

Grundrettigheder

Jens Elo Rytter

GRUNDRETTIGHEDER

Domstolenes fortolkning og
kontrol med lovgivningsmagten



Thomson
GADJURA

Jens Elo Rytter

GRUNDRETTIGHEDER

Domstolenes fortolkning og kontrol med lovgivningsmagten

1. udgave/1. oplag

© Forlaget Thomson A/S (ITID A/S), København 2000

ISBN 87-619-0159-8

Omslag: Kjeld Brandt Grafisk Tegnestue, København

Sats: Christensen Fotosats & Repro, København

Tryk: Nørhaven A/S, Viborg

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

Forord

Den foreliggende bog er en let bearbejdet og ajourført udgave af den afhandling, jeg i september 1999 indleverede og i marts 2000 forsvarede for den juridiske Ph.D. grad ved Det Juridiske Fakultet på Københavns Universitet.

Jeg vil gerne takke en række personer, som har engageret sig i mit arbejde og dermed bidraget til det foreliggende resultat.

Først og fremmest min vejleder, professor Henning Koch, for hans engagement, altid konstruktive kritik og – ikke mindst – utrættelige moralske støtte gennem hele forløbet. Også flere af mine øvrige kolleger ved Retsvidenskabeligt Institut B har vist en interesse for projektet, som jeg har nydt godt af. Tak til adjunkt Alexander Carnera Ljungström for at have inspireret mig til at klargøre mine retsteoretiske standpunkter.

Uden for Universitetet bringer jeg tidligere højesteretsdommer Torben Jensen en særlig tak for interessante og nærværende samtaler og – især – for den praktiske synsvinkel, han har bidraget med. Også tak til Peer Lorenzen, højesteretsdommer og for tiden dommer ved Menneskerettighedsdomstolen, for en frugtbar samtale i Strasbourg.

I Norge har jeg haft gode samtaler med professorerne Erik Boe og Eivind Smith, Oslo Universitet, som har bidraget til min forståelse af norsk forfatningsret. I Tyskland har flere medarbejdere på Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht i Heidelberg givet mig værdifulde indspark ved studierne af den tyske forfatningsdomstols praksis – navnlig Dr. Christian Walter, som nu arbejder ved Forfatningsdomstolen i Karlsruhe. Docent Joakim Nergelius fra Lunds Universitet har givet mig værdifulde råd ud fra hans eget kendskab til emnets vanskeligheder.

For helt uvurderlig hjælp med opsætning, korrektur m.v. takker jeg Lisbeth Dick, som i de kritiske faser tog både aftenen og natten til hjælp uden at give køb på den kritiske sans, jeg selv på dette tidspunkt havde mistet. Ligeledes en varm tak til stud. jur. Camilla Hørup Jensen for god hjælp med udfærdigelse af registre og korrekturlæsning.

Tak også til Mogens Herman Hansen, leder af Polis Centret under

Forord

Grundforskningsfonden, for at have inspireret og vejledt mig i forbindelse med bogens omslag.

Endelig tak til Therese og Marcus for deres overbærenhed i den vanvittige slutfase.

København, juni 2000

Jens Elo Rytter

Indholdsfortegnelse

Del I

Problemstilling og baggrund

KAPITEL 1

Om afhandlingens problemstilling, sigte og metode

1. Indledning 21
2. Oversigt over fremstillingen 23
3. Nærmere om afhandlingens sigte 25
4. Nærmere om afhandlingens problemstilling 28
5. Nogle principielle udgangspunkter 29
6. To centrale begreber: „grundrettigheder“ og „legitimitet“ 31
 - 6.1 „Grundrettigheder“ 31
 - 6.2 „Legitimitet“ 34
7. Komparativ metode 35
 - 7.1 Komparative retsstudier – særligt grundrettighedsstudier 35
 - 7.2 Komparative studier som inspiration og illustration 37
8. Valg af komparativt materiale 38
 - 8.1 Udenlandsk grundrettighedsteori 38
 - 8.2 Udenlandsk grundrettighedspraksis 39
9. Dansk højesteretspraksis – inddragelsen af voteringer 41

KAPITEL 2

Baggrund: Sammenstødet mellem dansk retstradition og europæisk rettighedsudvikling

1. Den danske tradition 43
 - 1.1 Magtfordelingstradition – parlamentets overherredømme 43
 - 1.2 Retspositivistisk tradition – grundlovsfortolkning er politisk 46

2.	Udfordringen fra den europæiske rettighedsudvikling	47
2.1	Rids af rettighedstankens historiske baggrund	48
2.2	Rettighedsideologiens renaissance efter 1945 – internationale menneskerettigheder og national forfatningskontrol	49
2.3	Den europæiske rettighedsudvikling – „en stille revolution“	50
2.3.1	Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og -domstol	51
2.3.2	Udviklingen i national europæisk forfatningsret	53
2.3.3	Fællesskabsrettens grundrettigheder	55
2.4	Den materielle demokratiske retsstat som fælleseuropæisk forfatningsmodel	58
2.5	En fælleseuropæisk standard for rettighedsbeskyttelse?	59
2.6	Domstolenes centrale rolle	59
3.	Opbruddet i dansk tradition i lyset af europæisk rettighedsudvikling	61
3.1	Signaler om en styrkelse af domstolenes forfatningsretlige rolle	62
3.2	Signaler om en ny og bredere fortolkningsstrategi	64
3.3	Konkrete vidnesbyrd om den “nye” domstolsrolle	66
4.	Sammenfattende konklusion	68

Del II

Domstolenes fortolkning af grundrettigheder

KAPITEL 3

En retsteoretisk ramme for grundrettighedsfortolkning

1.	Grundrettighedsfortolkningens faktorer og stadier	73
1.1	Fortolkningens “trekant” – sag, regel og fortolker	73
1.2	Nærmere om begreberne fortolkningsmetode, fortolkningsstrategi og fortolkningsprincipper	76
1.3	Fortolkningens to stadier – abstrakt fortolkning og konkret udmøntning	76
2.	Et normativt begreb om retten – grundrettigheder og rettens grundlag	77
2.1.	Kritik af den skandinaviske retsrealisme	79
2.2	Hvad er – og hvor findes – rettens normative grundlag?	82
2.2.1	Rettens normative grundlag legitimerer retsordenen	83
2.2.2	Uskrevne retsnormer – immanent ret contra naturen	85

- 3. En hermeneutisk ramme – grundrettighedsfortolkning er problemorienteret 87
- 3.1 Hermeneutikken og den hermeneutiske “cirkel” 87
- 3.2 Grundrettighedsfortolkning er konkretisering 88
- 4. Grundrettighedsfortolkning og domstolenes retsskabende funktion 91
- 5. Sammenfattende konklusion 93

KAPITEL 4

Grundrettighedernes kilder

- 1. Sondringen mellem retskilder og fortolkningsfaktorer 97
- 2. Grundrettigheder i den skrevne forfatning 98
- 3. Uskrevne grundrettigheder 100
- 3.1 Retspositivisme contra normativisme 100
- 3.2 Uskrevne grundrettigheder i BVerfGs praksis 103
- 3.3 Uskrevne grundrettigheder i Høyesteretts praksis 104
- 3.4 Uskrevne grundrettigheder i dansk retspraksis 106
- 4. Internationale menneskerettigheder (navnlig EMRK) 110
- 4.1 Dualistisk udgangspunkt eller retskildefaktorbetragtning? 110
- 4.2 Forfatningsretlig status og „quasi-forfatningsretlig“ status 111
- 4.2.1 Umiddelbar forfatningsretlig status 112
- 4.2.2 Middelbar forfatningsretlig status (indfortolkning) 112
- 4.2.3 „Quasi-forfatningsretlig“ status 113
- 4.3 Internationale menneskerettigheders status i tysk ret 113
- 4.4 Internationale menneskerettigheders status i norsk ret 114
- 4.5 Internationale menneskerettigheders status i dansk ret (EMRK) 118
- 4.5.1 Retspraksis før 1992 118
- 4.5.2 EMRK-lovens forarbejder 119
- 4.5.3 Retspraksis efter 1992 122
- 4.5.4 Vurdering 125
- 5. Sammenfattende konklusion 126

KAPITEL 5

Grundrettighedsfortolkningens strategi og metoder

1. Grundrettigheder som åbne og dynamiske principper 129
 - 1.1 Grundrettigheder som “regler” eller “principper”? 129
 - 1.2 Hvorfor en principorienteret fortolkning? 131
2. Fortolkning ud fra rettighedens formål og ånd 132
 - 2.1 Grundrettighedens ordlyd er udgangspunktet 132
 - 2.2 Grundrettighedens formål og ånd 132
 - 2.3 Grundrettigheder og uskrevne retfærdighedsprincipper 134
 - 2.4 BVerfGs praksis 135
 - 2.4.1 Ordlyd, formål og ånd 136
 - 2.4.2 Ordlyden og uskrevne retsgrundsætninger 137
 - 2.5 EMDs praksis 138
 - 2.6 Danske domstoles praksis 139
 - 2.6.1 Ikke inddragelse af rettigheden uden sikker støtte i ordlyden 140
 - 2.6.2 Formalistisk og restriktiv ordlydsfortolkning 141
 - 2.6.3 Fortolkning ud fra rettighedens formål og ånd 147
 - 2.6.4 Ordlyden og uskrevne retsgrundsætninger 151
3. Dynamisk grundrettighedsfortolkning 153
 - 3.1 Originalistisk contra dynamisk grundrettighedsfortolkning 153
 - 3.2 Et amerikansk opgør med originalismen 154
 - 3.3 Dynamisk fortolkning og normativ funktion 156
 - 3.4 BVerfGs praksis 158
 - 3.5 EMDs praksis 160
 - 3.6 Danske domstoles praksis 162
 - 3.6.1 Fortolkning ud fra forarbejder og ældre praksis 162
 - 3.6.2 Dynamisk fortolkning 164
4. Relevansen af inter- og transnational rettighedspraksis 165
 - 4.1 Dynamisk fortolkning på komparativt grundlag 165
 - 4.2 Tysk forfatningsret 167
 - 4.3 Norsk forfatningsret 168
 - 4.4 Dansk forfatningsret 169
 - 4.4.1 Transnational påvirkning 170
 - 4.4.2 Indfortolkning af EMRK i Grundloven? 170
 - 4.4.2.1 Den forfatningsretlige teori 170
 - 4.4.2.2 Retspraksis 172
5. Sammenfattende konklusion 175

KAPITEL 6

Grundretthedsfortolkningens materielle-strukturelle principper

1. Behovet for materielle-strukturelle fortolkningsprincipper 180
2. Grundrettighedernes karakter, funktion og udspring 182
- 2.1 Grundrettighederne er en integreret del af forfatningen 182
- 2.2 Grundrettigheder er forfatningsretlige mindretalsgarantier 184
- 2.3 Grundrettigheder er fundamentale retsnormer 184
- 2.4 Grundrettigheder udspringer af uskrevne retfærdighedsforestillinger, forankret i en fælleseuropæisk udvikling 185
3. Materielle-strukturelle principper for grundretthedsfortolkning 186
- 3.1 Princippet om „forfatningens enhed“ 186
- 3.2 Princippet om „praktisk konkordans“ – balance mellem indbyrdes modstridende principper 190
- 3.3 Princippet om „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“ 194
- 3.4 Princippet om „europæisk konvergens“ – inter/transnational harmoni 198
- 3.5 Princippet om „funktionel balance“ – magtbalance mellem domstole og lovgiver 200
4. Sammenfattende konklusion 201

KAPITEL 7

Grundrettigheder som generelle retsprincipper

– statens beskyttelsespligt og grundrettigheder som fortolkningsprincipper

1. Grundrettigheder som generelle retsprincipper 206
- 1.1 Frihedsrettigheder – retlig eller faktisk frihed? 206
- 1.2 Grundrettigheder som generelle retsprincipper i tysk forfatningsret 207
- 1.3 Konsekvenser af grundrettigheder som generelle retsprincipper 209
2. Statens pligt til at beskytte individets grundrettigheder 209
- 2.1 Statens pligt til at beskytte individet mod indgreb fra private 210
- 2.2 Beskyttelsespligten i BVerfGs praksis 212
- 2.3 Beskyttelsespligten i EMDs praksis 214
3. Grundrettigheder som fortolkningsprincipper 216

- 3.1 Grundrettigheder som fortolkningsprincipper i den offentlige ret 217
- 3.2 Grundrettigheders retsvirkning mellem private – „Drittwirkung“ 219
 - 3.2.1 Drittwirkung i BVerfGs praksis 221
 - 3.2.2 Drittwirkung i dansk retspraksis 223
- 4. Sammenfattende konklusion 226

KAPITEL 8

Grundrettighedsbeskyttelsens grænser

- 1. Grundrettighedsbegrænsning som resultat af en principkollision 229
 - 1.1 Principeoriens sontring mellem „regler“ og „principper“ 230
 - 1.2 Principeorien og den konkrete afvejningsmetode 232
 - 1.3 Principeorien og forholdsmæssighedsgrundsætningen 232
 - 1.4 Principeorien og væsensindholdslæren 233
 - 1.5 Principeorien begrænses af forfatningsnormer med regelkarakter 234
- 2. Rettighedsbegrænsningens metode 235
 - 2.1 Grundrettighedens beskyttelsesområde ctr. beskyttelsens konkrete grænser 235
 - 2.2 Bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde 236
 - 2.3 Afvisning af læren om „immanente begrænsninger“ 238
 - 2.4 Beskyttelsens grænser fastlægges gennem konkret afvejning 241
 - 2.5 Prioriteret afvejning (forhåndsforrang for det ene princip) 243
- 3. Materielle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger 246
 - 3.1 Udgangspunkt: Kravet om en forholdsmæssig balance 246
 - 3.2 Grundrettighedsindgreb – kravet om forholdsmæssighed 248
 - 3.2.1 Forholdsmæssighedsgrundsætningen som generelt princip 248
 - 3.2.2 Kravene om egnethed, nødvendighed og proportionalitet 250
 - 3.2.3 Proportionalitetskravet og sontringen mellem individ- og samfundshensyn 252
 - 3.2.4 Proportionalitetskravet i grundrettighedspraksis 254
 - 3.2.5 Forholdsmæssighedsgrundsætningen og væsensindholdslæren 258
 - 3.2.5.1 Væsensindholdslæren som absolut grænse for indgreb 258

- 3.2.5.2 Væsensindholdslæren som argumentationsfigur 261
- 3.3 (Grund)rettighedskollisioner i sager mellem private 263
- 3.3.1 Rettighedskollisioner mellem private – kravet om afbalancering 263
- 3.3.2 Kravet om afbalancering i retspraksis 264
- 4. Sammenfattende konklusion 265

KAPITEL 9

Om begrundelse af grundretlige afgørelser

- 1. Begrundelsens betydning for autoriteten af domstolenes grundrettighedspraksis 269
- 2. Begrundelsens konstruktion og indhold 271
- 2.1 Domsbegrundelse som deduktion (retspositivisme) 271
- 2.2 Domsbegrundelse som facadelegitimation (pragmatisme) 271
- 2.3 Domsbegrundelse som en åben argumentationsproces 272
- 2.4 Særligt om begrundelse af grundretlige afvejninger 273
- 3. Begrundelse i BVerfGs og Høyesteretts praksis 275
- 4. Begrundelse i dansk grundrettighedspraksis 276
- 4.1 Manglende inddragelse af grundrettigheden 277
- 4.2 Manglende stillingtagen til principielle spørgsmål 279
- 4.3 Konkret, pragmatisk begrundelse i principielle sager 280
- 4.4 Manglende begrundelse for en principiel fortolkning 282
- 4.5 Uklare og utilstrækkelige begrundelser i principielle sager 283
- 4.6 Principielle begrundelser 284
- 5. Sammenfattende konklusion 287

Del III

Domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningen

KAPITEL 10

Grundrettighedskontrollens grænser i forfatningsretsteoretisk perspektiv

- 1. Grundrettighedskontrollens grænser – efter hvilke retningslinjer? 291

- 1.1 Alene et spørgsmål om fortolkning? 292
- 1.2 Et „politisk“ dommerskøn? 293
- 1.3 Forfatningsretlige principper for kontrollens grænser 296
- 2. Grundrettighedskontrollens grænser og grundrettighedsdogmatikken 301
 - 2.1 Kompetencefordelingshensynets indplacering i en lære om grundrettighedsfortolkning 301
 - 2.2 En sondring mellem grundrettigheder som funktionsnorm og kontrolnorm 306
- 3. Grundrettighedskontrollens situation, tema og „omfang“ 309
 - 3.1 Kontrolsituationen: En dobbelt fortolkning 309
 - 3.2 Kontrollens tema 310
 - 3.3 Grundrettighedskontrollens „omfang“ – prøvelsens normative dybde, rækkevidde og faktiske intensitet 311
- 4. Sammenfattende konklusion 315

KAPITEL 11

Generelt om prøvelsesrettens forfatningsretlige begrundelse og grænser

- 1. Prøvelsesrettens forfatningsretlige begrundelse 317
 - 1.1 Forfatningens overhøjhed (formel begrundelse) 318
 - 1.2 Beskyttelse af mindretal og individ (materiel begrundelse) 320
 - 1.3 Prøvelsesrettens retsgrundlag i dansk ret 322
- 2. Prøvelsesrettens balanceproblem – domstolene vs. lovgivningsmagten 324
- 3. En reel grundrettighedskontrol, som samtidig respekterer lovgivers politiske handlefrihed 326
 - 3.1 Målet for en balanceret prøvelsesstrategi 327
 - 3.2 Kravet om „judicial self-restraint“ 328
 - 3.3 Doktrinen om ikke-prøvelse af „political questions“ 331
 - 3.4 Respekt for forfatningens kompetencefordeling mellem domstolene og lovgivningsmagten 333
- 4. En balanceret prøvelsesstrategi er en differentieret prøvelsesstrategi 334
 - 4.1 En differentieret prøvelsesstrategi 334

- 4.2 Grundlaget for formulering af en differentieret prøvelsesstrategi 337
- 5. Sammenfattende konklusion 338

KAPITEL 12

Grundrettighedskontrollens omfang

– betydningen af rettighedens grundlag, indhold og karakter

- 1. Rettighedens retskildemæssige grundlag og indholdsmæssige klarhed – forsigtig kontrol med uskrevne og vagt formulerede rettigheder 341
 - 1.1 BVerfGs praksis 343
 - 1.2 Høyesteretts praksis 344
 - 1.3 EMDs praksis 345
 - 1.4 Dansk retspraksis 346
- 2. Fortrinsstilling for politiske og fundamentale personlige rettigheder – hensynet til rettighedernes materielle værdi og demokratiske funktion 347
 - 2.1 Rettigheder som er fundamentale for den demokratiske proces 349
 - 2.2 Rettigheder som er fundamentale for individets frihed og værdighed 350
 - 2.3 Fortrinsstillede rettigheder i BVerfGs praksis 351
 - 2.4 Fortrinsstillede rettigheder i Høyesteretts praksis 353
 - 2.5 Fortrinsstillede rettigheder i EMDs praksis 356
 - 2.6 Fortrinsstillede rettigheder i dansk retspraksis 357
- 3. Forsigtig kontrol med økonomiske og sociale rettigheder – respekt for lovgivers bevillingskompetence og råderum i den økonomiske politik 359
 - 3.1 Tre kategorier af økonomiske og sociale rettigheder 360
 - 3.2 Ketschers opgør med traditionen i dansk teori 362
 - 3.3 Økonomiske og sociale rettigheder i BVerfGs praksis 364
 - 3.4 Økonomiske og sociale rettigheder i Høyesteretts praksis 367
 - 3.5 Økonomiske og sociale rettigheder i EMDs praksis 370
 - 3.6 Økonomiske og sociale rettigheder i dansk retspraksis 371
- 4. Retsprincip eller retsgaranti – respekt for lovgivers skønsmæssig frihed ved afvejning af modstående hensyn 373

- 4.1 Håndhævelse af retsprincipper („afvejningsrettigheder“) 374
 - 4.1.1 Kravet om et principielt grundlag for tilsidesættelse af lovgivers afvejning 374
 - 4.1.2 Betydningen af de modstående hensyns karakter 375
 - 4.1.2.1 Lovgivers afvejning af rettighedshensyn ctr. samfundshensyn 376
 - 4.1.2.2 Lovgivers afvejning af kolliderende rettighedshensyn 377
- 4.2 Håndhævelse af retsgarantier („statusrettigheder“) 378
- 5. Negative eller positive rettigheder – respekt for lovgivers valgmulighed 381
 - 5.1 Den fundamentale forskel på negative og positive rettigheder 381
 - 5.2 Positive rettigheder i BVerfGs praksis 382
 - 5.3 Positive rettigheder i EMDs praksis 385
 - 5.4 Positive rettigheder i dansk ret 386
- 6. Sammenfattende konklusion 387

KAPITEL 13

Grundrettighedskontrollens omfang

– betydningen af lovens karakter, indhold og forarbejder

- 1. Lovindgrebets karakter – skærpet prøvelse ved konkrete (singulære) eller diskriminerende indgreb 392
 - 1.1 BVerfGs praksis 393
 - 1.2 Høyesteretts praksis 394
 - 1.3 EMDs praksis 394
 - 1.4 Dansk retspraksis 394
- 2. Lovindgrebets intensitet – skærpet prøvelse ved intensive indgreb, navnlig indgreb i rettighedens „kerne“ 397
 - 2.1 BVerfGs praksis 397
 - 2.2 Høyesteretts praksis 399
 - 2.3 EMDs praksis 399
 - 2.4 Dansk retspraksis 400
- 3. Lovindgrebets målgruppe – skærpet prøvelse ved indgreb over for svage og udsatte samfundsgrupper 401
 - 3.1 BVerfGs praksis 402
 - 3.2 Høyesteretts praksis 402

- 3.3 EMDs praksis 403
- 3.4 Dansk retspraksis 404
- 4. Lovforarbejdernes indhold og kvalitet – skærpet
prøvelse, hvor lovgiver ikke (kvalificeret) har
vurderet lovens forhold til grundrettighederne 405
- 4.1 BVerfGs praksis 406
- 4.2 Høyesteretts praksis 407
- 4.3 Dansk retspraksis 408
- 5. Lovens faktiske grundlag – begrænset efterprøvelse
af lovgivers faktiske beslutningsgrundlag og prognoser,
afhængig af lovens karakter 409
- 5.1 BVerfGs praksis 409
- 5.2 Høyesteretts praksis 411
- 5.3 Dansk retspraksis 413
- 6. Sammenfattende konklusion 414

KAPITEL 14

Grundrettighedskontrollens retsfølger

- 1. Indledning 417
- 2. Forfatningskonform lovfortolkning 418
- 2.1 Forfatningskonform fortolkning i BVerfGs praksis 420
- 2.2 Forfatningskonform fortolkning i Høyesteretts praksis 423
- 2.3 Forfatningskonform fortolkning i dansk retspraksis 425
- 3. Alternativer til tilsidesættelse ved modstrid
– „blødere” retsfølger 426
- 3.1 Alternative retsfølger i BVerfGs praksis 429
- 3.1.1 Loven „uforenelig med forfatningen”,
men fortsat (midlertidigt) anvendelig 430
- 3.1.2 Loven „endnu forfatningsmæssig”,
men lovgiver pålægges at ændre den 431
- 3.1.3 BVerfGs frister og retningslinjer til lovgiver 434
- 3.2 „Vink” til lovgiver i Høyesteretts praksis 435
- 3.3 „Vink” til lovgiver i EMDs praksis 436
- 3.4 Alternative retsfølger og “vink” til lovgiver
i dansk retspraksis 436
- 4. Sammenfattende konklusion 438

Indholdsfortegnelse

Afsluttende bemærkninger og perspektiver 443

Litteratur 449

Forkortelser 466

Domsregister 467

Stikordsregister 474

Del I

Problemstilling og baggrund

“En stat er ikke længere en udadtil afskærmet magtorganisation, men en forfatningsstat, som er åben over for folkeretlige – navnlig menneskeretlige – forpligtelser, og som er bundet til sine egne grundrettigheder og i statsfællesskabet påtager sig en menneskeretlig forpligtelse. Men staternes nationale forfatninger vedbliver at være gyldighedsgrund for de nationale grundrettigheder og effektivitetsgarant for de internationale menneskerettigheder.”

Forfatningsdommer Paul Kirchhof, Verfassungsrechtlicher Schutz und Internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ 1994, side 35f (min oversættelse)

Om afhandlingens problemstilling, sigte og metode

1. Indledning

Afhandlingens sigte er at bidrage til en – i europæisk perspektiv – moderne dansk lære om domstolenes grundrettighedsfortolkning og -kontrol med lovgivningsmagten. Som led i denne bestræbelse foretages en kritisk vurdering af danske domstoles hidtidige grundrettighedspraksis og af dele af den forfatningsretlige teori.

Grundrettigheder er rettigheder til værn om individet eller en minoritet, som er sikret i forfatningen eller i internationale menneskerettighedskonventioner med tilnærmelsesvis samme status i national ret som forfatningen. Grundrettigheder har hidtil ført en tilbagetrukken tilværelse i dansk forfatningsret. Danske domstoles grundrettighedsfortolkning og -kontrol med love har traditionelt været forsigtig og teoriens interesse for grundrettigheder (derfor) begrænset.

Ideen til afhandlingen udsprang af den opfattelse, at grundrettighedsbeskyttelsen i Danmark „haltede“ bagefter den generelle europæiske udvikling. Til grund lå samtidig en fornemmelse af, at retstilstanden i Danmark – netop under indflydelse af den europæiske rettighedsudvikling – var under forandring i retning af en mere aktiv rolle for domstolene ved fortolkning af og kontrol med individets grundrettigheder.

Arbejdet med afhandlingen blev påbegyndt i foråret 1996. Udviklingen i dansk ret i den mellemliggende periode har gjort denne fornemmelse til en spirende realitet. Herom vidner ikke mindst domstolenes stadig mere selvstændige anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, Højesterets domme fra 1996 og 1998 i „Maastricht-sagen“ og Højesterets dom fra 1999 i „Tvind-sagen“, hvor retten for første gang nogensinde tilsidesatte en lov som grundlovsstridig.

Den forsigtige danske tradition er nu under forandring i lyset af den

europæiske rettighedsudvikling i almindelighed og Menneskerettighedsdomstolens praksis i særdeleshed. Grundrettigheder vil få stigende betydning i danske domstoles fremtidige praksis. Grundrettigheder må forventes generelt at komme til at spille en større rolle i retspraksis som følge af en mere bred og selvstændig fortolkningsstrategi fra domstolene, ligesom domstolene må forventes at ville indtage en noget mere aktiv rolle over for lovgivningsmagten i kontrollen med lovgivers respekt for grundrettigheder. Nogle taler ligefrem om et paradigmeskift i dansk ret.

Afhandlingens udgangspunkt er derfor i dag mindre kontroversielt end for blot få år siden, men dens emne er af samme grund så meget mere aktuelt.

Tiden synes moden til en videreudvikling af grundrettighedsbeskyttelsen i Danmark. Et teoretisk fundament er vigtigt for en eventuel udvikling af grundrettighedsbeskyttelsen ved danske domstole. Kun på grundlag af en nogenlunde sammenhængende teori om grundrettighedsfortolkning og -kontrol kan en aktiv grundrettighedspraksis bevare en indre konsistens. Og kun herved kan danske domstole på grundrettighedsområdet styrke deres retsskabende funktion og forfatningsretlige rolle uden at miste autoritet.

Teorien om grundrettigheder er imidlertid sparsom i Danmark. Afhandlingen søger derfor inspiration til formulering af en tidssvarende dansk grundrettighedslære i udenlandsk teori og retspraksis. Den inddrager praksis fra Tysklands forfatningsdomstol, Norges Høyesterett og Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol.

Afhandlingen søger i en vekselvirkning mellem begrebsteori, retsdogmatisk analyse og retspolitisk argumentation at formulere strategier og principper for danske domstoles fremtidige grundrettighedsfortolkning og -kontrol med lovgivningsmagten.

Begrebsteori for teoriens egen skyld og uden klangbund i retspraksis er værdiløs. Derfor inddrager denne afhandling i meget vidt omfang dansk og fremmed retspraksis. Omvendt er en ren beskrivelse af retspraksis uinteressant og tånløs. Derfor søger afhandlingen i "dialog" med grundrettighedspraksis at formulere mere generelle teorier og retningslinjer for grundrettighedsfortolkning og -kontrol. Afhandlingen tilstræber at forene teoretisk spændstighed og praktisk relevans i en selvstændig vurdering af grundrettighedsfortolkningens principielle problemstillinger.

Således rummer afhandlingen klare – såkaldt – retspolitiske træk. Afhandlingen tager herved udgangspunkt i den opfattelse, at grundret-

tighederne har fundamental betydning for individet. Den er derfor kritisk over for den til dels “rettighedsfjendske” grundholdning, som synes at have præget dele af – navnlig ældre – danske retspraksis. Samtidig søger afhandlingen at distancere sig fra den “rettighedseufori”, som undertiden kommer til udtryk i debatten. Navnlig i domstolenes grundrettigheds-kontrol med lovgivningsmagten tilsiger tungtvejende hensyn, at domstolene fortsat udviser en vis tilbageholdenhed, om end ikke i alle tilfælde så udstrakt som tidligere.

Det må understreges, at en almen grundrettighedslære har klare begrænsninger. Opgaven for en almen grundrettighedslære er lige så vanskelig, som den er vigtig. De strategier, retningslinjer og løsningsforslag, som en almen grundrettighedslære kan bidrage med, kan aldrig blive en håndfast “vejviser” for domstolene. I det enkelte tilfælde er grundrettighedsfortolkning og -kontrol altid en selvstændig og problemorienteret proces, rettet mod afgørelse af den foreliggende sag.

Afhandlingen har opfyldt sit formål, såfremt både retsvidenskab og retsanvendere kan finde inspiration i – eller lade sig provokere af – dens indhold.

