 877, stk. 3, kan retten kun »undtagelsesvis« tillade dokumentation af politiets rapport i stedet for at føre vidnet. Reglen må anvendes i lyset af EMDs praksis om Artikel 6, men giver et godt grundlag for overholdelse heraf. I dansk retspraksis er det i overensstemmelse med EMDs praksis antaget, at en politirapport fra en vidneforklaring, hvor der ikke har været adgang til modafhøring, kan oplæses i retten, men kun har svag bevisværdi, jf. UfR 1993.512 V og 2005.1004 H. Er der dømt med politirapporten som afgørende bevis, må sagen derimod gå om, jf. UfR 1987.191 H og TfK 2004.672. Selv hvor forsvaret har haft adgang til modafhøring, synes danske domstole dog – under hensyn til den manglende bevisumiddelbarhed – at lægge vægt på, at politirapporten ikke må udgøre det eneste eller afgørende bevis, se bl.a. UfR 1992.879 H, 1995.198 H, 1999.2041 H og 2002.15 H; herved synes domstolene at gå videre, end EMDs praksis kræver.

Vidneafhøring af børn som er blevet misbrugt seksuelt

I sager om seksuelt misbrug af mindreårige er der et særligt hensyn at tage til det forurettede barn, for hvem en afhøring i retten vil være meget psykisk belastende. I disse sager erstatter politiets afhøring derfor ofte den sædvanlige afhøring i retten. Barnets forklaring er imidlertid ofte det eneste bevis, og sikringen af forsvarets rettigheder i forbindelse med afhøringen bliver derfor af central betydning for en retfærdig rettergang.

EMD har principielt anerkendt, at det særlige hensyn til at skåne barnet i sager om misbrug af børn kan begrunde, at politiets afhøring af barnet kan træde i stedet for afhøring i retten, jf. *P.S. v. Germany* (2001,

para. 28) og *S.N. v. Sweden* (2002, para. 47). Forsvarets rettigheder skal imidlertid respekteres. I *P.S. v. Germany* (2001) statuerede EMD krænkelse af Artikel 6, da forsvaret ikke havde haft adgang til modafhøring, og barnets forklaring var det eneste bevis. Også i *S.N. v. Sweden* (2002) var barnets forklaring stort set eneste bevis, men forsvareren havde haft adgang til modafhøring, hvorfor Artikel 6 ikke fandtes krænket. Som det ses, er det efter EMDs praksis tilstrækkeligt, at forsvareren har haft adgang til modafhøring af barnet, idet forsvaret som tidligere omtalt betragtes som en enhed.

I Danmark ville Højesteret tidligere gerne gå endnu videre i beskyttelsen af den sigtede. Højesteret har i børnesager tilladt afspilning af videooptagelse af politiets afhøring som alternativ til afhøring i retten, jf. Rpl § 877, stk. 3, men krævede tidligere som betingelse herfor, at også den sigtede skulle have ret til at overvære afhøringen (via tv), uanset, at de dagældende regler kun gav forsvareren denne ret, jf. UfR 2000.1326 HK, 2000.1751 HK og 2002.551 HK. Lovgivningsmagten tog imidlertid for at beskytte barnet til genmæle over for Højesterets retspraksis. Efter en lovændring i 2003 (lov nr. 228 fra 2003) fremgår det nu udtrykkeligt af Rpl § 745 e, at forsvareren *skal* være til stede under politiets videoafhøring af børn, mens den sigtede ikke selv har adgang til at overvære afhøringen; den sigtede skal dog snarest muligt have adgang til at gennemse videobåndet, hvorefter forsvaret kan begære en genafhøring af vidnet; dette giver den sigtede mulighed for at imødegå barnets forklaring. Desuden er det nu udtrykkeligt fastslået i Rpl § 877 a, at politiets videooptagelse fra afhøring af et barn kan anvendes som bevis i retten, når forsvareren har været til stede. Lovgivers afskæring af sigtedes selvstændige ret til at overvære videoafhøringen af et barn er som nævnt ikke i strid med EMDs praksis.

Brug af anonyme vidner

Hemmeligholdelse over for forsvaret (eller blot tiltalte) af et vidnes identitet kan i visse sagstyper være velbegrundet af hensyn til at beskytte vidnets liv og sikkerhed; men den anklagedes forsvar lider ofte væsentlig skade herved, navnlig fordi den anklagede afskæres fra at drage vidnets troværdighed i tvivl, jf. *Kostovski* (1989, para. 42).

EMD har fastslået, at Artikel 6 ikke generelt udelukker brugen af anonyme vidner; det afgørende er, at anonyme vidner kun anvendes, hvor det er strengt nødvendigt (alvorlig kriminalitet), og at brugen af

anonyme vidneudsagn opvejes af domstolsgarantier, der sikrer forsvarets rettigheder, jf. *Doorson* (1996, para. 69ff). Under hensyn til det handicap, som vidners anonymitet påfører forsvaret, har EMD dog fastslået, at selv hvor ovennævnte forudsætninger er opfyldt, kan anonyme vidneudsagn aldrig udgøre det eneste eller afgørende bevis i en straffesag, jf. *Doorson* (1996, para. 76). I *Doorson* (1996) fandt EMD ikke Artikel 6 krænket: Forsvareren havde været til stede under afhøringen af de anonyme vidner og haft adgang til at stille spørgsmål; dommeren kendte vidnernes identitet og havde taget hensyn til anonymiteten ved vurderingen af forklaringernes bevisværdi; forklaringerne var ikke det afgørende bevis i sagen. I sager, hvor anonyme vidneforklaringer har været det eneste eller afgørende bevis, har EMD derimod statueret krænkelse, se *Kostovski* (1989), *Windisch* (1990), *Saïdi* (1993) og *van Mechelen (1997)*.

I dansk ret er der ingen almindelig adgang til at bruge anonyme vidner i straffesager. En person kan ikke føres som vidne, hvis vedkommendes identitet slet ikke fremgår af sagen eller er blevet afskåret fra forsvarets aktindsigt, jf. Rpl § 836a. Anklagemyndigheden kan imidlertid give forsvareren pålæg om ikke at videregive oplysninger om et vidnes navn, bopæl og stilling til den sigtede, fordi anklagemyndigheden agter at søge rettens tilladelse til at føre vidnet anonymt, jf. Rpl § 835, stk. 2. Retten kan herefter beslutte, at et vidnes navn, bopæl og stilling skal holdes hemmeligt for den tiltalte, hvis dette anses for »påkrævet« af hensyn til vidnets sikkerhed (risiko for repressalier) og forudsat, at hemmeligholdelsen må antages at være uden betydning for tiltaltes forsvar, jf. Rpl § 848, stk. 2, nr. 2. Siden 2003 (lov nr. 436 fra 2003) kan politiagenter endvidere afgive forklaring under falsk identitet, jf. Rpl § 848, stk. 4; og polititjenestemænd med særlige under cover funktioner kan om nødvendigt med rettens tilladelse afgive anonym vidneforklaring, hvis det er uden betydning for tiltaltes forsvar, jf. Rpl § 848, stk. 5, se hertil UfR 2003.2624 H.

10.4 Ret til tolkebistand (stk. 3, litra e)

Efter Artikel 6(3), litra e, har den anklagede krav på gratis bistand fra en tolk, hvis han ikke forstår sproget i retten.

Som det tidligst kendte eksempel på danske domstoles anvendelse af EMRK fastslog Københavns Byret i en dom af 25. april 1966 (sag 21472/1965, I), at statskassen i lyset af Artikel 6(3), litra e, burde afholde

udgifterne til tolk i en straffesag imod en algerisk statsborger. Retten til gratis tolkebistand fremgår nu af Rpl § 149. I UfR 1997.1422/1 V blev en straffedom mod en iransk statsborger ophævet, da det fandtes at udgøre en væsentlig fejl, at der ikke havde medvirket en tolk. Det er ikke tilstrækkeligt, at tolkning har fundet sted, den skal også være betryggende. I UfR 1996.1488 V fastslog landsretten, at retten til tolkebistand er en væsentlig forudsætning for en retfærdig rettergang, og at telefontolkning kan give anledning til misforståelser. Derfor ophævede retten under henvisning til Artikel 6(3), litra e, en dom, hvor tolkningen under domsforhandlingen var sket via telefon.

11. Uskyldsformodningen (stk. 2)

Efter Artikel 6(2) skal en anklaget anses som uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven. Denne uskyldsformodning stiller dels krav til beviset for skyld, dels begrænser den offentlige myndigheders adgang til at udtale sig om den anklagedes skyld, så længe denne ikke er endeligt fastslået af en domstol.

11.1 Beviset for skyld

Artikel 6(2) indebærer, at det offentlige (anklagemyndigheden) skal bevise den anklagedes skyld, den anklagede skal ikke selv bevise sin uskyld, jf. *Barberá, Messsengué and Jabardo* (1996, para. 77). Er der ikke tilstrækkelige beviser til at dømme den anklagede, må han frifindes, jf. *Telfner* (2001, para. 18-20) – hvor en ung mand var blevet dømt som ansvarlig for et biluheld alene på det grundlag, at han var den primære bruger af bilen, som tilhørte hans mor, og at han ikke havde sovet hjemme den nat, ulykken skete; EMD fastslog, at Artikel 6(2) var krænket. Enhver rimelig tvivl skal med andre ord komme den anklagede til gode – *in dubio pro reo*. Denne grundsætning gælder også i dansk strafferetspleje, selv om den ikke er nedskrevet i lovgivningen, jf. bl.a. UfR 1988.948 V.

11.2 Udtalelser om den anklagedes skyld før dom

Offentlige myndigheder, som er involveret i en verserende straffesag – dommere, anklagere, politifolk, nævninger m.fl. – må ikke forud for dommen udtale sig offentligt om tiltaltes skyld. I *Allenet de Ribemont*

(1995) fandtes Artikel 6(2) således krænket, fordi anklagemyndigheden på en pressekonference havde udtalt, at den anklagede havde medvirket til drab. I *Butkevicius* (2002, para. 53f) fastslog EMD tilsvarende en krænkelse, fordi parlamentsformanden havde udtalt, at han fandt det utvivlsomt, at et parlamentsmedlem, som var anklaget for bestikkelse, havde begået forbrydelsen. Derimod er Artikel 6(2) ikke til hinder for, at domstolen under en straffesag træffer afgørelser om bl.a. varetægtsfængsling af den anklagede på grundlag af en begrundet mistanke om skyld; sådanne afgørelser kan derimod e.o. rejse tvivl om domstolens fortsatte upartiskhed (se ovenfor afsnit 6).

Hvis en anklaget i medierne stemples som skyldig, kan dette påvirke offentligheden og eventuelle nævninger i sagen. Dette kan i ekstreme tilfælde komme i konflikt med Artikel 6(2) og med kravet om en upartisk domstol (se ovenfor afsnit 6). I *Craxi III* (2001, side 14f) fandtes pressehetzen dog ikke at krænke Artikel 6, også fordi domstolen udelukkende bestod af professionelle dommere, som antages at kunne se bort herfra. Under rigsretssagen mod tidligere justitsminister Erik Ninn-Hansen, UfR 1994.409 R, gjorde forsvaret gældende, at pressens langvarige negative omtale fik den tiltalte til at fremstå som dømt på forhånd; Rigsretten afviste dog, at der forelå en krænkelse af Artikel 6, da det måtte antages, at retten ville være i stand til at se bort fra medieomtalen. I UfR 2003.624 H inddrog Højesteret uskyldsformodningen i Artikel 6(2), da den fandt, at en avisartikel, hvorefter en sigtet person ifølge politiet var skyldig, udgjorde en strafbar ærekrænkende beskyldning.

11.3 Oplysning om den anklagedes tidligere straffedomme

Det anses generelt ikke som uforeneligt med Artikel 6(2), at det under en straffesag oplyses, at tiltalte tidligere er blevet dømt for lignende forhold, jf. bl.a. den nu nedlagte EMRK-kommission i *X. v. Denmark* (1965). Skønt sådanne oplysninger vel må påvirke dommere og nævningers indtryk af den anklagede og dermed hans mulige skyld, er der i mange lande tradition herfor. Begrundelsen er vel den almene erfaring, at har man gjort noget én gang, kan man også gøre det igen.

Også i dansk ret kan tiltaltes tidligere straffedomme dokumenteres under en straffesag, jf. Rpl § 877, stk. 2, nr. 5. Domstolene følger dog en restriktiv linje, hvor kun forstraffe, som er relevante for bedømmelsen af den nuværende sag, kan fremlægges. I UfR 1994.478 H vedrørende

brandstiftelse tillod Højesteret dokumentation af tiltaltes tidligere straffe for brandstiftelse, da disse fandtes at have betydning for afgørelsen af skyldsspørgsmålet i den foreliggende sag, og da dette ikke kunne anses for uforeneligt med EMRK Artikel 6(1) eller (2). Se tilsvarende UfR 2004.103 H og 2004.1054 H.

11.4 Mistanke om skyld efter frifindelse eller opgivelse af straffesagen?

I sin yderste konsekvens måtte uskyldsformodningen føre til, at man i enhver henseende skulle anses som uskyldig, hvis man ikke var blevet dømt ved en domstol. Der kan imidlertid være forskellige grunde til, at en sigtet/tiltalt ikke bliver dømt. En frifindelse kan således ikke kun skyldes utilstrækkelige beviser, men også at sagen er forældet. Endvidere kan anklagemyndigheden vælge at opgive straffesagen, før den når til retten, bl.a. hvis beviserne anses for utilstrækkelige, eller sagens betydning ikke findes at stå mål med de ressourcer, det ville kræve at få vedkommende dømt, jf. Rpl § 721, stk. 1. En del skyldige bliver derfor aldrig dømt. Det vil på den baggrund kunne virke urimeligt, om enhver tidligere sigtet, men aldrig domfældt, person skulle behandles som aldeles uskyldig med fuld ret til efterfølgende bl.a. at kræve godtgørelse af sagsomkostninger og erstatning for politiets tvangsindgreb.

EMD har da også afvist en så absolut udlægning af uskyldsformodningen. Godt nok må man ikke lægge til grund, at en tidligere anklaget er skyldig, hvis han aldrig er blevet dømt, jf. *Barberá, Messengué and Jabardo* (1988, para. 91), hvorefter Artikel 6(2) er krænket, »if, without the accused having previously been proved guilty according to law, a judicial decision concerning him reflects an opinion that he is guilty«. Derimod er det ikke i alle tilfælde uforeneligt med Artikel 6(2), at der, trods frifindelse eller opgivelse af sagen før dom, træffes afgørelser baseret på en fortsat mistanke om skyld; dette synes kun absolut udelukket, hvor den anklagede er blevet frifundet på grund af utilstrækkelige beviser for, at han har begået kriminalitet. EMD udtalte principielt i *Sekanina* (1993, para. 30), at:

> »The voicing of suspicions regarding an accused's innocence is conceivable as long as the conclusion of criminal proceedings has not resulted in a decision on the merits of the accusation. However, it is no longer admissible to rely on such suspicions once an acquittal has become final«.

Hvis en person er blevet frifundet, fordi der ikke var tilstrækkelige beviser for, at han havde begået handlingen, må myndighederne således ikke efterfølgende træffe afgørelser, som antyder, at vedkommende måske alligevel var skyldig, jf. *Sekanina* (1993, para. 30) og *Demir* (2002, para. 27): I begge sager var de anklagede blevet frifundet på grund af utilstrækkelige beviser; alligevel fik de efterfølgende afslag på godtgørelse for uberettiget varetægtsfængsling med den begrundelse, at der stadig hvilede en mistanke over dem; EMD statuerede en krænkelse af Artikel 6(2). Hvis en person derimod kun er blevet frifundet af »tekniske grunde«, typisk forældelse, har EMD accepteret, at en fortsat mistanke om – men ikke konstatering af – skyld kan begrunde, at vedkommende får afslag på godtgørelse af sagsomkostninger, se *Lutz* (1987, para. 60ff) og *Leutscher* (1996, para. 29ff).

Noget tilsvarende må gælde, hvor der aldrig afsiges dom, fordi anklagemyndigheden vælger at indstille straffesagen (påtaleopgivelse), jf. princippet i *Sekanina* (1993, pr. 30) og udtalelsen i *Lutz* (1987, pr. 63), hvorefter »Article 6 paragraph 2 does not oblige the Contracting States, where a prosecution has been discontinued, to indemnify a person 'charged with a criminal offence' for any detriment he may have suffered«. Hvad angår krav på erstatning til den tidligere sigtede for varetægtsfængsling og andre tvangsindgreb, går dansk ret derfor videre, end EMDs praksis om Artikel 6(2) forlanger, idet Rpl § 1018a og b sidestiller personer, mod hvem straffesagen opgives, med personer, som er blevet frifundet, se f.eks. UfR 2001.253 Ø, hvor straffesagen var opgivet ud fra en prioritering af ressourcerne, hvorfor den tidligere sigtede havde krav på erstatning for en foretagen ransagning. Derimod fandtes det i UfR 2000.2101 V ikke at være i strid med Artikel 6(2), at politiet i medfør af Rpl § 792 f fortsat opbevarede en tidligere sigtets fingeraftryk efter, at straffesagen imod ham var opgivet på grund af utilstrækkelige beviser; opbevaringen skete alene på det objektive grundlag, at vedkommende havde været sigtet og indebar derfor ikke nogen vurdering af den tidligere sigtedes mulige skyld. Selv om der ikke er grundlag i EMDs praksis for at anfægte landsrettens vurdering, forekommer den dog diskutabel.

11.5 Erstatningsansvar efter frifindelse for straf?

Et særligt – om end beslægtet – problem er, om det kan forenes med Artikel 6(2), at en person, som er blevet frifundet for straf, efterfølgende

idømmes erstatningsansvar på grundlag af selv samme handling, som han i straffesagen blev frifundet for at have begået. I dansk ret kan straffedomstolen ikke samtidig med at frifinde for straf pålægge erstatningsansvar, men frifindelsen i straffesagen afskærer ikke offeret fra efterfølgende at rejse en civil erstatningssag, hvis straffedomstolen ikke har taget stilling hertil, jf. Rpl § 992.

Sker der alene frifindelse på grund af sagens forældelse, vil et efterfølgende erstatningsansvar ikke støde an imod Artikel 6(2), forudsat det ikke herved lægges til grund, at den tidligere sigtede/tiltalte rent faktisk var skyldig til straf. Tilsvarende må gælde, hvor der under straffesagen ikke har været tvivl om, at den tiltalte har begået handlingen, idet han alene er blevet frifundet på grund af manglende bevis for, at han havde forsæt hertil; erstatningsansvar forudsætter i modsætning til strafansvar alene uagtsomhed (culpa).

Vanskeligere er de tilfælde, hvor den tiltalte er blevet frifundet for straf på grund af utilstrækkelige beviser for, at han har begået handlingen, men efterfølgende søges pålagt erstatningsansvar for samme handling. Dette er principielt muligt, fordi beviskravet i straffesager er fraværet af enhver rimelig tvivl, mens beviskravet i erstatningssager kun er overvejende sandsynlighed. Dog må det for den almindelige retsfølelse forekomme uforståeligt, hvis man først frifinder en person for straf på grund af utilstrækkeligt bevis for, at han har begået handlingen, men derefter dømmer vedkommende til at betale erstatning, fordi han har begået samme handling. Imidlertid er det nu med EMDs samme dag afsagte domme i *Y v. Norway* (2003, para. 41f) og *Ringvold* (2003, para. 38) fastslået, at det vil være foreneligt med Artikel 6(2) at pålægge erstatningsansvar efter en strafferetlig frifindelse på grund af utilstrækkelige beviser forudsat, at domstolen under erstatningssagen ikke udtaler sig på en måde, som rejser tvivl om rigtigheden af den strafferetlige frifindelse. Som EMD udtalte i *Y. v. Norway* (para. 41f):

> »the Court considers that, while the acquittal from criminal liability ought to be maintained in the compensation proceedings, it should not preclude the establishment of civil liability to pay compensation arising out of the same facts on the basis of a less strict burden of proof (...). However, if the national decision on compensation contains a statement imputing the criminal liability of the respondent party, this could raise an issue falling within the ambit of Article 6 § 2 of the Convention.«

EMD henviste herved også til, at den forurettede ellers, hvis der i straffesagen er sket frifindelse, ville være afskåret fra at gå til domstolene med et erstatningskrav, hvilket ville stride imod den i Artikel 6(1) forudsatte ret til adgang til domstolene.

Konsekvensen af EMDs domme er for det første, at en civil erstatningssag ikke (længere) kan afvises alene med henvisning til en frifindende straffedom. Således er UfR 2005.1385/2 V ikke forenelig med EMDs praksis; A var i en straffesag frifundet for at have slået B; under en efterfølgende erstatningssag gjorde B gældende, at A ved den pågældende lejlighed havde overfaldet ham på en sådan måde og under sådanne omstændigheder, at B faldt om og kom til skade med anklen, og at A derfor var erstatningsansvarlig. Byretten frifandt A, da spørgsmålet om, hvorvidt A havde slået B, var endeligt afgjort ved straffedommen, hvorfor det ville være i strid med Menneskeretsdomstolens praksis på ny at tage stilling til spørgsmålet under erstatningssagen; landsretten stadfæstede dommen.

For det andet tvinger EMDs domme nationale domstole til i den efterfølgende erstatningssag at formulere sig med stor omhu, så det står klart, at afgørelsen af erstatningsspørgsmålet ikke rejser tvivl om den strafferetlige frifindelse, da der ellers foreligger en krænkelse af Artikel 6(2). I *Y v. Norway* (2003) fandt EMD Artikel 6(2) krænket; Y var af en jury blevet frifundet for anklager om drab og voldtægt af en ung pige; under den efterfølgende erstatningssag fandtes Y dog ansvarlig, idet domstolen fandt det »klart sandsynligt, at Y har begået den handling, som han blev tiltalt for«. I *Ringvold* (2003) fandt EMDs flertal derimod ikke Artikel 6(2) krænket; Ringvold var af en jury blevet frifundet for anklager om seksuelt misbrug mod en mindreårig pige; under den efterfølgende erstatningssag fandtes Ringvold dog ansvarlig, idet domstolen fandt det »klart sandsynligt, at seksuelt misbrug har fundet sted og at Ringvold var misbrugeren«, men samtidig understregede, at denne afgørelse var uafhængig af og ikke rejste tvivl om frifindelsen i straffesagen; den dissentierende dommer Costa ville dog også i Ringvold statuere krænkelse af Artikel 6(2); uskyldsformodningen kræver ifølge Costa, at den handling, som begrunder erstatningsansvar, adskiller sig fra den handling, der tidligere er frifundet for i straffesagen.

12. Retten til ikke at udtale sig – beskyttelsen mod selvinkriminering (stk. 1)

EMD har af det generelle krav om en retfærdig rettergang i Artikel 6(1) udledt en ret for den anklagede til ikke at udtale sig og til ikke at udsætte sig selv for straf (selvinkriminering), jf. *Funke* (1993, para. 44), hvorefter enhver, der er anklaget for en forbrydelse, har »the right to remain silent and not to contribute to incriminating himself«. Denne ret skal forhindre, at den anklagede tvinges til at skade sin egen sag. Beskyttelsen imod selvinkriminering er nært forbundet med uskyldsformodningen i Artikel 6(2), hvorefter anklagemyndigheden selv skal bevise den anklagedes skyld, jf. EMD i *Saunders* (1996, para. 68).

12.1 Den sigtedes ret til ikke at udtale sig

En anklaget må ikke tvinges til at udtale sig til myndighederne og derved skade sin egen sag. Beskyttelsen gælder fra det tidspunkt, hvor man formelt eller reelt er sigtet, jf. *Funke* (1993, para. 44).

Sigtedes ret til tavshed er også anerkendt i dansk ret, jf. Rpl §§ 752, stk. 1, 754 og 868. Før politiet afhører en sigtet, skal vedkommende oplyses om sin ret til ikke at udtale sig, Rpl § 752, stk. 1. Er dette ikke sket, kan afhøringen som klar hovedregel ikke bruges som bevis til skade for den sigtede, jf. UfR 1997.336 V. En sigtet har heller ikke pligt til at opfylde lovmæssige oplysningspligter i forhold til myndighederne, hvis dette vil kunne skade ham under straffesagen. UfR 2000.1201 H angik en konkurssag, hvor et bestyrelsesmedlem var underlagt en oplysningspligt; da han imidlertid samtidig var sigtet i en straffesag med tilknytning til konkurssagen, fulgte det af retten til ikke at udtale sig i Rpl § 752, stk. 1, og beskyttelsen mod selvinkriminering i Artikel 6, at han ikke havde pligt til at besvare spørgsmål under konkurssagen, som kunne skade ham selv under straffesagen.

Forbud mod fremtvingelse af udtalelser

Myndighederne må ikke søge at tvinge en anklaget til at udtale sig. Forbudt er ifølge EMD alene uretmæssig tvang (»improper compulsion«), jf. *John Murray* (1996, para. 45). Man må ikke med sanktioner tvinge en anklaget til at udtale sig, *Funke* (1993, para. 44), mens det er tilladt at advare den anklagede om, at hans tavshed vil kunne bruges

imod ham som et indicium for skyld (se nedenfor), jf. *John Murray* (1996, para. 48).

Derimod hindrer beskyttelsen imod selvinkriminering ikke, at politiet under efterforskningen gennem lovlige tvangsindgreb skaffer sig beviser, som har en »selvstændig eksistens«, idet de stammer fra den sigtede eller hans ejendele – herunder udtagning af vævs-, urin- eller blodprøver, kropsvisitering, ransagning m.v., jf. *Saunders* (1996, para. 69).

Konsekvensen af at nægte at udtale sig

Det er ifølge EMD ikke udelukket at lade det indgå i skyldvurderingen, at den anklagede nægter at udtale sig, skønt beviserne i sagen »kalder på« en forklaring fra ham. Den anklagedes tavshed kan dog alene understøtte anklagemyndighedens beviser som et blandt flere indicier på hans skyld. Derimod må tiltaltes tavshed aldrig anvendes som eneste eller afgørende grundlag for straf, jf. *John Murray* (1996, para. 47) og *Telfner* (2001, para. 16f).

Frivillig tilståelse eller forklaring

Beskyttelsen imod selvinkriminering udelukker selvsagt ikke, at den anklagede frivilligt tilstår forbrydelsen eller i øvrigt afgiver forklaring. Tilstår den sigtede, kan sagen ofte uden videre afsluttes med domfældelse. Efter Rpl § 922 skal tilståelsens rigtighed i sager, hvor der kan blive tale om at idømme fængselsstraf, dog være bestyrket ved de øvrige oplysninger i sagen, mens tilståelse i rene bødesager efter Rpl § 935 normalt i sig selv er tilstrækkeligt. Har man frivilligt udtalt sig til politiet efter at være blevet vejledt om den manglende pligt hertil, kan udtalelserne e.o. bruges som bevis under sagen, selv om man nu nægter at udtale sig i retten, jf. reglen i Rpl § 877, stk. 3 og UfR 2000.1309 H.

12.2 Beskyttelsen imod selvinkriminering og almindelige oplysningspligter

Beskyttelsen imod selvinkriminering efter Artikel 6(1) rækker videre end retten for en sigtet til ikke at udtale sig. Beskyttelsen gælder også ikke sigtede personer, som tvinges til at fremkomme med oplysninger, som senere vil kunne bruges som bevis imod dem under en straffesag.

Således kan man i dansk ret aldrig pålægges pligt til at vidne under en retssag, hvis man ved at vidne vil udsætte sig selv for straf, jf. Rpl § 171, stk. 2, nr. 1, jf. stk. 3.

Forbudet mod selvinkriminering sætter endvidere grænser for, i hvilket omfang oplysninger, som en person i henhold til lovgivningen har været forpligtet til at give, efterfølgende kan anvendes mod ham under en straffesag. Sådanne oplysningspligter tjener væsentlige samfundsmæssige kontrolhensyn og udgør ikke i sig selv et problem i forhold til Artikel 6, jf. også *Allen* (2002). Så længe man ikke er sigtet eller mistænkt for et strafbart forhold, skal man opfylde lovgivningens almindelige pligter vedrørende afgivelse af oplysninger til offentlige myndigheder – f.eks. skattevæsenet – og kan blive straffet, hvis man nægter. I 2003.1029 H blev pligten efter Færdselslovens § 65 for ejeren af en bil til efter en målt hastighedsoverskridelse at oplyse, hvem der havde kørt i bilen, opretholdt, idet ejeren ikke herved udsatte sig selv, men alene sine nærmeste, for straf. EMD har imidlertid fastslået, at hvis man uden at være sigtet har været tvunget til at give myndighederne oplysninger, kan det krænke Artikel 6(1), hvis disse oplysninger efterfølgende anvendes som bevis imod én selv under en senere straffesag, jf. *Saunders* (1996, para. 74):

> »The public interest cannot be invoked to justify the use of answers compulsorily obtained in a non-judicial investigation to incriminate the accused during the trial proceedings (...) the fact that statements were made by the applicant prior to his being charged does not prevent their later use in criminal proceedings from constituting an infringement of the right«.

I *Saunders* (1996) statuerede EMD krænkelse af Artikel 6(1), idet Domstolen lagde vægt på, at Saunders' tidligere pligtmæssige forklaring til myndighederne under den efterfølgende straffesag var blevet brugt imod ham som et afgørende bevis for hans skyld. EMDs senere praksis har bekræftet, at det kun er uforeneligt med Artikel 6(1) at inddrage sådanne tvangsmæssigt indhentede oplysninger under en senere straffesag, såfremt oplysningerne udgør det eneste eller afgørende bevis, jf. *Serves* (2000) og *Cöeme* (2000, para. 128).

Rpl § 877, stk. 3, om adgangen til undtagelsesvis at tillade at uden-retlige dokumenter anvendes som bevis i en straffesag, må anvendes med de begrænsninger, som følger af EMDs praksis vedrørende beskyttelsen imod selvdiskriminering.

Litteratur

Betænkning 1319 Domstolsudvalgets betænkning, København 1996
Betænkning 1401 Reform af den civile retspleje, København 2001
Betænkning 1427 Reform af den civile retspleje II, København 2003
Betænkning 1428 Retssikkerhedskommissionens betænkning, København 2003
M. H. Bukh Modafhøring af vidner, DJØF, København 1998
J. Christoffersen Selvinkriminering, Juristen 2000, side 45ff
J. Christoffersen Erstatning m.v. efter frifindelse, Juristen 2004, side 16ff
P. Garde Inhabilitet i sager med flere mistænkte – et skinproblem?, UfR 1991B, side 300ff
P. Garde Fra Unterpertinger til Asch, Juristen 1992, side 41ff
P. Garde Adhæsionsprocessens brister, UfR 1998 B, side 31ff
M. Ellehauge Dommerhabilitet efter EMRK, UfR 2002 B, side 123ff
N. Holst-Christensen og J.F. Kjølbro Om menneskerettigheder og sagsbehandlingstid, EU- og Menneskeret 1997, side 69ff
J. E. Rytter og M. Gøtze Access to Justice in Danish Law and the Impact of the ECHR, European Review of Public Law, Vol. 13, No. 1, 2001, side 243ff
E. Smith Habilitetshysteriet, UfR 1998 B, side 375ff
E. Smith Straffeprocessen, 4. udg., Thomson, København 1999
E. Smith Frifundet i straffesagen – dømt til offererstatning. En Kafkask retstilstand, UfR 1999 B, side 200ff
E. Smith, Mere om erstatning til offeret, Juristen 2004, side 22ff
E. Smith m.fl. Straffeprocessen, Thomson, København 2006
M. Stassen Pålæg til forsvareren, UfR 1982 B, side 72ff

Kapitel 10

Retten til privat- og familieliv

Artikel 8 beskytter individets privatsfære og indeholder reelt fire rettigheder: retten til respekt for privatliv, familieliv (som suppleres af Artikel 12 om retten til at indgå ægteskab og stifte familie), hjem og kommunikation. Anvendelsesområdet for Artikel 8 er særdeles bredt; det gælder navnlig begrebet »privatliv«, der inden for EMRK ofte som en »opsamlingsrettighed«, hvor ingen andre rettigheder er anvendelige. Ethvert indgreb i privat- og familielivet m.v. skal efter Artikel 8(2) have hjemmel og være nødvendigt i et demokratisk samfund (proportionalt) for at varetage vægtige hensyn til samfundet eller andres rettigheder. Der skal således foretages en afvejning mellem de kolliderende hensyn. Foreligger der ikke et indgreb, kan Artikel 8 alligevel være krænket, hvis staten ikke har opfyldt sin positive forpligtelse til at sikre og beskytte individets privat- og familieliv; doktrinen om positive forpligtelser har haft særligt stor betydning på Artikel 8's område.

1. Indledning

Den bærende tanke bag Artikel 8 er, at individet har en privat sfære, som staten skal respektere og beskytte. Artikel 8 udspringer af et liberalistisk ideal om personlig frihed og er således ideologisk beslægtet med beskyttelsen af individets fysiske frihed (se Kapitel 8).

Artikel 8 beskytter både individets privatliv, familieliv, hjem og kommunikation. Artikel 8 suppleres med hensyn til retten til familieliv af Artikel 12 om retten til at indgå ægteskab og stifte familie. Mens beskyttelsen af boligen, private papirer og korrespondance har lang tradition, er den bredere beskyttelse af privat- og familielivet af nyere dato. Først med VM fra 1948, Artikel 12, proklameres, at: »No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence ...«. Verdenserklæringen danner forbillede for EMRK Artikel 8. Den udvidede beskyttelse kan ses som et modstykke til statens stigende intervention i personers private og familiære forhold. Artikel 8 har stor og stigende praktisk betydning. Den moderne teknologi mu-

liggør nye former for indgreb i individets privatsfære – f.eks. elektronisk overvågning og registrering. Artikel 8 er dog så rummelig, at den også kan udgøre et retligt bolværk imod misbrug af disse kontrolmidler.

Artikel 8 beskytter i første række imod indgreb fra offentlige myndigheder – f.eks. politiet eller de sociale myndigheder. Dog har staten desuden en positiv forpligtelse til at sikre og beskytte individets privat- og familieliv, hvilket har stor praktisk betydning.

Privat- og familielivet er et af de områder, hvor EMRK mest mærkbart supplerer Grundloven. Artikel 8 har et langt bredere anvendelsesområde end Grl § 72, som alene beskytter ved husundersøgelse, undersøgelse og beslaglæggelse af breve og andre papirer, samt brud på kommunikationshemmeligheden. Artikel 8 giver også en bedre beskyttelse. Hvor Grl § 72 alene stiller krav om forudgående retskendelse (som endda kan fraviges ved lov), sikrer Artikel 8 en materiel beskyttelse med kravet om, at et indgreb skal være nødvendigt i et demokratisk samfund for at varetage vægtige modhensyn. Desuden rummer Artikel 8 som nævnt, i modsætning til Grl § 72, også positive forpligtelser for staten.

I det følgende redegøres først generelt for Artikel 8's beskyttelse af privat- og familielivet m.v. og grænserne herfor (*afsnit 2*). Herefter redegøres for det nærmere indhold af Artikel 8's elementer: privatliv (*afsnit 3*), familieliv (*afsnit 4*), bolig (*afsnit 5*) og kommunikation (*afsnit 6*). Endelig behandles nogle særlige problemer vedrørende beskyttelsen af privat- og familielivet for udlændinge (*afsnit 7*) og indsatte (*afsnit 8*).

2. Artikel 8 – beskyttelsens indhold og grænser

Artikel 8 skal beskytte individets privatsfære. Dette er et meget vidt begreb, hvorfor bestemmelsen da også har et særdeles bredt og varieret anvendelsesområde. Artikel 8 rummer reelt fire rettigheder: Retten til respekt for privatlivet, familielivet, hjemmet og kommunikation (korrespondance). Disse gennemgås én for én i afsnit 3-6. I dette afsnit redegøres mere generelt for Artikel 8's indhold og grænser (betingelserne for indgreb).

2.1 Artikel 8's anvendelsesområde

Det er umuligt generelt at fastlægge området for beskyttelse af privat- og familielivet efter Artikel 8. Det skyldes ikke kun, at Artikel 8 som nævnt indeholder fire rettigheder. Overbegrebet for disse rettigheder

kan siges at være individets privatsfære eller privatliv, og livet er for mangfoldigt til, at et sådant begreb kan defineres abstrakt. Artikel 8 beskytter individet på en lang række livsområder, hvor individets privatliv og -sfære kan være udsat for indgreb. Det gælder ikke kun traditionelle indgreb i form af ransagning af en persons hjem eller telefonaflytning. Inden for Artikel 8's område opstår løbende nye problemstillinger i takt med samfundsudviklingen. Den teknologiske udvikling skaber nye privatlivsproblemer i kølvandet på bl.a. Internettets udbredelse, stadigt mere avancerede kommunikations- og overvågningsformer, samt landvindinger i den medicinske teknologi, herunder gen- og bioteknologien. Retten til respekt for privatlivet danner en menneskeretlig ramme for reguleringen af sådanne nye teknologier. Også en udvikling i samfundets normer kan føre til anerkendelse af privatlivsproblemer, som tidligere blev ignoreret, f.eks. homoseksuelles rettigheder og transseksuelles ret til anerkendelse af en (ny) kønsidentitet. Artikel 8, og navnlig retten til privatliv, fungerer således ofte som en »opsamlingsrettighed«, der kan beskytte individet i tilfælde, som falder uden for de mere specielle rettigheders område.

2.2 Betingelserne for indgreb i Artikel 8's rettigheder

Det siger herefter sig selv, at Artikel 8's rettigheder ikke kan være ubegrænsede, men tværtimod ofte må støde an mod vægtige samfundshensyn eller hensynet til andre personers rettigheder. Det praktisk vigtigste problem er derfor at fastlægge privat- og familielivets grænser. Offentlige myndigheders indgreb i privat- og familielivet skal opfylde kravene i Artikel 8(2); således skal man ved vurdering af indgreb i Artikel 8 altid overveje følgende fire spørgsmål (se generelt Kapitel 5):

1) Foreligger der et indgreb fra en offentlig myndighed?

For at udgøre et »indgreb« efter Artikel 8 må myndighedernes regulering eller konkrete foranstaltninger berøre individet direkte og med en vis intensitet; denne bagatelgrænse for, hvad der betragtes som et indgreb i EMRKs forstand, har særlig relevans ved den meget brede Artikel 8. Hvis individet har givet samtykke til indgrebet, foreligger der som udgangspunkt ikke et »indgreb«, idet rettighederne i Artikel 8 hører til dem, som individet i et vist omfang kan give afkald på.

2) Har indgrebet hjemmel?
Et indgreb skal efter Artikel 8(2) være »i overensstemmelse med loven« – dvs. have hjemmel. I *Khan* (2000) havde politiets aflytning alene grundlag i ikke-bindende ministerielle retningslinjer, hvilket ikke opfyldte EMRKs hjemmelskrav. Kravene til retsgrundlagets klarhed øges i takt med indgrebets intensitet, se f.eks. *Amann* (2002, para. 61f) om en for bred hjemmel til telefonaflytning. Hjemmelskravet omfatter også processuelle betingelser for indgreb. I *A v. France* (1993, para. 38f) fastslog EMD, at hvis retskendelse ikke indhentes, selv om national ret kræver det, udgør dette i sig selv en krænkelse af Artikel 8.

3) Forfølger indgrebet et legitimt formål?
Artikel 8(2) opregner udtømmende de hensyn, som kan begrunde indgreb i privat- og familielivet m.v., herunder såvel almene samfundshensyn (f.eks. efterforskning af kriminalitet) som hensynet til beskyttelse af andres rettigheder (f.eks. pressens ytringsfrihed). Et indgreb vil normalt kunne begrundes med henvisning til mindst ét af de opregnede hensyn.

4) Er indgrebet nødvendigt i et demokratisk samfund?
Den praktisk vigtigste beskyttelse ligger derfor i Artikel 8(2)s krav om, at et indgreb skal være »nødvendigt i et demokratisk samfund« (proportionalt). Der skal herefter foretages en konkret afvejning mellem hensynet til individets privatliv m.v. og hensynet til de modstående samfunds- og individhensyn, som begrunder indgrebet. Intensive indgreb, som rammer ind i kernen af Artikel 8's rettigheder, kræver en særligt overbevisende begrundelse. Navnlig på Artikel 8's område kan det dog ofte være vanskeligt for EMD at vurdere, hvorvidt de nationale myndigheders afvejning i substansen lever op til EMRKs proportionalitetskrav, fordi spørgsmålet, om indgrebet er berettiget ofte vil bero på et komplekst skøn. Som »erstatning« for EMDs manglende evne til fuldt ud at efterprøve den nationale vurdering, stiller EMD derfor stadigt oftere krav til den nationale beslutningsproces. Indgrebet i individets rettigheder efter Artikel 8 skal være resultatet af en retssikkerhedsmæssigt betryggende beslutningsproces med en forsvarlig oplysning af sagen, høring af sagens parter og judicielle garantier mod misbrug af det administrative skøn. Ved klassiske indgreb på grundlag af brede bemyndigelser kræver EMD effektive garantier mod administrativt misbrug af indgrebsbeføjelsen, allerhelst i form af forudgående domstolskontrol, jf.

Klass (1978, para. 55 – om telefonaflytning), og fraværet af judicielle garantier vil her i sig selv kunne betyde, at indgrebet ikke opfylder proportionalitetskravet, se f.eks. *Funke* (1993, para. 57 – om ransagning). I sager om forældremyndighed og samværsret lægger EMD i stigende grad hovedvægten på, at den nationale afgørelse har hvilet på et forsvarligt og oplyst grundlag, herunder børnepsykologisk sagkundskab og inddragelse af sagens parter, se f.eks. *Sahin* (2003, para. 68) og *Sommerfeld* (2003, para. 66). I sager om beboelsesbegrænsninger for individet begrundet i offentlig planlovgivning lægger EMD tilsvarende vægt på, at beslutningsprocessen har været fair og retssikkerhedsmæssigt betryggende for det berørte individ, se f.eks. *Buckley* (1996, pr. 76) og *Chapman* (2001, pr. 92).

2.3 Statens pligt til at beskytte Artikel 8's rettigheder

EMDs doktrin om statens positive forpligtelser (se nærmere Kapitel 6) blev oprindelig etableret i sager om Artikel 8, hvor den også fortsat har klart størst betydning. Selv om Artikel 8 primært skal beskytte individet imod statens indgreb, har staten desuden en pligt til aktivt at sikre og beskytte privat- og familielivet. Artikel 8 kan derfor være krænket, hvis staten har undladt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre og beskytte individets privat- og familieliv, jf. den ledende *Marckx* (1979, para. 31), herunder imod indgreb fra andre private, jf. den ledende *X and Y v. Netherlands* (1985, para. 22) og *Caroline von Hannover* (2004, para. 57). Navnlig ved Artikel 8 kan grænsen mellem indgreb og positiv beskyttelse være uskarp. EMD har imidlertid fastslået, at rækkevidden af statens positive pligter skal bedømmes efter grundlæggende samme principper som statens indgreb – der skal findes en rimelig balance mellem individets og samfundets interesser, se f.eks. *Kroon* (1994, para. 31); *Gül* (1996, para. 38); *Odièvre* (2003, para. 40) og *Evans* (2006, para. 59). Statens positive forpligtelse til at beskytte individets privat- og familieliv er således begrænset til de retlige og faktiske foranstaltninger, man med rimelighed kan forlange af staten, navnlig set i lyset af de modstående hensyn til andres rettigheder og til statens ressourcer og politiske råderum.

3. Privatlivet

Privatlivet er en slags overbegreb for Artikel 8. Det omfatter andre elementer af individets privatsfære end den udtrykkelige beskyttelse af familieliv, hjem og korrespondance. Beskyttelsen retter sig primært mod offentlige myndigheders indgreb i individets privatliv, men indebærer også positive forpligtelser for staten, herunder ikke mindst en pligt til at beskytte individets privatliv mod indgreb fra private.

3.1 Hvad omfattes af begrebet »privatliv«

Begrebet »privatliv« kan ikke gives en udtømmende definition, og EMD har anlagt en bred fortolkning af begrebet. Som Domstolen udtalte i bl.a. *Pretty* (2002, para. 61):

> »[T]he concept of »private life« is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person. It can sometimes embrace aspects of an individual's physical and social identity. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world.«

Begrebet »privatliv« beskytter således individets personlige sfære i bred forstand. Omfattet er efter EMDs praksis bl.a.: retten til at vælge sin egen identitet, se f.eks. *Christine Goodwin* (2002 – om anerkendelse af transseksuelles kønsskifte); retten til selvbestemmelse, se f.eks. *Pretty* (2002 – om adgangen til medlidenhedsdrab på begæring af en uhelbredeligt syg person) og *Evans* (2006 – om muligheden for at fortryde fortsat deltagelse i kunstig befrugtning); retten til fysisk integritet, se f.eks. *Madsen* (2002 – om tilladeligheden af tvangsmæssige alkohol- og narkotikaprøver fra ansatte); retten til sundhed, se f.eks. *López Ostra* (1994 – om krav på beskyttelse imod forurening); retten til eget navn og billede, se f.eks. *Caroline von Hannover* (2004 – om sladderpressens fotoreportager) og *Peck* (2003 – om optagelser med overvågningskamera); retten til personlige oplysninger, se f.eks. *Odièvre* (2003 – om adgangen for adoptivbarn til at få oplyst sin biologiske mors identitet).

Kernen i retten til »privatliv« er selvsagt beskyttelsen af en intim privatsfære, hvor individet kan være i fred. Ifølge EMD omfatter be-

grebet imidlertid også en ret til at knytte og udvikle – navnlig, men ikke udelukkende, følelsesmæssige – bånd til andre mennesker. Som Domstolen fastslog i *Niemietz* (1992, para. 29), jf. også *Bensaid* (2002, para. 47):

> »it would be too restrictive to limit the notion to an »inner circle« in which the individual may live his own personal life as he chooses (...). Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings.«

Et vigtigt spørgsmål er, om retten til privatlivsbeskyttelse indskrænkes eller eventuelt helt forsvinder, når en person befinder sig i det offentlige rum, på arbejdet, i større forsamlinger etc., eller om privatlivsbeskyttelsen følger personen, uanset hvor denne opholder sig.

Der er formentlig grænser for, hvor store og åbne private forsamlinger kan være og fortsat nyde fuld privatlivsbeskyttelse, jf. *Laskey, Jaggard and Brown* (1997, para. 36) – vedrørende indgreb over for arrangementer i en privat sadomasochistisk forening; arrangementerne havde op til 40-50 deltagere og havde bl.a. til formål at hverve nye medlemmer; EMD fandt det tvivlsomt, om arrangementerne »fuldt ud« var beskyttet som privatliv, men tog ikke nærmere stilling, da parterne var enige om, at Artikel 8 var anvendelig.

På den anden side kan en person efter omstændighederne have en berettiget forventning om (en vis) privatlivsbeskyttelse, selv om han/hun bevæger sig i det offentlige rum, jf. bl.a. *Peck* (2003, para. 57) – vedrørende en ulykkelig mand i selvmordstanker, som var blevet filmet på åben gade af byens overvågningskameraer; *Caroline von Hannover* (2004, para. 50f) – vedrørende en kvinde, som gentagne gange var blevet forfulgt af papparazzifotografer og afbildet i sladderpressen under sine daglige gøremål på offentlig gade, i skoven, på stranden og på restauranter. Et berettiget krav på privatlivsbeskyttelse tilkommer også offentligt kendte personer, jf. *Caroline von Hannover* (2004, para. 69).

Privatlivsbeskyttelsen gælder ifølge EMD i et vist omfang også i arbejdssfæren og indenfor kommerciel virksomhed; begrundelsen herfor er som Domstolen udtalte i *Niemietz* (1992, para. 29), jf. også *Halford* (1997, para. 42) og *Amann* (2000, para. 65), at:

> »it is, after all, in the course of their working with others that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world.«

Domstolen antydede dog samtidig, at privatlivsbeskyttelsen her er mindre omfattende end i privatsfæren, som er Artikel 8's kerneområde, jf. *Niemietz* (1992, para. 31).

Da begrebet »privatliv« således spænder meget vidt, har bagatelgrænsen for, hvad der betragtes som et »indgreb« i EMRKs forstand, særlig relevans på dette område (se kapitel 5). Det er den intime og private sfære, som nyder stærkest beskyttelse. Foranstaltningen må desuden berøre individet direkte og med en vis intensitet; Artikel 8 beskytter ikke imod enhver regulering eller foranstaltning, der kun mere generelt og overfladisk berører individets privatliv. Almindelige ordensforskrifter for færdsel m.v. udgør således ikke et indgreb i individets privatliv. Andre tilfælde kan være mere tvivlsomme; således har danske domstole påberåbt sig bagatelgrænsen i UfR 2000.2101 V (om politiets adgang til at opbevare fingeraftryk fra tidligere sigtede) og UfR 2001.910 V (om et menighedsråds beslutning om at fjerne en gravsten med Hells Angels' logo på).

I det følgende omtales alene udvalgte, centrale aspekter af »privatlivet«.

3.2 Seksualiteten

Til privatlivets kerne hører beskyttelsen af individets seksualitet og seksuelle selvbestemmelse. Samtidig er det et område, som traditionelt har været præget af en religiøs-moralsk begrundet regulering fra samfundets side. Imidlertid er tolerancen i de senere årtier blevet væsentligt større i forhold til seksuelle minoriteter. Det har præget EMDs praksis i retning af en stærkere beskyttelse. EMD har fastslået, at indgreb i den seksuelle frihed kræver særligt tungtvejende grunde, fordi seksualiteten tilhører »a most intimate aspect of private life«, se bl.a. *Dudgeon* (1981, para. 52) og *Norris* (1988, para. 45f).

Det er uforeneligt med Artikel 8 at straffe eller på anden måde sanktionere homoseksuel adfærd, jf. om straf *Dudgeon* (1981); *Norris* (1988); *Modinos* (1993) og *A.D.T. v. United Kingdom* (2000); om bortvisning *Lustig-Prean* (1999) og *Smith and Grady* (1999).

Ikke enhver seksuelt motiveret aktivitet er dog beskyttet mod indgreb fra staten. Seksuelle aktiviteter i det offentlige rum kan krænke andre menneskers blufærdighed og derfor forbydes, jf. også Strl § 233 om uterlige forhold, der kan vække offentlig forargelse. Også ved sex-lege bag lukkede døre kan staten dog i særlige tilfælde gribe ind. I *Laskey,*

Jaggard and Brown (1997, para. 43) godkendte EMD således, at tre medlemmer af en privat sadomasochistisk forening var blevet straffet for at deltage i farlige sex-lege, som bl.a. omfattede fysisk »afstraffelse« og brændemærkning; EMD fandt, at staten er berettiget til at gribe ind over for voldsudøvelse, uanset om denne er et led i seksuel aktivitet.

Staten skal efter Artikel 8 ikke alene afholde sig fra indgreb i individets seksualitet. Offentlige myndigheder har også en pligt til positivt at anerkende individets seksuelle identitet. Transseksuelle, som har gennemgået en kønsskifteoperation, har således ret til at få deres nye køn anerkendt i aktuelle identifikationspapirer som kørekort, pas m.v., jf. *B v. France* (1992). En ændring af historiske dokumenter som fødselsattesten er mere problematisk, fordi kønsskiftet i så fald får tilbagevirkende kraft, hvilket kan støde an mod hensynet til officielle dokumenters korrekthed. EMD anerkendte således indtil for nylig ikke denne ret for transseksuelle, om end der kunne spores en bevægelse i den retning, se *Rees* (1986) – ikke krænkelse (12/3); *Cossey* (1990) – ikke krænkelse (10/8); *Sheffield and Horsham* (1998) – ikke krænkelse (11/9). Med den banebrydende *Christine Goodwin* (2002, navnlig para. 73ff og 89ff) fastslog EMD imidlertid enstemmigt, at Artikel 8 nu – i lyset af den stedfundne udvikling hen imod en generel anerkendelse af transseksuelle – forpligter staterne til fuldt ud at anerkende transseksuelles nye køn, også i et historisk fødselsregister; ifølge EMD er de ulemper og besværligheder, dette medfører for samfundet, ikke så tungtvejende, at de opvejer hensynet til den transseksuelles værdighed (para. 90f):

> »In the twenty first century (...) the unsatisfactory situation in which post-operative transsexuals live in an intermediate zone as not quite one gender or the other is no longer sustainable. (...) No concrete or substantial hardship or detriment to the public interest has indeed been demonstrated as likely to flow from any change to the status of transsexuals and, as regards other possible consequences, the Court considers that society may reasonably be expected to tolerate a certain inconvenience to enable individuals to live in dignity and worth in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost.«

Dommen er et markant eksempel på EMDs dynamiske fortolkning af Konventionen.

I dansk ret har transseksuelle adgang til kønsskifte efter Sterilisationslovens § 13, hvorefter kastration bl.a. kan tillades, »hvis ansøgerens

kønsdrift medfører betydelige sjælelige lidelser eller social forringelse«. Transseksuelle skal dog i praksis først igennem et årelangt observations- og rådgivningsforløb, før tilladelse til kønsskifteoperation gives. Efter kønsskiftet har den transseksuelle mulighed for at få ændret sit navn og cpr-nummer i overensstemmelse med sit nye køn i medfør af Navnelovens § 13 og CPR-lovens § 3, stk. 5 (muligheden for navneændring består endog før kønsskifteoperationen, idet § Navnelovens 13, stk. 2 åbner adgang til at fravige hovedreglen om, at et fornavn ikke må betegne det modsatte køn, for personer, som er blevet diagnosticeret som transseksuelle).

3.3 Beskyttelse af personoplysninger

I takt med den teknologiske udvikling er beskyttelsen af personoplysninger blevet stadigt vigtigere. Offentlige myndigheder ligger inde med en række oplysninger om enkeltpersoners økonomiske, sundhedsmæssige, sociale og kriminalitetsmæssige forhold m.v.. Desuden kan politiet i forbindelse med strafferetlig efterforskning komme i besiddelse af følsomme personlige data som fingeraftryk, fotos eller DNA-prøver. Også private virksomheder – banker, forsikringsselskaber, arbejdsgivere m.fl. – kan være i besiddelse af oplysninger om en persons private forhold. Alle disse personlige oplysninger kan bruges, samkøres eller udbredes på måder, som krænker individets ret til et privatliv.

Personoplysninger er omfattet af retten til privatliv. Offentlige myndigheders indhentelse og opbevaring af oplysninger om en persons private forhold udgør et indgreb i Artikel 8, jf. *Leander* (1987, para. 48) og *Amann* (2000, para. 65 og 69). Myndighederne må derfor kun registrere og opbevare sådanne oplysninger ud fra saglige og tungtvejende grunde og skal behandle oplysningerne på en retssikkerhedsmæssigt forsvarlig måde, så de ikke uberettiget videregives. Tilsvarende krav gælder for private virksomheder.

Ved fortolkningen af Artikel 8 har EMD flere gange henvist til Europarådets Konvention om beskyttelse af det enkelte menneske i forbindelse med elektronisk databehandling af personoplysninger (1981). Danmark har tiltrådt Konventionen, som omfatter både offentlige og private registre og rummer en række principper for behandling af personoplysninger. Tilsvarende principper ligger til grund for EUs Direktiv om Personoplysninger (95/46), som også i dansk ret har været bestemmende

indholdet af Personoplysningsloven (nr. 429 fra 2000). Hovedprincipperne i disse regelsæt er, at personlige oplysninger

- kun må indhentes med lovhjemmel, med mindre individet samtykker. Hjemmelsgrundlaget skal være klart, se bl.a. *Amann* (2000, para. 75-80) – krænkelse af Artikel 8, fordi schweizisk lovgivning ikke præciserede betingelserne, hvorunder politiet kunne oprette og opbevare kartotekskort med følsomme oplysninger, som var indhentet ved aflytning,
- kun må opbevares til brug for bestemte og legitime formål. Særligt følsomme oplysninger – herunder bl.a. om race, etnisk oprindelse, politisk overbevisning, religion, seksualitet og helbred – må kun indhentes og opbevares i særlige tilfælde ud fra tungtvejende hensyn,
- kun må indhentes og opbevares i det omfang, dette i et demokratisk samfund er rimeligt i lyset af formålet (proportionalitet). Politiets optagelse af fingeraftryk og fotos af sigtede personer er et indgreb i Artikel 8, som dog typisk kan retfærdiggøres af hensyn til efterforskningen af forbrydelser. I dansk ret kan politiet dog ydermere opbevare fingeraftryk af tidligere sigtede personer, selv om straffesagen mod dem senere er opgivet eller, de er blevet frifundet, jf. Rpl § 792 f; danske domstole har ikke fundet dette i strid med Artikel 8, se UfR 1992.948 V og 2000.2101 V; resultatet forekommer tvivlsomt, også fordi den fortsatte opbevaring rejser spørgsmål i forhold til Artikel 6(2) (se Kapitel 9),
- skal være korrekte og skal kunne korrigeres af vedkommende person. I *Rotaru* (2000) fandtes Artikel 8 krænket, bl.a. fordi klager ingen mulighed havde for at anfægte rigtigheden af myndighedernes personlige oplysninger om ham,
- kun må identificere individet, så længe formålet retfærdiggør dette,
- skal opbevares og behandles på betryggende måde, så uberettiget udbredelse forhindres. I *Z v. Finland* (1997) fandtes Artikel 8 krænket, fordi oplysninger om en persons HIV-smitte indhentet i forbindelse med en straffesag var blevet udbredt til offentligheden. I *Peck* (2003) fandtes Artikel 8 ligeledes krænket; et kommunalt overvågningskamera havde »fanget« en desperat mand i selvmordstanker med en kniv i hånden på offentligt sted; optagelserne blev efterfølgende, uden mandens samtykke og uden tilsløring af hans ansigt,

vist på tv i et reklameindslag for overvågningens kriminalitetsforebyggende effekt,

- skal være tilgængelige for den, oplysningerne vedrører, med mindre dette strider imod tungtvejende hensyn til samfundet eller andres rettigheder. I *Gaskin* (1989) statuerede EMD krænkelse af Artikel 8, fordi myndighederne havde afslået en anmodning fra Gaskin, der som barn havde været i familiepleje, om at få adgang til fortrolige papirer om sin barndom. I *Odièvre* (2003) fandt EMDs flertal (10/7) derimod ingen krænkelse; den voksne Odièvre, der var adoptivbarn, blev nægtet adgang til oplysninger om sin biologiske mors identitet, fordi moren ved bortadoptionen udtrykkeligt havde ønsket, at barnet ikke skulle kende hendes identitet; der forelå her reelt en kollision mellem to privatpersoners ret til privatliv – adoptivbarnets ret til at kende sin identitet over for den bortadopterende mors ret til at forblive anonym (para. 44); EMD udtalte, at staterne ved denne følsomme og komplekse afvejning må overlades et vidt skøn; EMDs flertal godkendte derfor den franske lovgivning, idet man også lagde vægt på, at anonymiteten medvirkede til at forhindre (risikable) aborter og dermed til at beskytte retten til liv – »a higher-ranking value guaranteed by the Convention« (para. 45), samt på, at lovgiver havde tilstræbt en rimelig balance ved at give adoptivbørn adgang til historiske oplysninger, kun med undtagelse af dem, som kunne afsløre morens identitet. Også hensynet til statens sikkerhed vil kunne begrunde hemmeligholdelse. I *Leander* (1987) godkendte EMD, at de svenske myndigheder havde afvist at oplyse Leander om de personlige oplysninger, som af hensyn til statens sikkerhed var indsamlet i forbindelse med hans ansættelse i Forsvarsministeriet. EMD har besluttet at antage sagen *Segerstedt-Wiberg* (2005) til realitetsbehandling; de svenske myndigheder har nægtet at oplyse, hvilke personlige oplysninger om klagerne, sikkerhedspolitiet (SäPo) ligger inde med; klagerne – som består af, overvejende venstreorienterede, politikere, journalister og politisk aktive personer – har alle mistanke om, at de har været udsat for systematisk overvågning fra myndighederne; det har regeringen ikke afvist, men den har henvist til, at systemet rummer tilstrækkelige garantier mod misbrug af overvågningsadgangen.

I dansk ret gælder foruden føromtalte Personoplysningslov også Forvaltnings- og Offentlighedslovens almindelige regler om begrænsning i adgangen til aktindsigt vedrørende personfølsomme oplysninger, der bygger på principper svarende til EMDs praksis. Som led i kampen mod terrorisme er der endvidere nu vedtaget en særlig bestemmelse, som giver PET (Politiets Efterretningstjeneste) ret til at kræve personoplysninger udleveret fra offentlige myndigheder, såfremt PET vurderer, at oplysningerne kan have betydning for forebyggelsen eller efterforskningen af terrorisme eller andre forbrydelser mod statens sikkerhed, jf. Rpl § 110 a, stk. 2 (indsat ved lov nr. 542 af 8. juni 2006).

3.4 Overvågning af personer

Det er et alvorligt indgreb i privatlivet at blive udsat for overvågning, navnlig hvis denne er hemmelig. Med den teknologiske udvikling er mulighederne for overvågning blevet stadigt flere – f.eks. skjulte kameraer, elektroniske sendere, sporing via mobiltelefonnettet og satellitovervågning. Hvor en sådan overvågning af privatsfæren ikke udgør et indgreb i individets kommunikation (se afsnit 6), udgør den typisk et indgreb i privatlivet. EMD har derimod fastslået, at tv-overvågning på offentlige steder ikke i sig selv indebærer et indgreb i individets privatliv, hvorimod en efterfølgende uberettiget opbevaring og videregivelse af optagelserne kan krænke Artikel 8, jf. *Peck* (2003, para. 59 og 78).

Hemmelig overvågning kan være nødvendig for at forebygge forbrydelser eller værne om statens sikkerhed; men der kræves efter Artikel 8 konkrete og tungtvejende grunde til at foretage hemmelig overvågning, ligesom det er afgørende, at der findes judicielle garantier mod misbrug af overvågning, jf. principielt *Klass* (1978, para. 42ff).

I dansk ret kan politiet som led i efterforskningen af kriminalitet fotografere og overvåge (observere) personer, som befinder sig på et ikke offentligt tilgængeligt område, jf. Rpl § 791 a. Indgrebet kræver forudgående retskendelse, hvis der anvendes tv-kamera eller andet automatisk udstyr, eller hvis overvågningsudstyr anbringes i boligen. Om reglens anvendelse se bl.a. UfR 1996.1496 V og 2000.2476 H. Som led i kampen mod terrorisme er der nu skabt udtrykkelig hjemmel til teleobservation, hvorved politiet kan indhente oplysninger fra telenetudbydere med henblik på at stedfæste, hvorfra en mistænkt taler i mobiltelefon, jf. Rpl § 791 a, stk. 5-6. Derimod er det som udgangspunkt forbudt for private at tv-overvåge gader, pladser og andre alment til-

gængelige steder, jf. TV-overvågningslovens § 1; forbudet gælder dog ikke for tv-overvågning på erhvervsmæssigt område (tankstationer, fabriksområder, butikscentre m.v.), tv-overvågning af pengeautomater og tv-overvågning uden optagelse på bånd af private indgange, facader, hegn m.v., jf. § 2; både private og offentlige myndigheder skal desuden, i det omfang det er dem tilladt at tv-overvåge på alment tilgængelige steder eller på arbejdspladser, tydeligt oplyse herom ved skiltning el. lign., jf. §§ 3 og 3a. Som led i kampen mod terrorisme er der nu i loven skabt hjemmel for at politiet kan henstille, at offentlige myndigheder eller private foretager den tv-overvågning, som loven tillader, jf. § 4a (indsat ved lov nr. 542 af 8. juni 2006).

Privates overvågning kan i visse tilfælde indebære en overtrædelse af Strl § 264 a.