2. Oversigt over fremstillingen

I *Problemstilling og baggrund (Del I)* præsenteres afhandlingens problemstilling, sigte, metode og baggrund. Det fastslås, at grundrettighedsfortolkning både handler om fortolkningsstrategi, -metoder og -principper og om kompetencefordelingen mellem domstolene og lovgivningsmagten. Der redegøres for den generelle tendens siden 1945 i europæisk forfatningsret og international ret i retning af øget fokus på individets rettigheder og på domstolskontrol. Denne udvikling har betydning for dansk forfatningsret og er en væsentlig årsag til, at den danske fortolknings- og forfatnings-tradition i disse år er under forandring – ikke mindst på rettighedsområdet. Programmet for afhandlingen er på denne baggrund at bidrage til formuleringen af en – i europæisk perspektiv – tidssvarende dansk grundrettighedslære og i denne forbindelse give en kritisk analyse af grundrettighedsfortolkning- og kontrol i hidtidig dansk retspraksis og teori. Formuleringen af bidraget til en moderne dansk grundrettighedslære bør naturligt lade sig inspirere af udenlandsk grundrettighedsteori og -praksis. Der redegøres for tilgangen til komparativ metode, for valget af udenlandsk komparativt materiale, samt for to af afhandlingens centrale begreber.

I de centrale Dele II-III behandles de centrale grundrettighedsdogmatiske problemstillinger, som har relevans for dansk ret. Fremstillingen er inspireret af udenlandsk teori og retspraksis. Dansk grundrettighedspraksis og -teori perspektiveres og kritiseres i forhold hertil.

I *Domstolenes fortolkning af grundrettigheder (Del II)* behandles nogle centrale spørgsmål i forbindelse med grundrettighedsfortolkning og grundretlig argumentation. Der argumenteres for, at grundrettighedsfortolkning bør tage udgangspunkt i et normativt retsbegreb inden for rammerne af en hermeneutisk retsforståelse. Der argumenteres for en ret fri og selvstændig, dynamisk strategi for grundrettighedsfortolkning, hvor ordlyden ikke altid udgør en bindende ramme, og hvor forarbejder kun har begrænset vægt. En sådan friere fortolkningsstrategi øger behovet for fortolkningsprincipper. Med udgangspunkt i overvejelser om forfatningens og grundrettighedernes karakter og funktion opstilles nogle generelle strukturelle-materielle principper for grundrettighedsfortolkning. I forlængelse heraf behandles særskilt to centrale spørgsmål: Grundrettighedens betydning som generelle retsprincipper i den offentlige ret og i privatretten; grundrettighedsbeskyttelsens grænser, herunder målestokken for afvejning af rettighedshensyn og modstående hensyn. Endelig diskuteres kravene til begrundelse af konkrete grundretlige afgørelser.

I *Domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningsmagten (Del III)* behandles det vanskelige spørgsmål om domstolskontrollens grænser i forhold til lovgivningsmagten (kompetencefordeling). Prøvelsesrettens begrundelse og grænser drøftes principielt. Det antages, at den iboende „spænding“ mellem individbeskyttelse og flertalsstyre må løses ved hjælp af en differentieret prøvelsesstrategi, hvor domstolsprøvelsens omfang varierer efter sagens karakter. Der opstilles visse retningslinjer for en sådan balanceret prøvelsesstrategi, som dels knytter sig til rettighedens karakter, dels til lovens karakter. Disse retningslinjer tager højde for lovgivningsmagtens særlige demokratiske mandat og krav på politisk råderum. Endelig drøftes, hvorvidt alternativer til tilsidesættelse af en lov kan være et egnet instrument i en balanceret prøvelsesstrategi.

Afhandlingens enkelte kapitler afsluttes med en sammenfattende konklusion. Derfor fremsættes afslutningsvis alene nogle afrundende bemærkninger og perspektiver.

3. Nærmere om afhandlingens sigte

Afhandlingens hovedsigte er at bidrage til udviklingen af en almen grundrettigheds lære i Danmark, som kan bringe grundrettighedsbeskyttelsen ved danske domstole i bedre overensstemmelse med den europæiske rettighedsudvikling og sikre denne retsudvikling et principielt teoretisk grundlag. Som et led i denne – retspolitiske – bestræbelse gives endvidere en kritisk vurdering af hidtidig dansk retspraksis og teori.

I en artikel om Højesterets historiske stilling i dansk forfatningsret og det angivelige brud med denne tradition ved „Maastricht-dommen“ fra 1996 stiller Ditlev Tamm afslutningsvis spørgsmålet „*I hvor domstolene mon går hen, når de nu går ud?*“¹ Retsvidenskaben kan her spille en vigtig rolle som vejviser for domstolene i et „jomfrueligt“ terræn. Opgaven for en almen grundrettigheds lære bliver at opstille generelle grundsætninger for domstolenes fortolkning af grundrettigheder.² Med signaler om en mere aktiv rolle for danske domstole i grundrettighedsbeskyttelsen er behovet for en teoretisk problematisering af grundrettighedsfortolkningen blevet særlig aktuelt. Det er ikke ønskeligt, at grundrettighedsbeskyttelsen alene udvikles fra sag til sag. Grundrettighedspraksis bør udvikles på grundlag af principielle overvejelser, da dette er en forudsætning for en konsistent praksis med en indre normativ sammenhæng.

Hidtidig dansk litteratur om grundrettighedsfortolkning og -kontrol er ret sparsom og rummer kun i begrænset omfang mere generelle, systematiske overvejelser.³

I de traditionelle forfatningsretlige lærebøger findes kun spredte tilløb til mere almene overvejelser om grundrettighedernes funktion og principperne for deres fortolkning. Henrik Zahles fremstilling af dansk forfatningsret er en undtagelse. Zahle redegør i indledningen af tredje bind om Menneskerettigheder (1997) – med inspiration fra navnlig tysk ret – for nogle af grundrettighedsfortolkningens tværgående problemstillinger. Dette er et væsentligt initiativ og en første ansats herhjemme til en almen grundrettigheds lære. Behandlingen er dog ret kortfattet og tjener – ved

1. Tamm, *Domstolene som Statsmagt*, UfR 1997 B, side 87ff.

2. Jf. Stern: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte* i Isensee og Kirchhof (udg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V: *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1992, § 109, side 63ff.

3. Senest har Zahle efterlyst en mere udbygget dansk grundrettigheds lære i *Er domstolenes grundlovsprøvelse en effektiv individbeskyttelse?*, Jussens Venner 1998, side 37-55 (48).

alene at skitsere de generelle spørgsmål – primært som optakt til den efterfølgende dogmatiske fremstilling. Der findes i dansk forfatningsretlig litteratur enkelte monografier, som mere indgående beskæftiger sig med grundrettighedsfortolkning og -kontrol.⁴ Hertil kommer spredte afhandlinger og artikler om den generelle grundrettighedsfortolknings- og prøvelsesproblematik. Sådanne artikler er blevet hyppigere i de senere år.⁵

Det er vel betegnende, at det til dato mest omfangsrige bidrag til en dansk grundrettighedslære er tyskeren René Grallas værk *Der Grundrechtsschutz in Dänemark* (1987).⁶

Sparsomheden af dansk grundretlig teori må utvivlsomt i første række tilskrives grundrettighedskontrollens ringe betydning i hidtidig retspraksis. Dansk retsvidenskab er i kraft af den realistiske tradition tæt knyttet til det praktiske retsliv. I det praktiske retsliv har grundrettigheder ført en skyggetilværelse, hvilket ikke har ansporet til en teoriudvikling på dansk grund. Debatten om grundrettigheder og forfatningskontrol har undertiden været domineret af slagordsagtige fanfarer som „ingen over eller ved siden af Folketinget“ eller omvendt „nu må domstolene tage Grundloven alvorligt“.

En yderligere årsag er formentlig den pragmatiske tradition i dansk retsvidenskab. Dansk retsvidenskab er fremmed for den, undertiden overdrevne, begrebsjurisprudens, som f.eks. dyrkes i tysk retsvidenskab. Bag

4. Se navnlig Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947; Germer, *Ytringsfrihedens Væsen*, 1973; Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv*, 1990.

5. Se f.eks. Bent Christensen, *Domstolene og Lovgivningsmagten*, UfR 1990 B, side 73ff; Henning Koch, *Domstolenes prøvelsesret* i Blume m.fl. (red.), *Liv, arbejde og forvaltning*, 1995, side 225ff; Torben Jensen, *Domstolskontrol med grundrettigheder*, UfR 1995 B, side 241ff; Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder: sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner* i Kjærum m.fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder*, 1997, side 361ff; Zahle, *Er domstolenes grundlovsprøvelse en effektiv individbeskyttelse?*, Jussens Venner 1998, side 37ff; Torben Jensen, *Højesteret og Retsplejen (Kontrollen med overholdelse af grundrettigheder)*, 1999, side 233ff.

6. Gralla tager her fat på centrale problemer i grundrettighedsfortolkningen. Han sammenholder dansk forfatningsretlig teori og praksis med tysk forfatningsret og efterlyser på denne baggrund en mere fri og dynamisk fortolkning i dansk ret. Gralla konkluderer dog, at skønt dansk teori ikke er nær så udviklet som den tyske, genfindes de samme tankemønstre i dansk ret. En central pointe er også, at den faktiske grundrettighedsbeskyttelse i Danmark i kraft af den almindelige lovgivning er mindst ligeså god som den tyske, hvorfor der reelt ikke er større behov for en styrkelse af grundrettighedskontrollen.

mange af de begreber og teorier, som behandles i denne afhandling, ligger imidlertid tanker, som utvivlsomt er levende i dansk forfatningsretlig tænkning. Men den pragmatiske tradition har medført, at disse overvejelser ikke i videre omfang er blevet begrebsliggjort og struktureret. Den nuværende mangelfulde grundretlige teori er lige så lidt ønskelig som en overdreven grundretlig begrebsjurisprudens.

Denne afhandling er et bidrag til den grundretlige teoridannelse i Danmark. Den analyserer nogle af grundrettighedsfortolkningens centrale – og for dansk ret relevante – problemstillinger og formulerer løsningsforslag i lyset af udenlandsk teori og praksis.

Afhandlingen søger at behandle grundrettighedsfortolkningen “hele vejen rundt” – herunder såvel dens materiel-metodiske aspekter som magtfordelingsaspekter. Den generelle tilgang giver afhandlingen en bredere og mindre detailorienteret karakter end mange afhandlinger. Men heri ligger netop udfordringen; og også det praktiske retsliv kan have behov for bredere tilgange fra retsvidenskabens side.⁷

Som led i den generelle grundrettighedsteoretiske fremstilling – og med baggrund heri – foretages en kritisk og fremadrettet analyse af grundrettighedsfortolkning og -kontrol i hidtidig dansk retspraksis og teori. Analysen søger at klargøre de underliggende mønstre og dogmatiske figurer i den pragmatiske og spredte danske grundrettighedspraksis og -teori og at spore eventuelle udviklingstendenser. Samtidig kritiseres dele af hidtidig dansk retspraksis og teori. Dele af den kritiske analyse af dansk ret har derfor, hvad man traditionelt betegner som retspolitik karakter (de sententia ferenda).

Afhandlingen sigter mod formulering af en almen grundrettigheds-lære og dermed *ikke* mod en dogmatisk nyfortolkning af enkelte grundrettigheder i den danske forfatning.

Afhandlingen tager for så vidt angår domstolskontrollen med lovgivningsmagten udgangspunkt i den eksisterende danske ordning, hvorefter de almindelige domstole – i praksis navnlig Højesteret – har kompetence til at foretage en efterfølgende forfatningskontrol med vedtagne love. Spørgsmålene om forudgående prøvelse (lovråd) contra efterfølgende prøvelse (domstole) og om fordele og ulemper ved en fremtidig etablering af en egentlig – politisk udnævnt – forfatningsdomstol i Danmark

7. Jf. Zahle, *Retsdogmatik og retskritik* i Basse (red.), *Regulering og Styling I*, 1989, side 48f.

gøres derfor ikke til genstand for mere indgående drøftelse i afhandlingen. Dog rummer de afsluttende bemærkninger en kort kommentar til spørgsmålet om en dansk forfatningsdomstol.

4. Nærmere om afhandlingens problemstilling

Afhandlingen behandler grundrettighedsproblematikken i sin helhed – såvel det generelle spørgsmål om fortolkningsstrategi, -metoder og -principper som magtfordelingsspørgsmålet om grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol i forhold til lovgivningsmagten.

Grundrettighedsbeskyttelsens omfang beror i sidste ende på grundrettighedernes fortolkning. Uanset om forfatningen rummer et moderne og udbygget katalog af grundrettigheder eller en mere forældet og rudimentær opregning af rettigheder, bliver grundrettigheder først til konkrete og reelle forfatningsgarantier for individet gennem domstolenes selvstændige fortolkning og effektive håndhævelse af rettighederne.

Grundrettighedsfortolkning er imidlertid kompleks, fordi grundrettighedsfortolkning i særlig grad rummer både et *materielt-metodisk* aspekt – fortolkningens generelle strategi, metoder og principper – og et *institutionelt-kompetencefordelingsmæssigt* aspekt – i hvilket omfang er domstolene egnet og demokratisk legitimeret til at sætte sin egen fortolkning over lovgivningsmagten.⁸

Grundrettighedsfortolkningens materiel-metodiske aspekt angår de generelle spørgsmål om strategi og principper for fortolkning af grundrettigheder, herunder valg og vægtning af fortolkningsmetoder.

Grundrettighedsfortolkningens institutionelle kompetencefordelingsaspekt (magtfordeling) angår grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol under hensyn til den forfatningsretlige kompetencefordeling. Dette aspekt vedrører navnlig hensynet til balancen mellem domstole og lovgivningsmagt – herunder hensynet til parlamentets demokratiske mandat – som bliver aktuelt ved grundrettighedskontrol med love.

En restriktiv holdning til grundrettighedsbeskyttelse og -kontrol ved domstolene beror ofte på en kombination af en retspositivistisk fortolkningstradition, hvorefter domstolene så vidt muligt bør undgå ved selvstændig og dynamisk fortolkning af brede bestemmelser at „skabe ret“

8. Se herhjemme allerede Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947, side 7.

(grundrettighedsfortolkning er politisk) og en forfatningsretlig demokrati- og magtfordelingstradition, hvorefter det folkevalgte parlaments handlefrihed så vidt muligt bør være ubegrænset (domstolene mangler demokratisk mandat). Denne kombination fører til standpunktet om, at ikke-folkevalgte dommere ikke bør sætte egne politiske vurderinger over det folkevalgte parlaments vurderinger.

Undertiden er grundrettighedsproblematikken i teorien enten blevet behandlet ud fra det materiel-metodiske aspekt (strategier, metoder og principper for forfatnings- og rettighedsfortolkning) eller ud fra det institutionelle kompetencefordelingsaspekt (grænserne for domstolenes kompetence til at prøve loves forfatningsmæssighed). Navnlig kompetencefordelingsaspektet har tiltrukket sig opmærksomhed.

Denne afhandling behandler imidlertid begge aspekter af grundrettighedsfortolkningen. Det sker ud fra den opfattelse, at der mellem det materiel-metodiske aspekt og det institutionelle kompetencefordelingsaspekt er en nøje indbyrdes sammenhæng. En ekspansiv fortolkningsstrategi har implikationer for omfanget af domstolenes kontrol med lovgivningsmagten. Omvendt har en doktrin om domstolsaktivisme i kontrollen med lovgivningsmagten ikke meget potentiale, hvis fortolkningsstrategien er restriktiv.

Da imidlertid det institutionelle kompetencefordelingsaspekt (magtfordelingshensynet) har særlig betydning for grundrettighedskontrollen med lovgivningsmagten, og doktrinen om domstolenes prøvelsesret samtidig har en egen selvstændig tradition, foretages i afhandlingen en systematisk adskillelse af spørgsmålet om grundrettighedsfortolkningen som generel problemstilling – strategi, metoder og principper (Del II) og det mere afgrænsede spørgsmål om grundrettighedskontrollen med lovgivningsmagten (Del III).

5. Nogle principielle udgangspunkter

Som udgangspunkt for afhandlingen har jeg navnlig haft tre principielle standpunkter til domstolenes grundrettighedsfortolkning og -kontrol:

En mere fri, selvstændig og dynamisk fortolkningsstrategi

Det er ikke bare nødvendigt, men også ønskeligt, at domstolene udvikler en reel grundrettighedsbeskyttelse i Danmark, som harmonerer med den europæiske retsudvikling. Den traditionelle positivistiske, moralskeptiske op-

fattelse af retten er ikke et frugtbart udgangspunkt for menneske- og grundrettighedsfortolkning. Grundrettighedsfortolkning må tage udgangspunkt i en mere fri og normativ fortolkningsstrategi. Samtidig bør domstolenes retsskabende funktion i den konkrete udlægning i videre omfang end hidtil anerkendes som legitim. Danske domstole bør være åbne for en mere selvstændig grundrettighedsfortolkning, der tillægger grundrettighedernes formål og ånd øget vægt på bekostning af formalistisk ordlydsfortolkning, og hvor dynamikken ikke primært fungerer som et knæfald for lovgiver, men også kan føre til en ekspansiv udvikling af rettighedsbeskyttelsen i lyset af rets- og samfundsudviklingen herhjemme og den internationale rettighedsudvikling. Grundrettigheder skal sikres reel betydning.

En balanceret grundrettighedskontrol

Grundrettighedsbeskyttelsen må udvikles i overensstemmelse med europæisk rettighedsudvikling, uden at der herved gives køb på grundlæggende og sunde danske demokratiske principper om respekt for Folketingets kompetence og folkelige mandat. Danske domstole bør fortsat respektere de grænser for grundrettighedskontrol med love, som er nødvendige under hensyn til forfatningsrettens kompetencefordeling mellem domstole og lovgivningsmagt – navnlig princippet om politisk flertalsstyre som forfatningens grundprincip. I nogle tilfælde er Folketinget både bedre egnet og mere demokratisk legitimeret end domstolene til at foretage den endelige vurdering af en lovs forfatningsmæssighed. En balanceret strategi for domstolsprøvelse må sikres.⁹

Mere udførlige domsbegrundelser

Hvis danske domstole vil anlægge en mere fri fortolkningsstrategi og i grundrettighedskontrollen påtage sig en mere aktiv forfatningsretlig rolle over for lovgivningsmagten, må dette modsvares af mere åbne, principielle og udførlige begrundelser for de konkrete grundretlige afgørelser,

9. Jeg er således på linje med Zahle (Jussens Venner 1998, side 55), som formulerer en mellemposition mellem den danske "juridiske, institutionelle tradition" og den "kategoriske menneskerettighedsideologi": "*Menneskerettighederne er blevet forsømt; vægten af den parlamentariske beslutningsproces og dermed flertallets legitime magt er overvurderet (...) Den judicielle aktivisme bør øges, men det må ske på den baggrund, at også den politiske beslutningsproces fungerer, og domstolene skal ikke overtage parlamentets plads.*"

end der har været tradition for. Begrundelseskravet må omfatte såvel de materielle principper og metodiske overvejelser bag fortolkningen som – i prøvelsessager – de overvejelser om den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver, som har haft indflydelse på resultatet. Også for en sådan konsistent og principiel begrundelsespraksis er en nogenlunde sammenhængende lære om grundrettighedsfortolkning og – kontrol en forudsætning.

6. To centrale begreber: „grundrettigheder“ og „legitimitet“

6.1 „Grundrettigheder“

I denne afhandling anvendes betegnelsen grundrettigheder om de af individets eller et mindretals rettigheder, som er sikret i forfatningen eller i internationale menneskerettighedskonventioner med en slags “quasi-forfatningsretlig” status eller med forfatningsretlig relevans.

„Grundrettigheder“ – *begrebets oprindelse og udbredelse*. Begrebet „grundrettigheder“ stammer fra tysk forfatningsret – som betegnelse for individets forfatningssikrede rettigheder. Betegnelsen “Grundrechte” optræder første gang i udkastet til Pauls Kirche-forfatningen fra 1848, som dog aldrig trådte i kraft. I Weimarforfatningen fra 1919 optoges tilsvarende et sæt af grundrettigheder. Disse grundrettigheder fik dog ingen større betydning, da lovgivers adgang til at gøre indgreb i rettighederne var uindskrænket. Betegnelsen „Grundrechte“ genfindes i den gældende tyske grundlov fra 1949 og er nu fast indarbejdet i tysk forfatningsret, hvor grundrettighederne har central betydning også for lovgivers kompetence.¹⁰

Betegnelsen har bredt sig til andre retssystemer. Således anvendes betegnelsen „grundrettigheder“ også om fællesskabsrettens uskrevne rettigheder, som anerkendes med traktatsrang. Oprindeligt udviklet af EF-domstolen er fællesskabsrettens grundrettigheder nu blevet traktatfæstet. I Amsterdam Traktaten (1998), Artikel 6, stk. 2, fastslås, at Unionen respekterer de “grundlæggende rettigheder”, som anerkendes i EMRK og i medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner. Betegnelsen

10. Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, i Isensee og Kirchhof (udg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, *Allgemeine Grundrechtslehren*, 1992, § 108, side 34.

grundlæggende rettigheder er i øvrigt velkendt – i anglo-amerikansk ret tales om “basic rights”, i fransk forfatningsret om “droits fondamentaux”.

I dansk forfatningsret er grundrettigheder et ret nyt begreb, som dog måske er på vej til at vinde fodfæste.¹¹

“Grundrettigheder” og “andre rettigheder”. Grundrettigheder kan bredt forstås som grundlæggende rettigheder. Som nævnt afgrænses grundrettigheder i denne afhandling som et i udgangspunktet forfatningsretligt begreb – forfatningssikrede rettigheder, samt internationale menneskerettigheder med tilnærmelsesvis samme status. Afgørende for at betegne en rettighed som grundrettighed bliver normens status i retsordenen. Dette statusperspektiv står i modsætning til et materielt perspektiv på begrebet grundrettigheder – hvilke rettigheder er efter deres indhold grundlæggende.¹²

Fordelen ved en afgrænsning af grundrettighedsbegrebet ud fra et statusperspektiv er – foruden overensstemmelse med begrebets oprindelse – dels en relativ klarhed over begrebets indhold, dels de umiddelbare retsvirkninger, som herefter knytter sig til grundrettighedsbegrebet, også for lovgivningsmagten. Hvis grundrettigheder afgrænses snævert som forfatningsikrede rettigheder, omfatter begrebet alene de rettigheder for individet/gruppen, som forfatningsretligt er bindende også for lovgiver og som sådan undergivet domstolenes forfatningskontrol.

Man kunne i stedet vælge et materielt perspektiv på grundrettighedsbegrebet. Man må da søge at afgrænse – med Nordskov Nielsens ord – de “rettigheder, som vi efter vore kulturnormer eller vort menneskesyn anser for nødvendige forudsætninger for et værdigt menneskeliv i en demokratisk livsform.”¹³ En sådan bredere afgrænsning af begrebet, som efter omstændighederne også kan omfatte rettigheder i den almindelige lovgivning, kan

11. Traditionelt anvendes begrebet “frihedsrettigheder” om rettighederne i Grundlovens kapitel VII og VIII (begrebet dækker dog ikke de positive rettigheder). I lyset af den internationale udvikling er begrebet “menneskerettigheder” blevet mere almindeligt. Tredje bind af Zahles Dansk forfatningsret bærer denne titel. Nordskov Nielsen bruger begreberne grundrettigheder og menneskerettigheder parallelt (*Nutidig udformning af grundrettighederne* i Helveg Petersen (red.), På Sporet af den nye Grundlov, 1992, side 42f). Torben Jensen bruger grundrettigheder som samlebetegnelse for rettigheder efter Grundloven, EMRK og fællesskabsretten (UfR 1995 B, side 241ff; Højesteret og Retsplejen, 1999, side 233ff).

12. Se nærmere herom Rytter, *Grundrettigheder – nogle almene betragtninger* i Blume (red.), *Grundrettigheder*, Årsskrift 1999 fra Retsvidenskabeligt Institut B, 2000, side 1ff.

13. Jf. Nordskov Nielsen, 1992, side 43.

alene ske ud fra et materielt kriterium om rettighedens grundlæggende karakter. En sådan afgrænsning er i sagens natur mindre præcis end en afgrænsning ud fra retskildebetragtninger og vil derfor være genstand for diskussion. I modsætning til statusperspektivet er der ikke umiddelbare retsvirkninger knyttet til grundrettighedsbegrebet, hvis det således defineres materielt. At betegne en lovsikret rettighed som grundrettighed afskærer ikke lovgiver fra at ophæve eller begrænse rettigheden.

„Grundrettigheder“ og „menneskerettigheder“. Som defineret ovenfor adskiller „grundrettigheder“ sig fra „menneskerettigheder“ ved deres forfatningsretlige eller dog tilnærmelsesvis forfatningsretlige status. Menneskerettigheder er i international terminologi – og vel også i den almindelige debat – den normale betegnelse for individets grundlæggende rettigheder. Når jeg har fundet begrebet grundrettigheder hensigtsmæssigt, er det for hermed at tydeliggøre den principielle sondring mellem internationale menneskerettigheder og grundrettigheder i national ret.

“Grundrettigheder“ og „menneskerettigheder“ har imidlertid samme formål: at sikre individets fundamentale krav på frihed og værdighed, navnlig vis-à-vis statsmagten. Idéhistorisk har både grundrettigheder og internationale menneskerettigheder udspring i naturretlig menneskeretsfilosofi. Indholdsmæssigt er der også i vidt omfang sammenfald mellem det klassiske menneskerettighedsbegreb og grundrettighedsbegrebet. Grundrettighedsbegrebet kan derfor ikke forstås uafhængigt af menneskerettighedsideen. Men hvor menneskerettighedsbegrebet ideologisk er knyttet til et overpositivt, naturretligt gyldighedsbegreb, er grundrettigheder typisk udtryk for en positivisering af lignende normer i en national forfatning.¹⁴

Forfatningsretlig status, “quasi-forfatningsretlig status” og “forfatningsretlig relevans”. En norms forfatningsretlige status må bero på normens faktiske gennemslagskraft i retssystemet. Forfatningsretlig status har rettighedsnormer, som – hvad enten de er skrevne eller uskrevne, nationale eller internationale – må antages i national retspraksis at rangere over den almindelige lovgivnings regler. I grundrettighedsbegrebet inddrages dog også rettighedsnormer, som vel ikke har forfatningsretlige status, men som har en slags “quasi-forfatningsretlig” status, fordi de i normale tilfælde rangerer over lovgivningen, samt normer, som har “forfatningsretlig relevans”, fordi de inddrages ved fortolkningen af forfatningens grund-

14. Stern, *Idee der Menschenrechte ...*, 1992, side 35.

rettigheder. Dermed bliver det muligt også at inddrage betydningen af de fundamentale internationale menneskerettigheder (navnlig EMRK).¹⁵

Hvilke forfatningsnormer er grundrettigheder? Grundrettigheder er de forfatningsnormer, som efter deres formål og funktion tjener til beskyttelse af individet eller et mindretal. Det kan således for det første ikke kræves, at normen systematisk er placeret i forfatningens rettighedskapitel. Også andre forfatningsnormer kan tilkendes grundrettighedskarakter, såfremt et bærende hensyn bag normen er hensynet til individbeskyttelse. For det andet kan grundrettighedsbegrebet ikke uden videre anses udtømt med den skrevne forfatning. Også uskrevne forfatningsretlige grundsætninger med grundretlig funktion er grundrettigheder. For det tredje kan også internationale menneskerettigheder tilkendes grundrettighedskarakter, såfremt de nyder forfatningsretlig eller “quasi-forfatningsretlig” status i national ret eller dog er forfatningsretligt relevante, idet de inddrages ved fortolkningen af forfatningens grundrettigheder.

Rettigheder. Ved rettigheder forstås ikke kun ubetingede retspositioner, men også retlige principper om individ- eller mindretalsbeskyttelse. Nogle grundrettigheder har et så konkret og præcist indhold, at individet eller et mindretal uden videre kan støtte ret på grundrettigheden. Som oftest har grundrettigheder dog karakter af generelt formulerede principper, hvis omfang må bestemmes konkret i forhold til de modstående hensyn. Også sådanne principper omfattes af begrebet grundrettigheder.

6.2 „Legitimitet“

Begrebet legitimitet har en multidisciplinær karakter, hvori indgår moralfilosofiske, politiske og almene retlige principper. Legitimitet er i princippet altid et spørgsmål om grader og om bedømmelse og kan måske oversættes med acceptabilitet, mens legalitet i princippet er et spørgsmål om enten-eller, som kan fastslås autoritativt.

Legitimitetsbegrebet står centralt i spørgsmålet om grundrettighedskontrol.¹⁶ Legitimitetsbegrebet har både forfatningsretlige og -politiske implikationer. Begrebet anvendes i debatten om domstolenes adgang til at prøve loves overensstemmelse med forfatningen og grænserne for denne

15. Se nærmere nedenfor kapitel 4, afsnit 4.

16. Se også Eivind Smith, *The legitimacy of judicial review of legislation* i Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, 1995, side 363ff; Rønsholdt, *Nogle spørgsmål om domstolskontrol med lovgivningsmagten* i Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B 1996, 1997, side 44ff.

prøvelsesret (prøvelsesrettens legitimitet). Begrebet kan imidlertid også knytte sig til grundrettighedskontrol som en positiv betingelse for statsmagtens retfærdiggørelse som demokratisk retsstat (statsmagtens legitimitet).

En præcisering af legitimitetsbegrebet kan for det første ske ved at sondre mellem prøvelsesrettens *formelle* og *materielle* legitimitet.

Formel legitimitet indebærer et krav om, at domstolenes prøvelsesret skal have hjemmel – i den skrevne forfatning eller i en retssædvane.

Materiel legitimitet vedrører prøvelsesrettens omfang – hvor langt skal og kan domstolene gå i deres efterprøvelse af loves forfatningsmæssighed.

Prøvelsesrettens materielle legitimitet har endvidere både en *positiv* og en *negativ* side.

Positivt kan prøvelsesrettens materielle legitimitet defineres som det omfang, grundrettighedskontrollen må have for at kunne retfærdiggøre statsmagten som en demokratisk retsstatslig orden. Den positive side af legitimitetsproblemet er central for hele grundrettighedstanken: Domstolenes grundrettighedskontrol har en legitimerende funktion i forhold til den politiske magt og for retssystemet som helhed.