4. Familielivet

Retten til familieliv i Artikel 8 beskytter familiens integritet. Under normale omstændigheder betyder dette retten til at leve sammen uden myndighedernes indblanding. Artikel 8 beskytter således imod indgreb, hvorved familiens medlemmer adskilles – f.eks. tvangsfjernelse af børn eller udvisning af en udenlandsk forælder – med mindre tungtvejende hensyn retfærdiggør indgrebet. Er samliv ikke længere muligt – f.eks. på grund af skilsmisse eller berettiget tvangsfjernelse af et barn – sikrer Artikel 8 retten til fortsat kontakt mellem familiens medlemmer, medmindre afskæring heraf undtagelsesvis kan retfærdiggøres i barnets interesse. Bortset fra disse begrænsninger i statens adgang til at gribe ind i familielivet, har staten efter Artikel 8 desuden i særlige tilfælde en positiv forpligtelse til at træffe foranstaltninger, som er nødvendige for at muliggøre et (normalt) familieliv. Statens positive forpligtelser vil dog kun i exceptionelle tilfælde omfatte økonomiske ydelser, se f.eks. *Airey* (1979); i *Petrovic* (1998, para. 26) udtalte EMD således, at Artikel 8 ikke pålægger staterne en pligt til at give småbørnsforældre forældreorlovsydelse. Artikel 8 om retten til familieliv suppleres af Artikel 12 om retten til at indgå ægteskab og stifte familie.

4.1 Hvad omfattes af begrebet »familieliv«

Kerneområdet for familielivet er den traditionelle kernefamilie: en mand og kvinde, som lever sammen i ægteskab med deres fælles børn. Som

bekendt er familien dog i dag et begreb med mange variationer: ugift samliv, sammenbragte familier med stedforældre og -børn, adoptiv- og plejefamilier, barnløse par, homoseksuelle par etc.. Desuden kan også andre slægtninge end forældre og søskende have nære familiemæssige bånd til et barn. EMD har taget hensyn til alle disse forhold og fortolker derfor begrebet »familieliv« bredt.

EMD foretager en helhedsvurdering, hvori indgår både de faktiske, biologiske og retlige bånd mellem en voksen og et barn eller mellem to voksne indbyrdes. Tungest vejer de faktiske bånd. EMD har således udtalt, jf. bl.a. *K and T. v. Finland* (2001, para. 150) og *Lebbink* (2004, para. 36), at

> »the existence or non-existence of 'family life' for the purposes of Article 8 is essentially a question of fact depending on the real existence in practice of close personal ties«.

Nære faktiske bånd er derfor tilstrækkeligt i fravær af biologiske bånd, såfremt der reelt er tale om et kernefamilieliv. Også forholdet mellem et barn og dets adoptiv- eller stedforældre er således beskyttet. I *X, Y and Z v. United Kingdom* (1997) blev forbindelsen mellem en transseksuel (nu) mand og et barn født af moren efter kunstig insemination anerkendt som beskyttet, da manden havde levet sammen med moren i mere end 10 år, havde medvirket ved beslutningen om insemination og fungeret som barnets far siden dets fødsel.

Også biologiske bånd vejer dog (selvsagt) tungt. Således er det normalt tilstrækkeligt til at etablere familiemæssige bånd mellem et barn og dets biologiske far, at faren var gift eller levede sammen med moren, da barnet blev undfanget, også selv om forholdet måtte være ophørt på tidspunktet for barnets fødsel, jf. *Berrehab* (1988, para. 21) og *Keegan* (1994, para. 44f). I *Nuutinen* (2000, para. 126) fandtes familieliv at foreligge mellem barnet og den utvivlsomme biologiske far, selv om denne (på grund af morens modvilje) i de forløbne 7 år aldrig havde set barnet. Senere har EMD imidlertid fastslået, at som tiden går, kan det biologiske bånd ikke stå alene. I *Lebbink* (2004, para. 37) fastslog EMD udtrykkeligt, at de biologiske bånd mellem far og barn ikke i sig selv er tilstrækkeligt til over tid at fastholde familieliv; der kræves yderligere faktiske eller retlige bånd; sagen viser dog, at der ikke kræves meget mere; EMDs flertal (6/1) fandt det tilstrækkeligt, at faren før fødslen

havde haft et længerevarende forhold til moren, havde været til stede ved datterens fødsel, besøgt hende af og til og endda skiftet hendes ble et par gange (para. 38-40).

Retligt etablerede bånd vejer derimod generelt mindre tungt. Beskyttelse som en familie forudsætter således ikke, at forældrene til et barn er gift, jf. *Johnston* (1986, para. 55). Retlige bånd kan desuden ikke begrunde resultater, som åbenbart er i modstrid med de faktiske og biologiske forhold og ikke tjener noget legitimt hensyn til barnet, jf. *Kroon* (1994, para. 40).

Ikke kun forholdet mellem forældre og børn er beskyttet, men også forholdet mellem søskende indbyrdes, jf. *Olsson* (1988) – krænkelse, bl.a. fordi tvangsfjernede søskende blev placeret flere hundrede kilometer fra hinanden; *Moustaquim* (1991, para. 36) – krænkelse, bl.a. fordi klagers udvisning medførte adskillelse fra hans syv søskende.

Selv om Artikel 12 om retten til at »gifte sig og stifte familie« synes at forudsætte børn som betingelse for at være en »familie«, har EMD anerkendt, at også barnløse par – både gifte og samlevende – kan udgøre en familie i Artikel 8's forstand. I *X, Y and Z v. United Kingdom* (1997, para. 36), udtalte EMD, at man må lægge vægt på »whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children or by any other means ...«, jf. *Kroon* (1994, para. 30). Samme kriterier må kunne anvendes ved vurderingen af homoseksuelle par.

En kombination af biologiske og faktiske bånd kan i visse tilfælde føre til, at også andre familiemedlemmer end forældrene anses for beskyttet som en del af et barns familie. Det gælder navnlig bedsteforældre, men i særlige tilfælde også fjernere slægtninge. EMD har principielt udtalt, at nære slægtninge »may play a considerable part in family life«, *Marckx* (1979, para. 55). Hvis bedsteforældrene eller andre nære slægtninge bor sammen med barnet, vil de normalt være omfattet. I *Bronda* (1998) klagede bedsteforældrene over, at myndighedernes beslutning om tvangsfjernelse og senere bortadoption af deres barnebarn var en krænkelse også af deres ret til familieliv med barnet; bedsteforældrenes klageret blev ikke anfægtet af regeringen; de havde boet sammen med barnet og dets mor i barnets første tre leveår, indtil det blev tvangsfjernet. Har der ikke været samliv med barnet, kræves – navnlig for andre end bedsteforældre – særligt nære følelsesmæssige bånd eller andre særlige omstændigheder. I *Boyle* (1994) klagede en onkel over, at han var

blevet nægtet adgang til at se sin nevø efter dennes tvangsfjernelse fra moren og, at han ikke havde nogen mulighed for at anfægte denne beslutning; onklen havde siden barnets fødsel i 1980 boet tæt på barnets hjem og over årene udviklet nære bånd til barnet; parterne indgik forlig, hvorved onklen modtog en godtgørelse og en beklagelse fra regeringen.

Tilfælde i gråzonen af begrebet »familieliv« vil normalt være dækket af det bredere begreb »privatliv«. Det er dog ikke uden betydning, om en relation betegnes som familieliv eller ej. Adgangen til at gribe ind i familielivet synes i praksis mere begrænset end adgangen til indgreb i privatlivet i bredere forstand.

4.2 Ægteskab og stiftelse af familie

Artikel 12 giver mænd og kvinder ret til at gifte sig med hinanden og stifte familie, hvorimod retten til skilsmisse (endnu) ikke er beskyttet.

Ægteskab

Artikel 12 indebærer for det første en ret til at gifte sig på lovens betingelser. I overensstemmelse med ordlyden har EMD fastslået, at retten alene gælder det traditionelle ægteskab mellem mand og kvinde, jf. *Rees* (1986, para. 49). Hvad angår transseksuelle, er det nu i førnævnte *Christine Goodwin* (2000, para. 100ff) fastslået, at de efter Artikel 12 har ret til at gifte sig med en person af det køn, som nu er det modsatte af deres eget. Staterne kan stille krav om myndighed m.v. som betingelse for ægteskab, samt regulere ægteskabets retsvirkninger, og har herved en ganske stor frihed; de nationale begrænsninger må dog aldrig ødelægge selve rettighedens kerne, jf. *Rees* (1986, para. 50).

Stiftelse af familie

For det andet rummer Artikel 12 en ret til at stifte familie. Individet har ret til at forplante sig. Regler om tvangssterilisation for visse persongrupper vil derfor være i strid med Artikel 12. Derimod giver hverken Artikel 8 eller 12 individet ret til at adoptere, jf. *Fretté* (2002, para. 32), hvorfor der (selvsagt) kan opstilles strenge betingelser for adoptionsbevilling. I dansk ret kræver en adoptionsbevilling, at adoptionen vil være til gavn for barnet, jf. Adoptionslovens § 2, og at ansøger(ne) opfylder

bestemte betingelser m.h.t. alder, helbred, bolig, økonomi og vandel for at blive godkendt som adoptant, jf. Adoptionslovens § 25 og bekg. nr. 198 (2000), §§ 5-9. Artikel 12 kan antagelig heller ikke (endnu) begrunde en ret til offentligt finansieret kunstig befrugtning. I dansk ret har ufrivilligt barnløse adgang til offentligt finansieret kunstig befrugtning i henhold til Lov om kunstig befrugtning. Hidtil har kun gifte/samlevende mænd og kvinder haft denne adgang, men den er nu udvidet til også at omfatte enlige kvinder og lesbiske par (Lov nr. 535 af 8. juni 2006).

Skilsmisse

Hverken Artikel 8 eller 12 giver (endnu) individet ret til at få skilsmisse, jf. *Johnston* (1986, para. 52ff (dissens)). Hvor skilsmisse principielt er anerkendt, beskytter Artikel 12 imidlertid retten til at gifte sig igen, se *F. v. Switzerland* (1987) – Artikel 12 fandtes krænket, fordi F blev pålagt et midlertidigt forbud mod at gifte sig igen efter tre skilsmisser. En eventuel adgang til separation eller skilsmisse skal være reel; EMD fastslog derfor i *Airey* (1979, para. 33) en positiv forpligtelse for staten til at yde retshjælp til en kvinde, som ikke selv havde midler til at afholde omkostningerne ved en retssag om separation.

4.3 Forældre og børn

Beskyttelsen af forholdet mellem forældre og børn hører til kernen i Artikel 8. EMD har udtalt, at »the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life«, jf. *B v. United Kingdom* (1987, para. 60) og *Andersson* (1992, para. 72). Artikel 8 har bl.a. haft betydning i sager om tvangsanbringelse af børn, anerkendelse af faderskab, samt forældremyndighed og samværsret. Fælles for EMDs tilgang til disse sager er, at alle de involverede personers rettigheder efter Artikel 8 indgår i en samlet afvejning, idet dog hensynet til barnets interesser altid vejer tungest. For så vidt svarer EMDs praksis generelt nøje til dansk lovgivning og praksis på området.

Tvangsanbringelse af børn uden for hjemmet

Tvangsanbringelse af børn uden for hjemmet udgør et særdeles alvorligt indgreb i familielivet, såvel for barnet selv som for dets forældre (for barnet foreligger tillige en frihedsberøvelse, jf. Kapitel 8). Indgrebet kan dog være nødvendigt i barnets interesse, hvor forældrene på grund af

misbrugsproblemer, psykisk sygdom m.v. ikke er i stand til at passe ordentligt på barnet. Både ved danske domstole og EMD er tvangsanbringelse underlagt en intensiv kontrol, navnlig hvad angår anbringelsens vilkår og opretholdelse.

EMD anerkender, at de nationale myndigheder typisk er bedst egnet til at vurdere nødvendigheden af selve tvangsfjernelsen. Derimod kræver det tungtvejende grunde at fastsætte yderligere begrænsninger i adgangen til samvær mellem et tvangsfjernet barn og dets forældre, fordi man derved risikerer at gøre en fremtidig genforening af familien umulig, jf. *Johansen* (1996, para. 64). Af EMDs praksis kan udledes følgende principper, jf. bl.a. *Johansen* (1996, para. 78):

- Tvangsanbringelse skal normalt betragtes som en midlertidig foranstaltning, der skal ophøre, så snart forholdene tillader det. Kun i ekstraordinære tilfælde, hvor hensynet til barnet kræver det, kan et barn tvangsfjernes med henblik på permanent bortadoption og forældrenes ret til samvær og kontakt med barnet derfor helt afskæres.
- Enhver beslutning om anbringelsesvilkår m.v. skal (med ovennævnte forbehold) være forenelig med det endelige mål om genforening af barnet med dets forældre.
- Der skal til stadighed sikres en balance mellem de hensyn til barnets tarv, som taler for fortsat anbringelse, og forældrenes interesse i en genforening; men barnets interesser vejer tungest, og forældrenes ret til familieliv med barnet kan aldrig retfærdiggøre beslutninger, som kan skade barnets sundhed og udvikling.

Vilkårene for tvangsanbringelse kan således stride imod retten til familieliv. I *Olsson* (1988) godkendte EMD de svenske myndigheders beslutning om at tvangsanbringe tre søskende uden for hjemmet; derimod fandt EMD, at anbringelsesmåden var i strid med retten til familieliv efter Artikel 8, fordi børnene blev anbragt flere hundrede kilometer fra forældrene (og hinanden) og med strenge restriktioner på forældrenes adgang til at se dem. Ikke mindst denne dom dannede baggrund for, at danske domstole skærpede prøvelsen af vilkårene for tvangsanbringelse. I UfR 1989.928 H fandt Højesteret i lyset af EMDs praksis, at Bistandslovens regler om tvangsanbringelse (automatisk domstolskontrol) også omfattede spørgsmål om ændring af anbringelsesstedet – her overflytning fra institution til familiepleje, sml. tidligere UfR 1956.211 H.

EMD ser strengt på begrænsninger i adgangen til kontakt og samvær mellem barnet og dets forældre. I *Andersson* (1992) havde myndighederne gennem halvandet år forbudt al kontakt, herunder pr. brev og telefon, mellem en mor og hendes tvangsfjernede datter; det fandtes ikke godtgjort, at dette drastiske skridt, som var vanskeligt foreneligt med målet om en dag at genforene familien, var strengt nødvendigt. EMD har også i en række lignende sager statueret krænkelse af Artikel 8, bl.a. *Scozzari* (2000); *K and T v. Finland* (2000) og *Dikme* (2000). I særlige tilfælde vil vægtige hensyn til barnet dog kunne retfærdiggøre vidtgående restriktioner på forældrenes kontakt. I *Gnahoré* (2000) havde myndighederne tvangsfjernet et barn på grund af mistanke mod faren om seksuelt misbrug; selv om straffesagen mod faren senere blev opgivet, godkendte EMD under disse omstændigheder en fortsat tvangsanbringelse og restriktioner på farens ret til samvær med barnet.

I dansk ret kan de kommunale myndigheder tvangsanbringe et barn uden for hjemmet, hvor der er åbenbar risiko for, at barnets sundhed eller udvikling ellers vil lide skade, jf. Servicelovens § 42, jf. § 40. Tvangsanbringelsen skal ophøre, så snart den ikke længere er nødvendig, jf. § 46. Under tvangsanbringelsen har forældrene og barnet som udgangspunkt ret til indbyrdes samvær og kontakt, idet myndighederne dog kan fastsætte samværets/kontaktens omfang og nærmere vilkår; hvis det er nødvendigt af hensyn til barnet, kan myndighederne for en periode bestemme, at forbindelsen mellem forældre og barn helt skal afbrydes og, at barnets anbringelsessted ikke må oplyses til forældrene, jf. § 57.

Anerkendelse af faderskab

Af retten til familieliv følger som udgangspunkt en ret til fuld juridisk anerkendelse af de biologiske bånd mellem forældre og deres børn, jf. den ledende *Marckx* (1979, para. 31). Situationen er dog anderledes, hvor et barn fødes af en gift kvinde, men en anden end ægtemanden påstår at være barnets biologiske far. Her må den (påståede) biologiske fars interesse i at få anerkendt faderskabet afvejes over for hensynet til barnet og den eksisterende families interesser. Dette vil ofte føre til, at den (påståede) biologiske far ikke kan kræve faderskabet anerkendt. Som EMD udtalte i *Nylund* (1999):

»There are reasons of legal certainty and security of family relationships for States to apply a general presumption according to which a married man is regarded as the father of his wife's children. It is justifiable for domestic courts to give greater weight to the interests of the child and the family in which it lives than to the interest of an applicant in obtaining determination of a biological fact.«

I *Kroon* (1994) fastslog EMDs flertal (7/2) imidlertid, at en biologisk far havde ret til at få anerkendt faderskabet til en dreng, selv om denne var født på et tidspunkt, hvor moren teknisk set fortsat var gift med en anden mand, som derfor efter lovgivningen var far til barnet; moren havde på fødselstidspunktet ikke levet sammen med sin ægtemand i 7 år; men selv om moren ønskede det, kunne ægtemandens faderskab efter lovgivningen ikke anfægtes, eftersom han var forsvundet; under disse omstændigheder fastslog EMD (para. 40): »Respect for family life requires that biological and social realities prevail over a legal presumption which, as in the present case, flies in the face of both established fact and the wishes of those concerned without actually benefiting anyone« (moren flyttede i øvrigt aldrig sammen med barnets biologiske far, selv om de sammen fik yderligere tre børn!). Denne dom var en medvirkende årsag til, at landsretten i UfR 1995.249 V med henvisning til Artikel 8 tillod en italiensk mand at rejse sag for at få anerkendt faderskabet til det barn, han havde undfanget sammen med barnets danske mor; barnet var nu adopteret af morens nye danske ægtefælle, som derfor efter dansk lovgivning var barnets far i retlig forstand, hvilket efter hidtidig praksis kun kunne anfægtes af moren. At *Kroon* var speciel bekræftes dog af førnævnte *Nylund* (1999), hvor EMD godkendte, at en mand, som havde boet sammen med moren på undfangelsestidspunktet og hævdede at være biologisk far til morens datter, var afskåret fra at anlægge faderskabssag på grund af lovens formodningsregel om, at ægtefællen er faren; moren havde før datterens fødsel giftet sig med en anden mand og ønskede ikke at anfægte dennes faderskab.

I dansk ret gælder fortsat den regel, at ægtefællen registreres som far til et barn, som fødes af en gift kvinde, jf. Børnelovens § 1, stk. 1. Mens en mand, som har haft et seksuelt forhold til moren på undfangelsestidspunktet, normalt kan rejse faderskabssag inden for 6 måneder efter barnets fødsel, jf. § 6, stk. 1, gælder dette ikke, hvis moren er gift, og ægtefællen derfor er blevet registreret som barnets far, jf. § 6, stk. 2. Dansk ret vægter således, i lighed med EMD, barnets behov for en

juridisk far og hensynet til familiens stabilitet tungere end den (mulige) biologiske fars behov for at få anerkendt faderskabet.

Forældremyndighed og samværsret

Udøvelse af forældremyndigheden er en vigtig del af retten til familieliv. Forældre kan i meget vidt omfang bestemme på et mindreårigt barns vegne, f.eks. med hensyn til skoleforhold, husarrest osv. I UfR 1984.665 H blev den 12-årige Jon efter morens ønske indlagt på børnepsykiatrisk afdeling med henblik på samtaleterapi. Jon var klart ikke sindssyg, og indlæggelsen skete mod hans egen og farens vilje. Moren havde imidlertid alene forældremyndigheden. Retten udtalte på den baggrund, at der ikke var tale om tvangsindlæggelse. Det godkendte EMD i *Nielsen* (1988), men tilføjede dog, at staten skal sikre garantier mod misbrug af forældremyndigheden (para. 72). Forældremyndigheden er således ikke ubegrænset; staten har pligt til at beskytte barnet, også i forhold til forældrene.

Ved skilsmisse eller ophør af samliv skal der træffes afgørelse om tildeling af forældremyndighed og samværsret, hvis parterne ikke kan blive enige. Her må hensynet til samtlige involveredes privat- og familieliv inddrages, idet barnets interesser dog kommer i første række, jf. bl.a. *Elsholz* (2000, para. 50), *Sommerfeld* (2003, para. 62 og 64) og *Sahin* (2003, para. 64 og 66). EMD har udtalt, at de nationale myndigheder har en høj grad af skønsfrihed ved afgørelser om tildeling af forældremyndigheden, hvorimod EMD mere indgående vil efterprøve eventuelle særlige restriktioner på den anden forælders ret til samvær med barnet, idet sådanne restriktioner varigt kan splitte familien ad, jf. bl.a. *Elsholz* (2000, para. 49); *Sommerfeld* (2003, para. 63) og *Sahin* (2003, para.65).

Den forælder, som ikke får forældremyndigheden, skal således have adgang til samvær med barnet, med mindre afgørende hensyn til barnet taler imod dette. I praksis er det dog vanskeligt for EMD at efterprøve den nationale vurdering i substansen, hvorfor EMD indskrænker sig til at kontrollere, om den nationale begrundelse for restriktioner er relevant, og om den nationale beslutningsproces har været retssikkerhedsmæssigt betryggende for den forsmåede forælder, jf. udtrykkeligt *Sommerfeld* (2003, para. 66) og *Sahin* (2003, para. 68). I *Elsholz* (2000) statuerede EMDs flertal (13/4) krænkelse; en far var blev nægtet adgang

til samvær med sit »uægte« barn med henvisning til barnet interesser; EMD fandt det relevant, at forældrenes forhold var konfliktfyldt, og at den 5-årige dreng selv havde tilkendegivet, at han ikke ønskede kontakt med faren; EMD fandt dog, at afgørelsen burde være truffet på baggrund af en ekspertvurdering af barnet og en høring af faren. I *Sommerfeld* (2003) godkendte EMDs flertal (14/3) derimod, at en far var blevet nægtet samværsret med sin 13-årige datter; EMD fandt det relevant, at datteren vedholdende havde tilkendegivet, at hun ikke ønskede at have kontakt til faren; desuden fandt EMD, at beslutningsprocessen havde været retssikkerhedsmæssigt betryggende for faren. Også i *Sahin* (2003) godkendte EMDs flertal (12/5), at faren var blevet nægtet samværsret med sin 5-årige datter; forældrenes samliv var ophørt, da barnet var 1 år; faren havde dog haft jævnlig kontakt og et nært forhold til datteren, indtil moren, fra barnet var 2 år, nægtede faren samvær; EMD fandt det relevant, at der var alvorlige spændinger mellem forældrene, og at samvær med faren ifølge den børnesagkyndige ville kunne forstyrre barnets udvikling; EMDs flertal kunne imidlertid ikke vurdere, om disse faktorer var tilstrækkelige til at nægte faren samværsret, men fandt det tilstrækkeligt, at beslutningsprocessen havde været retssikkerhedsmæssigt betryggende for faren. Konsekvensen af EMDs tilbageholdende materielle prøvelse i samværssager er, at den forælder (typisk faren), som udsættes for samværschikane fra forældremyndighedsindehaveren (typisk moren) kun i sjældne tilfælde vil kunne hente hjælp fra EMD; i *Sahin* var der således nok et behov for at skabe ro om barnet efter en periode præget af konflikt; efter det oplyste skyldtes konflikten imidlertid helt overvejende moren, som konsekvent havde nægtet faren samvær og heller ikke i øvrigt havde vist samarbejdsvilje; man kan derfor spørge, om de nationale domstole og EMDs flertal ikke nærmest belønnede morens samværschikane og derved ikke i tilstrækkelig grad tog hensyn til farens (og på længere sigt også barnets) rettigheder.

I dansk ret gælder reglerne i Forældremyndighedsloven. Ved samlivsophør afgøres spørgsmålet om tildeling af forældremyndighed – hvis forældrene ikke kan blive enige – af retten under særligt hensyn til, hvad der er bedst for barnet, jf. § 9, stk. 2, og § 12, stk. 1. Forældremyndigheden kan dog senere overføres til den anden forælder, hvis det er bedst for barnet, idet det herved udtrykkeligt skal tillægges vægt, om forældremyndighedsindehaveren har søgt at hindre den anden forældres sam-

værsret, jf. § 13, stk. 1, og § 12, stk. 2. Den forælder, som ikke får forældremyndigheden, har som udgangspunkt ret til samvær med barnet, jf. § 16, stk. 1. Samværets omfang og vilkår fastsættes ud fra, hvad der bedst for barnet, jf. § 17, stk. 1. Der kan kun gives afslag på samvær, hvis dette må anses for påkrævet af hensyn til barnet, jf. § 17, stk. 3. I UfR 2004.2764 H fandt Højesteret ikke grundlag for – heller ikke i EMDs praksis – at tilsidesætte myndighedernes afgørelse, hvorefter det af hensyn til barnet var påkrævet at nægte faren samværsret; retten henviste til farens modvillige og truende adfærd ved tidligere afleveringer af barnet til moren, samt til forældrenes konfliktfyldte forhold og barnets psykiske skrøbelighed.

Staten har efter Artikel 8 desuden en positiv forpligtelse til at sikre, at den forælder, som har fået tildelt forældremyndigheden eller en samværsret, også reelt får opfyldt sin ret, herunder i tilfælde, hvor den anden forælder lægger hindringer i vejen. Undertiden modarbejder forældremyndighedens indehaver den anden forælders samværsret. I sådanne tilfælde har staten pligt til at træffe de foranstaltninger, som med rimelighed kan kræves i den konkrete situation, for at sikre samværsrettens gennemførelse, jf. f.eks. *Hokkanen* (1994, para. 58). I *Nuutinen* (2000) afviste EMD dog med et snævert flertal (4/3), at Artikel 8 var krænket, selv om myndighederne aldrig fysisk havde søgt at gennemtvinge farens samværsret, som blev aktivt modarbejdet af moren, trods farens gentagne anmodninger herom; som tiden gik, fandtes en fysisk håndhævelse af samværsretten ikke længere at være i barnets interesse, også henset til farens aggressive adfærd ved flere lejligheder; EMDs mindretal fandt, at man hermed belønnede morens samværschikane, og at farens adfærd var udtryk for forståelig frustration over myndighedernes passivitet. Mest dramatiske er de sager, hvor den ene af forældrene går under jorden med børnene; I *H. N. v. Poland* (2005) havde en norsk mand og en polsk kvinde i Norge giftet sig og sammen fået tre børn; ved en efterfølgende skilsmisse blev forældremyndigheden tillagt faren, mens moren fik samværsret; i 1999 bortførte moren børnene til Polen, hvor hun skjulte sig for myndighederne; først i løbet af 2002-2003 blev børnene bragt tilbage til faren i Norge; det lange tidsrum skyldtes ikke mindst de polske myndigheder; domstolenes sagsbehandling havde været langsommelig, og politiet havde i flere tilfælde forholdt sig passivt, selv om de havde modtaget konkrete tips om morens skjulested; EMD fastslog, at farens ret til familieliv var blevet krænket, idet

de polske myndigheder havde forsømt at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre farens ret til at blive genforenet med sine børn.

5. Hjemmet

Artikel 8 beskytter individets ret til respekt for sit »hjem«. Hjemmet danner rammen om hovedparten af individets privat- og familieliv. Hvad der foregår eller befinder sig bag hjemmets vægge, angår som udgangspunkt ikke andre. Individet bør navnlig ikke leve i konstant frygt for, at politiet eller andre myndigheder møder op og gennemsøger hjemmet. Indgreb i hjemmet kan have varierende intensitet: fra relativt uskyldige kontrolbesøg, over egentlige ransagninger, til tvangsflytning. Der stilles desto strengere krav til begrundelsen, jo alvorligere indgrebet er. Desuden har staten en vis positiv forpligtelse til at beskytte hjemmet, herunder mod forurening, støj m.v., som udgår fra andre private. Retten til »respekt« for hjemmet giver derimod ikke individet en social rettighed – retten til et hjem; i *Chapman* (2001, para. 98f) afviste EMD, at Artikel 8 forpligter staten til at stille et hjem til rådighed for individet; en eventuel pligt til at sikre et tilstrækkeligt antal karavanepladser for sigøjnere måtte derfor bero på en politisk, ikke en retligt beslutning.

5.1 Hvad omfattes af begrebet »hjem«?

Kerneområdet for beskyttelsen er selvsagt den private bolig. Indgreb i det private hjems fred kræver en tungtvejende begrundelse, da denne er essentiel for individets retssikkerhed og velværd, jf. *Gillow* (1986, pr. 55) og *Buckley* (1996, para. 74ff).

Ved den private bolig forstås normalt det hus eller den lejlighed m.v., hvor individet bor. Et sommerhus er naturligvis også omfattet. Også mere primitive beboelsesformer er beskyttet – f.eks. en campingvogn, en bådskahyt m.v., jf. også *Buckley* (1996, para. 54) om en sigøjner, der boede i en beboelsesvogn på egen grund. Efter en formålsfortolkning vil også andre private rum end selve boligen være omfattet – f.eks. et separat kælderrum, en garage m.v.. Uden for falder derimod personbiler og andre personlige gemmer uden for hjemmet.

Beskyttelsen omfatter kun et eksisterende hjem, ikke ønsket om et fremtidigt hjem. I *Lozidou* (1995) fandt EMD således ikke, at myndighedernes afvisning af klagers ønske om at opføre sin bolig på et bestemt

stykke land var et indgreb i Artikel 8. EMD har dog antaget, at også en ulovligt etableret bolig på egen grund er beskyttet som et hjem, om end ikke i samme omfang som en lovligt etableret bolig, jf. *Buckley* (1996, para. 60) og *Chapman* (2001, para. 78 og 102) – rigtigheden heraf kan vel diskuteres. Hjemmet kan være opretholdt i Artikel 8's forstand trods lang tids fravær. I *Gillow* (1986) ville en familie flytte tilbage til øen Guernsey, hvor de tidligere havde boet og havde beholdt et hus gennem 19 års fravær; myndighederne nægtede imidlertid familien at vende tilbage til huset med henvisning til indførte restriktioner på privatbeboelse på øen; EMD fandt, at dette indgreb udgjorde en krænkelse af Artikel 8.

Også private forretningslokaler er omfattet af begrebet »hjem«, idet dog kommercielle lokaliteter nyder ringere beskyttelse end det private hjem, som er kerneområdet for Artikel 8, jf. den ledende *Niemeitz* (1992, para. 30f) og *Societé Colas Est* (2002, para. 41 og 44).

5.2 Husundersøgelse (ransagning)

Husundersøgelse (ransagning) indebærer, at en offentlig myndighed tiltvinger sig adgang til en persons hjem eller andre private lokaler. Husundersøgelse kan bestå i en omfattende ransagning af hjemmet og dets gemmer eller blot et eftersyn af enkelte installationer m.v. i lokalerne. Husundersøgelse udgør som udgangspunkt et klart indgreb i »hjemmet« efter Artikel 8, og er også omfattet af Grl § 72. Et eventuelt samtykke fra ejeren må dog indebære, at der ikke foreligger et indgreb, jf. også Rpl § 795.

Husundersøgelse skal have klar hjemmel i lovgivningen. Kravet skærpes med indgrebets intensitet. I dansk ret indebærer hjemmel til frihedsberøvelse også adgang til om nødvendigt at foretage ransagning for at finde personen, jf. UfR 1983.485 Ø og nu Rpl § 759.

Artikel 8's krav om, at husundersøgelsen skal fremstå som nødvendig i et demokratisk samfund indebærer bl.a., at det må kunne godtgøres, at det materiale, som en ransagning skal tilvejebringe, ikke realistisk kan fremskaffes ved mindre indgribende midler. Desuden må der være et rimeligt forhold mellem det alvorlige indgreb, som en ransagning er, og formålet med ransagningen. Artikel 8 stiller ikke som Grl § 72 krav om forudgående retskendelse, men eksistensen af judiciel kontrol er af stor betydning ved EMDs vurdering af, om indgrebet er berettiget. Det gælder navnlig, hvor lovgivningen indeholder en bred og uklar bemyn-

digelse til at foretage husundersøgelse. Således statuerede EMD en krænkelse af Artikel 8 i tre sager *Funke, Cremieux* og *Mialhe* (1993) om franske toldmyndigheders ransagning, navnlig fordi adgangen til ransagning var meget vidtgående og ikke underlagt et krav om forudgående retskendelse. EMD udtalte således i *Funke* (1993, para. 57), jf. også *Societé Colas Est* (2002, para. 48):

> »in the absence of any requirement of a judicial warrant the restrictions and conditions provided for in law (...) appear too lax and full of loopholes for the interferences with the applicant's rights to have been strictly proportionate to the legitimate aim pursued«.

Selv hvor der på forhånd er indhentet en retskendelse, vil Artikel 8 kunne være krænket, hvis kendelsen er for bred og uspecificeret, jf. *Niemietz* (1992, para. 37).

I dansk ret kan politiet foretage ransagning som led i efterforskning af kriminalitet; jf. Rpl Kapitel 73. Ransagning giver adgang til at undersøge effekter og papirer i lokalerne, men ikke til at foretage legemsindgreb over for personer, som opholder sig der, Rpl § 793. Ransagning kræver forudgående retskendelse, med mindre formålet derved ville forspildes, Rpl § 796, og er ligesom andre straffeprocessuelle tvangsindgreb underlagt et proportionalitetskrav, Rpl § 797. Et tilsvarende proportionalitetskrav gælder ved husundersøgelser uden for strafferetsplejen, jf. udtrykkeligt Retssikkerhedslovens § 1, jf. § 2.

Privates uberettigede indtrængen på andres ejendom er strafbar, Strl § 264.

5.3 Begrænsninger som følge af planlovgivning m.v.

Privat ejendom kan eksproprieres til offentlige formål (veje, lufthavne m.v.), hvis indgrebet tjener en samfundsmæssig interesse, og der betales erstatning til ejeren, jf. om den private ejendomsret TP 1, Artikel 1, og EMD i *James* (1986, para. 46ff), samt Grl § 73.

Mindre vidtgående er de begrænsninger i adgangen til at udnytte privat ejendom, som følger af almindelig lovgivning om by- og miljøplanlægning. TP 1, Artikel 1, tillader udtrykkeligt staten at »håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse«. Konsekvenserne af en sådan generel regulering af ejendomsretten kan dog efter omstændighederne indebære et indgreb i individets »hjem«

efter Artikel 8. EMD har således vurderet, at myndighedernes afslag på tilladelse til beboelse på egen grund og håndhævelsen af afslaget, som hvilede på planlovgivning, udgjorde et indgreb i retten til respekt for hjemmet, jf. *Buckley* (1996, para. 60) og *Chapman* (2001, para. 78); dette er vel diskutabelt. Hvad angår sådanne indgrebs nødvendighed i et demokratisk samfund, har EMD dog udtalt, at den vanskeligt kan efterprøve de lokale myndigheders vurdering af plan- og miljømæssige hensyn i substansen og derfor kun kan tilsidesætte åbenbare fejlvurderinger, jf. *Buckley* (1996, para. 75f), samt *Chapman* (2001, para. 92), hvor EMD generelt udtalte:

> »The judgment by the national authorities in any particular case that there are legitimate planning objections to a particular use of a site is one which the Court is not well equipped to challenge. It cannot visit each site to access the impact of a particular proposal on a particular area in terms of beauty, traffic conditions, sewerage and water facilities, educational facilities, medical facilities, employment opportunities and so on. Because planning inspectors visit the site, hear the arguments on all sides and allow the examination of witnesses, they are better placed than the Court to weigh the arguments.«

I stedet foretager EMD en indgående kontrol af, om beslutningsprocessen har været retssikkerhedsmæssigt betryggende for det berørte individ, jf. *Buckley* (1996, para. 76) og *Chapman* (2001, para. 92). Sagen *Buckley* (1996) angik en kvinde, som efter sigøjnertradition levede i en beboelsesvogn på egen grund; da beboelsen imidlertid var i strid med en lokalplan til sikring af områdets landlige uberørthed, blev hun beordret til at flytte; EMDs flertal (6/3) fandt indgrebet retfærdiggjort under hensyn til den offentlige tryghed, velfærd og sundhed og til andres rettigheder; beslutningsprocessen havde været tilfredsstillende, og myndighederne havde søgt at tilgodese sigøjnernes behov, herunder tilbudt en alternativ beboelsesplads i samme område. Samme resultat nåede EMDs flertal (10/7) i *Chapman* (2001), som ligeledes vedrørte flytning af en ulovligt placeret sigøjner-beboelsesvogn.

Fundamentalt anderledes var omstændighederne i *Connors* (2004), hvor EMD enstemmigt statuerede krænkelse; her var der ikke tale om håndhævelse af generel planlovgivning, men om en konkret opsigelse af en sigøjnerfamilies lovlige lejemål på en kommunal sigøjnerboplads efter påstande om, at familien skabte problemer på pladsen; EMD fastslog, at

der forelå et alvorligt indgreb over for familien, som havde boet på stedet i 14 år og nu reelt blev hjemløse; EMD kunne ikke vurdere, om opsigelsen havde været berettiget, men fandt, at opsigelsen led af afgørende processuelle mangler: efter de nationale regler var myndighederne ikke forpligtet til at give nogen begrundelse for opsigelsen, hvis berettigelse derfor reelt ikke kunne prøves ved domstolene.

5.4 Gener som følge af forurening, støj m.v.

Staten har efter Artikel 8 en vis positiv forpligtelse til at beskytte individets hjem og privatliv mod forurening, støj m.v. Som EMD udtalte i *Hatton* (2003, para. 96):

> »There is no explicit right in the Convention to a clean and quiet environment, but where an individual is directly and seriously affected by noise or other pollution, an issue may arise under Article 8.«

I *Lopez Ostra* (1994) fandt EMD Artikel 8 krænket, fordi myndighederne, trods anledning hertil, havde undladt at gribe ind over for en virksomheds årelange luftforurening, som til sidst gjorde det nødvendigt for klager, som var nabo til fabrikken, at fraflytte sit hjem. I *Guerra* (1998) var naboer udsat for luftforurening i form af giftige gasser fra en nærliggende kemisk fabrik, hvor der desuden tidligere havde været en alvorlig eksplosionsulykke; myndighederne havde end ikke informeret naboerne om de sundheds- og sikkerhedsrisici, som var forbundet med fabrikken; EMD fandt enstemmigt, at staten gennem sin forsømmelse havde krænket Artikel 8.

Powell and Rayner (1990) angik støjgener for naboer til Heathrow lufthavn; EMD fandt dog ingen krænkelse under hensyn til den samfundsøkonomiske nødvendighed af store lufthavne, myndighedernes tiltag for at reducere støjen og betænkelighederne ved at tilsidesætte den nationale vurdering på dette vanskelige sociale og tekniske område. *Hatton* (2003) angik ligeledes støjgener fra Heathrow lufthavn; myndighederne havde godkendt, at lufthavnen også kunne anvendes i nattetimerne, hvilket skabte søvnproblemer for klagerne; EMDs flertal (12/5) fandt dog ingen krænkelse af Artikel 8, idet lufthavnen var afgørende for landets økonomiske velfærd, og idet myndighederne havde foretaget grundige undersøgelser af støjniveauet og dets virkninger og på grundlag heraf søgt at finde en rimelig balance mellem hensynet til lufthavnens

drift og hensynet til naboerne; flertallet understregede, at de nationale politiske myndigheder ved denne type af generel regulering har en bred skønsmargin som følge af deres demokratiske mandat; mindretallet fandt, at hensynet til individets sundhed krævede, at myndighederne konkret kunne begrunde den økonomiske m.v. nødvendighed af natflyvninger.

5.5 Boligejere og -lejeres økonomiske interesser

EMD har været meget tilbageholdende med at stille positive krav til staternes regulering af udlejers og lejers økonomiske rettigheder og pligter. Det skyldes formentlig ikke mindst hensynet til at undgå indblanding i staternes boliglovgivning, som samfundsøkonomisk og socialt er et centralt politisk anliggende. *Langborger* (1989) vedrørte en lejers klage over, at en lejerorganisation på lejernes vegne kunne forhandle lejens størrelse med udlejeren; EMD fastslog, at sagen faldt uden for Artikel 8. I *Velosa Barreto* (1995) klagede en husejer over, at han ikke kunne opsige kontrakten med en lejer; de portugisiske domstole havde henvist til, at husejeren havde en anden bopæl og derfor ikke i lovens forstand havde behov for lejemålet; EMD fandt ikke Artikel 8 krænket; de portugisiske domstole havde forfulgt legitime hensyn til lejeren og havde hverken handlet vilkårligt eller urimeligt.

6. Kommunikation

Artikel 8 beskytter individets private »korrespondance« – dvs. kommunikation. Det er en essentiel del af privatlivet at kunne kommunikere i fred med andre uden at skulle frygte, at myndighederne lytter eller læser med. Hvad private indbyrdes drøfter og med hvem, vedkommer som udgangspunkt ikke myndighederne eller andre udenforstående.

6.1 Hvad omfattes af begrebet »korrespondance«?

Begrebet »korrespondance« omfatter essentielt privat kommunikation – både dens indhold og spørgsmålet, om en kommunikation har fundet sted og med hvem. Ud fra en tidssvarende fortolkning må »korrespondance« omfatte enhver form for kommunikation, hvad enten den sker personligt, pr. brev, telefon eller E-post, se f.eks. *Klass* (1978) – om telefonaflytning; *Khan* (2000) – om aflytning med mikrofoner af privat samtale. Artikel 8 beskytter ikke kun kommunikation om private forhold, men også kommerciel kommunikation, se *Amann* (2002, para. 44)

– om aflytning af en forretningsmands samtaler med den russiske ambassade. Også ansattes telefonsamtaler og E-post er beskyttet, i hvert fald så længe den ansatte ikke af arbejdsgiveren er informeret om, at aflytning/overvågning kan finde sted, se *Halford* (1997, para. 44ff) – om aflytning af en politibetjents tjenestetelefon.

6.2 Aflytning af kommunikation

Det er en alvorlig sag at foretage hemmelig aflytning af privates telefonsamtaler, E-post m.v.; men det kan undertiden være nødvendigt, navnlig for at opklare forbrydelser eller for at varetage hensynet til statens sikkerhed. Aflytning er et klart indgreb i Artikel 8; også Grl § 72 finder anvendelse (dog ikke ved aflytning af personlige samtaler).

Da aflytning er meget indgribende for den, som bliver udsat herfor, skærpes hjemmelskravet. Er hjemmelsgrundlaget for telefonaflytning uklart eller for bredt formuleret, foreligger der allerede derfor en krænkelse af Artikel 8, se f.eks. *Kruslin* og *Huvig* (1990) – franske regler om telefonaflytning opfyldte ikke Artikel 8's krav, bl.a. fordi det ikke var angivet over for hvilke grupper og på hvilket grundlag, aflytning kunne foretages.

Typisk er det centrale spørgsmål dog, om aflytningen kan anses som »nødvendig i et demokratisk samfund«. EMD anlægger en streng vurdering: Aflytning kræver tungtvejende grunde, og EMD lægger endvidere stor vægt på, om der eksisterer judicielle garantier imod misbrug, jf. også Grl § 72. I *Klass* (1978, para. 42), som vedrørte den tyske sikkerhedstjenestes aflytning af en terrormistænkt persons telefon, udtalte EMD således, at

> »powers of secret surveillance of citizens, characterizing as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far is as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions.«

EMD fandt dog i denne sag ingen krænkelse af Artikel 8 under hensyn til statens åbenbare og tungtvejende interesse i at bekæmpe terrorisme, samt til, at den tyske lovgivning om telefonaflytning indeholdt judicielle garantier mod misbrug.

I dansk ret kan politiet gribe ind i meddelelseshemmeligheden, hvis det må anses for afgørende for efterforskningen af kriminalitet, jf. Rpl §§ 780 og 781. Indgrebet er betinget af krav om nødvendighed og propor-

tionalitet, jf. Rpl § 782, og kræver desuden forudgående retskendelse, med mindre formålet derved ville forspildes, Rpl § 783. For at styrke kampen mod terrorisme har politiet nu fået adgang til som led i efterforskningen af terrorisme og andre forbrydelser mod statens sikkerhed at aflytte ikke blot (som tidligere) et bestemt telefonnummer, men en bestemt person, uanset hvorfra vedkommende telefonerer; berettigelsen af de konkrete aflytninger kan efterfølgende prøves ved domstolene på begæring af den mistænktes beskikkede advokat jf. § 783, stk. 2 (indsat ved Lov nr. 542 af 8. juni 2006).

De kommunale myndigheder kan uden at indhente retskendelse træffe afgørelse om kontrol med et tvangsanbragt barns kommunikation med bestemte personer (herunder barnets forældre), hvis dette findes nødvendigt af hensyn til barnet, jf. Servicelovens § 108, stk. 2.

Privat telefonaflytning m.v. af andre private er strafbar, Strl § 263.

7. Særligt om udlændinges ret til privat- og familieliv

Statsborgere kan aldrig udvises af landet og har altid ret til (igen) at tage ophold i deres eget land, jf. TP 4, Artikel 3. Derimod har udlændinge traditionelt været undergivet statens forgodtbefindende med hensyn til indrejse og ophold. EMD har grundlæggende anerkendt staternes ret til efter folkeretten at kontrollere »the entry, residence and expulsion of aliens«, se bl.a. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* (1985, para. 67) og *Chahal* (1996, para. 73). Retten til privat- og navnlig familieliv efter Artikel 8 sætter imidlertid grænser for statens adgang til at udvise udlændinge med lovligt ophold og giver desuden i særlige tilfælde en positiv ret til familiesammenføring med udenlandske ægtefæller og slægtninge. Disse sager har stor praktisk betydning og er også politisk følsomme. Hensynet til udlændingens privat- og familieliv skal afvejes over for statens økonomiske og ordensmæssige interesse i at have kontrol med, hvem der kan opholde sig i landet. Udfaldet af denne afvejning beror på en konkret vurdering i den enkelte sag. Derfor vil regler om automatisk udvisning af udlændinge, som dømmes for bestemte forbrydelser eller idømmes fængselsstraf af en bestemt længde, kunne komme i strid med Artikel 8 i konkrete tilfælde. Tilsvarende gælder, hvis regler om udvisning og familiesammenføring administreres på en måde, der

udelukker hensyntagen til konkrete omstændigheder, se UfR 1989.775 Ø.

7.1 Udvisning på grund af kriminalitet

Udvisning af udlændinge med lovligt ophold i landet kan navnlig blive aktuelt, hvis udlændingen bliver dømt for kriminalitet. Udlændingens ret efter Artikel 8 til respekt for sit privatliv og navnlig familieliv sætter dog grænser for statens adgang til udvisning, navnlig hvis vedkommende har opholdt sig længe i landet og/eller har familie her. Udvisningen skal kunne retfærdiggøres som nødvendig i et demokratisk samfund, jf. bl.a. *Amrollahi* (2002, para. 33). Der skal derfor i lyset af sagens omstændigheder foretages en konkret afvejning af hensynet til udlændingens privat- og, navnlig, familieliv over for hensynet til statens forebyggelse af forbrydelse og uorden, jf. bl.a. *Baghli* (1999, para. 46) og *Amrollahi* (2002, para. 35).

EMD lægger ved denne afvejning navnlig vægt på følgende momenter:

- Udlændingens tilknytning til og familiemæssige bånd i opholdslandet (hvor stor en del af sit liv har han/hun boet dér; har han/hun stiftet familie dér; er der børn, og i så fald hvor gamle; bor hans/hendes slægtninge dér; og hvor tæt er i så fald deres indbyrdes forhold)?
- Udlændingens tilknytning til oprindelseslandet og mulighed for at etablere familieliv dér (har han/hun opretholdt kontakten gennem ferieophold, frivillig bevaring af statsborgerskab, militærtjeneste m.v.; taler han/hun sproget dér; har han/hun familie og venner dér; kan evt. familie i opholdslandet rejse med til oprindelseslandet)?
- Karakteren af udlændingens kriminalitet og straf (er kriminaliteten alvorlig – herunder drab, grov vold, voldtægt eller narkokriminalitet; er der tale om enkeltstående eller gentagen kriminalitet; hvor hård er den idømte straf)?

Dansk ret giver adgang til udvisning af udlændinge efter reglerne i Udlændingelovens Kapitel 4. En udlænding med lovligt ophold kan udvises af landet, hvis vedkommende er idømt fængselsstraf for alvorlig kriminalitet – kriminaliteten og den idømte straf skal være alvorligere, jo længere vedkommende har haft ophold i landet, §§ 22-24. En udlæn-

ding kan endvidere udvises, hvis vedkommende må antages at udgøre en alvorlig sikkerhedsrisiko, § 25. Ved afgørelsen om udvisning skal der dog tages hensyn til, om udvisning vil virke »særligt belastende« på grund af bl.a. udlændingens tilknytning til Danmark, manglende tilknytning til oprindelseslandet og konsekvenserne for vedkommendes eventuelle familie i Danmark, § 26. Der skal således også efter dansk lovgivning foretages en konkret afvejning. Denne afvejning må ske i lyset af Artikel 8, hvilket har haft stor praktisk betydning. Med Højesteret i spidsen har danske domstole i adskillige tilfælde afvist at udvise kriminelle udlændinge med henvisning til proportionalitetskravet i Artikel 8. Hermed har domstolene med henvisning til lovens § 26 og EMDs praksis vedrørende Artikel 8 til dels udhulet lovgivers initiativer gennem de seneste ti år, som bl.a. skulle sikre en som udgangspunkt automatisk udvisning af udlændinge, der idømmes fængselsstraf for bl.a. narko- og voldskriminalitet, jf. Højesterets udtalelser i UfR 1999.1390 H og 1999.1394 H. Højesteret lægger ligesom EMD stor vægt på langvarige ophold i og navnlig stærke familiemæssige bånd til Danmark, som momenter, der taler imod udvisning.

Da både EMD og Højesteret foretager en konkret helhedsvurdering i hver enkelt sag, kan der ikke opstilles håndfaste regler for, hvornår en udvisning vil stride imod Artikel 8. Dog kan man af praksis udlede visse vejledende retningslinjer:

Et (næsten) livsvarigt ophold udelukker normalt udvisning

Hvis udlændingen har levet hele eller næsten hele sit liv i opholdslandet og har sin familie der, vil udvisning som klar hovedregel være i strid med Artikel 8, uanset om udlændingen har begået meget grov kriminalitet. Se f.eks. *Moustaquim* (1991) – krænkelse (7/2), selv om M havde begået et stort antal forbrydelser og var idømt sammenlagt 2 års fængsel; M var 2 år, da han flyttede til Belgien, hvor hans forældre og øvrige familie levede. *Beldjoudi* (1992) – krænkelse (7/2), selv om B havde begået alvorlig kriminalitet og var idømt 8 års fængsel; B havde altid boet i Frankrig og havde i 20 år været gift med en fransk kvinde. Tilsvarende i dansk ret UfR 1998.376 Ø – ikke udvisning (4/2); 27-årig marokkaner havde boet i Danmark siden han var 1 1/2 år og havde familie her; talte kun dansk; var gentagne gange dømt for narkokriminalitet, senest 10 måneders fængsel; rettens flertal (4/2) afviste i lyset af Artikel 8 at udvise manden; flertallet udtalte principielt, at det danske samfund på et vist

tidspunkt må »overtage ansvaret« også for »mindre heldige indvandrere i landet«.

Dog kan udvisning være forenelig med Artikel 8, hvis udlændingen har bevaret en reel tilknytning til oprindelseslandet og er dømt for meget alvorlig kriminalitet. Se f.eks. *Boujlifa* (1997) – ikke krænkelse (6/3), selv om den marokkanske B havde boet i Frankrig siden han var 5 år og havde sine forældre og otte søskende dér; B havde ikke søgt om fransk statsborgerskab, da han havde ret til det; B var to gange dømt for væbnet røveri, sammenlagt 7 1/2 års fængsel. *Baghli* (1999) – ikke krænkelse (5/2), selv om den algierske B havde boet i Frankrig, siden han var 2 år; B havde ingen børn, men hans nærmeste slægtninge boede dér; B havde frivilligt bevaret algerisk nationalitet og aftjent 2 års militærtjeneste i Algeriet; han talte arabisk; B var idømt 3 års fængsel (heraf 2 betinget) for heroinhandel. Se tilsvarende i dansk ret UfR 2001.856 H – udvisning (4/1); 27-årig tyrk havde boet i Danmark, siden han var 3 år og havde to børn; havde bevaret reel tilknytning til Tyrkiet: talte tyrkisk, og havde længere ophold og familie dér; han var idømt 5 års fængsel for flere røverier. UfR 2005.1766 H – udvisning (6/1); to tyrkiske drenge på hhv. 17 og 16 år idømt hhv. 8 og 10 års fængsel for bl.a. manddrab; begge var tidligere straffet; den 17-årige var født og opvokset i Danmark, mens den 16-årige var kommet hertil som 3-årig; begge havde deres forældre og søskende i Danmark; de havde således ifølge Højesteret en »stærk tilknytning til Danmark«, men havde dog begge samtidig bevaret en »ikke uvæsentlig tilknytning til Tyrkiet og tyrkisk kultur«, idet de fortsat talte tyrkisk, havde besøgt Tyrkiet hvert andet år og havde en stor familie dér.

Stærke familiemæssige bånd til opholdslandet vejer tungt imod udvisning

Hvis udlændingen alene har boet i opholdslandet i en årrække og bevaret en vis kontakt til sit oprindelsesland, tillader EMD generelt udvisning i videre omfang, jf. EMD i *C. v. Belgium* (1996, para. 34) og *Dalia* (1998, para. 53). Stærke familiemæssige bånd til opholdslandet vil dog veje meget tungt imod en udvisning, selvom udlændingen kun har boet i landet i en årrække og har begået alvorlig kriminalitet. Se f.eks. *Boultif* (2001) – krænkelse (enstemmig); den nu 34-årige algierske B var idømt 2 års fængsel for voldeligt røveri; havde boet i Schweiz i 9 år og i de seneste 8 været gift med en schweizisk kvinde; EMD lagde vægt på, at udvisning reelt ville splitte familien, da Bs ægtefælle vanskeligt ville

kunne rejse med B til Algeriet, samt at B, i betragtning af de 6 år, der var forløbet uden kriminalitet, ikke nu kunne anses at udgøre en stor fare for samfundet. *Amrollahi* (2002) – krænkelse (enstemmig); den nu 36-årige iranske A havde boet i Danmark i 13 år og var gift med en dansk kvinde, med hvem han havde to små børn, samt en steddatter; han talte fortsat iransk, men havde ikke bevaret forbindelse til Iran, hvorfra han var flygtet efter at have deserteret fra hæren; hans familie i Iran havde slået hånden af ham; han var idømt 3 års fængsel for narkokriminalitet; EMD lagde særlig vægt på, at udvisning reelt ville splitte familien, da det ville være særdeles vanskeligt for familien at følge med A til Iran. *Radovanovic* (2004) – krænkelse (enstemmig); R var som 18-årig idømt 2 1/2 års fængsel for groft røveri, heraf 2 år betinget; R havde boet i Østrig, siden han var 10 år, og også hans forældre boede dér; R havde ikke længere familie i Serbien; EMD lagde vægt på straffens begrænsede omfang og på, at R havde langt stærkere bånd til Østrig end til Serbien; på den baggrund fandtes en permanent, frem for midlertidig, udvisning at være uproportional. Se tilsvarende i dansk ret UfR 2000.1499 H – ikke udvisning; 39-årig tyrk, idømt 3 1/2 års fængsel for narkokriminalitet; havde boet i Danmark i 29 år og havde tre større børn hér. UfR 2002.736 H – ikke udvisning (3/2); to makedonere, idømt 7 og 8 års fængsel for storstilet narkokriminalitet; de var hhv. 49 og 47 år, havde boet i Danmark i hhv. 32 og 26 år, havde ægtefælle og børn i Danmark og havde kun bevaret ringe tilknytning til Makedonien. UfR 2002.1411 H – ikke udvisning; 58-årig tyrk, idømt 8 års fængsel for drabsforsøg; havde boet i Danmark i 30 år; havde ægtefælle, børn og børnebørn her. UfR 2003.622 H – ikke udvisning; iraker idømt et års fængsel for menneskesmugling m.v.; var opvokset i Irak, men havde boet i Danmark i 11 år og havde her en ægtefælle og fire større børn uden væsentlig tilknytning til Irak. Se også UfR 2003.490 Ø, 2004.2536 Ø og 2005.2283 V. Udvisning er dog e.o. sket trods familiemæssige bånd, hvis opholdet har været kortvarigt, og den idømte straf er hård, jf. UfR 2003.644/1 H, 2004.2371 H og 2004.1689 Ø.

Har udlændingen ikke stærke familiemæssige bånd til opholdslandet, vil udvisning kunne ske, hvis vedkommende er dømt for alvorlig kriminalitet og har bevaret visse bånd til oprindelseslandet. Se f.eks. *Dalia* (1998) – ikke krænkelse (6/3); den 38-årige algierer D havde boet i Frankrig, siden hun var 17-18 år og havde sin nærmeste familie dér, herunder et lille barn, som dog kunne følge med D til Algeriet; D havde

bevaret bånd til Algeriet og talte sproget dér; D var idømt 1 års fængsel for narkokriminalitet (heroin). *C v. Belgium* (1996) – ikke krænkelse (enstemmig); den 41-årige marokkaner C havde boet i Belgien, siden han var 11 år og havde sin slægtninge dér; C havde en 10-årig søn, hvis mor efter forældrenes skilsmisse var flyttet tilbage til Marokko; C havde forældremyndigheden over drengen, som dog havde boet med moren i Marokko, mens C var i fængsel; C talte arabisk og havde aldrig søgt om belgisk statsborgerskab; C var idømt 5 års fængsel for narkokriminalitet. Se tilsvarende i dansk ret UfR 2000.1499 H – udvisning; 29-årig tyrk idømt 3 år og 9 måneders fængsel for narkokriminalitet; havde en dansk samlever med hvem han havde to næsten nyfødte børn; han havde kun boet i Danmark i 10 år, og hans forældre boede i Tyrkiet. UfR 2002.736 H – udvisning, 29-årig makedoner idømt 8 års fængsel for narkokriminalitet; gift med en herboende makedonsk kvinde, med hvem han havde tre børn; havde kun boet i landet i 8 år og var ikke integreret i samfundet. UfR 2005.2747 H – udvisning; 39-årig iraner idømt 3 1/2 års fængsel for flere røverier og flere gange tidligere straffet for grov kriminalitet; havde boet i Danmark siden han var 20 år, men var ugift og havde ingen børn; hans forældre og søskende boede i Iran, og han talte fortsat iransk.

Der er formentlig en nedre bagatelgrænse for, hvad man kan udvises for
Er udlændingen kun idømt en kort fængselsstraf for forholdsvis banal kriminalitet, må udvisning antages at være et uproportionalt indgreb, uanset hvor længe han har boet i opholdslandet, og uanset om han har etableret stærke bånd dertil eller ej. Se f.eks. fra dansk ret UfR 2002.773 H – ikke udvisning; 21-årig tyrk idømt 30 dages fængsel for vold; havde kun boet 3 år i Danmark, og det meste af hans familie boede i Tyrkiet. Har udlændingen kun boet i opholdslandet i en kortere årrække uden at have etableret familiemæssige bånd dér, kræver udvisning dog alene kriminalitet af en vis grovhed og en ikke helt kortvarig fængselsdom. Se f.eks. UfR 2003.56 H – udvisning; 48-årig mand fra Sri Lanka, idømt 4 måneders fængsel for grov vold; havde boet i Danmark i 7 år og havde ingen familie her.

7.2 Familiesammenføring

Mens udvisning af udlændinge udgør et indgreb i deres privat- og familieliv, vedrører familiesammenføring statens positive forpligtelse til at

sikre statsborgere eller udlændinge med fast ophold i landet mulighed for at blive forenet med udenlandske ægtefæller eller nære familiemedlemmer. Her har staten ifølge EMD generelt en videregående skønsfrihed, også i lyset af den traditionelle ret til at kontrollere udlændinges indrejse i landet. Artikel 8 sikrer således ikke et par ret til at vælge, i hvilket land de ønsker at opbygge et familieliv, jf. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* (1985, para. 68). Der må dog i lyset af Artikel 8 foretages en konkret afvejning for at finde en rimelig balance mellem hensynet til individets familieliv og statens interesse i at kontrollere, hvem der opholder sig i landet.

Kan familien uden problemer forenes i (d)et andet land, er afslag på familiesammenføring ikke uforeneligt med Artikel 8, jf. *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* (1985, para. 68).

Staten skal derimod som hovedregel tillade familiesammenføring med nær familie (navnlig forældre og børn, men e.o. også bedsteforældre) bosat i udlandet, hvis familielivet ikke kan opretholdes på anden måde. En sådan situation foreligger, hvis den anden stat afviser at give familien opholdstilladelse. Dog kan også den herboendes personlige og navnlig familiemæssige forhold indebære, at det reelt ikke vil være muligt for familien at flytte sammen til det andet land, herunder hvis der er herboende børn. Se f.eks. *Sen* (2001) – krænkelse (enstemmig); de hollandske myndigheder nægtede et bosiddende tyrkisk par at få familiesammenføring med deres teenagedatter i Tyrkiet; forældrene havde ikke reel mulighed for at rejse tilbage til Tyrkiet, idet de i Holland havde to andre skolepligtige børn, som var født og opvokset dér. I øvrigt kan EMDs føromtalte praksis om afvisning af udvisning ud fra hensynet til udlændingens familie også her være vejledende.

De nationale myndigheder har dog et ret vidt skøn, hvor familien i længere tid har levet adskilt, og de familiære bånd kan opretholdes, selv om familiemedlemmerne ikke bor i samme land. Således fandt EMD ikke afvisning af familiesammenføring i strid med Artikel 8 i *Gül* (1996, para. 42f (dissens)) – sønnen af en tyrkisk familie med ophold i Schweiz havde altid boet i Tyrkiet; *Ahmut* (1996, para. 70f (dissens)) – sønnen af en nu hollandsk statsborger havde levet hovedparten af sit 10-årige liv med en bror og to onkler i Marokko.

I dansk ret indeholder Udlændingelovens § 9 detaljerede regler om adgang til familiesammenføring med ægtefæller og børn i udlandet. Også på dette område er der gennem de senere år gentagne gange foretaget

lovgivningsmæssige stramninger for at begrænse antallet af familiesammenføringer. Hvad angår ægtefællesammenføring, stilles som udgangspunkt strenge krav: Begge parter skal være over 24 år, og parterne skal leve eller i udlandet have levet sammen i ægteskab eller længerevarende fast samlivsforhold. Den ene part skal være fastboende i Danmark (stk. 1). Der stilles endvidere krav til den herboendes forsørgelsespligt og -evne (stk. 3-5) og boligforhold (stk. 6). Endelig kræves, at parternes samlede tilknytning til Danmark er større end til et andet land, med mindre den herboende har haft dansk statsborgerskab i mindst 28 år (stk. 7). Alle disse krav kan dog fraviges, hvis »ganske særlige grunde, herunder hensynet til familiens enhed« taler derfor, jf. § 9, stk. 3-7 og § 9 c. Herved åbnes mulighed for at tage hensyn til Artikel 8's krav. Udlændingelovens regler om ægtefællesammenføring er således ikke i sig selv i strid med Artikel 8, men de må til stadighed administreres i lyset af Artikel 8 således, at der i hvert enkelt tilfælde foretages en konkret helhedsvurdering, der inddrager hensynet til den herboendes ret til respekt for sit familieliv.

8. Særligt om indsattes ret til privat- og familieliv

Afsoning af straf og andre former for frihedsberøvelse indebærer i sagens natur et dybtgående indgreb i den indsattes privat- og familieliv, jf. også EMD i *Messina* (2000, para. 61). Også indsattes har dog efter Artikel 8 krav på respekt for privat- og familielivet i det omfang, dette er foreneligt med deres afsoning og ordens- sikkerhedsmæssige hensyn.

Efter en ældre opfattelse kunne anstaltsanbringelsen i sig selv begrunde ret vidtgående begrænsninger i den indsattes privat- og familieliv. EMD gjorde imidlertid op med denne vidtgående tankegang om »iboende begrænsninger« i *Golder* (1975), hvor Domstolen fastslog, at også indsatte principielt er beskyttet af Artikel 8. EMD har dog fastholdt, at normale begrænsninger i indsattes privat- og familieliv som følge af fængselslivet og -disciplinen ikke vil udgøre en krænkelse af Artikel 8, jf. *Nowicka* (2002, para. 71). EMD har hidtil accepteret ret omfattende restriktioner på indsattes privat- og familieliv; dog spores en gradvis udvidelse af beskyttelsen i takt med, at standarden i konventionsstaterne stiger.

I Danmark regulerer Straffuldbyrdelsesloven fra 2000 bl.a. afsoneres

ret til privat- og familieliv. Nogle af lovens bestemmelser går videre end EMDs praksis i forhold til at sikre den indsattes privat- og familieliv, mens andre må fortolkes snævert i lyset af Artikel 8.

8.1 Indsattes privatliv

En indsat skal have mulighed for at bevare et privatliv, herunder en vis bevægelsesfrihed og menneskelig kontakt, selv om han er i fængsel.

I dansk ret fastsætter Straffuldbyrdelsesloven, at indsatte, i det omfang det kan forenes med ordens- og sikkerhedsmæssige hensyn, bl.a. skal have ret til: *at* have fællesskab med andre indsatte, § 33 (se dog om isolation § 63); *at* medtage private genstande i institutionen, § 36; *at* tilbringe mindst én time hver dag i frisk luft, § 43, stk. 3; *at* få udgangstilladelse, §§ 46-50; *at* låne bøger, læse aviser, høre radio, se tv m.v., § 58.

8.2 Indsattes familieliv

En indsat skal have mulighed for at opretholde et familieliv – adgang til at se sin partner og eventuelle børn med jævne mellemrum. Afsoning bør som udgangspunkt ikke finde sted så langt fra familien, at opretholdelse af kontakten reelt bliver umulig. Myndighederne må desuden tillade familiebesøg i rimeligt omfang. EMD har tidligere fundet, at en begrænsning af familiebesøg til én time én gang om måneden for afsonere var foreneligt med Artikel 8, se *Boyle and Rice* (1988, para. 74). Denne lave standard må nu anses for forældet. I *Messina* (2000, para. 62ff) accepterede EMD en særlig begrænsning af familiebesøg til to om måneden, samt at besøget var overvåget og parterne adskilt af en glasvæg, under hensyn til behovet for at forhindre fortsat kriminalitet i fængslet fra en afsoner, der var dømt for mafiavirksomhed og narkokriminalitet. I *Nowicka* (2002, para. 75ff) fandtes en begrænsning af familiebesøg til én gang om måneden at udgøre en krænkelse.

Indsatte bør også kunne opretholde et seksuelt samliv med deres partner. Familiebesøg bør derfor kun kunne overvåges af fængselspersonalet i tilfælde, hvor sikkerhedshensyn eller hensynet til at forebygge eller opklare forbrydelser gør dette påkrævet.

Ved alvorlig sygdom eller dødsfald i den nærmeste familie må den indsatte normalt have ret til udgang fra fængslet, men næppe i andre tilfælde. EMD har tidligere accepteret en politik, hvorefter indsatte kun fik udgang ved et familiemedlems dødstruende sygdom, se *Boyle and*

Rice (1988, para. 79-81). Selv i sådanne tilfælde vil alvorlige sikkerhedsrisici dog formentlig kunne retfærdiggøre afslag på udgang.

I dansk ret fastsætter Straffuldbyrdelsesloven, at indsatte, i det omfang det er foreneligt med ordens- eller sikkerhedsmæssige hensyn, bl.a. skal have ret til: *at* afsone straffen nær hjemmet, hvis det er praktisk muligt, § 23; *at* få besøg mindst én gang om ugen i mindst én time, så vidt muligt to; institutionen kan dog forbyde besøg af bestemte personer eller stille betingelse om, at besøget skal overværes af personalet, §§ 51-53.

8.3 Indsattes »hjem« (cellen)

En indsats celle nyder ikke samme beskyttelse som et privat hjem i traditionel forstand, men må dog alligevel være beskyttet i et vist omfang.

I dansk ret fastsætter Straffuldbyrdelsesloven, at en indsat, i det omfang det er foreneligt med ordens- eller sikkerhedsmæssige hensyn, bl.a. skal have ret til: *at* kunne aflåse sin celle, når han er fraværende, § 33, stk. 5, jf. bekg. nr. 573 (2002), §§ 6-8; myndighederne kan dog om nødvendigt undersøge cellen og gennemlæse breve m.v., lovens § 60; ulovlige genstande m.v. kan konfiskeres, § 73.

8.4 Indsattes kommunikation (korrespondance)

Indsatte har som udgangspunkt samme ret til at kommunikere med omverdenen som andre mennesker. For varetægtsfængslede og afsonere kan hensyn til retsforfølgningen eller sikkerhedshensyn dog undertiden nødvendiggøre kontrol med korrespondancen.

Kontrol med indholdet af indsattes post forekommer ofte. EMD ser strengt på en sådan censur. I *Silver* (1983) fandt EMD en krænkelse, fordi de engelske regler bl.a. forbød indsatte at klage over fængselsforholdene uden forudgående henvendelse til myndighederne, afsende materiale med henblik på offentliggørelse, samt anvende et beskidt sprog. Krænkelse er også fundet i bl.a. *Boyle and Rice* (1988), *Campbell* (1992), *Demirtepe* (1999), *Labita* (2000), *Niedbala* (2000), *Messina* (2000), *Rehbock* (2000) og *Rinzivillo* (2000).

Indsattes korrespondance med en advokat nyder absolut beskyttelse og må således hverken stoppes eller gennemlæses. I *Golder* (1975) fandtes Artikel 8 krænket, fordi en indsat blev nægtet adgang til at kontakte

en advokat med henblik på at klage over forhold i fængslet; se også bl.a. *Campbell and Fell* (1984) og *Schönenberger and Durmaz* (1988).

I dansk ret fastsætter Straffuldbyrdelsesloven, at en indsat, i det omfang det kan forenes med ordens- og sikkerhedsmæssige hensyn, bl.a. skal have ret til: *at* sende og modtage breve; institutionen kan dog uden retskendelse åbne og lukke breve, mens den indsatte er til stede, men må kun i særlige tilfælde gennemlæse og tilbageholde brevene, § 55; brevveksling med den indsattes advokat eller med myndighederne skal altid være ukontrolleret, § 56; *at* føre telefonsamtaler, som dog i lukkede institutioner kan aflyttes uden retskendelse, § 57; telefonsamtaler med en advokat skal normalt tillades, jf. bekg. nr. 378 (2001), § 3; *at* få besøg af sin advokat, når han måtte ønske det; der kan ikke stilles krav om, at besøget skal overværes af personalet, § 51, stk. 2, og § 53.

Litteratur

Betænkning 1023 Politiets indgreb i meddelelseshemmeligheden, København 1984

Betænkning 1039 Tvangsindgreb uden for strafferetsplejen, København 1985

Betænkning 1159 Ransagning, København 1989

Betænkning 1326 Udvisning, København 1997

Betænkning 1345 Behandling af personoplysninger, København 1997

Betænkning 1355 En lov om fuldbyrdelse af straf, København 1998

P. Blume Personoplysningsloven, DJØF, København 2000

J. Christoffersen Ægtefællesammenføring, EU-ret & Menneskeret, 2004, s. 273ff

M. J. Hansen og C. Schmidt Den Europæiske Menneskerettighedskonventions art. 8 og straffuldbyrdelsesloven – en komparativ analyse, Justitia nr. 3, 2005, s. 53ff

Institut for Menneskerettigheder, Ægtefællesammenføring i Danmark, Udredning nr. 1, 2004, kan findes på www.humanrights.dk

Kapitel 11

Retten til religionsfrihed

Artikel 9 beskytter tanke-, samvittigheds- og religionsfriheden; her behandles alene religionsfriheden. Friheden til at vælge – eller fravælge – religion er absolut beskyttet. Friheden til at udøve sin religion eller tro gennem gudstjeneste, bøn, undervisning eller overholdelse af religiøse skikke kan derimod begrænses, hvis dette er nødvendigt i et demokratisk samfund. Grænserne for religionsudøvelse er et følsomt og vanskeligt emne, dels fordi hensynet til religiøse minoriteters særinteresser ofte kolliderer med mere almene hensyn, dels fordi religionens betydning varierer fra stat til stat. Artikel 9 suppleres af TP 1, Artikel 2, hvorefter børn skal undervises med respekt for forældrenes religiøse og filosofiske overbevisning, samt af Artikel 14 og TP 12, som forbyder diskrimination på grund af bl.a. religion (TP 12 er ikke tiltrådt af Danmark). En statskirkeordning som den danske Folkekirke anses ikke for principielt uforenelig med hverken Artikel 9 eller Artikel 14.

1. Indledning

Religionsfriheden er en af de rettigheder, som både historisk har vakt og i dag vækker de stærkeste følelser og afføder de mest betændte konflikter. Religion er ikke kun en indre overbevisning, men også et politisk magtmiddel: I Middelalderen drog europæere på hellige korstog til Mellemøsten. I Renæssancen underlagde europæiske stormagter sig fremmede kontinenter og omvendte folkeslagene dér til kristendom. Også internt i Europa har det historisk set været småt med tolerancen over for religiøse minoriteter. Den selvstændige beskyttelse af religionsfriheden har således sit blodige, historiske udspring i 1500-1600-tallets europæiske religionskrige og -konflikter. I forlængelse af reformationen i begyndelsen af 1500-tallet opstod der stridigheder mellem det katolske Romerrige og lokale germanske fyrster, som bl.a. ønskede frihed til at fastlægge den officielle religion i deres fyrstendømme. Stridighederne blev i første omgang bilagt i 1555 med Den Augsburgske Fred, hvorved de lokale fyrstendømmer fik frihed til at vælge, om der på deres terri-

torium skulle praktiseres katolicisme eller protestantisme. Nye krige brød dog senere ud, herunder 30 års-krigen, som bl.a. var religiøst betinget. Denne krig fandt sin afslutning i 1648 med indgåelse af Den Westfalske Fred, hvorved de stridende europæiske magter bl.a. bekræftede den i mellemtiden ophævede Augsburgske Fred og udvidede dennes bestemmelser om religionsfrihed til også at omfatte calvinister/reformerte således, at der herefter var sikret religionsfrihed for de tre dominerende religioner i det romerske rige. Også i de følgende århundreder var religiøs intolerance og undertrykkelse af religiøse minoriteter dog almindeligt forekommende og førte i flere tilfælde til militær intervention fra de europæiske stormagter for at beskytte kristne mindretal i navnlig Tyrkiet. Selv i dag giver religion og navnlig religionsforskelle ofte anledning til konflikter, som bekendt også i Danmark. Danmark er i dag et multikulturelt, og dermed også multireligiøst, samfund. Samtidig har vi bevaret den luthersk-evangeliske kirke som vor statskirke – Folkekirken.

Foruden den historiske begrundelse som en fredssikrende foranstaltning har religionsfriheden i dag tillige en mere ideel begrundelse som en menneskerettighed af vital betydning for individet og for den tolerance over for mindretal, som må herske i et demokratisk samfund. Som sådan er religionsfriheden internationalt anerkendt i bl.a. VM Artikel 18 og EMRK Artikel 9. EMD har om religionsfrihedens betydning i et demokratisk samfund fastslået, jf. *Kokkinakis* (1993, para. 31), *Refah Partisi* (2003, para. 90) og *Leyla Sahin* (2005, para. 104):

> »freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics and the unconcerned. The pluralism in dissociable from a democratic society, which has been dearly won over centuries, depends upon it.«

Religionsfriheden hviler dermed, som menneskeretten generelt, på værdier, hvis virkeliggørelse både anses som et mål i sig selv under hensyn til at sikre individets frihed og værdighed *og* som en nødvendig forudsætning for fred, retfærdighed og demokrati.

I praksis er religionsfrihedens funktion helt overvejende at sikre re-

ligiøse mindretals beskyttelse mod og krav på tolerance fra flertallet. Langt de fleste sager om religionsfrihed vedrører klager fra individer/trossamfund, som udgør en religiøs minoritet i samfundet (Jehovas Vidner, kristne frikirker, Krishna-bevægelsen, muslimer, jøder m.fl.). Dette er en naturlig konsekvens af et demokratisk flertalsstyre, hvor den dominerende religion i langt højere grad end minoritetsreligioner vil kunne sikre sine interesser gennem den politiske proces. Religionsfriheden kan derfor karakteriseres som en slags hybrid mellem en almen menneskerettighed og en rettighed vedrørende minoritetsbeskyttelse: Med religionsfriheden som en menneskeret tilkendes friheden til at vælge (eller fravælge) religion og udøve denne almen værdi, mens religionsfrihedens praktiske betydning navnlig er at sikre religiøse minoritetsgrupper mod flertallets intolerance og overgreb. I denne dobbelthed ligger formentlig en væsentlig del af forklaringen på, hvorfor religionsfriheden og navnlig dens grænser er et så kontroversielt spørgsmål, som tilfældet er. For skønt religiøse minoriteter i et demokratisk samfund baseret på pluralisme og tolerance må sikres en ordentlig behandling og beskyttes mod flertallets magtmisbrug, er der også modstående hensyn til flertallets demokratiske beslutninger og retsstatens princip om lighed for loven. Det er en balancegang. Som EMD udtalte i førnævnte *Leyla Sahin* (2005, para. 108) vedrørende religionsfrihedens grænser.

> »Pluralism, tolerance and broadmindedness are hallmarks of a 'democratic society'. Although individual interests must on occasion be subordinated to those of a group, democracy does not simply mean that the views of a majority must always prevail: a balance must be achieved which ensures fair and proper treatment of people from minorities and avoids any abuse of a dominant position. Pluralism and democracy must also be based on dialogue and a spirit of compromise necessarily entailing various concessions on the part of individuals or groups of individuals which are justified in order to maintain and promote the ideals and values of a democratic society.«

I EMRK er religionsfrihedens centrale bestemmelse Artikel 9, som sikrer friheden til at vælge religion eller tro og udøve denne (Artikel 9 beskytter også tanke- og samvittighedsfriheden, men her behandles alene den i praksis vigtigste religions- og trosfrihed). Artikel 9 suppleres af TP 1, Artikel 2, om pligten til i skoleundervisning at respektere forældrenes religiøse overbevisning, samt af Artikel 14, som inden for EMRKs område forbyder diskrimination på grund af bl.a. religion, og

TP 12, som helt generelt forbyder diskrimination på grund af bl.a. religion, men (endnu) ikke er tiltrådt af Danmark.

Sammenlignet med Grundlovens bestemmelser – Grl § 67 om friheden til religionsudøvelse og Grl § 70 om forbud mod religionsdiskrimination – giver Artikel 9 og 14 en bredere beskyttelse, da de også beskytter en ikke-religiøs »tro«. I øvrigt er den materielle beskyttelse af religionsfriheden i henhold til Grundlovens og EMRKs bestemmelser i store træk den samme; fælles for dem er, at hensynet til religionsfriheden undertiden må afvejes over for vægtige hensyn til samfundet eller til andres rettigheder.

En forståelse for religionsfriheden og dens grænser forudsætter kendskab til begreberne »religion« og »tro« (*afsnit 2*). Den indre religiøse overbevisning er absolut beskyttet (*afsnit 3*). Praktisk vigtigere er friheden til religionsudøvelse (*afsnit 4*), som imidlertid om nødvendigt kan begrænses for at varetage samfundshensyn eller hensynet til andre (*afsnit 5*). Nært forbundet med religionsfriheden er kravet om, at det offentlige skolesystem skal respektere forældrenes religiøse og filosofiske overbevisning (*afsnit 6*) og forbudet mod diskrimination på grund af religion (*afsnit 7*). Afslutningsvis vurderes den danske statskirkeordning – Folkekirken – i lyset af Artikel 9 og Artikel 14 (*afsnit 8*).

2. Hvad er en »religion« eller »tro«?

Artikel 9 beskytter ikke kun »religion«, men også en ikke-religiøs »tro«. Således er beskyttelsen under alle omstændigheder ganske bred. Der findes imidlertid ingen alment accepteret definition af begreberne »religion« og »tro«, og EMD har heller ikke forsøgt at definere begreberne.

En »religion« beskrives traditionelt som en tro på menneskets afhængighed af en transcendent magt, som står over menneskene og naturen, til hvilken tro hører en lære, som giver retningslinjer for den rette livsførelse og gudsdyrkelse.

En »tro« betegner ligeledes en sammenhængende livsopfattelse – af meningen med livet og hvordan man bør leve. I modsætning til religion er en »tro« dog ikke nødvendigvis knyttet til noget transcendent, guddommeligt, men kan (blot) være en livsfilosofi.

I Danmark findes ved siden af Folkekirken en række offentligt anerkendte trossamfund. Foruden Det Mosaiske Trossamfund drejer det sig

navnlig om udenlandske kristne menigheder og danske kristne frikirker. Efter 1969 har man ikke anerkendt nye trossamfund, men derimod givet andre trossamfund vielsesbemyndigelse efter Ægteskabslovens § 16, stk. 1, nr. 3, og dermed godkendt dem som trossamfund. Det drejer sig om en række forskellige trossamfund og menigheder, herunder muslimske og buddhistiske; også Jehovas Vidner er et godkendt trossamfund. Et kontroversielt tilfælde – herhjemme og i udlandet – er »Scientology Kirken«, som efter behag kan betegnes som en nyreligiøs bevægelse, en filosofi eller en selvrealiseringspsykologi baseret på grundlæggeren L. Ron Hubbards bøger. Scientology har flere gange søgt om godkendelse som trossamfund, men fået afslag af Kirkeministeriet. Scientology udgør formentlig et grænsetilfælde for, hvad man kan betegne som en »religion« eller »tro«.

3. Friheden til at vælge eller fravælge religion

En persons indre religiøse overbevisning er ukrænkelig, jf. Artikel 9(1), 1. led. Dette er religionsfriheden kerne: Friheden til at have og vælge sin egen religion, herunder friheden til slet ikke at have nogen religion, jf. *Buscarini* (1999, para. 34) og *Leyla Sahin* (2005, para. 104). Dette forbud mod religionstvang er absolut. Den indre religionsfrihed vil kunne krænkes, hvis staten udsætter individer for religiøs indoktrinering; tilsvarende vil formentlig i kraft af statens positive forpligtelse gælde, hvis staten undlader at gribe ind over for private trossamfunds pression eller upassende forsøg på religiøs omvendelse (proselytisme), se *Kokkinakis* (1993, para. 48). Af større praktisk betydning er det, at staten ikke kan tvinge individet til at bekende sig til en bestemt tro eller til at handle på en måde, som er udtryk for tilslutning til en bestemt religion. I *Buscarini* (1999, para. 40) statuerede EMD en krænkelse af Artikel 9, fordi nyvalgte parlamentsmedlemmer blev tvunget til i indsættelseseden at sværge ved de hellige skrifter. Staten kan således heller ikke tvinge individet til at deltage i eller bidrage direkte til religiøse aktiviteter imod sin vilje; en obligatorisk kirkeskat er derfor i strid med Artikel 9(1), 1. led, jf. EMRK-kommissionen i *Darby* (1989, para. 50f). Derimod kan man ikke med henvisning til en religiøst eller moralsk begrundet pacifisme nægte at betale almindelig skat, selv om en del af skatteindtægterne går til militære formål, idet der ikke er nogen direkte sammen-

hæng mellem individets skattebetaling og forsvarsudgifterne. jf. EMRK-kommissionen i *C v. United Kingdom* (1983) og *Iglesia Bautista 'El Salvador' and Ortega Moratilla* (1992):

> »The obligation to pay taxes is a general one which has no specific conscientious implications in itself. Its neutrality in this sense is also illustrated by the fact that no tax payer can influence or determine the purpose for which his or her contributions are applied, once they are collected. (...) It follows that Article 9 does not confer on the applicant the right to refuse, on the basis of his convictions, to abide by legislation (...) which applies neutrally and generally in the public sphere, without impinging on the freedoms guaranteed by Article 9.«

Nøje forbundet med den indre religionsfrihed er pligten til i skoleundervisningen at respektere forældres religiøse overbevisning og således afholde sig fra religiøs indoktrinering af børn, jf. TP 1, Artikel 2 (se herom afsnit 6).

Indtil Grundloven af 1849 herskede der i Danmark i princippet religionstvang i medfør af Danske Lov (1683), som sågar fastsatte dødsstraf for udøvelse af fremmede religioner. Siden 1849 har der dog i Danmark hersket religionsfrihed, jf. Grl § 67.

4. Friheden til at udøve sin religion

Religionsfriheden indebærer også frihed til at manifestere sin religion eller tro, jf. Artikel 9(1), 2. led. Friheden til religionsudøvelse er ifølge EMD naturligt forbundet med den indre religionsfrihed, jf. *Kokkinakis* (1993, para. 31) og *Leyla Sahin* (2005, para. 104):

> »While religious freedom is primarily a matter of individual conscience, it also implies, inter alia, freedom to 'manifest one's religion'. Bearing witness in words and deeds is bound up with the existence of religious convictions.«

Friheden til religionsudøvelse er dog ikke absolut, idet hensynet til samfundet eller andres rettigheder kan nødvendiggøre visse begrænsninger, jf. Artikel 9(2) (se afsnit 5). Før man tager stilling til religionsudøvelsens grænser, må man først overveje, om den foreliggende aktivitet overhovedet udgør religionsudøvelse i Artikel 9's forstand.

4.1 Religionsudøvelsens former

Religionsudøvelse kan tage form af »gudstjeneste, undervisning, andagt og overholdelse af religiøse skikke«, jf. Artikel 9(1). »Gudstjeneste« omfatter ceremonier og ritualer forbundet med den kollektive religionsudøvelse. »Undervisning« omfatter foruden konfirmationsforberedelse o. lign. også religiøs forkyndelse, jf. *Kokkinakis* (1993, para. 48). »Andagt« omfatter religiøs bøn. »Overholdelse af religiøse skikke« angår efterlevelse af religiøse forskrifter og sædvaner bl.a. vedrørende tilberedning af mad og slagtning af dyr, jf. om rituel jødisk slagtning *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000, para. 74), og vedrørende beklædning, jf. om sikhers brug af turban EMRK-kommissionen i *X. v. United Kingdom* (1978) og EMD i *Refah Partisi* (2003, para. 92) og om muslimske kvinders brug af hovedtørklæde *Refah Partisi* (2003, para. 92) og *Leyla Sahin* (2005, para. 78 – her dog med et vist forbehold).

Også de nødvendige forudsætninger for at kunne praktisere en religion er beskyttet, f.eks. retten til at fungere som trossamfund uden offentlig indblanding, til opførelse og drift af kirker og templer, uddannelse af præster m.v., se f.eks. *Manoussakis* (1996, para. 36 – vedrørende afslag på tilladelse til at drive kirke); *Metropolitan Church of Bessarabia* (2001, para. 105 – vedrørende afslag på godkendelse som trossamfund) og *Johannische Kirche and Horst Peters* (2001 – vedrørende afslag på ansøgning om anlæg af en kirkegård).

Artikel 9 beskytter både individuel og kollektiv religionsudøvelse, jf. Artikel 9(1). Et centralt aspekt af religionsfriheden er således den religiøse foreningsfrihed, jf. *Metropolitan Church of Bessarabia* (2001, para. 118) og *Supreme Holy Council of the Muslim Community* (2004, para. 73). Derfor kan også trossamfundet eller kirken, på medlemmernes vegne, selvstændigt påberåbe sig Artikel 9, jf. *Canea Catholic Church* (1997, para. 31). Hvis et indgreb rammer den religiøse foreningsfrihed, vil også Artikel 11 være relevant (se Kapitel 14); indgrebsbetingelserne efter Artikel 9 og Artikel 11 er dog de samme.

Artikel 9 beskytter endvidere både religionsudøvelse under private former og i det offentlige rum, jf. Artikel 9(1). Det er ikke mindst ved offentlig religionsudøvelse, at religionsfriheden kan kollidere med andre hensyn. Hvis et indgreb rammer den religiøse ytrings- eller forsamlingsfrihed vil også Artikel 10 hhv. Artikel 11 være relevant (se Kapitel 12 og

13); indgrebsbetingelserne efter Artikel 9 og Artikel 10-11 er dog de samme.

4.2 Ikke enhver religiøst motiveret aktivitet er beskyttet

Artikel 9 beskytter ikke handlinger, som nok er religiøst motiveret, men ikke har karakter af religionsudøvelse, jf. *Kalac* (1997, para. 27) og *Leyla Sahin* (2005, para. 105):

> »Article 9 does not protect every act motivated or inspired by a religion or belief.«

Uden for beskyttelsen falder således handlinger/undladelser, som nok er religiøst motiveret, men ikke indgår som et traditionelt eller foreskrevet element i udøvelsen af den pågældende religion. Det gælder f.eks. udøvelse af faktisk virksomhed på et religiøst grundlag, herunder et trossamfunds eller en kirkes drift af hospitaler, skoler, børnehaver m.v.

Sondringen mellem religionsudøvelse og andre religiøst motiverede handlinger er således vigtig, men ikke altid skarp. Navnlig kan det være kontroversielt, om man skal anse enhver ortodoks religiøs skik eller regel som omfattet af friheden til religionsudøvelse, uanset om handlingen er kriminaliseret og forekommer de fleste uetisk. Det har dog som oftest kun teoretisk betydning, om sådanne handlinger henregnes til religionsudøvelse eller ej. Selv om f.eks. stening måtte kunne betragtes som religionsudøvelse omfattet af Artikel 9 – hvilket i lyset af Artikel 17 må betegnes som højst tvivlsomt – vil straf for en sådan handling udgøre et indgreb i religionsudøvelsen, som i et demokratisk samfund utvivlsomt kan retfærdiggøres under hensyn til beskyttelsen af andres liv og den offentlige moral.

4.3 Grænser for religiøs tolerance – den sekulære stat

I en verdslig (sekulær) stat, som vi kender den i Danmark og resten af Europa, er statens magt frigjort fra religiøse bud, og samfundets love står over religionens. Adskillelsen af statsmagt og religion er for mange lige så selvfølgelig som principperne om demokrati, retsstat og menneskerettigheder. Nogle religiøse retninger anfægter imidlertid denne adskillelse mellem religion og statsmagt, idet de bekender sig til en teokratisk stat, hvor staten styres på grundlag af religiøse love, som står

over samfundsskabte love. Spørgsmålet er, om også sådanne grupper bør nyde godt af retten til religionsfrihed i Artikel 9.

EMD har gang på gang betonet nødvendigheden i et demokratisk samfund af religiøs tolerance og pluralisme, jf. bl.a. *Kokkinakis* (1993, para. 31) og *Leyla Sahin* (2005, para. 108), og har i overensstemmelse hermed betonet statens pligt til at optræde neutralt og ikke fordømme bestemte religioner, jf. *Metropolitan Church of Bessarabia* (2001, para. 116f):

> »the State has a duty to remain neutral and impartial (...) in principle, the right to freedom of religion for the purposes of the Convention excludes assessment by the State of the legitimacy of religious beliefs and the ways in which those beliefs are expressed«.

Kravet om tolerance omfatter dog ikke religiøse retninger, som stræber imod at omdanne den verdslige demokratiske retsstat til en religiøs stat. I *Kalac* (1997, para. 27-31) blev en juridisk rådgiver i det tyrkiske luftvåben akskediget; Kalacs afskedigelse skyldtes ikke hans muslimske religion eller udøvelsen heraf – han havde haft adgang til i tjenesten at bede fem gange dagligt og overholde faste – men at han, både i og uden for tjenesten, aktivt havde støttet en fundamentalistisk muslimsk sekt og derved havde skadet den militære disciplin og krænket princippet om sekularisme (adskillelse af stat og religion). Da afskedigelsen således ikke var begrundet i Kalacs religionsudøvelse, fandt EMD ikke, at der forelå et indgreb i Artikel 9. I *Refah Partisi* (2003, para. 93) synes EMD at bekræfte, at princippet om statens verdslighed (sekularisme) er et så fundamentalt element i en demokratisk retsstat baseret på menneskerettigheder, at en fundamentalistisk religionsudøvelse i strid hermed formentlig slet ikke nyder beskyttelse efter Artikel 9:

> »the principle of secularism is certainly one of the fundamental principles of the State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention«.

Tankegangen er nært forbundet med Artikel 17 om rettighedsmisbrug (herom Kapitel 5). Når en religiøs retning har som mål at omdanne den demokratiske retsstat til et religiøst samfund, går religionsudøvelsen fra

at være en rent åndelig praksis til (også) at blive en politisk aktivitet. EMD har i *Refah Partisi* fastslået, at et (religiøst) politisk parti med målsætninger, som er uforenelige med bærende demokratiske værdier, ikke nyder Konventionens beskyttelse (se nærmere Kapitel 14).

4.4 Statens pligt til at beskytte den fri religionsudøvelse

Artikel 9 forpligter ikke alene staten til selv at respektere religionsfriheden, men pålægger også staten en vis positiv forpligtelse til at fremme og beskytte religionsfriheden. Staten har en generel pligt til at fremme religiøs tolerance og fri religionsudøvelse. Befordring af religionsudøvelsen kan f.eks. ske gennem etablering af bederum på hospitaler, i uddannelsesinstitutioner m.v. Staten skal endvidere beskytte individets religionsfrihed, herunder ikke mindst beskytte religiøse minoriteter imod forfølgelse. EMD har antaget, at forhånelse af religion i alvorlige tilfælde kan udgøre et indgreb i individets religionsfrihed, som staten skal beskytte imod (se herom i Kapitel 12). EMD har endvidere antaget, at indgreb i religionsfriheden kan være påkrævet for at sikre andres religionsfrihed, jf. bl.a. *Leyla Sahin* (2005, para. 106 – om forbud mod religiøs hovedbeklædning på et universitet).

5. Begrænsninger i den fri religionsudøvelse

Efter Artikel 9(2) kan religionsudøvelsen begrænses, hvis dette er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til samfundet som helhed eller andres rettigheder. Fremgangsmåden i henhold til Artikel 9(2) er følgende (se også Kapitel 5):

1. Foreligger et indgreb (en begrænsning) i religionsudøvelsen?
2. Har indgrebet hjemmel?
3. Forfølger indgrebet et af de opregnede, legitime formål?
4. Er indgrebet nødvendigt i et demokratisk samfund?

Et indgreb foreligger kun, hvis en offentlig regulering/foranstaltning mærkbart berører individets eller et trossamfunds frihed til religionsudøvelse; f.eks. vil det næppe være muligt at anfægte den danske helligdagslovgivning som et indgreb i ikke-protestanters religionsfrihed, da ordningen (om overhovedet) kun perifert berører deres religionsfrihed.

De formål, som kan begrunde et indgreb i religionsudøvelsen, er bredt formuleret: den offentlige tryghed, orden, sundhed og sædelighed, samt hensynet til andres rettigheder og friheder. Også ved indgreb i religionsudøvelsen er det afgørende spørgsmål derfor normalt, om indgrebet kan anses som nødvendigt i et demokratisk samfund. Dette vil bero på en afvejning af hensynet til den fri religionsudøvelse over for modstående hensyn til samfundet eller andres rettigheder. Det samme gælder i tilfælde, hvor individets religionsudøvelse begrænses af private, idet statens positive forpligtelse til at beskytte religionsudøvelsen må fastlægges i lyset af kolliderende hensyn med det formål at finde en rimelig balance.

Når afvejningen ofte er særligt vanskelig på dette område, beror det for det første på det tidligere omtalte særkende ved religionsfriheden, at den i praksis navnlig har betydning for religiøse mindretal, hvis særinteresser kolliderer med flertallets almene interesser og undertiden også med princippet om lighed for loven; for det andet beror det på, at religion har en vidt forskellig plads og betydning i forskellige lande. Dette er formentlig baggrunden for, at EMD betegner området som »delicate« og generelt anerkender en vidtgående frihed for staten til at regulere forholdet mellem stat og trossamfund/religioner, jf. *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000, para. 84) og *Leyla Sahin* (2005, para. 109). Som EMD udtalte i sidstnævnte:

> »Where questions concerning the relationship between State and religions are at stake, on which opinion in a democratic society may reasonably differ widely, the role of the national decision-making body must be given special importance.«

Adgangen til at begrænse religionsudøvelsen beror dog på reguleringens og sagens karakter. Indgreb i religionsudøvelsen, som er begrundet i afstandtagen fra eller direkte forfølgelse af en bestemt religion, vil aldrig kunne retfærdiggøres. Indgreb, som specifikt eller dog helt overvejende er rettet mod religionsudøvelse, kræver generelt tungtvejende grunde. Indgreb, som alene er en utilsigtet følge af en generel og religiøst neutral regulering, kan derimod normalt ikke anfægtes. Navnlig religionsudøvelse i det offentlige rum kan ofte gøres til genstand for visse begrænsninger af hensyn til den offentlige orden og andres rettigheder; det gælder særligt i ansættelsesforhold, men e.o. også på uddannelsesinstitutioner.

5.1 Begrænsninger, som specifikt er rettet mod trossamfund og religionsudøvelse

Kernen i friheden til religionsudøvelse er en beskyttelse mod regulering m.v., som specifikt er rettet mod (bestemte) trossamfund eller religionsudøvelse. Sådanne målrettede indgreb i religionsudøvelsen kræver tungtvejende grunde. EMD statuerer ofte krænkelse.

Indgreb rettet mod bestemte trossamfund eller den religiøse foreningsfrihed

EMD har skredet hårdt ind, hvor et krav om formel godkendelse som trossamfund reelt er blevet anvendt til at chikanere bestemte trossamfund, eller hvor myndighederne har blandet sig i et trossamfunds indre anliggender. *Manoussakis* (1996) angik en menighed af Jehovas Vidner, som var blevet straffet for at opføre og drive et bedested uden tilladelse fra myndighederne, sådan som loven krævede. Ifølge EMD må et sådant krav om tilladelse alene bruges til at sikre overholdelse af visse formelle krav. Tilladelseskravet fungerede imidlertid her i praksis som en måde at hæmme andre religioner and den ortodokse kirke, navnlig Jehovas Vidner. Jehovas Vidnernes ansøgning om tilladelse var således blevet syltet af myndighederne i over 12 år; EMD statuerede enstemmigt krænkelse af Artikel 9. I *Metropolitan Church of Bessarabia* (2001) fik en ortodoks kirke direkte afslag på sin ansøgning om godkendelse, med den usaglige begrundelse, at der allerede eksisterede et anerkendt trossamfund med samme lære. Konsekvensen af afslaget var, at kirken ikke kunne fungere som kirke (præsterne måtte ikke holde gudstjeneste, medlemmerne måtte ikke mødes) og heller ikke kunne agere som juridisk person; EMD statuerede enstemmigt krænkelse af Artikel 9. I *Supreme Holy Council of the Muslim Community* (2004) havde en magtkamp mellem to lederskikkelser i Bulgariens muslimske trossamfund ført til, at trossamfundet blev splittet i to dele under hver sin leder; myndighederne anerkendte dog kun den ene som hele trossamfundets leder i henhold til lovens krav om, at enhver trosretning skal have én samlet ledelse; EMD fastslog enstemmigt krænkelse med henvisning til, at staten ved konflikter inden for trossamfund ikke må favorisere én af konfliktens parter eller diktere en løsning.

Indgreb rettet mod en bestemt form for religionsudøvelse

Undertiden gøres selve den religiøse praksis til genstand for begræns-

ninger. Sådanne indgreb kræver generelt tungtvejende grunde. I *Kokkinakis* (1993) var et medlem af Jehovas Vidner blevet straffet for proselytisme (forsøg på at omvende andre); EMD fandt, at religiøs forkyndelse for at omvende andre ikke kan forbydes, mens man derimod kan gribe ind over for »improper proselytism« i form af f.eks. pression og økonomiske løfter, fordi religionsudøvelsen begrænses af hensynet til respekt for andres religionsfrihed (para. 48); flertallet (6/3) fandt det i sagen ikke godtgjort, at klager havde udøvet »improper proselytism« og statuerede derfor krænkelse af Artikel 9.

Indgreb rettet mod religionsudøvelse på bestemte steder (uddannelsesinstitutioner)

Nogle europæiske lande har i modsætning til Danmark foretaget en total adskillelse af stat og religion; det gælder f.eks. Frankrig, Schweiz og Tyrkiet. I disse stater er sekularisme – religiøs neutralitet – et fundamentalt princip, som bl.a. påvirker synet på religionsudøvelse i det offentlige rum. Religion anses som et rent privat anliggende, og derfor er tilstedeværelsen af religiøse symboler i bl.a. uddannelsesinstitutioner genstand for begrænsninger. EMD har udtalt, at staten netop på dette område har en særligt vidtgående frihed til at regulere religionsudøvelsen, fordi der ikke i Europa er nogen fælles opfattelse af religionens plads og betydning i det offentlige rum, jf. *Leyla Sahin* (2005, para. 109).

> »This will notably be the case when it comes to regulating the wearing of religious symbols in educational institutions (...). It is not possible to discern throughout Europe a uniform conception of the significance of religion in society and the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context. Rules in this sphere will consequently vary from one country to another according to national traditions and the requirements imposed by the need to protect the rights and freedoms of others and to maintain public order. Accordingly, the choice of the extent and form such regulations should take must inevitably be left up to a point to the State concerned, as it will depend on the domestic context concerned.«

Kampen mod offentlige religiøse manifestationer er særligt påtrængende i Tyrkiet, som med militæret i ryggen fastholdes som en sekulær stat, selv om det store flertal af befolkningen er muslimer. Set fra statsmagten er der således en reel risiko for, at en utæmmet religionsudøvelse i det

offentlige rum kan undergrave den sekulære, demokratiske stat til fordel for en fundamentalistisk muslimsk stat baseret på religiøse love. På baggrund af Tyrkiets særlige forhold fandt EMDs flertal (16/1) i *Leyla Sahin* (2005) det berettiget, at Istanbul Universitet, for at beskytte det sekulære princip og dermed Tyrkiets demokratiske system (para. 114-116), havde indført et forbud mod at bruge religiøse symboler på universitetets område; derfor fandtes bortvisningen af en kvindelig medicinstuderende, som nægtede at tage sit muslimske hovedtørklæde af, ikke at udgøre en krænkelse af Artikel 9. Dommens rækkevidde er uklar, idet EMD som nævnt lagde stor vægt på de særlige forhold i Tyrkiet.

Et mindre dramatisk eksempel på en regulering af religionsudøvelsen i uddannelsesinstitutioner findes i UfR 2001.83 H. Ledelsen på et AMU-center havde forbudt religiøs bøn på fællesarealer. Forbudet var begrundet i, at flere ikke-muslimer på centret følte sig generet af de muslimske deltageres bønner i frokostpausen på fællesarealet foran kantinen. Ledelsen havde henvist muslimerne til at bede i andre rum som garderoberum, klasseværelser og værkstedslokaler m.v., hvor de ikke ville være til gene for andre. En muslim overtrådte imidlertid forbudet, hvorefter han blev bortvist. Højesteret fandt bortvisningen berettiget. Den bortviste var ikke blevet afskåret fra at udøve sin religion; der var alene fastsat retningslinjer herfor med det formål at hindre konflikter mellem forskellige grupper og dermed sikre den nødvendige ro og orden på centret.

5.2 Begrænsninger, som er en (utilsigtet) følge af generel og neutral regulering

Det er et kontroversielt spørgsmål, om friheden til religionsudøvelse overhovedet bør være beskyttet mod en helt generel og religiøst neutral regulering/foranstaltning, som kun utilsigtet indebærer en begrænsning af (en bestemt gruppes) religionsudøvelse. Imod taler, at dette vil indebære et utal af konflikter mellem religiøse mindretals religionsfrihed og den generelle lovgivning. For taler, at det for det berørte individ/trossamfund ikke gør nogen forskel, om en begrænsning i vedkommendes religionsudøvelse er baseret på lovgivning, som kun retter sig mod (en bestemt) religionsudøvelse, eller på generel lovgivning.

Efter EMRK-organernes praksis foreligger der et indgreb i Artikel 9's forstand, selv om en begrænsning i et individs/trossamfunds religions-

udøvelse alene er en (utilsigtet) følge af generel og religiøst neutral lovgivning. Praksis illustrerer dog også, at sådanne begrænsninger i langt de fleste tilfælde vil blive anset for retfærdiggjort efter Artikel 9(2):

Religiøs beklædning og færdselslovgivning
Sikhers religion påbyder dem at bære turban i det offentlige rum. Dette kolliderer med færdselslovgivningens krav om at bære styrthjelm ved kørsel med motorcykel, et krav som varetager både sikkerhedsmæssige og dermed også sundhedsøkonomiske hensyn. I *X v. United Kingdom* (1978) klagede en Sikh over, at lovgivningens pligt for motorcyklister til at bære styrthjelm var uforeneligt med hans religiøse pligt til at bære turban offentligt; EMRK-kommissionen fandt, at der forelå et indgreb i Artikel 9, som dog var retfærdiggjort efter stk. 2 under hensyn til at beskytte den offentlige sundhed og orden, jf. også EMD obiter dictum i *Refah Partisi* (2003, para. 92). I Danmark er sikher undtaget fra kravet i Færdselslovens § 81, hvorefter førere af motorcykel eller knallert skal bære styrthjelm, se cirkulæreskrivelse nr. 17133 af 21. april 1997.

Religionsudøvelse og planlovgivning
Religionsudøvelse og de fysiske forudsætninger herfor kan komme i konflikt med offentlig planlovgivning, som i almenhedens interesse begrænser ejendomsejeres frihed til at bygge og anvende ejendommen efter forgodtbefindende. I *Iskcon* (1994) klagede Krishna trossamfundet over, at myndighederne med henvisning til planlovgivningen havde afvist trossamfundets ønske om at anvende sin egen ejendom til offentlige religiøse handlinger med op mod 1000 deltagere; EMRK-kommissionen lagde til grund, at der forelå et indgreb i religionsudøvelsen, som dog var retfærdiggjort efter stk. 2 ud fra legitime planhensyn, også fordi hensynet til religionsfriheden var blevet inddraget i beslutningsprocessen; EMRK-kommissionen understregede, at indgrebet alene var begrundet i almene hensyn, ikke i en modvilje mod den pågældende religiøse aktivitet (enstemmig). I *Johannische Kirche and Horst Peters* (2001) havde en kristen frikirke af planmæssige grunde fået afslag på tilladelse til at etablere gravsted på egen grund, da området var udlagt til naturpark. EMD fandt, at der forelå et indgreb i religionsudøvelsen, som imidlertid var retfærdiggjort efter stk. 2 ud fra legitime plan- og miljømæssige hensyn; EMD understregede, at indgrebet ikke var rettet mod klageren

som religiøst samfund, men konsekvent og uden at diskriminere håndhævede et generelt byggeforbud (enstemmig).

Rituel slagtning og dyreværnslovgivning

For ortodokse jøder og visse muslimske grupper hører det til en vigtig del af den religiøse praksis kun at spise kød, som er slagtet i overensstemmelse med religiøse forskrifter (Kosher, Halal). Kendetegnende for disse slagteformer er, at dyret ikke bedøves før aflivningen og, at denne kan have en vis varighed. Rituel slagtning kolliderer således med et samfundsmæssigt, etisk hensyn til dyrs velfærd. I *Cha'are Shalom Ve Tsedek* (2000) var rituel slagtning undtaget fra lovens generelle forbud mod at slagte ubedøvede dyr; rituel slagtning krævede dog tilladelse, og kun én jødisk organisation havde fået en sådan, mens klager havde fået afslag. EMD fandt rituel slagtning omfattet af Artikel 9 (para. 74). Flertallet (12/7) fandt dog ikke, at afslaget på klagers ansøgning om tilladelse til rituel slagtning udgjorde et indgreb i religionsudøvelsen, idet klager ikke var afskåret fra at få rituelt slagtet kød, men kunne købe det via den autoriserede organisation eller importere det fra udlandet (para. 80ff). Principielt interessant er flertallets antydning af, at selv et undtagelsesfrit forbud mod slagtning af ubedøvede dyr – og dermed også mod rituel slagtning – ville kunne forenes med Artikel 9: flertallet anførte, at legitime hygiejnehensyn kan begrunde et offentligt tilladelses- og kontrolsystem, »såfremt der overhovedet skal være adgang til rituel slagtning« (»if there is to be ritual slaughter«) (para. 77). I Danmark har et totalt forbud mod rituel slagtning været overvejet. Man kan diskutere, om et sådant forbud ville være foreneligt med Artikel 9; det ville indebære et alvorligt indgreb i visse gruppers religionsudøvelse, og spørgsmålet er, om dette står i et rimeligt forhold til en ikke nærmere dokumenteret og under alle omstændigheder begrænset gevinst for dyrevelfærden. Bekymringen for dyrets lidelser ved aflivningen er legitimt, men rummer også en vis dobbeltmoral, når man tænker på de forhold, vi byder produktionsdyr, mens de endnu lever.

I USA, hvor forfatningens 1. amendment beskytter imod lovgivning, der begrænser »the free exercise of religion«, er retstilstanden i dag en anden end efter EMRK. Højesterets flertal er – efter i perioden 1963-1990 at have anlagt samme fortolkning som EMRK-organerne – vendt tilbage til sit oprindelige udgangspunkt, hvorefter retten til fri religionsudøvelse slet ikke beskytter mod generel og religiøst neutral lovgivning og således under ingen omstændigheder

giver religiøse minoriteter krav på at blive undtaget fra en sådan lovgivnings krav. I den skelsættende *Employment Division v. Smith* (1990) fandt Højesterets flertal (6/3) ikke, at et indiansk samfund, som i århundreder havde anvendt hallucinogenet Peyote i religiøse ceremonier, kunne kræve sig undtaget fra Oregons forbud mod besiddelse af euforiserende stoffer. Flertallet anført af Justice Scalia (5/4) begrundede resultatet med det principielle standpunkt, at religionsfriheden slet ikke beskytter mod en sådan lovgivning (s. 885): »To make an individual's obligation to obey such a [general and neutral] law contingent upon the law's coincidence with his religious beliefs, except where the state interest is 'compelling' (...) contradicts both constitutional tradition and common sense«. Justice Scalia uddybede sin begrundelse med at henvise til de uacceptable konsekvenser af en bredere fortolkning (s. 888f): »Precisely because 'we are a cosmopolitan nation made up of almost every conceivable religious preference' (...), and precisely because we value and protect that religious divergence, we cannot afford the luxury of deeming presumptively invalid, as applied to the religious objector, every regulation of conduct that does not protect an interest of the highest order. [Such a rule] would open the prospect of constitutionally required religious exemptions from civic obligations of almost every conceivable kind – ranging from compulsory military service ... to the payment of taxes ... to health and safety regulation such as manslaughter and child neglect laws, ... compulsory vaccination laws, ... drug laws ... and traffic laws ... to social welfare legislation such as minimum wage laws ... child labour laws ... animal cruelty laws ... environmental protection laws ..., and laws providing for equality of opportunity for the races. The First Amendment protection of religious liberty does not require this«. Princippet fra *Smith* er siden blevet bekræftet af Højesterets flertal (7-2) i *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeh* (1993) og et flertal (6/3) i *Boerne v. Flores* (1997).

Hensynet til religionsfriheden kan således efter EMRK-praksis som klar hovedregel ikke begrunde, at visse religiøse grupper undtages fra krav, som følger af en generel og sagligt begrundet regulering/foranstaltning. I særlige tilfælde vil en generel regulering dog kunne ramme en religiøs minoritets religionsudøvelse så uforholdsmæssigt hårdt, at staten muligt kan være forpligtet til at undtage denne gruppe fra lovgivningens generelle krav, ligesom der i sådanne tilfælde kan foreligge indirekte religionsdiskrimination i strid med Artikel 14.

I USA anlagde Højesterets flertal, som allerede nævnt, i perioden 1963-1990 samme fortolkning som EMRK-organerne. Det skete dog kun i yderst få tilfælde, at retten undtog en religiøs minoritet fra lovgivningens almindelige krav. I *Sherbert v. Verner* (1963) fandt Højesterets flertal (3-2) ikke, at South Carolina, med henvisning til, at den almindelige arbejdsuge var fra mandag til

lørdag, kunne nægte at udbetale arbejdsløshedsunderstøttelse til en adventist, som af religiøse grunde nægtede at arbejde om lørdagen. I *Wisconsin v. Yoder* (1972) fandt Højesterets flertal (6-1), at børn fra den ultra-ortodokse kristne Amish-sekt havde ret til at blive fritaget fra kravet i Wisconsins lovgivning om obligatorisk offentlig skolegang indtil udgangen af det år, barnet fyldte 16; kravet fandtes uforeneligt med Amish-sektens religiøst begrundede livsstil, baseret på et simpelt liv som landbrugere afsondret fra det moderne samfund, idet sekten risikerede at uddø, hvis børnene skulle fortsætte i offentlig skole i pubertetsårene; sekten forestod selv en løbende praktisk uddannelse af børn og unge, som ifølge Højesteret ikke var uforenelig med offentlige målsætninger og værdier.

5.3 Begrænsninger i ansættelsesforhold

Individets ansættelsesmæssige forhold kan indebære visse begrænsninger i friheden til religionsudøvelse. Dette vil som udgangspunkt være foreneligt med Artikel 9; den ansatte må opsige sin stilling, hvis han/hun finder begrænsningerne uforenelige med sin religion.

Den, som har valgt en stilling som præst i Folkekirken, har ikke frihed til offentligt at manifestere et andet religiøst tilhørsforhold eller en ateistisk filosofi. Præster i den danske folkekirke skal være medlem af Folkekirken og skal desuden aflægge Folkekirkens præsteløfte, jf. Lov om ansættelse i stillinger i Folkekirken m.v., § 1, stk. 2, og § 5.

Også et ikke-religiøst ansættelsesforhold kan begrænse friheden til religionsudøvelse. En arbejdsgiver kan (selvsagt) kræve, at en ansat overholder arbejdstiderne, selv om dette kolliderer med vedkommendes deltagelse i religiøse bønner, jf. *Refah Partisi* (2003, para. 92). Mere kontroversielt er begrænsninger, som specifikt er rettet mod religionsudøvelse. EMD har imidlertid bl.a. fastslået, at en skolelærer må holde lav profil med sin religiøse overbevisning i undervisningen under hensyn til at beskytte børn mod indoktrinering, jf. *Dahlab* (2001 – omtalt nedenfor i afsnit 6), og at ansatte i militæret må acceptere hensynet til militær disciplin som en begrænsning i friheden til religionsudøvelse, jf. *Kalac* (1997). En arbejdsgiver vil e.o. også kunne stille krav om en bestemt beklædning, som begrænser friheden til religionsudøvelse. Hvis sådanne krav i særlig grad rammer bestemte gruppers religionsudøvelse, vil der dog e.o. kunne foreligge diskrimination i strid med Artikel 14, jf. de danske »tørklæde-sager«, UfR 2000.2350 Ø og 2005.1265 H (se nærmere afsnit 7).

6. Skolen skal respektere forældrenes religiøse overbevisning

Ifølge TP 1, Artikel 2, skal det offentlige uddannelsessystem respektere forældres ret til at sikre sig, at deres børn undervises i overensstemmelse med forældrenes egen religiøse eller filosofiske overbevisning. Bestemmelsen hænger nøje sammen med beskyttelsen af den indre religiøse overbevisning efter Artikel 9(1), 1. led. Man kan sige, at børns religionsfrihed m.v. – i hvert fald i skolesystemet – er synonym med forældrenes. Dog er der en grænse for, hvilke religiøse og filosofiske anskuelser hos forældre, staten skal respektere; ifølge EMD beskytter TP 1, Artikel 2, (kun) anskuelser, som er værdige til respekt i et demokratisk samfund og ikke strider mod menneskets værdighed eller barnets basale ret til uddannelse, jf. *Campbell and Cosans* (1982, para. 36f).

Essensen i TP 1, Artikel 2, er et forbud mod indoktrinering i det offentlige skolesystem; undervisningen skal være neutral og objektiv for at sikre den pluralisme, som er afgørende i et demokratisk samfund, jf. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* (1976, para. 50-53).

Skolebørn må ikke blive udsat for påvirkning med religiøse symboler. I *Dahlab* (2001) godkendte EMDs flertal, at en muslimsk lærerinde ved en offentlig schweizisk skole var blevet afskediget, fordi hun insisterede på at bære muslimsk tørklæde; kvinden underviste børn i alderen 4-8 år, og EMD ville ikke udelukke, at tørklædet kunne have en missionerende effekt på børnene i strid med normerne for undervisning i et demokratisk samfund. Afgørelsen kan kritiseres for at godkende et uproportionalt indgreb i lærerindens religionsudøvelse; det er vanskeligt at forstå, hvordan et tørklæde i sig selv skulle være forbundet med en så stærk symbolværdi, at det kan føre til indoktrinering; noget andet var, hvis lærerinden havde misbrugt sin stilling til at forkynde islam over for eleverne. En lignende problematik blev forelagt den tyske Forfatningsdomstol i den såkaldte »*Krucifiks-sag*« (1995); forældre klagede over en krænkelse af deres børns religionsfrihed, fordi der i Bayern hang krucifikser i klasselokalerne; Forfatningsdomstolen gav dem medhold med henvisning til, at børn er særligt udsat for påvirkning med sådanne symboler.

Der må heller ikke ske religiøs indoktrinering i skolen ved, at der alene undervises i én bestemt religion eller filosofi. Det udelukker dog

ikke, at der i undervisningen inddrages generelle moralske og filosofiske emner, hvilket i høj grad er i samfundets interesse, jf. også *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* (1976, para. 53). Balancen mellem religiøs neutralitet og moralsk opdragelse er vanskelig, også fordi forældre i dag kan være blevet mere kritisk indstillet over for den påvirkning, deres børn udsættes for i skolen, mens de samtidig i stigende grad har en forventning om, at skolen også skal opdrage deres børn. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen* (1976) angik en klage over, at den obligatoriske seksualundervisning af børn i den danske folkeskole var i strid med forældrenes overbevisning som kristne og derfor krænkede TP 1, Artikel 2. EMD fandt, at seksualundervisning varetager en legitim samfundsinteresse. EMDs flertal (6/1) fandt endvidere, at hensigten med den danske seksualundervisning alene var at give børn bedst mulig information, så de kan passe på sig selv og andre, men derimod ikke at indoktrinere børn til en særlig seksuel adfærd. Flertallet fandt derfor ikke, at seksualundervisningen på nogen måde krænkede forældrenes religiøse overbevisning, endsige hindrede dem i at vejlede deres børn ud fra deres egen overbevisning. I *Valsamis* (1996) og *Efstratiou* (1996) klagede forældre over, at deres børn – på den græske nationaldag til minde om indledningen af krigen mellem Grækenland og Italien i 1940 – var blevet pålagt at deltage i en skoleparade, som ifølge forældrene havde militaristiske overtoner, der var uforenelige med forældrenes pacifistiske grundholdning som Jehovas Vidner. EMDs flertal (5/2) fandt imidlertid ikke, at paraden havde militære overtoner og afviste derfor, at deltagelse heri kunne støde an mod forældrenes overbevisning (se dommenes para. 37 hhv. para. 32).

De nævnte domme om obligatorisk seksualundervisning og deltagelse i skoleparader afspejler den vel fornuftige opfattelse, at hvis det skal være muligt at drive en enhedsskole, kan man ikke tage hensyn til alle religiøse og moralske særinteresser hos børnenes forældre. Grænsen går ved religiøs indoktrinering af børnene eller pligtmæssig undervisning i en religion, som ikke er forældrenes egen.

I den danske folkeskole er der ikke religionslighed. Religionsfaget hedder »kristendomskundskab«, og i overensstemmelse med navnet står Folkekirkens evangelisk-lutherske kristendom centralt, mens der alene på de ældste klassetrin tillige skal undervises i andre religioner og livsanskuelser, jf. Folkeskolelovens § 6, stk. 1. Centralt fra et menneskeretligt synspunkt er imidlertid, at faget ikke er obligatorisk. Forældre

kan kræve deres barn fritaget for kristendomskundskab og selv sørge for barnets religionsundervisning, jf. Folkeskolelovens § 6, stk. 2. Mens obligatorisk kristendomskundskab ville komme i konflikt med TP 1, Artikel 2, ville der derimod næppe være noget til hinder for et obligatorisk fag om samfundsetik, skønt vore samfundsnormer selvsagt er præget af kristen kultur.

7. Forbud imod diskrimination på grund af religion

Mens Artikel 9 alene beskytter mod indgreb i den fri religionsudøvelse, beskytter diskriminationsforbudet i Artikel 14 imod enhver foranstaltning inden for EMRKs område, hvorved personer eller trossamfund uden saglig og rimelig begrundelse forskelsbehandles på grund af deres religion. Diskriminationsforbudet i Artikel 14 omtales selvstændigt nedenfor (Kapitel 15). I mange religionssager foreligger der imidlertid både en begrænsning i religionsudøvelsen og en indirekte forskelsbehandling på grund af religion. Da det i sådanne tilfælde kan være en smagssag, om forholdet skal vurderes efter Artikel 9 eller 14 – eller begge to – omtales diskrimination på grund af religion særskilt i nærværende kapitel.

7.1 Artikel 14's forbud mod bl.a. religionsdiskrimination

Artikel 14 gælder kun inden for EMRKs område (TP 12 fra 2000 fastslår nu et selvstændigt diskriminationsforbud, som også gælder uden for EMRKs område; TP 12 trådte i kraft i 2005, men er hidtil kun ratificeret af 13 lande. Danmark har end ikke underskrevet den). Religionsdiskrimination kan ikke kun foreligge, hvor visse personer/grupper på grund af deres religion stilles ringere end andre i en sammenlignelig situation (direkte forskelsbehandling), men også hvor en generel og i sin form neutral foranstaltning alene eller dog i særlig grad rammer tilhængere af en bestemt religion (indirekte forskelsbehandling). Artikel 14 forbyder enhver sådan religiøs forskelsbehandling, med mindre denne har en objektiv og rimelig begrundelse. Staten skal ikke blot selv afholde sig fra religionsdiskrimination, men har også en vis positiv forpligtelse til at beskytte individet imod religionsdiskrimination fra private.

Da diskrimination kun foreligger i tilfælde af usaglig eller urimelig

forskelsbehandling, skal der også ved spørgsmålet, om Artikel 14 er krænket, ofte foretages en afvejning af hensynet til ligelig behandling af forskellige religioner over for modstående almene hensyn eller hensynet til andres rettigheder. I det følgende fremdrages nogle eksempler herpå.

7.2 Religionsdiskrimination i forældremyndigheds- og adoptionssager

Spørgsmålet om religiøs diskrimination i forældremyndigheds- og adoptionssager er særdeles følsomt og komplekst: Staten må ikke stille sig til dommer over en bestemt religion, men skal samtidig, og frem for alt, varetage hensynet til barnets trivsel og velfærd.

I *Hoffmann* (1993) statuerede EMDs flertal (5/4) krænkelse af Artikel 14 i en forældremyndighedssag; faren fik efter skilsmisse tilkendt forældremyndigheden, selv om børnene var tættest knyttet til moren, bl.a. med den begrundelse, at moren ville opdrage børnene som Jehovas Vidner med skadelige følgevirkninger for børnene (manglende umiddelbar adgang til blodtransfusion og social marginalisering som følge af de stramme leveregler hos Jehovas Vidner); der var dog specielle omstændigheder i sagen, og resultatet var – som voteringen antyder – ikke oplagt; imidlertid var alle EMDs dommere øjensynligt enige om det principielle, at en forælders religiøse overbevisning ikke i sig selv må tillægges negativ betydning, hvorimod det er legitimt at tage hensyn til negative konsekvenser for barnet af forælderens religiøst bestemte livsførelse (jf. flertallet i dommens para. 33 og 36). I *Palau-Martinez* (2003) statuerede EMDs flertal (6/1) ligeledes krænkelse af Artikel 14; den nationale domstol havde givet faren forældremyndighed over de fælles børn med henvisning til, at moren indrømmede at være Jehovas vidne og tilkendegav at ville opdrage børnene i overensstemmelse med denne tro, samt at Jehovas Vidners leveregler generelt måtte anses for skadelige for børn; EMDs flertal fandt, at den nationale domstol burde have foretaget en konkret vurdering af morens opdragelse og behandling af børnene (para. 42).

UfR 2001.2518 H har mange ligheder med ovennævnte EMD-sager: Forældre blev skilt, moren var medlem af Jehovas Vidner, faren var ikke og ønskede heller ikke, at barnet skulle oplæres i denne tro. Byretten tildelte moren forældremyndigheden, landsretten gav faren den, mens endelig Højesteret gav den (tilbage) til moren. Alle retsinstanser fandt begge forældre velegnede til at varetage forældremyndigheden. Høje-

steret var delt i et flertal (3) og et mindretal (2) ud fra en konkret vurdering af, hvad der ville være bedst for barnet. Også i Højesteret var der dog enighed om det principielle udgangspunkt, at der, med flertallets formulering, »ikke skal lægges vægt på, at en af forældrene er medlem af Jehovas Vidner og på de trossætninger og holdninger, Jehovas Vidner i almindelighed prædiker og står for, men på, hvordan den pågældende af forældrene i forhold til barnet praktiserer disse trossætninger og holdninger«; mindretallet fandt desuden, at der »må udvises varsomhed og rummelighed ved vurderingen af, hvad der kan anses som skadevirkninger for et barn som følge af påvirkning fra en bestemt trosretning«.

I FOB 1988.121 havde et par, som var Jehovas Vidner, fået afslag på adoption; det principielle i sagen var, at Adoptionsnævnet havde besluttet i almindelighed at give Jehovas Vidner afslag på adoption under hensyn til ulemperne for barnets sociale liv af denne religiøse livsform, samt ikke mindst sektens afvisende holdning til blodtransfusion; Ombudsmanden henviste til synspunkterne bag Grl §§ 67 og 70 og anbefalede på den baggrund en praksisændring hen i mod en mere individuel bedømmelse. Hermed må menes, at myndighederne skal tage hensyn til, om de pågældende medlemmer af Jehovas Vidner agter i forhold til barnet at praktisere denne sekts religiøse regler strengt eller noget mere fleksibelt. Standpunktet harmonerer således med føromtalte UfR 2001.2518 H.

Sagerne viser, at det er legitimt at tage hensyn til, om en religiøst bestemt livsførelse har negative konsekvenser for barnets sundhed og trivsel. Det svære er at afgøre, om konsekvenserne for barnet er så alvorlige, at dette kan tillægges afgørende vægt uanset, at livsførelsen er bestemt af forælderens religiøse overbevisning. Her må udvises en vis tolerance over for religiøst betingede holdningsforskelle. I forhold til Jehovas Vidner er det utvivlsomt relevant, hvis en forælder nægter sit barn adgang til blodtransfusion, selvom dette i Danmark ikke afskærer blodtransfusion i livs- og helbredstruende tilfælde; vanskeligere er det at vurdere, i hvilket omfang det er relevant, hvis en forælder nægter sit barn at deltage i fødselsdage, fester, dans m.v. og tvinger det til at forkynde sektens tro. Der må inden for visse rammer være plads til forskellige vurderinger af, hvad der er et »normalt liv« for et barn, men der er næppe tvivl om, at en streng håndhævelse af Jehovas Vidner leveregler i praksis vil blive tillagt betydelig negativ vægt – og vel med rette.