Negativt kan prøvelsesrettens materielle legitimitet defineres som de grænser for grundrettighedskontrollens omfang, der udledes af forfatningens kompetencefordeling mellem domstole og lovgivningsmagt – herunder navnlig hensynet til respekt for parlamentets demokratiske mandat.

I afhandlingen inddrages legitimitetsovervejelser ved formulering af retningslinjer for de forfatningsretlige grænser for domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningsmagten. Legalitet og legitimitet skal altså bringes til at mødes.

7. Komparativ metode

Komparative studier spiller en vigtig rolle i afhandlingen. Afhandlingens bidrag til en almen dansk grundrettighedslære baseres på studier af udenlandsk grundrettighedsteori og – praksis.

7.1 Komparative retsstudier – særligt grundrettighedsstudier

Komparation er almindeligt anerkendt som en relevant metode i retsvidenskabeligt arbejde.¹⁷ Retsvidenskabelig komparation er dog langt fra

17. Jeg har til det følgende ladet mig inspirere af Annette Storgaards kapitel om komparativ ret, som indleder hendes afhandling *Alternativer til frihedsstraf i tre europæiske lande*, 1987, side 15-74.

uproblematisk. Ethvert retssystem udspringer af og fungerer i en bestemt historisk, politisk, økonomisk og socio-kulturel sammenhæng, som i større eller mindre grad afviger fra andre retssystemers. Man må derfor ved komparative retsvidenskabelige studier generelt være forsigtig med kritikløst at “transplantere” traditioner og løsninger fra et retssystem til et andet.

Hvor stor forsigtighed, der bør udvises, afhænger også af retsområdet. Nogle retsområder er i højere grad end andre knyttet til det enkelte retssystems særegenheder og dermed til dette samfunds særlige historiske, politiske og kulturelle forudsætninger.¹⁸ Komparative studier på forfatningsrettens område forekommer da umiddelbart at være et problematisk forehavende. Forfatningsretten befinder sig i hjertet af ethvert stats- og retssamfund – i en gråzone mellem ret og politik, hvor regler og praksis i særlig grad er formet af nationale historiske, politiske og kulturelle faktorer.

Den almindelige tendens til internationalisering og gensidig påvirkning – særligt i Europa – er imidlertid også nået til forfatningsretten, hvilket i sig selv i stigende grad gør komparative forfatningsretlige studier relevante.¹⁹

Særligt når det gælder grundrettigheder, er relevansen af komparative studier åbenbar. Grundrettigheder er ikke i samme grad som regler om statsorganernes organisation og opgavefordeling nationalt forankret.²⁰ Den generelle tendens i Europa til en styrkelse af domstolenes kontrol med menneskerettigheder har et fælles udspring i den internationale udvikling af menneskerettigheder efter anden verdenskrig. Dette har medført, at der i stigende grad tegner sig konturerne af en fælles-europæisk standard for fortolkning af og kontrol med grundrettigheder.²¹

18. Komparative studier anvendes ofte i privatretten, mens man traditionelt har anset komparation for mindre frugtbar i den offentlige ret, jf. Nergelius, *Konstitutionellt rättighetsskydd*, 1996, side 46.

19. Jf. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, side 261ff (267), hvor komparativ forfatningsret omtales som en supplerende fortolkningsmetode.

20. Jf. Starck, *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung* i *Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, Vol. 47, 1990, side 24.

21. Se nærmere nedenfor kapitel 2.

Jeg kan derfor tilslutte mig, hvad amerikaneren Donald Kommers skriver om værdien af komparative studier på forfatningskontrollens område: *“Because of the rapid worldwide spread of judicial review since 1945 (...) judicially created constitutional doctrine is ripe for comparative study and analysis. The comparative perspective promises to enrich our understanding of constitutionalism generally and thus provide the basis for a rethinking of our own constitutional values and practices. At the level of theory, the comparative approach to constitutional law can be a search for principles of justice and political obligation that transcend the culture bound opinions and conventions of a particular legal community. Equally important at a more practical level, judges and litigators entrusted with the resolution of difficult problems of governance, particularly in drawing the boundary between private rights and public power, are very likely to benefit from the opinions of constitutional tribunals operating in other countries with different political and legal traditions but with an equally strong commitment to constitutionalism and democracy.”*²²

7.2 Komparative studier som inspiration og illustration

Komparative studier har i afhandlingen primært en „hjælpfunktion“. Der argumenteres ikke for at „transplantere“ et andet retssystems grundrettighedsdoktrin til dansk forfatningsret.

For det første skal de komparative studier tjene som inspiration ved formuleringen af en almen grundrettighedslære og til illustration af denne læres praktiske konsekvenser. Dermed kan de komparative studier inspirere til en fremtidig udvikling af grundrettighedsbeskyttelsen i Danmark.

For det andet kan de komparative studier bidrage til en ny ramme for forståelsen af hidtidig dansk retspraksis og teori. Principperne og tankefigurerne i den udenlandske grundrettighedsfortolkning og -kontrol kan få dansk ret til at fremstå i et nyt lys.

Derfor inddrages udenlandsk teori og praksis alene i det omfang, den har relevans for formuleringen af en moderne dansk grundrettighedslære. Der gives ingen „Länderberichte“ om grundrettighedernes stilling i det enkelte retssystem. Den retsdogmatiske og -politiske værdi af sådanne deskriptive fremstillinger er ofte tvivlsom. Afhandlingen er struktureret efter de principielle problemstillinger, som har relevans for en dansk grundrettighedslære. Det komparative materiale er underordnet denne systematik.

22. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1989, Preface, side xii (bogen er i 1997 udkommet i en revideret anden udgave).

8. Valg af komparativt materiale

I det følgende begrundes mit valg og min vægtning af udenlandsk grundrettighedsteori henholdsvis udenlandsk grundrettighedspraksis.

8.1 Udenlandsk grundrettighedsteori

Den mest omfattende og indflydelsesrige teori om grundrettighedskontrol findes i USA og Tyskland. Jeg har valgt overvejende at fokusere på tysk grundrettighedsteori, samt i mere begrænset omfang på amerikansk og norsk teori.

Tysk teori indtager en dominerende rolle i afhandlingen. Det skyldes tysk forfatningsrets centrale placering i europæisk rettighedsudvikling og kvaliteten af tysk teori. Tysk forfatningsteori indtager en dominerende stilling som inspirationskilde i den komparative europæiske forfatningsret – navnlig på grundrettighedsområdet.²³ Dette skyldes ikke mindst, at den tyske forfatningsdomstol – sammen med EMD – har været en dominerende faktor i efterkrigstidens europæiske grundrettighedsudvikling.²⁴ Men også kvaliteten af den tyske grundrettighedsteori har utvivlsomt medvirket til dens førende position. Den tyske grundrettighedsdogmatik er bygget op om et ret ensartet begrebs- og teoriapparat; og det akademiske niveau er gennemgående højt.²⁵

Amerikansk teori inddrages i forbindelse med spørgsmålet om grundrettighedskontrollens grænser i forhold til lovgivningsmagten. Den amerikanske forfatningsretlige teori herom har haft stor betydning, også for europæisk forfatningsret.

Norsk teori inddrages i begrænset omfang, og navnlig i forbindelse med spørgsmålet om grundrettighedskontrollens grænser over for lovgiv-

23. Jf. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, side 272.

24. Se herom nedenfor kapitel 2.

25. Dele af tysk grundrettighedsteori kan dog med danske øjne utvivlsomt forekomme for teoretiserende. Tysk teori driver undertiden begrebsjurisprudensen så vidt, at man aldrig synes at nå frem til essensen, eller systematiserer problemstillingen så pedantisk, at problemet forsvinder ud af syne. Eksempelvis rummer Klaus Sterns *Staatsrecht* to bind om "Allgemeine Lehren der Grundrechte" (Band I, 1988 og Band II, 1992) på i alt 3500 sider; Kirchhof og Isenhees *Handbuch des Staatsrechts* har et tykt bind om "Allgemeine Grundrechtslehren" (Band V, 1992) på omtrent 1300 sider.

ningsmagten, fordi den norske retstilstand her har særlig interesse fra et dansk synspunkt som følge af forfatningssystemernes relative sammenlignelighed.

8.2 Udenlandsk grundrettighedspraksis

Den inddragne grundrettighedspraksis må hidrøre fra retssystemer, som er rimeligt sammenlignelige med Danmark, eller fra kontrolorganer, som direkte eller indirekte har indflydelse på grundrettighedsbeskyttelsen i dansk ret. I denne afhandling inddrages grundrettighedspraksis fra Tysklands forfatningsdomstol, samt – i et mindre omfang – fra Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol og Norges Høyesterett.

Tysklands forfatningsdomstol (Bundesverfassungsgericht, herefter BVerfG). BVerfGs grundrettighedspraksis er interessant, fordi BVerfG har været og er et „forbillede“ i den europæiske forfatningskontrols udvikling. Forfatningsdomstolens praksis har – ikke mindst hvad angår fortolkningsprincipper og argumentationsform – haft central betydning som inspirationskilde for såvel Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol som nationale europæiske forfatningsdomstole.²⁶ BVerfGs utvivlsomt stærke indflydelse på Menneskerettighedsdomstolens praksis gør BVerfG særligt interessant for Danmark, idet Menneskerettighedsdomstolens praksis folkeretligt forpligter Danmark og er en del af dansk ret. BVerfGs centrale rolle skyldes ikke mindst, at BVerfGs praksis er veludviklet og, at dens afgørelser begrundes med principielle argumenter. Til BVerfGs praksis knytter sig en omfattende forfatningsretlig teoridannelse, udviklet i tæt – ofte kritisk – dialog med BVerfG.

BVerfGs grundrettighedspraksis inddrages både i forbindelse med spørgsmålet om grundrettighedsfortolkning generelt og spørgsmålet om prøvelsesrettens grænser i forhold til lovgivningsmagten.

Særligt hvad angår prøvelsesrettens grænser, må forsigtighed dog udvises med at overføre konkrete resultater til dansk ret, navnlig fordi BVerfG i modsætning til Højesteret har et politisk mandat. Kompetencefordelingen mellem domstole og lovgivningsmagt er en anden i Danmark end i Tyskland. For det første fordi prøvelsesretten i Danmark ligger hos de almindelige domstole, som udnævnes uafhængig af politiske standpunkter, mens BVerfGs dommere udnævnes af et parlamentsudvalg. For det andet fordi en

26. Se nærmere nedenfor kapitel 2.

omfattende prøvelsesret i Tyskland er fastlagt i forfatningen. For det tredje fordi demokratiet i Tyskland har en anden – langt mere dramatisk og traumatisk – historie end i Danmark, hvor udviklingen siden systemskiftet har været præget af kontinuitet og stabilitet. Ikke desto mindre kan BVerfGs praksis bruges til at identificere de problemfelter og hensyn, som gør sig gældende. Endvidere må de grænser for prøvelse, som anerkendes i tysk ret, antages at gælde *a fortiori* i dansk forfatningsret.

Norges Høyesterett. I udgangspunktet for grundrettighedsfortolkningen er der en sammenlignelig situation i forhold til Danmark. Den norske grundlov er som den danske gammel og har et noget forældet og kortfattet rettighedskatalog. Norges Høyesteretts grundrettighedspraksis er dog navnlig interessant, fordi forfatningsprøvelsen med love i Norge – i modsætning til Danmark – længe har været været en levende realitet, skønt de forfatningsretlige forudsætninger for prøvelsesretten i vidt omfang er sammenlignelige med de danske. Norges Høyesterett har endvidere – i modsætning til Højesteret – tradition for udførlige, principielle begrundelser.

Også i Norge ligger prøvelsesretten hos de almindelige domstole – i praksis navnlig Høyesterett – og har grundlag i en dommerskabt sædvane. Høyesterett udnævnes som vor Højesteret ikke politisk, men er reelt selvsupplerende. Norge har demokratiske traditioner, som er sammenlignelige med Danmarks. En vigtig forskel til Danmark er dog, at adgangen til at omgøre et uønsket prøvelsesresultat ved grundlovsændring er lettere efter den norske grundlov end efter Grundlovens § 88. Efter Grunnlovens § 112 kræves alene, at forslaget – efter mellemkommende nyvalg – vedtages med to tredjedele flertal i Stortinget. Samtidig fastslår Grunnlovens § 112 dog, at ingen grundlovsændring må stride mod Grunnlovens principper og ånd, hvilken begrænsning dog ikke antages i praksis at sætte materielle grænser for grundlovsændring. Stortinget har dog hidtil ikke brugt Grunnlovens § 112 til at omgøre resultatet af Høyesteretts lovprøvelse. Prøvelsesrettens traditionelt stærkere stilling i Norge kan herudover navnlig skyldes den historiske baggrund – Norge som en ny selvstændig stat fra 1814, den generelt stærkere orientering i norsk forfatningsret mod amerikansk forfatningsret, samt muligt også den traditionelt bredere rekruttering til Høyesterett.²⁷

27. Herom nærmere Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, navnlig side 47ff.

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol (EMD). EMDs praksis inddrages, fordi Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og EMDs praksis har stor og stigende betydning for rettighedsudviklingen i Europa. Danmark er folkeretligt bundet af EMRK, som siden 1992 også formelt er en del af dansk ret. EMDs principper for grundrettighedsfortolkning har derfor stor relevans for en dansk grundrettighedslære. Denne umiddelbare relevans af EMRK og EMDs praksis fungerer samtidig som „bindeled“ til den europæiske forfatningsretlige grundrettighedsudvikling. EMD lader sig i vidt omfang inspirere af de nationale (forfatnings)domstole – og i særdeleshed BVerfGs – rettighedspraksis.

9. Dansk højesteretspraksis – inddragelsen af voteringer

Til belysning af danske domstoles grundrettighedspraksis fokuseres navnlig på Højesterets praksis. Ved analysen af nogle centrale højesteretsafgørelser inddrages Højesterets votering forud for dommen. Voteringer har formelt ikke retskildeværdi. Men navnlig i lyset af danske domstoles meget beherskede tradition for domsbegrundelser, kan det være relevant at inddrage voteringerne for at se, om der her gemmer sig mere principielle overvejelser, som ikke har fundet udtryk i præmisserne.

KAPITEL 2

Baggrund: Sammenstødet mellem dansk retstradition og europæisk rettighedsudvikling

I dette kapitel undersøges først baggrunden for den traditionelle, for-sigtige linje i danske domstoles grundrettighedsfortolkning og -kontrol (*afsnit 1*). Herefter redegøres for den europæiske – internationale og nationale – rettighedsudvikling, som i stigende grad står i modsætning til dansk retstradition (*afsnit 2*). Endelig redegøres for de senere års opbrud i dansk ret i lyset af den europæiske rettighedsudvikling (*afsnit 3*).

1. Den danske tradition

Grundrettigheder har traditionelt spillet en meget begrænset rolle i dansk forfatningsret. Dette må antages at skyldes indflydelsen fra såvel en for-fatningsretlig demokrati- og magtfordelingstradition med hovedvægt på lovgivningsmagtens (Folketingets) handlefrihed som en overvejende retspositivistisk fortolkningstradition.

1.1 Magtfordelingstradition – parlamentets overherredømme

Der er en diskrepans mellem den danske – og fælleseuropæiske – *for-fatningsideologi*, hvor tanken om grundlæggende rettigheder som en nød-vendig del af demokratiet er fast forankret, og traditionen i dansk *forfat-ningsret*, hvor det folkevalgte parlament har haft status som den (næsten) suveræne statsmagt.

Dansk *forfatningsideologi* udspringer af fælleseuropæisk forfatnings-ideologi, hvorpå også Grundloven af 1849 hviler. Efter denne ideologi er konstitutionelt demokrati karakteriseret ved en balance mellem princip-pet om politisk flertalsstyre og grundlæggende retsgarantier for enkelt-

individer og mindretallet, som sikres ved magtfordelingsprincippet adskillelse af den lovgivende og dømmende magt.

Den danske forfatning har rødder i en fælleseuropæisk idé- og udviklingshistorie. Dens ideologiske grundlag skal søges i oplysningstidens naturretlige filosofi og frihedsrevolutionerne i Europa og Nordamerika i slutningen af 1700-tallet. Grundloven af 1849 må ses i denne europæiske sammenhæng. Konkret var formuleringen af Grundloven af 1849 inspireret af Belgiens forfatning fra 1830, og til dels Norges Grunnlov fra 1814. Men Grundlovens principper udspringer af den franske 1789-erklæring om borgerlige og menneskelige rettigheder og de nordamerikanske enkeltstaters forfatninger.²⁸ Hovedsagen i 1849 var etableringen af folkestyre. Kravet om forfatnings-sikrede frihedsrettigheder var dog ifølge Poul Andersen ligeså stærkt som kravet om folkestyre.²⁹ Som sine europæiske og amerikanske forbilleder etablerede Grundloven af 1849 derfor et konstitutionelt demokrati med bestemmelser om folkestyre, magtfordeling og rettigheder.³⁰

Traditionen i dansk forfatningsret svarer imidlertid ikke helt til denne forfatningsideologi. Det, som karakteriserer den danske forfatningsretlige tradition, er det folkevalgte parlaments fortrinsstilling og i overensstemmelse hermed en tilbagetrukken forfatningsretlig rolle for domstolene – navnlig i kontrollen med lovgivningsmagten.

Den forfatningsretlige tradition kan til dels forklares historisk. Danmark har – i sammenligning med mange andre europæiske lande – haft en stabil og fredelig demokratisk udvikling fra 1849 og frem til i dag. Den politiske kultur har været præget af konsensus og brede kompromiser. Mere omfattende anslag mod individets frihed og retssikkerhed hører til de sjældne undtagelser – i dette århundrede besættelsestiden og retsopgøret efter besættelsen – og er næppe forekommet under normale forhold.

28. Se Kristian Hvidt, *Grundlovens baggrund og historie* i Zahle (red.), *Danmarks Riges Grundlov*, 1999, side 1ff; Thygesen, *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Dänemark*, EuGRZ 1978, side 439; Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 1954, side 587ff.

29. Poul Andersen, *Dansk Statsforfatningsret*, 1954, side 587.

30. Den internationale kontekst havde også betydning ved grundlovsrevisionen i 1953. Ændringerne i Grundlovens rettigheder skete bl.a. i lyset af FN's Verdenserklæring om Menneskerettigheder (1948) og Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (1950), jf. Thygesen, EuGRZ 1978, side 438.

Grundrettighedskontrollens ringe betydning må dog også ses i lyset af den traditionelle opfattelse af demokrati og magtfordeling: Parlamentets overherredømme som det fundamentale i en demokratisk forfatning, kombineret med en tidligere udbredt modstand i såvel politiske som juridiske kredse mod at give domstolene en forfatningsretlig rolle som individets garant mod lovgivningsmagtens krænkelse af forfatningen.³¹

I Danmark har det siden parlamentarismens indførelse øjensynlig været den dominerende opfattelse, at parlamentets handlefrihed i det store og hele bør være ubegrænset.

Domstolenes kompetence til at prøve loves grundlovmæssighed – som blev fastslået af Højesteret i 1920–21 og siden er blevet almindeligt anerkendt – indebærer vel et principielt brud med denne opfattelse. Domstolene har imidlertid traditionelt udvist udstrakt tilbageholdenhed i udøvelsen af prøvelsesretten. Det har medført, at lovgivningsmagtens overhøjhed fremstår som stort set uantastet i dansk forfatningsret i dette århundrede. Indtil Højesterets “Tvind-dom” i 1999 havde domstolene aldrig ved endelig dom tilsidesat en lov som stridende mod Grundloven.

Hovedargumentet for domstolenes tilbagetrukne forfatningsretlige rolle har været respekten for princippet om flertalsstyre. Folketinget har som politisk organ i kraft af folketingsvalgene et folkeligt mandat, som domstolene mangler, og har derfor en særlig legitimation til at fortolke forfatningen. Hensynet til Folketingets særlige stilling fremhæves som en retningslinje, der tilsiger, at der „skal meget til“, før domstolene underkender lovgivningsmagten. Domstolen bør generelt undgå denne konflikt bortset fra ekstraordinære situationer, hvor lovgiver åbenbart tilsidesætter Grundloven. Prøvelsesretten har således mere været betragtet som en „nødbremse“ end som et naturligt led i den forfatningsretlige magtbalancestruktur.³²

Daværende højesteretsdommer Munch konkluderede i 1989 om prøvelsesretten: *„Højesteret har som bekendt hidtil ikke tilsidesat en på forfatningsmæssig måde tilblivet lov som grundlovsstridig, selv om der undertiden nok synes at kunne*

31. Jf. eksempelvis Torben Jensen, Højesteret og Retsplejen, 1999, side 253.

32. Dette standpunkt har domineret i ældre forfatningsretlig litteratur. Se bl.a. Ernst Andersen, Forfatning og Sædvane, 1947, side 71f; Ross, Statsforfatningsret, 1980, Bind 1, navnlig side 184.

*have været anledning til det. Adgangen til tilsidesættelse kan vistnok sammenlignes med en nødbremse: kun hvis maskinen pludselig tager fart og lader befolkningen og dennes overvejende retsopfattelse tilbage langs linjen, må nødbremsen ventes brugt.*³³

Den forfatningsretlige tradition er yderligere blevet fastholdt og understøttet gennem en pragmatisk og konfliktsky domstolskultur, som har været præget af en traditionsbestemt modvilje mod at „stikke næsen for langt frem“.³⁴

Daværende Højesteretsdommer Mogens Munch har udtrykt det ganske malende: „I Danmark som i de fleste andre europæiske lande har det været den almindelige opfattelse, at en konkurrence mellem lovgivere og dommere bør undgås. Denne opfattelse er antagelig stærkest hos dommerne. Det ligger nok de fleste dommers natur nærmere at foretrække den rolige tilværelse i træernes skygge frem for det udsatte liv under råsejlet på fregattens fordæk i sol, regn og storm – og måske kanonild.“³⁵

1.2 Retspositivistisk tradition – grundlovsfortolkning er politisk

En overvejende retspositivistisk fortolkningstradition synes at have bidraget til grundrettighedernes beskedne rolle i dansk forfatningsret.

Efter traditionel fortolkningslære fremstår selvstændig og „retsskabende“ fortolkning som en politisk opgave, der kun bør udøves af domstolene, hvor dette er uomgængeligt nødvendigt for, at retssystemet kan fungere tilfredsstillende.³⁶

Denne fortolkningstradition har ikke været befordrende for en mere fri og ekspansiv, formålsorienteret tilgang til rettighedsfortolkning.

33. Munch, *Grænser for domstolenes retsskabende virksomhed i civile sager*, Juristen 1989, side 45.

34. Ditlev Tamm mener, at Højesterets historiske rødder i enevælden har medvirket til at forme den bureaukratiske tradition, som er videreført op til vore dage. Højesteret har traditionelt i højere grad set sig selv som rettens embedsmænd end som et organ med en vigtig forfatningsretlig funktion i forhold til lovgiver (UfR 1997 B, side 87ff (87)). Zahle antager, at domstolenes forsigtige opfattelse af deres rolle som den tredje statsmagt kan være blevet fastholdt og styrket gennem praksis for dommerrekruttering. Traditionelt har domstolene – navnlig de overste – været bemanded af dommere med en baggrund i Justitsministeriet (*Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 375f).

35. Munch, Juristen 1989, side 45.

36. Se f.eks. Gomard, *Et retspolitisk program for dommerskabt ret* i Jensen m.fl. (red.) Højesteret 1661-1986, 1986, side 59; Munch, Juristen 1989, side 44; Torben Jensen, UfR 1990 B, side 444.

Tværtimod synes den gennemgående linje at have været præget af ordlydsnær fortolkning, hvor der ikke lægges mere i rettighederne, end ordlyden utvivlsomt kan bære, eller endog en restriktiv fortolkning under skyldig hensyntagen til lovgivningsmagtens regulering.³⁷

Efter denne tradition vil en mere selvstændig grundrettighedsfortolkning involvere en retsskabelse, som grundlæggende er af politisk karakter og derfor ikke alene mest legitimt, men også bedst, varetages af de politiske organer. Domstolene vil efter denne fortolkningstradition være varsomme med at tillægge brede grundrettighedsnormer konkret indhold ud fra en mere fri fortolkning. Domstolenes selvstændige fortolkning og udfyldning af sådanne bestemmelser kræver en normativ og skabende fortolkningsvirksomhed, som efter positivistisk tankegang er udtryk for en politisk retsskabelse fra domstolenes side. Mange af Grundlovens rettigheder er følgelig traditionelt blevet anset som for upræcise til at kunne danne grundlag for retlig prøvelse.³⁸

Sammenhængen med traditionel forfatningsretlig demokratiforståelse bliver her tydelig. Domstolenes retsskabende virksomhed må i et vist omfang accepteres i den almindelige retsanvendelse, men er betænkelig i grundrettighedsfortolkningen, da dommernes politiske vurderinger derved kan sætte grænser for lovgivningsmagtens kompetence. Udfyldning af vage grundlovsbestemmelser såvel som skønsmæssige interesseafvejninger er politikernes opgave, ikke dommernes. Det er heller ikke i domstolenes interesse at overskride denne grænse, da det kan bringe deres hidtidige politiske uafhængighed i fare.³⁹

2. Udfordringen fra den europæiske rettighedsudvikling

Den danske forfatningsretlige tradition og fortolkningstradition står i stigende grad i modsætning til den europæiske rettighedsudvikling efter 1945.

Siden Anden Verdenskrig ses både på internationalt plan, på regionalt europæisk plan og i de europæiske landes forfatningsret en generel tendens til øget beskyttelse af individets grundlæggende rettigheder. Grund-

37. Se bl.a. Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 361-80 og nedenfor i kapitel 5.

38. Jf. Torben Jensen i UfR 1995 B, side 241; Lorenzen, *Lov og Ret* 1999, nr. 3, side 8. Se endvidere kritisk til traditionen Advokatrådets Retsikkerhedsprogram, 1994, side 27.

39. Jf. Torben Jensen i UfR 1990 B, side 444; samme i UfR 1995 B, side 241; samme i Højesteret og Retsplejen, 1999, side 352; Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 1980, Bind 1, side 183.

rettighedsbeskyttelse som modvægt til parlamentarisk flertalsstyre er blevet en grundpille i det moderne europæiske demokrati. I forlængelse heraf ses en stigende anerkendelse af domstolenes centrale rolle i udviklingen af rettighedsbeskyttelsen gennem en mere fri og dynamisk fortolkningsstrategi.

I Europa skyldes rettighedstankens gennemslag ikke mindst den centrale rolle, som Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) har fået i kraft af Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (EMD) omfattende og dynamiske praksis. Hertil kommer, en generel styrkelse af den nationale forfatningskontrol. Som følge af domstolenes centrale rolle og gensidige indbyrdes påvirkning tegner der sig konturerne af en fælles-europæisk standard for rettighedsbeskyttelse og -kontrol.

I det følgende redegøres nærmere for de centrale træk og tendenser i udviklingen inden for domstolsbeskyttelse af individets rettigheder i Europa siden Anden Verdenskrig.

2.1 Rids af rettighedstankens historiske baggrund

Grundrettigheder er idéhistorisk forbundet med den naturretlige idé om menneskets medfødte rettigheder. Menneskerettighedsideen har europæiske rødder – i oldtidens tanke om naturgivne rettigheder, videreført i kristendommens forestillinger om gudgivne, medfødte rettigheder.⁴⁰

Som forfatningsretligt begreb er grundrettigheder imidlertid politisk-historisk forbundet med nationalstatens fremvækst og den demokratisk-frihedsretlige forfatningstankes gennemslag i 1600-1700 tallets Europa.⁴¹ Først i forbindelse med de demokratiske frihedsrevolutioner blev tanken om menneskerettigheder til retlig virkelighed gennem anerkendelsen af forfatningssikrede rettigheder.⁴² Konstitutionaliseringen af menneskerettighederne er således gået hånd i hånd med indførelse af demokrati.

40. Se nærmere Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, 1992, navnlig side 33f; Stern, *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, 1992, side 89.

41. Jf. Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, side 34: "Menschenrechtsidee und Verfassungsidee fließen zusammen und bewirken den grundrechtskonstituierten Verfassungsstaat".

42. Magna Carta fra 1215 – et frihedsbrev fra den engelske King John til lokale baroner, som sikrede adelsstanden visse rettigheder over for kongemagten – betragtes undertiden, omend noget misvisende, som en forløber for denne udvikling og som verdens første menneskerettighedskatalog.

Oplysningstidens filosofi udgjorde det ideologiske grundlag for frihedsrevolutionerne i Nordamerika og Vesteuropa i slutningen af 1700-tallet og starten af 1800-tallet. Naturretsfilosofien fik derfor også væsentlig indflydelse på formuleringen af de første frie forfatninger – i USA efter Uafhængighedserklæringen af 1776 og i Frankrig efter Revolutionen i 1789. I disse demokratiske forfatninger grundfæstede man foruden regler om folkestyre også et sæt af medfødte og umistelige menneskerettigheder. Den demokratiske udvikling bredte sig fra Frankrig snart til andre lande i Europa. Danmark fik sin demokratiske forfatning – Grundloven – i 1849, som således har rødder i den fælleseuropæiske demokrati- og rettighedsideologi.

I USA førte den ny forfatning hurtigt til etablering af domstolskontrol med individets grundrettigheder. Allerede i 1803 fastslog Supreme Court prøvelsesretten og dermed forfatningens overhøjhed. Men i Europa medførte tiltroen til parlamentet og en indgroet mistillid til de konservative domstole, at domstolskontrol med lovgivningsmagten blev anset for udemokratisk og derfor generelt var ikke-eksisterende indtil langt op i 1900-tallet. Siden bidrog retspositivismen til yderligere at lægge rettighedsideologien fra frihedsrevolutionernes tid på is.⁴³

2.2 Rettighedsideologiens renaissance efter 1945 – internationale menneskerettigheder og national forfatningskontrol

Efter Anden Verdenskrigs afslutning fik rettighedstanken imidlertid en renaissance på verdensplan. Baggrunden herfor var navnlig den erkendelse, at rædselsregimer og flertalsdiktatur, som man før og under Anden Verdenskrig havde set det i Italien og Tyskland, kun kunne undgås i fremtiden, hvis sikringen af individets grundlæggende rettigheder blev indarbejdet som et fundamentalt element i en demokratisk retsstat.⁴⁴

Karakteristisk for udviklingen efter 1945 er, at menneskerettigheder nu ikke længere kun er et forfatningsretligt anliggende, men også beskyttes gennem internationale konventioner.⁴⁵ Den stigende internationale

43. Jf. Grewe, *Statsforfatningsrettens aktualitet i Europa – eller renessansen for en rettsdisiplin*, Lov og Rett 1996, side 175; Koopmans, *Sources of Law – the New Pluralism*, 1994, side 192.