7.3 Religionsdiskrimination på arbejdsmarkedet

Religionsdiskrimination på arbejdsmarkedet er utvivlsomt et stort problem, som for så vidt angår det private arbejdsmarked aktualiserer statens positive beskyttelsesforpligtelse i medfør af Artikel 14. I Danmark er såvel direkte som indirekte diskrimination på grund af »religion« forbudt, både på det offentlige og private arbejdsmarked, jf. Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. § 1.

I sager om direkte diskrimination på grund af religion er det afgørende, om det kan bevises, at religion rent faktisk var årsagen til fyring el.lign. UfR 2001.207 V vedrørte opsigelse af et medlem af Jehovas Vidner fra en stilling som skoleleder under henvisning til manglende tillid til hans leder- og samarbejdsevner; af et referat fra et møde i skolens bestyrelse fremgik imidlertid, at bestyrelsen mente, at mandens »tilkendegivelser vedrørende private forhold« havde negative konsekvenser for skolens trivsel; herefter fandt retten det bevist, at mandens religion var den virkelige baggrund for opsigelsen. Skoleledeleren fik derfor tilkendt en godtgørelse.

Sager om indirekte diskrimination er ofte juridisk vanskeligere, fordi der her ikke er tale om forskelsbehandling begrundet i religion, men om generel og tilsyneladende religiøst neutral regulering m.v., som dog i praksis alene eller i særligt grad rammer tilhængere af en bestemt religion. Her må hensynet til den fri religionsudøvelse og ligestilling af religioner afvejes over for de hensyn, der begrunder den pågældende regulering. Selv om nogle ansattes religionsudøvelse herved begrænses, er det således ikke diskriminerende at stille sådanne krav til den ansattes påklædning, som jobbet kræver f.eks. af hygiejniske (fødevareindustri), sikkerhedsmæssige (brandfolk) eller ordensmæssige grunde (politi/militær); i forarbejderne til den danske lov om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet antages, at også hensynet til en virksomheds præsentation udadtil sagligt kan begrunde bestemte beklædningskrav. Kravene skal dog være utvetydigt og generelt formuleret, idet der ellers foreligger diskrimination, hvilket illustreres af de to danske »tørklædesager« UfR 2000.2350 Ø og 2005.1265 H. I UfR 2000.2350 Ø blev en muslimsk pige bortvist fra sin stilling som erhvervspraktikant hos Magasin, fordi hun nægtede at tage sit hovedtørklæde af. Ifølge Magasins beklædningsforskrifter skulle alle ansatte fremtræde »velsoignerede og præsentable« og med en diskret profil over for kunderne, og ifølge Magasin var et

muslimsk tørklæde uforeneligt hermed; retten fandt imidlertid, at der forelå indirekte diskrimination på grund af religion, fordi forbudet imod hovedbeklædning særligt ramte muslimer; og da der ikke forelå sådanne særlige forhold, at bortvisning kunne anses som sagligt velbegrundet; retten lagde herved vægt på, at Magasins beklædningsreglement havde »en vis rummelig karakter«; det indeholdt med andre ord ikke et udtrykkeligt og generelt forbud mod hovedbeklædning. I UfR 2005.1265 H fandt Højesteret derimod ingen diskrimination på grund af religion, selv om også denne sag vedrørte bortvisning fra en privat arbejdsplads – Føtex – på grund af den ansattes (muslimske) hovedtørklæde; Højesteret fandt, at forbudet i særlig grad ramte muslimske kvinder og således indirekte indebar en forskelsbehandling på grund af religion; afgørende var herefter, om forbudet var sagligt begrundet; her lagde Højesteret med henvisning til de danske lovforarbejder afgørende vægt på, at Føtex's beklædningsregler utvetydigt og generelt forbød hovedbeklædning for ansatte med direkte kundekontakt, begrundet i et ønske om en politisk og religiøst neutral fremtoning og, at forbudet var blevet håndhævet konsekvent; på den baggrund fandtes håndhævelsen af forbudet hverken at være i strid med loven om forskelsbehandling på arbejdsmarkedet eller med EMRK Artikel 9 (Artikel 14 omtales ikke). Føtex-dommen har givet anledning til debat. Man kan hævde, at staten bør være forpligtet til i medfør af Artikel 9 og Artikel 14 at fremme en mere tolerant indstilling til religionsudøvelse på det private arbejdsmarked, end dansk lovgivning og Føtex-dommen er udtryk for. I lyset af EMDs generelle tilbageholdenhed på dette område er det dog næppe sandsynligt, at EMD ville underkende resultatet i Føtex-dommen.

8. Religionsfriheden og den danske statskirkeordning

I Danmark såvel som i flere andre europæiske lande er der lang tradition for et tilhørsforhold mellem en bestemt religion og statsmagten. I Danmark har vi en statskirke; det er den evangelisk-lutherske kirke – Folkekirken – som både moralsk og økonomisk understøttes af staten, jf. Grl § 4. En lignende statskirkeordning findes i bl.a. Norge, Finland (to statskirker), Irland, Det Forenede Kongerige og Grækenland.

8.1 Statskirker og EMRK

Man kan på den ene side hævde, at princippet om religionsfrihed i sin yderste konsekvens måtte betyde en total adskillelse af statsmagt og religion således, at staten ikke knytter sig til én bestemt religion frem for andre, men forholder sig neutralt og lader religion være et rent privat anliggende. Dette har altid været tilfældet i USA, hvor forfatningen endog udtrykkeligt forbyder ethvert statsligt bånd til en bestemt religion. På den anden side kan man også hævde, at religionsfrihed ikke nødvendigvis er ensbetydende med religionslighed og, at befolkningsflertallet i en stat derfor ikke bør være afskåret fra at etablere en statskirke, når blot friheden for religiøse mindretal samtidig respekteres.

En statskirkeordning er hidtil ikke i sig selv blevet anset for uforenelig med hverken Artikel 9 eller 14, bl.a. fordi eksistensen af statskirker blev forudsat ved EMRKs vedtagelse. EMRK-kommissionen udtalte i *Darby* (1989, para. 45):

> »A State Church system cannot in itself be considered to violate Article 9 of the Convention. In fact, such a system exists in several Contracting States and existed there already when the Convention was drafted and when they became parties to it. However, a State Church system must, in order to satisfy the requirements of Article 9, include specific safeguards for the individual's freedom of religion. In particular, no one may be forced to enter, or be prohibited from leaving, a State Church.«

Også EMD har implicit anerkendt eksistensen af statskirker, jf. bl.a. *Holy Monasteries* (1994). I denne sag synes EMD endog at lægge til grund, at statskirkens tilhørsforhold til staten udgør en saglig begrundelse for forskelsbehandling af statskirken i forhold til andre trossamfund – de er simpelthen ikke i en sammenlignelig situation – hvorfor en krænkelse af Artikel 14 allerede derfor ikke kan foreligge. Sagen angik græske klostre med tilhørsforhold til den ortodokse græske statskirke, som bl.a. klagede over, at statens delvise inddragelse af klostrenes jordbesiddelser alene ramte klostre tilhørende statskirken, hvorfor de mente, at der forelå en krænkelse af Artikel 14. Hertil bemærkede EMD (para. 92):

> »Given the close links between the Greek Church and the applicant monasteries, the distinction made between the latter and the monasteries [uden tilhørsforhold til statskirken] does not lack an objective and reasonable justification. Consequently, there is no breach of Article 14 ...«.

EMDs principielle accept af statskirker kan ændre sig med tiden, efterhånden som flere stater kapper båndene mellem kirke og stat. Accepten af statskirker bevirker desuden ikke, at religionsfriheden efter Artikel 9 dermed er sat ud af kraft, jf. EMRK-kommissionens ovenfor citerede udtalelse i *Darby* (1989, para. 45) og EMD i *Holy Monasteries* (1994, para. 86ff), mens relevansen af diskriminationsforbudet i Artikel 14 derimod er mere tvivlsomt i lyset af EMDs føromtalte udtalelse i *Holy Monasteries* (1994, para. 92).

8.2 Folkekirken

Den danske Folkekirke har i flere henseender en særstilling i forhold til andre trossamfund. Spørgsmålet er, om denne særstilling støder an mod religionsfriheden i Artikel 9 (og evt. diskriminationsforbudet i Artikel 14). Centralt er i den forbindelse statens økonomiske støtte til Folkekirken og Folkekirkens særlige forvaltningsopgaver.

Folkekirken modtager støtte via kirkeskatten (frivillig)

Det ville være uforeneligt med Artikel 9, hvis man indførte en obligatorisk skat øremærket til en bestemt religion, mens Artikel 9 ikke forbyder en kirkeskat, som man kan fritages for ved at forlade kirken, jf. EMRK-kommissionen i *E and G.R. v. Austria* (1984). Hovedparten af Folkekirkens indtægter kommer fra kirkeskatten. Kirkeskat betales dog kun af medlemmer af Folkekirken, og medlemskab er frivilligt, jf. også Grl § 68, hvorefter ingen kan tilpligtes at betale til en anden religion end sin egen. Således er kirkeskatten ikke i strid med Artikel 9 (eller Artikel 14).

Folkekirken modtager støtte via de generelle skatter (obligatorisk)

Derimod kan ingen person bosiddende i Danmark undslå sig fra at betale generelle skatter (indkomstskat, moms m.v.); og en del af skatteindtægterne går til at støtte Folkekirken.

Det udgør dog ikke et indgreb i religionsfriheden efter Artikel 9, at man således tvinges til indirekte at understøtte en bestemt religion; for i modsætning til kirkeskatten er der her ingen direkte forbindelse mellem den individuelle skattebetaling og statens bidrag til religiøs aktivitet, jf. EMRK-kommissionen i *C v. United Kingdom* (1983). Snarere kunne man overveje, om der foreligger diskrimination i strid med Artikel 14, eftersom andre trossamfund ikke understøttes direkte af staten. Der er

utvivlsomt tale om en forskelsbehandling, når alene Folkekirken modtager et direkte statsbidrag; men EMD vil næppe anse den for usaglig i lyset af føromtalte udtalelse i *Holy Monasteries* (1994, para. 92). I øvrigt viser undersøgelser af forholdet mellem statsbidragets størrelse og værdien af de opgaver, Folkekirken varetager for staten (se nedenfor), at Folkekirken i realiteten støtter staten, ikke omvendt. Hertil kommer, at andre anerkendte trossamfund end Folkekirken kan modtage private bidrag, som er fradragsberettigede for giveren, hvorved staten indirekte støtter også disse trossamfund økonomisk. På denne baggrund er der aktuelt intet faktisk grundlag for at hævde, at andre trossamfund diskrimineres økonomisk. Vestre Landsret fastslog i en dom af 8. februar 2006, at der hverken i international eller dansk retspraksis er grundlag for at antage, at det pligtmæssige indirekte bidrag til Folkekirken over den almindelige skat krænker religionsfriheden eller forbudet mod diskrimination på grund af religion.

Folkekirkens varetagelse af visse forvaltningsopgaver

En følge af Folkekirkens status som statskirke er også, at Folkekirken ikke alene er et trossamfund, men desuden et forvaltningsvæsen på linje med andre dele af den offentlige forvaltning. Visse forvaltningsopgaver er således henlagt til Folkekirken. Fødsler og dødsfald skal registreres hos Folkekirken i bopælssognet, jf. Lov om anmeldelse af fødsler og dødsfald, § 1 (dog har også andre anerkendte trossamfund ret til at foretage registrering). I UfR 1999.1288 Ø og Vestre Landsrets dom af 8. februar 2006 blev denne registreringspligt fundet forenelig med religionsfriheden. Også begravelse administreres af Folkekirken. Som udgangspunkt skal begravelse ske på folkekirkens kirkegårde; man kan dog godt blive begravet på en anden godkendt gravplads end folkekirkens, jf. Lov om begravelse og ligbrænding § 2, men Folkekirken står som klart udgangspunkt altid for begravelsesadministration og -registrering, § 6.

Folkekirkens forvaltningsopgaver bevirker, at alle borgere uanset religiøs overbevisning på et tidspunkt tvinges til at komme i berøring med Folkekirken. Folkekirkens opgaver har dog sammenhæng med statskirkeordningen, som hidtil er blevet anset som forenelig med EMRK. Endvidere kan man spørge, om ikke registreringspligten berører religionsfriheden for perifert til, at man kan tale om et indgreb heri, jf. også Vestre Landsrets dom af 8. februar 2006, hvor det vedrørende pligten til

at anmelde fødsler til Folkekirken anføres, at »registreringen er af ikke-religiøs karakter, og anmelderen kommer ikke ved fødselsregistreringen i berøring med den evangelisk-lutherske tro«.

Hvad med Folkekirkens religionsfrihed?

Nogle mener, at Folkekirkens religionsfrihed er det virkelige problem, navnlig fordi Folkekirken ikke nyder samme beskyttelse mod indgreb i indre anliggender som andre trossamfund. Folketinget og kirkeministeren kan – kun begrænset af Grl § 4, som beskytter selve Folkekirkens lære – træffe beslutning om f.eks. formerne for gudstjeneste, salmebog etc. Dette sker i praksis. Her kunne ligge et problem, eftersom Artikel 9 principielt beskytter Folkekirken på linje med andre trossamfund i Danmark. Det forekommer imidlertid nærliggende, at EMD inden for ret vide rammer vil acceptere en sådan regulering af statskirkens anliggender som en naturlig konsekvens af selve statskirkeordningen.

Litteratur

L. Christoffersen og J. Bæk Simonsen (red.) Visioner for religionsfrihed, demokrati og etnisk ligestilling, Nævnet for Etnisk Ligestilling, 1999

H. Fledelius og B. Juul Freedom of Religion in Denmark, Det Danske Center for Menneskerettigheder, København 1992

H. Gammeltoft-Hansen Grundloven, religionsfriheden og Folkekirken, i Folketingets Præsidium (udg.): Folketingets festskrift i anledning af grundlovens 150-års-jubilæum den 5. juni 1999, Gyldendal, København 1999, side 445-466

B.D. Jacobsen, Mere om Føtex-sagen, UfR 2005 B, side 301ff

K.B. Jensen og P.C. Kierkegaard Den danske folkekirkeordning i lyset af den Europæiske Menneskerettighedskonvention, specialeafhandling ved Kbhs Juridiske Fakultet 2001, forefindes på Juridisk Laboratorium, København

K. Ketscher Etnisk ligebehandling, religionsfrihed og ligestilling mellem mænd og kvinder – set i lyset af Føtex-sagen, UfR 2005 B, side 235ff

H. Koch Stat-Kirke. Forholdet mellem den danske Grundlov, Menneskerettighedskonventionerne og EU-retten, i Landemodet og Århus Stiftsfond (udg.): Århus Stift 2001, side 12-24

A. Lund-Hansen og H. Zahle Rituel slagtning og religionsfrihed, EU-ret og Menneskeret 1998, side 58-68

H.P. Olsen, Religionsfrihed: En forældet og overflødig menneskeret?, Juristen 2005, side 124ff

K. Simonsen og L. Solskov Jensen Diskrimination – en analyse af Danmarks menneskeretlige forpligtelser og forholdet til folkekirkeordningen, Retsvidenskabeligt Tidsskrift 2002, studenterafhandling nr. 4, Juridisk Institut, Aarhus Universitet. Afhandlingen findes på: www.rettid.dk

Kapitel 12

Retten til ytrings- og informationsfrihed

Artikel 10 beskytter en af de vigtigste rettigheder i et demokratisk samfund: Friheden til at ytre sig og til at modtage information og tanker udefra. Sidstnævnte informationsfrihed sikres navnlig gennem massemedierne, som derfor nyder en særlig beskyttelse i rollen som offentlighedens informations- og kontrolorgan. Ytrings- og informationsfriheden kan efter Artikel 10(2) kun begrænses, hvis dette er nødvendigt i et demokratisk samfund for at beskytte almene samfundshensyn eller andres rettigheder. Hvis en ytring/mediereportage angår et emne af offentlig interesse, kræver et indgreb meget tungtvejende grunde, herunder hensynet til at beskytte enkeltpersoners ære og privatliv, etniske og religiøse mindretals integritet, statens sikkerhed eller fortrolige oplysninger. Forudgående indgreb (censur) kræver endnu mere tvingende grunde end efterfølgende sanktioner.

1. Indledning

Ytringsfriheden er almindeligt anerkendt som en af de vigtigste rettigheder i et demokratisk samfund. EMD har således gentagne gange fastslået, jf. allerede *Handyside* (1976, para. 49) og senere bl.a. *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 34), at:

> »freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual's self-fulfilment.«

For det første er ytringsfrihed i sig selv værdifuld for individet. Adgangen til at give sin mening til kende er en af de mest umiddelbare måder, hvorpå man kan udtrykke og udfolde sin personlighed i forhold til det omgivende samfund. Og det er i høj grad i mødet med andres opfattelser og meninger, at personligheden formes.

For det andet gavner ytringsfrihed samfundsudviklingen i almindelighed. I Middelalderen blev mange teorier og tanker undertrykt, fordi

de stred imod den religiøse verdensopfattelse. I et oplyst samfund anses viden derimod som det bedste grundlag for en fornuftig indretning af samfundet. Det gælder ikke blot faktisk viden, men også erkendelse af, hvad der er etisk »rigtigt«. Ytringsfrihed – den stadige konkurrence mellem forskellige teorier og meninger – fremmer vor søgen efter sandhed. Som englænderen John Milton fyndigt udtalte i 1600-tallet: »whoever knew truth put to the worse in a free and open encounter«?

For det tredje er ytringsfrihed en nødvendig forudsætning for demokrati. Et virkeligt demokrati opnås ikke gennem frie valg alene. Den demokratiske proces har kun mening, hvis vælgerne kan træffe deres valg på grundlag af en løbende og fri politisk debat, hvor politiske ideer kan komme til orde og blive imødegået af andre, og hvor politikere og magthavere løbende er undergivet offentlighedens kontrol. Når det gælder ytringsfrihedens demokratiske funktion, har massemedierne en helt afgørende rolle. Medierne er ikke alene bedre udrustet end private individer til at indhente oplysninger og afsløre magtmisbrug, men har også en langt større gennemslagskraft i den offentlige debat, fordi de råder over effektive midler til udbredelse af oplysninger og meninger. I dag har medierne således langt større betydning for opinionsdannelsen og nyhedsspredningen end den private meningstilkendegivelse i form af f.eks. taler i forsamlinger og private publikationer. Kun medierne kan derfor sikre informationsfriheden – den fri strøm af information og holdninger – som er så livsvigtig for samfundsudviklingen i almindelighed og demokratiet i særdeleshed. Af samme grund har reelt kun medierne mulighed for løbende at kontrollere magthaverne og kaldes derfor undertiden for »den fjerde statsmagt«. I rollen som offentligheden informations- og kontrolorgan nyder medierne en særlig beskyttelse efter Artikel 10, jf. bl.a. *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71).

Artikel 10 beskytter både retten til at *fremkomme med* oplysninger og tanker (ytringsfrihed) og retten til at *modtage* oplysninger og tanker, som navnlig sikres gennem medierne (informationsfrihed). Artikel 10 beskytter primært mod statens indgreb i ytrings- og informationsfriheden, men staten har endvidere i visse tilfælde en positiv forpligtelse til at aktivt at beskytte ytrings- og informationsfriheden. Trods sin fundamentale karakter er ytrings- og informationsfriheden ikke ubegrænset. Ytringer og medievirksomhed kan skade samfundet eller krænke individer/mindretal i en sådan grad, at staten må gribe ind. Artikel 10(2) tillader derfor sådanne indgreb, som er nødvendige i et demokratisk

samfund. Ytrings- og informationsfrihedens grænser er til stadighed genstand for heftig debat.

Grl § 77 giver efter sin ordlyd en langt mindre vidtgående beskyttelse end Artikel 10. Efter traditionel opfattelse beskytter Grl § 77 således alene retten til at ytre sig, men ikke informationsfriheden, og rummer alene et forbud mod censur, men ingen beskyttelse imod efterfølgende ansvar. Nyere teori indfortolker imidlertid også en materiel beskyttelse i Grl § 77 (*Germer* 1973 og 2001, side 273ff; *Zahle* 2003, side 89ff).

I det følgende redegøres først generelt for ytrings- og informationsfrihedens indhold (*afsnit 2*) og for generelle kriterier ved vurderingen af begrænsninger i ytrings- og informationsfriheden (*afsnit 3*). Dernæst omtales den udvidede ytringsfrihed for politikere og journalister, samt offentligt ansattes ytringsfrihed (*afsnit 4*). Herefter omtales konkrete temaer vedrørende ytringsfrihedens grænser: ærekrænkelse (*afsnit 5*); tilskyndelse til vold (*afsnit 6*) forhånelse af persongrupper (*afsnit 7*); religionsbespottelse (blasfemi) (*afsnit 8*) og brud på tavshedspligt (*afsnit 9*). Endelig behandles informationsfriheden og dermed mediernes rolle: mediernes uafhængighed og pluralisme (*afsnit 10*); mediernes opsøgende arbejde (*afsnit 11*); mediernes formidlende arbejde (*afsnit 12*); mediernes ret til kildebeskyttelse (*afsnit 13*) og mediernes særlige forpligtelser og ansvar (*afsnit 14*).

2. Ytrings- og informationsfrihedens indhold

Artikel 10 beskytter, foruden meningsfriheden, både retten til at *fremkomme med* oplysninger og tanker (ytringsfrihed) og retten til at *modtage* dem udefra (informationsfrihed) – »freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas«. Individets ret til at modtage information og tanker udefra afhænger navnlig af mediernes mulighed for at indsamle og formidle disse. Derfor nyder medierne en særlig beskyttelse.

2.1 Ytringsfriheden

Artikel 10 beskytter ytringer i enhver form, om ethvert emne og med (næsten) et hvilket som helst indhold.

Artikel 10 beskytter ytringer i enhver form. De traditionelle ytringsformer er tale og skrift. Ytringsfriheden omfatter dog også ikke-sprog-

lige udtryksformer: faste eller levende billeder; kunstværker (jf. om malerier *Müller,* 1988, para. 27); symboler (fredsduen, hagekorset m.v.) og symbolsk påklædning (»fangedragt«, »narrehat« m.v.). Også symbolske handlinger er omfattet, såfremt de formidler et budskab, f.eks. tegn (V-tegnet, »fingeren«) eller afbrænding af bøger eller et flag. Også ytringer med et rent kommercielt formål – herunder reklame – er beskyttet efter Artikel 10, jf. *Markt Intern and Beerman* (1989, para. 26) og *Casado Coca* (1994, para. 35-37). I sidstnævnte dom udtalte EMD principielt (para. 35):

> »Article 10 guarantees freedom of expression to »everyone«. No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not (...). Article 10 does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression, in particular those of a political nature; it also encompasses artistic expression, information of a commercial nature and even light music and commercials transmitted by cable.«

Artikel 10 beskytter endvidere ytringer gennem et hvilket som helst medium: tale, bøger, aviser, radio, tv, spillefilm, internettet, kunst osv.

Artikel 10 omfatter ytringer med (næsten) et hvilket som helst indhold. Artikel 10 omfatter udtrykkeligt både ytringer vedrørende faktiske forhold (information) og ytringer, som rummer en personlig mening (ideas). Frem for alt må der i et demokratisk samfund være et frirum for forskellige måder at ytre sig på. EMD har gentagne gange fastslået, at Artikel 10 som udgangspunkt også beskytter ytringer, som kan virke stødende eller chokerende, jf. bl.a. *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71), og se også Højesteret i UfR 2000.2234 H. EMD formulerede det således i den ledende *Handyside* (1976, para. 49):

> »Freedom of expression (...) is applicable not only to 'information' or 'ideas' that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no 'democratic society'.«

Dog beskytter Artikel 10 efter EMDs praksis ikke ytringer, der tilskynder til vold eller udtrykker ekstremt had over for bestemte persongrupper (se nærmere afsnit 6-7), idet sådanne ytringer ikke har nogen berettigelse i et demokratisk samfund, jf. Artikel 17 om rettighedsmisbrug

(se generelt Kapitel 5). Man kan diskutere, om Artikel 17 bør anvendes på ytringer; måske var det bedre at anerkende, at selv ekstreme ytringer principielt omfattes af Artikel 10, men at de selvsagt kan forbydes/straffes, jf. Artikel 10(2).

2.2 Informationsfriheden (mediernes særlige rolle)

Artikel 10 sikrer også individet frihed til at modtage oplysninger og tanker udefra. Denne informationsfrihed kan kun sikres gennem de skrevne og æterbårne massemedier. Mediefriheden er en nødvendig betingelse for den fri strøm af information og synspunkter i samfundet, som er demokratiets forudsætning. Medierne er ikke alene afgørende for videreformidling af andres oplysninger og meninger til en bredere offentlighed, men har tillige en vigtig selvstændig funktion som informationskilde og opinionsdanner. Mediernes sikrer offentlighedens ret til information og kontrollerer på offentlighedens vegne magthaverne.

Derfor nyder medierne som allerede omtalt en særlig beskyttelse efter Artikel 10 – ikke for deres egen skyld, men i rollen som offentlighedens informations- og kontrolorgan, jf. bl.a. *Sunday Times* (1979, para. 65), *Observer and Guardian* (1991, para. 59), *Jersild* (1994, para. 31) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 37). EMD har således gentagne gange, jf. bl.a. *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71), understreget:

> »the essential role of a free press in ensuring the proper functioning of a democratic society. Although the press must not overstep certain bounds (...), its duty is nevertheless to impart (...) information and ideas on all matters of public interest (...). Not only does the press have the task of imparting such information and ideas; the public also has a right to receive them. Were it otherwise, the press would be unable to play its vital role of 'public watchdog'.«

Den særlige beskyttelse af medierne viser sig bl.a. i en særligt vidtgående journalistisk ytringsfrihed (*afsnit 4*). Vigtigere er dog, at Artikel 10 også sikrer medierne en særlig beskyttelse mod indgreb, som begrænser mediernes uafhængighed, pluralisme og adgang til at opsøge og formidle information om emner af offentlig interesse (*afsnit 10-13*); den særlige mediefrihed er forbundet med særlige forpligtelser og et særligt ansvar (*afsnit 14*).

2.3 Statens pligt til at beskytte ytrings- og informationsfriheden

Artikel 10 beskytter i første række imod offentlige myndigheders indgreb i ytrings- og informationsfriheden. Også når det gælder Artikel 10, har staten dog desuden en vis positiv forpligtelse til at fremme og beskytte individets rettigheder, jf. bl.a. *Appleby* (2003, para. 39). Offentlige myndigheder skal tage positivt hensyn til ytringsfriheden ved udformningen af regler og i konkrete afgørelser. Endvidere kan staten i visse tilfælde have pligt til at gribe ind over for urimelige begrænsninger i ytrings- og informationsfriheden, som skyldes privates indgreb, i det omfang en sådan beskyttelsespligt ikke kolliderer med mere tungtvejende modhensyn. Det gælder f.eks. beskyttelsen af ytringsfriheden i private ansættelsesforhold, jf. *De Diego Nafría* (2002) og *Fuentes Bobo* (2000); beskyttelsen af ytringsfriheden på privatejede områder, hvortil der er almen adgang, jf. f.eks. *Appleby* (2003, para. 40f); beskyttelsen af en avis og dens medarbejdere mod trusler, jf. f.eks. *Özgür Gündem* (2000). Endelig vil staten formentlig i ekstraordinære situationer kunne have en pligt til at gribe ind over for monopoldannelser på medieområdet, jf. EMDs udtalelse i *Informationsverein Lentia* (1993, para. 38).

3. Ytrings- og informationsfrihedens grænser

Ytringer og mediereportager kan undertiden skade en persons/virksomheds omdømme, krænke individets privatliv eller en hel befolkningsgruppes integritet, medføre udbredelse af fortrolige oplysninger, skade statens sikkerhed eller krænke den offentlige moral. Der er derfor grænser for, hvad man sanktionsfrit kan sige, ligesom medierne ikke kan tage enhver metode i brug for at afsløre fordækte forhold eller formidle bestemte begivenheder.

3.1 Generelt om indgrebsbetingelserne efter Artikel 10(2)

Efter Artikel 10(2) kan ytrings- og informationsfriheden begrænses, hvis indgrebet i et demokratisk samfund er nødvendigt for at varetage vægtige hensyn til samfundet eller andre individer. Fremgangsmåden efter Artikel 10(2) er følgende (se generelt Kapitel 5):

1. Foreligger der et indgreb i ytrings- og informationsfriheden?
2. Har indgrebet hjemmel?
3. Forfølger indgrebet et af de opregnede, legitime formål?
4. Er indgrebet nødvendigt i et demokratisk samfund?

Foreligger der et indgreb?
Et indgreb i ytrings- og informationsfriheden efter Artikel 10 kan antage forskellige former og omfatter såvel forudgående begrænsninger som efterfølgende sanktioner, jf. Artikel 10(2), som taler om »formaliteter, betingelser, restriktioner og straffebestemmelser«.

Der er dog formentlig en nedre bagatelgrænse for, hvornår der foreligger et indgreb i Artikel 10. En generel og sagligt begrundet regulering af rammerne for individets adgang til at ytre sig eller modtage information, som ikke er rettet mod en begrænsning af ytrings- og informationsfriheden og kun marginalt berører denne, vil næppe kunne betegnes som et indgreb. I UfR 2004.2149 H undlod Højesteret udtrykkeligt at tage stilling til, hvorvidt Naturklagenævnets afslag på en privat ansøgning om opstilling af en 18 meter høj radioantenne på privat grund var et indgreb omfattet af Artikel 10.

Endvidere må der sondres mellem indgreb og en eventuel pligt for offentlige myndigheder til aktivt at befordre ytrings- og informationsfriheden; der foreligger ikke et indgreb, blot fordi det offentlige ikke vil bidrage aktivt til udbredelsen af en privat ytring. I *Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi* (1994, para. 27) fandt EMDs flertal (6/3) ikke desto mindre, at forsvarsministerens afslag på at distribuere klagers satirisk-kritiske magasin om soldaters forhold på Østrigs kaserner udgjorde et indgreb i Artikel 10, idet der eksisterede en distributionsordning omfattende alle andre militære tidsskrifter end klagers; EMDs mindretal fandt derimod – efter min opfattelse med rette – ikke, at der forelå et indgreb, idet Artikel 10 ikke omfatter retten til at få tidsskrifter distribueret af det offentlige, og idet soldaterne frit kunne få adgang til klagers magasin ved at købe det uden for kasernen, abonnere på det eller eventuelt få det tilsendt gratis af klager.

Er indgrebet nødvendigt i et demokratisk samfund?
Et indgreb skal have hjemmel og forfølge et af de i Artikel 9(2) opregnede samfunds- eller individhensyn; disse er imidlertid bredt formuleret. Derfor bliver det afgørende spørgsmål næsten altid, hvorvidt ind-

grebet kan anses som nødvendigt i et demokratisk samfund. Dette vil bero på en konkret afvejning af de modstående hensyns vægt og indgrebets karakter. Tilsvarende gælder, hvor det drejer sig om at afgrænse statens positive forpligtelse efter Artikel 10(1) til aktivt at beskytte ytrings- og informationsfriheden over for modstående hensyn.

EMD tillægger generelt hensynet til ytrings- og informationsfriheden en fortrinsstilling i denne afvejning; undtagelserne i Artikel 10(2) skal ifølge EMD fortolkes restriktivt, og nødvendigheden af ethvert indgreb »must be convincingly established«, se *Observer and Guardian* (1991, para. 59) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71).

Dog beror det altid på en konkret helhedsvurdering, om et indgreb kan anses som nødvendigt i et demokratisk samfund (proportionalt). Ved denne vurdering er der ikke desto mindre visse gennemgående kriterier, som har betydning, uanset om der er tale om et indgreb i ytringsfriheden eller i informationsfriheden (herunder mediernes særlige friheder), og uanset indgrebets begrundelse. Disse kriterier vedrører dels selve ytringen/reportagen (afsnit 3.2-3.3), dels karakteren og intensiteten af indgrebet (afsnit 3.4).

3.2 Angår ytringen/reportagen et emne af samfundsmæssig interesse?

Helt centralt er spørgsmålet, om ytringen/reportagen vedrører et emne af samfundsmæssig interesse og dermed bidrager til den offentlige debat. Sådanne ytringer/reportager nyder i modsætning til ytringer/reportager om rent private forhold generelt en stærk beskyttelse imod indgreb, også selv om ytringen/reportagen måtte kollidere med samfunds- eller individhensyn. Et indgreb over for ytringer/reportager af samfundsmæssig relevans kræver tungtvejende grunde. EMD har principielt fastslået, jf. bl.a. *Wingrove* (1996, para. 58) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 36), at

> »there is little scope (...) for restriction on political speech or debates on questions of public interest«.

Hvorvidt en ytring/reportage angår et emne af offentlig interesse, beror på en retlig vurdering af dens relevans for samfundsdebatten. Begrebet samfundsmæssig interesse (»public interest«) defineres bredt. Som det fremgår af citatet, omfatter det ikke kun politisk debat i snæver for-

stand, men også en bredere debat om f.eks. økonomiske, kulturelle og sociale samfundsforhold; det afgørende er, om ytringen/reportagen er egnet til at indgå i »the public exchange of cultural, political and social information and ideas of all kind«, se *Müller* (1988, para. 27). EMD har udtrykkeligt afvist, at politisk debat i klassisk forstand skulle nyde stærkere beskyttelse end en debat om andre samfundsmæssigt relevante emner, jf. *Thorgeir Thorgierson* (1992, para. 64).

Politisk debat i klassisk forstand nyder selvsagt en stærk beskyttelse, herunder kritik af politikere, jf. bl.a. *Lingens* (1986, para. 42), *Oberschlick* (1991, para. 57) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 36), af regeringen, jf. *Castells* (1992, para. 66), eller af offentlige myndigheder, jf. om politiet *Thorgeir Thorgeirson* (1992, para. 66f) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 66). Også en debat om f.eks. private virksomheders produkter og forretningsmetoder, jf. bl.a. *Sunday Times* (1979, para. 66) og *Bergens Tidende* (2000, para. 51), om sociale problemer og etniske konflikter, jf. bl.a. *Jersild* (1994, para. 33 og 35), eller om etiske spørgsmål, jf. bl.a. *Bladet Tromsø and Stensaas* (1999, para. 63), har dog klar offentlig interesse.

Kunstneriske udtryksformer bidrager ligeledes til samfundsdebatten, jf. *Müller* (1988, para. 27) – vedrørende et maleri med anstødelige seksuelle motiver.

Kommercielle ytringer har også i varierende grad samfundsmæssig relevans. Selv rendyrket reklame har en vis informationsværdi for forbrugerne, jf. *Casado Coca* (1994, para. 36) – vedrørende en advokatannonce. Reklame er endvidere blevet en del af opinionsdannelsen i samfundet; stadigt oftere kommunikerer private virksomheder politiske holdninger som led i markedsføringen af deres produkter. Sådanne budskaber har samfundsmæssig relevans, uanset at de (også) har et kommercielt formål, jf. EMDs udtalelse i *Casado Coca* (1994, para. 35) om, at Artikel 10 ikke skelner mellem ytringer med og uden et kommercielt formål. Den tyske forfatningsdomstol anerkendte i *»Benetton-sagen«* (2000) tøjfirmaet Benettons ret til at offentliggøre en række holdningsprægede og stærkt stødende plakater; Forfatningsdomstolen fandt den kommercielle kontekst irrelevant; det afgørende var, at plakaterne, objektivt set, formidlede budskaber af samfundsmæssig interesse vendt imod vold, racisme og nød i verden; sådanne debatskabende budskaber ligger ifølge Forfatningsdomstolen i kernen af ytringsfriheden. Hermed anerkendes indirekte, at virksomheder godt kan have en politisk dags-

orden ved siden af den rent kommercielle (Benetton er i øvrigt aktivt involveret i velgørenhedsarbejde, og plakaterne medførte en nedgang i salget af Benettons produkter i flere lande). Der er dog fortsat vid adgang til en regulering af kommerciel virksomhed, som ikke retter sig mod indholdet af ytringer, f.eks. regler om, hvor reklamer må annonceres, som er begrundet i æstetiske hensyn eller hensynet til at beskytte børn; staterne har ifølge EMD et vidt skøn ved regulering af kommerciel virksomhed, jf. *Markt Intern and Beerman* (1989, para. 33) og *Casado Coca* (1994, para. 50).

Derimod har ytringer/reportager om rent private forhold normalt ingen samfundsmæssig relevans. Sådanne ytringer/reportager kan derfor uden videre straffes, hvis de krænker andres ære, privatliv eller krav om fortrolighed, jf. bl.a. *Tammer* (2001, para. 68). Det gælder også sladderjournalistik, skønt mange mennesker utvivlsomt gerne vil læse om kendte og rige menneskers privatliv, jf. bl.a. *Caroline von Hannover* (2004, para. 63-66 og 76f). I særlige tilfælde vil offentligheden dog kunne have en legitim interesse i at få kendskab til højtstående politikere og statsmænds privatliv i det omfang, dette er relevant for vurderingen af vedkommendes egnethed til at bestride posten, jf. *Éditions Plon* (2004, para. 44).

3.3 Ytringens/reportagens form, virkemidler, udbredelse og målgruppe

Hvis en ytring eller reportage på grund af sit emne og indhold er beskyttet imod indgreb, kan der normalt ikke gribes ind alene på grund af den valgte formidlingsform. Ytringsfriheden beskytter ikke alene budskabet, men også måden, det formidles på, jf. *Oberschlick* (1991, para. 57) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 34). I *Oberschlick* fandt EMD det berettiget at formidle beskyldninger imod en ledende politiker for at føre en racistisk politik ved at offentliggøre en politianmeldelse imod politikeren. I *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* fandt EMD det berettiget, at kritik af en politikers fremmedfjendske udlændingepolitik blev formidlet gennem en annonce, som opfordrede folk til at ringe til politikeren. Journalister har tilsvarende en vidtgående frihed med hensyn til valg af reportageform og -teknik, jf. *Jersild* (1994, para. 31). En satirisk eller kunstnerisk udtryksform nyder generelt en vid beskyttelse, se f.eks. fra dansk ret UfR 1980.1037/2 H om en satirisk-kunstnerisk plakat vendt imod forholdene i dansk svineavl.

I grænsetilfælde kan ytringens/reportagens udbredelse og virkemidler tillægges en vis betydning. Æterbårne medier har en særlig stor udbredelse og gennemslagskraft, hvilket ved krænkende ytringer/reportager kan blive anset som en skærpende omstændighed, se *Jersild* (1994, para. 31) og *Pedersen and Baadsgaard* (2003, para. 81). Se også i dansk ret Strl § 266 b, stk. 2, og § 267, stk. 3, og vedrørende førstnævnte UfR 2003.1411 Ø.

I grænsetilfælde kan det endvidere få en vis betydning, hvem som er målgruppen for ytringen/reportagen. Visse persongrupper er særligt sårbare, jf. *Handyside* (1976, para. 49) om en bog med seksuelt indhold henvendt til skolebørn; af andre persongrupper kan forventes en højere grad af selvstændig stilling- og afstandtagen, jf. *Jersild* (1994, para. 34) om et tv-interview med racistiske unge bragt på DR som led i »a serious news programme ... intended for a well-informed audience«.

3.4 Indgrebets karakter og intensitet

Karakteren og intensiteten af indgrebet i ytrings- eller informationsfriheden har selvsagt stor betydning for proportionalitetsvurderingen efter Artikel 10(2).

Forudgående eller efterfølgende indgreb

Artikel 10(2) tillader som nævnt både forudgående indgreb, hvorved man afskærer en ytring/reportages offentliggørelse (forbud, beslaglæggelse m.v.), og efterfølgende indgreb, hvorved man sanktionerer en allerede offentliggjort ytring/reportage (straf, erstatning m.v.).

Forudgående indgreb kan ofte minde om censur og er derfor særligt indgribende. Forudgående indgreb anvendes i tilfælde, hvor selve offentliggørelsen af en udtalelse, et foto, en film m.v. vil medføre så alvorlig og uoprettelig skade for en person, en virksomhed, statens sikkerhed m.v., at en efterfølgende sanktion ville være utilstrækkelig. Adgangen til at afskære offentliggørelse er dog selvsagt snæver, da man ellers risikerer en egentlig ytringscensur. I *Observer and Guardian* (1991, para. 60) udtalte EMDs flertal således:

> »Article 10 of the Convention does not in terms prohibit the imposition of prior restraints on publication (...). On the other hand, the dangers inherent in prior restraints are such that they call for the most careful scrutiny«.

Flertallet (14/10) godkendte dog i denne sag (dele af) et forbud mod offentliggørelse af en afslørende bog om den britiske efterretningstjeneste som nødvendigt af hensyn til statens sikkerhed; blandt mindretallet fandt 5 dommere derimod, at forudgående indgreb slet ikke hører hjemme i et demokratisk samfund. I *Otto-Preminger-Institut* (1994) og *Wingrove* (1996) godkendte EMDs flertal (6/3 hhv. 7/2) beslaglæggelse af hhv. forbud mod offentliggørelse af en blasfemisk film som et nødvendigt skridt for at beskytte andres rettigheder. I *Éditions Plon* (2004) godkendte EMD enstemmigt et forbud mod at distribuere en afslørende bog om den tidligere franske præsident Mitterrand som nødvendigt for at hemmeligholde personlige oplysninger og beskytte andres rettigheder.

Dansk retspraksis synes – i overensstemmelse med Artikel 10, men i strid med den traditionelle forståelse af Grl § 77 som alene indeholdende et censurforbud – ikke at skelne skarpt mellem forudgående og efterfølgende indgreb i ytringsfriheden. De vurderes således grundlæggende ud fra samme afvejning, se f.eks. UfR 1989.726 H; det antages dog, ligesom i EMDs praksis, at forbud og andre forebyggende foranstaltninger over for ytringer/reportager af samfundsmæssig interesse kræver særligt tungtvejende grunde.

Indgrebets intensitet

Der bør være et rimeligt forhold mellem den krænkelse, ytringen/reportagen har medført, og den sanktion, man i givet fald pålægger den ansvarlige. En sanktions karakter og tyngde er derfor relevant for proportionalitetsvurderingen efter Artikel 10, jf. bl.a. *Cumpana and Mazare* (2004, para. 111) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 93). I *Kyprianou* (2005) var en advokat blevet idømt 5 dages fængsel for foragt mod retten, idet han under et skænderi med dommerne i retssalen havde udtalt sig fornærmende om dem; EMD fandt sanktionen uproportional og statuerede krænkelse af Artikel 10 (para. 181ff). I *Cumpana and Mazare* (2004) var to journalister blevet idømt 7 måneders fængsel, frataget retten til at arbejde som journalister i 1 år og pålagt at betale erstatning, fordi de i en artikel havde fremsat udokumenterede beskyldninger om korruption mod en navngiven dommer; EMD udtalte, at fængselsstraf til journalister kun vil kunne accepteres i exceptionelle og meget alvorlige tilfælde (para. 115f), og at tilsvarende gælder et forbud mod journalistvirksomhed, da dette er en forebyggende foranstaltning,

som strider imod pressens kontrolfunktion i et demokratisk samfund (para. 117ff); EMD fandt på den baggrund sanktionerne åbenbart uproportionale og statuerede derfor krænkelse af Artikel 10 (para. 120-122).

4. Særlige ytringsprivilegier og -begrænsninger

Ytringsfrihed tilkommer som udgangspunkt alle mennesker på lige fod. Navnlig politikere og journalister har dog i kraft af deres demokratiske funktion en særligt udvidet ytringsfrihed. Derimod er ytringsfriheden for bl.a. (offentligt) ansatte, soldater, indsatte og børn i visse henseender undergivet særlige begrænsninger (se også Kapitel 3).

4.1 Politikeres udvidede ytringsfrihed

Politikere nyder en særligt vidtgående beskyttelse, når de ytrer sig som led i den politiske debat. Politikere er valgt til at varetage vælgernes interesser, føre politisk debat og bidrage til opinionsdannelsen i samfundet. Som EMD udtalte i *Castells* (1992, para. 42):

> »While freedom of expression is important for everybody, it is especially so for an elected representative of the people. He or she represents the electorate, draws attention to their preoccupations and defends their interests.«

I dansk ret anerkendes tilsvarende en »særligt vidtgående ytringsfrihed for politikere om kontroversielle samfundsanliggender«, jf. UfR 2000.2234 H, 2003.1947 Ø og 2004.734 H.

Den udvidede ytringsfrihed for politikere gælder i særdeleshed udtalelser i et politisk forum. EMD udtalte i *Jerusalem* (2001, para. 40) om udtalelser fremsat på et byrådsmøde:

> »In a democracy, Parliament or such comparable bodies are the essential fora for political debate. Very weighty reasons must be advanced to justify interfering with the freedom of expression exercised therein«.

I Danmark nyder folketingsmedlemmer reelt fuldstændig immunitet imod sanktioner som følge af deres udtalelser i Folketinget. Efter Grl § 57, 2. led, kræves Folketingets samtykke til retsforfølgning, men sådant samtykke gives efter praksis aldrig. En tilsvarende immunitet gælder ikke for kommunalbestyrelsesmedlemmer.

4.2 Journalisters udvidede ytringsfrihed

Medierne har ligeledes en særligt vidtgående ytringsfrihed i kraft af deres særlige rolle som offentlighedens informations- og kontrolorgan. Der må ifølge EMD udvises særlig tilbageholdenhed med indgreb, som kan afholde pressen fra at bidrage til den offentlige debat, jf. bl.a. *Jersild* (1994, para. 35) og *Cumpana and Mazare* (2004, para. 111). Som EMD udtalte i *Bladet Tromsø and Stensaas* (1999, para. 64):

> »The most careful scrutiny (...) is called for when (...) the measures taken or sanctions imposed by the national authority are capable of discouraging the participation of the press in debates over matters of legitimate public concern.«

Navnlig har journalister vedrørende samfundsrelevante emner et vidt spillerum for fremsættelse af kritik, jf. bl.a. *Prager and Oberschlick* (1995, para. 38), *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 38) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71):

> »Journalistic freedom also covers possible resource to a degree of exaggeration or even provocation.«

Danske domstole har bekræftet EMDs standpunkt, jf. UfR 2003.624 H og 2004.698 Ø.

Anerkendelsen af en udvidet ytringsfrihed for journalister er ikke uproblematisk. Er det mere beskyttelsesværdigt, hvis en journalist kalder en person for racist, end hvis udtalelsen kommer fra en privatperson? Man kunne hævde, at der tværtimod må stilles strengere krav til ordvalget hos professionelle formidlere end til privatpersoner, som bør have et større frirum for at sikre, at også »almindelige mennesker« kan deltage i samfundsdebatten. Desuden er sondringen mellem »medier« og »privatpersoner« blevet mere uklar i kraft af bl.a. internettet, som muliggør en langt mere anarkistisk – og demokratisk – offentlig debat. Hermed anfægtes ikke, at massemedierne fortsat indtager en særlig rolle som offentlighedens informations- og kontrolorgan, hvilket berettiger en særlig beskyttelse af deres uafhængighed og adgang til at opsøge og formidle information (se afsnit 10-13).

4.3 Offentligt ansattes ytringsfrihed

Offentligt ansatte bør kunne ytre sig i den offentlige debat, navnlig fordi de ofte har en særlig viden om kritisable forhold i den pågældende myndighed/institution eller en særligt velinformeret holdning til politiske emner. Offentligt ansattes ytringsfrihed begrænses dog af regler om tavshedspligt (se afsnit 9). Mere principielt er spørgsmålet, om offentligt ansattes ytringsfrihed yderligere er begrænset som følge af ansættelsesforholdet herunder navnlig, om ledelsen kan gribe ind over for den ansattes offentlige kritik af institutionen/virksomheden med afskedigelse, forflyttelse eller lignende, enten som en tjenstlig sanktion eller som en foranstaltning begrundet i »samarbejdsproblemer« m.v.

Fra oprindelig at have indtaget en meget forsigtig position, har EMDs praksis udviklet sig i retning af en stigende beskyttelse af offentligt ansattes ytringsfrihed. EMD anerkender, at også offentligt ansatte har ret til ytringsfrihed, men at det kan være berettiget at pålægge ansatte særlige begrænsninger, også med hensyn til ytringer uden for tjenesten, på grund af den med ansættelsen forbundne diskretions- og loyalitetsforpligtelse, se *Vogt* (1995, para. 53), som angik afskedigelse af en politisk aktiv skolelærerinde. I *Wille* (1999, para. 64) synes EMD imidlertid at forudsætte, at sådanne særlige ytringsbegrænsninger kun kan pålægges højtplacerede embedsmænd; sagen angik udtalelser om fyrstens forfatningsretlige stilling i Liechtenstein, fremsat af præsidenten for landets forvaltningsdomstol under en akademisk forelæsning; på grund af udtalelserne afslog fyrsten at genudnævne ham; EMD fandt, at selv om højtplacerede myndighedspersoner er underlagt særlige forpligtelser, var sanktionen i strid med Artikel 10, da klagers udtalelser gav udtryk for et rimeligt forfatningsretligt standpunkt, som desuden hverken vedrørte en verserende retssag, rummede alvorlig kritik af enkeltpersoner og institutioner eller fornærmede nogen højtstående myndighedsperson (para. 67). I *Grigoriades* (1997) fandt EMDs flertal (12/8) Artikel 10 krænket, fordi en soldat var blevet straffet for i et brev til sin overordnede at udtale sig kritisk om hæren som institution og livet som soldat i den græske hær; EMDs flertal lagde til grund, at kun en reel trussel mod den militære disciplin kan begrunde, at en soldats ytringsfrihed undergives særlige begrænsninger (para. 45).

I dansk ret gælder ytringsfriheden som udgangspunkt også for offentligt ansatte. Dog sondres der mellem den offentligt ansattes ytringer som

privatperson henholdsvis på institutionens vegne. Som privatperson har offentligt ansatte generelt samme ytringsfrihed som andre mennesker, jf. FOB 1991.220. Offentligt ansatte kan i fritiden generelt sige, hvad de vil, også under angivelse af arbejdssted og stilling, idet de dog i så fald må pointere, at de udtaler sig på egne vegne, se hertil UfR 2001.1089/2 Ø. I FOB 1995.381 kritiserede Ombudsmanden, at en tillidsrepræsentant i socialforvaltningen var blevet irettesat af ledelsen, fordi han til en lokalavis havde udtalt sig kritisk om forvaltningens arbejdsforhold og ledelse. Særlige begrænsninger gælder formentlig alene for højtplacerede embedsmænd, som har en særlig loyalitetsforpligtelse over for institutionen og dens ledelse; de må ikke optræde direkte illoyalt, jf. Ombudsmandens principielle udtalelser i FOB 1995.381 (395). I tjenesten er offentligt ansattes ytringsfrihed derimod begrænset. Da den ansattes udtalelser her fremstår som udtryk for myndighedens/institutionens opfattelse, må han i tjenesten optræde loyalt over for institutionen, ligesom ledelsen i kraft af over/underordnelsesforholdet kan pålægge ham særlige begrænsninger. I UfR 1998.894 H godkendte Højesteret, at en præst var blevet irettesat, fordi han havde demonstreret imod fri abort iført sin præstekjole; præsten fandtes ikke afskåret fra at manifestere sin overbevisning, men ved at bære præstekjolen optrådte han (helt bevidst) som præst, og hans manifestation kunne dermed blive identificeret med Folkekirken.

5. Ytringsfrihed og ærekrænkelse

Ærekrænkelse er en tilsværtning af en persons omdømme gennem nedsættende udtalelser eller grove beskyldninger. I gamle dage var ærekrænkelse blandt adelsmænd en så alvorlig sag, at den krænkede kunne forlange duel til døden. I dag er dette historie, men en person eller virksomheds ære og omdømme nyder fortsat retlig beskyttelse. Artikel 10(2) tillader indgreb i ytringsfriheden, som er nødvendige for at beskytte »andres gode navn og rygte«. EMD giver dog i vidt omfang hensynet til ytringsfrihed om emner af offentlig interesse fortrin frem for hensynet til at beskytte enkeltpersoners ære. Derfor må dansk rets straffebestemmelser om ærekrænkelse, Strl §§ 267ff, i dag anvendes med de vidtgående begrænsninger, som følger af EMDs praksis, se også udtrykkeligt UfR 1997.259/2 H, samt UfR 2004.698 Ø, hvor landsretten ud-

talte, at »hensynet til ytringsfriheden indgår som et overordentligt tungtvejende lod i vægtskålen ved afvejningen over for hensynet til beskyttelsen af personers gode navn og rygte eller rettigheder«.

5.1 Sondringen mellem beskyldninger og meningstilkendegivelser

Der er større frihed til at udtale sig kritisk om en person, virksomhed eller myndighed end til at fremsætte udokumenterede beskyldninger imod vedkommende. Den fri meningstilkendegivelse ligger i ytringsfrihedens kerne, mens der ikke er samme behov for at beskytte uunderbyggede beskyldninger. Derfor sondrer EMD mellem ærekrænkende udtalelser om faktiske forhold (statements of fact) og udtalelser, som er udtryk for en personlig vurdering (value judgments). Udtalelser om faktiske forhold kan i modsætning til rene meningstilkendegivelser være rigtige eller forkerte; det vil i sig selv krænke Artikel 10 at kræve sandhedsbevis for en meningstilkendegivelse, jf. *Lingens* (1986, para. 46) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 76). I Strl § 267 sondres på samme måde mellem ærekrænkende sigtelser og fornærmelige ord (ringeagtsytringer); en sigtelse er strafbar, med mindre dens sandhed bevises, eller den blev fremsat i god tro under varetagelse af en åbenbar almeninteresse, jf. Strl § 269.

5.2 Beskyldninger (sigtelser, statements of fact)

En beskyldning rummer en påstand om faktiske forhold (statement of fact), som kan være enten rigtig eller forkert. En ærekrænkende beskyldning kan navnlig vedrøre et strafbart forhold eller andre faktiske forhold, som kan nedgøre eller »stemple« vedkommende i offentlighedens øjne. Sådanne beskyldninger er normalt straffri, hvis deres sandhed kan bevises. Selv om beskyldningen viser sig at være forkert eller ikke kan bevises, bør man dog ikke straffe for ærekrænkelse, hvis beskyldningen vedrører et emne af offentlig interesse og blev fremsat i god tro om dens rigtighed. Straf kan derimod være berettiget, hvis beskyldningen hviler på et meget spinkelt grundlag (og således måske er fremsat med det primære formål at sværte en person til).

I *Bladet Tromsø and Stensaas* (1999) var et dagblad blevet straffet for i artikler at beskylde navngivne sælfangere for at have flået sæler levende, uden dog at kunne bevise påstanden. EMDs flertal (13/4) statuerede krænkelse af Artikel 10, da emnet havde klar samfundsmæssig

interesse, og da bladet havde haft grund til at tro på rigtigheden af beskyldningerne, som var baseret på oplysninger i en officiel rapport (para. 72).

I *Pedersen and Baadsgaard* (2004) godkendte EMDs flertal (9/8) derimod, at Højesterets flertal (5/2) i UfR 1999.122 H havde straffet to journalister, som i et tv-program havde beskyldt en kriminalinspektør for at undertrykke vigtige oplysninger i en drabssag, uden dog at kunne bevise påstanden. EMDs flertal lagde som Højesteret vægt på, at beskyldningen var meget grov (para. 80) og, at den i det væsentlige var baseret på udsagn fra et enkelt vidne, som var dukket op 9 år efter drabet (para. 82); på den baggrund fandt EMDs flertal ikke grundlag for at tilsidesætte Højesterets vurdering, hvorefter beskyldningen savnede et tilstrækkeligt grundlag, og journalisterne derfor ikke havde været i god tro (para. 91). Dommen forekommer rigtig; medmindre man vil give medierne frie tøjler til på selv et meget spinkelt grundlag at fremsætte alvorlige – og for den berørte ofte ødelæggende – beskyldninger mod enkeltpersoner, må der som i denne sag trækkes en grænse.

I *Cumpana and Mazare* (2004) havde en avis i tekst og satiriske billeder beskyldt en dommer for at have modtaget bestikkelse af de lokale myndigheder; EMD fandt, at der forelå en alvorlig beskyldning om et strafbart forhold, som ikke på nogen måde var dokumenteret eller sandsynliggjort, hvorfor den principielt kunne straffes (para. 100f og 110).

Vedrørende dansk retspraksis kan foruden føromtalte UfR 1999.122 H også henvises til UfR 2003.624 H, hvor en avis havde bragt en artikel med overskriften »politiet: hun dræbte 12«; overskriften henviste til en kvindelig hjemmehjælper, som på tidspunktet var varetægtsfængslet, mistænkt for at have dræbt tolv beboere på et plejehjem; sagen mod hende blev senere opgivet, og hun modtog erstatning; avisen kunne ikke godtgøre, at beskyldningen stammede fra politiet; Højesteret henviste ved domfældelsen af avisens chefredaktør bl.a. til uskyldsformodningen i EMRK Artikel 6(2). Mindre oplagt var resultatet i UfR 2004.698 Ø; Ekstra Bladet havde om en dansk mand – som tidligere havde været agent for DDRs efterretningstjeneste, og som ved sin ansættelse på Ekstra Bladet havde givet urigtige oplysninger og undladt at oplyse om sin fortid – bl.a. skrevet, at det var nærliggende at tænke sig, at han efter DDRs sammenbrud havde fortsat sin agentvirksomhed for Ruslands efterretningstjeneste; landsretten fandt på baggrund af mandens fortid

og adfærd, at udtalelserne lå inden for rammene af pressens meget vidtgående ytringsfrihed.

5.3 Meningstilkendegivelser (ringeagtsytringer, value judgments)

En meningstilkendegivelse er derimod udtryk for en personlig vurdering (value judgment), som hverken er rigtig eller forkert. I et demokratisk samfund må der udvises vidtgående tolerance over for anderledes meninger end de herskende og over for forskellige måder at udtrykke sig på. For meningstilkendegivelser kan der ikke kræves sandhedsbevis; men en grov kritik må have et vist grundlag i faktiske forhold. Som EMD udtalte i *Jerusalem* (2001, para. 43):

> »even where a statement amounts to a value judgment, the proportionality of an interference may depend on whether there exists a sufficient factual basis for the impugned statement, since even a value judgment without any factual basis to support it may be excessive«.

Det skal således ved meningstilkendegivelser vurderes, om udtalelsen var rimelig under de konkrete omstændigheder og på det foreliggende grundlag (»fair comment«), jf. bl.a. *Jerusalem* (2001, para. 44-46) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 46). Meningstilkendegivelser om emner af offentlig interesse er formentlig beskyttet imod sanktioner, med mindre de savner ethvert faktisk grundlag eller i formen er særligt hadefulde eller krænkende, se *Jerusalem* (2001, para. 43) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 43 og 47). Den, som provokerer eller på anden måde udtaler sig kontroversielt, må tåle hårdere kritik end andre, se bl.a. *Oberschlick* (1991, para. 61) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 43) – begge vedrørende kritik af en stærkt fremmedfjendsk politik.

Dansk ret er i overensstemmelse med EMDs praksis. I UfR 2003.2044 H blev en politiker, som havde taget afstand fra Pia Kjærsgaards »racistiske synspunkter«, frifundet for straf med henvisning til EMDs praksis; baggrunden for udtalelsen var bl.a. Pia Kjærsgaards forslag om at åbne mulighed for at udvise en hel udenlandsk familie, hvis et familiemedlem dømmes for alvorlig kriminalitet, samt hendes grove angreb på muslimske kvinder i Danmark; Højesteret fandt, at udtalelsen på det foreliggende grundlag var et rimeligt indlæg i den politiske debat. I UfR 2004.1669 Ø blev en kvinde frifundet for at kalde en mand for »lyst-

løgner« under hensyn til, at manden var blevet dømt for bedrageri og dokumentfalsk og selv havde udtalt sig kraftfuldt til medierne. At den, som selv farer hårdt frem, også i dansk ret må tåle hårdere kritik, bekræftes også af UfR 1999.387 H, som angik et kritisk modindlæg.

5.4 Ytringer i »gråzonen« mellem beskyldninger og meningstilkendegivelser

Da der således er en videre frihed til at fremsætte ærekrænkende meningstilkendegivelser (value judgments) end beskyldninger (statements of fact), har det stor betydning, om man betegner en udtalelse som det ene eller det andet. Sondringen er dog langtfra altid skarp.

EMD synes imidlertid i vidt omfang at betragte kritiske udtalelser som meningstilkendegivelser, selv om de ud fra en rent sproglig analyse indeholder en beskyldning. Derved udvider EMD ytringsfriheden. Således fandt EMDs flertal i *Oberschlick* (1991, para. 63), at en udtalelse om, at et politisk forslag var »i overensstemmelse med det tyske nazipartis ideer og mål« måtte karakteriseres som en meningstilkendegivelse. I *Jerusalem* (2001, para. 44) fandtes udtalelser om, at to foreninger havde »fascistiske tendenser og totalitære træk« at udgøre en meningstilkendegivelse. I *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 46) fandtes en udtalelse om, at et politisk parti tilskyndede til »racistisk hetz« ligeledes at udgøre en meningstilkendegivelse. I alle de nævnte sager fandt EMD, at udtalelsen havde et vist faktisk grundlag og derfor udgjorde en rimelig kommentar i en samfundsrelevant debat, hvorfor den idømte straf var i strid med Artikel 10. Derimod fandt EMD i *Nilsen and Johnsen* (1999, para. 49), at det udgjorde en beskyldning at betegne nogle udtalelser om forekomsten af politivold som »bevidst løgn«; og da beskyldningen var udokumenteret og uunderbygget, kunne den straffes.

Dansk retspraksis anlagde tidligere en mere udpræget sproglig sondring. I UfR 2000.2143 Ø var Den Danske Forening blevet betegnet som »racistisk« på grund af dens indvandrerfjendske program; udtalelsen fandtes at udgøre en ærekrænkende sigtelse, som ikke var dokumenteret, hvorfor den blev straffet. Højesteret har dog med føromtalte UfR 2003.2044 H bragt dansk ret i harmoni med EMDs praksis; sagen angik en udtalelse om, at Pia Kjærsgaard havde »racistiske synspunkter«; landsretten fandt, at der forelå en udokumenteret, og derfor strafbar, ærekrænkende sigtelse; Højesteret frifandt imidlertid for straf, idet retten – med direkte henvisning til EMDs dom i *Unabhängige Initiative*

Informationsvielfalt – fandt, at udtalelsen måtte betragtes som en meningstilkendegivelse (værdidom) om Pia Kjærsgaards holdninger, som på det foreliggende grundlag ikke fremstod som utilbørlig. Se tilsvarende UfR 2004.1669 Ø om betegnelsen »lystløgner«.

5.5 Kritik af politikere og regering

Der er videre grænser for kritik af politikere i deres offentlige position, end af privatpersoner. Det skyldes dels, at politisk debat ligger i kernen af ytringsfriheden i et demokratisk samfund dels, at politikere selv har valgt at indgå som frontfigurer i den offentlige debat, jf. bl.a. *Lingens* (1986, para. 42) og *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt* (2002, para. 36). Friheden til at kritisere politikere har dog en grænse. Også politikeres ære må beskyttes; men der skal formentlig foreligge meget grove udtalelser, som savner ethvert faktisk grundlag, før EMD vil acceptere et indgreb. Se i dansk ret også UfR 2003.2044 H.

Grænserne for kritik af regeringen er endnu videre, fordi regeringen udøver og forvalter magten i samfundet, jf. *Castells* (1992, para. 66) og *Yazar* (2002, para. 59).