44. Jf. Grewe, *Statsforfatningsrettens aktualitet i Europa ...*, Lov og Rett 1996, side 180.

45. International beskyttelse af menneskerettigheder betegner en afgørende nyskabelse inden for folkeretten – folkeretlige normer, som umiddelbart regulerer forholdet mellem staten og dens egne borgere. Folkeretten har "overtaget" menneskerettighederne fra forfatningsretten og gjort dem til et internationalt anliggende. Jf. Gulmann m.fl., *Folkeret*, 1989, side 192f.

menneskerettighedsbeskyttelse er gået hånd i hånd med en styrket grundrettighedsbeskyttelse i mange nationale forfatninger.

På det internationale plan har navnlig FN spillet en central rolle. FN-pagten fra 1945 fastslår i artikel 1(3) sikring af menneskerettigheder som et af FNs centrale formål. I 1948 vedtog FNs generalforsamling Verdenserklæringen om Menneskerettigheder. Verdenserklæringen har dannet udgangspunkt for vedtagelse af FNs to centrale menneskerettighedskonventioner – Konventionen om civile og politiske rettigheder og Konventionen om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder (1966) – samt en række mere specielle menneskerettighedskonventioner. FNs Verdenserklæring er også grundlaget for en række regionale menneskerettighedskonventioner – herunder EMRK.

På det nationale plan ses ligeledes siden 1945 en verdensomspændende tendens til styrkelse af domstolenes forfatningsretlige rolle og til øget fokus på individets rettigheder.⁴⁶ I en bog fra 1995 om denne globale tendens konkluderes, at *“the expansion of judicial power does appear to be a phenomenon that is real and that is shaping and will shape global politics and policy for the foreseeable future.”*⁴⁷ Bogen peger på en række årsager til denne udvikling. Vigtigst blandt disse er en global renaissance for naturretlig tankegang i filosofi, politik og retsvidenskab. Af strukturelle betingelser peges på demokratiets fremvækst, sejren for den liberale retsstat og den principielle anerkendelse af grundrettigheder som princip; en stigende kritik af lovgivningsmagten og politikernes uvilje mod at røre ved følsomme spørgsmål. Hertil kommer en stigende villighed fra domstolene til at gå mere aktivt ind i rettighedskontrollen.⁴⁸

2.3 Den europæiske rettighedsudvikling – „en stille revolution“

Den europæiske rettighedsudvikling siden 1945 har været særlig markant. Rettighedsudviklingen i Europa er med rette blevet betegnet som *„en stille revolution“*.⁴⁹

Af afgørende betydning for rettighedsbeskyttelsens gennemslag i Europa har været kombinationen af og det tætte samspil mellem men-

46. Jf. Alexander von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, navnlig side 15; Brewer-Cariás, *Judicial Review in Comparative Law*, 1989.

47. Tate og Vallinder (ed.), *The Global Expansion of Judicial Power*, 1995, side 516.

48. Tate og Vallinder (ed.), 1995, side 13ff, 27ff og 516ff.

49. Badinter, *Menneskerettigheter og retsstat*, TfR 1990, side 181.

neskerettighedsbeskyttelsen inden for Den Europæiske Menneskerettighedskonvention (EMRK) og Menneskerettighedsdomstolen (EMD) og en styrkelse af grundrettighedsbeskyttelsen i den nationale forfatningsret. Dette samspil er blevet understøttet af grundrettighedsbeskyttelsen inden for Den Europæiske Union, som varetages af EF-Domstolen (EFD).⁵⁰

2.3.1 Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og -domstol

EMRK har fået central betydning for rettighedsudviklingen i Europa og har med tiden antaget karakter af en europæisk „Bill of Rights“.⁵¹

I 1950 vedtog Europarådet Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Civile og Borgerlige Menneskerettigheder (EMRK). EMRK indeholder en række grundlæggende rettigheder – navnlig de traditionelle frihedsrettigheder – som deltagerstaterne folkeretligt er forpligtet til at sikre alle inden for deres jurisdiktion (artikel 1). EMRKs rettigheder er en mindstestandard for den nationale rettighedsbeskyttelse (artikel 60).

En afgørende forudsætning for EMRKs centrale betydning har været konventionens – i international sammenhæng enestående – kontrolsystem med individuel klageadgang og med en domstol (EMD), som selvstændigt og med bindende virkning for konventionsstaterne afgør, om staten har krænket sine egne borgeres rettigheder.

Ethvert individ, der anser sine rettigheder efter EMRK for krænket, kan indbringe sagen for EMD, såfremt de nationale retsmidler er udtømt. Klagers rettigheder skal som udgangspunkt være direkte krænket ved en konkret myndighedshandling, men i særlige tilfælde kan en lov i sig selv indebære en krænkelse.⁵² Med EMRKs 11. tillægsprotokol, som trådte i kraft 1. november 1998, nedlægges EMRK-kommissionen, og EMD udvides og bliver en fuld-

50. Også andre internationale kontrolmekanismer er relevante for europæisk rettighedsbeskyttelse. Men FNs menneskerettighedskonventioner har ikke samme effektive kontrolorganer som EMRK og fællesskabsretten og har derfor slet ikke haft samme praktiske betydning som disse.

51. Jf. Bernhardt, *Human rights and judicial review: The European Court of Human Rights* i D.M. Beatty (ed.), *Human Rights and Judicial Review*, 1994, side 304; D.J. Harris, M. O'Boyle og C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, side 7.

52. Se f.eks. *Kjeldsen m.fl.* EMD 23 (1976), pr. 48 (Regler om obligatorisk seksualvejledning i skolen); *Klass* EMD 28 (1978), pr. 34 (regler om hemmelig telefonaflytning).

tidsdomstol. Individet har herefter direkte klageadgang til EMD.⁵³ EMDs afgørelser er formelt alene bindende for den indklagede stat (artikel 53), men i praksis betragtes EMDs afgørelser som bindende for alle deltagerstater.⁵⁴

EMD har spillet en central rolle for europæisk rettighedsudvikling. Siden midten af 1970'erne har EMD udviklet en stadig mere omfattende „case-law“. Når EMRK har udviklet sig til et moderne og ganske detaljeret fælleseuropæisk menneskerettighedskatalog, skyldes dette frem for alt EMDs omfattende og dynamiske praksis.

EMDs centrale rolle i europæisk rettighedsudvikling befordres af EMDs position som domstolsorgan for en folkeretligt bindende konvention, hvortil individet har klageadgang. EMD har dog selv kraftigt medvirket til at udbygge sin rolle gennem sin offensive fortolkningsstrategi. Som udgangspunkt for sin fortolkning har EMD ofte understreget, at EMRK ikke er en sædvanlig folkeretlig traktat, men en særlig traktat til kollektiv håndhævelse af menneskerettigheder.⁵⁵ EMD har generelt anlagt en selvstændig og dynamisk – og ofte ekspansiv – strategi ved fortolkningen af EMRKs rettigheder. Gennem EMDs praksis er fastslået en lang række rettigheder, som ikke umiddelbart kan læses ud af EMRK, og rettighedsbeskyttelsen udvides stadig i lyset af den generelle samfundsudvikling og retsudvikling i staterne.

De nationale domstole har ikke bare respekteret EMDs praksis, men også ladet sig inspirere af den. Mens EMRKs stilling på det formelle plan er meget forskellig i konventionsstaterne⁵⁶, har de nationale retsansvarende organer søgt at tilnærme sig EMDs rettighedsforståelse og fortolkningsprincipper. EMDs praksis har således stor og stigende betydning for den nationale ret, både direkte gennem de trufne afgørelser og indirekte gennem afsmitningen på den nationale grundrettighedskontrol.

EMD har understreget sin subsidiære rolle i forhold til de nationale håndhævelsesorganer. Det primære ansvar for sikring af individets menneskerettigheder ligger fortsat på det nationale plan.⁵⁷ EMD håndhæver en mindstandard, men er principielt ikke en appelinstans, der detaljeret skal overprøve

53. Protocol No. 11 restructuring the control machinery (1994), European Treaty Series 155.

54. Jf. Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, 1994, side 32.

55. Se f.eks. *Irland v. UK* EMD 25 (1978), pr. 239; *Soering* EMD 161 (1989), pr. 87.

56. Se Frowein og Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 1996, side 4f.

57. Se *Belgiske Sprogsag* EMD 6 (1968), pr. 10; *Handyside* EMD 24 (1976), pr. 48.

det nationale skøn i sager inden for menneskerettighedsområdet.⁵⁸ De nationale domstoles ansvar efter EMRK er således videregående end de specifikke krav i EMDs praksis.⁵⁹

2.3.2 Udviklingen i national europæisk forfatningsret

På nationalt europæisk plan havde erfaringerne fra Nazi-Tyskland og Fascist-Italien lært Vesteuropa den lektie, at demokrati ikke altid er en tilstrækkelig garanti for individets frihed og værdighed. I efterkrigstiden har mange stater derfor vedtaget nye forfatninger med udførlige rettighedskataloger og bestemmelser om domstolskontrol med disse rettigheder – undertiden ved særlige forfatningsdomstole.⁶⁰

De fleste europæiske stater har i dag en eller anden form for forfatningskontrol, enten ved forfatningsdomstole, de almindelige domstole eller domstolslignende organer.

Italien og Tyskland etablerede i henholdsvis 1948 og 1951 særlige forfatningsdomstole, som – med udgangspunkt i nye forfatninger – fik til hovedopgave at beskytte individets grundrettigheder. En række vesteuropæiske stater har overtaget modellen med forfatningsdomstole.⁶¹ Siden slutningen af 1980'erne har flere østeuropæiske stater i forbindelse med overgangen til vestligt demokrati vedtaget forfatninger indeholdende grundrettighedskataloger og bestemmelser om forfatningskontrol. Forfatningskontrollen i de nordiske lande, Holland og Luxembourg varetages dog fortsat af de almindelige domstole. Storbritannien har ingen forfatningskontrol, da landet ikke har en skreven forfatning. I Skandinavien har Sverige og Finland i de senere år udbygget forfatningens grundrettigheder, dog uden en tilsvarende styrkelse af domstolenes stilling. I Schweiz har domstolene fortsat ingen kompetence til at prøve loves forfatningsmæssighed.

Selv i Frankrig – det land, som om noget traditionelt har hyldet princippet om flertalsstyre som forfatningens bærende princip – er rettigheds-

58. Jf. Kjærum, *Menneskerettigheder i et udvidet Europa og en globaliseret verden* i Kjærum m.fl. (udg.), *Grundloven og Menneskerettigheder*, 1997, side 57ff; Einersen og Trier, *Den europæiske Menneskeretsdomstols prøvelseskompetence – doktrinen om margin of appreciation*, TfR 1991, side 592.

59. Jf. Aall, *Domstolsadgang og domstolsprøvelse i menneskerettigheds-sager*, TfR 1998, side 8 og 97f.

60. Se Alexander v. Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit ...*, 1992, side 15f.

61. Se nærmere Starck og Weber (udg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 1986. Mange stater med forfatningsdomstole har en federal eller regionaliseret struktur. Det gælder foruden Tyskland også Belgien, Østrig, Italien og Spanien.

tanken slået igennem efter 1945. Selv om Frankrig med frihedsrevolutionen og Erklæringen om Menneskelige og Borgerlige Rettigheder fra 1789 historisk har været foregangsland for den europæiske konstitutionalisme, har ideen om domstolskontrol med grundrettigheder altid været den franske politiske tradition fremmed. Fransk forfatningsret har lige siden 1791-forfatningen hvilet på princippet om loven som udtryk for folkesuveræniteten: „*la volonté generale*“. Erfaringer med konservative domstole før revolutionen havde skabt udpræget mistillid til dommere og dommerskabt ret – man skulle ikke have en „*gouvernement des juges*“. Med 1958-forfatningen blev Forfatningsrådet (Conseil Constitutionnel) etableret med det formål at kontrollere loves forfatningsmæssighed med hensyn til 1958-forfatningens procedurekrav og regler om kompetencefordelingen mellem lovgiver og den udøvende magt. I 1971 underkendte Forfatningsrådet imidlertid en lov om begrænsninger i foreningsfriheden som stridende mod et generelt forfatningsmæssigt princip om foreningsfrihed.⁶² Forfatningsrådet fastslog hermed – helt uventet – sin kompetence til at prøve loves forenelighed med 1789-erklæringens rettigheder og havde dermed reelt selv skabt et fransk grundrettighedskatalog.⁶³ Forfatningsrådet har siden over en kort årrække udviklet sig til en slags forfatningsdomstol og har underkendt en række love. Forfatningsrådets rolle som vogter af grundrettighederne er nu en fast indarbejdet del af fransk forfatningsret.⁶⁴

Den tyske forfatningsdomstols (BVerfG) grundrettighedspraksis har indtaget en nøgleposition som „rollemodel“ og inspirationskilde for andre nationale domstole såvel som for EMD og EFD. De centrale principper for europæisk grundrettighedsfortolkning og -kontrol kan i vidt omfang føres tilbage til BVerfGs praksis.⁶⁵

Der kan peges på flere årsager hertil. For det første var BVerfG sammen med den italienske forfatningsdomstol de første europæiske domstole, som efter

62. CC, 16 juli 1971, Rec., p. 29, GDCC (7.udg.), side 242.

63. Favoreu kalder Forfatningsrådets træk for „*en slags grundlovsrevision gennem retspraksis*“ (TfR 1990, side 74). På grundlag af navnlig 1789-erklæringens principper har Forfatningsrådet udviklet et ret fintmasket net af principper og rettigheder, som lovgiver skal respektere.

64. Se Rivero, *Menneskerettighetenes stilling i fransk ret fra 1789 til 1971*, TfR 1990, side 60ff; Favoreu, *Menneskerettighetserklæringen av 1789 og det franske forfatningsråd*, TfR 1990, side 72f.

65. Se bl.a. Starck, *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, 1990, side 15-40 (navnlig 23f).

krigen etablerede en fast grundrettighedspraksis. Allerede mod slutningen af 1950'erne havde domstolen formuleret de centrale principper for sin nu meget fintmaskede jurisprudence. For det andet det faktum, at Tyskland (indtil 1990 Vesttyskland) har indtaget en dominerende økonomisk og politisk rolle i Europa siden 1945. Grundrettighedsudviklingen i Tyskland har derfor allerede i kraft af landets størrelse og styrke været af betydelig interesse for de øvrige aktører. For det tredje – og frem for alt – må imidlertid peges på kvaliteten af BVerfGs grundrettighedspraksis; siden sin tidligste praksis har BVerfG til stadighed baseret sine afgørelser på udførlige, gennearbejdede og principielle præmisser. Dette har utvivlsomt været stærkt medvirkende til BVerfG status som „rollemodel“. Samtidig var en sådan position ikke opnået, hvis ikke BVerfGs argumentationsfigurer, fortolkningsprincipper og – i vidt omfang – konkrete resultater havde forekommet andre organer at være fornuftige.⁶⁶

BVerfG har udøvet en effektiv forfatningskontrol med lovgivningsmagten og i flere hundrede tilfælde tilsidesat love som forfatningsstridige. BVerfGs praksis hviler på en formålsorienteret og dynamisk fortolkning af den tyske grundlovs grundrettigheder. Navnlig har BVerfG af retsstatsprincippet udledt en række fundamentale rettighedsprincipper, som ikke kan læses ud af grundloven. Det gælder ikke mindst kravet om forholdsmæssighed af grundrettighedsindgreb, samt en række straffeprocessuelle krav til sikring af en „fair trial“. BVerfGs dynamiske grundrettighedsfortolkning har medført, at grundrettigheder i dag præger hele det tyske retssystem og indgår som et vigtigt element i lovgivningsarbejdet.

2.3.3 Fællesskabsrettens grundrettigheder

Den Europæiske Union respekterer, og EFD håndhæver inden for fællesskabsrettens område, et sæt af uskrevne grundrettigheder, som modsvarer rettighedsbeskyttelsen efter EMRK og de fælles forfatningstraditioner i medlemsstaterne.

I Amsterdam Traktaten fra 1998 fastslås i Artikel 6, stk. 2, at „Unionen respekterer de grundlæggende rettigheder, således som de garanteres ved Den Europæiske Konvention til Beskyttelse af Menneskerettigheder og Grundlæggende Frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950, og således som de følger af medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner, som generelle principper for fællesskabsretten“.

66. Jf. Starck, *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung* ..., 1990, side 15ff (navnlig 24ff).

Med denne bestemmelse – som stammer fra Maastricht Traktaten om Den Europæiske Union fra 1992 – har man traktatfæstet det uskrevne grundrettighedsbegreb, som EFD siden 1969 har udviklet på fællesskabsrettens område.

Da EFD i starten af 1960'erne fastslog principperne om fællesskabsrettens umiddelbare anvendelighed og forrang for al national ret, opstod risikoen for konflikt mellem fællesskabsretten og grundrettighederne i de nationale forfatninger. De tyske og italienske forfatningsdomstole gjorde det klart, at man forbeholdt sig at håndhæve de nationale grundrettigheder overfor modstridende EF-regler. EFD måtte forhindre denne konflikt, hvis fællesskabsrettens autoritet som et selvstændigt overnationalt retssystem skulle opretholdes. Som en første begyndelse udtalte EFD i „Stauder-dommen“ fra 1969⁶⁷, at de grundlæggende menneskerettigheder hører til de almindelige retsprincipper i fællesskabsretten, hvis overholdelse Domstolen skal sikre. Hvad der nærmere lå i begrebet “de grundlæggende menneskerettigheder” udtalte EFD sig ikke om. Men året efter fastslog EFD i dommen om “Internationale Handelsgesellschaft”⁶⁸, at gyldigheden af en fællesskabsregel eller dens virkning i medlemsstaterne alene skal bedømmes efter fællesskabets grundrettigheder, der bygger på medlemsstaternes fælles forfatningsretlige traditioner. Henvisningen til de fælles forfatningsretlige traditioner blev i “Nold-dommen”⁶⁹ fra 1974 udbygget med de internationale menneskerettighedskonventioner, som medlemsstaterne havde tiltrådt. Blandt disse har navnlig EMRK fået afgørende betydning.

Hvor grundrettighederne oprindelig alene skulle censurere EFs egne retsakter, har EFD i „Wachauf-dommen“⁷⁰ fastslået, at grundrettighederne også skal efterleves af de nationale myndigheder, når de gennemfører og håndhæver fællesskabets regler. Endnu videre gik EFD i “ERT-dommen”⁷¹, hvor man fastslog, at fællesskabets grundrettigheder generelt skal efterleves af nationale myndigheder “inden for fællesskabsrettens område”. Den nærmere rækkevidde heraf er dog ikke klar.⁷²

67. Sag 29/69, ECR 1969, side 419.

68. Sag 11/70, ECR 1970, side 1125.

69. Sag 4/73, ECR 1974, side 491.

70. Sag 5/88, ECR 1989, side 2609.

71. Sag 260/89, ECR 1991 I, side 2925.

72. Jf. Gulmann, *EFs grundrettigheder – deres virkning i national ret* i Kjærsum m. fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder*, 1997, side 487.

Fællesskabsrettens grundrettigheder medfører således grundlæggende, at EMDs praksis og national grundrettighedspraksis også håndhæves af EFD inden for fællesskabsrettens område. EFD har ikke som EMD spillet en central rolle i udviklingen af den europæiske grundrettighedsbeskyttelse. EFD har dog anerkendt visse grundlæggende retsprincipper, som ikke i samme omfang nyder beskyttelse efter EMRK, og som ikke, eller kun i et vist omfang, beskyttes som grundrettigheder i medlemsstaterne. Det gælder f.eks. lighedsprincippet, beskyttelsen af berettigede forventninger og retssikkerhedsprincippet.⁷³

Grundrettighedernes inkorporering i fællesskabsretten har navnlig betydning for rettighedernes gennemslag i national ret, fordi fællesskabsrettens grundrettigheder håndhæves effektivt af EFD, og fordi fællesskabsrettens grundrettigheder som den øvrige fællesskabsret har forrang for modstridende nationale regler.⁷⁴

For tiden drøftes etableringen af et selvstændigt EU Charter om grundlæggende rettigheder. Det er dog endnu uafklaret, om et sådant Charter alene skal have karakter af en politisk programerklæring eller skal vedtages som en juridisk bindende tekst og indskrives i Traktaten. Signalerne går i øjeblikket i retning af et juridisk bindende dokument som led i bestræbelserne på at forme en egentlig forfatning for Den Europæiske Union. Et sådant grundrettighedskatalog, som autoritativt fortolkes af EFD, vil skærpe de latente konfliktmuligheder mellem fællesskabsretten og EMRK, med mindre EU som helhed samtidig tilslutter sig EMRK og dermed anerkender EMDs øverste kompetence i rettighedsspørgsmål. Endvidere vil et selvstændigt EU Charter om grundrettigheder skærpe konfliktmulighederne i forhold til medlemsstaternes forfatninger, ligesom en uløst konkurrencesituation mellem EFD og EMD yderligere kan vanskeliggøre harmoniseringsopgaven for de nationale domstole.⁷⁵

73. Om EFDs grundrettighedspraksis se bl.a. Rasmussen og Schonberg, *EU Menneskeret – en udfordring til dansk ret*, 1994; Due, *Beskyttelsen af menneskerettigheder i EF* i Kjørsum m.fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder*, 1997, side 465ff; Gulmann, 1997, side 481ff.

74. Jf. Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, Betænkning 1220 (1991), side 145.

75. Se nærmere Krarup, *EU's grundrettighedsprojekt* i Blume (red.) *Grundrettigheder*. Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B 1999, 2000, side 185ff.

2.4 Den materielle demokratiske retsstat som fælleseuropæisk forfatningsmodel

Efterkrigstidens europæiske menneskerettigheds- og forfatningsudvikling har grundfæstet den materielle demokratiske retsstat som grundlaget for den moderne europæisk forfatning. I en materiel demokratisk retsstat forudsætter statsmagts legitimitet foruden parlamentarisk demokrati også garantier for mindretallets og individets grundlæggende rettigheder. Det politiske flertals overherredømme begrænses gennem effektiv håndhævelse af disse rettigheder ved uafhængige domstole. Lovgivningsmagts frihed er således underlagt reelle begrænsninger.

I dag hviler de fleste europæiske demokratier på skrevne forfatninger, som rummer et katalog af grundlæggende rettigheder, som kan håndhæves af en forfatningsdomstol eller de almindelige domstole. Allerede anerkendelsen af domstolenes adgang til at prøve loves forfatningsmæssighed indikerer, at grundrettighedskontrol ved domstolene og demokratisk flertalsstyre ikke betragtes som modsætninger, men begge anses som nødvendige forudsætninger for en demokratisk retsstat.⁷⁶

Oprettelsen af inter- og overnationale kontrolinstrumenter til sikring af individets grundlæggende rettigheder – navnlig EMD – betegner dernæst et afgørende brud med den praksis, som havde grundfæstet sig i mange stater, hvorefter domstolskontrol vel i princippet eksisterede, men hvor love ikke i praksis blev tilsidesat.

Den tyske folkeretsekspert Jochen Frowein har om konsekvenserne af EMRK og EMDs praksis for den nationale forfatningsret skrevet: „*Insbesondere dürfte die im Grunde revolutionäre Wirkung nicht vorher gesehen worden sein, die darin liegt, daß für Staaten nunmehr eine Überprüfung von Gesetzen auf ihre Vereinbarkeit mit Grundrechten anhand eines konkreten Einzelfalles möglich ist, die ein derartiges Verfahren auf Grund ihres Verfassungsverständnisses immer abgelehnt haben.*“⁷⁷

Den styrkede rolle for domstolene og den hermed forbundne dynamiske udvikling af grundrettighedsbeskyttelsen kan kun forstås som en voksende accept af, at et reelt demokrati med frihed og værdighed for alle ikke alene kan sikres gennem flertalsstyre, men at flertalsherredømmet

76. Jf. Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, side 304.

77. Frowein og Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, side 8.

må begrænses af visse grundlæggende garantier for mindretallet og for enkeltindivider, som effektivt håndhæves af domstolene.

2.5 En fælleseuropæisk standard for rettighedsbeskyttelse?

Ikke alene er den materielle demokratiske retsstat slået igennem som europæisk forfatningsmodel. Også indholdet af den konkrete rettighedsbeskyttelse er i stigende omfang homogen. Der tegner sig i europæisk grundrettighedspraksis konturerne af en fælleseuropæisk standard for grundrettighedsbeskyttelse ved domstolene.⁷⁸

Denne standard rummer navnlig en stærk beskyttelse af de grundlæggende politiske rettigheder og de fundamentale rettigheder til sikring af den personlige frihed og retssikkerhed. For de centrale personlige frihedsrettigheder spores en generel tendens til en ekspansiv fortolkning, der undertiden går langt ud over ordlyden.⁷⁹ Derimod er beskyttelsen af individets økonomiske og sociale retspositioner gennemgående svagere. Lovgiver indrømmes på området for økonomisk, finans- og socialpolitik en vidtgående reguleringsfrihed. Der er dog en forsigtig anerkendelse af positive rettigheder til beskyttelse og til essentielle økonomiske ydelser.

Også den grundretlige argumentation er præget af fælles tilgange. Den konkrete afvejning anvendes som generel metode til løsning af kollisioner mellem grundrettigheder og modstående hensyn. Kravet om forholdsmæssighed (proportionalitet) anerkendes som generel målestok ved vurderingen af indgreb i grundrettigheder.⁸⁰

Selv i de konkrete grundretlige afgørelser er der ikke sjældent en høj grad af overensstemmelse mellem de europæiske forfatningsdomstole.

Denne udvikling af en fælleseuropæisk standard for grundrettighedsbeskyttelse befordres af EMRK som en fælleseuropæisk „Bill of Rights“ og af en gradvis tilnærmelse af de nationale forfatningers grundrettighedskataloger gennem forfatningsrevisioner.

2.6 Domstolenes centrale rolle

Afgørende for den fælleseuropæiske rettighedsudvikling har dog frem for alt været domstolenes rolle i fortolkningen og udviklingen af grund-

78. Se nærmere Stern, *Idee der Menschenrechte* ..., 1992, side 33f; Stern, *Idee und Elemente* ..., 1992, side 89; Alexander von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit* ..., 1992, side 125ff.

79. Jf. Alexander von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit* ..., 1992, side 127.

80. Jf. Stern, *Idee der Menschenrechte* ..., 1992, side 33.

rettighedsbeskyttelsen. Den spirende fælleseuropæiske rettighedsstandard er affødt af en stadig mere homogen domstolsfortolkning og af fælles retfærdighedsforestillinger, som transcenderer grænser mellem stater og retssystemer.⁸¹ Dette fortolkningsfællesskab overvinder ofte de tekstuelle forskelle, som fortsat består mellem forfatningerne.

Ikke mindst i kraft af EMDs, EFDs og de nationale europæiske domstoles aktive rolle i udviklingen af disse rettigheder har grundrettighedsbeskyttelsen udviklet sig dynamisk og fået stadig større betydning på stadig flere livsområder.

Beskyttelsen af individets grundlæggende rettigheder udvikler sig nu i en vekselvirkning mellem de overnationalt domstole (EMD og EFD) og de nationale (forfatnings)domstole. Vekselvirkningen er kompleks. EMDs og (i mindre omfang) EFDs grundrettighedsfortolkning påvirker de nationale domstole; omvendt er EMD og EFDs grundrettighedsfortolkning selv inspireret af grundrettighedspraksis ved de nationale domstole. EFDs grundrettighedsfortolkning påvirkes endvidere i væsentligt omfang af EMD. Endelig påvirker de nationale domstole indbyrdes hinandens grundrettighedsfortolkning.⁸²

Den stigende grad af påvirkning sker i vidt omfang på det praktiske plan, uden formelle ændringer af den internationale rets forfatningsretlige status. Ved konkretiseringen af grundretlige principper inspireres den ene domstol af den anden domstols praksis.⁸³ Denne indirekte påvirkning, hvor én domstols fortolkningsprincipper og grundsætninger forplanter sig til andre domstoles fortolkning af egne grundrettigheder, kan betegnes som *fortolkningsmonisme (eller materiel monisme)*.

Denne harmonisering gennem fortolkning har som sin forudsætning den stigende grad af homogenitet i principperne for grundrettighedsfortolkning og -kontrol: En generel åbenhed over for anerkendelse af uskrevne grundretlige principper; en formålsorienteret og dynamisk fortolkningsstil; en afgrænsning af grundrettighedernes omfang på grundlag af den konkrete afvejning og kravet om forholdsmæssighed ved grund-

81. Jf. Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte*, EuGRZ 1994, side 33; Rytter, *Den åbne forfatningsstat*, Retfærd 1998, side 21; Henning Koch, *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, side 213ff.

82. Jf. Rytter, *Den europæiske menneskerettighedsudvikling – samspillet mellem nationale og overnationale domstole* i Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B 1997, 1998, side 175-83.

83. Jf. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, side 269.

rettighedsindgreb; en effektiv domstolskontrol med lovgivningsmagten, som varierer i intensitet afhængig af rettighedens og lovens karakter.

Anerkendelse af dynamisk retsskabelse ved europæiske domstole er udtryk for, at den kontinentaleuropæiske „code law“-tradition på menneskerettighedsområdet er under betydelig indflydelse af den angelsaksiske „case law“-tradition.⁸⁴ Det anerkendes i stigende omfang, at domstolene ikke blot håndhæver rettigheder, men også skaber ny ret gennem sin fortolkning. Dette har særligt kendetegnet EMD og EFDs praksis.⁸⁵

3. Opbruddet i dansk tradition i lyset af europæisk rettighedsudvikling

Den fortolkningsstrategi og det syn på domstolenes forfatningsretlige rolle, som nu dominerer europæisk grundrettighedstænkning, udfordrer den danske forfatningsretlige fortolknings- og magtfordelingsstradition. Som følge af den europæiske rettighedsudvikling bliver det – både af retlige og mere reelle grunde – stadig mere problematisk at fastholde den danske fortolkningstradition på grundrettighedsområdet og den traditionelle opfattelse af domstolenes rolle vis-à-vis lovgivningsmagten.

Allerede vore internationale menneskerettighedsforpligtelser efter EMRK og fællesskabsretten gør det nødvendigt, at danske domstole tilnærmer deres fortolkningsstrategi og -principper til EMDs og samtidig påtager sig en mere selvstændig forfatningsretlig rolle – navnlig i forhold til lovgivningsmagten.⁸⁶

Gennem håndhævelsen af EMRK bliver danske domstole efterhånden fortrolige med mere selvstændige og dynamiske fortolkningsstrategier. Derfor kan påvirkningen ikke isoleres til EMRK og fællesskabsrettens område. Den generelle tendens i europæisk menneskeret og forfatningsret inspirerer også i øvrigt til en mere aktiv og dynamisk rolle for danske domstole i fortolkningen og håndhævelsen af grundrettigheder. Og som følge af grundrettighedernes fælles udspring og den stigende retlige og politiske forbundethed mellem Europas stater bliver det komparative

84. Jf. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, side 269; Henning Koch, *Dommerret – om forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland* i Kjørsum m.fl. (red.), *Grundloven og menneskerettigheder*, 1997, side 337.

85. Jf. Koopmans, *Sources of Law – the New Pluralism*, 1994, side 194f.

86. Jf. Betænkning 1319 (1996), side 173ff; Zahle, *Dansk Forfatningsret*, bind 3, 1997, side 54f.

perspektiv navnlig på grundrettighedsområdet stadig mere nærliggende i den dynamiske fortolkning.

Som en følge heraf ses i de senere år klare signaler om og tendenser i retning af en mere aktiv forfatningsretlig rolle for domstolene – ikke mindst i forhold til Folketinget – og en stigende accept af en mere selvstændig fortolkning fra domstolene – ikke mindst en mere fri og selvstændig udvikling af grundrettighedsbeskyttelsen.

3.1 Signaler om en styrkelse af domstolenes forfatningsretlige rolle

I de senere år er der kommet mange signaler om en mere aktiv forfatningsretlig rolle for danske domstole – navnlig Højesteret – i fremtiden. Disse bekræfter alle, at den europæiske rettighedsudvikling er den primære baggrund for det ændrede syn på domstolenes rolle.

Det forfatningsretlige magtfordelingsprincip er altså ikke statisk. Man skulle næsten tro, at Alf Ross var synsk, da han i sin tid skrev om ændringer i magtfordelingen gennem udviklingens dynamik: *„Eller også kan den politiske udvikling føre en motivforskydning med sig, således at en nedarvet institution fyldes med nyt liv og mening. (...) politisk betingede forskydninger i forfatningsrettens reelle betydning kan fortætte sig til retssædvaner hvorved altså også forfatningens indhold, om ikke den skrevne forfatnings ord, ændres.“*⁸⁷

Det er slående, hvor hurtigt holdningsskiftet til domstolskontrol er kommet. Endnu omkring 1990 holdt mange fremtrædende jurister fast i den traditionelle magtfordelingsopfattelse. Blot få år senere havde samme personer øjensynlig „skiftet hest“.

Eksempelvis mente højesteretspræsident Niels Pontoppidan i 1991, at domstolenes tilbageholdende linje i udøvelsen af prøvelsesretten generelt måtte forventes fastholdt, idet dog en mere aktiv rolle måtte forventes på EMRKs område.⁸⁸ Bare fem år senere, i 1996, udtalte Pontoppidan uden tøven: *“Danske domstole vil i fremtiden komme til at spille en mere aktiv rolle, og danske dommere vil få en retsskabende funktion ud over det, man har været vant til”*. Pontoppidans standpunkt gik nu mere generelt på en mere aktiv domstols-

87. Ross, Dansk statsforfatningsret, 1980, Bind 1, side 49-51.

88. Pontoppidan, interview i Lov og Ret, nr. 5 1991, side 5: *“Jeg tror dog ikke, at domstolene vil forlade den forsigtige linje, hvorefter prøvelsesretten, som en kollega har udtrykt det, er en slags nødbremse.”* Pontoppidans forudsigelse svarede til hans egen opfattelse, se UfR 1990 B, side 164.

rolle, ikke kun i spørgsmål om EMRKs overholdelse, men også i kontrollen med lovgivningsmagtens overholdelse af Grundlovens frihedsrettigheder.⁸⁹ I 1990 skrev højsteretsdommer Torben Jensen, at *“Selv om grænserne mellem den lovgivende og dømmende magt til enhver tid vil være flydende, afhængig af behovet for domstolsbeskyttelse, må det imidlertid forventes, at domstolene som hidtil vil bestræbe sig på at undgå konfrontationer.”*⁹⁰ I 1999 skriver Torben Jensen derimod, at der *“i nutidens komplicerede samfund med de omfattende indgreb i den enkeltes liv [er] behov for en effektiv domstolskontrol med overholdelse af de regler i Grundloven, der tilsigter at værne befolkningen som helhed, enkeltpersoner eller mindretal mod overgreb.”*⁹¹

I de senere år er såvel professorer som højsteretsdommere nærmest faldet over hinanden for at bekræfte, at domstolene i fremtiden må og vil påtage sig en mere aktiv forfatningsretlig rolle i grundrettighedskontrollen over for Folketinget, ikke mindst i lyset af den europæiske rettighedsudvikling. Man fornemmer i udtalelser fra højsteretsdommere om den „nye“ forfatningsretlige rolle en vis uro ved, men også en lettelse over, at Højesteret omsider er trådt ud af Folketingets – og sin egen – skygge.

Højsteretsdommer Torben Melchior anfører: *„it cannot be excluded that in the future the courts may undertake a more active role vis-à-vis Parliament. Such a development may be encouraged by the kind of reasoning applied in the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, for instance when Danish courts apply the broad standards of the European Convention on Human Rights.”*⁹² Torben Jensen anfører, at Højesterets domme i “Maastricht-sagen” viderefører den påbegyndte udvikling, *“hvor den juridiske prøvelse er mere realistisk og dybtgående, end det tidligere blev anset statsretligt muligt.”*⁹³ Henrik Zahle skriver med henvisning til EMDs og EFDs praksis, at den juridiske tradition må omtolkes, fordi *“den judicielle legitimation til at forholde sig kritisk over for den politiske og administrative magt er styrket”* og, at den danske tilpasning til europæisk retsudvikling ikke i længden kan begrænse sig til en bestræbelse på ikke at blive underkendt ved EFD og EMD.⁹⁴

89. Interview i Weekendavisen, 28. juni 1996.

90. Torben Jensen, UfR 1990 B, side 448.

91. Torben Jensen, Højesteret og Retsplejen, 1999, side 258.

92. Melchior, *The Danish Judiciary* i Dahl m.fl. (ed.), *Danish Law in a European Perspective*, 1996, side 102.

93. Torben Jensen, Højesteret og Retsplejen, 1999, side 258.

94. Zahle, *Grundlovens Menneskerettigheder*, 1997, side 376 med note 39.

Bag Højesterets ændrede opfattelse af sin forfatningsretlige rolle over for lovgivningsmagten ligger formentlig også den opfattelse, at „når EMD kan, kan vi også“. EMDs demokratiske legitimation til at gå tæt på Folketinget er reelt svagere end Højesterets. EMDs dommere udpeges af medlemsstaternes regeringer.

Torben Jensen antyder ubalancen i forfatningsretligt perspektiv mellem en stærk EMD og en svag Højesteret, når han om EMD skriver, at: „*det er overladt til et internationalt teknokratiske dommerkollegium uden folkeligt mandat at anvende og fortolke konventionens grundrettigheder på en intensiv måde, der er videregående end den prøvelsesret, Folketinget helt op til nutiden har været betænkelig ved at overlade til danske domstole med hensyn til loves grundlovsmæssighed ...*“.⁹⁵

3.2 Signaler om en ny og bredere fortolkningsstrategi

Der er ligeledes klare signaler om, at danske domstole i fremtiden i højere grad må forventes at anlægge en mere selvstændig linje ved fortolkning af grundrettigheder, inspireret af bl.a. EMD, EFD og BVerfGs mere frie og dynamiske fortolkningsstrategi.

Zahle beskriver det således: „*Fortolkningen af grundlovens menneskerettigheder er under udvikling. Globale og europæiske tendenser styrker en dynamisk tradition, der i hovedsagen fører til ekspansive grundlovsudlægninger, der i hvert fald med tiden må forventes også at sætte sit præg på fortolkningen af grundlovens menneskerettigheder. Fortolkningen af menneskerettighederne har stor betydning for forholdet mellem de statslige magter, særligt forholdet mellem den lovgivende magt og den dømmende magt.*“⁹⁶ Peer Lorenzen, højesteretsdommer og for tiden dommer ved EMD, anfører, at det: „*næppe [kan] udelukkes, at den tradition for en formålsbestemt forfatningsfortolkning, som præger ikke blot internationale domstole, men også de øverste domstolsorganer i en række lande, på længere sigt vil påvirke danske domstole.*“⁹⁷

Den overvejende opfattelse synes at være, at dette brud med traditionel fortolkningsstrategi ikke begrænser sig til håndhævelsen af EMRK og fællesskabsretten, men mere generelt vil præge rettighedsfortolkningen – med tiden også grundlovsfortolkningen.

95. Torben Jensen, Højesteret og Retsplejen, 1999, side 279.

96. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 38.

97. Lorenzen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for dansk forfatningsret* i Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, 1999, side 19.

Bernhard Gomard mener, at den danske fortolkningstradition ikke alene er uholdbar på områder, der reguleres af EF- og EMRK-retten, men at en ny fortolkningsstrategi tillige må ventes at brede sig til beslægtede retsområder: „Den traditionelle, forsigtige fortolkningsstil (...) i dansk ret kan ikke opretholdes på områder, der er reguleret af EF-ret eller Menneskerettighedskonventionen. En ændret fortolkningsstil, der følger domstolene i Luxembourg og Strasbourg, vil formentlig brede sig i hvert fald til emner, der er påvirket af eller ligner de emner, der er reguleret af europæisk ret. Der må være harmoni i retssystemet.“⁹⁸ Derimod finder Eva Smith, at danske domstoles tilbageholdenhed med at være retsskabende er velbegrundet og generelt bør fastholdes. Smith erkender dog, at dette er uholdbart på EMRKs område, fordi EMRK er principper, der udfyldes gennem konventionsorganernes og de nationale domstoles praksis.⁹⁹

Antagelsen om en mere generel tendens bekræftes og bestyrkes af domstolsreformen fra 1998¹⁰⁰ og dens forarbejder. Reformen indebærer navnlig, at der oprettes en selvstændig domstolsstyrelse og et uafhængigt dommerudnævnelsesråd, samt gives retningslinjer for en bredere rekruttering til domstolene. Bag reformen ligger ønsket om at styrke domstolenes uafhængighed og funktion som den tredje statsmagt – herunder en styrket rolle i rettighedsbeskyttelsen. Med lovreformen og dens forarbejder er der fra politisk hold tilkendegivet et ønske om og en accept af en mere aktiv og selvstændig rolle for domstolene – også over for Folketinget – og en større “retsskabende” funktion, ikke mindst i rettighedsfortolkningen.

Domstolsudvalget blev nedsat af regeringen i 1993 og fik til hovedopgave at vurdere praksis vedrørende rekruttering, uddannelse og udnævnelse af dommere, samt spørgsmålet om domstolenes organisation. Udvalgets betænkning 1319 (1996) rummer en række principielle synspunkter om domstolenes funktion i samfundet. Bag udvalgets konkrete forslag ligger ønsket om at styrke domstolenes uafhængighed og gøre domstolene bedre egnede til at varetage en mere aktiv og retsskabende rolle i fremtiden. I beskrivelsen af domstolenes opgaver omtales prøvelsen af loves grundlovsmæssighed som en

98. Gomard, *Juraen under forandring og udvikling*, UfR 1993 B, side 392. Tilsvarende Lorenzen i Zahle (red.), *Danmarks Riges Grundlov*, 1999, side 20.

99. Eva Smith, *Anvendelse af Den europæiske Menneskerettighedskonvention ved danske domstole*, UfR 1994 B, side 106.

100. Lov nr. 401 om Domstolsstyrelsen og Lov nr. 402 om ændring af retsplejeloven, tjenestemandsløven og forskellige andre love, begge af 26. juni 1998. Lovene trådte i kraft den 1. juli 1999.

reel garanti. Af udviklingstendenser af betydning for domstolenes funktion henvises til den stigende relevans af sager om menneskerettigheder, hvor domstolene må operere med retlige standarder og vanskelige afvejninger, samt til EU-retten. Om betydningen af denne udvikling for domstolenes fremtidige opgaver og funktion hedder det i en af betænkningens helt centrale passager (side 176): „*Herudover bidrager udviklingen til en ændring i domstolenes rolle – en rolle hvorefter domstolene i højere grad end hidtil skal udøve en **selvstændig retsskabende funktion**. Dommerne må således forventes at skulle arbejde med en **bredere fortolkningsstil** og en **retskildelære**, der i et vist omfang går ud over og derved til dels adskiller sig fra den nuværende. Udviklingen understreger betydningen af domstolene som en uafhængig tredje statsmagt.*“ (mine udhævnninger).

3.3 Konkrete vidnesbyrd om den “nye” domstolsrolle

Konkrete vidnesbyrd om den beskrevne tendens er navnlig domstolenes stadig mere aktive anvendelse og fortolkning af EMRK siden slutningen af 1980’erne, Højesterets domme i „Maastricht-sagen“ fra 1996 og 1998 og i „Tvind-sagen“ fra 1999.

Domstolenes praksis vedrørende EMRK siden slutningen af 1980’erne

Med tre principielle afgørelser fra 1989 (UfR 1989.928 H, 1990.13 H og 1990.181 H) fastslog Højesteret danske myndigheders pligt til så vidt muligt at lægge EMRK og EMDs praksis til grund ved anvendelse og fortolkning af dansk ret. Med disse afgørelser – navnlig UfR 1990.181 H – viste Højesteret samtidig villighed til at foretage en selvstændig fortolkning af rækkevidden af EMDs praksis og lægge denne fortolkning til grund for sin afgørelse, uanset indholdet af dansk ret. Hermed var vejen banet for en styrkelse af danske domstoles rolle – også over for lovgivningsmagten. Denne udvikling er fortsat og blevet udbygget siden inkorporeringen af EMRK i 1992 (se nærmere nedenfor kapitel 4, afsnit 4. 5, samt kapitel 5 og 6).

Højesterets domme i „Maastricht-sagen“ fra 1996 og 1998

Højesterets enstemmige dom om antagelse af „Maastricht-sagen“ til realitetsbehandling (UfR 1996.1300 H) brød med mangeårig fast retspraksis vedrørende betingelserne for søgsmålskompetence. Højesteret godkendte, at loven om tiltrædelse af Maastricht Traktaten kunne undergives abstrakt prøvelse i forhold til Grundlovens § 20 om suverænitetsafgivelse som følge af tiltrædelseslovens „indgribende betydning for den danske

befolkning i almindelighed“. Dommen vakte stor opsigt og er blevet set som et signal om en styrket forfatningsretlig rolle for domstolene også over for Folketinget.¹⁰¹

Selv om Højesterets antagelse af „Maastricht-sagen“ til realitetsbehandling utvivlsomt kom som en overraskelse for mange, blev afgørelsen – i hvert fald udadtil – hilst velkommen ikke kun i juridiske, men også i brede politiske kredse og af regeringen.¹⁰²

Højesterets realitetsdom i „Maastricht-sagen“ fra 1998 (UfR 1998.800 H) bekræfter tendensen; ikke så meget ved dens resultat (staten blev frifundet), men ved de principielle og udførlige præmisser, der ledsagede dommen, og hvori Højesteret udstak visse yderste grænser for adgangen til suverænitetsafgivelse efter Grundlovens § 20.¹⁰³

Højesterets dom i „Tvind-sagen“ fra 1999

Med dommen i „Tvind-sagen“ fra 1999 (UfR 1999.841 H) tilsidesatte Højesteret for første gang nogensinde en lov som stridende mod Grundloven. Med „Tvind-loven“ havde lovgivningsmagten frataget 32 frie grundskoler retten til tilskud, fordi man fandt, at disse skoler ikke levede op til kravet om uafhængighed, men reelt indgik i „Tvind-koncernen“. Højesteret fandt loven ugyldig som stridende mod magtfordelingsprincippet i Grundlovens § 3 og det bagvedliggende retssikkerhedshensyn, fordi den afskar skolerne fra at få spørgsmålet om fratagelse af tilskud prøvet ved domstolene. Dommens resultat kunne ikke på forhånd anses for givet. Forud for dommen havde der ikke været generel enighed i teorien om, hvorvidt Grl § 3 indeholder materielle begrænsninger i lovgivningsmagtens kompetence, og Justitsministeriets lovkontor havde

101. Ditlev Tamm betegner dommen som en „judiciel revolution“ og et brud med en flere hundrede år gammel domstolstradition for ikke for alvor at udfylde rollen som den tredje statsmagt (UfR 1997 B, side 87). Hjalte Rasmussen ser dommen som udtryk for et radikalt nyt syn på forholdet mellem borgere, domstole og folketing, som vil få betydning for vort folkestyres funktion (Grundlov, Højesteret og Folkestyre, 1996, side 19 og 64). Torben Jensen betegner dommene som udtryk for „en afgørende udvikling i dansk ret“, som har sat Højesterets prøvelsesret i relief (1999, side 254, jf. 258).

102. Se nærmere Hjalte Rasmussen, Folkestyre, Grundlov og Højesteret, 1996, side 10 og 38.

103. Se hertil Torben Jensen, 1999, side 254 og 258. Claus Haagen Jensen, *Forholdet mellem domstolene og Folketinget* i Advokatsamfundets Festskrift i anledning af Grundlovens 150 års Jubilæum, 1999, side 35.

fundet loven forenelig med Grl § 3. Ikke blot sagens udfald, men også det retlige grundlag herfor gør det derfor nærliggende at se dommen som yderligere et tegn på, at Højesteret er ved at tiltage sig en mere fremtrædende forfatningsretlig rolle i forhold til lovgivningsmagten, navnlig hvor hensynet til individets frihed og retssikkerhed er på spil.¹⁰⁴ Også Tvinddommen mødte bifald fra politisk hold.¹⁰⁵

4. Sammenfattende konklusion

Den traditionelle, forsigtige linje i dansk ret, hvad angår grundrettighedsfortolkning og -kontrol med lovgivningsmagten, har baggrund i en forfatningsretlig magtfordelingsopfattelse, hvorefter det folkevalgte parlaments frihed anses for næsten ubegrænset, kombineret med en overvejende positivistisk tilgang til retlig fortolkning og en opfattelse af dommerskabt ret som „politisk“.

Den danske tradition står i stigende grad i modsætning til den generelle udvikling i Europa, hvor rettighedsbeskyttelsen ved domstolene har fået stigende betydning både internationalt – gennem EMRK og EMD – og nationalt i kraft af en generel styrkelse af forfatningskontrollen. Der tegner sig konturerne af en fælleseuropæisk forfatningsretlig magtfordelings- og demokratiforståelse, hvor domstolenes kontrol med individets rettigheder er en reel modvægt til lovgivningsmagten, samt en almen accept af domstolenes selvstændige rolle – navnlig i grundrettighedsfortolkningen – gennem anerkendelse af mere frie og dynamiske fortolkningsstrategier.

Den danske tradition er i de senere år under opbrud og forandring som følge af påvirkningen fra den europæiske inter- og transnationale rettighedsudvikling. Signalet fra Højesterets domme i „Maastricht-sagen“ og „Tvind-sagen“ og de massive og ret entydige retspolitiske forudsigelser er ikke til at tage fejl af.

Danske domstoles grundrettighedsfortolkning må fremover forventes i stigende grad at blive præget af en mere fri, selvstændig og dynamisk fortolkningsstrategi, ligesom domstolene – navnlig Højesteret – må forventes at ville indtage en mere aktiv rolle over for lovgivningsmagten i

104. Jf. Haagen Jensen, 1999, side 36. Tvinddommen omtales nærmere nedenfor i Del III.

105. Se f.eks. Statsministerens udtalelser til Politiken 24. februar 1999.

kontrollen med respekt for grundrettigheder, uanset om grundlaget herfor er EMRK eller Grundloven.

I den „nye“ rolle må danske domstole forventes fortsat at orientere sig mod fællestrækkene i europæisk – international og transnational – rettighedsbeskyttelse, både hvad angår fortolkningsstrategi og omfanget af grundrettighedskontrol med love.

Baggrunden for opbruddet i dansk magtfordelings- og fortolknings-tradition – den europæiske rettighedsudvikling – må også danne udgangspunktet for formulering af en moderne dansk grundrettighedslære.

Del II

Domstolenes fortolkning af grundrettigheder

“Mennesker ønsker i Almindelighed det, som er godt, og ikke blot, hvad der er overleveret fra deres Fædre; (...) i alle Forfatninger maa man tage to Ting i Betragtning; for det første om en bestemt Lov er god eller daarlig, sammenlignet med den bedst mulige Indretning, og for det andet om noget er i Uoverensstemmelse med den Forudsætning og den Karakter, som har været Grundlaget for den i det givne Tilfælde foreliggende Forfatning.”

Aristoteles, Statslære, 2. Bog (om statsteori) Kap.V.12 og Kap.VI.1

En retsteoretisk ramme for grundrettighedsfortolkning

Praktisk grundrettighedsfortolkning er – som al fortolkning – en kompleks virksomhed, som udøves af tænkende og følende mennesker i forhold til et konkret problem og med udgangspunkt i nogle retsnormer, som for grundrettighedernes vedkommende ofte er generelt og vagt formuleret. En teoretisk undersøgelse af grundrettighedsfortolkningen må da nødvendigvis fremtræde som konstrueret i forhold til fortolknings virkelighed. Formålet hermed er imidlertid at skabe klarhed over grundrettighedsfortolkningens styrende faktorer og stadier (*afsnit 1*) som udgangspunkt for en principiel stillingtagen til det retsbegreb og den fortolkningslære (*afsnit 2-3*), samt den forståelse af begrebet “retsskabelse” (*afsnit 4*), som herefter lægges til grund for afhandlingen.

1. Grundrettighedsfortolkningens faktorer og stadier

1.1 Fortolkningens “trekant” – sag, regel og fortolker

Afhandlingens tilgang til grundrettighedsfortolkning bygger på den hermeneutiske “trekant”, hvorefter fortolkning sker i et spændingsfelt mellem *sagen* (konkrete retfærdighedshensyn), *retsreglerne* (de autoritative retskilder, herunder den strategi og metode hvorefter disse fortolkes) og *fortolkerens forforståelse* (normative grundforestillinger). Disse faktorer bestemmer – i et indbyrdes samspil – fortolkningsresultatet.¹⁰⁶

106. Jf. Zahle, *Rettens kilder*, 1999, side 74, som sammenfatter “trekanten” således: “*Det samlede formål for og den særegne karakter ved den juridiske afgørelse er, at der er en retsanvender, der søger at harmonisere det normative med den konkrete sag med henblik på at tilnærme sig retfærdighed.*”

Sagen – konkret retfærdighed

Som følge af grundrettighedernes typisk brede og åbne karakter får den konkrete sag i særlig grad betydning i grundrettighedsfortolkningen. Grundrettighedsfortolkning er en problemorienteret proces, hvor norm og problem/virkelighed indgår i et intimt samspil. Grundrettighedsfortolkningens udpræget problemorienterede karakter har konsekvenser for relevansen af de traditionelle fortolkningsmetoder og for betydningen af fortolkerens normative forforståelse. Fortolkerens vurdering af, hvad der er den normativt rigtige løsning i det konkrete tilfælde kan virke styrende for valget af fortolkningsstrategi, herunder valg og vægtning af fortolkningsmetoder. Den konkrete sags betydning nødvendiggør ofte et mål af konkret retfærdighedsudøvelse.

Retsreglerne – fortolkningsstrategi og fortolkningsmetoder

Grundrettighedsfortolkning betjener sig som anden retlig fortolkning af nogle fortolkningsmetoder – redskaber – til „udfindelse“ af den grundretlige norms indhold. Disse redskaber knytter sig til retskildemateriale af en vis objektiveret karakter (ordlyd, forarbejder mv.). Det er et centralt spørgsmål, hvilken betydning og indbyrdes vægt fortolkningsmetoderne skal tillægges i grundrettighedsfortolkningen. Svaret herpå beror i vidt omfang på den anlagte fortolkningsstrategi. Fortolkningsstrategien har konsekvenser for den metodiske åbenhed i grundrettighedsfortolkningen. En fortolkningstrategi, som sigter mod at realisere grundrettighedens formål og ånd og mod en dynamisk udvikling af grundrettighederne, er mere metodisk åben end en fortolkningsstrategi, som lægger afgørende vægt på grundrettighedernes ordlyd og forarbejder. En åben og dynamisk fortolkningsstrategi giver dermed større rum for fortolkerens normative forforståelse end en ordlydsorienteret og originalistisk strategi.

Fortolkerens forforståelse – materielle-strukturelle fortolkningsprincipper

Fortolkerens forforståelse – grundforestillinger om forfatningens og grundrettighedernes funktion – har stor betydning i grundrettighedsfortolkningen. For det første peger fortolkningsmetoderne langt fra altid entydigt på et bestemt fortolkningsresultat. For det andet er valget af fortolkningstrategi, herunder valg og vægtning af de forskellige fortolkningsmetoder, i vidt omfang afhængig af fortolkerens grundfore-

stillinger om forfatningen og grundrettighederne.¹⁰⁷ Samtidig har fortolkerens grundforestillinger en udfyldende funktion ved realiseringen af den anlagte fortolkningsstrategi, idet grundforestillingerne – i modsætning til fortolkningsstrategien – medvirker til at fastlægge rettighedens konkrete materielle indhold. Mellem fortolkerens forforståelse og valg af fortolkningsstrategi består således en vekselvirkning. Forforståelsen danner baggrund for valg af fortolkningsstrategi, men virker samtidig udfyldende ved udmøntning af den anlagte fortolkningsstrategi i konkrete afgørelser.

Grundrettighedsdogmatikken kan bidrage til en strukturering og rationalisering af fortolkerens forforståelse ved at formulere nogle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper ud fra overvejelser om navnlig forfatningens generelle funktion, grundrettighedernes funktion i forfatningen, forholdet mellem individuelle rettigheder og kollektive samfundshensyn, hensynet til balance mellem domstole og lovgiver etc.

Grundrettighedskontrol og hensynet til lovgivningsmagten

Forfatningens grundrettigheder er bindende normer for lovgivningsmagten og håndhæves som sådan af domstolene i lovprøvelsestilfælde. Hvor grundrettighedsfortolkning sker som led i prøvelse af love, aktualiseres derfor spørgsmålet om grænserne for domstolenes kompetence og mandat til at kontrollere det folkevalgte parlament. Dette spørgsmål om prøvelsesrettens grænser må principielt betragtes som en integreret del af grundrettighedsfortolkningens problematik. Prøvelsesrettens omfang bestemmes i sidste ende af domstolenes grundrettighedsfortolkning. Omvendt vil domstolenes grundrettighedsfortolkning blive påvirket af det generelle syn på domstolenes forfatningsretlige rolle i forhold til lovgivningsmagten.¹⁰⁸

Hensynet til respekt for kompetencefordelingen mellem domstole og lovgivningsmagt kunne derfor i princippet behandles som et materielt-strukturelt fortolkningsprincip af institutionel-funktionel karakter.

107. Jf. bl.a. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStI 1963, side 64. Böckenförde, *Die Methoden der Grundrechtsinterpretation*, NJW 1976, side 2097.

108. Jf. Ehmke, VVDStI 1963, side 73; Böckenförde, NJW 1976, side 2089f; Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, side 95; Schlaich, *Bundesverfassungsgericht*, 1994, side 10.

ter. Da kompetencefordelingshensynet imidlertid indtager en central plads i grundrettighedsproblematikken og navnlig aktualiseres i lovprøvelsestilfælde, udskilles det i denne afhandling til selvstændig behandling (nedenfor Del III: Domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningsmagten).

1.2 Nærmere om begreberne fortolkningsmetode, fortolkningsstrategi og fortolkningsprincipper

I afhandlingen anvendes begreberne „fortolkningsmetode“, „fortolkningsstrategi“ og „fortolkningsprincip“ om tre problemstillinger i grundrettighedsfortolkningen, som er principielt forskellige, omend indbyrdes forbundne:

En *fortolkningsmetode* betegner de redskaber, fortolkeren kan tage i anvendelse ved fortolkningen af en retsnorm. Fortolkningsmetoderne er knyttet til et retskildemateriale med en grad af objektivitet eksistens.

En *fortolkningsstrategi* betegner en generel forestilling om fortolkningens formål og karakter. Fortolkningsstrategien (eller fortolkningsstilen) giver et program for fortolkningen med heraf følgende konsekvenser for valg og vægtning af fortolkningsmetoder. Fortolkningsstrategien vil både afhænge af det generelle syn på juridisk fortolkning og på retsnormernes karakter og funktion. Fortolkningsstrategien giver ikke i sig selv materielle retningslinjer for løsning af et konkret problem.

Et *fortolkningsprincip* betegner et materielt-strukturelt princip, der indgår ved valg og udfyldning af den abstrakte fortolkningsstrategi, men som tillige kan vejlede fortolkeren i den konkrete udmøntning af retskildematerialet på sagen i overensstemmelse med den anlagte fortolkningsstrategi. Fortolkningsprincipperne er udtryk for en struktureret af fortolkerens for forståelse – de grundlæggende, materielle forestillinger om retsnormernes karakter og funktion i retssystemet som helhed.

1.3 Fortolkningens to stadier – abstrakt fortolkning og konkret udmøntning

Ud fra et retsteoretisk perspektiv rummer al retsanvendelsesorienteret juridisk fortolkning i overensstemmelse med den hermeneutiske “trekant” to elementer – eller stadier – som bør betragtes hver for sig, omend de i den praktiske retsanvendelse formentlig opleves som forbundne og

ofte synes at indgå i én samlet proces: 1) *abstrakt fortolkning* af normen og 2) *konkret udmøntning (konkretisering)* af normen i forhold til – og med henblik på afgørelse af – den foreliggende sag.