5.6 Kritik af offentlige myndigheder

Offentlige myndigheder – politi, domstole, sociale myndigheder etc. – udøver magt over for borgerne. Der er derfor en videregående frihed til at kritisere offentlige myndigheder og deres ansatte end til at kritisere privatpersoner, om end rammerne for kritik af offentligt ansatte ikke er lige så vide som ved kritik af politikere, jf. bl.a. *Lesnik* (2003, para. 53), *Cumpana and Mazare* (2004, para. 101) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 71f). Navnlig er der vide rammer for en generel kritik af offentlige myndigheder. I *Thorgeir Thorgeirson* (1992) fandtes Artikel 10 således krænket, fordi en forfatter var blevet straffet for to avisartikler om politibrutalitet; EMD lagde bl.a. vægt på, at artiklerne ikke rettede beskyldninger mod samtlige eller navngivne betjente (para. 66). Tilsvarende blev i UfR 1999.509 Ø en journalist, som havde offentliggjort en artikel med generel kritik af politiets metoder, frifundet for straf. Derimod kan ærekrænkende sigtelser imod navngivne myndighedspersoner straffes, med mindre deres rigtighed kan bevises, eller de blev fremsat i begrundet god tro, jf. *Lesnik* (2003, para. 57f) – offentlig anklager beskyldt for bestikkelse, aflytning m.m.; *Cumpana and Mazare* (2004, para. 110) – dommer beskyldt for korruption og bestikkelse; *Pedersen*

and Baadsgaard (2004, para. 72f) – kriminalinspektør beskyldt for at hemmeligholde vigtige oplysninger i en drabssag.

6. Ytringsfrihed og tilskyndelse til vold

Behovet for at gribe ind over for trusler om eller tilskyndelse til vold behøver næppe anden begrundelse end den, at civil vold ikke har nogen berettigelse i en demokratisk retsstat.

Indgreb over for sådanne »voldelige« ytringer vil derfor typisk kunne retfærdiggøres som nødvendige af hensyn til statens sikkerhed, den offentlige tryghed eller for at forebygge uorden eller forbrydelse, jf. Artikel 10(2). EMDs flertal (11/6) fandt i *Sürek* (1999, para. 61f), at et læserbrev til støtte for kurdernes frihedskamp imod tyrkisk undertrykkelse indeholdt »an appeal to bloody revenge« mod statsmagten; EMD udtalte, at der er større frihed end ellers til at gribe ind over for tilskyndelse til vold, hvorfor det – også i lyset af den spændte situation i den kurdiske del af Tyrkiet – ikke fandtes i strid med Artikel 10, at redaktøren var blevet straffet for at offentliggøre læserbrevet. Mere principielt udtalte EMD i *Refah Partisi* (2003, para. 96), at Artikel 10 ikke fratager staten ret til at beskytte sine demokratiske institutioner imod revolutionære aktiviteter, jf. også Artikel 17.

I dansk ret straffes trusler om vold eller anden strafbar handling eller udtalelser, som tilskynder til vold eller hærværk, jf. Strl §§ 266 og 266 a. Særligt alvorligt straffes ytringer, som tilskynder til eller blot billiger forbrydelser imod statens sikkerhed, statsforfatningen eller de øverste statsmyndigheder, jf. Strl § 136. I en del af den danske teori antages, at tilskyndelse til vold slet ikke er omfattet af ytringsfriheden, hvilket harmonerer med Artikel 17 og EMDs linje. Derimod anfører Germer (1973, side 216), at også militant, revolutionær retorik, men ikke handling, principielt bør være omfattet af den politiske ytringsfrihed med den konsekvens, at Strl §§ 136 og 266 må fortolkes indskrænkende.

7. Ytringsfrihed og forhånelse af persongrupper

Inden for vide grænser har man frihed til at ytre sig kritisk om bestemte persongrupper. Grænsen går ved hadefulde ytringer, som truer eller groft forhåner en bestemt minoritet. Sådanne ytringer er en form for

verbal vold, som ikke alene krænker den berørte gruppes integritet, men også bidrager til at øge spændingen i samfundet mellem flertal og mindretal.

Artikel 10(2) muliggør indgreb over for forhånelse af minoriteter, som er nødvendige for at beskytte »andres gode navn og rygte eller rettigheder«. Selv om EMRK savner et udtrykkeligt forbud imod forhånelse på grund af race m.v., har EMD i bl.a. *Jersild* (1994, para. 30) anerkendt »the vital importance of combating racial discrimination in all its forms and manifestations«. EMD har sågar udtalt, at ytringer om etniske minoriteter kan være så grove, at de falder helt uden for Artikel 10's beskyttelse, jf. Artikel 17 om rettighedsmisbrug. Det gælder for det første ytringer, der opfordrer til eller billiger krænkelse af minoriteters fysiske integritet. Således henviste EMD til Artikel 17, da Domstolen i *Jack Erik Kjuus* (2000) afviste en klage over, at de norske domstole havde straffet Kjuus for racediskrimination, fordi han i et partiprogram reelt havde foreslået etnisk udrensning i Norge: »mørkhudede« skulle gennem tvangssterilisation og -abort forhindres i at forplante sig. For det andet gælder det ytringer, som på anden måde indebærer en fornægtelse af en persongruppes menneskeværdighed. Således udtalte EMD i en sidebemærkning i *Jersild* (1994, para. 35), at udtalelser, som sammenlignede sorte og andre fremmede med dyr, ikke nød beskyttelse efter Artikel 10; og i *Lehideux and Isorni* (1998, para. 47) udtalte EMD, at fornægtelse af nazisternes jødeudryddelse (Holocaust) vil falde uden for Artikel 10's beskyttelse i medfør af Artikel 17. Også Højesteret henviste til Artikel 17 i UfR 2000.2234 H, som vedrørte en meget grov forhånelse af muslimer.

I dansk ret gør Strl § 266 b det strafbart at fremsætte udtalelser, hvorved en bestemt persongruppe »trues, forhånes eller nedværdiges på grund af sin race, hudfarve, nationale eller etniske oprindelse, tro eller seksuelle orientering«; det er en skærpende omstændighed, såfremt der er tale om systematisk propaganda, jf. stk. 2. Bestemmelsen blev indsat i 1971 for at opfylde Danmarks forpligtelser efter FNs Racediskriminationskonvention. Det har dog fra starten været forudsat, at Strl § 266 b skal fortolkes indskrænkende i lyset af ytringsfriheden således, at kun grove udtalelser straffes, ligesom videnskabelige teorier eller saglige udtalelser om racemæssige, etniske eller nationale forskelligheder er straffri. Denne forudsætning har domstolene respekteret. Der tages hensyn til ytringens relevans for den offentlige debat, samt til almindelige men-

neskers adgang til at deltage i denne. Grænsen mellem tilladeligt frisprog og strafbar forhånelse er flydende:

Danske domstole har anset bl.a. følgende udtalelser for straffri: »Fremmedarbejderne misbruger vort socialsystem« (UfR 1980.465 Ø); »Perkere (...) farer rundt i Zimbabwetøj og snakker hula-hula-sprog (byretsdom af 24. april 1987, refereret i UfR 1989.399 H). »jødisk liv består af to elementer: samle penge og protestere« (UfR 1988.788 V); »homosex er den ækleste form for hor« (UfR 1990.636 V); »en såkaldt utilpasset ung andengenerationsindvandrer [er] en afstumpet afviger. Faktum er, at flertallet af disse unge arabere er forbrydere, der med deres voldsforherligelse og intense had, viderefører de traditioner, som familiefædrene har bidragt dem« (UfR 2003.2435 V).

Derimod har domstolene idømt straf for bl.a. følgende udtalelser: »Fremmedarbejderne ødelægger vore unge med salg af narkotika« (UfR 1980.465 Ø); »en nigger det er ikke et menneske, det er et dyr, det er andre fremmedarbejdere også« (byretsdom af 24. april 1987, refereret i UfR 1989.399 H); »muhamedanerne udsætter den danske befolkning for kastrering og drab ... de er her kun for at indsmigre sig, indtil de er stærke nok til at henrette os« (UfR 2000.2234 H); »[muhamedanere] vil få tre måneder til at rejse ud, og hvis de ikke er rejst ud, så skal de indfanges og placeres i lejre ... og så udbydes i licitation til dem, der vil betale mest for dem [etc.] ...« (UfR 2003.1411 Ø – 20 dages fængsel); »[om jøder] Og dræb dem, hvorend I finder dem, og fordriv dem, hvorfra de fordrev jer. Jøderne er et bagvaskende folk ...« (UfR 2003.1428 Ø – 60 dages betinget fængsel); »Massevoldtægter, grov vold, utryghed, tvangsægteskaber, kvindeundertrykkelse, bandekriminalitet; det er, hvad et multietnisk samfund tilbyder os [teksten var ledsaget af et billede af tre hætteklædte, blodplettede mænd, som fremviste koranen]« (UfR 2003.1947 Ø – 14 dages betinget fængsel); »islam er ... en terrororganisation, som prøver at opnå verdensherredømmet ved vold« (UfR 2003.2435 V); »Jeg vil ned til Jerusalem ned og ha' en jøde. Han skal passe oliefyr, og andre skal være døde ...« (UfR 2003.2559 V); Den eneste garanti for danskernes liv og sikkerhed er på en stor mark at oprette en koncentrationslejr. [Her] skal alle de uønskede fremmede i Danmark samles ... indtil de kan rejse tilbage hvor de kom fra ...« (UfR 2004.734 H – 20 dages betinget fængsel); »[indvandrere er] samfundsnedbrydende, halv- og helkriminelle, potentielle samfundsnassere

og tillidsmisbrugende, psykopatlignende 'vantro-bekæmpere'« (UfR 2004.1360 V).

8. Ytringsfrihed og religionsbespottelse (blasfemi)

Blasfemi er forhånelse og bespottelse af en bestemt religion. I hvilket omfang blasfemiske ytringer skal tillades er et særdeles følsomt og kontroversielt spørgsmål. På den ene side skal man i et demokratisk samfund selvsagt kunne have en kritisk debat om religiøse emner og institutioner. På den anden side kan ytringer om en bestemt religion have en sådan form, at de unødigt krænker andre menneskers inderlige, religiøse følelser.

EMD vil tydeligvis nødig blande sig på dette følsomme område, hvor staterne har vidt forskellige traditioner og regler, jf. *Wingrove* (1996, para. 58). EMD har således hidtil ikke fundet krænkelse, hvor en stat har grebet ind over for blasfemi, men Domstolen har dog været delt. I *Otto-Preminger-Institut* (1994) fandt EMDs flertal (6/3) ikke, at Østrig havde krænket Artikel 10 ved at forbyde offentliggørelsen af en film, der fremstillede Gud som en senil og impotent idiot, Jesus som en mentalt retarderet dværg og Jomfru Maria som en letlevende tøjte. I *Wingrove* (1996) fandt EMDs flertal (7/2) ikke, at UK havde krænket Artikel 10 ved at forbyde en erotisk film, hvori nonner havde sex med en liggende, korsfæstet Jesus. I *I. A. v. Turkey* (2005) fandt EMDs flertal (4/3) ikke, at Tyrkiet havde krænket Artikel 10 ved at straffe (med bøde) den forlægger, som havde udgivet en bog om profeten Muhammed, hvori profeten blev fremstillet som en seksuel afviger, der bl.a. havde seksuel omgang med mindreårige piger, dyr og endog døde mennesker.

Det må på den baggrund (indtil videre) anses for usandsynligt, at EMD vil statuere krænkelse af Artikel 10 ved statens indgreb over for blasfemi, med mindre der åbenbart ikke er tale om blasfemi, eller en pålagt sanktion er klart uproportional, se hertil EMD i *Otto-Preminger-Institut* (1994, para. 49f). Omvendt synes det også klart, at EMD ikke vil statuere krænkelse af Artikel 9, hvis staten undlader at gribe ind over for blasfemi, med en mulig undtagelse for helt ekstraordinære tilfælde, hvor blasfemiske angreb reelt hæmmer den berørte gruppes religionsfrihed, se hertil EMD i *Otto-Preminger-Institut* (1994, para. 47). På længere sigt er perspektivet dog formentlig en styrkelse af ytringsfriheden på be-

kostning af beskyttelsen mod blasfemi, se hertil EMDs udtalelse i *Wingrove* (1996, para. 57): »there is as yet not sufficient common ground ... to conclude that ... restrictions on the propagation of material on the basis that it is blasphemous is, in itself, unnecessary in a democratic society and thus incompatible with the Convention«.

I dansk ret er det strafbart at »drive spot med eller forhåne« et religiøst samfunds lære eller gudsdyrkelse, jf. Strl § 140. I forarbejderne er det forudsat, at blasfemibegrebet skal fortolkes snævert under hensyn til ytringsfriheden. Bestemmelsen anvendes praktisk talt aldrig. I UfR 1938.419 Ø blev udtalelser, som identificerede jødedom med bl.a. »skænden af kvinder, voldtægt, tyveri og bedrageri«, straffet; i 1971 frifandt Gladsaxe Kriminalret (dom af 21/10 1971) derimod to programchefer i DR, som havde udsendt Trilles sang »Øjet«, hvori Gud i et frivolt sprog blev fremstillet som en seksuelt frustreret mand, bl.a. »han fik aldrig selv sat ild på sin cigar for han ordned jo Maria pr. vikar«; I 1985 valgte Rigsadvokaten (afgørelse af 20/2 1985, J.nr. 133/85) ikke at rejse sag mod kunstneren Jens Jørgen Thorsen, som på facaden af en restaurant havde malet en nøgen, korsfæstet Jesus med erigeret lem; Rigsadvokaten vurderede, at der forelå strafbar blasfemi, men henviste til praksis, hvorefter der normalt ikke rejses tiltale efter § 140. Jyllandspostens offentliggørelse i efteråret 2005 af 12 tegninger af Islams profet Muhammed (og navnlig én tegning, hvor Muhammed blev afbilledet med en turban udformet som en antændt bombe) gav dog anledning til fornyet debat om ytringsfrihed contra respekt for religiøse følelser. Tegningerne var ledsaget af en artikel, som henviste til frygten i det danske samfund for at kritisere og gøre grin med Islam og gjorde gældende, at man i et verdsligt demokrati med ytringsfrihed må »finde sig i hån, spot og latterliggørelse« Sagen kom dog aldrig for domstolene, idet Rigsadvokaten vurderede (afgørelse af 15. marts 2006, J.nr. RA-2006-41-0151), at der ikke var grundlag for straf efter Strl § 140 (eller § 266 b); nok var nogle af tegningerne fornærmende, men de kunne ikke anses for »forhånende« i § 140's forstand.

9. Ytringsfrihed og fortrolige oplysninger

Ytringsfriheden kan kollidere med regler om tavshedspligt, navnlig vedrørende forhold af betydning for statens sikkerhed eller vedrørende

enkeltpersoners private forhold (se også Kapitel 10 om beskyttelse af personoplysninger). Artikel 10(2) forudser, at indgreb i ytrings- og informationsfriheden kan være nødvendige »for at forhindre udspredelse af fortrolige oplysninger«, bl.a. af hensyn til statens sikkerhed eller andres rettigheder. Hensynet til ytrings- og informationsfriheden vil kun sjældent opveje hensynet til fortrolighed.

EMD overlader generelt staten en vid skønsfrihed, hvad angår nødvendigheden af fortrolighed for at beskytte statens sikkerhed, jf. *Hadjianastassiou* (1992, para. 47). I denne sag godkendte EMD, at klager var blevet idømt fængselsstraf for at sælge fortrolige, men ikke særligt følsomme, oplysninger om militære missilstyringssystemer til et privat firma. I *Observer and Guardian* (1991) havde de britiske domstole midlertidigt (mens retssagen om et permanent forbud stod på) forbudt offentliggørelsen af en tidligere efterretningsagents selvbiografi; i bogen hævdede forfatteren, at den britiske efterretningstjeneste havde været involveret i ulovlige aktiviteter – bl.a. underminering af det britiske arbejderparti, aflytning af udenlandske ambassader og ulovlige militæroperationer – samt at tjenestens daværende chef var sovjetisk agent. To britiske aviser havde offentliggjort dele af bogens indhold; EMDs flertal (14/10) fandt, efter en afvejning over for offentlighedens interesse i at få kendskab til bogens indhold og under hensyn til statens skønsmargin, at det havde været berettiget at anse forbudet for nødvendigt af hensyn til statens sikkerhed.

Dansk ret forbyder (tidligere) offentligt ansatte m.fl. at videregive fortrolige oplysninger, som vedkommende har fået kendskab til gennem sin stilling, jf. Strl § 152. Forbudet gælder dog (navnlig) ikke, hvis videregivelsen af fortrolige oplysninger er sket »i berettiget varetagelse af åbenbar almeninteresse eller eget eller andres tarv«, jf. Strl § 152 e, nr. 2. I UfR 2006.65 Ø blev Frank Grevil af landsrettens flertal (5/1) idømt 4 måneders fængsel, fordi han som ansat i Forsvarets Efterretningstjeneste (FE) havde videregivet hemmeligtstemplede trusselsvurderinger vedrørende Danmarks eventuelle deltagelse i en militær operation mod Irak til en journalist på Berlingske Tidende; Grevil havde angiveligt bl.a. videregivet oplysningerne ud fra den opfattelse, at den danske regering havde ført Folketinget og befolkningen bag lyset ved at fordreje indholdet af FEs hemmelige trusselsvurderinger og fremstille det som om, FE havde vurderet, at Irak med sikkerhed var i besiddelse af masseødelæggelsesvåben (spørgsmålet om Irak besad masseødelæggelsesvåben

var op til Irak-krigens indledning i marts 2003 et centralt emne i debatten om dansk deltagelse); retten lagde til grund, at videregivelsen kunne skade FEs samarbejde med andre efterretningstjenester og dermed svække FEs effektivitet; selv om retten fandt, at der på videregivelsestidspunktet var »en betydelig offentlig interesse i at kende grundlaget for den politiske beslutning om Danmarks deltagelse i den militære aktion i Irak«, fandt flertallet ikke dette tilstrækkeligt til at gøre videregivelsen berettiget i medfør af Strl § 152 e, nr. 2, idet den ikke skete med henblik på eller medvirkede til at »afdække ulovligheder eller andre forhold af samme alvorlige karakter«. Også videregivelse af fortrolige personoplysninger er som hovedregel strafbar. I UfR 2003.1860 V blev et socialudvalgsmedlem idømt bødestraf for at have videregivet fortrolige oplysninger til en journalist om to »svært anbringelige« drenges personlige forhold og det offentliges omkostninger til drengenes institutionsanbringelse; formålet med videregivelsen var angiveligt at rejse debat om samfundets udgifter til anbringelse af belastede unge; selv om dette spørgsmål ifølge retten var af »betydelig samfundsmæssig interesse«, var det ifølge retten ikke nødvendigt for debatten at videregive personoplysningerne og dermed krænke de berørte drenges privatliv.

10. Mediernes uafhængighed og pluralisme

Medierne har som allerede omtalt central betydning for informationsfriheden og demokratiet i rollen som offentlighedens informations- og kontrolorgan. Derfor beskytter Artikel 10 medierne som institution imod statslig kontrol og styring, idet Artikel 10(1), 3. led, dog tillader, at radio- og tv-virksomhed kan gøres betinget af offentlig tilladelse. Artikel 10 stiller samtidig særlige krav til sikring af pluralisme og mangfoldighed i medierne.

10.1 Forbud mod statslig styring og kontrol

Statskontrollerede medier kan ikke sikre den fri strøm af oplysninger og meninger og endnu mindre agere »vagthund« over for magthaverne. Staten kan således næppe (længere) retfærdiggøre nødvendigheden af et statsligt monopol på radio- og tv-virksomhed, for derved begrænses den fri debat i samfundet, jf. *Informationsverein Lentia* (1993, para. 39).

10.2 Krav om tilladelse til radio- og tv-virksomhed

Derimod fremgår det udtrykkeligt af Artikel 10(1), 3. led, at bestemmelsen ikke forhindrer staterne i at stille krav om tilladelse til radio- og tv-virksomhed. Man skulle da umiddelbart tro, at staters krav om tilladelse til at drive radio og tv faldt helt uden for Artikel 10's beskyttelse. Det er dog ikke EMDs fortolkning. EMD anerkender, at det følger af Artikel 10(1), 3. led, at et system med krav om tilladelse til radio- og tv-virksomhed ikke i sig selv er i strid med Artikel 10; staten kan om nødvendigt af tekniske grunde begrænse antallet af sendetilladelser; men hvis der af andre grunde, så som radio/tv-stationens formål, målgruppe og indhold, gives afslag eller stilles vilkår for tilladelse, vil dette som andre indgreb i ytringsfriheden kun kunne retfærdiggøres efter betingelserne i Artikel 10(2); EMD er herved opmærksom på, at radio og tv er slagkraftige medier og, at der derfor kan være behov for en vis kontrol med, hvem der får tilladelse og til hvilket formål, se *Groppera Radio AG* (1990, para. 61) og *Informationsverein Lentia* (1993, para. 32).

10.3 Sikring af pluralisme og upartiskhed i medierne

Medierne har afgørende betydning for informationsformidlingen og opinionsdannelsen i samfundet. Staten skal efter Artikel 10 ikke alene respektere mediernes uafhængighed, men om nødvendigt også aktivt sikre pluralisme i medierne. Som EMD fastslog i *Informationsverein Lentia* (1993, para. 38), er staten »the ultimate guarantor« for mediepluralisme.

For det første må et tilladelsessystem vedrørende radio og tv administreres således, at der sikres alsidighed og upartiskhed i programudbudet. I Danmark følger det af Lov om radio- og fjernsynsvirksomhed, § 10, at public service medierne (DR og TV 2, jf. § 11) i programlægningen skal lægge »afgørende vægt på hensynet til informations- og ytringsfriheden«, herunder ved informationsformidlingen lægge vægt på »saglighed og upartiskhed« og generelt »sikre befolkningen adgang til væsentlig samfundsinformation og debat.«

Særligt centralt for den demokratiske proces er det, at ytringer af en hver art kan komme til orde op til et parlamentsvalg, jf. EMD i *Bowman* (1998, para. 42); i sådanne situationer skærpes kravene til mediernes alsidighed og upartiskhed, jf. også diskriminationsforbudet i Artikel 14 (se Kapitel 15). I dansk ret fastslog Højesteret tilsvarende i UfR 1960.33 H, at DR (som dengang havde monopol på tv-virksomhed), under hen-

syn til »det for et demokratisk samfund afgørende hensyn til ligelig behandling af alle de i folketingsvalget deltagende partier«, skulle have givet alle de i et folketingsvalg deltagende partier – ikke kun partier, som allerede var repræsenteret i Folketinget – adgang til at deltage i afslutningsdebatten på tv; se derimod UfR 1989.148 H om en tv-debat op til en folkeafstemning.

For det andet må staten antages at være forpligtet til at gribe aktivt ind, såfremt en monopoldannelse på medieområdet reelt truer med at kvæle pluralismen i mediebilledet. Dette kan i ekstraordinære tilfælde blive relevant, hvor der gennem private fusioner, opkøb m.v. opstår en sådan koncentration af medierne, at der reelt er etableret et informationsmonopol. I en sådan situation er staten formentlig efter Artikel 10 forpligtet til at genskabe pluralismen i medierne og dermed genetablere konkurrencen i informationsformidlingen.

11. Mediernes opsøgende arbejde

En vigtig del af mediernes virksomhed består i opsøgende journalistik: at afsløre forhold eller dække begivenheder af samfundsmæssig interesse, som ellers ikke ville komme til offentlighedens kendskab. Opsøgende journalistik kan imidlertid krænke enkeltpersoners privatliv eller på grund af de anvendte metoder krænke almene samfundshensyn.

11.1 Mediereportager som krænker individers privatliv

Mediereportager, som krænker en persons privatliv eller integritet, vil kun i helt særlige tilfælde kunne retfærdiggøres under hensyn til offentlighedens informationsinteresse.

Artikel 10(2) tillader indgreb, som er nødvendige for at beskytte »andres rettigheder«. Den offentlige informationsinteresse må derfor afvejes over for intensiteten af den skete privatlivskrænkelse. I dansk ret er det som udgangspunkt strafbart at krænke privatlivet eller hjemmets fred, jf. Strl §§ 263-264 d, men også her afvejes privatlivsbeskyttelsen over for hensynet til informationsfriheden om emner af samfundsmæssig interesse.

Her foreligger reelt et sammenstød mellem to ligestillede EMRK-rettigheder: mediernes informationsfrihed (Artikel 10) og individets krav på privatlivsbeskyttelse (Artikel 8), jf. *Caroline von Hannover*

(2004, para. 58). Europarådets Parlamentariske Forsamling har i Resolution 1165 (1998) on the Right to Privacy understreget (pkt. 11), at retten til ytringsfrihed og retten til privatlivsbeskyttelse »are of equal value«, jf. EMD i *Caroline von Hannover* (2004, para. 67). Informationsfriheden har således ingen generel fortrinsstilling her; i praksis er det snarere således, at hensynet til privatlivsbeskyttelsen normalt bliver udslagsgivende.

Snage-, sensations- og sladderjournalistik har ingen samfundsmæssig interesse og nyder derfor ingen beskyttelse imod indgreb. Det har EMD meget klart fastslået med sin énstemmige dom i *Caroline von Hannover* (2004); sagen var indbragt for EMD af Prinsesse Caroline af Monaco; selv om hun ikke udøvede officielle funktioner i fyrstendømmet, var hun i årevis blevet forfulgt af den kulørte presses papparazzi-fotografer; klagen angik ugebladenes fotografier af prinsessen i færd med dagligdags gøremål – hesteridning, cykelture, indkøb, private restaurationsbesøg etc.; EMD fandt, at billederne angik prinsessens privatliv (para. 53), idet også kendte personer har et berettiget krav på privatlivsbeskyttelse (para. 69); staten har en positiv forpligtelse til at beskytte privatlivet (para. 56f), som dog må afvejes over for hensynet til mediernes informationsfrihed om emner af samfundsmæssig interesse (para. 58 og 60); EMD fandt imidlertid, at de offentliggjorte fotos ikke havde nogen som helst samfundsmæssig interesse, men alene tilfredsstillede folks nysgerrighed og ugebladenes økonomiske interesser (para. 63ff og 76f). EMDs holdning er principiel (para. 76f):

> »the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photos and articles make to a debate of general interest. It is clear in the instant case that they made no such contribution, since the applicant exercises no official function and the photos and articles related exclusively to details of her private life (...) the public does not have a legitimate interest in knowing where the applicant is and how she behaves generally in her private life.«

EMD fandt derfor, at hensynet til informationsfriheden i sagen måtte vige for hensynet til privatlivsbeskyttelsen og statuerede krænkelse af prinsessens rettigheder efter Artikel 8.

Dansk retspraksis følger samme linje. I UfR 1974.775/2 B havde et dagblad offentliggjort meget intime nøgenfotos af en pige, optaget kort

før hun blev dræbt; retten fandt, at offentliggørelsen alene tjente et kommercielt formål, og dagbladets redaktør blev straffet efter Strl § 264 d. I UfR 1982.750 H godkendte Højesteret et forbud imod udsendelse af et tv-program om den danske frimurerordens hemmelige optagelsesceremonier; ceremonierne henhørte under frimurerordenens private forhold, jf. Strl § 264 d, og tv-programmet tjente ingen samfundsmæssig interesse. I UfR 2005.123 Ø havde ugebladet Se & Hør bragt artikler om to kendte håndboldspilleres lesbiske forhold; retten fandt, at reportagen, som intet havde med sportslige spørgsmål at gøre, udgjorde en krænkelse af kvindernes privatliv, som heller ikke i lyset af Artikel 10 kunne anses for berettiget ud fra hensynet til informationsfriheden; journalisterne og redaktøren blev derfor dømt for overtrædelse af Strl § 264 d.

Hvis mediernes privatlivskrænkelse derimod sker som led i afdækningen af forhold af samfundsmæssig interesse, skal der foretages en reel afvejning over for informationsfriheden; men der skal formentlig meget til, før hensynet til privatlivsbeskyttelsen må vige. I *Krone Verlag GmbH & Co. KG* (2002) fik en avis forbud mod at offentliggøre fotos af en navngiven politiker i forbindelse med avisens artikler, som kritiserede politikeren for ulovligt at modtage tre offentlige lønninger på samme tid; EMD fandt, at indgrebet udgjorde en krænkelse af Artikel 10 og gav dermed informationsfriheden forrang for politikerens privatlivsbeskyttelse, fordi kritikken angik et emne af »major public concern« (para. 36), men også fordi de offentliggjorte billeder »did not disclose any details of his private life« (para. 37). Fra dansk ret kan bl.a. nævnes UfR 1989.726 H, som angik en kritisk avisreportage om forholdene for institutionsanbragte psykiatriske patienter; i reportagen indgik fotos af en bæltefikseret kvinde; da kvinden på tidspunktet ikke kunne give et gyldigt samtykke, forelå formelt set en overtrædelse af Strl § 264 d; alligevel ophævede Højesteret et forbud imod reportagen under hensyn til, at billederne indgik i en »saglig reportage af betydelig nyheds- og informationsværdi« og til, at reportagen var tilrettelagt i samarbejde med institutionspersonalet og med værgens (og efterfølgende også kvindens eget) samtykke. Derimod stadfæstede UfR 1999.1154/2 Ø et forbud imod udsendelse af et tv-program om myndigheders behandling af anklager om incest i samværssager; i programmet indgik optagelser af samværet mellem en far og hans barn, samt optagelser med skjult kamera af en børnesagkyndig undersøgelse af barnet; moren, som havde forældremyndigheden, havde ikke givet samtykke, og der forelå derfor

en overtrædelse af Strl § 264 d i forhold til barnet; retten fandt ikke, at den samfundsmæssige interesse forbundet med tv-programmets emne kunne berettige krænkelsen af barnet.

Også offentligt kendte personer har ret til et privatliv, jf. føromtalte *Caroline von Hannover* (2004). Der er normalt ingen legitim offentlig interesse i at få kendskab til en kendt persons rent private forhold (se nærmere ovenfor afsnit 3.2). Derimod kan det få betydning som en form for (delvist) afkald på privatlivsbeskyttelse, hvis en person gennem offentliggørelse af en selvbiografi el.lign. frivilligt har involveret offentligheden i sit privatliv.

11.2 »Under cover« journalistik

»Under cover« journalistik er en effektiv og stadig mere udbredt metode til at afsløre fordækte forhold; essensen er, journalisten ved henvendelse til en myndighed eller til private skjuler sin identitet og sit ærinde og som følge heraf modtager oplysninger eller overværer begivenheder, som ellers ikke ville komme til offentlighedens kendskab. Hvis formålet er at afsløre magtmisbrug, ulovlige forretningsmetoder m.v., tjener »under cover« journalistik en klar samfundsmæssig interesse. »Under cover« metoder kan imidlertid støde an mod beskyttelsen af enkeltpersoners privatliv eller imod almene samfundshensyn.

En konflikt med hensynet til privatlivsbeskyttelse opstår f.eks., hvor en journalist med skjult kamera optager personer på privat område eller i private situationer med henblik på senere offentliggørelse, jf. Strl §§ 264 a og 264 d. Med mindre der efterfølgende indhentes samtykke fra de berørte, eller deres identitet sløres, vil offentliggørelse af optagelser med skjult kamera formentlig kun undtagelsesvis være beskyttet mod indgreb, se hertil *Peck* (2003, para. 80ff), samt fra dansk ret Pressenævnets udtalelse i en kendelse af 30/5 2001 (refereret i UfR 2002.2503 H): »Som udgangspunkt bør der ikke uden samtykke bringes optagelser med skjult kamera. En sådan fremgangsmåde kan kun undtagelsesvis være berettiget efter en nøje afvejning i hvert enkelt tilfælde af den samfundsmæssige interesse i forhold til den enkeltes krav på beskyttelse. I afvejningen må tillige indgå, om oplysninger, der ønskes bragt, kan tilvejebringes på anden måde end ved brug af skjult kamera.«

En konflikt med samfundshensyn opstår f.eks., hvis journalister bruger falske identitetspapirer. Dette accepteres som klar hovedregel ikke i dansk ret. I UfR 1990.71 H blev en journalist således dømt for doku-

mentfalsk, jf. Strl §§ 171-72, fordi han i Københavns Lufthavn havde forevist falsk pas og udgivet sig for at være iransk asylansøger; formålet var at undersøge politiets behandling af asylansøgere. I Hermanns domskommentar (UfR 1990 B side 249ff) fremhæves vigtigheden af, at man kan have tillid til dokumenters rigtighed, hvorfor hensynet til informationsfriheden »som altovervejende hovedregel ikke kan legitimere brugen af falske dokumenter« (side 251). UfR 2001.723 Ø fik samme udfald; her havde en DR-journalist under falsk identitet opnået stilling som sælger i et forsikringsselskab for at undersøge rygter om selskabets kritisable forretningsmetoder; landsretten dømte journalisten for dokumentfalsk, uanset den klare samfundsmæssige interesse og væsentlige nyheds- og informationsværdi, som knyttede sig til tv-udsendelsen.

12. Mediernes formidlende arbejde

En af mediernes centrale funktioner er at videreformidle ytringer og begivenheder af offentlig interesse til offentligheden og dermed bidrage til den offentlige debat.

Mediernes har derfor en videregående frihed, når de alene viderebringer eller citerer andres udtalelser, end når de udtaler sig for egen regning, jf. bl.a. *Jersild* (1994, para. 31 og 35) og *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 77). Selv om gengivelse i medierne kan forøge virkningen af f.eks. en ærekrænkende udtalelse, må journalisten, som alene formidler udtalelsen, derfor normalt fritages for straf, hvis udtalelsen angår et emne af offentlig interesse og gengives i en saglig form; medierne har herved udstrakt frihed til at bestemme, hvordan en reportage redigeres og præsenteres. I *Jersild* (1994) fandt EMDs flertal (12/7) Artikel 10 krænket; en dansk tv-journalist var blevet straffet for gennem et tv-interview at viderebringe en ungdomsgruppes forhånende udtalelser om indvandrere, selv om formålet hermed var at belyse ungdomsgruppens holdninger som udtryk for et socialt problem; EMD fremhævede, at indslaget havde offentlig interesse, og at formidling i form af interviews er et af de vigtigste midler, når medierne skal bidrage til den offentlige debat; EMD fandt heller ikke grundlag for at kritisere, at journalisten havde videreformidlet gruppens hadefulde udtalelser uden at censurere eller imødegå dem; EMD udtalte, at domstolene ikke må censurere mediernes valg af reportageform og -teknik (para. 31). Til-

svarende blev journalisten i UfR 1997.259/2 H frifundet for straf under hensyn til pressens mulighed for at varetage sin rolle som offentlighedens kontrolorgan; journalisten havde i en lokalavis citeret en andens ærekrænkende beskyldninger imod tre advokater i en klage til Advokatnævnet. I UfR 2004.1773 H blev en chefredaktør frifundet for ærekrænkelse, selvom avisen havde viderebragt en frustreret mors beskyldninger om pædofili mod en mand, som netop var blevet frifundet for at have misbrugt hendes barn; Højesteret lagde vægt på, at avisen i hovedsagen blot havde gengivet kvindens udtalelser, samt at gengivelsen var rimeligt begrundet som led i en offentlig debat om de særlige bevismæssige problemer i sager om seksuelt misbrug af børn. Medier og journalister har dog samtidig et selvstændigt ansvar for det, de formidler til en bredere kreds. De kan derfor ikke altid gå fri. I *Sürek* (1999, para. 63) godkendte EMDs flertal (11/6) således, at en redaktør var straffet for at offentliggøre et læserbrev, som tilskyndede til voldelig kamp.

Undertiden går medierne »med ind« for at dække demonstrationer eller andre begivenheder på privat område. Hvis begivenheden har samfundsmæssig interesse, nyder medierne formentlig en ret vidtgående beskyttelse imod efterfølgende sanktioner, om end det beror på situationen og vægten af de modstående hensyn. I Danmark blev journalister indtil 1994 straffet, hvis de gik ind på privat område for at dække en demonstration. I lyset af *Jersild* (1994) blev denne retstilstand ændret med UfR 1994.988 H; i sagen var et hold fra TV-Stop fulgt efter nogle demonstranter ind i Svend Aukens have for at dække en happening i protest mod Øresundsbroen; mens demonstranterne blev dømt for krænkelse af privatlivets fred, blev deltagerne fra TV-Stop frikendt under henvisning til Artikel 10 og mediernes rolle som formidler af emner af samfundsmæssig interesse; se tilsvarende UfR 1999.1675 H. Anderledes i UfR 1998.410 H, hvor fem aktivister var trængt ind på Perus ambassade i protest mod begivenheder i Peru; TV-Stop var adviseret om aktionen og kom til stede for at dække den; Højesteret fandt, at tv-stationens medarbejdere med rimelig grund var sigtet for krænkelse af privatlivets fred og godkendte herefter, at deres videooptagelser blev beslaglagt som bevismidler og med henblik på konfiskation; beslaglæggelsen fandtes ikke at stride imod Artikel 10. I UfR 2005.1145 Ø blev en journalist dømt for overtrædelse af politivedtægten, fordi hun under uroligheder havde nægtet at efterkomme politiets påbud om at holde sig væk fra nogle anholdte, liggende demonstranter; overtrædel-

sen fandtes ikke berettiget, heller ikke i lyset af Artikel 10, selv om journalisten ønskede at interviewe demonstranterne om deres motiver til demonstrationen.

13. Mediernes ret til at beskytte deres kilder

Mediernes ret til at hemmeligholde deres kilder nyder stærk beskyttelse efter Artikel 10, fordi mange – f.eks. ansatte eller personer med tilknytning til et kriminelt miljø – ellers ville afstå fra at lække væsentlige oplysninger til medierne, hvilket ville hæmme mediernes funktion som offentlighedens informations- og kontrolorgan. EMD har fastslået, jf. bl.a. *Goodwin* (1996, para. 39) og *Roemen and Schmitt* (2003, para. 46), at:

> »Protection of journalistic sources is one of the cornerstones of freedom of the press. Without such protection, sources may be deterred from assisting the press in informing the public on matters of public interest. As a result the vital public watchdog role of the press may be undermined and the ability of the press to provide accurate and reliable information may be adversely affected [derfor kan medierne kun pålægges at afsløre en kildes identitet, hvis dette er] justified by an overriding requirement of public interest«.

En fravigelse af kildebeskyttelsen kræver således tungtvejende grunde, navnlig hensynet til efterforskningen af alvorlig kriminalitet. I *Goodwin* (1996) havde en journalist fra en meddeler modtaget og herefter offentliggjort en privat virksomheds fortrolige regnskaber, som afslørede økonomiske problemer; EMDs flertal (11/7) fandt ikke, at hensynet til at opklare, hvem der havde lækket oplysningerne, var tilstrækkeligt tungtvejende til at fravige journalistens ret til kildebeskyttelse. I *Roemen and Schmitt* (2003) havde en journalist i en artikel afsløret fortrolige oplysninger om en ministers skatteforhold; herefter blev journalistens hjem og kontor ransaget af myndighederne for at finde oplysninger om identiteten på journalistens kilde; EMD fandt indgrebet særdeles alvorligt og statuerede krænkelse af Artikel 10, idet myndighederne ikke havde godtgjort, at indgrebet var eneste mulighed for at opklare lækagen hos skattemyndighederne.

Artikel 10 og EMDs praksis har ført til en øget kildebeskyttelse i dansk ret. Således er redaktører og journalister ved massemedierne nor-

malt fritaget for pligt til at afgive vidneforklaring om identiteten af deres kilder, Rpl § 172, stk. 1-4. Kildebeskyttelsen kan kun fraviges, hvis sagen angår 1) kriminalitet med en strafferamme på mindst 4 års fængsel, såfremt journalistens oplysninger må antages at have afgørende betydning for sagens opklaring, og hensynet til opklaringen klart overstiger massemediernes behov for at kunne beskytte deres kilder, Rpl § 172, stk. 5, eller 2) brud på tavshedspligt, med mindre journalisten eller kilden har villet afsløre forhold af samfundsmæssig betydning, Rpl § 172, stk. 6. I UfR 2001.1586 V stod en politiker tiltalt for at have brudt sin tavshedspligt ved at udlevere personlige oplysninger om to drenge til en journalist; oplysningerne var blevet offentliggjort i et tv-program om anbringelse af børn med sociale problemer; retten fandt i lyset af Artikel 10 ikke grundlag for at pålægge journalisten at afsløre sin kilde, under hensyn til, at »kildebeskyttelse er af meget væsentlig betydning for mediernes mulighed for at give befolkningen en fyldestgørende information om emner af samfundsmæssig relevans« (politikeren blev alligevel senere dømt, jf. UfR 2003.1860 V). Kildebeskyttelsens grænser illustreres af den fortsat relevante UfR 1987.818 H; sagen drejede sig om en påsat brand på en Shell-station; en anonym gruppe havde i dagbladet Information under pseudonymet »ukendte gerningsmænd« påtaget sig ansvaret for branden; Informations chefredaktør blev pålagt at afgive vidneforklaring om kontakten med gruppen, da sagen angik en »alvorlig forbrydelse«, hvor »væsentlige offentlige interesser« afgørende talte for vidnepligt, og idet Højesterets flertal fandt hans forklaring nødvendig for sagens opklaring.

Kildebeskyttelsen skal sikre tillidsforholdet mellem journalisten og hans meddeler. Medierne kan derfor ikke påberåbe sig kildebeskyttelse, hvis de har filmet personer med skjult kamera og først bagefter lovet de involverede anonymitet, jf. UfR 2002.2503 H.

14. Mediernes særlige pligter og ansvar

Med ytringsfriheden følger »pligter og ansvar«, jf. Artikel 10(2). Det gælder navnlig for medierne, fordi de nyder en privilegeret stilling som offentlighedens informations- og kontrolorgan og desuden har en betydelig magt: Beskyldninger i medierne kan ødelægge en politikers karriere, og afsløringer af magtmisbrug bringe en hel regering til fald;

negativ omtale i medierne af en virksomheds produkter kan medføre, at virksomheden må lukke; afsløringer i medierne af en persons private forhold kan ødelægge vedkommendes liv.

Medierne har derfor et særligt ansvar for de informationer og vurderinger, de viderebringer til offentligheden. Som professionelle nyhedsformidlere må medierne foretage grundige undersøgelser, før de bringer oplysninger til torvs, som har potentiel skadevirkning, ligesom de i det hele taget må handle i overensstemmelse med journalistisk etik. EMD har ofte udtalt, jf. bl.a. *Bladet Tromsø and Stensaas* (1999, para. 65):

> »By reason of the 'duties and responsibilities' inherent in the exercise of the freedom of expression, the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism«.

Medierne har en professionel forpligtelse til at kontrollere kildeoplysninger og foretage grundig research til underbygning af en fremsat kritik, se f.eks. *De Haes and Gijsels* (1997, para. 39) – om saglig kritik af en afgørelse i en forældremyndighedssag; *Bladet Tromsø and Stensaas* (1999, para. 65f) – om fremsættelse af beskyldninger baseret på en officiel rapport; *Pedersen and Baadsgaard* (2004, para. 78) – om fremsættelse af udokumenterede beskyldninger baseret på et enkelt vidneudsagn.

Også i dansk ret har massemedierne et særligt ansvar. Redaktøren er objektivt ansvarlig for indholdet af anonyme indlæg og medansvarlig for navngivne indlæg, hvis han vidste, at indholdet var urigtigt eller krænkede privatlivets fred, jf. Medieansvarslovens §§ 12-13 og 20-21. Endvidere skal mediernes indhold og handlemåde generelt være i overensstemmelse med god presseskik, jf. Medieansvarsloven Kapitel 5. Medierne har desuden pligt til at berigtige ikke-dokumenterede oplysninger, som er egnet til at påføre personer eller virksomheder økonomisk eller ideel skade, jf. Medieansvarsloven Kapitel 6. Klager over mediernes overtrædelse af disse professionelle pligter kan indbringes for Pressenævnet, jf. Medieansvarsloven Kapitel 7 (Pressenævnet kan pålægge redaktøren at offentliggøre Nævnets afgørelse i mediet, § 49).

Litteratur

M. Ahsan Ytringsfrihed og ærekrænkelser i et menneskeretligt perspektiv, Juristen 2002, side 248ff

Betænkning 1472 Ytringsfrihed og meddeleret for offentligt ansatte, København 2006

N.F. Cronemann Kommerciel ytringsfrihed, Justitia 2001, nr. 5, side 1ff

K. Eggen Ytringsfrihet, Cappelen Akademisk Forlag, Oslo 2002

K.A. Frøbert Massemediernes frihed og ansvar (redigeret af Henriette Schjøth), Greens Jura, København 2000

P. Germer Ytringsfrihedens Væsen, Juristforbundets Forlag, København 1973

Torben Jensen Politiske udsendelser i Danmarks Radio før valg og folkeafstemninger, UfR 1989, afd. B, side 129ff

P. Stuer Lauridsen Pressefrihed og personlighedsret, Gyldendal, København 1988

K. Miskowiak Ytringsfrihed under ansvar, DJØF, København 1998

M. Munch Trykkefrihed og forbud, UfR 1982, afd. B, side 61ff

S. Schaumburg-Müller Gælder straffelovens bestemmelser om æreskrænkelser?, UfR 2002 B, side 118ff

S. Schaumburg-Müller Presseret, DJØF, København 2003

H. Zahle Ytringsfrihed for privatansatte, UfR 1995 B, side 361ff

Kapitel 13

Retten til forsamlingsfrihed

Artikel 11 beskytter forsamlingsfriheden, som er nært forbundet med ytringsfriheden. Forsamlingsfrihedens betydning i et demokratisk samfund knytter sig navnlig til muligheden for at afholde offentlige møder eller manifestere en fælles holdning gennem fredelige demonstrationer. Staten kan kun forbyde eller opløse forsamlinger, eller på anden måde begrænse forsamlingsfriheden, hvis dette må anses som nødvendigt i et demokratisk samfund for at varetage vægtige samfundshensyn eller hensynet til andres rettigheder. Endvidere har staten en vis forpligtelse til at befordre og beskytte forsamlingsfriheden, herunder beskytte demonstrationer imod fjendtlige mod-demonstrationer.

1. Indledning

Forsamlingsfriheden har ligesom ytringsfriheden både fundamental betydning for individet og for demokratiets funktion. Forsamlingsfriheden tjener til udfoldelse af personligheden, men frem for alt udgør forsamlinger et forum for offentlig meningsudveksling og debat, samt for kollektiv manifestation af et standpunkt (demonstration).

Forsamlingsfriheden i Artikel 11 er derfor normalt nøje forbundet med ytringsfriheden i Artikel 10, jf. *Ezelin* (1991, para. 37). Som et redskab til kollektiv meningstilkendegivelse udgør forsamlingsfriheden et uundværligt element i den demokratiske proces, jf. *Stankov* (2001, para. 97) og UfR 1999.1798 H. Individets demokratiske ret til at deltage i landets styre realiseres i første række gennem stemmeretten, som giver indflydelse på parlamentets sammensætning og regeringsdannelsen. Forsamlingsfriheden er et supplement hertil, som sikrer individets adgang til sammen med ligesindede at »gå på gaden« og mere direkte søge at påvirke den førte politik og meningsdannelsen. Denne »ventil« har ikke mindst betydning for grupper, som føler sig sat uden for indflydelse i den parlamentariske beslutningsproces og savner mediernes bevågenhed. For demokratiet og statsstyret som helhed ligger værdien af forsamlingsfriheden i det løbende korrektiv til den førte politik, som her-

ved muliggøres, og de samfundsmæssige spændinger og konflikter, som hermed kan tages i opløbet. Samfundsomvæltninger har ikke sjældent taget afsæt i store folkelige massedemonstrationer i mod det bestående regime, bl.a. i 1980'ernes Østeuropa. Mens folkelige massedemonstrationer i Danmark er blevet sjældnere, har mindre demonstrationer til markering af et standpunkt i forhold til en bestemt sag (flygtninge, miljø, nedskæringer m.v.) fortsat stor betydning. Ofte ligger agitationsværdien af en sådan demonstration navnlig i den mediedækning, den afstedkommer.

EMD betragter Artikel 11 som specialbestemmelse (*lex specialis*) i forhold til Artikel 10 og vil derfor i sager, som både berører forsamlingsfriheden og den heri liggende adgang til ytringsfrihed, normalt alene vurdere sagen efter Artikel 11, se f.eks. *Ezelin* (1991, para. 35). EMD anlægger samme strenge bedømmelse ved indgreb i forsamlingsfriheden som ved indgreb i ytringsfriheden, i hvert fald hvis forsamlingen tjener et ytringsformål.

Grl § 79 giver umiddelbart en bedre beskyttelse mod forbud/opløsning af forsamlinger end Artikel 11, idet dette efter ordlyden af Grl § 79 forudsætter fare for den offentlige fred. Det antages dog i dansk ret, at også andre vægtige hensyn kan nødvendiggøre forbud eller opløsning. Således er der næppe i praksis reel forskel. Grl § 80 giver mulighed for at indsætte militæret imod voldelige forsamlinger (opløb).

Man skal altid først overveje, hvorvidt Artikel 11 overhovedet finder anvendelse, dvs. om der er tale om en »forsamling« (*afsnit 2*), som kan betegnes som »fredelig« (*afsnit 3*). I bekræftende fald er spørgsmålet herefter, om der foreligger et indgreb i forsamlingsfriheden (*afsnit 4*). Et krav om forudgående anmeldelse til politiet af offentlige møder og demonstrationer udgør som udgangspunkt ikke et indgreb (*afsnit 5*). Foreligger derimod et indgreb – forbud, opløsning eller anden begrænsning – skal dette opfylde kravene i Artikel 11(2) om hjemmel, legitimt formål og nødvendighed i et demokratisk samfund (*afsnit 6*). Endelig må det, uanset om der foreligger et indgreb eller ej, overvejes, om politiet har opfyldt sin pligt til at befordre og beskytte forsamlingsfriheden (*afsnit 7*).

2. Hvad er en forsamling?

Forsamlingsfriheden og dens grænser har især praktisk betydning ved offentlige forsamlinger med et ytringsformål (folkemøder og demonstrationer), men forsamlingsbegrebet er bredere end dette. Begrebet »forsamling« er ikke nærmere fastlagt i Artikel 11, og EMDs meget begrænsede praksis indeholder alene enkelte ansatser hertil. Disse suppleres i det følgende med traditionelle forfatningsretlige synspunkter og formålsorienterede overvejelser. I den forbindelse inddrages praksis fra den tyske forfatningsdomstol, som også på andre områder har udgjort en vigtig inspirationskilde for EMD.

2.1 Minimumskrav: Flere personer samles om et fælles formål

En forsamling forudsætter som minimum, at flere personer samles på samme tid og sted og med et fælles formål. Derimod er det ikke afgørende, om forsamlingen er privat eller offentlig, foregår indendørs eller udendørs, er stationær eller mobil (optog). Denne brede definition af forsamlingsbegrebet omfatter selvsagt mange forskellige typer af forsamlinger, f.eks. en skakklubs møde i klubbens lokaler, en spontan strandfest, et politisk møde eller en demonstration foran Christiansborg. Forsamlingsbegrebet omfatter derimod ikke en tilfældig sammenstimlen af mennesker ved f.eks. færdselsuheld eller brand. Her foreligger ingen viljesbestemt forsamling, men blot et tilfældigt opløb. Også en oprindelig forsamling kan blive til et opløb, hvis den opløses i vold eller tumulter og dermed mister det fælles formål. En tilfældigt samlet menneskemængde (opløb) kan omvendt blive til en forsamling, hvis den etablerer et fælles formål.

En offentlig forsamling vil ofte have en ledelse og en plan for forsamlingens forløb. Begge dele er praktisk og letter samarbejdet med politiet om forsamlingens afvikling. Der kan dog næppe efter Artikel 11 stilles krav om hverken en ledelse eller en plan. Navnlig må også spontane demonstrationer være beskyttet i lyset af sammenhængen med ytringsfriheden, jf. den tyske forfatningsdomstols afgørelse i »*Brokdorf*« (1985, side 350).

2.2 Skal forsamlingen have et ytringsformål (meningstilkendegivelse)?

Det antages traditionelt, at formålet med en forsamling skal være at fremkomme med en ytring (meningstilkendegivelse). Denne opfattelse er bl.a. herskende i dansk forfatningsretslig teori om Grl § 79 og begrundes i forsamlingsfrihedens nøje sammenhæng med ytringsfriheden (Poul Andersen 1954, side 697f; Max Sørensen 1973, side 392f; Justitsministeriet i Betænkning 759, 1976, side 49; Ross 1980, II, side 767; Germer 2001, side 303ff; Zahle 2003, side 124, om end med et meget vidt ytringsbegreb). Det forekommer tvivlsomt, om denne begrænsning i forsamlingsfriheden er velbegrundet og holdbar.

Ytringsbegrebet (meningstilkendegivelse) må under alle omstændigheder fortolkes bredt. EMD henviste i *Ezelin* (1991, para. 52) til »the free expression of opinions by word, gesture or even silence by persons assembled on the streets or in other public places«. En ytring behøver således ikke at være verbal, men kan også fremgå af bannere, symboler eller endog tavs manifestation; forsamlingen kan i sig selv rumme en ytring, jf. om en »sit-down« demonstration den tyske forfatningsdomstol i »*Siddeblokade*« (1986, side 249).

Kravet om et ytringsformål forekommer dog principielt problematisk. Forsamlinger med et (politisk) ytringsformål ligger selvsagt i kernen af forsamlingsfrihedens idé og nyder derfor i et demokratisk samfund en særlig beskyttelse. Dette er dog ikke ensbetydende med, at forsamlinger uden et ytringsformål – f.eks. et møde i en skakklub eller en strandfest - skal holdes uden for Artikel 11's beskyttelse. Forsamlingsfriheden tjener ikke alene hensynet til ytringsfriheden og den demokratiske proces, men er også en personlig frihedsrettighed med selvstændig værdi for individets udfoldelse. Tilsvarende omfatter foreningsfriheden efter Artikel 11 enhver type af foreninger (se Kapitel 14); da det endvidere er et vigtigt formål med mange foreninger at mødes om fælles interesser, er friheden til at forsamles også uden et ytringsformål en forudsætning for en effektiv udøvelse af foreningsfriheden. Opgives kravet om et ytringsformål, vil man endelig undgå den ofte vanskelige og til tider ganske vilkårlige sondring mellem forsamlinger med og uden ytringsformål; skal det f.eks. være afgørende, om der ved en gårdfest holdes skåltaler eller ej?

En udtalelse fra EMD i *Ezelin* (1991, para. 37), som angik en tradi-

tionel demonstration, synes implicit at støtte den her forfægtede, brede forståelse af forsamlingsbegrebet, idet EMD her synes at forudsætte, at forsamlingsfriheden ikke kun skal tjene ytringsformål: »Article 11 must, in the present case, also be considered in the light of Article 10 (...). The protection of personal opinions, secured by Article 10, is one of the objectives of freedom of peaceful assembly as enshrined in Article 11«. Højesterets dom i UfR 1999.1798 H, peger i samme retning; Højesteret fremhævede godt nok indledningsvis »muligheden for gennem forsamlinger at befordre meningstilkendegivelser«, men vurderede ikke desto mindre loven om forbud mod rockergruppernes ophold i de såkaldte »rockerborge« i lyset af Grl § 79 (og Artikel 11); herved synes det forudsat, at rockergruppernes sammenkomster er omfattet af Grl § 79 (og Artikel 11), skønt formålet med forsamlingen ikke er meningstilkendegivelse, men at pleje et socialt fællesskab.

Sammenfattende må forsamlingsfriheden i Artikel 11 formentlig antages at omfatte enhver form for viljesbestemt forsamling af flere personer med et fælles formål, idet det næppe yderligere kan kræves, at forsamlingen har et ytringsformål. Forsamlinger med et samfundsrelevant ytringsformål nyder dog selvsagt en særlig beskyttelse efter Artikel 11.

2.3 Særligt om fysiske blokader

I dansk teori har det været diskuteret, i hvilket omfang fysiske blokader er omfattet af forsamlingsbegrebet i Grl § 79. Ved fysiske blokader afskærer deltagerne med deres tilstedeværelse adgangen til et område eller en bygning. En blokade kan antage mange former – fra at være led i en politisk manifestation til at være et kampmiddel i en faglig konflikt. Hvis man antager, at forsamlingsbegrebet forudsætter et ytringsformål, vil forsamlingsfriheden kun beskytte en kortvarig og symbolsk blokade som led i en demonstration, hvis primære formål er at manifestere en holdning, men ikke en egentlig fysisk blokade, hvis (primære) formål er at spærre adgangen til et område som et tvangsmiddel for at opnå et mål, jf. også den tyske forfatningsdomstol i »*Wackersdorf*« (2001, side 105). Hvis man derimod ikke stiller krav om et ytringsformål, vil også egentlige fysiske blokader, hvis (primære) formål er at afspærre adgangen til et område, som udgangspunkt være beskyttet. I et demokratisk samfund har anvendelse af tvang som pressionsmiddel imidlertid ingen berettigelse, hvilket kunne tale for helt at udelukke egentlige fysiske blokader

fra Artikel 11's beskyttelse, jf. Artikel 17. I praksis er spørgsmålet ikke afgørende, da man under alle omstændigheder kan gribe ind med anholdelser og om nødvendigt opløsning af blokaden af hensyn til den offentlige orden, jf. Artikel 11(2). Mens danske domstole ikke har taget endeligt stilling til spørgsmålet, om fysiske blokader er beskyttet efter Grl § 79, har domstolene konsekvent godkendt, at deltagerne i fysiske blokader blev straffet, se bl.a. UfR 1979.201 V, 1980.896 H og 1997.615 V.

3. Kun »fredelige« forsamlinger er beskyttet

En vigtig og helt naturlig afgrænsning af forsamlingsfriheden ligger i, at beskyttelsen alene tilkommer »fredelige« forsamlinger, jf. Artikel 11(1). Hvis en forsamling ikke er eller ikke kan forventes at blive »fredelig«, er den slet ikke omfattet af Artikel 11. Ufredelige forsamlinger kan derfor uden videre forbydes eller opløses, idet indgrebet ikke skal retfærdiggøres efter Artikel 11(2). På grund af den brede adgang til indgreb i forsamlingsfriheden efter Artikel 11(2), bør begrebet »fredelig forsamling« ikke fortolkes alt for snævert.

En forsamling er ikke fredelig, hvis dens kollektive hensigt er voldelig, jf. *Stankov* (2001, para. 77f). Bevæbnede forsamlinger er per definition ikke fredelige, jf. også Grl § 79. En forsamling er heller ikke fredelig, hvis den kollektivt planlægger/udøver vold mod personer eller hærværk mod ejendom. Urolighederne på Nørrebro efter EU-folkeafstemningen i 1993 udgør et klart eksempel på en ikke-fredelig forsamling; deltagerne var bevæbnet med brosten, jernstænger m.v., som blev anvendt imod politiet, jf. UfR 1996.639 H. I det omfang fysiske blokader overhovedet måtte være omfattet af Artikel 11 (jf. ovenfor) er en blokade næppe i sig selv en ufredelig forsamling, selv om den opstiller hindringer for andres bevægelsesfrihed, jf. den tyske forfatningsdomstol i »*Siddeblokade*« (1986, side 248) og »*Wackersdorf*« (2001, side 106); sådanne brud på den offentlige orden må imødegås gennem indgreb efter Artikel 11(2).

Hvorvidt en forsamling er »fredelig«, beror på en vurdering af forsamlingen som helhed. En forsamling er ikke fredelig, hvis arrangørerne opfordrer til vold eller hærværk, eller hvis mængden som helhed udviser en voldelig adfærd. Enkelte voldelige elementer i en forsamling gør derimod ikke forsamlingen som helhed ufredelig, men må imødegås ved

individuelle anholdelser, jf. EMD i *Stankov* (2001, para. 103) og den tyske forfatningsdomstol i »*Brokdorf*« (1985, side 361).

Vurderingen af forsamlingen som ufredelig skal være konkret. Et forudgående forbud kan således ikke alene begrundes med, at den pågældende gruppe/organisation tidligere har afholdt ufredelige demonstrationer. Det vil også i øvrigt kræve meget stærke indicier – f.eks. opfordring til at medbringe våben, til vold el.lign. – før en forsamling på forhånd kan forbydes som ufredelig. Mere almindeligt er, at en oprindeligt fredelig forsamling udvikler sig voldeligt og herefter må opløses.

Har forsamlingen ikke voldelige hensigter, vil den være omfattet af Artikel 11, selv om forsamlingen kan forventes at ville afføde stærke reaktioner fra omgivelserne og dermed føre til uroligheder. Hvorvidt omgivelsernes reaktion på en fredelig demonstration nødvendiggør forbud/opløsning af forsamlingen, skal vurderes efter Artikel 11(2), hvor det afgørende er, om forsamlingen objektivt set medfører fare for den offentlige fred uanset, om denne fare udgår fra forsamlingen eller fra omgivelserne (se afsnit 6.2).

4. Forsamlingsfrihedens indhold

Artikel 11 beskytter individets ret til uden forudgående tilladelse at forsamle sig fredeligt sammen med andre om et fælles formål; forsamlingsfrihedens kerne er friheden til at demonstrere og afholde offentlige debatmøder. Artikel 11 beskytter derimod ikke individet imod at blive anholdt eller straffet for lovovertrædelser begået under forsamlingen.

4.1 Hvem tilkommer forsamlingsfriheden?

Forsamlingsfriheden efter Artikel 11 tilkommer alle, både statsborgere og udlændinge med lovligt ophold på statens territorium, jf. Artikel 1. Staten har imidlertid efter folkeretten ret til at kontrollere udlændinges indrejse i landet. Der foreligger således ikke et indgreb i forsamlingsfriheden, hvis myndighederne ved grænsen afviser udlændinge, som er på vej til landet for at deltage i en demonstration.

4.2 Friheden til at deltage i fredelige forsamlinger

Friheden til at forsamle sig indebærer en ret for individet til at planlægge og deltage i fredelige forsamlinger, herunder til selv at vælge forsam-

lingens tidspunkt, sted, form og indhold; essentiel er friheden til at tilkendegive meninger af enhver art.

Adgangen til at forsamles skal være fri. Der kan ikke kræves forudgående tilladelse fra myndighederne til en forsamling (forsamlingscensur), jf. også Grl § 79. Også forsamlingens afvikling skal så vidt muligt foregå uhindret af offentlig indblanding. Enhver form for indgreb i eller begrænsende regulering af forsamlingsfriheden må efter Artikel 11(2) kunne retfærdiggøres som nødvendig i et demokratisk til varetagelse af vægtige hensyn til samfundet eller andres rettigheder; særligt indgreb eller regulering, som retter sig mod at afskære eller begrænse forsamlingens adgang til meningstilkendegivelse, er betænkelige, da adgangen til meningstilkendegivelse udgør forsamlingsfrihedens kerne (se afsnit 6).

Myndighederne skal desuden befordre og beskytte forsamlingsfriheden ved at træffe nødvendige foranstaltninger for at sikre en fredelig afvikling af forsamlingen (se afsnit 7).

Da Artikel 11 er en individuel rettighed, beskytter den også imod, at en person straffes for sin blotte deltagelse i en lovlig forsamling, jf. *Ezelin* (1991, para. 53). EMD statuerede i denne sag krænkelse, fordi en advokat blev idømt disciplinære sanktioner for at have deltaget i en demonstration uden at tage klar afstand fra de uroligheder, som fandt sted; advokaten havde ikke selv foretaget sig noget strafbart eller ulovligt under demonstrationen.

4.3 Ikke frihed til at overtræde den almindelige lovgivning

Derimod skal deltagere i forsamlinger overholde den almindelige lovgivning ligesom alle andre. Artikel 11 beskytter således ikke individet imod anholdelse og efterfølgende sanktioner, hvis vedkommende under forsamlingen begår strafbare handlinger eller i øvrigt overtræder lovgivningen, herunder politiets lovlige anvisninger med henblik på opretholdelse af den offentlige orden, jf. UfR 2001.1200 Ø.