Abstrakt normfortolkning

Abstrakt fortolkning sker i et samspil mellem norm og fortolker. Ved den abstrakte fortolkning fastlægges normens generelle materielle indhold og anvendelsesområde. Når det drejer sig om brede og lapidarisk formulerede principper – og mange grundrettigheder har netop denne karakter – vil den abstrakte fortolkning give anledning til principielle og kontroversielle retsteoretiske spørgsmål om, hvilken fortolkningsstrategi og hvilke fortolkningsmetoder og fortolkningsprincipper, som skal lægges til grund.

Konkret udmøntning af normen (konkretisering)

Konkretisering sker i et samspil mellem norm, fortolker og den foreliggende sag. Ved den konkrete udmøntning (konkretisering) fastlægges normens konkrete indhold og relevans i forhold til den foreliggende sag. Konkretisering af normen skal muliggøre en afgørelse af sagen. Derfor kaldes konkretisering også for retsanvendelse, omend dette udtryk ofte er misvisende. Konkretisering fordrer nemlig af fortolkeren en selvstændig – retsskabende – virksomhed. Det gælder i særdeleshed for grundrettigheder, som ofte har karakter af principper med et bredt og ubestemt indhold og anvendelsesområde. Sagens betydning for den konkrete udmøntning af normen kan af indlysende årsager kun gøres til genstand for en mere generel retsteoretisk beskrivelse.

2. Et normativt begreb om retten – grundrettigheder og rettens grundlag¹⁰⁹

I dette afsnit fokuseres på forholdet mellem norm og fortolker. Det grundlæggende retsteoretiske spørgsmål om rettens og den retlige fortolknings karakter og grundlag får særlig betydning for grundrettigheds-

109. Se for en mere udførlig diskussion heraf, hvor navnlig den skandinaviske retsrealisme gøres til genstand for mere indgående kritik Rytter, *Retsteori & Retfærdighed – om grundrettigheder og behovet for en normativ retslære*, Retsvidenskabeligt Institut B, Studier nr. 64, 1998.

fortolkningen, hvor retskildematerialet er åbent og normerne tæt knyttet til grundlæggende moralforestillinger.¹¹⁰

Udgangspunktet for grundrettighedsfortolkningen bør efter min opfattelse være et normativt begreb om retten. I det følgende skitseres et sådant normativt retsbegreb, som kan fungere som udgangspunkt for en moderne lære om grundrettighedsfortolkning, samt bidrage til forståelsen af grundrettighedernes karakter af fundamentale normer og disse normers betydning for retssystemets legitimitet.

Med et normativt begreb om retten menes et retsbegreb, som i højere grad end den skandinaviske retsrealisme integrerer og tematiserer de uskrevne normer, som er en nødvendig del af al vanskelig fortolkning. Et normativt retsbegreb søger at sammenbinde begreberne gældende ret og normativ "rigtighed". Hermed postuleres vel at mærke ikke et bestemt – absolut – retfærdighedsbegreb.

Retsteorier på et tilsvarende grundlag er bl.a. formuleret af nordmanden David Doublet¹¹¹ og amerikaneren Ronald Dworkin¹¹². Deres standpunkter inddrages i det følgende. Også i dansk retsteori spores en tendens i retning af en mere normativ retstænkning. I de senere år er der fremkommet flere retsteoretiske afhandlinger, som har det til fælles, at de tager afstand fra den logiske positivisme som erkendelsesgrundlag for retsvidenskaben og i stedet søger at nærme sig et normativt retsbegreb.¹¹³

110. Grundrettighedernes centrale placering i retssystemet medfører imidlertid, at en retsteoretisk ramme, som ikke er adækvat i forhold til grundrettighedsfortolkning og -kontrol, heller ikke kan gøre krav på at fungere som retsteoretisk ramme for retssystemet som helhed. Derfor kan drøftelserne i dette afsnit samtidig ses som et indlæg i den generelle retsteoretiske diskussion.

111. David Doublets afhandling *Rett, vitenskap og fornuft* fra 1995 søger at formulere en retsfilosofi, som på den ene side bevarer retsvidenskabens nærhed til retsanvendelsen, men samtidig konstituerer rettens normative grundlag som en integreret del af retsbegrebet. Doublet angiver at være påvirket af Gadamer's hermeneutik og Kants retsfilosofi, a.st., side 442 og 451.

112. Ronald Dworkin regnes for en af den nyere retsfilosofis mest betydningsfulde skikkelser. Dworkins retsteoretiske ideer udkom første gang i bogform med *Taking Rights Seriously* fra 1977. Dworkin har videreudviklet sine tanker til en samlet retsteori i hovedværket *Law's Empire* fra 1986.

113. Se bl.a. Høilund, *Den forbudte retsfølelse*, 1992; Olsen, *Rationalitet, ret og moral*, 1997; Ljungstrøm, *Rettens Alkymi*, 1998; Høilund, *Den moderne retstæknings gennembrud og autoritetstab*, 1998. Peter Blume har ud fra et retsrealistisk standpunkt kritiseret denne tendens i *Naturrettens genfødsel – om retsdogmatik og etik*, TfR 1993, side 447-73.

2.1 Kritik af den skandinaviske retsrealisme

Retsrealismens store fortjeneste er utvivlsomt, at den fremhæver retsanvenderens centrale betydning for retsdannelsen. Med denne afstandtagen fra den rene retspositivisme anerkendes, at fortolkerens normative forestillinger spiller en afgørende rolle.

Alf Ross afviste retspositivismen som grundlag for forståelse af retsanvendelsen. Retsanvendelsens materiale er andet og mere end de positive regler. Forestillinger om retfærdighed spiller en stor rolle i retsanvendelsen – som selvstændig retskilde under navn af „kulturtraditionen“ og som pragmatiske faktorer i fortolkningen. Dommeren søger i kulturtraditionens lys at give fortolkningen normativ mening.¹¹⁴

Retsrealismens achilleshæl er, at disse styrende, uskrevne normer ikke indarbejdes i et normativt retsbegreb. Retsrealismen forklarer til dels, hvad dommeren gør, men ikke, hvorfor han også bør gøre sådan. Retsrealismen tilbyder ikke et sammenhængende svar på, hvad der er fundamentet og rationalet for samspillet mellem de uskrevne normer og gældende ret – hvilke normer, der styrer fortolkning og retsanvendelse i det såkaldt retstomme rum. Grundlæggende er rettens legitimitet også i retsrealismen knyttet til dens faktiske gælden, ikke til dens normative indhold.¹¹⁵

Ross opererer med et begreb om dommernes fælles normative ideologi – den ideologi, der „faktisk er virksom, eller må tænkes virksom, i dommerens sind, fordi den opleves af ham som socialt forbindende og derfor effektivt efterleves ... de forskellige dommere besjæles af en fælles overindividuel ideologi“. ¹¹⁶ Ross anfører, at dommerideologien er knyttet til retsfølelsen i samfundet, og at den enkelte dommers egen idiosynkrasi derfor ikke er legitim som normativt grundlag. Men herudover giver Ross ikke bidrag til en normativ fastlæggelse af dommerideologiens indhold.¹¹⁷ Eckhoff samler de uskrevne normative retskildefaktorer under begrebet “reelle hensyn” – vurderinger af, hvad der er retfærdigt, rimeligt eller formålstjenligt mv. Retskildelæren bliver hos Eckhoff reelt til en funktionel retskildedefaktorlære. De positive retskilder (fortolkningsstanden) og fortolkningsprincipperne (fortolkningsredskaber) flyder sammen som “retskildedefaktorer” med varierende vægt i den fortolkningsproces,

114. Ross, Om Ret og Retfærdighed, 1953, side 118f og 171.

115. Jf. Bernt og Doublets kritik af retsrealismen i artiklen *Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og ny-normativisme* i Blume m.fl.(red.), Retlig Polycentri, 1993, side 115ff (navnlige 137ff og 142).

116. Ross, Om Ret og Retfærdighed, 1953, side 47-48.

117. Jf. Eckhoff, *Ross om Rettskilder og Rett*, TÅR 1987, side 202.

der fører til fastlæggelse af gældende ret. Eckhoff beskæftiger sig i højere grad end Ross med, hvilke normative overvejelser, der som "reelle hensyn" er virksomme i retsanvendelsen.¹¹⁸ Men hans synsvinkel er overvejende deskriptiv.

Den norske filosof David Doublet har i sin disputats *Rett, vitenskap og fornuft* (1995) kritiseret retsrealismen for dens manglende tematisering af rettens normative grundlag. Retsrealismens afgørende svaghed er, at den savner et normativt grundlag, der kan knytte rettens „gyldighed“ til borgernes anerkendelse af retten. I den retsrealistiske forståelse behøver retten ikke anden legitimation end dens faktiske gælden, hvilket i sidste instans er en henvisning til den bagvedliggende magt.¹¹⁹

Retsrealismen har dermed ifølge Doublet „*bidradd til å undergrave jusens mulighet til å stå som garantist for grunnleggende etiske og rettsikkerhetsmessige verdier. Den dogmatiske retsrealismes selvpålagte og selvregulerende nøytralitetsnorm kan medføre at rettsvitenskapen i visse sammenhenger gjennom sin egen ubevissthet forsvarer politiske og etiske verdier som bryter med en fundamental vesteuropeisk normforståelse (dvs. menneskerettighetene) ut fra forutsetningen om å forsvare den objektive jus. I sin tur kan dette bidra til å undergrave jusens og juristenes legitimitet som deltagere i forsvaret for disse fundamentale rettsstatsverdier.*“¹²⁰ Doublets anfører endvidere, at „*dette positivistiske postulat (det gyldige er det positive), som også er overtatt av den skandinaviske retsrealisme, ideologisk, retspolitisk, og vitenskabs-teoretisk bryter med og forhindrer den rettslige vurdering å eksplisere et normativt grunnlag som går utover det som ger sig direkte ut fra en positivistisk lovtolkning.*“¹²¹

En væsentlig årsag til retsrealismens udprægede funktionalisme turde være det ideal om videnskabelighed, som hos Ross udmøntes i prognoseteorien, hvorefter udsagn om gældende ret skal bero på en forudsigelse om indholdet af en fremtidig retsafgørelse.¹²² Retsvidenskaben skal forudsige fremtidige retsafgørelser ud fra retskildematerialet, men bliver retspolitisk, hvis den, som dommeren, lader sig lede af normative overvejelser.

118. Se Eckhoff, *Rettskildelære*, 1997, side 368ff.

119. Doublet, *Rett, vitenskap og fornuft*, 1995, side 140.

120. Doublet, 1995, side 256.

121. Doublet, 1995, side 290.

122. Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, 1953, side 55.

Både Eckhoff og Stuer Lauridsen har taget afstand fra prognoseteorien. Stuer Lauridsen konkluderer, at man som følge af det normative aspekt i dogmatisk argumentation bør opgive begrebet retspolitik de sententia ferenda – altså rettet til domstolene. Det giver nemlig ingen mening med Stuers korrekthedsbegreb – hvad der er juridisk acceptabelt – at sondre mellem retsdogmatik og de sententia ferenda betragtninger.¹²³ Følgelig bliver retsvidenskaben engageret i retten på samme måde som dommeren. Eckhoff betragter ligeledes Ross' prognoseteori som ufrugtbar og cirkulær.¹²⁴ Ifølge Eckhoff bør retsvidenskabens stillingtagen til retsspørgsmål ikke udelukkende baseres på forudsigelser om, hvordan Højesteret vil dømme i en fremtidig sag. Han ser retsvidenskab som *“en slags mellemtung mellem forudsigelse og råd”*, men understreger dog, at pladsen for rådgivning snævrer væsentligt ind, hvor retskildematerialet er solidt. Eckhoff lægger på denne baggrund afstand til begrebet gældende ret, da der kan være mange forskellige synspunkter på retsspørgsmål. Gældende ret har for så vidt kun virkelig mening som beskrivelse af den hidtidige retstilstand.¹²⁵ Henrik Zahle er på linje med Eckhoff, og tilføjer, at det retsdogmatiske udsagn – selv hvor det dogmatiske udsagn ikke slår igennem i retsudøvelsen – kan have en funktion ved at udtrykke et berettiget synspunkt.¹²⁶

Deltagerne i retlig argumentation – dommere, retsvidenskabsfolk m.fl. – har ikke primært behov for forudsigelser af en fremtidig retstilstand baseret på studier af fortidens afgørelser, men for argumenter for, hvorfor en bestemt retstilstand er den rigtige.¹²⁷ Herved er den metodiske forskel på retsanvendelse og retsvidenskab nedbrudt. Begge discipliner forholder sig til, hvad der er den rigtige fortolkning i den konkrete sag.¹²⁸ Fra retsanvenderens synspunkt vil sondringen mellem retsdogmatik og retspolitik (de sententia ferenda) også ofte fremstå som kunstig.

Prognoseteorien bør derfor opgives som retsvidenskabens grundlag. Skal retsvidenskaben have anden værdi end som en retshistorisk sammenfatning af hidtidig praksis, må man acceptere, at retsdogmatikken foruden anvendelse af almindelig retskilde- og metodelære også kan

123. Stuer Lauridsen, *Studier i retspolitisk argumentation*, 1974, side 88 og 324ff (navnlig 332).

Noget blødere formuleret i Stuer Lauridsen, *Om ret og retsvidenskab*, 1992, side 98.

124. Eckhoff, *Ross om Rettskilder og Rett*, TfR 1987, side 197ff (209).

125. Eckhoff og Eng, *Notater i almen rettsteori*, 1990, side 8ff.

126. Zahle, *Retsdogmatik og retskritik* i Basse (red.), *Regulering og Styring I*, 1989, side 51f.

127. Jf. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, side 13.

128. Jf. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, side 64.

inddrage normative overvejelser. Dermed forudsætter retsdogmatik ikke alene kendskab til og korrekt anvendelse af traditionel retskilde- og metodelære, men frem for alt eksplicering af og stillingtagen til de „reelle hensyn“ og retfærdighedsforestillinger, som er rettens grundlag. Dermed kan man ikke sondre skarpt mellem retsdogmatik og retspolitiske anbefalinger til domstolene.

Dette accentuerer yderligere behovet for en fortolkningslære, som kan vejlede både retsanvendelsen og retsvidenskaben i de mange tilfælde, hvor retskildefaktorerne ikke giver entydige svar, og som dermed kan forlene retten med normativ legitimitet.

Retsrealismens manglende integrering af det normativ aspekt i retsbegrebet er efter min opfattelse en afgørende begrænsning ved retsrealismen generelt – og i særdeleshed som ramme for forståelse og diskussion af grundrettigheder. Grundrettighedstanken er nøje knyttet til retten som en retfærdig retsorden, der positivt legitimerer den politiske magt. Grundrettighedsfortolkning må baseres på et normativt retsbegreb, som knytter rettens legitimitet til dens normative indhold og derfor integrerer rettens normative grundlag i retsbegrebet.

2.2 Hvad er – og hvor findes – rettens normative grundlag?

Ifølge Ross bør retspolitikerens normative udgangspunkter ideelt set afspejle de herskende målsætninger hos magthaverne i samfundet. Retspolitik har ifølge Ross:

*„...for så vidt karakter af en kunst, en færdighed, hvor resultatets værdi måles derved, at det faktisk accepteres af andre, især de magthavende, som den beslutning, der bedst harmonerer med alle dominerende indstillinger (interesser) og operative opfattelser (empirisk erkendelse)“.*¹²⁹

Det forekommer ikke acceptabelt at henvise til magthavernes normer – navnlig ikke som udgangspunkt for grundrettighedsfortolkning, hvis formål er individbeskyttelse. Et normativt retsbegreb må hvile på mere principielle og selvstændige overvejelser om retsreglernes karakter og funktion i forfatningen og retssystemet som helhed.

129. Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, 1953, side 420.

2.2.1 Rettens normative grundlag legitimerer retsordenen

Doublet baserer sin retsfilosofi på, at retten skal legitimere retsstaten. Da borgernes anerkendelse er en fundamental del af den demokratiske retsstat, må rettens legitimitet – udover magthåndhævelse – være betinget af borgernes anerkendelse, og dermed af rettens normative indhold.¹³⁰ Fortolkningsprocessen har et værdimæssigt grundlag, som betinger rettens anerkendelse og hvis efterlevelse dermed bliver konstitutivt for retten. Værdigrundlaget består af et sæt af grundlæggende normer (evalueringsgrundlaget), som har en transcendent immanens i selve retssystemet.¹³¹ Evalueringsgrundlagets normer kan således være skrevne eller uskrevne – afgørende er, at disse normer udledes af retssystemet selv.¹³² Doublet vil dog – ud fra et traditionelt retsstatsligt ideal – tilkende en norms skrevne karakter selvstændig værdi: ”vi vil (...) hevde at det netopp er en fordel for den demokratiske retsstat at rettsreglene er positiverte og at deres gyldighet som rettsregler kan føres tilbake til en konkret prosedyre”.¹³³

Det, som helt afgørende adskiller Doublets teori fra retsrealismen, er, at evalueringsgrundlagets normer gøres konstitutive for retsbegrebet. Evalueringsgrundlaget er det normative minimum, som retsanvendelsen må leve op til for at bevare borgernes anerkendelse og dermed rettens legitimitet. Dermed ophøjer Doublet de normer, som fungerer i retsanvendelsen, til et normativt grundlag, som er konstitutivt for retsbegrebet. Evalueringsgrundlaget fungerer dog inden for rammerne af den retlige argumentation. Disse rammer – som skaber en sontring mellem rent moralske og retlige vurderinger – kan ikke bestemmes entydigt, men må afhænge af, hvad der ifølge kompetente jurister er retlig argumentation.¹³⁴

Dworkins teori om „law as integrity“ hviler ligeledes – i modsætning til retspositivismen og retsrealismen – på et normativt retsbegreb, som søger en materiel retfærdiggørelse af statsmagten i rettens indhold. Det er ikke tilstrækkeligt, at retten „gælder“ og håndhæves med magt. En rets-

130. Doublet, 1995, side 290.

131. Doublet, 1995, side 292ff.

132. Doublet, 1995, side 413.

133. Doublet, 1995 side 325 (jf. side 366 og 377).

134. Doublet, 1995, side 23 og 456.

teori må vise, *hvorfor* retten er legitim og derfor retfærdiggør magt-anvendelse. Legitimiteten knytter sig til rettens indhold. Rettens normative indhold er ikke knyttet til et objektivi begreb om retfærdighed eller folkets dag-til-dag retsfølelse. Rettens normer beror på en fortolkning af hidtidig praksis, og i denne fortolkning indgår retfærdighedsforestillinger, som transcenderer retssystemet. Rettens normer retfærdiggør retssystemet „because they are included or implied by actual political decisions of the past“. ¹³⁵ Dworkin karakteriserer sin retsteori som “law as integrity” – ret som integritet. ¹³⁶ Retlig fortolkning tilstræber efter denne teori at skabe sammenhæng i såvel historisk som moralsk forstand ud fra en overordnet forestilling om retfærdighed. Dworkin definerer sit retsbegreb således: “Propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice.” ¹³⁷

I formuleringen af de retlige normer og principper, som bedst passer på og retfærdiggør hidtidig retspraksis og moralske samfundsprincipper, må dommeren stole på sin egen vurdering. Det er primært i fortolkningen af hvilke værdier, der ligger nedfældet i den sociale praksis, at der kan opstå uenighed mellem forskellige fortolkere. ¹³⁸ Når dommere således er uenige om den rigtige fortolkning – om gældende ret – er de uenige om, hvad den rigtige fortolkning *er*, ikke om, hvad den *burde være*.

Rettens normer er ikke kun de skrevne normer, som empirisk kan erkendes. Normerne findes (også) immanent i retssystemet og samfundet i øvrigt. Det er dommerens opgave at formulere disse uskrevne normer. Dommeren opfinder ikke derved ny ret. ¹³⁹ De uskrevne retsnormer er en del af retten, allerede før de ekspliciteres gennem domstolenes fortolkning. ¹⁴⁰

Rettigheder – herunder grundrettigheder – kan med et sådant normativt retsbegreb ikke kun udledes af skrevne regler. Også uskrevne principper i hidtidig praksis kan implicere rettigheder, som det er dommerens opgave at eksplicitere og formulere.

135. Dworkin, 1986, side 97.

136. Dworkin, 1986, side 176ff.

137. Dworkin, 1986, side 225.

138. Dworkin, 1986, side 66ff.

139. Dworkin, 1977, side 125.

140. Dworkin, 1977, side 126.

2.2.2 Uskrevne retsnormer – immanent ret contra naturret

Et sådant normativt retsbegreb er ikke ensbetydende med et naturretligt retsbegreb.

Ifølge Doublet har rettens konstitutive normer (evalueringsgrundlaget) ikke et naturretligt udspring, men er samfundsbestemte normer, fortolket i en historisk-kulturel betydning.¹⁴¹ Retten bestemmes normativt såvel af hensynet til tradition (anerkendte fortolkningsprincipper) som ved dommerens selvstændige fortolkning (retfærdighed).¹⁴²

Evalueringsgrundlagets indhold skal ifølge Doublet søges i de grundlæggende værdier, som i et historisk perspektiv er nedfældet i gældende ret fra det 18. århundredes formulering af principperne for den demokratiske retsstat og frem til vore dages velfærdsstat (en symbiose af fællesskabs- og individperspektiv).¹⁴³

Dworkin anfører ligeledes, at den konstruktive fortolkningsproces opløser sondringen mellem skreven ret og moral – begge er levende faktorer i retsanvendelsen. Dworkin afviser derfor også den naturretlige, objektive normativisme.

Dworkins retsteori er både deskriptiv og normativ. Den er på én gang en ramme for forståelse af strukturen i retsanvendelsen og et program for en politisk retfærdiggørelse af denne struktur.¹⁴⁴ Men Dworkins teori er ikke baseret på metafysiske forestillinger om retfærdighed. Dworkins teori inkorporerer moral i fortolkningen – den moral, som er nedfældet i samfundets retlige og politisk-soziale orden. Dette er en relativistisk normativisme. I den hermeneutiske forståelse er påstanden om objektive moralnormer meningsløs og desuden unødvendig: *“We do not say (nor can we understand anyone who does say) that interpretation is like physics or that moral values are “out there” or can be proved ... The practice of interpretation and morality give these claims [om den rigtige fortolkning] all the meaning they need or could have”*.¹⁴⁵

Med det her skitserede normative retsbegreb findes de retten iboende

141. Doublet, 1995, side 454 og 497.

142. Doublet, 1995, side 307.

143. Doublet, 1995, side 279, 458, 481f og 522f og 535.

144. Dworkin, 1977, side 123.

145. Dworkin, 1986, side 83 (med min tilføjelse). Se også side 31ff og 96ff.

morálnormer i retsreglernes kontekst – den retlige, historiske, sociale og kulturelle sammenhæng, som retten indgår i. Fortolkeren må udlægge reglerne i lyset af denne sammenhæng. Et sådant kontekstueltnormativt retsbegreb er dermed ikke et naturretligt retsbegreb. Noget andet er, at naturretlig tradition kan få betydning for fortolkningen i det omfang, den har manifesteret sig som en del af retsnormernes forhistorie.

Menneske- og grundrettighedsbeskyttelsen har baggrund i det humanistiske grundprincip om individets værdi som individ. Dette princip har sit historiske udspring i oplysningstidens politiske filosofi. Her blev dette menneskesyn begrundet ud fra naturretlige forestillinger. Det synes derfor logisk, at naturretsfilosofien internationalt har fået en renaissance i takt med, at tanken om individets grundlæggende rettigheder – internationalt og forfatningsretligt – er blevet vækket til live igen efter 2. verdenskrig. Filosofer som Rawls, Nozick og Finnis¹⁴⁶ har på filosofisk grundlag opstillet rettighedsteorier – inspireret af rationalistisk naturret – baseret på ideer om en objektiv og almenlydlig retfærdighed. I dag kan vi forstå og begrunde princippet om individets værdi qua individ uden at måtte henvise til naturretlige konstruktioner. Vort menneskesyn er en kulturelt betinget etik, der står centralt i den vestlige verdens politiske, sociale, religiøse og retlige bevidsthed. Pointen kan illustreres med de internationale menneskerettigheder. Verdenserklæringen om Menneskerettigheder fra 1948 postulerer i præamblen, at menneskerettighederne er universelle. Postulatet om menneskerettighedernes universalitet ses ofte som udtryk for rationalistisk naturretsfilosofi. Efter min opfattelse kan såvel retsopgøret med nazismen som Verdenserklæringens postulat om universalitet dog lige så vel forstås i et kulturelt, historisk lys, hvor den naturretlige retorik om “den mennesket iboende værdighed” og “ufortabelige rettigheder” blot er midler til at styrke det politiske budskab om universel respekt for visse grundlæggende rettigheder – rettigheder, som er formuleret på grundlag af europæisk idéhistorie og som reaktion på 2. verdenskrigs overgreb. En retlig argumentation for menneskerettighedernes universalitet forudsætter dermed ikke et moralfilosofisk udgangspunkt i naturretten, men kan forstås som en påstand om, at Verdenserklæringen (nu) er udtryk for almindelig folkeretlig norm.¹⁴⁷

146. John Rawls, *A Theory of Justice*, 1972; Robert Nozick: *Anarchy, State and Utopia*, 1974; John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 1980.

147. Sådan forstår jeg også Morten Kjærums forsvar for menneskerettighedernes universalitet i *Menneskerettigheder i et udvidet Europa og en globaliseret verden* i Kjærums m.fl. (red.), *Menneskerettigheder og Grundloven*, 1997, side 45ff (særlig 61).

3. En hermeneutisk ramme – grundrettighedsfortolkning er problemorienteret

I dette afsnit fokuseres på forholdet mellem norm/ fortolker og sagen. Til belysning heraf tager jeg afsæt i en hermeneutisk forståelsesramme.

3.1 Hermeneutikken og den hermeneutiske “cirkel”

Hermeneutikken fremhæver den problemorienterede fortolknings skabende karakter.¹⁴⁸

I Tyskland, hvor hermeneutikken længe har domineret store dele af den retlige – herunder forfatningsretlige – tænkning, beskriver Horst Ehmke hermeneutikkens betydning som grundlag for juridisk fortolkningslære således: *„Die Bedeutung der geisteswissenschaftlichen Methode, oder vielleicht richtiger: Methoden, für die Jurisprudenz liegt m.E. im wesentlichen darin, daß sie eine Erkenntnistheorie der Geisteswissenschaften zu entwickeln sucht. Indem sie das „produzierende“ Moment menschlicher Sprache und damit menschlichen Verständnisses aufzeigt, entzieht sie allen rein logisch-deduktiven Vorstellungen den Boden und kann daher erkenntnistheoretische Grundlage einer Problem- und damit Sachbezogenen juristischen Interpretationslehre, aber nicht selbst Interpretationslehre sein.“*¹⁴⁹

Hermeneutikken afviser tanken om objektiv erkendelse. Fortolkning er andet og langt mere end tekstanalyse. I hermeneutisk forståelse er retsvidenskaben således ikke primært en empirisk, men en selvstændig og skabende videnskab; formålet med retlig fortolkning er at tilskrive retsnormerne mening i en konkret sammenhæng. Fortolkerens udmøntning af retsnormerne på et konkret tilfælde er en selvstændig, retsskabende proces, hvorved de abstrakte normer tilskrives konkret mening.

I den hermeneutiske retsforståelse bliver det som udgangspunkt ikke afgørende for den konkrete udlægning af grundrettighedernes indhold, om den abstrakte norm er skrevet eller uskrevet. Den konkrete retsanvendelse

148 Tyskeren Hans-Georg Gadamer betragtes som grundlæggeren af den moderne filosofiske hermeneutik med værket *Wahrheit und Methode* fra 1960. Jeg har brugt den mere tilgængelige redegørelse for hermeneutikken i Gilje og Grimen, *Samfunnsvitenskapens forutsetninger*, 1993.

149. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStrl 1963, side 61.

er en selvstændig virksomhed, uanset om den norm, der fortolkes, er skreven eller ej. Også skrevne grundrettigheder må tilføres normativt materiale med henblik på den konkrete udmøntning.¹⁵⁰ Derfor udviskes sondringen mellem retspositivisme og normativ hermeneutik.¹⁵¹

En hermeneutisk tilgang til retten og retsanvendelsen indebærer, at den traditionelle modsætning mellem retspositivisme og naturret må afvises som irrelevant.

Som skabende virksomhed præges al fortolkning ifølge hermeneutikken af fortolkerens tidligere erfaringer, normer mv. – hans såkaldte forforståelse („Vorverständnis“). Uskrevne normer af kulturel, historisk og social art danner den forforståelse, ud fra hvilken fortolkningen foretages. I hermeneutikken smelter virkelighed (positiv ret) og norm (moral) derfor sammen i fortolkningsprocessen; for fortolkning kan aldrig trække på et eksternt normgrundlag uden for retssystemet, men må på den anden side ofte inddrage normer, som ligger uden for den skrevne ret. Fortolkningen af konkrete tilfælde og regler er afhængig af en fortolkning af de generelle bagvedliggende principper, og omvendt. Dette er den juridiske fortolknings „hermeneutiske cirkel“.

Fortolkerens materielle grundforestillinger – forforståelse – er således ifølge hermeneutisk opfattelse styrende for den konkrete retsskabelse, som – i samspil med en konkret retfærdighedsvurdering – bestemmer fortolkningsresultatet.

3.2 Grundrettighedsfortolkning er konkretisering

Al fortolkning handler om udfindelse af mening. Juridisk fortolkning handler om udfindelse af en retlig norms meningsindhold. Men et særtræk ved juridisk fortolkning er anvendelsesperspektivet: Formålet med juridisk fortolkning er at fastlægge og begrunde meningsindholdet af en generel norm i forhold til et konkret tilfælde.¹⁵²

Juridisk fortolkning er dermed en problemorienteret proces. Den juridiske fortolker befinder sig i afgørelsessituationen i et spændingsfelt mellem den generelle norm og det konkrete problem. Undertiden kan det konkrete tilfælde umiddelbart subsumeres under den generelle norm.