Anholdelse må dog aldrig anvendes til at omgå forsamlingsfriheden. Anholdelse af demonstranter må i første række vurderes efter Artikel 5 (se Kapitel 8), men kan også indebære en krænkelse af Artikel 10 og 11, jf. *Steel* (1998). Dette er aktuelt ved vilkårlige masseanholdelser; anholdelse af alle deltagere i en demonstration forudsætter, at de alle kan mistænkes for lovovertrædelser, jf. Rpl § 755; ellers vil masseanholdel-

sen reelt få karakter af en opløsning af forsamlingen, se utrykt dom fra Østre Landsret af 6. juni 1986 (1. afd., sag 202/1985), hvor retten underkendte politiets anholdelse af en hel demonstration – over 300 personer – efter, at nogle demonstranter havde kastet med maling m.v.; en sådan masseanholdelse er reelt et indgreb i forsamlingsfriheden, som bør vurderes efter Artikel 11(2) (se afsnit 6). Også forebyggende anholdelse kan misbruges til at forhindre en demonstration; anholdelse forudsætter en konkret begrundet mistanke om planlagte ulovligheder, se UfR 1986.383 V, hvor retten underkendte politiets anholdelse af en gruppe personer på vej til en lovlig demonstration efter et tip om gruppens mulige odiøse hensigter.

4.4 Lovgivning, som specifikt regulerer deltagelse i forsamlinger

Undertiden indeholder lovgivningen regler, som kun gælder for deltagere i forsamlinger. Hvis reglerne ikke er rettet mod at begrænse forsamlingsfriheden som sådan eller forsamlingens adgang til meningstilkendegivelse, beskytter Artikel 11 antagelig ikke mod anholdelse og efterfølgende sanktioner over for personer, som ikke overholder sådanne regler.

I dansk ret straffes deltagere i en forsamling, som opsøger slagsmål eller på anden måde groft forstyrrer den offentlige orden, Strl § 134 a. Endvidere er det siden 2000 som udgangspunkt strafbart under en offentlig forsamling at bære maske el. lign., som er egnet til at hindre identifikation af deltageren, Strl § 134 b, se UfR 2004.674 Ø og 2005.2347 Ø. Dog gælder maskeforbudet ikke en tildækning af ansigtet, som tjener et »anerkendelsesværdigt formål«, Strl § 134 b, stk. 3. Med denne undtagelse sikres, at maskeringsforbudet kan håndhæves under hensyntagen til ytrings- og forsamlingsfriheden. Efter forarbejderne er maskering m.v., som har karakter af en meningstilkendegivelse, således som udgangspunkt ikke omfattet af forbudet; tilsvarende gælder bemaling/tildækning i forbindelse med f.eks. karnevalsoptog, fodboldkampe og af religiøse grunde.

5. Krav om forudgående anmeldelse af offentlige møder og demonstrationer

I Danmark er der som i mange andre lande pligt til at anmelde planlagte offentlige demonstrationer og møder til politiet. Anmeldelsespligten er omtalt i Politilovens § 7, stk. 2, som forudser fastsættelse af nærmere regler i medfør af § 23. På dette grundlag har Justitsministeren udstedt Bekendtgørelse nr. 511 af 20. juni 2005, som i § 5 bestemmer:

> »Optog og møder på veje skal anmeldes ved personlig henvendelse til politiet senest 24 timer, før de skal finde sted. Anmeldelsen skal foretages af arrangøren eller af en repræsentant for denne og indeholde angivelse af formålet med mødet eller optoget, tidspunktet, mødestedet, ruten samt det forventede antal deltagere.«

Anmeldelsespligten tjener først og fremmest et praktisk formål, idet den gør det muligt for politiet at overvære forsamlingen, jf. Grl § 79, og sikre en fredelig og smidig afvikling af forsamlingen, herunder en beskyttelse af forsamlingen. Samtidig åbner anmeldelsen dog for en forhåndsvurdering af forsamlingens fredelige karakter og muliggør en løbende kontrol med dens afvikling. Et krav om forudgående anmeldelse af offentlige forsamlinger er både praktisk og nødvendigt, men kan kun forenes med forsamlingsfriheden under visse forudsætninger og med visse modifikationer:

For det første kan manglende forudgående anmeldelse ikke i sig selv føre til forbud mod/opløsning af forsamlingen. Manglende anmeldelse medfører ikke i sig selv, at en forsamling bliver ulovlig, men arrangøren af forsamlingen kan straffes.

For det andet kan anmeldelsespligten ikke gælde undtagelsesfrit og uindskrænket for enhver offentlig forsamling. Også spontane demonstrationer bør nyde beskyttelse i et demokratisk samfund; anmeldelsespligten bør derfor ikke gælde for spontane demonstrationer, hvor der ikke er reel mulighed for forudgående anmeldelse, jf. også den tyske forfatningsdomstol i »*Brokdorf*«, (1985, side 350f). Ligeledes bør der for demonstrationer, som planlægges afholdt med kort varsel, og hvor lovens anmeldelsesfrist derfor ikke kan overholdes, alene være pligt til at anmelde forsamlingen umiddelbart efter, at beslutningen er truffet, jf. også den tyske forfatningsdomstol i »*Lynforsamling*« (1991).

Med disse forbehold indebærer selve anmeldelsespligten ikke et indgreb i forsamlingsfriheden. Anmeldelsen kan imidlertid føre til, at politiet nedlægger forbud mod forsamlingen eller pålægger den restriktioner med hensyn til sted, tidspunkt m.v. Sådanne foranstaltninger udgør selvsagt et indgreb i forsamlingsfriheden (se afsnit 6).

6. Indgreb i forsamlingsfriheden

6.1 Generelt om indgrebsbetingelserne i Artikel 11(2)

Ethvert indgreb i forsamlingsfriheden skal overholde kravene i Artikel 11(2), hvorefter indskrænkninger i forsamlingsfriheden skal have hjemmel, forfølge ét de opregnede hensyn, samt kunne anses som »nødvendigt i et demokratisk samfund« (se også Kapitel 5). Højesteret har i UfR 1999.1798 H fortolket Grl § 79 i overensstemmelse med Artikel 11's nødvendigheds- og proportionalitetskrav: »begrænsninger efter Grl § 79 må dog ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for en sådan beskyttelse af andre væsentlige interesser, jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11«.

Generelt indebærer nødvendigheds- og proportionalitetskravet, at lovgiver og politiet skal tage udstrakt hensyn til forsamlingsfriheden og – hvis indgreb bliver nødvendigt for at varetage andre vægtige samfundshensyn – vælge den mindst indgribende af flere egnede løsninger. Ved forsamlinger uden et ytringsformål må der antages at være et videre rum for indgreb end ved politiske møder og demonstrationer, som hører til kernen i forsamlingsfriheden. Forsamlingens villighed til samarbejde med politiet har endvidere betydning. Det vil lettere blive nødvendigt at gribe ind, hvis en demonstration ikke på forhånd er anmeldt, og/eller hvis politiet på grund af en fjendtlig indstilling hos forsamlingens arrangør og deltagere ikke kan samarbejde med disse om en fredelig afvikling af demonstrationen, jf. også den tyske forfatningsdomstol i *»Brokdorf«* (1985, side 358f).

Kravene til et indgrebs nødvendighed og proportionalitet vil i øvrigt afhænge af indgrebets karakter, intensitet og formål. Et forudgående indgreb kræver mere tungtvejende grunde end et efterfølgende indgreb; der er i et demokratisk samfund særlige betænkeligheder forbundet med et forudgående forbud, som minder om forsamlingscensur, jf. om ytringscensur *Observer and Guardian* (1991, para. 60). Det kræver des-

uden meget tungtvejende grunde at forbyde eller opløse en forsamling, idet forsamlingen herved helt afskæres fra at finde sted/fortsætte; mindre vidtgående restriktioner skal altid overvejes, før man skrider til forbud/opløsning. Derimod kan saglige grunde oftere retfærdiggøre mindre vidtgående restriktioner, pålæg og anvisninger, som ikke afskærer forsamlingen fra at finde sted, men alene begrænser friheden til at vælge forsamlingens tidspunkt, sted/rute, udtryksmidler m.v. Endelig vil der som udgangspunkt ikke kunne foretages indgreb, som retter sig mod indholdet af forsamlingens meningstilkendegivelser, se nedenfor.

6.2 Forbud mod eller opløsning af en forsamling

Forudgående forbud imod en forsamling eller opløsning af en igangværende forsamling er et vidtgående indgreb, fordi forsamlingen hermed helt afskæres/standses. Derfor skal politiet altid først overveje mindre indgribende alternativer, herunder om det er tilstrækkeligt at anholde individuelle uromagere eller give forsamlingen anvisninger om et andet opholdsted, en ændret rute m.v.

En forsamling, som er forbudt/opløst, betragtes i dansk ret som et opløb, se f.eks. UfR 1934.152 V. Over for sådanne opløb kan politiet/militæret efter tre advarsler skride ind med magt under overholdelse af almindelige forvaltningsretlige grundsætninger, jf. Grl § 80. Fortsat deltagelse i et opløb er herefter strafbar, Strl § 134.

Fare for den offentlige fred

Den klassiske situation, hvor forbud mod/opløsning af en forsamling kan blive nødvendigt, er den, hvor forsamlingen frygtes at medføre/medfører fare for den offentlige fred, jf. også Grl § 79, 3. pkt. og Politilovens § 7, stk. 4-5. Fare for den offentlige fred foreligger kun ved mere omfattende uroligheder eller optøjer, som indebærer en umiddelbar risiko for personers liv og helbred eller for ikke uvæsentlig skade på ejendom. Der skal foreligge en konkret begrundet fare (objektive faremomenter). Hvis forsamlingen i sig selv er fredelig, vil det derfor under normale forhold være vanskeligt at retfærdiggøre et forudgående forbud med henvisning til faren for den offentlige fred; der ligger normalt den mulighed at afvente begivenhedernes gang. Derimod vil en risiko for uroligheder eller sammenstød med allerede anmeldte mod-demonstrationer kunne begrunde mindre vidtgående restriktioner med hensyn til tid og sted for demonstrationens afholdelse. Fredelige forsamlinger kan

opløses undervejs, hvis forsamlingen enten selv som helhed udvikler sig voldeligt og derfor ikke længere er »fredelig«, eller hvis omverdenens reaktion på forsamlingen er så voldsom, at der er en nærliggende risiko for voldelige sammenstød og uroligheder, som politiet er ude af stand til at kontrollere – altså en nødretssituation.

I modsætning til Grl § 79, 3. pkt., som kun tillader forbud mod/opløsning af forsamlinger »under åben himmel«, muliggør Artikel 11 i princippet også forbud mod/opløsning af indendørs forsamlinger. Normalt vil en indendørs forsamling dog ikke give anledning til indgreb, med mindre den ender i slagsmål el.lign. og dermed bliver en ufredelig forsamling (opløb), som ikke længere nyder beskyttelse efter Artikel 11. Indgreb på grund af fare for den offentlige fred er derfor formentlig kun aktuelt i forhold til udendørs forsamlinger.

Det følger af hensynet til en effektiv og reel beskyttelse af forsamlingsfriheden, samt af proportionalitetsprincippet, at enkelte uromagere eller individuelle udskejelser ikke kan begrunde indgreb over for hele forsamlingen, men bør imødegås ved individuel anholdelse og retsforfølgning, jf. *Stankov* (2001, para. 103). Også i dansk ret skal en fare for den offentlige sikkerhed eller orden, som udgår fra enkelte forsamlingsdeltagere, imødegås ved individuelle indgreb, jf. Politilovens § 8. Også i øvrigt må politiet altid overveje mindre vidtgående indgreb, før man skrider til forbud mod/opløsning af forsamlingen.

Andre situationer

Opløsning kan desuden i særlige tilfælde blive nødvendig, hvis en forsamling krænker andre vægtige hensyn – herunder andres ejendom, den offentlige sundhed, sædeligheden eller den offentlige orden (f.eks. en fysisk blokade). I disse tilfælde vil mindre vidtgående restriktioner dog typisk være tilstrækkeligt. Trods ordlyden af Grl § 79, 3. pkt., anerkendes også i dansk ret, at opløsning kan blive aktuelt uden for de tilfælde, hvor forsamlingen afstedkommer en fare for den offentlige fred, jf. UfR 2001.1200 Ø.

6.3 Mindre vidtgående begrænsninger

Hvis en forsamling ikke giver anledning til fare for den offentlige fred, men kolliderer med andre hensyn opregnet i Artikel 11(2), vil det ofte være tilstrækkeligt at pålægge forsamlingen visse restriktioner med hensyn til tid og sted. Sådanne restriktioner kan navnlig blive nødvendige af

hensyn til den offentlige sikkerhed eller trafikken. I dansk ret findes hjemlen herfor i Politilovens § 7, stk. 3:

> »Politiet kan give påbud om, at en forsamling skal holdes et andet sted end det påtænkte, eller fastsætte andre vilkår for forsamlingens afholdelse, når der er begrundet frygt for fare for betydelig forstyrrelse af den offentlige orden, herunder betydelig forstyrrelse af færdslen, eller fare for enkeltpersoners eller den offentlige sikkerhed.«

Typiske er trafikalt begrundede restriktioner vedrørende forsamlingens mødested, rute og tidspunkt. Politiet skal dog positivt befordre forsamlingsfriheden og bør derfor strække sig ganske langt for at imødekomme forsamlingens ønsker. Man har dog næppe noget krav på f.eks. at afholde et demonstrationsoptog på en hovedfærdselsåre midt i myldretiden. Også opretholdelse af den offentlige sikkerhed kan nødvendiggøre begrænsninger med hensyn til tid og sted. Sikkerhedshensyn i forbindelse med topmøder el. lign. kan nødvendiggøre visse restriktioner, men må ikke afskære en demonstration med tilknytning til begivenheden fra at finde sted så tæt på denne, som det er forsvarligt. Hvis to demonstrationer forventes at ville støde sammen, må den senest anmeldte anvises et andet sted eller et andet tidspunkt. Det kan også være nødvendigt af hensyn til den offentlige orden at pålægge en demonstration, som ønskes afholdt midt om natten i bebygget område, at flytte tidspunktet. Hvis politiets pålæg og anvisninger ikke følges, må forsamlingen om nødvendigt forbydes/opløses.

I dansk ret har lovgiver desuden vedtaget restriktioner på forsamlingsfriheden med hensyn til valg af mødested, som alene er rettet mod bestemte grupper og har til formål at forebygge forbrydelse og beskytte offentlighedens sikkerhed og tryghed.

Med den såkaldte »rocker-lov« fra 1996 (lov nr. 907 af 15. oktober 1996 om forbud mod ophold i bestemte ejendomme) tog lovgiver et utraditionelt skridt for at beskytte offentligheden imod at blive ofre i den verserende rockerkrig mellem Hells Angels og Bandidos, som på daværende tidspunkt allerede havde krævet uskyldige ofre. Efter loven kan politiet forbyde rockergruppernes medlemmer at mødes i »rockerborge«, hvis deres tilstedeværelse skønnes at indebære en risiko for, at stedet bliver angrebet af den rivaliserende rockergruppe med heraf følgende fare for naboer og forbipasserende, § 1. Højesteret fandt i UfR 1999.1798 H loven forenelig med Grl § 79 og Artikel 11, fordi loven tjener tungt-

vejende hensyn til den offentlige sikkerhed og kun i begrænset omfang berører rockergruppernes adgang til at forsamles: »Loven er ikke rettet mod gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse (...). Ordningens betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt udsættes for fare. Ved gruppernes fortsatte tilstedeværelse på deres kendte tilholdssteder ville denne fare for udenforstående kun kunne afværges effektivt ved en så omfattende politiindsats, at følgerne heraf ville være langt mere indgribende«.

En lignende forbudsordning er i 2001 etableret for at komme de såkaldte »hashklubber« til livs (lov nr. 471 af 7. juni 2001 om forbud mod besøgende i bestemte lokaliteter), idet disse »klubber« både er centrum for kriminalitet – salg af hash og hælervarer, hasardspil m.v. – og skaber utryghed og gener for naboerne. Efter loven kan politiet således nedlægge forbud mod at modtage eller opholde sig som besøgende på bestemte adresser (»hashklubber«), § 1, stk. 1-2; forbudet omfatter dog ikke personer, som alene besøger stedet for at deltage i en forsamling »med et politisk eller andet meningsbefordrende øjemed«, stk. 4. Se om forbudets anvendelse bl.a. UfR 2002.1295 V, 2004.710 Ø og 2004.1986 V.

6.4 Indgreb rettet mod forsamlingens ytringer?

Kernen i forsamlingsfriheden er den fri adgang til kollektiv meningstilkendegivelse, jf. *Stankov* (2001, para. 85f). Derfor må der som udgangspunkt ikke gøres indgreb i forsamlingsfriheden, som retter sig imod forsamlingens ytringer/holdninger (ytringscensur). I særdeleshed er generelle forsamlingsforbud rettet mod bestemte organisationer eller tilhængere af bestemte holdninger uforeneligt med demokratiet, jf. *Stankov* (2001, para. 97). Man kan f.eks. ikke forbyde anti-kristne eller højreekstremistiske forsamlinger alene på grund af deres holdninger. Den tyske forfatningsdomstol har rammende udtalt, at myndighederne ved indgreb i forsamlingsfriheden skal forholde sig »indholdsneutralt«, se »*Wackersdorf*« (2001, side 110). Det vil som udgangspunkt også være i strid med Artikel 11 ved lov at fastsætte et maksimalt antal deltagere i offentlige forsamlinger, for derved begrænses den kollektive ytringsfrihed, som er forsamlingsfrihedens kerne. Det danske forbud mod at bære maske m.v. i en offentlig forsamling, jf. Strl 134 b, krænker derimod

ikke forsamlingens adgang til meningstilkendegivelse; formålet er alene at sikre, at deltagerne kan identificeres og dermed drages til ansvar for eventuelle lovovertrædelser, og forbudet gælder ikke maskering m.v., som tjener et ytringsformål, jf. stk. 3 (se ovenfor afsnit 4.4.).

EMD har dog taget et forbehold. EMD udtalte principielt i *Stankov* (2001, para. 97):

> »The essence of democracy is its capacity to resolve problems through open dialogue. Sweeping measures of a preventive nature to suppress freedom of assembly and expression other than in cases of incitement to violence or rejection of democratic principles – however shocking and unacceptable certain views or words used may appear to the authorities (...) – do a disservice to democracy and often even endanger it«.

EMD synes her at forudsætte, at Artikel 11 slet ikke beskytter ytringer fra en forsamling, som rummer enten »tilskyndelse til vold« eller »fornægtelse af demokratiske principper« (se også om ytringsfriheden Kapitel 12), jf. Artikel 17 om misbrug af rettigheder og *Refah Partisi* (2003, para. 97) (se Kapitel 5). En forsamlings tilskyndelse til vold synes således i sig selv at kunne retfærdiggøre forbud/opløsning. Det bør dog kun gælde, hvis der opfordres til umiddelbare voldshandlinger; i så fald er forsamlingen ikke »fredelig« og nyder allerede derfor ingen beskyttelse, jf. Artikel 11(1). Derimod bør en forsamling ikke kunne forbydes/opløses alene, fordi der fremsættes generelle udtalelser om en fremtidig revolution eller anden voldelig samfundsomvæltning. Dette vil oftest være ren retorik, som man må tage afstand fra, men som ikke objektivt nødvendiggør et indgreb. En forsamlings fornægtelse af demokratiske principper synes ifølge EMD tilsvarende i sig selv at kunne begrunde forbud/opløsning. Dette forekommer endnu mere betænkeligt end ved tilskyndelse til vold. Racistiske ytringer m.v. bør imødegås gennem straf frem for forsamlingsforbud. Ellers kommer man let ud på en glidebane af censur, hvor det vil kunne forsvares at forbyde/opløse ikke bare nazistiske demonstrationer, men også f.eks. demonstrationer til fordel for dødsstraffen eller pædofili. EMDs linje harmonerer ikke med den mere tolerante danske tradition vedrørende fortolkningen af Grl §§ 77 og 79.

Noget andet er, at en forsamling selvsagt kan forbydes/opløses, hvis der som følge af omverdenens reaktion på dens ytringer opstår fare for den offentlige fred (se ovenfor afsnit 6.2). Dette skal imidlertid bero på

en objektiv vurdering, ikke på indholdet af de fremsatte ytringer. I *Stankov* (2001, para. 97) havde regeringen sandsynliggjort, at nogle forsamlinger ville fremkomme med krav fra det makedonske mindretal om løsrivelse fra Bulgarien. EMD afviste, at dette i sig selv kunne retfærdiggøre et forsamlingsforbud: »Demanding territorial changes in speeches and demonstrations does not automatically amount to a threat to a country's territorial integrity and national security«.

7. Pligten til at befordre og beskytte forsamlingsfriheden

Artikel 11 rummer ifølge EMD en positiv forpligtelse for staten til aktivt at befordre og beskytte forsamlingsfriheden, om end statens forpligtelse i så henseende kun omfatter de foranstaltninger, man med rimelighed kan forvente af myndighederne i situationen. EMD udtalte i den ledende dom *Plattform »Ärzte für das Leben«* (1988, para. 32-34):

> »Genuine, effective freedom of peaceful assembly cannot (...) be reduced to a mere duty on the part of the State not to interfere (...) Article 11 sometimes requires positive measures to be taken, even in the sphere of relations between individuals (...). While it is the duty of Contracting States to take reasonable and appropriate measures to enable lawful demonstrations to proceed peacefully, they cannot guarantee this absolutely and they have a wide discretion in the choice of the means to be used (...). In this area the obligation they enter into under Article 11 of the convention is an obligation as to measures to be taken and not as to results to be achieved.«

Artikel 11 er krænket, hvis politiet har forsømt at træffe de foranstaltninger til sikring af en fredelig og for forsamlingens ytringsformål tilfredsstillende afvikling af demonstrationen, som er nødvendige og, som med rimelighed kan forventes i situationen. Når offentlige demonstrationer og møder skal anmeldes til politiet på forhånd, er det ikke mindst for at gøre det muligt for politiet at tilrettelægge forsamlingens praktiske afvikling på en måde, som befordrer og beskytter forsamlingsfriheden. En anmeldt demonstration kan i højere grad end en ikke anmeldt demonstration forvente effektiv politibistand, både hvad angår trafikregulering og beskyttelse imod moddemonstranter. Tilsvarende vanskeliggøres politiets arbejde, hvis arrangørerne af en anmeldt demonstration ændrer planer. I *Plattform »Ärzte für das Leben«* (1988) valgte arrangø-

rerne af en anti-abort demonstration kort før start en ny rute på et tidspunkt, hvor politiet allerede havde taget opstilling langs den oprindelige rute og ikke havde tid til omgruppering; det fik indflydelse på den beskyttelse, politiet var i stand til at give demonstranterne.

Også i dansk ret er det nu udtrykkeligt fastslået, at »politiet har til opgave at beskytte borgernes ret til at forsamle sig«, jf. Politilovens § 7, stk. 1. Politiets pligter i så henseende er nærmere præciseret i bekendtgørelser og vedtægter udstedt i medfør af Politiloven.

7.1 Politibistand til trafikregulering m.v.

Forsamlinger på offentlige steder og veje, hvortil der er almindelig adgang, vil ofte kun kunne afvikles på fredelig og ordentlig vis, hvis politiet yder bistand. Navnlig er der behov for en regulering af trafikken gennem afspærring m.v., så en demonstration eller et optog kan finde sted uden at kollidere med trafikken. Staten er derfor efter Artikel 11 forpligtet til at stille politibistand til rådighed for planlagte og forud anmeldte demonstrationer i rimeligt omfang.

7.2 Politibeskyttelse imod mod-demonstrationer

Praktisk vigtig er endvidere statens pligt til gennem politibistand at beskytte demonstrationer imod mod-demonstranter, som søger at forstyrre eller helt forhindre demonstrationen. EMD udtalte i *Plattform »Ärzte für das Leben«* (1988, para. 32):

> »A demonstration may annoy or give offence to persons opposed to the ideas or claims that it is seeking to promote. The participants must, however, be able to hold the demonstration without having to fear that they will be subject to physical violence by their opponents; such a fear is likely to deter associations or other groups supporting common ideas or interests from openly expressing their opinions on highly controversial issues affecting the community. In a democracy the right to counter-demonstrate cannot extend to inhibiting the exercise of the right to demonstrate«.

Politiet skal og vil normalt gå langt for at beskytte forsamlingsfriheden. Politiets beskyttelsespligt er dog ikke uden grænser. Politiet har også andre opgaver end at beskytte forsamlinger og kan derfor ikke garantere en demonstrations uforstyrrede afvikling under enhver omstændighed og på et hvilket som helst sted. Er der en konkret risiko for konfrontation med andre (mod-)demonstrationer, og skønner politiet, at man

ikke med de til rådighed værende ressourcer kan sikre demonstrationen på de foreliggende vilkår, kan politiet pålægge en stedmæssig eller tidsmæssig flytning af demonstrationen (jf. afsnit 6.3). I sensommeren 2002 anmeldte vækkelsesprædikanten Moses Hansen et lille kristent-nationalistisk optog på Nørrebro, som mødte stærk modstand fra lokalbefolkningen. Københavns politi hindrede kun uroligheder ved at udkommandere 550 betjente til at beskytte optoget. Da Moses Hansen kort efter anmeldte en nyt optog, fik han imidlertid meddelelse om, at politiet ikke kunne afse samme beskyttelsesressourcer én gang til.

Opstår der sammenstød mellem demonstranter og mod-demonstranter, som skyldes en utilstrækkelig politiindsats, kan politiet ikke desto mindre skride til opløsning af begge demonstrationer, hvis der foreligger en fare for den offentlige fred (se afsnit 6.2). Fredelige demonstranter vil dog i sådanne tilfælde efterfølgende kunne gøre gældende, at deres forsamlingsfrihed efter Artikel 11 er blevet krænket, fordi politiets forsømmelse gjorde det nødvendigt at opløse en i udgangspunktet fredelig demonstration. Efter dansk ret er det i øvrigt strafbart at forsøge at forhindre andre i at afholde en lovlig sammenkomst, Strl § 137.

Litteratur

T. Bull Mötes- og demonstrationsfriheten, Iustus Förlag, Uppsala 1997

P. Germer Ytringsfrihedens væsen, 1973, navnlig side 211-216

E. Hjelm og F. H. Christensen Masseanholdelser, Justitia, nr. 2 1987, side 1-30

Justitsministeriet Notat om rækkevidden af bestemmelserne i grundlovens § 77 og § 79 i forbindelse med demonstrationer under arbejdskonflikter, optrykt i Betænkning 759 (1976), side 47ff

Kapitel 14

Retten til foreningsfrihed

Artikel 11 beskytter ikke alene friheden til at danne, drive og være medlem af en forening (positiv frihed), men også friheden til at stå uden for en bestemt forening (negativ frihed). Staten må kun foretage de indgreb i foreningsfriheden, som er nødvendige i et demokratisk samfund for at varetage vægtige samfundshensyn eller hensynet til andres rettigheder. Politiske foreninger (partier) nyder en særlig beskyttelse mod indgreb i kraft af deres fundamentale betydning for den demokratiske proces. Staten har endvidere en positiv forpligtelse til at beskytte foreningsfriheden i forholdet mellem private. Beskyttelsespligten har navnlig haft betydning i sager om fagforeningstvang på det private arbejdsmarked.

1. Indledning

Foreningsfriheden er ligesom ytringsfriheden ikke bare vigtig for individet, men også fundamental for den demokratiske meningsdannelse og proces. EMD har således udtalt, jf. *Sidiropoulos* (1998, para. 40) og *Gorzelik* (2004, para. 88), at:

> »the state of democracy in the country concerned can be gauged by the way in which this freedom is secured (...) the Court has on numerous occasions affirmed the direct relationship between democracy, pluralism and the freedom of association ...«.

Højesteret udtalte tilsvarende i UfR 1999.1798 H, at bl.a. »bestemmelsen om foreningsfrihed i Grl § 78 er en nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demokrati«.

Artikel 11 beskytter foreninger med et hvilket som helst formål. Individet har frihed til at dyrke et organiseret fællesskab med andre – i en sportsklub, en kulturel forening el.lign. Foreningsfriheden muliggør også kollektiv varetagelse af fælles interesser – i en fagforening, grundejerforening el.lign. Navnlig politisk foreningsfrihed er uundværlig i et demokrati, fordi politiske partier spiller en central rolle i valgprocessen

og den politiske debat, jf. *United Communist Party* (1998, para. 43ff). Artikel 11 har således ofte sammenhæng med Artikel 9 og 10, idet et vigtigt formål med foreningsfrihed er at sikre tanke-, menings- og ytringsfriheden, jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 57), *Rekvényi* (1999, para. 58) og *Gorzelik* (2004, para. 91). EMD har dog understreget, at også andre foreninger end politiske partier er vigtige for demokratiet, jf. *Gorzelik* (2004, para. 92):

> »While ... the Court has often referred to the essential role played by political parties in ensuring pluralism and democracy, associations formed for other purposes (...) are also important to the proper functioning of democracy. For pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively.«

Grundlæggende indebærer princippet om foreningsfrihed, at individet selv frit må kunne vælge at danne og drive en forening, melde sig ind i en forening eller stå uden for en (bestemt) forening uden, at dette kommer vedkommende til skade. Af politiske og historiske grunde har man dog traditionelt sondret mellem foreningsfrihedens positive side: friheden til at danne/være medlem af en forening, og dens negative side: friheden til at stå uden for en forening. Mens friheden til foreningsdannelse og -medlemskab er en klassisk del af Artikel 11, er friheden til at stå uden for en (bestemt) forening kun gradvist blevet anerkendt som beskyttet af Artikel 11; det skyldes navnlig, at spørgsmålet om fagforeningstvang er politisk følsomt. Foreningsfrihedens positive og negative sider er dog ofte forbundne; en effektiv sikring af foreningsfriheden forudsætter beskyttelse af begge.

Artikel 11 beskytter i første række mod statslige indgreb i foreningsfriheden, men forpligter efter EMDs praksis også staten til at beskytte foreningsfriheden mellem private.

Statslige indgreb i foreningsfriheden er efter Artikel 11(2) kun berettiget, hvis indgrebet har hjemmel og må anses som nødvendigt i et

demokratisk samfund for at varetage et eller flere af de opregnede samfunds- og individhensyn. Ved private begrænsninger i foreningsfriheden skal der findes en rimelig balance mellem de modstående hensyn.

Artikel 11 giver en bedre beskyttelse af foreningsfriheden end Grl § 78. Efter traditionel opfattelse beskytter Grl 78 alene imod foreningscensur (krav om tilladelse til foreningsdannelse), men sætter ikke grænser for, hvornår en forening kan forbydes/opløses som ulovlig, og beskytter heller ikke friheden til at stå uden for en (bestemt) forening.

I det følgende omtales først begrebet en »forening« i Artikel 11 (*afsnit 2*). Artikel 11 beskytter i første række friheden til at danne og drive en forening, og indgreb heri i form af forbud eller opløsning kræver tungtvejende grunde (*afsnit 3*); særligt politiske partier kan normalt ikke forbydes eller opløses (*afsnit 4*). Forbundet med den fri foreningsdannelse er friheden til at være medlem af en (bestemt) forening (*afsnit 5*). Artikel 11 beskytter efter EMD praksis også friheden til at stå uden for en (bestemt) forening (*afsnit 6*), hvilket især har haft betydning i sager om fagforeningstvang på arbejdsmarkedet (*afsnit 7*).

2. Hvad er en forening?

Artikel 11 beskytter »foreninger« og individets medlemskab heraf. En forening i Artikel 11's forstand betegner en frivillig sammenslutning af flere personer om et fælles formål. Formålet med foreningen kan være hvad som helst: politisk, fagligt, kulturelt, økonomisk, sportsligt, selskabeligt etc. I modsætning til den blotte forsamling har en forening en mere fast, institutionel struktur. En forening er en selvstændig juridisk person med egne rettigheder og forpligtelser. En forening vil typisk have nogle vedtægter/regler, som fastlægger foreningens formål og rammerne for dens virke.

Omfattet af Artikel 11 er alene overvejende private foreninger, som er uafhængige af det offentlige. Afgrænsningen kan være vanskelig. Organer og sammenslutninger, som i kraft af særlig regulering varetager offentligretlige funktioner, er som udgangspunkt ikke omfattet, jf. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* (1981, para. 64f) hvor en lægeorganisation, som var oprettet ved lov og havde offentligretlige forpligtelser og kontrolbeføjelser, fandtes at falde uden for Artikel 11. I *Chassagnou* (1999, para. 101) fandtes en jagtforening derimod omfattet af

Artikel 11, selv om den var oprettet ved lov og undergivet et vist offentligt tilsyn, fordi den bestod af private landejere, havde udstrakt selvbestemmelse og ikke var tillagt offentligretlige beføjelser.

Uden for Artikel 11 falder typisk visse faglige professionsorganer, som er betroet en særlig kontrol med professionen, og hvor medlemskab normalt er obligatorisk for udøvere af den pågældende profession. I dansk ret gælder dette navnlig advokater, jf. Rpl § 143 om pligtmæssigt medlemskab af Advokatsamfundet. Alle advokater er automatisk medlem af Advokatsamfundet. Advokatsamfundet er oprettet ved lov, dets vedtægter skal godkendes af justitsministeren; Advokatsamfundet har et Advokatnævn, som fører tilsyn med advokatstanden og kan inddrage en advokats bestalling.

3. Friheden til at danne og drive foreninger

Artikel 11 beskytter i første række friheden til at danne en forening, samt i et vist omfang foreningens adgang til at virke og forfølge sine formål uden unødige begrænsninger.

3.1 Foreningsdannelse og foreningens virke

Friheden til foreningsdannelse er grundlæggende og kan påberåbes af såvel individet som foreningen selv. Retten til at danne foreninger hører ifølge EMD til kernen i Artikel 11, jf. *Sidiropoulos* (1998, para. 40) og *Gorzelik* (2004, para. 88):

> »The ability to establish a legal entity in order to act collectively in a field of mutual interest is one of the most important aspects of the right to freedom of association, without which that right would be deprived of any meaning.«

Helt grundlæggende er forbudet imod foreningscensur: Staten må ikke gennem krav om offentlig tilladelse til oprettelse af foreninger censurere foreningers formål, ligesom staten ikke generelt eller på bestemte områder må forbyde foreningsdannelse, jf. også Grl § 78.

Det er derimod ikke i sig selv uforeneligt med foreningsfriheden at stille krav om offentlig registrering af foreninger, herunder for at sikre sig, at foreningen ikke har ulovlige formål, jf. *Sidiropoulos* (1998, para. 40); men staten skal anerkende en lovlig forening som en juridisk person

og må ikke bruge kravet om registrering som skjult censur. I *Sidiropoulos* (1998) fandt EMD en krænkelse af Artikel 11, fordi myndighederne uden saglig begrundelse (intet i foreningens vedtægter tydede på, at den havde ulovlige formål) afviste at registrere en kulturel forening; foreningen kunne dermed ikke opnå juridisk status, hvilket medførte, at foreningen blev afskåret fra at forfølge sit formål og dermed udøve sin foreningsfrihed (para. 31). I *Gorzelik* (2004) fandtes Artikel 11 derimod ikke krænket ved, at myndighederne havde afvist at registrere en minoritetsforening, som betegnede sig selv som talerør for et »nationalt mindretal«; begrundelsen for myndighedernes afslag var, at denne betegnelse automatisk ville give foreningen særlige privilegier, hvis den valgte at opstille til parlamentsvalg (og dette var ret oplagt, hvad foreningen ønskede at opnå); EMD fandt afslaget berettiget til sikring af det demokratiske system i Polen; EMD understregede herved, at indgrebet ikke ramte foreningsfriheden som sådan, idet foreningen uden videre kunne blive registreret, hvis betegnelsen »nationalt mindretal« udgik (para. 105f).

En reel beskyttelse af foreningsfriheden forudsætter, at ikke kun foreningsdannelsen, men også foreningens fortsatte eksistens er beskyttet. I modsat fald ville den fri foreningsdannelse være uden mening. Artikel 11 beskytter derfor også imod opløsning af en eksisterende forening, jf. *United Communist Party* (1998, para. 33).

Artikel 11 beskytter også i et vist omfang friheden til at drive en forening uden offentlig indblanding og foreningens adgang til at forfølge sine formål, herunder gennem afholdelse af møder eller demonstrationer, da forsamlingsfrihed er en forudsætning for de fleste foreningers virke (se også Kapitel 13). En forening er dog selvsagt i sit virke underlagt den almindelige lovgivning, og en håndhævelse heraf griber ikke ind i foreningsfriheden.

Forbud mod eller opløsning af en forening er et drastisk indgreb, som kun i særlige tilfælde og ud fra tungtvejende grunde kan retfærdiggøres efter Artikel 11(2). EMD har således udtalt, jf. *Sidiropoulos* (1998, para. 40), samt *Gorzelik* (2004, para. 88), at:

> »that power [indgreb i foreningsfriheden] must be used sparingly, as exceptions to the rule of freedom of association are to be construed strictly and only convincing and compelling reasons can justify restrictions on the freedom of association.«

Kun hvis en forening som helhed har et formål eller virke, som er uforeneligt med vægtige samfundshensyn eller med beskyttelsen af andres rettigheder, vil foreningen om nødvendigt kunne forbydes eller opløses, jf. *Gorzelik* (2004, para. 94).

> »where an association, through its activities or the intentions it has expressly or implicitly declared in its programme, jeopardises the State's institutions or the rights and freedoms of others, Article 11 does not deprive the State of the power to protect those institutions and persons.«

EMD synes således ikke ubetinget at kræve faktisk handling; det kan i visse tilfælde være tilstrækkeligt, at der i foreningens vedtægter eller udtalelser fra ledende medlemmer tilskyndes til ulovligheder, jf. *Refah Partisi* (2003, para. 101ff – omtales nedenfor afsnit 4).

Det kan derimod ikke begrunde opløsning, at en forening begår enkeltstående lovovertrædelser. Ulovligheder begået af enkelte medlemmer i forbindelse med foreningens aktiviteter kan heller ikke begrunde indgreb over for foreningen, men skal straffes individuelt.

I dansk ret beskytter Grl § 78 efter traditionel opfattelse alene den fri foreningsdannelse, men sætter ingen (klare) grænser for lovgivers adgang til at forbyde/opløse en forening eller bestemte typer af foreninger, idet beskyttelsen efter ordlyden kun tilkommer foreninger med et »lovligt øjemed«. Foreninger, hvis formål efter den almindelige lovgivning er ulovligt, vil derfor uden videre kunne opløses. Lovgiver kan end og gøre en bestemt forenings formål ulovligt, hvorefter foreningen kan opløses (dog antages en vis beskyttelse imod forbud/opløsning at være forudsat i andre bestemmelser, navnlig m.h.t. politiske foreninger, jf. Grl § 31, stk. 2 (se afsnit 4), og religiøse samfund, jf. Grl § 67). Formålsbetragtninger tilsiger imidlertid efter min opfattelse, at Grl § 78 må fortolkes i lyset af Artikel 11 således, at ethvert indgreb i foreningsfriheden skal være nødvendigt i et demokratisk samfund (jf. Zahle 2003, side 147). Det er ikke uforeneligt med Artikel 11, jf. Artikel 17, at voldelige foreninger efter Grl § 78, stk. 2, *skal* opløses; deltagelse i eller støtte til voldelige foreninger eller terrororganisationer straffes med fængsel, Strl § 114 c og d.

Efter dansk ret er det afgørende foreningens faktiske formål, hvilket især vil sige dens virke. Ulovlige formål i vedtægter kan være et stærkt indicium, men er næppe i sig selv tilstrækkeligt, jf. UfR 1874.514 H. Omvendt har en forening, uanset vedtægterne, et ulovligt formål, hvis

foreningens faktiske virksomhed er ulovlig. Rigsadvokaten har den 15. januar 2004 vurderet, at der ikke er grundlag for at opløse den fundamentalistiske muslimske forening Hisb Ut Tahrir med henvisning til, at foreningen har et ulovligt formål eller virker ved vold, selv om foreningen har som erklæret mål at indføre et kalifat, dvs. en muslimsk stat, i Danmark, og selv om foreningens talsmand er blevet dømt for tilskyndelse til vold mod jøder; ifølge Rigsadvokaten er det usikkert, om foreningen har til hensigt at opnå sit mål ved ulovlige midler, herunder vold; den enkeltstående straf ikke giver grundlag for at hævde, at foreningen generelt er involveret i ulovlige aktiviteter.

3.2 Fagforeningers ret til at varetage medlemmernes interesser

Artikel 11 beskytter udtrykkeligt individets frihed til at danne og tilslutte sig fagforeninger »for at beskytte sine interesser«. Denne frihed ville være uden mening, hvis fagforeningen var afskåret fra at varetage medlemmernes interesser. Artikel 11 forudsætter derfor ifølge EMD, at en fagforening skal have mulighed for at varetage medlemmernes interesser, men bestemmelsen giver ikke en fagforening særlige rettigheder endsige krav på opfyldelse af sine mål, jf. *National Union of Belgian Police* (1975, para. 38f). Fagforeningsfrihed indebærer således en ret for fagforeninger til at søge – men ikke noget krav på at opnå – indflydelse på medlemmernes arbejdsvilkår, se *Swedish Engine Drivers' Union* (1976, para. 39), hvor EMD accepterede, at en offentlig arbejdsgiverforening nægtede at indgå kollektiv overenskomst med den klagende fagforening; se tilsvarende *Wilson* (2002, para. 45), samt i dansk ret UfR 2000.341 H, hvor en fagforening ikke fandtes at have krav på at forhandle kollektiv overenskomst med Amtsrådsforeningen (Artikel 11 blev ikke inddraget). Individet har dog krav på, at hans fagforening bliver hørt om relevante spørgsmål, samt på at kunne lade sig repræsentere ved sin fagforening, jf. *Wilson* (2002, para. 42 og 47). I *Wilson* (2002) var en journalist på en britisk avis af sin arbejdsgiver blevet lokket med højere løn, hvis hun ville opgive at lade sig repræsentere af det britiske journalistforbund; efter britisk lovgivning var dette ikke forbudt; EMD statuerede krænkelse af Artikel 11, da UK havde forsømt sin forpligtelse til at sikre fagforeningsfriheden.

EMD har ikke klart taget stilling til, om Artikel 11 beskytter strejke som et middel for fagforeninger til at varetage medlemmernes interesser,

men har antaget, at strejkeretten inden for vide rammer kan begrænses, jf. *Schmidt and Dahlström* (1976, para. 36).

4. Særligt om forbud mod eller opløsning af politiske partier

I et demokrati er friheden til at danne politiske partier fundamental, fordi politiske partier medvirker til at sikre den for demokratiet uundværlige pluralisme i den politiske proces. Derfor nyder politiske partier en særlig beskyttelse efter Artikel 11. Politiske partier spiller med EMDs ord, jf. *United Communist Party* (1998, para. 43f), en

> »essential role in ensuring pluralism and the proper functioning of democracy [fordi demokratiske valg, jf. TP 1 Artikel 3, i praksis er] inconceivable without the participation of a plurality of political parties representing the different shades of opinion to be found within a country's population. By relaying this range of opinion (...) political parties make an irreplaceable contribution to political debate, which is at the very core of the concept of a democratic society«.

Også i dansk forfatningsret antages det forudsat i Grundloven, at politiske partier nyder en særlig beskyttelse, jf. bl.a. Grl § 31, stk. 2, hvorefter valg til Folketinget skal sikre »en ligelig repræsentation af de forskellige anskuelser blandt vælgerne«.

Det siger på den baggrund sig selv, at man i et demokrati ikke ved lov kan indføre pligt til at være medlem af et bestemt politisk parti. Vanskeligere er spørgsmålet, om det i særlige tilfælde kan være berettiget at forbyde eller opløse et politisk parti.

4.1 Politiske partier kan normalt ikke forbydes/opløses

Som klart udgangspunkt kan staten ikke forbyde/opløse et bestemt politisk parti eller politiske partier med bestemte holdninger. Politiske partier er urørlige, så længe de overholder demokratiets spilleregler og principper. Som EMD udtalte i *United Communist Party* (1998, para. 57):

> »there can be no justification for hindering a political group solely because it seeks to debate in public the situation of part of the State's population and to take part in the nation's political life in order to find, according to democratic rules, solutions capable of satisfying everyone concerned«.

EMD har således underkendt Tyrkiets opløsning af partier, der med demokratiske midler støttede kurdernes krav om selvbestemmelse, som stridende imod Artikel 11, se *United Communist Party* (1998), *Socialist Party* (1998), *Freedom and Democracy Party* (1999) og *Yazar* (2002).

Undtagelse gælder alene for politiske partier, som bruger udemokratiske midler eller forfølger mål, som er uforenelige med fundamentale demokratiske principper, jf. også Artikel 17, se EMDs énstemmige udtalelse i *Refah Partisi* (2003, para. 98). Sådanne partier kan forbydes eller opløses, men kun hvis dette er strengt nødvendigt for at forsvare demokratiet: »Drastic measures, such as the dissolution of an entire political party (...) may be taken only in the most serious cases«, se *Refah Partisi* (2003, para. 100).

4.2 Politiske partier, som virker ved vold m.v.

Politiske partier, som søger at nå deres mål ved vold eller anden form for tvang, kan selvsagt forbydes eller opløses efter Artikel 11(2), fordi stræben efter politisk indflydelse gennem vold fornægter alt, hvad demokratiet står for, jf. også Artikel 17, se *Socialist Party* (1998, para. 46), samt udtalelsen i *Refah Partisi* (2003, para. 98):

> »the means used must be legal and democratic ... a political party whose leaders incite violence ... cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds«

I *Refah Partisi* (2003) godkendte EMD således Tyrkiets opløsning af et fundamentalistisk muslimsk parti, bl.a. fordi partiets ledelse ikke havde taget klar afstand fra nogle partimedlemmers udtalelser om muligheden af at bruge vold for at nå partiets mål (para. 131f).

Opløsning af voldelige politiske partier er efter dansk ret ikke alene muligt, men obligatorisk, jf. Grl § 78, stk. 2, om foreninger, som »virker ved eller søger at opnå deres mål ved vold, anstiftelse af vold eller lignende strafbar påvirkning af anderledes tænkende«.

4.3 Politiske partier, hvis formål er uforenelige med demokratiske principper

Mere kontroversiel er adgangen til at opløse politiske partier, som vel respekterer de demokratiske spilleregler, men hvis politiske mål er uforenelige med grundlæggende demokratiske principper og værdier – f.eks.

afvikling af demokratiet eller afskaffelse af fundamentale rettigheder for visse samfundsgrupper. EMD har fastslået, at opløsning af sådanne partier ikke strider imod Artikel 11, jf. *Refah Partisi* (2003, para. 98):

> »the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. ... a political party whose leaders ... put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds«.

EMD henviser som begrundelse for sit standpunkt til Artikel 17 om rettighedsmisbrug, til den uløselige sammenhæng mellem menneskerettigheder og demokrati og til de historiske erfaringer med et demokratisk valgt nazistisk regime i Tyskland (para. 99):

> »In view of the clear link between the Convention and democracy (...) no-one must be authorised to rely on the Convention's provisions in order to weaken or destroy the ideals and values of a democratic society. (...) it is not at all improbable that totalitarian movements, organised in the form of political parties, might do away with democracy, after prospering under the democratic regime, there being examples of this in modern European history«.

Således godkendte en enig EMD i *Refah Partisi* (2003) Tyrkiets opløsning af et fundamentalistisk muslimsk parti, navnlig fordi partiets udtalte formål var at omdanne Tyrkiet til en fundamentalistisk stat baseret på muslimsk lovgivning (Sharia), hvilket fandtes uforeneligt med EMRKs bærende principper – herunder pluralisme, religionsfrihed, ikkediskrimination, human strafferet og retfærdig rettergang (para. 123). *Refah Partisi* var dog helt speciel, idet det pågældende politiske parti var Tyrkiets regerende parti med udsigt til snarligt flertal i parlamentet; der var således en særdeles nærliggende risiko for, at partiets mål ville blive realiseret (para. 107f); det er derfor tvivlsomt, om dommen kan tillægges præjudikatsværdi i forhold til adgangen til at opløse mere marginale politiske partier, sml. f.eks. med *Yazar* (2002, para. 58).

I dansk forfatningsretlig teori er det almindeligt antaget, at lovgiver ikke kan forbyde eller opløse et politisk parti, så længe partiet alene forfølger sine mål med demokratiske, ikke-voldelige midler (antagelsen baseres normalt på Grundlovens forudsætninger om en demokratisk

proces, jf. Grl § 31, stk. 2, hvorimod Germer (2001, side 296f) støtter antagelsen på Grl § 78 som et udtryk for foreningsfrihedens kerne). EMDs håndfaste tilgang til inddæmning af demokratiets fjender adskiller sig principielt fra den mere tolerante danske forfatningstradition (se nærmere om Artikel 17 i Kapitel 5, samt Kapitel 12 og 13 om den tilsvarende problemstilling i forhold til ytrings- hhv. forsamlingsfriheden).

4.4 Kravene til bevis for et anti-demokratisk formål

Hvorvidt et politisk parti har et anti-demokratisk formål, beror på en samlet vurdering af foreningens program og aktiviteter. EMD har afvist, at et politisk partis navn i sig selv kan være tilstrækkeligt grundlag for at forbyde eller opløse partiet, jf. *United Communist Party* (1998, para. 54). EMD har derimod accepteret, at et parti efter omstændighederne vil kunne opløses som en forebyggende foranstaltning alene på grundlag af partiets program, udtalelser fra ledende partimedlemmer eller endog partiledelsens manglende afstandtagen fra visse medlemmers udtalelser, se *Refah Partisi* (2003, para. 101-103 og 131f – men sagen var helt speciel, jf. ovenfor afsnit 4.3). I fravær af anti-demokratiske elementer i partiprogrammet eller udtalelser fra ledende medlemmer, kræver en opløsning ubetinget, at partiet i handling har afsløret sine udemokratiske hensigter, se *United Communist Party* (1998, para. 51 og 58) og *Freedom and Democracy Party* (1999, para. 42).

Dansk ret opererer muligvis med strengere beviskrav til en forenings anti-demokratiske karakter end EMD. I dansk ret synes det almindeligt antaget, at voldelig retorik i et partiprogram m.v. ikke er tilstrækkeligt grundlag for en opløsning i medfør af Grl § 78, stk. 2; partiet må i handling have vist, at man mener det alvorligt.

5. Friheden til at være medlem af en forening

Artikel 11 sikrer også individets frihed til at melde sig ind i en forening uden, at dette må komme vedkommende til skade; ellers ville friheden til foreningsdannelse være meningsløs. Individet har dog ikke krav på medlemskab, idet private foreninger kan stille betingelser for medlemskab. Artikel 11 beskytter imod, at individet som følge af sit medlemskab bliver udsat for sanktioner. Beskyttelsen gælder selvsagt kun med-

lemskab af foreninger, som ikke er blevet forbudt eller opløst. Beskyttelsen omfatter ikke kun statslige indgreb; staten har også en positiv forpligtelse til at beskytte retten til foreningsmedlemskab i forholdet mellem private, jf. bl.a. *Wilson* (2002, para. 41).

Sanktioner på grund af medlemskab af et politisk parti er særligt betænkelige, fordi man hermed indskrænker den politiske menings- og ytringsfrihed, som er central for demokratiet (jf. Kapitel 12). I *Vogt* (1995) var en offentligt ansat skolelærerinde blevet afskediget, fordi hun nægtede at distancere sig fra det (lovlige) kommunistiske parti, hun var medlem af og aktiv i; myndighederne begrundede afskedigelsen med, at læreren som følge af medlemskabet ikke levede op til lovgivningens krav om offentligt ansattes loyalitetspligt over for landets forfatning; EMDs flertal (10/9) fandt ikke, at afskedigelsen som et indgreb i kvindens foreningsfrihed (og meningsfrihed) under de konkrete omstændigheder var nødvendigt i et demokratisk samfund, idet man lagde vægt på, at hun ikke blev beskyldt for at have misbrugt sin stilling til politisk indoktrinering.

I dansk ret antages Grl § 78 ligeledes at beskytte friheden til foreningsmedlemskab. Den forvaltningsretlige lighedsgrundsætning forbyder endvidere offentlige myndigheder at lægge vægt på en persons medlemskab af en forening i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. For såvel offentlige som private arbejdsgivere gælder endvidere Foreningsfrihedslovens § 1, hvorefter en arbejdsgiver ikke må undlade at ansætte eller afskedige en person, fordi vedkommende er medlem af en (bestemt) forening; undtagelse gælder alene, hvis virksomheden virker for at fremme et bestemt formål (politisk, religiøst m.v.), og medlemskab af den pågældende forening må anses som uforeneligt med stillingen, § 3.

6. Friheden til at stå uden for en forening

En effektiv beskyttelse af foreningsfriheden forudsætter ikke alene frihed til at danne og være medlem af en forening (positiv frihed), men også frihed til at stå uden for en forening (negativ frihed). Positiv og negativ foreningsfrihed er to sider af samme princip. Uden negativ frihed bliver den positive frihed ofte illusorisk: er man tvunget til at være medlem af en bestemt forening, er incitamentet til også at melde sig ind i (og betale til) en anden forening, som man hellere vil være medlem af,

ikke stort. Alligevel har spørgsmålet, om og i hvilket omfang Artikel 11 beskytter den negative foreningsfrihed, været kontroversielt.

6.1 Artikel 11's ordlyd og forarbejder

Mens VM udtrykkeligt fastslår i Artikel 20(2), at ingen kan tvinges til at være medlem af en (bestemt) forening, indeholder EMRK Artikel 11 ingen udtrykkelig beskyttelse af den negative foreningsfrihed – friheden til at stå uden for en (bestemt) forening, friheden fra foreningstvang. Af EMRKs forarbejder fremgår, at man bevidst undlod at indføje en udtrykkelig beskyttelse mod foreningstvang, fordi der var uenighed om, hvorvidt man skulle forbyde eksklusivaftaler på arbejdsmarkedet, jf. Report of 19 June 1950 of the Conference of Senior Officials (Collected Edition of the 'Travaux Préparatoires', Vol. IV, s. 262):

> »On account of the difficulties raised by the 'closed-shop system' in certain countries, the Conference in this connection considered that it was undesirable to introduce into the Convention a rule under which 'no one may be compelled to belong to an association', which features in the United Nations Universal Declaration.«

6.2 EMDs anerkendelse af den negative foreningsfrihed

EMD har ikke desto mindre fastslået, at Artikel 11 også beskytter den negative foreningsfrihed. EMDs anerkendelse af den negative foreningsfrihed er sket gradvist. Sagerne har helt overvejende vedrørt fagforeningstvang, som behandles særskilt nedenfor (afsnit 7). Her skal kun det principielle spørgsmål om Artikel 11's beskyttelse af den negative foreningsfrihed skitseres. Spørgsmålet har været kontroversielt, også blandt EMDs dommere.

I *Young, James and Webster* (1981, para. 52 og 56) anerkendte EMDs flertal (18/21), at Artikel 11 i hvert fald beskytter mod meget indgribende foreningstvang:

> »the notion of a freedom implies some measure of freedom of choice as to its exercise (...) To construe Article 11 as permitting every kind of compulsion in the field of ... membership would strike at the very substance of the freedom it is designed to guarantee (...). An individual does not enjoy the right to freedom of association if in reality the freedom of action or choice which remains available to him is either non-existent or so reduced as to be of no practical value.«

Syv af flertallets 18 dommere ville gå endnu videre og anerkende, at Artikel 11 beskytter den negative foreningsfrihed på lige fod med den positive foreningsfrihed:

> »As we understand Article 11, the negative aspect of freedom of association is necessarily complementary to, a correlative of, and inseparable from its positive aspect. Protection of freedom of association would be incomplete if it extended to no more than the positive aspect. It is one and the same right that is involved (...). [Freedom of association] involves freedom of choice; it implies that a person has a choice as to whether he will belong to an association or not and that, in the former case, he is able to choose the association.«

Kun mindretallets tre dommere, anført af Max Sørensen, fandt i lyset af Artikel 11's ordlyd og forarbejder, at bestemmelsen slet ikke beskytter den negative foreningsfrihed:

> »no canon of interpretation can be adduced in support of extending the scope of the Article to a matter which deliberately has been left out and reserved for regulation according to national law and traditions of each State Party to the Convention.«

Blandt EMDs dommere var der således tre forskellige fortolkninger af Artikel 11. EMDs senere praksis har definitivt lagt sidstnævnte – afvisende – fortolkning i graven. Tendensen har tværtimod peget i retning af en stadigt stærkere beskyttelse af den negative foreningsfrihed. I *Sigurjónsson* (1993, para. 35) fastslog EMD for første gang udtrykkeligt – efter en gennemgang af den nationale og internationale udvikling hen imod en generel beskyttelse af den negative frihed – at Artikel 11 også omfatter »a negative right of association«, men fortsat uden at fastlægge beskyttelsens omfang. I *Chassagnou* (1999, para. 103) fastslog EMD, at et lovkrav om medlemskab udgjorde et indgreb i Artikel 11, for første gang uden at overveje, om indgrebet ramte kernen i foreningsfriheden. Den foreløbige kulmination på denne udvikling kom med *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 56), hvor EMDs flertal (12/5) udtalte, at man ikke ville udelukke, at den negative foreningsfrihed bør nyde beskyttelse på lige fod med den positive foreningsfrihed.

Retstilstanden må herefter antages at være den, at Artikel 11 beskytter mod enhver begrænsning i individets frihed til at stå uden for en (bestemt) forening. At Artikel 11 beskytter den negative foreningsfrihed

indebærer ikke, at retten til at stå uden for en forening er absolut. Begrænsninger kan i særlige tilfælde være saglige og nødvendige i lyset af tungtvejende modhensyn, jf. *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 58).

EMDs indfortolkning af en beskyttelse mod foreningstvang i Artikel 11 er blevet kritiseret. Efter min opfattelse er den dog ikke uforenelig med TKs fortolkningsprincipper (se Kapitel 4). Den negative foreningsfrihed må anerkendes som en nødvendig implikation af den udtrykkeligt anerkendte positive foreningsfrihed, idet friheden til at melde sig ind i en forening efter eget valg kan blive illusorisk, hvis man samtidig tillader foreningstvang. Herefter følger det allerede af Artikel 11's ordlyd, fortolket i lyset af EMRKs overordnede mål om en effektiv rettighedsbeskyttelse, at også den negative foreningsfrihed er beskyttet, hvorfor det i overensstemmelse med TK er unødvendigt at ty til forarbejderne.

I dansk ret beskytter Grl § 78 efter almindelig opfattelse kun den positive, men ikke den negative, foreningsfrihed, jf. også UfR 1986.898 H. Der kan dog argumenteres for en anden og mere dynamisk/formålsorienteret fortolkning, hvorefter Grl § 78 også beskytter den negative foreningsfrihed, dels på grund af den nøje sammenhæng mellem negativ og positiv foreningsfrihed, dels i lyset af EMDs fortolkning af Artikel 11.

6.3 Lovbestemt medlemspligt

En pligt til medlemskab af en forening kan følge af lovgivningen. En sådan medlemspligt udgør et indgreb i Artikel 11, jf. *Chassagnou* (1999, para. 103); sagen vedrørte en lovbestemt pligt til medlemskab af en lokal jagtforening; klagerne var landejere, som principielt var imod jagt og derfor imod medlemskab; medlemspligten fandtes at udgøre et indgreb i Artikel 11, og ingen tungtvejende hensyn kunne begrunde denne foreningstvang efter Artikel 11(2), hvorfor EMD statuerede krænkelse. Lovbestemt foreningstvang er også relevant i forhold til fagforeninger (se herom afsnit 7).

I dansk ret gælder bl.a. en lovbestemt pligt for advokater til at være medlem af Advokatsamfundet, jf. Rpl § 143. Advokatsamfundet er imidlertid, som tidligere omtalt, ikke en forening i Artikel 11's forstand (se ovenfor afsnit 2).

6.4 Medlemspligt som følge af private aftaler

Også foreningstvang som følge af private aftaler kan krænke Artikel 11. Staten har ansvaret, hvis dens lovgivning muliggør privat forenings-

tvang, jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 49). Artikel 11 beskytter således ikke kun mod offentlig foreningstvang, men rummer desuden en positiv forpligtelse for staten til at gribe ind over for privat foreningstvang, jf. *Gustafsson* (1996, para. 45) og *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 57):

> »national authorities may, in certain circumstances, be obliged to intervene in the relationships between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of the negative right to freedom of association«.

Ikke enhver medlemspligt er i strid med Artikel 11. Medlemskab af en grundejer- eller lejlighedsforening er e.o. pligtmæssigt for ejere af fast ejendom; en sådan medlemspligt er dog næppe omfattet af Artikel 11, idet man ved købet af den faste ejendom kan siges at have indvilliget i at være medlem, se hertil UfR 1989.364 Ø (se også om afkald Kapitel 5). Aftalebestemt foreningstvang er særlig relevant i forhold til fagforeninger (se afsnit 7).

Hvad angår foreningstvang på arbejdsmarkedet, er offentlige myndigheder i Danmark i kraft af en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning afskåret fra at lægge vægt på en persons manglende medlemskab af en bestemt forening i forbindelse med ansættelse og afskedigelse. For såvel offentlige som private arbejdsgivere gælder endvidere foreningsfrihedslovens § 2, hvorefter en arbejdsgiver ikke må afskedige eller undlade at ansætte en person, fordi denne ikke er medlem af en (bestemt) forening; undtagelse gælder alene, hvis virksomheden virker til fremme af et bestemt formål (politisk, religiøst m.v.), og den ansattes medlemskab af en bestemt forening derfor er af betydning for virksomheden, § 3.

7. Særligt om fagforeningstvang på arbejdsmarkedet

Både i EMDs praksis og dansk ret har det dominerende og mest kontroversielle aspekt af den negative foreningsfrihed været friheden til at stå uden for en bestemt fagforening uden derfor at blive afskåret fra ansættelse, blive afskediget eller miste en erhvervsmæssig bevilling. Navnlig på fagforeningsområdet er den negative og den positive side af foreningsfriheden tæt forbundne. Er man tvunget til at være medlem af

en bestemt fagforening for at få eller beholde et job m.v., vil man i praksis ikke melde sig ind i – og betale til – en anden, se også *Young, James and Webster* (1981, para. 56). Samtidig er netop fagforeningsfriheden politisk kontroversiel, fordi der i nogle lande, herunder Danmark, er lang tradition for fagforeningstvang (eksklusivaftaler) på dele af det private arbejdsmarked som et led i arbejdsmarkedets selvregulering gennem kollektive aftaler. På arbejdstagerside er den tvungne organisering i fagforeninger traditionelt blevet anset som et nødvendigt, solidarisk element i kampen for at opnå gode løn- og arbejdsvilkår for alle.

7.1 Beskyttelsen imod fagforeningstvang

Baggrunden for, at den negative foreningsfrihed ikke udtrykkeligt blev sikret i Artikel 11, var som tidligere omtalt uenighed blandt staterne om berettigelsen af fagforeningstvang på arbejdsmarkedet. På grund af emnets følsomme karakter er EMD gået forsigtigt og konkret frem i sager om fagforeningstvang. EMD udtalte allerede i den ledende *James, Young and Webster* (1981, para. 55), at »compulsion to join a particular trade union may not always be contrary to the Convention«. EMD har således (tidligere) lagt væk på, at medlemspligten konkret skulle ramme »the very substance« i foreningsfriheden for at udgøre et indgreb i Artikel 11, jf. *James, Young and Webster* (1981, para. 55), *Sibson* (1993, para. 29) og *Sigurjónsson* (1993, para. 36). EMD har herved lagt vægt på momenter, som skærpede fagforeningstvangen, herunder især:

- at medlemspligten opstod efter ansættelsen m.v. (forelå medlemspligten allerede ved ansættelsen m.v. kunne individet jo måske siges at have indvilliget i medlemskab), jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 54) og *Sigurjónsson* (1993, para. 36);
- at konsekvenserne for individet af manglende medlemskab ville være alvorlige i form af tab af livsgrundlag, jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 55) og *Sigurjónsson* (1993, para. 36), cf. *Sibson* (1993, para. 29) hvor individet alene risikerede en forflyttelse;
- at individet var principiel modstander af medlemskabet, hvorfor medlemspligten også berørte Artikel 9 og 10, jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 57) og *Sigurjónsson* (1993, para. 37), cf. *Sibson* (1993, para. 29), hvor klager ikke var principielt imod medlemskab, men blot var raget uklar med fagforeningen.

Med *Sørensen and Rasmussen* (2006, para. 56) synes det imidlertid reelt anerkendt, at enhver fagforeningstvang griber ind i Artikel 11's beskyttelse og således kun undtagelsesvis vil kunne retfærdiggøres ud fra tungtvejende modhensyn (se om dommen afsnit 7.3.).

7.2 Lovbestemt pligt til medlemskab af en fagforening

En lovbestemt pligt til medlemskab af en bestemt fagforening vil som udgangspunkt udgøre et indgreb i Artikel 11, se *Sigurjónsson* (1993, para. 35f). Afgørende for, hvorvidt en sådan medlemspligt alligevel kan accepteres som nødvendig efter Artikel 11(2), bliver, om medlemspligten er sagligt begrundet og nødvendig for effektivt at varetage væsentlige samfundshensyn. Det vil sjældent være tilfældet. EMD underkendte i *Sigurjónsson* (1993, para. 41) et lovkrav om medlemskab af hyrevognmændenes fagforening som betingelse for hyrevognsbevilling, da medlemspligten ikke kunne anses som nødvendig: »membership was by no means the only conceivable way of compelling the license-holders to carry out such duties and responsibilities as might be necessary for their functions«.

7.3 Pligt til medlemskab som følge af kollektiv aftale

Fagforeningstvang på arbejdsmarkedet vil oftere følge af kollektive aftaler, som forpligter en arbejdsgiver til kun at ansætte arbejdskraft organiseret i en bestemt fagforening (eksklusivaftale). Formålet med eksklusivaftaler er at sikre, at arbejdstagere i fællesskab kan varetage deres interesser, idet aftalen afskærer arbejdsgiveren fra at ansætte uorganiseret arbejdskraft på ringere vilkår end dem, som er fastsat i den kollektive overenskomst. For det individ, som ønsker ansættelse, men ikke ønsker at være medlem af den pågældende fagforening, er konsekvenserne af eksklusivaftalen imidlertid fagforeningstvang. I Danmark er eksklusivaftaler et etableret element i reguleringen af det private danske arbejdsmarked gennem kollektive overenskomster. I dag anvendes eksklusivaftaler dog kun i ret få brancher (omfattende ca. 220.000 personer), og fremkomsten af alternativer til de gamle fagforeninger har øget presset på eksklusivaftale-modellen. Med den seneste udvikling i EMDs praksis er eksklusivaftaler nu definitivt blevet afskaffet.

I *Young, James and Webster* (1981) fastslog EMDs flertal, at den konkrete fagforeningstvang var i strid med Artikel 11; tre ansatte i British Rail var blevet afskediget, fordi de nægtede at melde sig ind i en af de

tre fagforeninger, selskabet havde indgået eksklusivaftale med; EMD lagde især vægt på, at kravet om medlemskab ikke havde været en betingelse, da klagerne oprindeligt blev ansat og fandt på den baggrund, at der forelå et indgreb i Artikel 11's kerne (para. 55). EMD fandt ikke, at det kunne anses som nødvendigt at tvinge folk ind i en fagforening for, at denne kan varetage alle medlemmernes interesser, jf. *Young, James and Webster* (1981, para. 64). Derimod fandt EMDs flertal i *Sibson* (1993, para. 29) ikke, at medlemspligten ramte i kernen i Artikel 11, dels fordi klager alene risikerede forflyttelse som følge af sit manglende medlemskab, dels fordi han ikke var principielt imod medlemskab, men blot var raget uklar med sin fagforening.

I Danmark valgte lovgiver efter *Young, James and Webster* kun at beskytte den negative fagforeningsfrihed – og dermed begrænse brugen af eksklusivaftaler – i det omfang, dette utvivlsomt var nødvendigt for at efterleve EMRK. Foreningsfrihedsloven blev vedtaget i 1982 (lov nr. 295) som en direkte følge af EMDs dom. Loven forbød alene afskedigelse af en allerede ansat, som ikke ville melde sig ind i en (bestemt) fagforening, jf. § 2, stk. 1, og hertil UfR 1986.898 H, 1989.249 H, 1992.469 H, 1999.1316 H og 2000.1728 H. Derimod var afskedigelse fortsat tilladt, hvis en ansat allerede ved ansættelsen havde fået at vide, at medlemskab var en betingelse for ansættelse, § 2, stk. 2, eller hvis en ansat, som allerede var medlem, havde fået at vide, at fortsat medlemskab var en betingelse for fortsat ansættelse, § 2, stk. 3. Heller ikke Højesteret ville – i lyset af spørgsmålets politiske aspekter – gå videre end, hvad der med sikkerhed fulgte af EMDs praksis og opretholdt derfor undtagelserne i Foreningsfrihedsloven, jf. UfR 1999.1496 H om lovens § 2, stk. 2.

Netop UfR 1999.1496 H blev dog sammen med en anden lignende sag indbragt for EMD, som med sin dom i *Sørensen and Rasmussen* (2006) nu reelt har forbudt enhver fagforeningstvang gennem eksklusivaftaler som stridende imod Artikel 11. Dette er den praktiske konsekvens af dommen, selv om præmisserne overvejende er konkrete. EMDs flertal (15/2 hhv. 12/5 – den danske dommer Lorenzen dissentierede i begge sager) statuerede krænkelse af Artikel 11, fordi Danmark havde forsømt sin forpligtelse til at beskytte individet mod fagforeningstvang på det private arbejdsmarked. Rasmussen havde været nødt til at melde sig ind i SID for at få job på et gartneri. Sørensen var blevet bortvist fra et ferieafløserjob som lagerarbejder hos FDB, fordi han nægtede at efter-

leve kravet om medlemskab af SID, som var en betingelse for ansættelsen. EMD udtalte igen, at fagforeningstvang ikke nødvendigvis altid er uforeneligt med EMRK, men der foreligger et indgreb, hvis tvangen rammer »the very essence« af foreningsfriheden (para. 54). EMD afviste udtrykkeligt, at der er afgørende forskel på, om fagforeningstvangen foreligger ved ansættelsen eller først indtræder efterfølgende: man har ikke givet frivilligt afkald på sin foreningsfrihed, når man indvilliger i et medlemskab, som er nødvendigt for at få ansættelse (para. 56 og 59). Selv om Sørensen kunne have fundet feriejob andetsteds, og selv om der alene var tale om et midlertidigt job af 2 måneders varighed, fandt EMD alligevel, med henvisning til sin gamle formel, at kravet om medlemskab, som ikke havde nogen saglig begrundelse i forhold til hans bestridelse af jobbet, ramte »at the very substance of the freedom of choice inherent in the negative right of association protected by Article 11« (para. 61 og 64). Selv om EMD også henviste til, at han ligesom Rasmussen var principielt imod medlemskab af SID (para. 63), er det herefter svært at pege på tilfælde, hvor tvungent fagforeningsmedlemskab ikke vil kunne siges at ramme »the very substance« af Artikel 11. EMD anfører da også mere generelt ved sin vurdering af fagforeningstvangens berettigelse, at tendensen (kun få lande har fortsat disse aftaler) går imod at anerkende, at (para. 70 og 75):

> »such agreements [eksklusivaftaler] are not an essential means for securing the interests of trade unions and their members and ... due weight must be given to the right of individuals to join a union of their own choosing ... [EMD fandt også, at der var] little support in the Contracting States for the maintenance of closed-shop agreements.«

I Danmark har lovgiver reageret øjeblikkeligt på *Sørensen and Rasmussen*. Gennem en ændring af Foreningsfrihedsloven (Lov nr. 359 af 26. januar 2006) er de hidtidige undtagelser fra forbudet mod eksklusivaftaler afskaffet således, at der nu i overensstemmelse med EMDs dom gælder et generelt forbud imod at kræve foreningsmedlemskab som betingelse for ansættelse, jf. § 2. Både eksisterende og fremtidige eksklusivaftaler er ugyldige, jf. § 4 c.

Negativ foreningsfrihed indebærer også frihed til at udmelde sig af en forening. I UfR 2005.1677 Ø fremgik det af en fagforenings vedtægter, at et medlem ikke kunne melde sig ud, så længe vedkommende var ansat inden for fagforeningens organisationsområde; en ansat i en virksomhed,

som havde indgået overenskomst med fagforeningen, blev derfor nægtet adgang til at melde sig ud; retten tilsidesatte klausulen om manglende adgang til udmeldelse, idet det fandtes urimeligt at opretholde den, jf. Aftalelovens § 36.

7.4 Indirekte fagforeningstvang gennem pression

Fagforeningstvang foreligger mere indirekte, hvor individet på grund af pression tvinges til enten at tiltræde en kollektiv aftale eller lukke sin virksomhed. Sagen *Gustafsson* (1996) er et eksempel herpå; her søgte en fagforening gennem boykot at tvinge en restauratør til enten at melde sig ind i restauratørforeningen eller tiltræde den kollektive overenskomst, som var indgået mellem restauratørernes forening og restaurationsarbejdernes fagforening, og som bl.a. indebar pligt til kun at ansætte medarbejdere, som var medlem af pågældende fagforening (eksklusivaftale). Klager havde uden held anmodet regeringen om at forbyde boykotten imod hans forretning. Da klager ikke ville bøje sig, måtte han til sidst lukke restauranten som følge af boykotten. EMDs flertal (12/7) fandt dog ikke Artikel 11 krænket og lagde herved vægt på, at klager ikke var tvunget ind i restauratørforeningen, men kun til at tiltræde foreningens kollektive overenskomst med arbejdstagerne. Essensen var klagers (og hans ansattes!) modstand imod det kollektive overenskomstsystem. Artikel 11 garanterer imidlertid ifølge EMD ikke frihed til ikke at indgå kollektiv overenskomst. Da boykotten således ikke ramte klagers foreningsfrihed, var staten ikke forpligtet efter Artikel 11 til at beskytte ham imod den (para. 52). Derfor var Artikel 11 ikke krænket (para. 55-8 af flertallets 12 dommere fandt slet ikke Artikel 11 anvendelig).

Dommen kan kritiseres, jf. navnlig dommer Martens' dissens. Den foreliggende tvang gjorde reelt klagers foreningsfrihed illusorisk. En fagforenings udøvelse af sin fagforeningsfrihed kan ikke omfatte frihed til at tvinge en arbejdsgiver til at slutte sig en kollektiv overenskomst og dermed reelt give afkald på sin egen fagforeningsfrihed. Klager kunne jo herefter ikke med mening danne en alternativ forening eller indgå lokale overenskomster. Han blev hermed også tvunget til at gøre vold på sin principielle modstand mod det kollektive system, jf. Artikel 9 og 10 om tanke-, samvittigheds- og meningsfrihed. Det havde derfor efter min opfattelse været nærliggende at statuere en krænkelse af Artikel 11, også med henvisning til EMDs tidligere principielle udtalelse om, at Artikel

11 både beskytter imod egentlig foreningstvang og imod indgreb, som gør foreningsfriheden illusorisk, se *Young, James and Webster* (1981, para. 56) og *Chassagnou* (1999, para. 114). Det er i lyset af den stedfundne udvikling, herunder *Sørensen and Rasmussen* (2006), langt fra sikkert, at *Gustafsson* ville have fået samme udfald i dag.

Litteratur

Betænkning 1419 Udvalget om Eksklusivbestemmelser, København 2002

J. Christoffersen Mere om negativ foreningsfrihed, UfR 2001 B, side 446ff og UfR 2002, afd. B, side 276ff

H.V. Elmquist Lovgivers adgang til at opløse foreninger ved lov, UfR 2002 B, side 513ff

J. Albæk Jensen De politiske partier og den materielle foreningsfrihed, Juristen 1996, side 1ff

C. Heide-Jørgensen Den negative foreningsfrihed og de danske liberale erhverv, UfR 2001 B, side 266ff og UfR 2002 B, side 160ff

H. Koch Den materielle foreningsfrihed og besættelsen, Juristen 1996, side 112ff

G. Toftegaard Nielsen Grundlovens § 78 og foreningsfrihed, UfR 1999 B, side 67ff

L.A. Rehof Afskedigelse som menneskerettighedsproblem, UfR 1987 B, side 193ff

E. Werlauff Negativ foreningsfrihed i grundretlig belysning, Juristen 1997, side 263ff

Kapitel 15

Retten til ikke at blive diskrimineret

Artikel 14 forbyder inden for EMRKs område enhver form for diskrimination (TP 12 fra 2000 forbyder også diskrimination uden for EMRKs område, men er kun tiltrådt af 13 lande og end ikke underskrevet af Danmark). Diskrimination foreligger, når en person/persongruppe uden saglig og rimelig begrundelse stilles ringere end andre. Artikel 14 forbyder både direkte diskriminationen, hvor individet på grund af sit køn, sin religion m.v. stilles ringere end andre (begrundelsen), og indirekte diskrimination, hvor et i formen generelt og neutralt krav el.lign., alene eller i særlig grad rammer personer af et bestemt køn, med en bestemt religion m.v. (virkningen). En positiv særbehandling af underprivilegerede persongrupper anses normalt ikke som diskrimination.

1. Indledning

Forbudet mod diskrimination er en hjørnesten i menneskeretten. EMD har i *Refah Partisi* (2003, para. 119) betegnet det som »one of the fundamental principles of democracy«.

Diskriminationsforbudet hviler på et demokratisk ideal om alle menneskers lige ret og lige værdighed. For det første er diskriminationsforbudet uløseligt forbundet med retsstatens grundlæggende princip om lighed for loven. For det andet er diskriminationsforbudet knyttet til tanken om alle menneskers lige værdighed; diskriminationsforbudet rummer således mere end et krav om lighed for loven, idet det også stiller krav om, at selve lovgivningens indhold skal være ikke-diskriminerende.

Lighedstankens modsætning er vilkårlighed; diskrimination er vilkårlig forskelsbehandling af bestemte personer/persongrupper. Diskrimination af etniske, religiøse, nationale eller politiske mindretal har præget historien og ført til blodige krige og konflikter.

Diskrimination foreligger kun, når en person eller persongruppe uden

saglig og rimelig begrundelse behandles ringere end andre. Fravær af diskrimination er således ikke ensbetydende med absolut lighed. Forskelsbehandling er ikke i sig selv problematisk. Mennesker er lige værdige, men forskellige; en stor del af lovgivningen er således baseret på saglig forskelsbehandling begrundet i f.eks. alder, indkomst etc.

Artikel 14 forbyder enhver form for diskrimination, men kun inden for EMRKs område. TP 12 fra 2000 fastslår derimod et selvstændigt diskriminationsforbud, som også gælder uden for EMRKs område; staten skal efter TP 12 sikre nydelsen af enhver lovmæssig rettighed uden diskrimination (herunder diskrimination fra private), jf. Artikel 1(1); offentlige myndigheder må endvidere helt generelt ikke diskriminere individet, jf. Artikel 1(2). TP 12 trådte i kraft 1. april 2005. Det er dog endnu usikkert, om TP 12 for alvor vil slå igennem; af Europarådets 46 medlemsstater har til dato (25/5 2006) kun 13 – overvejende mindre – stater ratificeret Tillægsprotokollen, mens yderligere 9 har skrevet under. Danmark har ikke underskrevet TP 12. TP 12 omtales derfor ikke yderligere i det følgende.

Artikel 14 beskytter både mod direkte og indirekte diskrimination. Direkte diskrimination foreligger, når et usagligt hensyn danner grundlag for forskelsbehandling (begrundelsen); det er næsten altid diskriminerende at forskelsbehandle en person alene på grund af vedkommendes race, etnisk oprindelse, køn, fødsel, religion, politiske anskuelse eller seksuelle orientering. Indirekte diskrimination foreligger, hvor i sig selv saglige og neutrale krav m.v. medfører en faktisk forskelsbehandling, som ikke står i et rimeligt forhold til kravets begrundelse (virkningen).

Grundloven indeholder intet generelt diskriminationsforbud, men alene et par specielle diskriminationsforbud i Grl § 70 og § 71, stk. 1, 2. pkt. Det har været drøftet i teorien, om der i Danmark gælder en uskreven forfatningsretlig lighedsgrundsætning; Højesteret har ikke taget endeligt stilling, jf. UfR 1965.293 H og 1986.898 H.

Ved spørgsmål om diskrimination, må man først overveje, om Artikel 14 finder anvendelse – dvs. om sagens omstændigheder falder inden for en eller flere EMRK-rettigheders anvendelsesområde (*afsnit 2*). I bekræftende fald, skal det overvejes, om der foreligger diskrimination – en forskelsbehandling, som ikke både forfølger et sagligt formål og står i rimeligt forhold hertil (*afsnit 3*). Artikel 14 beskytter både mod direkte diskrimination – begrundelsen (*afsnit 4*) og mod indirekte diskrimination – virkningen (*afsnit 5*). En positiv særbehandling af visse person-

grupper anses typisk ikke som diskrimination, hvis den tjener til at fremme faktisk lighed (*afsnit 6*). Diskriminationsforbudet kan endelig i særlige tilfælde indebære en pligt til forskelsbehandling af klart forskellige sager (*afsnit 7*).

2. Artikel 14 forbyder diskrimination inden for EMRKs »område«

Artikel 14 beskytter imod enhver form for diskrimination, men kun vedrørende »nydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder«. Artikel 14 er således ikke et selvstændigt diskriminationsforbud, men supplerer de materielle rettigheder i EMRK og tilhørende tillægsprotokoller med et generelt diskriminationsforbud; dette bekræftes af Artikel 14's placering i EMRK efter de materielle rettigheder. Såfremt der foreligger diskrimination omfattet af Artikel 14, statueres derfor en krænkelse af Artikel 14 i sammenhæng med Artikel X (den rettighed, som diskriminationen vedrører). EMD har om Artikel 14's anvendelsesområde gentagne gange fastslået, jf. bl.a. *Petrovic* (1998, para. 22), at

> »Article 14 complements the other substantive provisions of the convention and its Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to 'the enjoyment of the rights and freedoms' safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 does not presuppose a breach of those provisions – and to this extent it is autonomous – there can be no room for its application unless the facts at issue fall within the ambit of one or more of the latter.«

En krænkelse af Artikel 14 forudsætter således ikke, at den materielle rettighed, som diskriminationen vedrører, i sig selv er krænket. En foranstaltning kan isoleret set opfylde kravene i den pågældende materielle rettighed, men alligevel krænke Artikel 14, fordi foranstaltningen er af diskriminerende karakter, jf. også *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 9) og *Abdulaziz* (1985, para. 71). Artikel 14 forbyder herved såvel diskrimination i forbindelse med indgreb i EMRKs rettigheder som diskrimination i forbindelse med lovgivning m.v., som udmønter statens positive forpligtelser i medfør af EMRKs rettigheder. Diskrimination omfattet af Ar-

tikel 14 vil således f.eks. klart foreligge, hvis bestemte persongrupper konsekvent tildeles dårligere forsvarsadvokater end andre (Artikel 6(3), litra c), hvis myndighederne konsekvent stiller fædre ringere end mødre i sager om forældremyndighed og samværsret (Artikel 8) eller, hvis lovgivningen kun forbyder voldelige højreekstremistiske, men ikke venstreekstremistiske, organisationer (Artikel. 11). Foreligger der (også) en krænkelse af den materielle rettighed, vil EMD normalt ikke også inddrage Artikel 14, med mindre diskrimination er et centralt aspekt i sagen, jf. bl.a. *Airey* (1979, para. 30) og *Chassagnou* (1999, para. 89).

Artikel 14 er på den anden side kun anvendelig, hvis sagens omstændigheder falder inden for en eller flere af de materielle rettigheders område (»ambit«), jf. også *Rasmussen* (1984, para. 29), *Thlimmenos* (2000, para. 40) og *Fretté* (2002, para. 27). I UfR 2002.1789 H vedrørende krav om statsborgerskab som betingelse for hyrevognsbevilling fandtes adgangen til bevilling ikke omfattet af ejendomsretten efter TP 1, Artikel 1, hvorfor Artikel 14 var uanvendelig. EMD har imidlertid fortolket »ambit«–kravet yderst lempeligt. Det er efter praksis tilstrækkeligt, at forskelsbehandlingen vedrører forhold, som berører eller har forbindelse til én eller flere af EMRKs materielle rettigheder – at forholdet med EMDs ord »constitutes one of the modalities of the exercise of a right guaranteed«, jf. bl.a. *National Union of Belgian Police* (1975, para. 45) og *Fretté* (2002, para. 31), eller er »linked to the exercise of a right guaranteed«, jf. bl.a. *Schmidt and Dahlström* (1976, para. 39) og *Petrovic* (1998, para. 28). Efter EMDs praksis er det således ikke en forudsætning for Artikel 14's anvendelighed, at forskelsbehandlingen angår en rettighed, som er garanteret i EMRK (f.eks. retten til respekt for privat- og familielivet); forskelsbehandlingen skal blot berøre samme beskyttelsesinteresse som denne (f.eks. privat- og familielivet). I så fald er Artikel 14 også anvendelig på lovgivning, der går videre, end EMRK-rettigheden kræver. Inden for EMRKs »område« gælder således ifølge EMD generelt, jf. *Abdulaziz* (para. 82), at:

> »Article 14 includes in general cases where a person or group is treated, without proper justification, less favourably than another, even though the more favourable treatment is not called for by the Convention.«

Denne brede udlægning af Artikel 14's anvendelsesområde indebærer konkret, at selv om Artikel 8 ikke giver individet nogen ret til f.eks.

uddannelse, adoption, forældreorlovsydelse eller ægtefællesammenføring, kan en diskriminerende forskelsbehandling med hensyn til uddannelsesvilkår, adgang til adoptionsbevilling, tildeling af forældreorlovsydelse eller adgang til ægtefællesammenføring udgøre en krænkelse af Artikel 14 set i sammenhæng med Artikel 8, se *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 7-9) – forældre til fransktalende skolebørn klagede over sproglig diskrimination i det belgiske skolesystem; *Fretté* (2002, para. 31-33) – homoseksuel mand fik afslag på sin ansøgning om adoptionsbevilling; *Petrovic (1998*, para. 26-29) – fædre kunne ikke som mødre få forældreorlovsydelse; *Abdulaziz* (1985, para. 71 og 82) – engelske mænd havde lettere adgang til at blive sammenført med deres udenlandske ægtefælle/kæreste end engelske kvinder.

EMDs brede udlægning af Artikel 14's anvendelsesområde er ikke let at forene med bestemmelsens ordlyd. Lige siden den ledende dom *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 7-9), hvor den norske dommer Terje Wold dissentierede, har EMDs brede udlægning af Artikel 14 da også været kontroversiel. Mest principielt blev kritikken formuleret af den engelske dommer Fitzmaurice i *National Union of Belgian Police* (1975); en belgisk politifagforening klagede over, at den i modsætning til andre politifagforeninger ikke blev hørt af statens myndigheder; fagforeningen påberåbte sig bl.a. en krænkelse af foreningsfriheden i Artikel 11 set i sammenhæng med diskriminationsforbudet i Artikel 14. EMD fandt ikke, at Artikel 11 i sig selv giver fagforeninger krav på at blive hørt af myndighederne (pr. 38), men flertallet fandt ikke desto mindre Artikel 14 anvendelig, fordi man i Belgien rent faktisk havde etableret et høringssystem, som var relevant for fagforeningers interessevaretagelse (para. 45). Fitzmaurice tog i en lang dissens skarpt afstand fra flertallets fortolkning (Separate Opinion of Sir Gerald Fitzmaurice, para. 18 og 23):

> »In my opinion, as soon as it is established that Article 11 does not embody any right for trade unions to be consulted, Article 14 can have no possible sphere of application. This is because, according to the plain language of that article, it is only the 'enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention' ... that is to be 'secured without discrimination' (...) the whole point of [Article 14] is that it operates even where there is no violation of the other Article concerned, provided that this other Article does confer the right or freedom in the application of which there is di-

> scrimination (...) what it is intended to catch is the case where a right or freedom required by some other Article is being afforded, but in a discriminatory manner.«

Selv om flertallets brede udlægning flere gange er blevet bekræftet i senere EMD praksis, er kritikken ikke forstummet. I *Fretté* (2002) havde en mand fået afslag på sin ansøgning om adoption, reelt fordi han var homoseksuel. Alle dommere var enige om, at Artikel 8 om retten til respekt for privat- og familielivet ikke giver individet nogen ret til at adoptere. Ikke desto mindre fandt EMDs flertal (4/3) Artikel 14 anvendelig med den begrundelse, at den franske lovgivning, som gav alle personer ret til at søge om adoption, dog faldt ind under Artikel 8's »område« (pr. 32-33). Mindretallet på tre dommere fandt derimod Artikel 14 uanvendelig (Partly Concurring opinion of Judge Costa, joined by Judges Jungwiert and Traja):

> »I believe that Article 14 does not apply in the instant case. (...) precisely given that there is no right to (adopt) children and the Convention does not safeguard the desire to found a family, there was in my view no interference by the State in Mr Fretté's private or family life.«

Kritikken forekommer mig at være velbegrundet. Den herskende fortolkning giver Artikel 14 et langt bredere anvendelsesområde, end bestemmelsens ordlyd og kontekst kan bære således, at Artikel 14 i praksis i et vist omfang reelt udgør en selvstændig bestemmelse, som bl.a. skaber sociale og økonomiske rettigheder for ekskluderede persongrupper.

3. Hvornår foreligger der diskrimination?

Inden for EMRKs område forbyder Artikel 14 enhver form for diskrimination. Opregningen af diskriminationsgrunde i Artikel 14 er således ikke udtømmende, jf. tilføjelsen »... eller andet forhold« og EMD i *Engel* (1976, para. 72). Endvidere beskytter Artikel 14 ikke kun mod offentlige myndigheders diskrimination; staten har desuden en positiv forpligtelse til at gribe ind over for diskrimination fra private, jf. Artikel 1 (se ovenfor Kapitel 6 om statens positive forpligtelser) og EMD i bl.a. *Pla and Puncernau* (2004, para. 43 og 59).

Kort fortalt foreligger der diskrimination, når et individ/en gruppe af individer uden saglig og rimelig begrundelse behandles ringere end an-

dre. Efter den danske ordlyd af Artikel 14 (»uden forskel«) kunne man tro, at bestemmelsen forbød enhver form for forskelsbehandling. Dette er dog selvsagt ikke tilfældet; legitim forskelsbehandling præger store dele af lovgivningen og forvaltningen heraf, fordi mennesker er forskellige og har forskellige evner og behov, jf. også *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 10).

Kun den diskriminerende forskelsbehandling er forbudt, jf. den autentiske engelske ordlyd (»without discrimination«). En forskelsbehandling er diskriminerende, hvis den savner en objektiv/saglig og rimelig begrundelse. Forskelsbehandling er derfor kun berettiget, hvis den har et legitimt formål og desuden står i et rimeligt forhold til dette formål (proportionalitet), jf. bl.a. *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 10) og *Pretty* (2002, para. 88).

Fremgangsmåden efter Artikel 14 er således følgende:

1. Falder sagen inden for EMRKs område (jf. afsnit 2)?
2. Foreligger der forskelsbehandling?
3. Forfølger forskelsbehandlingen et legitimt formål?
4. Står forskelsbehandlingen i et rimeligt forhold til dette formål?

Er svaret på 1) og 2) »ja«, og svaret på 3) eller 4) »nej«, foreligger der diskrimination i strid med Artikel 14 og dermed en krænkelse af Artikel 14 i sammenhæng med Artikel X (den rettighed, diskriminationen vedrører).

3.1 Foreligger der forskelsbehandling (af sammenlignelige tilfælde)?

Diskrimination forudsætter, at der er sket forskelsbehandling mellem personer eller persongrupper i sammenlignelige situationer. Forskelsbehandlingen kan vedrøre såvel et indgreb som tildeling af et gode. Forskelsbehandlingen kan være direkte eller indirekte.

Sammenlignelige situationer?

Ofte henviser EMD til, at der skal være tale om forskelsbehandling set i forhold til personer i »sammenlignelige situationer«, hvorefter det skal vurderes, om denne forskelsbehandling er sagligt begrundet, se f.eks. *Sunday Times (II)* (1992, para. 58) og *Pretty* (2002, para. 88). Denne

formel er dog til dels cirkulær, idet der ikke retligt set foreligger sammenlignelige situationer, såfremt en forskelsbehandling har en saglig begrundelse. To sager er aldrig helt ens; der vil altid være større eller mindre faktiske forskelle. Diskriminationsforbudet forbyder, at man tillægger bestemte forskelle (usaglige hensyn) retlig betydning. Kravet om sammenlignelige situationer kan dog bruges til at frasortere de tilfælde, hvor forskelsbehandling åbenbart ikke er diskriminerende, fordi klagers situation på afgørende måde adskiller sig fra de personer, han sammenligner sig med – f.eks. en klage over, at man skal være jurist for at blive advokat, mens man kan blive avisbud uden at tage en uddannelse. Klager over den type af forskelsbehandling vil sjældent forekomme. I EMDs praksis er det centrale spørgsmål derfor normalt alene, om der foreligger forskelsbehandling, og om denne forfølger et sagligt og legitimt formål og afspejler et rimeligt forhold mellem midler og formål, se f.eks. *Darby* (1990, para. 31).

Forskelsbehandling kan vedrøre såvel indgreb som ydelser

Der foreligger forskelsbehandling, hvis en person/persongruppe underkastes et offentligt indgreb i sine rettigheder, som andre i samme situation ikke underkastes – f.eks. hvor politiet behandler udenlandske demonstranter hårdere end indenlandske, eller hvor bestemte foreninger forbydes i modsætning til andre, selv om de alle har samme ulovlige formål. Der foreligger også forskelsbehandling, hvis individet afskæres fra en beskyttelse eller ydelse fra det offentlige, som andre i samme situation modtager – f.eks. hvor bestemte religiøse samfund i modsætning til andre afskæres fra at modtage statsstøtte.

Forskelsbehandling kan være direkte eller indirekte

Artikel 14 beskytter mod såvel direkte som indirekte forskelsbehandling, jf. forudsætningsvis *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium Belgian Linguistics Cases* (1968, para. 10), hvor EMD henviste til en foranstaltnings »aim and effects«. Direkte forskelsbehandling foreligger, hvor der udtrykkeligt lægges vægt på køn, religion mv. som begrundelse for at stille bestemte persongrupper ringere end andre (se nærmere herom nedenfor afsnit 4). Indirekte forskelsbehandling foreligger, hvor et generelt og tilsyneladende neutralt krav m.v. alene eller i særlig grad rammer bestemte persongrupper, som

på grund af deres køn, religion m.v. ikke kan opfylde kravene (se nærmere herom nedenfor afsnit 5).

3.2 Forfølger forskelsbehandlingen et sagligt/legitimt formål?

Foreligger der forskelsbehandling, bliver spørgsmålet først, om denne forfølger et sagligt/legitimt formål. Er det ikke tilfældet, foreligger der allerede derfor diskrimination.

Mange former for forskelsbehandling er båret af rent saglige hensyn. Det vil ofte være tilfældet på f.eks. det skattemæssige og sociale område, hvor forskellige persongrupper har forskellige økonomiske indtægter og behov. Forskelsbehandlingen beror her på objektive og relevante forskelle mellem f.eks. fattige og rige, mellem par og enlige, mellem barnløse og børnefamilier etc. Hele velfærdstatstanken hviler netop på, at svage grupper skal hjælpes af staten, se også EMD i *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 10). På den baggrund anerkender EMD en vidtgående adgang til forskelsbehandling ud fra sociale hensyn for at tilgodese svage grupper, f.eks. i boligpolitikken, jf. *Gillow* (1986, para. 66), og i skattepolitikken, jf. *National & Provincial Building Company* (1997, para. 88). I *Darby* (1990) fandt EMD derimod ingen saglig begrundelse for en negativ skattemæssig forskelsbehandling af personer uden fast bopæl i Sverige, sammenlignet med personer med bopæl.

De klassiske diskriminationstilfælde foreligger, hvor en forskelsbehandling har baggrund i fordomme over for f.eks. kvinder eller muslimer. Hvad der anses som saglige grunde til forskelsbehandling er i øvrigt ikke statisk, men ændrer sig med samfundsudviklingen. Det gælder f.eks. forskelsbehandling på grund af køn, hvilket i tidligere tider forekom naturligt. Som klart udgangspunkt er det i dag ikke legitimt at behandle en person ringere end andre alene på grund af vedkommendes race, etniske oprindelse, køn, religion, seksuel orientering m.v. (se nærmere nedenfor afsnit 4).

Derimod kan det være legitimt at give bestemte persongrupper – kvinder, etniske minoriteter m.fl. – en positiv særbehandling for at fremme en reel ligestilling af disse grupper, selv om dette som refleks medfører en negativ forskelsbehandling af andre grupper (se nærmere herom nedenfor afsnit 6).

3.3 Er forskelsbehandlingen rimelig i lyset af formålet (proportional)?

Selv om formålet med forskelsbehandlingen er sagligt/legitimt, kan der alligevel foreligge diskrimination, hvis den konkrete forskelsbehandling ikke forekommer nødvendig eller ikke står i et rimeligt forhold til formålet hermed (proportionalitet).

Vurderingen heraf kræver en – ofte vanskelig – afvejning af, om forskelsbehandlingen forekommer nødvendig og rimelig, uanset den skade for individet/persongruppen, som forskelsbehandlingen medfører. Kravet om et rimeligt forhold mellem forskelsbehandlingen og dens formål vil typisk få særlig betydning i sager om indirekte forskelsbehandling, hvor formålet med de generelle og neutralt formulerede krav ofte vil være legitimt, men hvor spørgsmålet bliver, om kravene også er nødvendige og rimelige i lyst af, at de medfører en faktisk forskelsbehandling af bestemte persongrupper (se nærmere nedenfor afsnit 5).

4. Direkte diskrimination (begrundelsen)

Direkte diskrimination foreligger, hvor en person/persongruppe behandles ringere end andre på grund af vedkommendes stilling, alder, køn, race, religion m.v., med mindre denne forskelsbehandling har en objektiv/saglig og rimelig begrundelse. Det centrale spørgsmål er her typisk, om det overhovedet er legitimt at tillægge et bestemt kriterium betydning. Mens der i mange tilfælde kan være saglige grunde (alder, indtægt m.v.) til at behandle mennesker forskelligt, er der andre grunde (race, religion, køn m.v.), som kun helt undtagelsesvis kan begrunde forskelsbehandling og derfor som hovedregel er diskriminerende.

4.1 Generelt forbudte kriterier (»suspekte kriterier«)

Nogle kriterier for forskelsbehandling vil aldrig eller kun helt undtagelsesvis kunne retfærdiggøres og betegnes derfor undertiden som suspekte kriterier (jf. i amerikansk ret »suspect classifications«). Til denne kategori hører en persons race, etniske oprindelse, køn, fødsel, nationalitet, religion, politiske anskuelse og seksuelle orientering. En persons race, etniske oprindelse, køn, fødsel og (typisk) nationalitet har ved-

kommende ikke selv bestemt. Det følger derfor af princippet om alle menneskers lige værdighed, at man (normalt) ikke alene på grundlag heraf kan forskelsbehandle, jf. EMD i *Mazurek* (2000, para. 54). Religiøs og politisk frihed nyder særlig beskyttelse i et demokratisk samfund, jf. Artikel 9 og 10, og forskelsbehandling på dette grundlag er derfor også normalt udelukket. Tilsvarende gælder seksuel orientering, som hører til kernen i individets integritet og privatliv, jf. Artikel 8.

I dansk ret er offentlige myndigheder underlagt en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning, som forbyder forskelsbehandling af de nævnte grunde. Mellem private er problemerne formentlig større; her er vedtaget særlig lovgivning for at forebygge og straffe de klassiske diskriminationstilfælde (se nedenfor).

Race og etnisk oprindelse

Forskelsbehandling på grund af race eller etnisk oprindelse vil utvivlsomt (næsten) altid blive anset som diskrimination i strid med Artikel 14, jf. også *Jersild* (1994, para. 30), hvor EMD anerkendte »the vital importance of combating racial discrimination in all its forms and manifestations«.

Grundloven indeholder to begrænsede diskriminationsforbud vedrørende race m.v. Grl § 70 forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. »afstamning« med hensyn til nydelse af borgerlige og politiske rettigheder og opfyldelse af almindelige borgerpligter. Grl § 71, stk. 1, 2. pkt., forbyder frihedsberøvelse af statsborgere på grund af bl.a. »afstamning«.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v. forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. »race, hudfarve og national eller etnisk oprindelse« inden for erhvervsmæssig eller almennyttig virksomhed og ved offentlige arrangementer. Diskriminationen kan bestå i at nægte at betjene bestemte etniske grupper, f.eks. på en restaurant, § 1, stk. 1, eller nægte dem adgang på samme vilkår som andre, f.eks. til et diskotek eller en bolig, § 1, stk. 2. I UfR 1999.1286 Ø blev en dørmand straffet for at nægte en marokkaner adgang til et diskotek på grund af mandens etniske oprindelse; afvisningen havde ingen saglig begrundelse – klager havde optrådt roligt og velklædt; dørmanden havde af ejeren fået besked på, at der skulle lukkes 25% færre udlændinge ind. I UfR 2001.1435 Ø blev en dørmand derimod frifundet, da man ikke kunne forkaste hans forklaring om, at han ikke havde afvist klager på grund af dennes etniske oprindelse, men fordi han mente, at klager tidligere

havde deltaget i slagsmål (diskrimination kan være svær at bevise). Et specielt eksempel på etnisk diskrimination (formelt nationalitet) forelå i UfR 1991.358 Ø. En kommune havde etableret en kvoteordning for almene boliger, hvorefter der max. måtte være 10 % indvandrere/udlændinge i en bebyggelse. Formålet var at undgå ghetto-dannelser og dermed fremme en bedre integration af etniske minoriteter. Kvoteordningen betød imidlertid, at etniske minoriteter (udlændinge) blev afvist til en bolig, hvis kvoten var opbrugt, mens etniske danskere (statsborgere) aldrig blev afvist. Landsretten fandt ordningen i strid med loven om forbud mod racediskrimination m.v., da den medførte en negativ forskelsbehandling af indvandrere (udlændinge). Det fandtes uden betydning, at formålet med ordningen var at fremme integration af indvandrere.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. forbyder ligeledes forskelsbehandling på grund af bl.a. »race«, »hudfarve og »national eller etnisk oprindelse«, navnlig vedrørende ansættelse, afskedigelse og løn- og arbejdsvilkår, §§ 2-5, jf. § 1.

Lov om etnisk ligebehandling fra 2003 (som gennemfører EUs direktiv om etnisk ligebehandling: 2000/43/EF) lukker i vidt omfang de hidtidige huller i dansk ret med hensyn til beskyttelse mod diskrimination på grund af race og etnisk oprindelse. Loven forbyder stort set enhver form for diskrimination i det offentlige rum, herunder med hensyn til: social beskyttelse, sundhed, uddannelse, medlemskab af erhvervsorganisationer og levering af varer og tjenesteydelser, § 2, stk. 1. Rent private aktiviteter holdes dog fortsat udenfor, § 2, stk. 3. Desuden forbyder loven ikke kun diskrimination, men også chikane, § 3, stk. 4.

Køn

Ligestilling af mænd og kvinder har i dag – både internationalt og nationalt – høj prioritet. Forskelsbehandling på grund af køn kræver derfor ifølge EMD »very weighty reasons«, jf. *Abdulaziz* (1985, para. 78) og *Van Raalte* (1997, para. 39). I *Abdulaziz* (1985) fastslog EMD en krænkelse af Artikel 14, jf. Artikel 8; de engelske regler om familiesammenføring gjorde forskel på mænd og kvinder, idet bosiddende mænd havde lettere adgang end bosiddende kvinder til at opnå familiesammenføring med en partner i udlandet. I *Petrovic* (1998) statuerede EMDs flertal (7/2) derimod ikke krænkelse af Artikel 14, jf. Artikel 8, selv om Østrigs lovgivning kun gav kvinder, ikke mænd, ret til forældreorlovsydelse;

flertallet lagde vægt på, at tendensen til ligestilling på dette område var noget relativt nyt.

I dansk ret forbyder Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v. enhver forskelsbehandling på grund af køn med hensyn til navnlig ansættelse, afskedigelse og løn- og arbejdsvilkår, §§ 2-6, jf. § 1; forbudet kan dog fraviges i erhverv, hvor det er afgørende, at vedkommende har et bestemt køn, § 13, stk. 1. Lov om ligestilling af kvinder og mænd skal mere generelt fremme ligebehandling mellem mænd og kvinder, § 1; kravet om ligestilling gælder bl.a. inden for offentlig forvaltning og erhvervsmæssig og almen virksomhed, § 2, stk. 1; efter § 2, stk. 2, kan visse erhverv m.v. dog undtages fra kravet om ligebehandling, f.eks. balletskoler.

Fødsel

I *Marckx* (1979, para. 59) fastslog EMD kravet om ligestilling – herunder arveretligt – af børn født inden for og uden for ægteskab, jf. Artikel 14 i sammenhæng med Artikel 8. Forskelsbehandling kræver her ifølge EMD »very weighty reasons«, jf. *Inze* (1987, para. 41) og *Mazurek* (2000, para. 49). I *Pla and Puncernau* (2004) statuerede EMD krænkelse af Artikel 14, jf. Artikel 8, fordi de nationale domstole i deres fortolkning af et testamente havde diskrimineret et adoptivbarn i forhold til de biologiske slægtninge.

I dansk ret har børn født inden for og uden for ægteskab præcis samme rettigheder, herunder med hensyn til arveret, jf. Arvelovens § 1.

Nationalitet

Forskelsbehandling på grund af nationalitet kræver ifølge EMD »very weighty reasons« for at være berettiget, jf. *Gaygusuz* (1996, para. 42). Dette gælder dog kun på områder, hvor EMRK ikke selv tillader, at der gøres forskel på statsborgere og udlændinge. Visse rettigheder tilkommer alene statsborgere (se nærmere Kapitel 3).

I UfR 2002.1789 H fandtes den dagældende regel i Lov om taxikørsel § 3, stk. 1, nr. 1, hvorefter tilladelse til erhvervsmæssig personbefordring krævede dansk indfødsret, ikke omfattet af Artikel 14's beskyttelse, da spørgsmålet om opnåelse af taxabevilling ikke ansås for omfattet af ejendomsretten efter TP 1, Artikel 1. I modsat fald måtte man formentlig have statueret diskrimination i strid med Artikel 14, da det er

svært at se en saglig begrundelse for et krav om indfødsret som betingelse for taxabevilling.

Grl § 71, stk. 1, 2. pkt., forbyder alene frihedsberøvelse af danske statsborgere på grund af afstamning, religiøs eller politisk overbevisning. Frihedsberøvelse af udlændinge på dette grundlag vil dog indebære en krænkelse af EMRK Artikel 5.

Grl § 29 giver alene statsborgere stemmeret ved folketingsvalg, men stemmeretten er netop også en borgerrettighed (se Kapitel 3).

Religion

Forskelsbehandling på grund af religion vil som klart udgangspunkt blive anset som diskrimination, jf. også *Hoffmann* (1993, para. 36).

Grundloven indeholder alene to begrænsede diskriminationsforbud vedrørende religion. Grl § 70 forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. »trosbekendelse« med hensyn til nydelse af borgerlige og politiske rettigheder og opfyldelse af almindelige borgerpligter. Grl § 71, stk. 1, 2. pkt., forbyder frihedsberøvelse af statsborgere på grund af bl.a. »religiøs overbevisning«.

I sager om forældremyndighed og adoption må offentlige myndigheder ikke fravælge personer alene på grund af deres religion, jf. UfR 2001.2518 H og FOB 1988.121.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v. forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. »tro« inden for erhvervsmæssig eller almennyttig virksomhed og ved offentlige arrangementer.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. »religion«, se også UfR 2001.207 V. Undtagelse gælder dog for virksomheder med et religiøst formål, § 6, stk. 1.

Om religionsdiskrimination henvises nærmere til Kapitel 11.

Politisk anskuelse

Forskelsbehandling på grund af politisk anskuelse vil utvivlsomt (næsten) uden videre blive anset som diskrimination

Grundlovens § 71, stk. 1, 2. pkt., forbyder frihedsberøvelse af statsborgere på grund af bl.a. »politisk overbevisning«.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. forbyder bl.a. forskelsbehandling på grund af »politisk anskuelse«. Undta-

gelse gælder dog for virksomheder med et bestemt politisk formål, § 6, stk. 1.

Seksuel orientering

Forskelsbehandling på grund af seksuel orientering synes (næsten) uden videre at blive anset som diskrimination, se f.eks. *L. and V. v. Austria* (2003, para. 45). I *Salgueiro de Silva Mouta* (1999), fandt EMD en krænkelse af Artikel 14, jf. Artikel 8, fordi de portugisiske domstole i en sag om tildeling af forældremyndighed ved skilsmisse havde tillagt det (negativ) betydning for faren, at han var homoseksuel. Også i *L. and V. v. Austria* (2003) og *Ladner* (2005) statuerede EMD krænkelse af Artikel 14, jf. Artikel 8; klagerne var alle blevet dømt for homoseksuel omgang med unge mænd under 18 år; diskriminationen bestod i, at Østrigs straffelov forbød homoseksuel omgang med unge mænd mellem 14 og 18 år, men derimod ikke lesbisk eller heteroseksuel omgang med personer i samme aldersgruppe. Artikel 14 beskytter dog kun en socialt accepteret seksualitet; der kan selvsagt tages negativt hensyn til, at en person er blevet dømt for sex med mindreårige ved afgørelse af sager om f.eks. forældremyndighed og adoption.

I dansk ret forbyder Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v. bl.a. forskelsbehandling på grund af »seksuel orientering«.

Lov om forbud mod forskelsbehandling på grund af race m.v. forbyder forskelsbehandling på grund af bl.a. »seksuel orientering« inden for erhvervsmæssig og almennyttig virksomhed og ved offentlige arrangementer.

4.2 Andre kriterier

Forskelsbehandling kan også forekomme af andre grunde. Lovgivningen opstiller ofte bestemte krav eller betingelser (alder, indtægt, bopæl, uddannelse m.v.), hvorved personer, som ikke opfylder kravene, stilles ringere end personer, som opfylder kravene. Typisk vil en sådan forskelsbehandling dog have en saglig og rimelig begrundelse, hvorfor der ikke foreligger diskrimination.

Et eksempel er de danske regler om stemmeret til Folketinget (ligger inden for EMRKs område, jf. TP 1, Artikel 3). Ikke alene tilkommer stemmeretten kun danske statsborgere, men desuden kun borgere, som 1) er fyldt 18 år og 2) har fast bopæl i Danmark, jf. Grl § 29 og Folke-

tingsvalglovens § 1. Forskelsbehandlingen på grund af alder (krav om myndighedsalder) genfindes i alle demokratier. Alderskravet tjener til at sikre, at kun personer med tilstrækkelig intellektuel modenhed kan stemme. En generel grænse bliver nødvendigvis vilkårlig – nogle 17-årige er mere modne end visse 18-årige – men er en praktisk nødvendighed. Alderskravet er ikke af den grund diskriminerende. Forskelsbehandlingen på grund af bopæl genfindes også i andre lande. Bopælskravets saglige begrundelse er, at kun personer med aktuel, fast bopæl indgår i det danske samfund og derfor bør kunne deltage i den politiske proces, ligesom også kun disse personer betaler dansk skat. Kravet om fast bopæl er derfor ikke diskriminerende.

5. Indirekte diskrimination (virkningen)

Indirekte diskrimination foreligger, hvor der stilles samme krav til alle, men disse rammer alene eller i særlig grad bestemte persongrupper, som på grund af deres køn, religion m.v. ikke kan opfylde kravene (virkningen). En sådan faktisk forskelsbehandling er dog ikke diskriminerende, hvis kravene er sagligt begrundet og desuden må anses som nødvendige og rimelige.

Krav og foranstaltninger, som på denne måde indirekte stiller f.eks. kvinder eller tilhængere af en bestemt religion dårligere end andre, kan være et udtryk for skjult diskrimination. Eksempelvis foreligger der indirekte diskrimination over for indvandrergrupper, hvis man stiller krav om flydende danskkundskaber som betingelse for at få et rengøringsjob, da dette krav i lyset af jobbets karakter savner en saglig begrundelse.

Den faktiske forskelsbehandling kan dog også blot være en utilsigtet følgevirkning af en sagligt begrundet praksis. I disse tilfælde er den indirekte forskelsbehandling ikke resultatet af et ønske om at diskriminere, men af saglige hensyn, som imidlertid har den uheldige konsekvens, at visse persongrupper forskelsbehandles. I disse tilfælde kan det være vanskeligt at vurdere, om forskelsbehandlingen udgør diskrimination. Formålet er sagligt, men det centrale spørgsmål bliver, om de stillede krav m.v. også er nødvendige og rimelige i lyset af deres forskelsbehandlende virkning. Eksempelvis vil det ofte være berettiget at

stille krav om flydende danskkundskaber som betingelse for at få et udadvendt service-job i Danmark.

I dansk ret er offentlige myndigheder i kraft af den uskrevne forvaltningsretlige lighedsgrundsætning også afskåret fra indirekte diskrimination. I sager om forældremyndighed og adoption kan hensynet til barnets trivsel dog nødvendiggøre indirekte forskelsbehandling af f.eks. tilhængere af Jehovas Vidner: Hvis disse praktiserer religionen på ortodoks måde, vil de generelt komme til at stå svagere i kampen om barnet, jf. *Hoffmann* (1993), UfR 2001.2518 H og FOB 1988.121 (se nærmere herom Kapitel 11). For såvel offentlige myndigheder som private gælder endvidere følgende specifikke forbud mod indirekte diskrimination:

Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., § 1, forbyder indirekte forskelsbehandling på grund af race, hudfarve, religion, politisk anskuelse, seksuel orientering eller national, social eller etnisk oprindelse med hensyn til ansættelse, afskedigelse og arbejdsvilkår.

Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v., § 1, forbyder indirekte forskelsbehandling på grund af køn med hensyn til ansættelse, afskedigelse og arbejdsvilkår.

Lov om ligestilling af kvinder og mænd skal generelt sikre, at mænd og kvinder behandles »lige« inden for offentlig forvaltning og erhvervsmæssig og almen virksomhed, § 2. Heri ligger også et forbud mod indirekte forskelsbehandling (kønsskævhed), med mindre denne er objektivt og rimeligt begrundet. Det er f.eks. ikke diskriminerende, hvis en damefrisør afviser mænd, eller hvis der tages en højere pris for dameend for herreklip, når dameklip kræver mere arbejde.

Lov om etnisk ligebehandling, § 3, forbyder indirekte diskrimination på grund af race eller etnisk oprindelse i store dele af det offentlige rum herunder social beskyttelse, sundhed, uddannelse, medlemskab af erhvervsorganisationer og levering af varer og tjenesteydelser. Loven gælder derimod ikke for rent private aktiviteter, § 2, stk. 3.

Illustrerende for den vanskelige vurdering af, hvorvidt en indirekte forskelsbehandling har karakter af diskrimination, er de to danske sager om bortvisning af en ansat, fordi vedkommende bar muslimsk tørklæde, UfR 2000.2350 Ø og 2005.1265 H; kun i førstnævnte fandtes der at foreligge indirekte religionsdiskrimination (se nærmere Kapitel 11).

6. Positiv særbehandling – forskelsbehandling for at udjævne ulighed

Positiv særbehandling betegner en positiv forskelsbehandling af visse grupper – etniske minoriteter, kvinder m.v. – for at udjævne en faktisk ulighed, som ofte vil skyldes en traditionel diskrimination af den pågældende gruppe. Den »svage« gruppe gives en fortrinsstilling (f.eks. gennem en kvoteordning). Positiv særbehandling af én gruppe indebærer i sagens natur en negativ forskelsbehandling af andre grupper, som derfor vil kunne hævde at være udsat for diskrimination. Såfremt positiv særbehandling er objektivt begrundet i en faktisk ulighed, vil den imidlertid kunne hævdes at forfølge det legitime formål at fremme faktisk lighed og derfor ikke være diskriminerende, såfremt særbehandlingen er nødvendig og står i rimeligt forhold til dette formål.

EMD synes at anerkende, at positiv særbehandling kan være berettiget, hvor der på et område eksisterer faktisk ulighed. Allerede i *Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium* (1968, para. 10) fastslog EMD, at Artikel 14 ikke forbyder enhver form for forskelsbehandling og udtalte i den forbindelse, at »certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities«. Åbenheden over for positive særforanstaltninger bekræftes i præamblen til TP 12 fra 2000, hvorefter:

> »the principle of non-discrimination does not prevent States Parties from taking measures in order to promote full and effective equality, provided that there is an objective and reasonable justification for those measures«.

Artikel 14 udelukker således ikke, men forpligter dog heller ikke til, positiv særbehandling af visse grupper, hvor der er et objektivt behov herfor.

Dansk lovgivning åbner på visse områder, som en undtagelse til forbudet mod forskelsbehandling, mulighed for positiv særbehandling af visse persongrupper med henblik på at fremme reel lighed. Hjemmel herfor findes i: Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet m.v., § 9, stk. 2; Lov om ligebehandling af mænd og kvinder med hensyn til beskæftigelse og barselsorlov m.v., § 13, stk. 2; Lov om ligestilling af kvinder og mænd, § 3; Lov om etnisk ligebehandling, § 4.

7. Pligt til forskelsbehandling?

Lighed betyder, at det lige skal behandles lige, men også, at det klart ulige skal behandles forskelligt. Derfor kan også en manglende hensyntagen til klare forskelle mellem personer/situationer i særlige tilfælde udgøre diskrimination. Det bekræftede EMD i *Thlimmenos* (2000, para. 44), hvor Domstolen udtalte, at der også foreligger diskrimination

> »where States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different«.

I *Thlimmenos* (2000) var et Jehovas Vidne blevet straffet med fængsel, fordi han af religiøse grunde nægtede at gøre militærtjeneste; efterfølgende var han, trods fremragende kvalifikationer, blevet udelukket fra en stilling som autoriseret revisor med den begrundelse, at han tidligere var straffet for en alvorlig forbrydelse; EMD statuerede krænkelse af Artikel 14, jf. Artikel 9, idet myndighederne burde have skelnet mellem personer, der straffes for »almindelig« kriminalitet og personer, der straffes for religiøst begrundet militærnægtelse; der var ingen saglige grunde til at afskære klager fra at blive revisor (para. 47): »unlike other convictions for serious criminal offences, a conviction for refusing on religious or philosophical grounds to wear the military uniform cannot imply any dishonesty or moral turpitude likely to undermine the offender's ability to exercise this profession«.

Derimod fandt EMD ingen krænkelse af Artikel 14 i *Pretty* (2002, para. 89), selv om man i England ikke skelnede mellem personer, som selv var henholdsvis ikke var i stand til at begå selvmord; hjælp til selvmord var i forhold til begge persongrupper strafbart; EMD fandt det berettiget at opretholde den generelle strafbarhed af hjælp til selvmord, som i det konkrete tilfælde ramte en pårørende til en svækket, uhelbredeligt syg person.

Litteratur

Betænkning 1422 Gennemførelsen i dansk ret af direktivet om etnisk ligebehandling, København 2002

J. Christoffersen Højesterets prøvelse af folkeretlige diskriminationsforbud, UfR 2002 B, side 407ff

Council of Europe Explanatory Report to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

J. Garde m.fl. Forvaltningsret. Almindelige emner, 4. udgave, DJØFs Forlag, København 2004

H.S. Greve Likhet, likeverd og ikke-diskriminering, i P. Lødrup m.fl. (red.): Rettsteori og rettsliv, Festskrift til Carsten Smith til 70-årsdagen 13. juli 2002, Universitetsforlaget 2002

P. Justesen og J. E. Rytter Race Equality in Denmark, European Review of Public Law, Vol. 11, No. 2, 1999, side 649ff

P. Justesen Lighedskravet for etniske minoriteter på arbejdsmarkedet, DJØFs Forlag, København 2000

O. Spiermann Den almindelige forvaltningsretlige lighedsgrundsætning, Juristen 1995, side 417ff

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention

(uddrag)

Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (1950)

Under henvisning til Verdenserklæringen om Menneskerettigheder, som blev udstedt af de Forenede Nationers Generalforsamling den 10. december 1948;

under henvisning til, at denne Erklæring tilsigter at sikre en universel og effektiv anerkendelse og overholdelse af de deri opregnede rettigheder;

under henvisning til, at Europarådets formål er at tilvejebringe en nærmere forening mellem dets medlemmer, og at en af måderne at opnå dette mål er at opretholde og udvikle menneskerettighederne og de grundlæggende friheder;

idet de bekræfter deres dybe tro på disse grundlæggende frihedsrettigheder, som er grundlaget for retfærdighed og fred i verden og bedst håndhæves på den ene side af et virkeligt demokratisk regeringssystem og på den anden side af en fælles forståelse og en fælles respekt for de menneskerettigheder, hvortil de bekender sig;

idet de, som regeringer i europæiske stater, besjælede af samme ånd og med en fælles arv af politiske traditioner, idealer, respekt for frihed og for retsstatsprincippet er besluttet på at tage de første skridt til sikring af den kollektive håndhævelse af visse af de rettigheder, der omhandles i Verdenserklæringen;

er de underskrivende regeringer, der er medlemmer af Europarådet, blevet enige om følgende:

The Governments signatory hereto, being Members of the Council of Europe,

Considering the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the General Assembly of the United Nations on 10 December 1948;

Considering that this Declaration aims at securing the universal and effective recognition and observance of the Rights therein declared;

Considering that the aim of the Council of Europe is the achievement of greater unity between its Members and that one of the methods by which the aim is to be pursued is the maintenance and further realization of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Reaffirming their profound belief in those Fundamental Freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained on the one hand by an effective political democracy and on the other by a common understanding and observance of the Human Rights upon which they depend;

Being resolved, as the Governments of European countries which are likeminded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law to take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration;

Have agreed as follows:

Artikel 1 – Forpligtelse til at respektere menneskerettigheder
De høje kontraherende parter skal sikre enhver person under deres jurisdiktion de rettigheder og friheder, som er nævnt i denne konventions afsnit I.

Article 1 – Obligation to respect human rights
The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

AFSNIT 1

SECTION 1

Artikel 2 – Ret til livet
1. Ethvert menneskes ret til livet skal beskyttes ved lov. Ingen må forsætligt berøves livet undtagen ved fuldbyrdelse af en dødsdom, afsagt af en domstol i tilfælde, hvor der ved lov er fastsat dødsstraf for den pågældende forbrydelse.
2. Berøvelse af livet betragtes ikke som sket i modstrid med denne artikel, når den er en følge af magtanvendelse, der ikke går ud over det absolut nødvendige:
   a) for at forsvare nogen mod ulovlig vold;
   b) for at iværksætte en lovlig anholdelse eller forhindre flugt fra lovlig frihedsberøvelse;
   c) for lovligt at undertrykke optøjer eller opstand.

Article 2 – Right to life
1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.
2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:
   a) in defence of any person from unlawful violence;
   b) in order to effect a lawful arrest or to prevent escape of a person lawfully detained;
   c) in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

Artikel 3 – Forbud mod tortur
Ingen må underkastes tortur og ej heller umenneskelig eller nedværdigende behandling eller straf.

Article 3 – Prohibition of torture
No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

Artikel 4 – Forbud mod slaveri og tvangsarbejde
1. Ingen må holdes i slaveri eller trældom.
2. Ingen må pålægges at udføre tvangs- eller pligtarbejde.
3. Ved anvendelse af denne artikel omfatter udtrykket »tvangs- eller pligtarbejde« ikke:

Article 4 – Prohibition of slavery and forced labour
1. No one shall be held in slavery or servitude.
2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour.
3. For the purpose of this article the term »forced or compulsory labour« shall not include:

a) arbejde, som sædvanligvis forlanges udført under frihedsberøvelse i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 5 i denne konvention, eller under betinget løsladelse fra sådan frihedsberøvelse;
b) tjeneste af militær karakter eller, for så vidt angår personer, der er militærnægtere af samvittighedsgrunde i lande, hvor dette anerkendes, tjeneste, der erstatter tvungen militærtjeneste;
c) tjeneste, der pålægges i tilfælde af nødstilstand eller ulykker, der truer samfundets eksistens eller velfærd;
d) arbejde eller tjeneste, der hører til de normale borgerpligter.

Artikel 5 – Ret til frihed og sikkerhed

1. Enhver har ret til frihed og personlig sikkerhed. Ingen må berøves friheden undtagen i følgende tilfælde og i overensstemmelse med den ved lov foreskrevne fremgangsmåde:
   a) lovlig frihedsberøvelse af en person efter domfældelse af en kompetent domstol;
   b) lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person for ikke at efterkomme en domstols lovlige påbud eller for at sikre opfyldelsen af en ved lov foreskrevet forpligtelse;
   c) lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person med det formål at stille ham for den kompetente retlige myndighed, når der er begrundet mistanke om, at han har begået en forbrydelse, eller rimelig grund til at anse det for nødvendigt at hindre ham i at begå en forbrydelse eller i at flygte efter at have begået en sådan;

a) any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of this Convention or during conditional release from such detention;
b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service;
c) any service exacted in case of an emergency or calamity threatening the life or well-being of the community;
d) any work or service which forms part of normal civic obligations.

Article 5 – Right to liberty and security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:
   a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;
   b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;
   c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

d) frihedsberøvelse af en mindreårig ifølge lovlig afgørelse med det formål at føre tilsyn med hans opdragelse eller lovlig frihedsberøvelse for at stille ham for den kompetente retlige myndighed;
e) lovlig frihedsberøvelse af personer for at hindre spredning af smitsomme sygdomme, af personer, der er sindssyge, alkoholikere, narkomaner eller vagabonder;
f) lovlig anholdelse eller anden frihedsberøvelse af en person for at hindre ham i uretmæssigt at trænge ind i landet eller af en person, mod hvem der tages skridt til udvisning eller udlevering.

2. Enhver, der anholdes, skal snarest muligt og på et sprog, som han forstår, underrettes om grundene til anholdelsen og om enhver sigtelse mod ham.
3. Enhver, der anholdes eller frihedsberøves i henhold til bestemmelserne i denne artikels stk. 1, litra c, skal ufortøvet stilles for en dommer eller anden øvrighedsperson, der ved lov er bemyndiget til at udøve domsmyndighed, og skal være berettiget til at få sin sag pådømt inden for en rimelig frist, eller til at blive løsladt i afventning af rettergangen. Løsladelsen kan gøres betinget af sikkerhed for, at den pågældende giver møde under rettergangen.
4. Enhver, der berøves friheden ved anholdelse eller anden tilbageholdelse, har ret til at indbringe sagen for en domstol, for at denne hurtigt kan træffe afgørelse om lovligheden af frihedsberøvelsen, og beordre ham løsladt, hvis frihedsberøvelsen ikke er lovlig.
5. Enhver, der har været anholdt eller frihedsberøvet i strid med bestemmelserne i denne artikel, skal have ret til erstatning.

d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.
3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1.c of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.
5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

Artikel 6 – Retten til retfærdig rettergang

1. Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der er oprettet ved lov, når der skal træffes afgørelse enten i en strid om hans borgerlige rettigheder og forpligtelser eller angående en mod ham rettet anklage for en forbrydelse. Dommen skal afsiges i et offentligt møde, men pressen og offentligheden kan udelukkes helt eller delvis fra retsforhandlingerne af hensyn til sædeligheden, den offentlige orden eller den nationale sikkerhed i et demokratisk samfund, når det kræves af hensynet til mindreårige eller til beskyttelse af parternes privatliv, eller under særlige omstændigheder i det efter rettens mening strengt nødvendige omfang, når offentlighed ville skade retfærdighedens interesser.
2. Enhver, der anklages for en lovovertrædelse, skal anses for uskyldig, indtil hans skyld er bevist i overensstemmelse med loven.
3. Enhver, der er anklaget for en lovovertrædelse, skal mindst have ret til følgende:
   a) at blive underrettet snarest muligt, udførligt og på et sprog, som han forstår, om indholdet af og årsagen til den sigtelse, der er rejst mod ham;
   b) at få tilstrækkelig tid og lejlighed til at forberede sit forsvar;
   c) at forsvare sig personligt eller ved bistand af en forsvarer, som han selv har valgt, og, hvis han ikke har tilstrækkelige midler til at betale for juridisk bistand, at modtage den uden betaling, når dette kræves i retfærdighedens interesse;

Article 6 – Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
   a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
   b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
   c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;

d) at afhøre eller lade afhøre imod ham førte vidner og at få vidner for ham tilsagt og afhørt på samme betingelser som vidner, der føres imod ham;
e) at få vederlagsfri bistand af en tolk, hvis han ikke forstår eller taler det sprog, der anvendes i retten.

Artikel 7 – Ingen straf uden retsregel

1. Ingen kan kendes skyldig i et strafbart forhold på grund af en handling eller undladelse, der ikke udgjorde en forbrydelse efter national eller international ret på det tidspunkt, da den blev begået. Der kan heller ikke pålægges en strengere straf end den, der var anvendelig på det tidspunkt, da lovovertrædelsen blev begået.
2. Denne artikel er ikke til hinder for, at en person domfældes og straffes for en handling eller undladelse, der på det tidspunkt, da den blev begået, var en forbrydelse ifølge de af civiliserede nationer anerkendte almindelige retsprincipper.

Artikel 8 – Retten til respekt for privatliv og familieliv

1. Enhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin korrespondance.
2. Ingen offentlig myndighed må gøre indgreb i udøvelsen af denne ret, medmindre det sker i overensstemmelse med loven og er nødvendigt i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, den offentlige tryghed eller landets økonomiske velfærd, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Article 7 – No punishment without law

1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.
2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations.

Article 8 – Right to respect for private and family life

1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Artikel 9 – Ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed

1. Enhver har ret til at tænke frit og til samvittigheds- og religionsfrihed; denne ret omfatter frihed til at skifte religion eller tro samt frihed til enten alene eller sammen med andre, offentligt eller privat at udøve sin religion eller tro gennem gudstjeneste, undervisning, andagt og overholdelse af religiøse skikke.
2. Frihed til at udøve sin religion eller tro skal kun kunne underkastes sådanne begrænsninger, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den offentlige tryghed, for at beskytte den offentlige orden, sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

Article 9 – Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.
2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Artikel 10 – Ytringsfrihed

1. Enhver har ret til ytringsfrihed. Denne ret omfatter meningsfrihed og frihed til at modtage eller meddele oplysninger eller tanker, uden indblanding fra offentlig myndighed og uden hensyn til landegrænser. Denne artikel forhindrer ikke stater i at kræve, at radio-, fjernsyns- eller filmforetagender kun må drives i henhold til bevilling.
2. Da udøvelsen af disse frihedsrettigheder medfører pligter og ansvar, kan den underkastes sådanne formaliteter, betingelser, restriktioner eller straffebestemmelser, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed, territorial integritet eller offentlig tryghed, for at forebygge uorden eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden, for at beskytte andres gode navn og rygte eller rettigheder, for at forhindre udspredelse af fortrolige oplysninger, eller for at sikre domsmagtens autoritet og upartiskhed.

Article 10 – Freedom of expression

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Artikel 11 – Forsamlings- og foreningsfrihed

1. Enhver har 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.
2. Der må ikke gøres andre indskrænkninger i udøvelsen af disse rettigheder end sådanne, som er foreskrevet ved lov og er nødvendige i et demokratisk samfund af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at forebygge uro eller forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder. Denne artikel skal ikke forhindre, at der pålægges medlemmer af de væbnede styrker, politiet eller statsadministrationen lovlige begrænsninger i udøvelsen af disse rettigheder.

Article 11 – Freedom of assembly and association

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.
2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

Artikel 12 – Ret til at indgå ægteskab

Giftefærdige mænd og kvinder har ret til at indgå ægteskab og stifte familie i overensstemmelse med de nationale love om udøvelsen af denne ret.

Article 12 – Right to marry

Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right.

Artikel 13 – Adgang til effektive retsmidler

Enhver, hvis rettigheder og friheder efter denne konvention er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler herimod for en national myndighed, uanset om krænkelsen er begået af personer, der handler i embeds medfør.

Article 13 – Right to an effective remedy

Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.

Artikel 14 – Forbud mod diskriminering

Nydelsen af de i denne konvention anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold.

Article 14 – Prohibition of discrimination

The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.

Artikel 15 – Fravigelse af forpligtelser under offentlige faretilstande

1. Under krig eller anden offentlig faretilstand, der truer nationens eksistens, kan en Høj kontraherende Part træffe forholdsregler, der fraviger dens forpligtelser ifølge denne konvention, i det omfang det er strengt påkrævet af situationen, og forudsat at sådanne forholdsregler ikke er uforenelige med dens andre forpligtelser ifølge folkeretten.
2. Der kan ikke med hjemmel i denne bestemmelse gøres afvigelse fra artikel 2, undtagen ved død som følge af lovlige krigshandlinger, eller fra artiklerne 3, 4, stk. 1, og 7.
3. Enhver stat, som benytter sig af denne ret til fravigelse, skal holde Europarådets generalsekretær fuldt underrettet om de forholdsregler, som den har taget, og om grundene dertil. Den skal også underrette Europarådets generalsekretær, når sådanne forholdsregler er ophørt at virke, og konventionens bestemmelser igen er fuldt ud i kraft.

Article 15 – Derogation in time of emergency

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.
2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.
3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed.

Artikel 16 – Indskrænkninger i udlændinges politiske virke

Intet i artiklerne 10, 11 og 14 må anses for at være til hinder for, at de Høje kontraherende Parter fastsætter indskrænkninger i udlændinges politiske virksomhed.

Article 16 – Restrictions on political activity of aliens

Nothing in Articles 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the political activity of aliens.

Artikel 17 – Forbud mod misbrug af rettigheder

Intet i denne konvention må fortolkes, som om den medførte ret for nogen stat, gruppe eller person til at indlade sig på nogen virksomhed eller udføre nogen handling, der tilsigter at tilintetgøre nogen af de heri nævnte rettigheder og friheder, eller at begrænse dem i videre omfang, end der er hjemmel for i konventionen.

Article 17 – Prohibition of abuse of rights

Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention.

Artikel 18 – Begrænsninger i brug af indskrænkninger i rettigheder
De indskrænkninger, som er tilladt efter denne konvention i de her nævnte rettigheder og friheder, må ikke anvendes i nogen anden hensigt end den, som de er foreskrevet for.

Article 18 – Limitation on use of restrictions on rights
The restrictions permitted under this Convention to the said rights and freedoms shall not be applied for any purpose other than those for which they have been prescribed.

Tillægsprotokol 1 (1952)

Artikel 1 – Beskyttelse af ejendom
1. Enhver fysisk eller juridisk person er berettiget til uforstyrret nydelse af sin ejendom. Ingen må berøves sin ejendom undtagen i samfundets interesse og i overensstemmelse med de ved lov og folkerettens principper fastsatte betingelser.
2. Foranstående bestemmelser skal imidlertid på ingen måde gøre indgreb i statens ret til at håndhæve sådanne love, som den anser for nødvendige for at overvåge, at ejendomsretten udøves i overensstemmelse med almenhedens interesse, eller for at sikre betaling af skatter, andre afgifter og bøder.

Article 1 – Protection of property
1. Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and be the general principles of international law.
2. The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or taxes.

Artikel 2 – Ret til uddannelse
Ingen må nægtes retten til uddannelse. Ved udøvelsen af de funktioner, som staten påtager sig i henseende til uddannelse og undervisning, skal den respektere forældrenes ret til at sikre sig, at sådan uddannelse og undervisning sker i overensstemmelse med deres egen religiøse og filosofiske overbevisning.

Article 2 – Right to education
No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religions and philosophical convictions.

Artikel 3 – Ret til frie valg
De høje kontraherende parter forpligter 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.

Article 3 – Right to free elections
The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.

Tillægsprotokol 4 (1963)

Artikel 1 – Forbud mod frihedsberøvelse på grund af gæld
Ingen må berøves sin frihed alene på grund af manglende evne til at opfylde en kontraktlig forpligtelse.

Article 1 – Prohibition of imprisonment for debt
No one shall be deprived of his liberty merely on the ground of inability to fulfil a contractual obligation.

Artikel 2 – Frihed til valg af opholdssted
1. Enhver, der retmæssigt opholder sig på en stats territorium, har inden for dette territorium ret til bevægelsesfrihed og til frit at vælge sit opholdssted.
2. Enhver har frihed til at forlade et hvilket som helst land, herunder sit eget.
3. Udøvelsen af disse friheder skal ikke være underkastet andre begrænsninger end sådanne, som er i overensstemmelse med loven, og som i et demokratisk samfund er nødvendige af hensyn til den nationale sikkerhed eller den offentlige tryghed, for at opretholde ordre public, for at forebygge forbrydelse, for at beskytte sundheden eller sædeligheden eller for at beskytte andres rettigheder og friheder.

Article 2 – Freedom of movement
1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.
3. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of ordre public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Artikel 3 – Forbud mod udvisning af egne statsborgere
1. Ingen kan hverken ved individuelle eller ved kollektive foranstaltninger udvises af et territorium tilhørende den stat, i hvilken han er statsborger.
2. Ingen kan berøves retten til indrejse i den stat, i hvilken han er statsborger.

Article 3 – Prohibition of expulsion of nationals
1. No one shall be expelled, by means either of an individual or of a collective measure, from the territory of the State of which he is a national.
2. No one shall be deprived of the right to enter the territory of the State of which he is a national.

Tillægsprotokol 7 (1984)

Artikel 2 – Ret til appel i straffesager

1. Enhver, der af en domstol er domfældt for en strafbar lovovertrædelse, har ret til at få skyldsspørgsmålet eller strafudmålingen prøvet ved en højere domstol. Udøvelsen af denne ret, herunder de betingelser hvorunder denne kan udøves, fastsættes ved lov.
2. Der kan fraviges fra denne ret med hensyn til lovovertrædelser af mindre alvorlig art, således som fastsat ved lov, eller i tilfælde, hvor en person i første instans er blevet stillet for den højeste domstol eller er blevet domfældt efter anke af en frifindende dom.

Article 2 – Right of appeal in criminal matters

1. Everyone convicted of a criminal offence by a tribunal shall have the right to have his conviction or sentence reviewed by a higher tribunal. The exercise of this right, including the grounds on which it may be exercised, shall be governed by law.
2. This right may be subject to exceptions in regard to offences of a minor character, as prescribed by law, or in cases in which the person concerned was tried in the first instance by the highest tribunal or was convicted following an appeal against acquittal.

Artikel 5 – Ægtefællers ligestilling

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.

Article 5 – Equality between spouses

Spouses shall enjoy equality of rights and responsibilities of a private law character between them, and in their relations with their children, as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution. This Article shall not prevent States from taking such measures as are necessary in the interests of the children.

Tillægsprotokol 12 (2000)

Artikel 1 – Generelt forbud mod diskrimination

1. Nydelsen af enhver lovmæssig rettighed skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørsforhold til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold.
2. Ingen må af en offentlig myndighed blive forskelsbehandlet af nogen grund så som de i stk. 1 nævnte.

Article 1 – General prohibition of discrimination

1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.
2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in parapraph 1.

Generel litteratur

Om Menneskerettighedskonventionen

R. Clayton og H. Tomlinson Human Rights Law, Oxford University Press, Oxford, 2000

P. Van Dijk og G.J.H. Van Hoof Theory and Practice of The European Convention on Human Rights, Kluwer, Haag 1998

C. Ovey og R.C.A. White Jacobs and White: The European Convention on Human Rights, Oxford University Press, 3th ed., Oxford University Press, Oxford 2006

D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London 1996

M. Janis, R. Kay og A. Bradley European Human Rights Law, Oxford University Press, Oxford, 2000

J.F. Kjølbro Den Europæiske menneskerettighedskonvention – for praktikere, DJØF, København 2005

P. Lorenzen, L.A. Rehof, T. Trier, N. Holst-Christensen og J. Vedsted-Hansen EMRK-kommentar, 2. udg. Bind 1 og 2, DJØF, København 2003 og 2004

L.A. Rehof og T. Trier Menneskeret, DJØF, København 1990

K. Starmer European Human Rights Law, Legal Action Group, London 2000

Om dansk forfatningsret

P. Andersen Dansk statsforfatningsret, Gyldendal, København, 1954

M. Sørensen Statsforfatningsret (2. udg. v. Peter Germer), DJØF, København, 1973

A. Ross Dansk statsforfatningsret bind I-II (3. udg. v. Ole Espersen), Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck, København, 1980/83

P. Germer Statsforfatningsret, DJØF, København, 2001

H. Zahle Dansk Forfatningsret, Bind 1-3, Christian Ejlers Forlag, København, 2001-2003

H. Zahle (red.) Danmarks Riges Grundlov med kommentarer, 2. udg., DJØF, København, 2006

Domsregister

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol

(Indtil 1996 blev EMDs domme offentliggjort særskilt i nummereret rækkefølge (»år + nr.«) i Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions. Siden 1996 offentliggøres (de fleste af) EMDs domme og afgørelser samlet i Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights (»Reports år-volume«). Alle domme og afgørelser er desuden tilgængelige via internettet på adressen: >http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en<).

A v. France (1993, nr. 277-B) *53, 78, 202*
A and Others v. Denmark (Reports 1996-I) *176*
A.D.T. v. United Kingdom (Reports 2000-IX) *206*
A.M. v. Italy (Reports 1999-IX) *184, 185*
Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom (1985, nr. 94) *230, 236, 355, 356, 357, **364***
Adolf v. Austria (1982, nr. 49) *162*
Aerts v. Belgium (Reports 1998-V) *137*
Ahmut v. The Netherlands (Reports 1996-VI) *236*
Airey v. Ireland (1979, nr. 32) 98, *102, 165, 212, **216**, 356*
Albert and Le Compte v. Belgium (1983, nr. 58) *94*
Allen v. United Kingdom (admissibilitetsafgørelse, Reports 2002-VIII) *197*
Allenet de Ribemont v. France (1995, nr. 308) *189*
Amann v. Switzerland (Reports 2000-II) *202, 205, 208, 209, 228*
Amrollahi v. Denmark (dom af 11/7 2002, Appl. no. 56811/00) *231, 234*
Andersson v. Sweden (1992, nr. 226) *216, 218*
Appleby and Others v. United Kingdom (Reports 2003-VI) *54, 102, 104, **105**, 116, 276*
Aquilina v. Malta (Reports 1999-III) *146, 149*
Asch v. Austria (1991, nr. 203) *184, 185, 186*
Ashingdane v. United Kingdom (1985, nr. 93) ***129**, 137, 142, 152, 165*
B v. France (1992, nr. 232-C) *207*
B v. United Kingdom (1987, nr. 121) *216*
B and P v. United Kingdom (Reports 2001-III) *174*
Baghli v. France (Reports 1999-VIII) *231, 233*
Baranowski v. Poland (Reports 2000-III) *66, 150*
Barberá, Messengué and Jabardo v. Spain (1988, nr. 146) *184, 189, 191*
Baskaya and Okcuoglu v. Turkey (Reports 1999-IV) *79*
Beldjoudi v. France (1992, nr. 234-A) *232*
Belilos v. Switzerland (1988, nr. 132) *168*
Benham v. United Kingdom (Reports 1996-III) *143, 161*

Bensaid v. United Kingdom (Reports 2001-I) *205*
Bergens Tidende and Others v. Norway (Reports 2000-IV) *279*
Berrehab v. The Netherlands (1988, nr. 138) *213*
Bezicheri v. Italy (1989, nr. 164) *150*
Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway (Reports 1999-III) *117, 279, 284, 287, 308*
Borgers v. Belgium (1991, nr. 214) *160*
Bottazzi v. Italy (Reports 1999-V) *175*
Bouamar v. Belgium (1989, nr. 129) *151*
Bouchelkia (Reports 1997-I) *233*
Boujlifa v. France (Reports 1997-VI) *233*
Boultif v. Switzerland (Reports 2001-IX) *233*
Bowman v. United Kingdom (Reports 1998-I) *299*
Boyle v. United Kingdom (1994, nr. 282-B) *214*
Boyle and Rice v. United Kingdom (1988, nr. 131) *238, 239*
Brannigan and McBride v. United Kingdom (1993, nr. 258-B) *88*
Brogan and Others v. United Kingdom (1988, nr. 145-B) *148*
Bronda v. Italy (Reports 1998-IV) *214*
Bryan v. United Kingdom (1995, nr. 335-A) *163*
Buchholz v. Germany (1981, nr. 42) *176*
Buckley v. United Kingdom (Reports 1996-IV) *77, 203, 223, 224, 226*
Buscarini and Others v. San Marino (Reports 1999-I) *245*
Butkevicius v. Lithuania (Reports 2002-II) *190*
C v. Belgium (Reports 1996-III) *233, 235*
Campbell and Cosans v. United Kingdom (1982, nr. 60) *259*
Campbell and Fell v. United Kingdom (1984, nr. 80) *162, 168, 240*
Canea Catholic Church v. Greece (Reports 1997-VIII) *247*
Caroline von Hannover v. Germany (Reports 2004-VI) *63, 98, 101, 104, 105, 203, 204, 205, 280, 300, 301, 303*
Casado Coca v. Spain (1994, nr. 285) *274, 279, 280*
Castells v. Spain (1992, nr. 236) *279, 283, 291*
»Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium« v. Belgium (1968, nr. 6) *355, 357, 359, 360, 361, 370*
Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France (Reports 2000-VII) *247, 251, 256*
Chahal v. United Kingdom (Reports 1996-V) *230*
Chapman v. United Kingdom (Reports 2001-I) *76, 77, 103, 115, 119, 203, 223, 224, 226*
Charalambos v. France (admissibilitetsafgørelse af 8/2 2000, Appl. no. 49210/99) *164*
Chassagnou and Others v. France (Reports 1999-III) *84, 105, 333, 344, 345, 352, 356*
Christine Goodwin v. United Kingdom (storkammerdom, Reports 2002-VI) *29, 58, 102, 204, 207, 215*
Clooth v. Belgium (1991, nr. 225) *148*
Cöeme and Others v. Belgium (Reports 2000-VII) *197*
Connors v. United Kingdom (dom af 27/5 2004, Appl. no. 66746/01) *81, 82, 85, 113, 115, 117, 118, 142, 161, 162, 226*

Cooper v. United Kingdom (storkammerdom, Reports 2003-XII) *168, **169***
Cossey v. United Kingdom (1990, nr. 184) *207*
Craxi III v. Italy (admissibilitetsafgørelse af 14/5 2001, Appl. no. 63226/00) *190*
Cremieux v. France (1993, nr. 256B) *225*
Cumpana and Mazare v. Romania (storkammerdom af 17/12 2004, Appl. no. 33348/96) *282, 284, 288, 291*
Dahlab v. Switzerland (admissibilitetsafgørelse, Reports 2001-V) *108, 258, **259***
Dalia v. France (Reports 1998-I) *233, 234*
Darby v. Sweden (1990, nr. 187) *360, 361*
De Cubber v. Belgium (1984, nr. 86) *171*
De Diego Nafria v. Spain (dom af 14/3 2002, Appl. no. 46833/99) *276*
De Haes and Gijsels v. Belgium (Reports 1997-I) *308*
De Jong, Baljet and Van den Brink v. The Netherlands (1984, nr. 77) *150*
Delcourt v. Belgium (1970, nr. 11) *87, 160, 162, 166*
Delta v. France (1990, nr. 191A) *186*
Demir v. Austria (dom af 5/11 2002, Appl. no. 35437/97) *192*
Demirtepe v. France (Reports 1999-IX) *239*
Deumeland v. Germany (1986, nr. 100) *176*
Deweer v. Belgium (1980, nr. 35) *162*
De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium (1971, nr. 12) *93*
Dikme v. Turkey (Reports 2000-VIII) *218*
Doorson v. The Netherlands (Reports 1996-II) *188*
Dougoz v. Greece (Reports 2001-II) *130, 157*
Dudgeon v. United Kingdom (1981, nr. 45) *76, 85, 117, 206*
E v. Norway (1990, nr. 181A) *136*
Eckle v. Germany (1982, nr. 51) *175*
Éditions Plon v. France (Reports 2004-IV) *280, 282*
Edwards and Lewis v. United Kingdom (storkammerdom af 27/10 2004, Appl. no. 39647/98 og 40461/98) *180, 182*
Efstratiou v. Greece (Reports 1996-VI) *260*
Elsholz v. Germany (Reports 2000-VIII) *119, 220*
Engel and Others. v. The Netherlands (1976, nr. 22) *66, 128, 131, 143, 161, 162, 358*
Enhorn v. Sweden (dom af 25/1 2005, Appl. no. 56529/00) *130, 134, **154***
Evans v. United Kingdom (dom af 7/3 2006, Appl. no. 6339/05) *203, 204*
Ezeh and Connors v. United Kingdom (Reports 2003-X) *142, 161, **162***
Ezelin v. France (1991, nr. 202) *311, 312, 314, **318***
F. v. Switzerland (1987, nr. 128) *216*
Ferrantelli and Santangelo v. Italy (Reports 1996-IV) *173*
Frydlender v. France (Reports 2000-VII) *175*
Foti and Others v. Italy (1982, nr. 56) *162*
Fox, Campbell and Harvey v. United Kingdom (1990, nr. 182) *136, 145*
Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey (Reports 1999-VIII) *339, 341*
Fretté v. France (Reports 2002-I) *215, 356, 357, 358*
Fuentes Bobo v. Spain (dom af 29/2 2000, Appl. no. 39293/98) *276*

Funke and Others v. France, (1993, nr. 256A) *195, 203,* ***225***
G.K. v. Poland (dom af 20/1 2004, Appl. no. 38816/97) *136, 147, 148, 150*
Gaskin v. United Kingdom (1989, nr. 160) *76,* ***210***
Gaygusuz v. Austria (Reports 1996-IV) *365*
Gillow v. United Kingdom (1986, nr. 109) *223,* ***224,*** *361*
Gnahoré v. France (Reports 2000-IX) *218*
Golder v. United Kingdom (1975, nr. 18) *53, 58, 61, 67, 75, 79, 159, 164, 237,* ***239***
Goodwin v. United Kingdom (Reports 1996-II) *306*
Gorzelik v. Poland (storkammerdom, Reports 2004-I) *65, 66, 87, 117, 331, 332, 334, 335, 336*
Grieves v. United Kingdom (storkammerdom, Reports 2003-XII) *169*
Grigoriades v. Greece (Reports 1997-VIIV) *285*
Groppera Radio AG and Others v. Switzerland (1990, nr. 173) *299*
Guerra v. Italy (Reports 1998-I) *227*
Gül v. Switzerland (Reports 1996-I) *101, 203,* ***236***
Gustafsson v. Sweden (Reports 1996-II) *346,* ***351***
Guzzardi v. Italy (1980, nr. 39) *75, 126, 127,* ***128,*** *145, 152*
H v. Belgium (1987, nr. 127-B) *92, 94, 163*
H v. United Kingdom (1987, nr. 120) *175*
H. N. v. Poland (dom af 13/9 2005, Appl. no. 77710/01) *104,* ***222***
Hadjianastassiou v. Greece (1992, nr. 252) *297*
Halford v. United Kingdom (Reports 1997-III) *205, 229*
Handyside v. United Kingdom (1976, nr. 24) *65, 81, 112,* ***113,*** *118, 271, 274,* ***281***
Hatton and Others v. United Kingdom (Reports 2003-VIII) *54, 77, 100, 101, 103, 114, 116, 118,* ***227***
Hauschildt v. Denmark (1989, nr. 154) *35, 171,* ***172***
Hentrich v. France (1994, nr. 296-A) *176*
Herczegfalvy v. Austria (1992, nr. 244) *153*
Hilda Halfsteinsdottir v. Iceland (dom af 8/6 2004, Appl. no. 40905/98) *78, 130, 156*
Hoffmann v. Austria (1993, nr. 255-C) ***262,*** *366, 369*
Hokkanen v. Finland (1994, nr. 299-A) *222*
Holy Monasteries v. Greece (1994, nr. 301-A) *266, 267, 268*
Hristov v. Bulgaria (dom af 31/7 2003, Appl. no. 35436/97) *135, 146, 147, 150*
Hutchison Reid v. United Kingdom (Reports 2003-IV) *135, 136, 137, 141, 152,* ***153,*** *175*
Huvig v. France (1992, nr. 176-B) *229*
Håkansson and Sturesson v. Sweden (1990, nr. 171-A) *94, 95*
I.A. v. Turkey (dom af 13/9 2005, Appl. no. 42571/98) *295*
Ilijkov v. Bulgaria (dom af 26/7 2001, Appl. no. 33977/96) *87, 135, 147, 150*
Informationsverein Lentia and Others v. Austria (1993, nr. 276) *81, 276, 298, 299*
Ireland v. United Kingdom (1978, nr. 25) *88, 119, 144*
Jack Erik Kjuus v. Norway (admissibilitetsafgørelse af 17/3 2000, Appl. no. 41589/98) *293*
James and Others v. United Kingdom (1986, nr. 98) *114, 118, 225*

Jasper v. United Kingdom (storkammerdom af 16/2 2000, Appl. no. 27052/95) *74, 180, 181, **182***
Jersild v. Denmark (1994, nr. 298) *82, 90, 275, 279, 280, 281, 284, 293, **304**, 305, 363*
Jerusalem v. Austria (Reports 2001-II) *283, 289, 290, 294*
Johannische Kirche and Peters v. Germany (admisibilitetsafgørelse, Reports 2001-VIII) *247, 255*
Johansen v. Norway (Reports 1996-II) *119, 217*
John Murray v. United Kingdom (Reports 1996-I) *195, 196*
Johnston v. Ireland (1986, nr. 112) *214, 216*
K and T v. Finland (dom af 27/4 2000, Appl. no. 25702/94) *213, 218*
Kalac v. Turkey (Reports 1997-IV) *248, **249**, 258*
Kamasinski v. Austria (1989, nr. 168) *181*
Keegan v. Ireland (1994, nr. 290) *213*
Kemmache v. France (1991, nr. 218) *148*
Khan v. United Kingdom (Reports 2000-V) *202, 228*
Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark (1976, nr. 23) *60, 76, 259, **260***
Klass and Others. v. Germany (1978, nr. 28) *63, 67, 76, 79, 85, 203, 211, 228, **229***
Kokkinakis v. Greece (1993, nr. 260-A) *242, 245, 246, 247, 249, **253***
König v. Germany (1978, nr. 27) *163*
Kostovski v. The Netherlands (1989, nr. 166) *187, 188*
Kreuz v. Poland (Reports 2001-VI) *165*
Krone Verlag GmbH & Co. KG (dom af 26/2 2002, Appl. no. 34315/96) *302*
Kroon v. The Netherlands (1994, nr. 297-C) *100, 101, 203, 214, **219***
Kruslin v. France (1992, nr. 176-A) *229*
Kurt v. Turkey (Reports 1998-III) *87, 123*
Kurt Nielsen v. Denmark (dom af 15/2 2000, Appl. no. 33488/96) *53, 176*
Kyprianou v. Cyprus (storkammerdom af 15/12 2005, Appl. no. 73797/01) *171, 282*
L. and V. v. Austria (Reports 2003-I) *367*
Labita v. Italy (Reports 2000-IV) *145, 239*
Langborger v. Sweden (1989, nr. 155) *228*
Laskey, Jaggard and Brown v. United Kingdom (Reports 1997-I) *205, 206f*
Lawless v. Irland (1961, nr. 3) *87, 88*
Leander v. Sverige (1987, nr. 116) *76, 78, 79, 208, **210***
Lebbink v. The Netherlands (Reports 2004-IV) *213*
Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium (1981, nr. 43) *163, 333*
Lehideux and Isorni v. France (Reports 1998-VII) *293*
Lesnik v. Slovakia (Reports 2003-IV) *291*
Leutscher v. Holland (Reports 1996-II) *192*
Leyla Sahin v. Turkey (storkammerdom af 10/11 2005, Appl. no. 44774/98) *118, 119, 242, 243, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 253, **254***
Lingens v. Austria (1986, nr. 103) *65, 279, 287, 291*
López Ostra v. Spain (1994, nr. 303-C) *100, 104, **227***
Lozidou v. Tyrkiet (1995, nr. 310) *223*

Lustig-Prean and Beckett v. United Kingdom (dom af 27/9 1999, Appl. no. 31417/96 og 32377/96) *206*
Lutz v. Tyskland (1987, nr. 123) *192*
M. M. v. The Netherlands (Dom af 08/04/2003, sagsnr. 39339/98) *53*
Maaouia v. France (Reports 2000-X) *163*
Madsen v. Denmark (admisibilitetsafgørelse af 7/11 2002, Appl. no. 58341/00) *204*
Maestri v. Italy (Reports 2004-I) *78*
Malone v. United Kingdom (1984, nr. 82) *78, 79*
Manoussakis and Others. v. Grecce (Reports 1996-IV) *247, 252*
Marckx v. Belgium (1979, nr. 31) *98, 99, 102, 203, 214, 218, **365***
Markt Intern Verlag GmbH og Klaus Beerman v. Germany (1989, nr. 165) *274, 280*
Mazurek v. France (Reports 2000-II) *61, 363, 365*
McMichael v. United Kingdom (1995, nr. 307-B) *163*
Messina (No. 2) v. Italy (Reports 2000-X) *237, 238, 239*
Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova (Reports 2001-XII) *247, 249, 252*
Mialhe v. France (1993, nr. 256-C) *225*
Modinos v. Cyprus (1993, nr. 259) *206*
Moustaquim v. Belgium (1991, nr. 193) *214, 232*
Müller and Others v. Switzerland (1988, nr. 130) *274, 279*
National & Provincial Building Society and Others. v. United Kingdom (Reports 1997-VII) *361*
National Union of Belgian Police v. Belgium (1985, nr. 19) *61, 337, 356, 357*
Neumeister v.Austria (1968, nr. 8) *167, 175*
Niedbala v. Poland (dom af 4/7 2000, Appl. no. 27915/95) *239*
Nielsen v. Denmark (1988, nr. 144) *95, 129, 220*
Niemitz v. Germany (1992, nr. 251-B) *205, 206, 225*
Nilsen and Johnsen v. Norway (Reports 1999-VIII) *290*
Norris v. Ireland (1988, nr. 142) *206*
Nortier v. The Netherlands (1993, nr. 267) *172*
Nowicka v. Poland (dom af 3/12 2002, Appl. no. 30218/96) *134, **142f**, 237*
Nuutinen v. Findland (Reports 2000-VIII) *213, 222*
Nylund v. Finland (admissibilitetsafgørelse af 29/6 1999, Reports 1999-VI) *218, 219*
Oberschlick v. Austria (1991, nr. 204) *279, 280, 284, 289, 290*
Observer and Guardian v. United Kingdom (1991, nr. 216) *63, 66, 79, 80, 86, 275, 278, 281, **297**, 321*
Öcalan v. Turkey (storkammerdom af 12/5 2005, Appl. no. 46221/99) *64, 71, 95, 150, 167, **168**, **179***
Odièvre v. France (storkammerdom, Reports 2003-III) *100, 101, 105, 116, 119, 203, 204, **210***
Olsson v. Sweden (nr. 130, 1988) *82, 214, **217***
Otto-Preminger-Institut v. Austria (1994, nr. 295-A) *282, **295***
Özgür Gündem v. Turkey (Reports 2000-III) *276*
Öztürk v. Germany (1984, nr. 73) *161*

P.S. v. Germany (dom af 20/12 2001, Appl. no. 33900/96) *186*
Palau-Martinez v. France (Reports 2003-XII) *262*
Pantano v. Italy (dom af 6/11 2003, Appl. no. 60851/00) *147, 148*
Peck v. United Kingdom (Reports 2003-I) *204, 205, **209**, 211, 303*
Pedersen and Baadsgaard v. Denmark (storkammerdom af 17/12 2004, Appl. no. 49017/99) *86, 272, 274, 275, 278,279, 281, 282, 284, 287, **288**, 291, 304, 308*
Pellegrin v. France (Reports 1999-VIII) *163*
Perez v. France (Reports 2004-I) *164*
Petersen v. Denmark (dom af 16/11 2000, App. no. 24989/94) *161*
Petrovic v. Austria (Reports 1998-II) *103, 212, 355, 356, 357, **364f***
Pfeiffer and Plankl v. Austria (1992, nr. 227) *93*
Piersack v. Belgium (1982, nr. 53) *171, 172*
Pilla v. Italy (dom af 2/3 2006, Appl. no. 64088/00) *148*
Pla and Puncernau v. Andorra (Reports 2004-VIII) *358, 365*
Plattform »Ärzte für das Leben« v. Austria (1988, nr. 139) *65, 100, 104, **327f***
Powell and Rayner v. United Kingdom (1990, nr. 172) *116, 227*
Prager and Oberschlick v. Austria (1995, nr. 313) *284*
Pretto and Others v. Italy (1983, nr. 71) *174*
Pretty v. United Kingdom (Reports 2002-III) *73, 91, 92, 204, 359, **371***
Punzelt v. The Czech Republic (dom af 25/4 2000, Appl. no. 31315/96) *148*
Quinn v. France (1995, nr. 311) *157*
Radovanovic v. Austria (dom af 22/4 2004, Appl. no. 42703/98) *234*
Raimondo v. Italy (1994, nr. 281-A) *128*
Rees v. United Kingdom (1986, nr. 106) *86, 101, 207, 215*
Refah Partisi (The Welfare Party) and Others. v. Turkey (storkammerdom, Reports 2003-II) *65, 66, 85, 87, 90, 91, 242, 247, 249, 250, 255, 258, 292, 326, 336, 339, **340**, 341, 353*
Rehbock v. Slovenia (Reports 2000-XII) *239*
Rekvényi v. Hungary (Reports 1999-III) *332*
Ringvold v. Norway (Reports 2003-II) *193, **194**, 195*
Rinzivillo v. Italy (dom af 21/12 2000, Appl. no. 31543/96) *239*
Roemen and Schmit v. Luxembourg (Reports 2003-IV) *306*
Rotaru v. Romania (Reports 2000-V) *209*
Rowe and Davis v. United Kingdom (Reports 2000-II) *182*
S.N. v. Sweden (Reports 2002-V) *184, 187*
Sahin v. Germany (storkammerdom af 8/7 2003, Appl. no. 30943/96) *203, 220, **221***
Saïdi v. France (1993, nr. 261-C) *188*
Salesi v. Italy (1993, nr. 257-A) *163*
Salgueiro de Silva Mouta v. Portugal (Reports 1999-IX) *367*
Saunders v. United Kingdom (Reports 1996-VI) *195. 196, **197***
Schiesser v. Switzerland, (1979, nr. 34) *149*
Schmidt and Dahlström v. Sweden (1976, nr. 21) *338, 356*
Schönenberger and Durmaz v. Switzerland (1988, nr. 137) *240*
Scozzari and Giunta v. Italy (Reports 2000-VIII) *218*

Segerstedt-Wiberg and Others v. Sweden (admisibilitetsafgørelse af 20/9 2005, Appl. no. 62332/00) *210*
Sekanina v. Austria (1993, nr. 266-A) *191*
Sen v. The Netherlands (Dom af 21/12/2001, sagsnr. 31465/96) *102, 236*
Serves v. France (admisibilitetsafgørelse af 4/5 2000, Reports 2000-V) *197*
Sheffield and Horsham v. United Kingdom (Reports 1998-V) *101, 207*
Sibson v. United Kingdom (1993, nr. 258-A) *347, 349*
Sidiropoulos and Others. v. Greece (Reports 1998-IV) *331, 334, 335*
Sigurdsson v. Iceland (admisibilitetsafgørelse af 14/6 2001, Reports 2003-IV) *171*
Sigurjónsson v. Iceland (1993, nr. 264) *62, 344, 347, 348*
Silver and Others. v. United Kingdom (1983, nr. 61) *78, 81, 239*
Slivenko v. Latvia (Reports 2003-X) *136*
Smith and Grady v. United Kingdom (Reports 1999-VI) *206*
Socialist Party and Others v. Turkey (Reports 1998-III) *339*
Societé Colas Est and Others v. France (Reports 2002-III) *224, 225*
Soering v. United Kingdom (1989, nr. 161) *59, 60, 63, 64, 65, 71*
Sommerfeld v. Germany (storkammerdom, Reports 2003- VIII) *203, 220, 221*
Sporrong and Lönroth v. Sweden (1982, nr. 52) *163*
Stafford v. United Kingdom (Reports 2002-IV) *138, **139**, 140, 141*
Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria (Reports 2001-IX) *86, 90, 311, 316, 317, 323, 325, 326, 327*
Steel and Others v. United Kingdom (Reports 1998-VII) *130, 132, **145**, 318*
Sunday Times v. United Kingdom (1979, nr. 30) *65, 78, 83,113, 119, 275, 279*
Sunday Times (II) v. United Kingdom (1991, nr. 217) *359*
Supreme Holy Council of the Muslim Community v. Bulgaria (dom af 16/12 2004, Appl. no. 39023/97) *247, 252*
Sürek v. Turkey (I) (Reports 1999-IV) *292, 305*
Sutter v. Switzerland (1984, nr. 74) *173*
Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden (1976, nr. 20) *337*
Sørensen and Rasmussen v. Denmark (storkammerdom af 11/1 2006, Appl. no. 52562/99 og 52620/99) *98, 100, 101, 103, 344, 345, 346, 348, **349f**, 352*
Tammer v. Estonia (Reports 2001-I) *280*
Telfner v. Austria (dom af 20/3 2001, Appl. no. 33501/96) *189, 196*
Thlimmenos v. Greece (Reports 2000-IV) *356, 371*
Thorgeir Thorgeirson v. Iceland (1992, nr. 239) *279, 291*
Thynne, Wilson and Gunnell v. United Kingdom (1990, nr. 190) *139, 140, 141*
Tierce and Others v. San Marino (Reports 2000-IX) *174*
Toth v. Austria (1991, nr. 224) *147*
Tre Traktörer AB v. Sweden (1989, nr. 159) *163*
T.W. v. Malta (Storkammerdom af 29/4 1999, Appl. no. 25644/94) *149*
Tyrer v. United Kingdom (1978, nr. 26) *61*
Unabhängige Initiative Informationsvielfalt v. Austria (Reports 2002-I) *271, 275, 278, 279, 280, 284, 289, **290**, 291*
United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey (Reports 1998-I) *65, 66, 90, 332, 335, **338f**, 341*

Unterpertinger v. Austria (1986, nr. 110) *184, 185, 186*
Valsamis v. Greece (Reports 1996-VI) *260*
Van Droogenbroeck v. Belgium (1982, nr. 50) *138, 140*
Van Mechelen and Others v. The Netherlands (Reports 1997-III) *188*
Van Raalte v. The Netherlands (Reports 1997-I) *364*
Vasileva v. Denmark (dom af 25/9 2003, Appl. no. 52792/99) *131, 134, **143f***
Velosa Barreto v. Portugal (1995, nr. 334) *228*
Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs and Gubi v. Austria (1994, nr. 302) *277*
Vgt Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland (Reports 2001-VI) *103*
Vogt v. Germany (1995, nr. 323) *53, 285, 342*
Walston (No. 1) v. Norway (dom af 3/6 2003, Appl. no. 37372/97) *167*
Weeks v. United Kingdom (1987, nr. 114) *136, 137, 138, **139**, 141*
Wemhoff v. Germany (1968, nr. 7) *59, 63, 75, 146, 148*
Wille v. Lichtenstein (Reports 1999-VII) *53, 285*
Wilson, National Union of Journalists and Others v. United Kingdom (Reports 2002-V) *337, 342*
Windisch v. Austria (1990, nr. 186) *188*
Wingrove v. United Kingdom (Reports 1996-V) *118, 278, 282, **295**, 296*
Winterwerp v. The Netherlands (1979, nr. 33) *67, 86, 128, 131, 134, 136, 152, **153***
Witold Litwa v. Poland (Reports 2000-III) *79, 81, 132, 134, 152, **155f***
X and Y v. The Netherlands (1985, nr. 91) *63, 98, 103, **104**, 203*
X, Y and Z v. United Kingdom (Reports 1997-II) *213, 214*
Y v. Norway (Reports 2003-II) *193, 194*
Yazar and Others v. Turkey (Reports 2002-II) *164, 291, 339, 340*
Young, James and Webster v. United Kingdom (1981, nr. 44) *61, 77, 98, 332, 343, 346, 347, **348f**, 352*
Z v. Finland (Reports 1997-I) *209*
Zanatta v. France (dom af 28/3 2000, Appl. no. 38042/97) *163*

Den Europæiske Menneskerettighedskommission

(Kommissionen blev nedlagt i 1998. Mange af dens afgørelser findes på: >http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en<)

C v. United Kingdom (afgørelse af 15/12 1983, Appl. no. 10358/83) *246, 267*
Darby v. Sweden (rapport af 9/5 1989, Appl. no. 11581/85) *245, 266, 267*
E and G.R. v. Austria (afgørelse af 14/5 1984, Appl. no. 9781/82) 42) *267*
Iglesia Bautista 'El Salvador' and Ortega Moratilla v. Spain (afgørelse af 11/1 1992, Appl. no. 17522/90) *246*
Iskcon v. United Kingdom (afgørelse af 8/3 1994, Appl. no. 20490/92) *255*
X. v. Denmark (afgørelse af 14/12 1965, Appl. no. 2518/65) *190*
X. v. United Kingdom (afgørelse af 12/7 1978, Appl. no. 7992/77) *247, 255*

Danske Domstole

(UfR = Ugeskrift for Retsvæsen; TfK = Tidsskrift for Kriminalret)

UfR 1874.514 H *336*
UfR 1925.277 H *130, 153*
UfR 1938.419 Ø *296*
UfR 1956.211 H *217*
UfR 1959.346 H *127*
UfR 1960.33 H *299*
UfR 1965.293 H *38, 354*
Københavns Byrets dom af 25/4 1966 (sag 21472/1965, I) *188*
UfR 1971.656 B *130, 153*
Gladsaxe Kriminalrets dom af 21/10 1971 *296*
UfR 1973.824 H *142, 162*
UfR 1974.775/2 B *301*
UfR 1979.201 V *316*
UfR 1979.660 V *130*
UfR 1980.465 Ø *294*
UfR 1980.896 H *316*
UfR 1980.1037/2 H *280*
UfR 1982.255 Ø *183*
UfR 1982.750 H *302*
UfR 1983.485 Ø *224*
UfR 1984.665 H *95, 129, 220*
UfR 1986.383 V *319*
UfR 1986.898 H *35, 38, 345, 349, 354*
Østre Landsrets dom af 6/6 1986 (1. afd., sag 202/1985) *319*
UfR 1987.191 H *186*
UfR 1987.818 H *307*
UfR 1988.788 V *294*
UfR 1988.948 V *189*
UfR 1989.148 H *300*
UfR 1989.249 H *349*
UfR 1989.364 Ø *346*
UfR 1989.399 H *294*
UfR 1989.726 H *282, 302*
UfR 1989.775 Ø *231*
UfR 1989.928 H *35, 217*
UfR 1990.13 H *35, 172*
UfR 1990.71 H *303*
UfR 1990.181 H *166, 172*
UfR 1990.636 V *294*
UfR 1991.358 Ø *364*
UfR 1992.356 Ø *63*
UfR 1992.469 H *349*
UfR 1992.877 H *135, 149*
UfR 1992.879 H *186*
UfR 1992.948 V *209*
UfR 1993.178 Ø *154*
UfR 1993.512 V *186*
UfR 1994.98 V *154, 308*
UfR 1994.192 V *63*
UfR 1994.409 R *190*
UfR 1994.478 H *190*
UfR 1994.536 H *41, 44, **170***
UfR 1994.677 H *127*
UfR 1994.734 V *64*
UfR 1994.953 H *44, 165*
UfR 1994.988 H *305*
UfR 1995.198 H *186*
UfR 1995.249 V *219*
UfR 1995.338 Ø *63, 140*
UfR 1995.428 H *170*
UfR 1996.6 V *185*
UfR 1996.234 H *41, 44*
UfR 1996.639 H *316*
UfR 1996.1488 V *189*
UfR 1996.1496 V *211*
UfR 1997.259/2 H *46, 286, **304f***
UfR 1997.336 V *195*
UfR 1997.615 V *316*
UfR 1997.889 H *163, 165*
UfR 1997.1157 H *164*
UfR 1997.1292 Ø *176, 177*
UfR 1997.1422/1 V *189*
UfR 1998.141 V *165*
UfR 1998.337 V *131*
UfR 1998.376 Ø *232*
UfR 1998.410 H *305*
UfR 1998.628 H *181*

UfR 1998.894 H *286*
UfR 1998.1752 Ø *175, 177*
UfR 1998.1759 Ø *175*
UfR 1999.72 H *127*
UfR 1999.90 H *183*
UfR 1999.122 H *177, 288*
UfR 1999.387 H *290*
UfR 1999.509 Ø *291*
UfR 1999.800 H *37*
UfR 1999.841 H *67, 87*
UfR 1999.1154/2 Ø *302*
UfR 1999.1286 Ø *363*
UfR 1999.1288 Ø *268*
UfR 1999.1316 H *46, 47, 349*
UfR 1999.1390 H *232*
UfR 1999.1394 H *232*
UfR 1999.1496 H *349*
UfR 1999.1675 H *305*
UfR 1999.1798 H *38, 64, 66, 71, 82, 85, 86, 311, 315, 321, **324f**, 331*
UfR 1999.2041 H *181, 186*
UfR 1999.2102 Ø *47*
UfR 2000.341 H *337*
UfR 2000.1201 H *195*
UfR 2000.1309 H *196*
UfR 2000.1326 H *187*
UfR 2000.1499 H *234, 235*
UfR 2000.1728 H *349*
UfR 2000.1751 H *187*
UfR 2000.2101 V *75, **192f**, 206, 209*
UfR 2000.2143 Ø *290*
UfR 2000.2234 H *274, 283, 293, **294***
UfR 2000.2350 Ø *258, **264**, 369*
UfR 2000.2476 H *211*
UfR 2001.83 H *254*
UfR 2001.207 V *264, 366*
UfR 2001.253 Ø *192*
UfR 2001.510 Ø *177*
UfR 2001.723 Ø *304*
UfR 2001.856 H *233*
UfR 2001.910 V *75, 206*
UfR 2001.1200 Ø *318, 323*
UfR 2001.1435 Ø *363*
UfR 2001.1586 V *307*
UfR 2001.2345 H *176*
UfR 2001.2493 H *94*
UfR 2001.2518 H ***262**, 263, 366, 369*
UfR 2002.15 H *186*
UfR 2002.551 H *187*
UfR 2002.736 H *234, 235*
UfR 2002.773 H *235*
UfR 2002.1295 V *325*
UfR 2002.1411 H *234*
UfR 2002.1789 H *356, 365*
UfR 2002.2060 H *165*
UfR 2002.2503 H *303, 307*
UfR 2003.56 H *235*
UfR 2003.490 Ø *234*
UfR 2003.622 H *234*
UfR 2003.624 H *190, 284, 288*
UfR 2003.644/1H *234*
UfR 2003.779 Ø *165*
UfR 2003.1029 H *197*
UfR 2003.1327 H *185*
UfR 2003.1328 H *39*
UfR 2003.1411 Ø *281, 294*
UfR 2003.1428 Ø *294*
UfR 2003.1860 V *307*
UfR 2003.1947 Ø *283, 294*
UfR 2003.2031 H *177*
UfR 2003.2044 H *289, 290, 291*
UfR 2003.2371 H *165*
UfR 2003.2435 V *294*
UfR 2003.2559 V *294*
UfR 2003.2624 H *188*
UfR 2004.103 H *191*
TfK 2004.672 *186*
UfR 2004.674 Ø *319*
UfR 2004.698 Ø *87, 284, 286, **288***
UfR 2004.710 Ø *325*
UfR 2004.727 H *164*
UfR 2004.734 H *283, 294*
UfR 2004.976/2 H *166*
UfR 2004.1054 H *191*
UfR 2004.1360 V *295*
UfR 2004.1669 Ø *289, 291*
UfR 2004.1689 Ø *234*
UfR 2004.1773 H *305*

UfR 2004.1887 H *183*
UfR 2004.1977 V *151*
UfR 2004.1986 V *325*
UfR 2004.2149 H *76, 277*
UfR 2004.2371 H *234*
UfR 2004.2536 Ø *234*
UfR 2004.2764 H *222*
UfR 2005.123 Ø *302*
UfR 2005.141 Ø *157*
TfK 2005.390 *157*
UfR 2005.1004 H *186*
UfR 2005.1118 Ø *179*
UfR 2005.1145 Ø *305*
UfR 2005.1205 H *183*
UfR 2005.1265 H *258, 264, 265, 369*
UfR 2005.1385/2 V *194*
UfR 2005.1677 Ø *46, 350*
UfR 2005.1766 H *233*
UfR 2005.2283 V *234*
UfR 2005.2321/2 Ø *177*
UfR 2005.2347 Ø *319*
UfR 2005.2747 H *235*
UfR 2005.3029 Ø *175, 177*
UfR 2005.3077 H *183*
UfR 2006.65 Ø *297*
Vestre Landsrets dom af 8/2 2006 (V.L. B-1288-04) *268*

Folketingets Ombudsmand

(FOB = Folketingets ombudsmandsberetning)

FOB 1988.121 **263**, 366, 369
FOB 1991.220 *286*
FOB 1995.381 *286*

Norges Højesteret

(Rt = Norsk Retstidende)

Rt 1966.476 *39*
Rt 1983.1004 *39*
Rt 1994.610 *42*
Rt 1999.961 *42*
Rt 2000.996 *42*
Rt 2002.557 *42f*

USAs Højesteret

(U.S. = United States Reports)

Employment Division v. Smith (402 U.S. 872, 1990) *257*
Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeh 508 U.S. 520 (1993) *257*
Boerne v. Flores (1997, 521 U.S. 507) *257*
Sherbert v. Verner (374 U.S. 398, 1963) *257*
Wisconsin v. Yoder (406 U.S. 205, 1972) *258*

Tysklands Forfatningsdomstol

(BVerfGE = Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts)

»Benetton« (afgørelse af 12/12 2000, BVerfGE, Vol. 102, side 347) *279*
»Brokdorf« (afgørelse af 14/5 1985, BVerfGE, Vol. 69, side 315) *313, 317, 320, 321*
»Krucifiks« (afgørelse af 16/5 1995, BVerfGE, Vol. 93, side 1) *259*
»Lynforsamling« (afgørelse af 23/10 1991, BVerfGE, Vol. 85, side 69) *320*
»Siddeblokade« (afgørelse af 11/11 1986, BVerfGE, Vol. 73, side 206) *314. 316*
»Wackersdorf« (afgørelse af 24/10 2001, BVerfGE, Vol. 104, side 92) *315, 316, 325*

Stikordsregister

A
Absolutte rettigheder *73f*
Adoption *215f, 358*
Afkald på rettigheder *91ff*
Aflytning *229f*
Afsoning
– cellen *239*
– familieliv *238f*
– korrespondance *239f*
– privatliv *238*
– varighed *137ff*
Aftaler, se Afkald
Anholdelse *125, 137, 145ff, 149f*
Anonyme vidner, se Retfærdig rettergang
Ansættelsesforhold, betydningen af
– generelt *52f*
– religionsudøvelse *258*
– som rettighedsafkald *91ff*
– ytringsfrihed *285f*
Augsburgske Fred *241f*

B
Begrænsning af rettigheder *69ff*
– derogation *87ff*
– iboende begrænsninger *52f, 237*
– indgreb *74ff*
– nødvendigt i et demokratisk samfund *80ff*
– proportionalitet *70ff*
– rettighedens kerne *85f*
– rettighedskollisioner *84*
– rettighedsmisbrug *89ff*
– rettighedens prioritet *83*
Blasfemi *295f*
Boligen, se Hjemmet
Borgerrettigheder *52*
Bøn *247, 250, 254*
Børn *212ff*
– forplantning *215f*
– forældremyndighed *220f*
– frihedsberøvelse *129f, 151*
– samværsret *220ff*
– tvangsanbringelse *216f*
– undervisning *259ff*
– vidneafhøring i misbrugssager *186f*

C
Censur, se Ytringsfrihed

D
Delegation *54*
Demokrati
– begreb *65, 243*
– forsvar for *89f, 248ff*
– menneskerettighedernes betydning for *31, 243*
– som fortolkningspejlemærke *64ff*
Demonstrationer, se Forsamlingsfrihed
Derogation, se Fravigelse af EMRK
Detention *125, 130f, 155ff*
Diskrimination *353ff*
– begreb *359*
– direkte *362ff*
– fødsel *365*
– indirekte *368ff*
– køn *364f*
– nationalitet *365*
– politisk anskuelse *366f*
– positiv særbehandling *370*
– race m.v. *363f*
– religion *261ff, 366*
– seksuel orientering *367*
Domstole
– adgang til *164ff*
– retfærdig rettergang *159ff*

– uafhængighed *167ff*
– upartiskhed *170ff*
Drittwirkung, se Horisontal virkning
Dualisme *34ff*
Dynamisk fortolkning *61f*

E
Effektiv beskyttelse *59, 63f*
Eksklusivaftaler *346ff*
EMD
– kompetence *57, 108, 110f*
– klagesagsbehandling *108ff*
– domme *58, 109*
EMRK
– historisk baggrund *23ff*
– karakter *59*
– pligtsubjekter *53ff*
– rettighedssubjekter *51ff*
– stilling i dansk ret *33ff*
EMRK-loven *33ff*
Equality of arms, se Retfærdig rettergang
EU *27f, 30*
Europarådet *23f, 27*
Europæiske Socialpagt, Den *27*

F
Faderskabssager *218f*
Fagforeninger
– eksklusivaftaler *346ff*
– interessevaretagelse *337*
– strejke *337f*
Familieliv *212ff*
– begreb *213*
– børn *216ff*
– ægteskab *215*
FN-pagten *26*
Forarbejder *58f, 61*
Foreningsfrihed *331ff*
– fagforeningstvang *346ff*
– foreningsbegrebet *333f*
– foreningsdannelse *334ff*
– medlemskab *341f*
– medlemspligt *342f*
– politiske partier *338ff*
Forholdsmæssighed, se Proportionalitetsprincippet
Formålsfortolkning *58, 60f*
Forplantning *215f*
Forsamlingsfrihed *311ff*
– anmeldelsespligt *320f*
– forbud 322ff
– forsamlingsbegrebet *313ff*
– fredelige forsamlinger *316f*
– fysisk blockade *315f*
– politibeskyttelse *328f*
– opløb *313, 316f, 322*
– opløsning *322ff*
– trafikregulering *328*
Forskelsbehandling, se Diskrimination
Forsvarets rettigheder, se Straffesager
Forsvarerbistand, se Straffesager
Fortolkning *57ff*
– dynamisk *61f*
– forarbejder *58f, 61*
– formål *58, 60f*
– metode *58ff*
– ordlyd *58, 60*
– principper/pejlemærker *62ff*
– stil *59f*
Fortrinsstillede rettigheder *86f, 117*
Forurening *227*
Forældremyndighed *220f*
Frankrigs menneskerettighedserklæring *25, 29*
Fravigelse af EMRK *87ff*
Frihed *29, 31*
Frihedsberøvelse *123ff*
– afsoning af straf *137ff*
– anholdelse *145f*
– begreb *125ff*
– berusere *155f*
– børn *129f, 151*
– domstolskontrol *135ff*
– husspektakler *145f*
– sindssyge *152f*
– smitsomt syge *154f*
– udlændinge *157*

– varetægtsfængsling *146ff*
Fundamentalisme *248ff*
Fysisk blokade *315f*

G
Grundloven *26, 28f*
– forrang for EMRK *36f*
– fortolkning i lyset af EMRK *38*
Grænser for menneskerettigheder, se Begrænsning

H
Habeas Corpus *25*
Hadefulde ytringer *292ff*
Hash-klubber *325*
Hauschildt-sagen *172*
Hjemmet *223ff*
– begreb *223*
– husundersøgelse (ransagning) *224*
– luftforurening *227*
– planlovgivning *225*
– støjgener *227f*
– tvangsflytning *225ff*
Horisontal virkning *45ff, 54f*
Husundersøgelse *224*

I
Iboende begrænsninger *52f, 237*
Indgreb *74ff*
– bagatelgrænse *75f*
– hjemmelskravet *77ff*
– legitimt formål *79f*
– nødvendigt i et demokratisk samfund *80ff*
Indsatte, se Afsoning
In dubio pro libertate *83*
In dubio pro reo, se Uskyldsformodningen
Informationsfrihed *271ff*
– adgang til medierne *299ff*
– formidlende journalistik *304ff*
– journalisters ytringsfrihed *284*
– mediernes alsidighed *299f*
– mediernes ansvar *307f*
– mediernes kildebeskyttelse *306f*
– mediemonopoler *300*
– mediernes rolle *275*
– mediernes uafhængighed *298f*
– opsøgende journalistik *300ff*
– privatlivskrænkelser *300ff*
– tilladelse til radio- og tv-virksomhed *299*
– under-cover journalistik *303*
Inhabilitet, se Retfærdig rettergang
Inkorporeringsloven, se EMRK-loven

J
Jersild-sagen *304*
Jon-sagen *95, 129f, 220*
Journalister, se Informationsfrihed
Juridiske personer *51*

K
Kerne, rettighedens *85, 117*
Kildebeskyttelse *306f*
Kollision mellem rettigheder, se Rettighedskollision
Kommunikation *228ff*
Konvention om Borgerlige og Politiske Rettigheder *26*
Konvention om Økonomiske, Sociale og Kulturelle Rettigheder *27*
Korrespondance, se Kommunikation

L
Lejelovgivning *228*
Lighedsprincippet *353*
Liv, retten til *88, 92, 116*

M
Magna Carta *25*
Maskeforbud *319, 325f*
Medier, se Informationsfrihed
Meningsfrihed *273*
Menneskerettigheder
– begrundelse *31f*
– begrænsninger *69ff*
– fortolkning *57ff*

– historie *24ff*
– mellem private, se Horisontal virkning
– pligtsubjekter *53ff*
– rettighedssubjekter *51ff*
– statens positive forpligtelser *97ff*
– værdigrundlag *29ff*
Minoriteter *31, 242f, 353ff*
Misbrug af rettigheder *89ff*

N
Naturret *24f, 31*
Nødret, se Fravigelse af EMRK

O
Offentlig myndighed *53f*
Offentlige fred, den *79, 145, 322f*
Offentlige moral, den *79, 118*
Overvågning *211ff*

P
Passivitet, statens *76f, 97ff*
Pedersen og Baadsgaard-sagen *288*
Personlig frihed, se Frihedsberøvelse
Personoplysninger *208ff*
Politiske partier *338ff*
Positiv særbehandling *370*
Positive forpligtelser, statens *97ff*
– pligt til at sikre *102f*
– pligt til at beskytte *103f*
Pressefrihed, se Informationsfrihed
Private, menneskerettigheder mellem, se Horisontal virkning
Privatliv *204ff*
– begreb *204*
– personoplysninger *208f*
– overvågning *211*
– seksualitet *206f*
Proportionalitetsprincippet *70ff*
Præambel, EMRKs *58*

R
Racediskrimination
– forskelsbehandling *363f*
– ytringer *292f*
Ransagning, se Husundersøgelse
Religionsfrihed *241ff*
– religionsbegrebet *244*
– religionsudøvelse *246ff*
– religionsdiskrimination *261ff*
– religiøs fundamentalisme *248f*
– religiøs overbevisning *245*
Retfærdig rettergang *159ff*
– kontradiktion *167*
– ligestilling mellem parterne *167*
– offentlighed *173f*
– rimelig frist *174ff*
– straffesager *177ff*
– uafhængig domstol *167ff*
– upartisk domstol *170ff*
Retsgrundlag, se Hjemmelskravet
Retsstat *66f*
Rettighedsindgreb, se Indgreb
Rettighedskollision *84, 119*
Rituel slagtning *247, 256*
Rocker-sagen *324f*
Rule of law, se Retsstat

S
Samfundshensyn *64, 69ff*
Samtykke til menneskeretskrænkelser, se Afkald
Samvittighedsfrihed *243*
Samværsret *220ff*
Seksualitet *206ff*
– diskrimination *367*
– homoseksuelle *367, 206f*
– transseksuelle *207f*
Sekularisme *248f, 266f*
Selvinkriminering 195ff
Sindssyge
– afsoning *137ff*
– tvangsindlæggelse *152ff*
Skilsmisse *216*
Skole, se Undervisning
Skønsmargin, staternes *110ff*
– anvendelsesområde *115f*
– begreb *111f*
– begrundelse *112f*

– kriterier *115f*
Slaveri, forbudet mod *26, 88, 92, 116*
Soldater *52, 285*
Statens ansvar (henregnelse) *53f*
Statskirker *266f*
Stemmeret *52*
Straffesager *177ff*
– begreb *161f*
– dokumenter *181ff*
– forsvarerbistand *179f*
– forsvarets rettigheder *180f*
– selvinkriminering *195ff*
– uskyldsformodningen *189ff*
– vidneafhøring *184ff*
Støjgener *227f*

T
Tankefrihed *243*
Telefonaflytning, se Aflytning
Tortur, forbudet mod *88, 92, 116*
Traktatretskonventionen *58f*
Tro, se Religionsfrihed
Tvangsanbringelse *126, 151, 216f*
Tvangsflytning *225ff*
Tvangfjernelse *126, 151*
Tvangsindlæggelse *126, 152ff*
Tvangsisolering *126, 154ff*

U
Udlicitering *54*
Udlændinge
– familiesammenføring *236f*
– frihedsberøvelse *157*
– politisk aktivitet *52*
– udvisning *231ff*
Undervisning *259ff*
USAs uafhængighedserklæring *25, 29*
Uskreven forfatningsret *38f*
Uskyldsformodningen *189ff*

V
Varetægtsfængsling *125, 146ff*
Verdenserklæringen om Menneskerettigheder *23, 26, 30, 31f*
Voldelige aktiviteter
– foreninger *339*
– forsamlinger *316f*
– ytringer *292*
Værdighed, menneskets *29f*
Væsensindhold, se Kerne

W
Westfalske Fred *242*
Wienerdeklarationen *31*

Y
Ytringsfrihed *271ff*
– censur *277, 281f*
– journalister *284*
– kunst *274, 279*
– medier, se Informationsfrihed
– offentligt ansatte *285*
– politikere *283f*
– reklamer *279f*
– sanktioner *277, 282*
– ytringsbegrebet *273f*

Æ
Ægteskab *215*
Ærekrænkelse *286ff*

Å
Ånd, rettighedens *60*