150. Jf. Doublet, 1995, side 366ff.

151. Jf. Dworkin, 1977, side 126.

152. Jf. Hans-Joachim Koch, EuGRZ 1986, side 350; Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1656.

Men i langt de fleste tilfælde består der en „kløft“ imellem den generelle norm og de konkrete omstændigheder, som normen skal anvendes på. Fortolkeren må overvinde denne kløft gennem en konkretisering af normen.¹⁵³

Konkrete fortolkningsresultater kan ofte ikke alene nås ved hjælp af de traditionelle (retspositivistiske) fortolkningsmetoder. Fortolkning indebærer ofte et element af selvstændig retsskabelse. Dette gælder i særlig grad, når der er tale om fortolkning af bredt og åbent formulerede normer med karakter af principper. Her får normen først virkelig mening gennem den konkretisering, som finder sted i den aktuelle retsanvendelsessituation. Derfor kan det i praksis ofte være vanskeligt at sondre mellem generel fortolkning af normen og normens “anvendelse” på et konkret tilfælde.¹⁵⁴

Behovet for konkretisering i forhold til det konkrete problem er særlig udtalt i forfatningsfortolkningen. Forfatningsnormernes brede karakter indebærer, at forfatningsfortolkning i særlig grad er en selvstændig, retsskabende proces.

Tyskeren Konrad Hesse har formuleret det således: *„Verfassungsinterpretation ist Konkretisierung. Gerade das, was als Inhalt der Verfassung noch nicht eindeutig ist, soll unter Einbeziehung der zu ordnenden „Wirklichkeit“ bestimmt werden. Insofern trägt juristische Interpretation schöpferischen Charakter: der Inhalt der interpretierten Norm vollendet sich erst in der Auslegung. Freilich trägt sie auch nur insofern schöpferischen Charakter: das auslegende Tun bleibt an die Norm gebunden.“*¹⁵⁵ Ehmke skriver tilsvarende i sit klassiske værk om forfatningsfortolkning: *“Angesichts der Knappheit und relativen Konstanz des Textes der Verfassung einerseits, der inhaltlichen Weite und Unbestimmtheit ihrer Grundzüge andererseits, liegt im Verfassungsrecht die Notwendigkeit kontinuierlicher Rechtsfortbildung klar zutage.“*¹⁵⁶

Behovet for konkretisering i forfatningsretten gælder i særdeleshed for grundrettighederne. Grundrettigheder er ofte bredt formulerede principper med et ubestemt anvendelsesområde. Mange grundrettigheder indeholder ikke et klart retsfaktum, men stipulerer en værdi, som skal

153. Jf. Hans-Joachim Koch, EuGRZ 1986, side 346.

154. Jf. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 1963, side 60.

155. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, side 24.

156. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStRL 1963, side 65.

værnes gennem fortolkningen. I tysk teori er grundrettighedskonkretiseringsens udpræget retsskabende karakter alment anerkendt.¹⁵⁷

Joseph Isensee udtrykker det således: „Die Grundrechte haben nicht jene normative Dichte und rechtstechnische Perfektion, wie sie den Normen des einfachen Rechts in der Regel zu eigen sind. Es fehlt ihnen die redaktionelle Einheitlichkeit und Konsequenz. Ihre Tatbestände sind abstrakt und konkretisierungsbedürftig.“¹⁵⁸

Schweizeren Hans Huber har fremhævet, at man derfor navnlig i grundrettighedsfortolkning må opgive et retspositivistisk subsumptionsideal: „Konkretisierung läuft auf eine entscheidende Absage an das Subsumptionsideal der Jurisprudenz der 19. Jahrhunderts hinaus. Die Grundrechtsbestimmungen liefern keine Obersätze, die nur noch mit Mitteln der Logik auf Tatbestände angewandt werden müßten.“¹⁵⁹

Det udtalte konkretiseringsbehov udgør et karakteristisk træk ved grundrettighedsfortolkning. Et lignende konkretiseringsbehov gør sig dog også gældende på andre retsområder, hvor retsstandarder dominerer. Konkretiseringsbehovet gør derfor ikke i sig selv grundrettighedsfortolkning kvalitativt forskellig fra anden fortolkning af vage bestemmelser.¹⁶⁰ Anerkendelse af det særlige konkretiseringsbehov og den hermed forbundne retsskabelse nødvendiggør imidlertid en afstandtagen fra den

157. Jf. bl.a. Ehmke, VVDStrl 1963, side 62; Böckenförde, NJW 1976, side 2089f; Ossenbühl, *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, NJW 1976, side 2105; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 501; Herzog, *Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte*, EuGRZ 1990, side 484; Hans-Joachim Koch, *EuGRZ* 1986, side 345ff; Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, 1980, side 20; Hesse, 1995, side 21ff; Schulze-Fielitz, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists*, AöR 1997, side 14.

158. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht* i Isensee og Kirchhof (udg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 111, side 165.

159. Huber, *Über die Konkretisierung von Grundrechten* i Festschrift für Imboden, 1971, side 191ff. Se også Ossenbühl, NJW 1976, side 2105f; Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte* i Isensee og Kirchhof (udg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 108, side 55.

160. Således også Ehmke, VVDStrl 1963, side 62ff; Hans Joachim Koch, *EuGRZ* 1986, side 345ff; Herzog, *EuGRZ* 1990, side 484; Hesse, 1995, side 21ff; Ossenbühl ser derimod det store konkretiseringsbehov som grundrettighedsfortolkningens afgørende særkende, NJW 1976, side 2105; I samme retning Böckenförde, NJW 1976, side 2089f.

traditionelle forestilling om fortolkning som en abstrakt proces styret af objektiverede fortolkningsmetoder. Afgørende for den konkretiserende udmøntning bliver i stedet 1) den anlagte fortolkningsstrategi, 2) indholdet af de generelle normative-strukturelle fortolkningsprincipper, som lægges til grund, og som skal virke styrende for fortolkningen.¹⁶¹ Hertil kommer 3) de retfærdighedsforestillinger, som vanskeligt kan formuleres i en generel teori, men som finder et konkret udtryk i lyset af den individuelle sags omstændigheder.

4. Grundrettighedsfortolkning og domstolenes retsskabende funktion

Et centralt retspolitisk spørgsmål er, i hvilket omfang man bør anerkende, at domstolene som led i retsanvendelsen udøver en retsskabende funktion. Begrebet "retsskabelse" er imidlertid i sig selv retspositivistisk ladet. Denne afhandlings retsteoretiske udgangspunkt kan derfor passende sammenfattes i en præcisering af begrebet "retsskabelse".

Efter traditionel positivistisk retsforståelse vil man sige, at domstolene kan udøve retsskabende virksomhed såvel ved den abstrakte fortolkning – i det omfang fortolkeren inddrager uskrevne normer som grundlag for sin afgørelse – som ved den konkrete udmøntning af normen i forhold til den foreliggende sag. Efter positivistisk retsopfattelse bør domstolenes retsskabelse begrænses mest muligt.

Efter den her forfægtede normative og hermeneutiske retsforståelse forholder det sig derimod således, at fortolkeren ved den abstrakte fortolkning hverken kan eller må være retsskabende, mens fortolkeren ved den konkrete udmøntning af normen i forhold til den konkrete sag derimod nødvendigvis må være retsskabende.

Abstrakt fortolkning er principielt ikke retsskabende

Ved abstrakt fortolkning kan domstolene efter en normativ retsforståelse – navnlig når det gælder fortolkning af brede principper – foruden de positiverede fortolkningsfaktorer også trække på normens bagvedlig-

161. Jf. Ehmke, VVDStrl 1963, side 62ff; Ossenbühl, NJW 1976, side 2105; Schenke, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, NJW 1979, side 1323; Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum* i Isensee og Kirchhof (udg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 110, side 112ff; Hesse, 1995, side 21ff.

gende formål og ånd – set i lyset af retssystemet som helhed og den stedfundne retsudvikling – og herved efter omstændighederne formulere et normindhold, som rækker videre end, hvad der umiddelbart følger af normens ordlyd eller forarbejder. Domstolene formulerer herved et selvstændigt normativt indhold, som vel ikke har klar støtte i den skrevne ret, men som alligevel kan anses som en integreret del af normens immanente indhold.

Domstolene kan endog – i særlige tilfælde, hvor det transcendent normative grundlag herfor er klart – selvstændigt formulere den norm, som danner grundlag for afgørelsen (uskreven). Domstolene udfolder herved en selvstændig virksomhed, idet de formulerer og ekspliciterer en uskreven del af retten.

Omfanget af domstolenes selvstændighed i den abstrakte fortolkning beror på forståelsen af normens karakter og funktion og den fortolkningsstrategi og de fortolkningsprincipper, som herudfra lægges til grund. Afgørende er imidlertid, at domstolene alene kan trække på normer, som de mener og kan begrunde har en – transcendent immanent – eksistens i retssystemet. Rettens uskrevne normer må findes i det eksisterende retssystem. Fortolkeren må ikke opfinde ny ret. Ved abstrakt fortolkning er fortolkeren derfor ikke retsskabende.

Konkret udmøntning af brede normer er altid retsskabende

Ved konkret udmøntning af normen i det individuelle tilfælde må fortolkeren derimod efter hermeneutisk forståelse nødvendigvis – og navnlig når det gælder udmøntning af brede principper – være retsskabende for at bygge bro over den “kløft”, som eksisterer mellem den abstrakte norm og den konkrete sag, og derved nå til et konkret resultat.

Af en abstrakt og bredt formuleret norm følger intet for et konkret tilfælde. Konkretisering er ikke en mekanisk proces i lighed med at spidse en blyant. Konkretisering kan snarere sammenlignes med den opgave af en stor lerfigur at skulle skabe en mindre, der ligner. Konkretisering er for så vidt fortolkningskunst og dens resultat vil i et vist omfang – som den abstrakte fortolkning – bero på normens karakter og funktion og de fortolkningsstrategier og -principper, man herudfra lægger til grund.

Konkretisering kræver dog mere end fortolkningskunst. Konkretisering fører frem til en afgørelse af en konkret sag, og derfor har sagen selv afgørende betydning for konkretiseringens indhold. Konkretisering er derfor så meget som noget andet et spørgsmål om dømmekraft. Dømme-

kraften kan med Kants ord “lignes med våd sæbe, den er svær at få hold på, og man bemærker den mest, når den har været brugt for lidt.”¹⁶² Dømmekraft består i en kombination af intuition og beslutningserfaring. Dømmekraften kræver ikke alene sans for, hvad der er retfærdigt i den konkrete sag, men sans for, hvad der under helhedens synsvinkel er passende.¹⁶³ Sagens betydning for konkretiseringen – det konkrete retfærdighedsaspekt – kan man i sagens natur vanskeligt opstille generelle principper for.

Ved konkretisering af abstrakte normer er fortolkeren således retsskabende, dels fordi en konkret norm skal formuleres på grundlag af en abstrakt norm, dels som følge af det konkrete retfærdighedsaspekts betydning.

5. Sammenfattende konklusion

Grundrettighedsfortolkning er som anden retlig fortolkning en praktisk disciplin, som handler om, at en fortolker skal nå til et konkret resultat ud fra generelle retsnormer.

Grundrettighedsfortolkningens faktorer og stadier. Som udgangspunkt for afhandlingen antages, at grundrettighedsfortolkning – som al praktisk juridisk fortolkning – finder sted inden for den hermeneutiske “trekants” samspil mellem sagen (det konkrete problem, konkrete retfærdigheds-hensyn), retsreglerne (de autoritative retskilder, herunder den fortolkningsstrategi og -metode, som anlægges herpå) og fortolkerens forforståelse (grundlæggende forestillinger, de materielle fortolkningsprincipper).

Endvidere antages, at man teoretisk kan og bør sondre mellem den abstrakte fortolkning, hvorved en norms principielle indhold og rækkevidde fastlægges, og den konkrete udmøntning af normen (konkretisering), hvorved normen “anvendes” på et konkret tilfælde. Den abstrakte fortolkning finder sted i et samspil mellem norm og fortolker, den konkrete udmøntning af normen i et samspil mellem sag, norm og fortolker.

Et normativt begreb om retten – grundrettigheder og rettens grundlag. I kapitlet skitseres et normativt retsbegreb, som har relevans for forholdet mellem norm og fortolker. En stillingtagen til grundrettighedsfortolk-

162. Kant, *Kritik der Urteilkraft*, 1790, Vorrede, side VII. Citeret efter Arler, *Ind over, Immanuel. Dømmekraftens virke illustreret ved fodboldspillet's fænomenologi* i Harste (red.), *Kompleksitet og dømmekraft. Immanuel Kant om politik, æstetik og natur*, 1992, side 9.

163. Jf. Arler, *Ind over, Immanuel. Dømmekraftens virke ...*, 1992, side 9-36.

ningens strategier og principper bør tage udgangspunkt i et normativt begreb om retten. Et normativt retsbegreb knytter i modsætning til retsrealismen rettens legitimitet til dens normative indhold. Rettens normative grundlag bliver dermed konstitutivt for retsbegrebet. Den nordiske retsrealisme anerkender fortolkerens centrale betydning for retsdannelsen, men giver ikke en selvstændig udlægning af rettens grundlag og dets betydning for rettens legitimitet. Efter et normativt retsbegreb kan såvel den skrevne som den uskrevne del af retten danne grundlag for formulering af rettigheder. Den normative fortolkning er åben og dynamisk. Det her skitserede retsbegreb er derimod ikke naturretligt, men relativistisk og kontekstuel. Rettens grundlag er de grundlæggende – skrevne eller uskrevne – normer i det eksisterende retssystem. Fortolkeren kan derfor ikke sætte sig ud over eller censurere eksisterende normer.

En hermeneutisk ramme – grundrettighedsfortolkning er problemorienteret. Foruden forholdet mellem norm og fortolker, er også forholdet mellem norm/fortolker og sagen af stor betydning. En realistisk grundrettighedsteori kan formuleres inden for rammerne af en hermeneutisk forståelsesramme, hvor fortolkning forstås som en normativ, skabende proces, hvis formål er at skabe mening i det, der fortolkes, i forhold til et konkret problem. Grundrettigheder har typisk karakter af brede og åbne retsnormer (principper). Grundrettighedsfortolkning involverer derfor i særlig grad fortolkeren i en selvstændig og skabende proces i „spændingsfeltet“ mellem sagen og normerne. Grundrettighedsfortolkning er således fjernt fra det retspositivistiske ideal om deduktiv subsumption. De traditionelle fortolkningsmetoder er utilstrækkelige og delvist inadækvate. Derfor bliver fortolkerens normative grundforestillinger (forforståelsen) og den konkrete sags karakter af stor betydning i grundrettighedsfortolkningen.

Et sådant normativt begreb om retten inden for rammerne af en hermeneutisk fortolkningsforståelse forekommer egnet som retsteoretisk udgangspunkt for formulering af en moderne lære om grundrettighedsfortolkning.

Grundrettighedsfortolkning og domstolenes retsskabende funktion. Et centralt retspolitisk spørgsmål er, i hvilket omfang man bør anerkende, at domstolene udøver en retsskabende funktion. På grundlag af det skitserede normative retsbegreb inden for en hermeneutisk forståelsesramme afgrænses indholdet af det positivistisk ladede begreb retsskabelse, hvorved afhandlingens retsteoretiske udgangspunkt samtidig præciseres.

Efter traditionel positivistisk retsforståelse vil man sige, at fortolkeren kan udøve retsskabende virksomhed såvel ved den abstrakte fortolkning – hvor fortolkeren inddrager uskrevne normer som grundlag for sin afgørelse – som ved den konkrete udmøntning af normen i forhold til den foreliggende sag. Efter positivistisk retsopfattelse bør domstolenes retsskabelse begrænses mest muligt.

Efter den her forfægtede normative og hermeneutiske retsforståelse forholder det sig derimod således, at domstolene ved den abstrakte fortolkning hverken kan eller må være retsskabende – men domstolene bør kunne formulere og eksplicite uskrevne normer, der har en transcendent immanent eksistens i retssystemet, som grundlag for deres afgørelse. Derimod må domstolene ved den konkrete udmøntning af normen i forhold til den konkrete sag nødvendigvis være retsskabende – af abstrakte og ubestemte normer følger intet konkret resultat af sig selv.

Grundrettighedernes kilder

Emnet for dette kapitel er grundrettighedernes „kilder“. Navnlig i grundrettighedsfortolkningen er begrebet „retskilde“ ikke altid entydigt (*afsnit 1*). Mulige retskilder er foruden den skrevne forfatning (*afsnit 2*) også den uskrevne forfatningsret (*afsnit 3*) og internationale menneskerettigheder med en særlig vægt i national ret (*afsnit 4*). Grundrettigheder i skreven eller uskreven forfatningsret har forfatningsretlig status. For internationale menneskerettigheder er spørgsmålet navnlig, om de har en slags „quasi-forfatningsretlig“ status.¹⁶⁴

1. Sondringen mellem retskilder og fortolkningsfaktorer

Begrebet „retskilde“ er efter en hermeneutisk retsforståelse ikke uproblematisk. Den positivistiske forestilling om en klar sondring mellem de retsnormer, som er fortolkningens genstand (retskilderne), og de principper, som anvendes ved fortolkning af retsnormer (fortolkningsfaktorerne), svarer ikke altid til fortolkningens virkelighed. Grænsen mellem „retskilder“ og „fortolkningsfaktorer“ er ofte mere flydende.¹⁶⁵

En klar sondring mellem retskilder og fortolkningsfaktorer er i særdeleshed vanskelig, når det gælder grundrettigheder.

For det første er grundrettigheder ofte bredt formulerede principper, som udspringer af uskrevne retfærdighedsforestillinger. Fortolkningen af sådanne rettighedsbestemmelser kræver en høj grad af udfyldning. Den uskrevne forfatningsret får betydning for denne udfyldning, som blandt andet må bero på overvejelser om bestemmelsens ånd og bagvedliggende idé. Grænsen mellem en sådan friere fortolkning og selv-

164. Se om denne betegnelse også ovenfor kapitel 1, afsnit 6.1.

165. Jf. bl.a. Zahle, *Rettens Kilder – en introduktion*, 1998, side 1 og ovenfor kapitel 3, afsnit 2.

stændig anerkendelse af uskrevne grundretlige normer kan undertiden være uskarp.¹⁶⁶

For det andet er grundrettigheder og internationale menneskerettigheder nøje forbundet som følge af det fælles udspring og den nationale fortolknings orientering mod en europæisk menneskerettighedsstandard. Dette gør det undertiden vanskeligt at sondre mellem tilfælde, hvor internationale menneskerettigheder anerkendes som selvstændige grundrettigheder i national forfatningsret og tilfælde, hvor menneskerettighederne „alene“ påvirker fortolkningen af forfatningens grundrettigheder.¹⁶⁷

Alligevel er der grund til i grundrettighedsdogmatikken som udgangspunkt at opretholde sondringen mellem spørgsmålet om grundrettighedernes kilder og spørgsmålet om strategier og principper for grundrettighedsfortolkning. Begrebet „retskilder“ har lang tradition. Og spørgsmålet om en norms retskildemæssige status kan fortsat have selvstændig betydning i tilfælde, hvor en konflikt mellem modstridende normer sættes på spidsen.

Derfor behandles i dette kapitel alene spørgsmålet om uskrevne grundrettigheder som en selvstændig retskilde, mens spørgsmålet om inddragelse af en skreven grundrettigheds bagvedliggende formål og ånd ved fortolkningen behandles i kapitlerne om fortolkning (kapitel 5 og 6). Tilsvarende behandles spørgsmålet om internationale menneskerettigheders selvstændige status i national ret i dette kapitel, mens spørgsmålet om internationale menneskerettigheders relevans ved fortolkning af de – skrevne eller uskrevne – nationale grundrettigheder behandles i kapitlerne om fortolkning (kapitel 5 og 6).

2. Grundrettigheder i den skrevne forfatning

Grundrettighedernes primære „kilde“ er den skrevne forfatning. I Danmark er den primære grundrettighedskilde således Grundloven.

Den skrevne forfatnings normer til beskyttelse af individ og mindretal har prima facie grundrettighedskarakter – deres gælden kræver ikke en

166. Jf. Ehmke, VVDStl 1963, side 63; Eivind Smith, 1993, side 336f og 347; Henning Koch, *Dommerret ... i Kjørums m.fl. (red.), Grundloven og menneskerettigheder*, 1997, side 340.

167. Jf. om europæisk fortolkningsmonisme på rettighedsområdet oven for kapitel 2, afsnit 2.6.

særlig begrundelse.¹⁶⁸ Det beror på den umiddelbare bindende kraft, som i en retsstat knytter sig til den skrevne (forfatnings-) ret. Grundrettigheder er som begreb – i modsætning til menneskerettigheder – og i kraft af deres forfatningsretlige funktion som grænser for den lovgivende magt traditionelt forbundet med ideen om den skrevne forfatning. Derfor har grundrettigheder i den skrevne forfatning en umiddelbar legitimitet. Den skrevne forfatnings rettigheder har uden videre del i forfatningens status som øverste retsnormer.¹⁶⁹

Afgrænsningen af grundrettighederne i den skrevne forfatning bør bero på materielle kriterier – ikke på forfatningens systematik. Grundrettigheder er derfor alle forfatningsbestemmelser, som har som et hovedformål at beskytte individets frihed og retssikkerhed, uanset om disse bestemmelser systematisk er placeret i et grundrettighedskapitel, og uanset om de måtte være formuleret i rettighedsterminologi eller ej.

Således afgrænses grundrettighederne også i tysk forfatningsret. Klaus Stern definerer grundrettighederne som: „*Rechte, die zur Sicherung der Rechtsstellung des Menschen und Staatsbürgers fundamental sind und die deshalb in Staatsgrundgesetzen gewährleistet werden.*“¹⁷⁰ De tyske grundrettigheder er således ikke udtømt med de rettigheder, som i den tyske grundlov opregnes i Kapitel 1 under overskriften “Die Grundrechte” (artikel 1–19). Eksempelvis henregnes også valgretten (artikel 38) og retssikkerhedsgarantierne ved strafforfølgning og frihedsberøvelse (artikel 103–104) til grundrettighederne.

Således kan heller ikke Grundlovens grundrettigheder anses udtømt med rettighederne i Kapitel VII og VIII. Også andre bestemmelser i Grundloven har en grundretlig dimension, fordi de – direkte eller indirekte – angår retspositioner for individet i forhold til statsmagten, som efter moderne opfattelse betragtes som grundlæggende retsgarantier. Retten til domstolsprøvelse og til en retfærdig rettergang er centrale garantier i internationale menneskerettighedskonventioner, f.eks. EMRK artikel 6 og 13. I lyset heraf har også Grl §§ 3 (magtfordelingsprincippet), 63

168. Jf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 57.

169. Denne status følger af den særlige kvalificerede procedure for vedtagelse og ændring af forfatningsnormer, som forfatningen selv stipulerer (I Danmark Grl § 88). Spørgsmålet om, hvoraf den grundlovgivende myndighed afleder sin legitimitet – spørgsmålet om forfatningens “grundnorm” – skal ikke her forfølges nærmere.

170. Stern, *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, 1992, side 33.

(domstolsprøvelse af forvaltningsafgørelser) og 64 (domstolenes uafhængighed) en grundretlig dimension.¹⁷¹ Stemmeretten er ligeledes anerkendt som en fundamental demokratisk menneskerettighed i international ret og i mange nationale forfatninger. På denne baggrund har også Grl § 29 (om valgretten) en grundretlig dimension.¹⁷²

3. Uskrevne grundrettigheder

Uskrevne grundrettigheder må udledes af den uskrevne forfatningsret. Den uskrevne forfatningsret har imidlertid ikke den umiddelbare autoritet, som i kraft af forfatningsproceduren knytter sig til den skrevne forfatningsret. Derfor er spørgsmålet om anerkendelse af uskrevne grundrettigheder på forfatningsniveau kontroversielt.

3.1 Retspositivisme contra normativisme

Efter en traditionel retspositivistisk opfattelse må tanken om uskrevne grundrettigheder principielt afvises.¹⁷³ Dette standpunkt understøttes undertiden af en konservativ, restriktiv opfattelse af domstolenes forfatningsretlige rolle vis-à-vis lovgivningsmagten.

Ud fra et normativt retsbegreb, som tidligere er blevet skitseret, kan anerkendelse af uskrevne grundrettigheder imidlertid ikke på forhånd afvises.¹⁷⁴

Retten er ikke udtømt med de positive regler, men omfatter også retsprincipper, der er immanente i retssystemet – det vil sige ligger bag eller uden for de skrevne regler. Det gælder også forfatningsretten. Konkrete rettigheder kan principielt udledes ved fortolkning af et generelt retsprincip uanset, om dette princip har fundet udtryk i den positive forfatning eller må betragtes som en del af den uskrevne forfatningsret.¹⁷⁵

171. Se tilsvarende vedrørende Grl § 63 Zahle, Dansk forfatningsret, bind 2, 1996, side 231.

172. I samme retning Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 18 og side 24.

173. Eivind Smith anser det som en betingelse for domstolskontrollens demokratiske legitimitet, at den tager udgangspunkt i den skrevne forfatning. Domstolene skal ikke "opfinde" nye rettigheder (Eivind Smith, Høyesterett og folkestyret, 1993, side 336f og 347).

174. Se nærmere ovenfor kapitel 3, afsnit 2.

175. Dworkin, 1977, side 30ff og 81ff, er således åben over for anerkendelsen af uskrevne rettigheder. Alexy 1986, side 93, lægger stor vægt på grundrettigheders grundlag i den skrevne forfatning, men er ikke afvisende over uskrevne grundrettigheder, hvis de er fundamentale principper, der har fundet udtryk i retsordenen.

En principiel åbenhed over for uskrevne grundrettigheder medfører dog ikke, at sondringen mellem skreven og uskreven forfatningsret bliver uden betydning. Grundrettigheder i den skrevne forfatning har en særlig umiddelbar legitimitet i kraft af forfatningsproceduren, som bestemmer deres status som forfatningsnormer – normer der sætter grænser for den lovgivende magt. Som en følge heraf må anerkendelse af grundrettigheder på uskrevet grundlag kræve en særlig, kvalificeret begrundelse.¹⁷⁶

Sondringen mellem skrevne og uskrevne grundrettigheder har herefter navnlig betydning for kravene til begrundelse af en grundrettigheds eksistens og for dens gennemslagskraft over for lovgivningsmagten. Generelt kan dette udtrykkes således, at nærheden til ordlyden af en skreven bestemmelse giver den grundretlige argumentation en særlig vægt, mens kravet om materiel begrundelse stiger, jo længere man fjerner sig fra den skrevne bestemmelses ordlyd.¹⁷⁷

Uskrevne grundrettigheder bør herefter principielt kunne anerkendes. Men konkret bør kræves en overbevisende begrundelse, som ihvertfald må rumme to elementer:

Normens *eksistens* som del af den uskrevne ret må begrundes. Uskrevne grundrettigheder kan ikke udledes af „den blå luft“, men må have fundet udtryk i den eksisterende retsorden. Uskrevne grundrettigheder vil således kunne udledes af grundsætninger, som præger den almindelige lovgivning, eller af almindeligt anerkendte retsprincipper. Navnlig på grundrettighedsområdet kan fremmed ret – navnlig EMRK og europæisk forfatningsret – som følge af individbeskyttelsens fælles ideologiske forankring danne udgangspunkt for nationale domstoles anerkendelse af uskrevne retsprincipper.¹⁷⁸

Normens *forfatningsretlige status* må endvidere kunne begrundes som nødvendig i en demokratisk retsstat. Sikring af normens efterlevelse må

176. Doublet afviser ikke uskrevne grundnormer, men fremhæver, at skrevne normer i en demokratisk retsstat har en særlig legitimitet (1995, side 325). Tilsvarende anfører Alexy, at anerkendelse af uskrevne rettigheder kræver en selvstændig normativ begrundelse (1986, side 57ff). Ifølge Hesse udelukker princippet om bindingen til den skrevne forfatning ikke anerkendelse af uskrevne grundretlige principper; men det indebærer, at disse ikke må fravige den skrevne rets grundprincipper (1995, side 14f).

177. Jf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 57ff.

178. Jf. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, side 269.

findes efter retsstatslige principper ikke at kunne overlades til det til enhver tid siddende politiske flertal. Legitimeringen af den politiske magt må kræve, at vedkommende norm til beskyttelse af individets retsstilling anerkendes som forfatningsbeskyttet.¹⁷⁹

I dansk forfatningsretlig teori er både det principielle spørgsmål om anerkendelse af uskrevne grundrettigheder og anerkendelse af bestemte uskrevne principper omtvistet.

Ernst Andersen var en arg modstander af tanken om uskrevne forfatningsprincipper, som han betragtede som ren naturret. Han fandt det også utænkeligt, at domstolene skulle være villige til at anerkende uskrevne retsprincipper. Han konkluderede lakonisk, at „*Betragtningen vil forekomme de fleste danske Jurister fremmed*“.¹⁸⁰ Alf Ross delte Ernst Andersens principielle syn på uskrevne grundrettigheder: „*Et lovforslag er ikke grundlovsstridigt, fordi det er i strid med grundlovens ånd, demokratiets principper, "naturlige" retsprincipper eller lignende standarder.*”¹⁸¹

Bortset fra disse principielle standpunkter, har diskussionen i teorien særligt drejet sig om anerkendelsen af konkrete uskrevne grundsætninger. Der spores en vis stigende interesse for og anerkendelse af tanken om uskrevne forfatningsprincipper.

Navnlig har man i teorien – foruden et forbud med tilbagevirkende straffelovgivning – diskuteret eksistensen af en almindelig forfatningsretlig lighedsgrundsætning. Til støtte herfor henvises bl.a. til Grundlovens mere specielle lighedsgrundsætninger – bl.a. §§ 70 og 71, stk. 1, 2. pkt. Spørgsmålet er omstridt.¹⁸² I nyere teori rejses også spørgsmålet om anerkendelse af et almindeligt forfatningsretligt proportionalitetsprincip¹⁸³ og om et forfatningsretligt forbud mod magtfordrejning fra lovgivers side.¹⁸⁴

179. Se tilsvarende Müller, *Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte*, Der Staat 1990, side 44f; Alexy, 1986, side 409.

180. Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947, side 98–101 (citert side 98).

181. Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 1980, bind 1, side 174.

182. Afvisende er Ross, 1953, side 372f; Jens Peter Christensen, *Juristen* 1989, side 7. Se derimod Thygesen, *EuGRZ* 1978, side 440; Gralla, 1987, side 424.

183. Michael H. Jensen, *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning*, UfR 1994 B, side 335ff.

184. Revsbech, *Lovgivers magtfordrejning i dansk forfatningsret*, TfR 1991, side 50ff (64).

3.2 Uskrevne grundrettigheder i BVerfGs praksis

I Tyskland har forfatningsdomstolen (BVerfG) generelt været åben over for anerkendelse af uskrevne grundrettigheder.¹⁸⁵

I en ledende afgørelse fra 1953 (BVerfGE 2, 380) fastslog BVerfG, at retsstatsprincippet, som gennemsyrrer flere enkeltbestemmelser og præger hele forfatningens opbygning, hører til de uskrevne forfatningsprincipper. Om uskreven forfatningsret udtalte BVerfG principielt, at forfatningsretten ikke alene består af den skrevne forfatning, men også omfatter visse bagvedliggende, uskrevne retsgrundsætninger (side 403):

„das Verfassungsrecht [besteht] nicht nur aus den einzelnen Sätzen der geschriebenen Verfassung, sondern auch aus gewissen sie verbindenden, innerlich zusammenhaltenden allgemeinen Grundsätzen und Leitideen, die der Verfassungsgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt haben, von dem er ausgegangen ist, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert hat.“

I „Soraya-dommen“ fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (287)) fastslog BVerfG, at det er dommerens opgave at bringe uskrevne – i retsordenen immanente – forfatningsgrundsætninger frem i lyset og realisere dem:

*„Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinnganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung. (...) Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, **Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent**, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind (...) **ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.**“* (mine udhævninger).

BVerfG har således i sin retspraksis – ikke mindst med udgangspunkt i retsstatsprincippet – fastslået konkrete grundretlige principper, som ikke har fundet positivt udtryk i den tyske grundlov. Det drejer sig navnlig om straffeprocessuelle og -retlige principper.

185. Se nærmere Herzog, *Hierarchie der Verfassungsnormen* ..., EuGRZ 1990, side 483.

Et af disse uskrevne principper er en generel uskyldsformodning. I afgørelsen om "Varetægtsfængsling" fra 1965 (BVerfGE 19, 342 (347)) udtalte BVerfG, at adgangen til varetægtsfængsling som følge af en uskreven uskyldsformodning er begrænset til særlige undtagelsestilfælde: *„Diese Unschuldsvormutung ist zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich statuiert, entspricht aber allgemeiner rechtstaatlicher Überzeugung und ist durch Art. 6, Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention auch in das positive Recht der Bundesrepublik eingeführt worden.“* I en afgørelse fra 1969 (BVerfGE 26, 66 (71)) fastslog BVerfG ud fra retsstatsprincippet et generelt krav om „fair trial“ i straffesager. I „Livstidsstrafdommen“ fra 1977 (BVerfGE 45, 187 (228)), udledte BVerfG af bl.a. retsstatsprincippet en forfatningsretlig grundsætning om „ingen straf uden skyld“ og et krav om et rimeligt forhold mellem gerning og straf.

Også andre vigtige uskrevne grundretlige principper udledes af retsstatsprincippet. Det gælder navnlig det centrale krav om forholdsmæssighed af grundrettighedsindgreb¹⁸⁶ og et generelt forbud mod tilbagevirkende lovgivning af bebyrdende karakter.¹⁸⁷

3.3 Uskrevne grundrettigheder i Høyesteretts praksis

Også i Norge har Høyesterett principielt været åben for anerkendelse af uskrevne forfatningsretlige principper om individbeskyttelse. Høyesterett har dog samtidig fastslået, at der skal meget til, før en lov kan tilsidesættes på uskrevent grundlag.

Ledende er „Iversen-dommen“ fra 1961 (Rt 1961.1350). Sagen angik en tandlæge, som havde nægtet at efterleve en midlertidig lov om tvangsmæssig civiltjeneste. Han påberåbte sig et forbud mod tvangsarbejde – bl.a. ud fra Grunnlovens ånd og principper. Førstevoterende udtalte i et obiter dictum herom (side 1351):

„Jeg vil visstnok ikke utelukke muligheten av at domstolene i ekstreme tilfelle vil kunne finne en lov uanvendelig fordi den strider mot visse alminnelige retsprinsipper av grunnlovsmessig karakter, selv om loven ikke støter an mot noen positiv bestemmelse i Grunnloven. Men det sier seg selv at det skal overordentlig meget til for at en lov gitt av Stortinget og sanksjonert av Kongen, på denne måte må settes ut av betraktning som stridende mot Grunnlovens „ånd og prinsipper“.“

186. Ledende er "Apotek-dommen" fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (401ff)).

187. Se "Medhør-dommen" fra 1970 (BVerfGE 30, 1 (25)).

Dette principielle standpunkt har Høyesterett siden bekræftet i bl.a. „Børre Knudsen-dommen“ (Rt 1983.1004 (1017)) og „Strejkeforbuds-dommen“ (Rt 97.580 (587)).

Når Høyesterett i sager om prøvelse af love på grundlag af uskrevne grundrettigheder opstiller et skærpet krav til modstridens klarhed, modsvarende dette ovennævnte standpunkt, hvorefter den skrevne forfatningsret har en særlig umiddelbar legitimitet og derfor et stærkere gennemslag end den uskrevne forfatningsret.

Retten til livet er en af de rettigheder, som Høyesterett principielt har anerkendt som forfatningsbeskyttet, selv om denne rettighed ikke har fundet udtryk i Grunnloven.

I „Børre Knudsen-dommen“ fra 1983 (Rt 1983.1004) havde en præst i protest mod loven om fri abort nægtet at udføre en del af sine tjenesteplichter. Da han som følge heraf blev fyret, gjorde han gældende, at abortloven bl.a. var i strid med et uskrevent princip om retten til liv. Førstevoterende bekræftede Høyesteretts åbenhed over for anerkendelse af uskrevne retsgrundsætninger i særlige tilfælde og udtalte (side 1017f):

„Jeg anser det i og for seg klart at kravet om respekt for menneskelivet, også det ufødte liv, er eet av de rettsprinsipper som vil kunne anses overordnet den positive lovgivning. I princippet er det ikke vanskelig å tenke seg at en abortlovgivning, for eksempel basert på nazistisk raseideologi, kunne krenke menneskeverdet på en slik måte at den ville måtte tilbakevises som stridende mot uskrevne rettsnormer av grunnlovskarakter.“

Høyesteretts „Kjuus-dom“ fra 1997 (Rt 1997.1821) bekræfter, at det uskrevne princip om retten til liv ikke er uden potentiel betydning som grænse for lovgivningsmagten. Modsat Høyesteretts flertal afviste et mindretal at straffe nogle racistiske udtalelser i et partiprogram – om at udlændinge i Norge skulle tvangssteriliseres m.v. Andenvoterende tilføjede imidlertid obiter dictum på mindretallets vegne (side 1836), at

„de tiltak [partiet] foreslår, i vesentlig grad strider mot grunnleggende rettsprinsipper og i tilfelle måtte settes til side av domstolene.“

Friheden til at danne politiske partier er et andet uskrevent forfatningsretligt princip, som Høyesterett principielt har anerkendt uanset, at den norske grundlov ikke som den danske indeholder en bestemmelse om foreningsfrihed.

Senest i Høyesteretts „Kjuus-dom“ (Rt 1997.1821) lagde både flertal og mindretal til grund, at der gælder et uskrevent grunnlovsprincip om frihed til at danne politiske partier (side 1833 og 1836).

Høyesterett har ihvertfald i et tilfælde – en kendelse fra 1979 (Rt 1979.1079) – reelt tilsidesat gældende lovgivning på grundlag af et uskrevent retsprincip.

Sagen angik en sindssyg kvinde, som havde dræbt sin mor og forsøgt at dræbe sin far, og som derfor var idømt sikringsstraf for en periode af 10 år. Hun ønskede at anke sikringstidens længde til Høyesterett, hvilket i første omgang blev afvist, da kvindens værge ikke ønskede dommen anket. Afvisningen var helt i overensstemmelse med straffeprocessloven § 98's utvetydige ordlyd og fast retspraksis, hvorefter værgen for en sindssyg har dennes partsrettigheder. Alligevel fandt en enig Høyesterett, at kvindens anke ikke burde afvises. Ifølge førstevoterende (side 1081) ville en afvisning „medføre, at en sikringsdømt uten videre fratages en elementær rettssikkerhetsgaranti som tilkommer alle andre i dette land. (...) Et slikt resultat kan jeg ikke uten tvingende grunn godta.“

3.4 Uskrevne grundrettigheder i dansk retspraksis

Spørgsmålet om uskrevne grundrettigheder har hidtil spillet en meget begrænset rolle i dansk retspraksis. Den positivistiske retstradition og den forfatningsretlige tradition med vægten på Folketingets overherredømme skaber ringe grobund for anerkendelse af uskrevne forfatningsprincipper. Højesteret har ikke taget endelig principiel stilling til spørgsmålet, men har i enkelte tilfælde reelt anerkendt retssikkerhedsgarantier på uskrevent grundlag. Navnlig som følge af EMRKs betydning synes spørgsmålet om uskrevne rettigheder ikke længere kun af teoretisk interesse.

Højesterets dom i „Berning-sagen“ fra 1925 (UfR 1925.277 H) fastslog reelt en uskreven forfatningsgrundsætning om klar lovhjemmel for enhver frihedsberøvelse.¹⁸⁸

Sagen angik spørgsmålet, om Berning – som tidligere var dømt for flere forhold af uterlighed over for mindreårige, men nu havde udstået sin straf – skønt han ikke var sindssyg, kunne tilbageholdes efter en analogi

188. Dommen befinder sig i “gråzonen” mellem uskrevne principper og en udvidende fortolkning i lyset af rettighedens ånd. Dommen behandles derfor mere indgående nedenfor som et eksempel på en udvidende grundrettighedsfortolkning ud fra forfatningens ånd, se kapitel 5, afsnit 2.6.4.

fra bestemmelserne om tvangsindlæggelse af sindssyge personer, alene fordi lægerne anså det for meget sandsynligt, at Berning igen ville begå uterlige forhold. Højesteret afviste en sådan udvidelse af hjemlen for frihedsberøvelse under henvisning til grundsætningen om personlig frihed i Grl § 78 (nu § 71). Højesteret betragtede som landsretten § 78 som et princip om personlig frihed, der også var relevant for bedømmelsen af administrative frihedsberøvelser, skønt bestemmelsens ordlyd dengang alene vedrørte strafforfølgningsskridt.

En dommer anførte i voteringen, at § 78's begrænsning til frihedsberøvelser indenfor strafferetsplejen ikke kunne være afgørende i lyset af det princip, at personlig frihed er et så fundamentalt retsgode, at alle indgreb heri må have klar hjemmel, uanset om § 78 påberåbes eller ej. Også i øvrigt giver Højesterets votering i sagen interessante bidrag til belysning af domstolenes stilling til uskrevne grundretlige principper. En af de 11 dommere, som ville løslade Berning, inddrog en generel proportionalitetsgrundsætning. Han tillagde det betydning for hjemmelsvurderingen, at Bernings tidligere usædelighedsforbrydelser ikke var så alvorlige, at han kunne anses som meget farlig. Dommeren anførte principielt, at der må være et vist forhold mellem de lidelser, man underkaster et menneske og det, man vil opnå hermed. Flere dommere påpegede endvidere det betænkelige i at tilbageholde en person som utilregnelig ud fra en farlighedsvurdering baseret på forhold, for hvilke han allerede havde afsonet straf som tilregnelig (*ne bis in idem*). En dommer udtalte ligeud at dette, selv med klar lov hjemmel, ville være „i strid med alle grundsætninger“.

Bortset fra dette særlige tilfælde har Højesteret konsekvent undgået at tage principiel stilling til spørgsmålet om anerkendelse af uskrevne grundrettigheder.

I dommen om „Huslejestoppet“ fra 1965 (UfR 1965.293 H) tog Højesteret ikke stilling til eksistensen af en generel forfatningsretlig lighedsgrundsætning.

Sagen vedrørte en midlertidig huslejelovgivning affødt af efterkrigstidens boligmangel, hvorved der fastsattes maksimalpriser for huslejen, kombineret med uopsigelighed for udlejer. Imod denne lovgivning påberåbte husejerne sig foruden Grl § 73 også „den ligeretsgrundsætning, som er gældende efter grundloven og den danske demokratiske statsform“. Ifølge husejerne havde en sådan grundsætning fundet udtryk såvel i Grundloven som i lovgivning og administrativ praksis. Højesteret tog ikke stilling til spørgsmålet, men udtalte

kryptisk, at henvisningen til en ligeretsgrundsætning ikke kunne føre til tilsidesættelse af lejeloven.

Højesteret synes dog ikke principielt at afvise, at forfatningen kan indeholde visse uskrevne grundsætninger, som lovgivningsmagten skal respektere. Højesteretsdommer Schaumburg udtalte i kommentaren til dommen (UfR 1965 B, side 241ff (244)):

„Skal en sådan grundsætning imidlertid overhovedet ud fra „grundlovens ånd“ eller demokratiske principper kunne hævdes som retsgrundlag for tilsidesættelse af en lov (og dermed som en uskreven bestanddel af vor grundlov), måtte det formentlig dreje sig om klare tilfælde af grov og vilkårlig forskelsbehandling af borgerne“.

I dommen om „Fagforeningskontingentet“ fra 1966 (UfR 1967.46 H) undlod Højesteret at tage stilling til eksistensen af en forfatningsretlig grundsætning om politisk frihed.

Sagen angik spørgsmålet, om et medlem af en fagforening måtte tåle, at en del af hans kontingent – via LO – gik til støtte af socialdemokratiet, når medlemskab af fagforeningen samtidig reelt var en betingelse for arbejde. Chaufføren påberåbte sig bl.a. et princip om „politisk frihed“, som har fundet udtryk i Grl §§ 31 og 75. Østre Landsret afviste hans påstand ud fra foreningsretlige synspunkter. Højesteret ligeså, men med dissens (5-2). Dommens præmisser forholder sig ikke direkte til en almindelig retsgrundsætning om politisk frihed. Flertallet udtalte dog, at partibidraget ikke findes at „gøre et sådant indgreb i den enkeltes ret til politisk frihed, at ...“. Mindretallet fandt, at en fagforening, som man reelt er tvungent medlem af, kun kan anvende midler til faglige formål. Det fremgår af Gjerulffs kommentar til dommen (UfR 1967 B, side 87ff), som ikke nærmere kommer ind på spørgsmålet om uskrevne retsgrundsætninger, at resultatet i sagen ikke kunne anses for utvivlsomt. Heller ikke i voteringen kom Højesteret ind på spørgsmålet om en uskreven grundsætning om politisk frihed. Det fremgår, at afgørelsen alene blev truffet ud fra foreningsretlige synspunkter.¹⁸⁹

I „HT-sagen“ fra 1986 (UfR 1986.898 H) havde HT-chaufførerne påberåbt sig et forfatningsretligt diskriminationsforbud til støtte for, at afskedigelserne af dem var ugyldige, fordi de var begrundet i deres foreningsforhold. Høje-

189. Grallas udlægning af dommens forfatningsretlige betydning (1987, side 178f) er derfor højst tvivlsom.

steret afviste anbringendet, men igen uden at tage principiel stilling til det påberåbte uskrevne diskriminationsforbud. I præmisserne udtales blot, at påstanden om afskedigelsernes ugyldighed ikke kan støttes på Grundloven eller „på andre regler af forfatningsmæssig karakter.“ I Riis’ kommentar drøftes spørgsmålet derimod kort, idet det anføres (UfR 1987 B, side 54):

„Det er vist yderst tvivlsomt, om der med forfatningsmæssig gyldighed kan opstilles et almindeligt diskriminationsforbud ... [herefter henvises til Schaumburgs kommentar til dommen fra 1965].“

To Højesteretskendelser fra 16. marts 2000 (sag 589/1999 og 9/2000) om sigtedes ret til at være til stede i videorummet under politiets vidneafhøring af børn i sædelighedssager kommer dog tæt på anerkendelse af en uskreven straffeprocessuel retssikkerhedsgaranti. En sådan rettighed for sigtede kunne ikke støttes på retsplejeloven, idet det af retsplejelovens §745, stk. 3 og dennes forarbejder tværtimod klart fulgte, at kun forsvareren havde ret til at være til stede. Højesteret anerkendte alligevel, at sigtede som udgangspunkt har ret til at være til stede *“uanset ordlyden af og forarbejderne til retsplejelovens § 745, stk. 3”*. Højesteret lagde herved afgørende vægt på sigtedes retssikkerhedsmæssige garantier for en *“fair trial”*. Det udtales i præmisserne, at sigtedes forsvarer hermed – i kraft af sigtedes adgang til at følge med i afhøringen – har mulighed for at stille relevante spørgsmål til barnets forklaring, som senere skal indgå som bevis i straffesagen. Der er næppe tvivl om, at EMRK artikel 6, stk. 3 (d) om lighed (*“equality of arms”*) for anklagemyndighed og forsvar i forhold til vidneafhøringer har spillet en rolle. EMRK omtales imidlertid ikke i Højesterets præmisser, hvilket måske kan skyldes, at der ikke har været klare præjudikater fra EMD at henvise til. Afgørelsen fremstår på denne baggrund som en uskreven retsdannelse contra legem.

Den hidtidige skeptiske linje i dansk retspraksis og dele af teorien over for anerkendelse af uskrevne grundrettighedsprincipper kan således være under opblødning. Tendensen i retning af en mere fri og dynamisk grundrettighedsfortolkning og en mere aktiv domstolskontrol med lovgiver, som fra EFD, EMD og nationale europæiske forfatningsorganer nu breder sig til dansk ret,¹⁹⁰ kan også føre til større åbenhed over for

190. Se nærmere ovenfor kapitel 2, afsnit 3.

anerkendelse af uskrevne forfatningsprincipper. Herved ville dansk forfatningsret komme i bedre overensstemmelse med f.eks. tysk og norsk forfatningsret.

Ikke mindst rettigheder, som nyder stærk beskyttelse ved EMRK og i andre europæiske forfatninger, kan med tiden vinde anerkendelse som uskrevne grundrettigheder i dansk ret (hvis ikke en grundlovsrevision forinden gør det unødvendigt). Det gælder f.eks. ikke-diskriminationsprincippet, retten til “fair trial”, retten til respekt for privatliv m.v.

4. Internationale menneskerettigheder (navnlig EMRK)

Grundrettigheder kan ikke (længere) behandles uden inddragelse af internationale menneskerettigheder. Internationale menneskerettigheder har i stigende grad – både direkte og indirekte – betydning for den forfatningsretlige beskyttelse af individets rettigheder. I dette kapitel er spørgsmålet alene internationale menneskerettigheders – navnlig EMRKs – gennemslag som *selvstændig* retskilde i national ret.

4.1 Dualistisk udgangspunkt eller retskildefaktorbetragtning?

Efter traditionel, dualistisk opfattelse af forholdet mellem national og international ret bliver internationale menneskerettigheder kun en del af national ret i det omfang, de inkorporeres i national ret, og da kun med status i national ret svarende til den retsakt, ved hvilken de er inkorporeret (typisk lov). Dansk forfatningsret hviler som mange andre europæiske lande på den dualistiske tradition, jf. forudsætningsvis Grl § 19.

Mange forfattere har fremhævet, at den traditionelle retskildelære med sit udgangspunkt i nationalstatens suverænitet og et dualistisk syn på forholdet mellem national og international ret i stigende grad er utilstrækkelig som forståelsesramme for fremmed rets påvirkning af national ret.¹⁹¹ Også i Danmark har den dualistiske tradition gennem længere tid været under opblødning gennem udstrakt anvendelse af de almindelige fortolknings-, formodnings- og instruktionsregler. Disse harmonise-

191. Se bl.a. Koopmans, *Sources of Law – the New Pluralism*, 1994, side 189ff; Zahle, *On Polycentrism and Legal Pluralism or: Does a Concept such as Danish Constitutional Law exist?* i Arnfred og Petersen (udg.), *Legal Change in a North/South Perspective*, 1996, side 134; Öhlinger, *Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufenbau Doctrine in Present Day Europe* (paper fremlagt på IACLs Roundtable i Åbo, maj 1997).

ringsregler muliggør i sig selv et betydeligt gennemslag for ikke-inkorporeret international ret; men selv disse regler slår ikke længere til ved beskrivelse af international rets reelle gennemslag i dansk ret. Folkeretten er en retskilde i dansk ret på linje med andre retskilder, hvis konkrete gennemslag beror på en række faktorer.¹⁹²

Det dualistiske udgangspunkt er navnlig problematisk på menneskerettighedsområdet. Menneskerettigheder er internationale regler til sikring af individets rettigheder over for statsmagten. Efter deres normative indhold regulerer internationale menneskerettigheder samme spørgsmål som forfatningens grundrettigheder – forholdet mellem stat og individ. Navnlig EMRK er desuden udstyret med et effektivt kontrolapparat, hvilket indebærer, at de nationale domstole er underlagt en reel kontrol og dermed en stærk motivation til selv at sikre overholdelsen af EMRK i national ret. Materiel monisme fremfor formel dualisme præger i Europa forholdet mellem international og national retsdannelse på rettighedsområdet. Der tegner sig i Europa billedet af en forfatningsstat, som er åben over for internationale menneskerettigheder, især hvor de bidrager til at styrke den forfatningsretlige individbeskyttelse.¹⁹³

På denne baggrund synes det velbegrundet at forlade dualismen som grundlag for en diskussion af internationale menneskerettigheders status også i dansk forfatningsret.¹⁹⁴ I stedet bør spørgsmålet i første række vurderes ud fra et retsanvendelsesperspektiv: menneskerettighedernes faktiske gennemslag i den nationale retsorden.¹⁹⁵

4.2 Forfatningsretlig status og „quasi-forfatningsretlig“ status

Internationale menneskerettighedskonventioner kan have forfatningsretlig status, hvor de pågældende konventioner i den nationale forfatning

192. Jf. Søren Stenderup Jensen, *Folkeretten som retskilde i dansk ret*, UfR 1990 B, side 1ff; Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 2, 1996, side 275.

193. Se hertil Rytter, *Den åbne forfatningsstat*, Retfærd 1998, side 19ff. Jf. ovenfor kapitel 2, afsnit 2.

194. Skal man begrunde dette standpunkt i traditionelle termer, kan man sige, at 1953-Grundlovens verdensbillede og forudsætninger om suveræniteten har ændret sig så væsentligt siden, at de ikke længere kan danne grundlag for forståelsen af dansk forfatningsret på menneskerettighedsområdet. Den dualistiske tradition eroderes gennem sædvane. Se i samme retning Henning Koch, *Når menneskerettigheder kolliderer*, Retfærd 1995, side 64ff.

195. Jf. Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 2, 1996, side 275. Dette er også en hovedpointe hos Søren Stenderup Jensen, *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law*, 1992.

er tillagt forfatningsrang. Bortset fra disse tilfælde beror spørgsmålet om internationale menneskerettigheders forfatningsretlige status på deres reelle gennemslag i national retspraksis.

4.2.1 Umiddelbar forfatningsretlig status

I princippet kan man forestille sig, at internationale menneskerettighedskonventioner reelt gives selvstændig forfatningsretlig status i national retspraksis. Dette vil imidlertid indebære et radikalt brud med traditionelle forfatningsretlige og retstatslige forudsætninger. Forfatningssikrede grundrettigheder danner grundlaget for retsordenen og er bindende for lovgivningsmagten. En sådan status kræver som udgangspunkt et fundament i den skrevne forfatning. Internationale menneskerettighedskonventioner har et svagere legitimitetsgrundlag end den nationale forfatning.¹⁹⁶ De internationale konventioner er på statens vegne tiltrådt af lovgivningsmagten. Det ville være meget vidtgående, såfremt domstolene gennem anerkendelse af menneskerettighedernes selvstændige forfatningsretlige status kunne afskære lovgivningsmagten fra at bringe denne folkeretlige forpligtelse til ophør. En lov, der bevidst tilsidesætter internationale menneskerettighedsforpligtelser, må derfor som udgangspunkt respekteres af domstolene.

4.2.2 Middelbar forfatningsretlig status (indfortolkning)

Mere nærliggende, og forfatningsretligt mindre betænkeligt, er den mulighed, at nationale domstole inddrager de internationale menneskerettigheder – med tilhørende retspraksis fra internationale kontrolorganer – ved fortolkningen af parallelle rettigheder i den nationale forfatning. I det omfang, der foretages en sådan harmoniserende fortolkning, får internationale menneskerettigheder indirekte forfatningsretlig status.

Den principielle forskel til en umiddelbar anerkendelse af internationale menneskerettigheders forfatningsretlige status er imidlertid stor. Ved den middelbare anerkendelse af menneskerettighedernes forfatningsretlige status gennem fortolkning er de nationale grundrettigheder fortsat retskildegrundlaget, mens menneskerettigheder „kun“ er – omend vigtige – fortolkningsfaktorer. Den middelbare anerkendelse af menneske-

196. Se hertil nærmere Rytter, *Den åbne forfatningsstat*, Retfærd 1998, side 19ff.

rettighedernes forfatningsretlige status begrænses således af de rettigheder, som sikres i den nationale forfatning.

Grænsen mellem internationale menneskerettigheder som selvstændig forfatningsretlig kilde og som fortolkningsfaktor ved fortolkningen af nationale grundrettigheder bliver dog mere flydende, hvor nationale domstole anerkender uskrevne forfatningsprincipper, hvis indhold fastlægges i overensstemmelse med internationale menneskerettigheder. Problemstillingen illustrerer vanskeligheden ved at sondre klart mellem retskilder og fortolkningsfaktorer. Som tidligere omtalt bør relevansen af de internationale menneskerettigheder ved fortolkning af nationale – skrevne eller uskrevne – grundrettigheder dog principielt behandles som et fortolkningsspørgsmål (se nedenfor kapitel 5 og 6).

4.2.3 „Quasi-forfatningsretlig“ status

Hvad angår internationale menneskerettigheders selvstændige retskildemæssige status, er det praktisk mest interessante spørgsmål, hvorvidt nogle af disse rettigheder – til trods for, at de ikke tilkendes selvstændig forfatningsretlig status – dog har et sådant gennemslag i national ret, at de kan siges at have en slags „quasi-forfatningsretlig“ status.

Internationale menneskerettigheder kan siges at have en „quasi-forfatningsretlig status“ i national ret, såfremt de ved nationale domstole i normale tilfælde har samme gennemslag som forfatningens grundrettigheder. Dette er tilfældet, hvis internationale menneskerettighedskonventioner – med tilhørende retspraksis fra internationale kontrolorganer – i national retspraksis konsekvent håndhæves af nationale domstole uanset, om dette strider mod den hidtidige nationale retstilstand og lovgivning. Forskellen til forfatningssikrede grundrettigheder er alene, at internationale menneskerettigheder med „quasi-forfatningsretlig“ status må vige i det (normalt hypotetiske) tilfælde, at lovgivningsmagten bevidst tilsidesætter internationale menneskerettighedsforpligtelser.

4.3 Internationale menneskerettigheders status i tysk ret

Tysk ret har udgangspunkt i en dualistisk tradition. Efter den tyske grundlovs artikel 59(2) skal internationale traktater for at blive en del af tysk ret inkorporeres ved lov. Også EMRK er inkorporeret ved lov og har derfor formelt alene lovrang.¹⁹⁷

197. EMRK er inkorporeret i tysk ret ved lov af 7. august 1952, BGBl, II, side 686.

Dele af tysk teori har imidlertid argumenteret for, at navnlig EMRK burde anerkendes som en del af tysk forfatningsret.¹⁹⁸ BVerfG har dog afvist dette standpunkt under henvisning til den tyske grundlovs artikel 59(2).¹⁹⁹ BVerfG har derimod fastslået, at den vil fortolke de tyske grundrettigheder i lyset af ikke mindst EMRK og EMDs praksis.²⁰⁰

EMRK har dog ikke haft stor selvstændig betydning i tysk ret, fordi rettighedsbeskyttelsen efter den tyske grundlov, i kraft af BVerfGs dynamisk ekspansive fortolkning af grundrettighederne, normalt modsvarer og ofte rækker videre end EMRK.

4.4 Internationale menneskerettighedens status i norsk ret

Også norsk ret bygger traditionelt på en dualistisk opfattelse af forholdet mellem norsk ret og folkeretten. Ikke desto mindre har internationale menneskerettigheder siden 1960'erne og i stigende omfang gennem 1980'erne og 1990'erne været anerkendt som retskilde i norsk ret.²⁰¹ Spørgsmålet om de internationale menneskerettighedens forfatningsretlige status har til gengæld været genstand for livlig diskussion.

Allerede i „Iversen-dommen“ fra 1961 (Rt 1961.1350) inddrog Høyesterett EMRK i en sag om en tandlæges nægtelse af at efterkomme et lovhjemlet pålæg om midlertidig civiltjeneste i et område, hvor der var akut mangel på tandlæger. Tandlægen påberåbte sig bl.a. forbudet mod tvangsarbejde i EMRK artikel 4, men fik ikke medhold. Førstevoterende anførte, at det var ret klart, at forbudet mod tvangsarbejde i EMRK artikel 4 ikke omfattede den foreliggende situation, hvor der var tale om et vellønnet midlertidigt arbejde inden for vedkommendes profession.²⁰² Herefter udtalte førstevoterende (side 1351):

198. Se henvisninger hos Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher Schutz ...*, EuGRZ 1994, side 26; Et nyere eksempel er Bleckmann, *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?*, EuGRZ 1994, side 149ff.

199. Ledende er BVerfGs afgørelse fra 1960 (BVerfGE 10, 271 (274)). Se nærmere om BVerfGs praksis vedrørende EMRK, Frowein, *Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention*, 1987, side 1763ff; Herzog, EuGRZ, EuGRZ, 1990, side 486.

200. Herom nedenfor kapitel 5, afsnit 4.2 og kapitel 6, afsnit 3.4.

201. Jf. Lovgivning om menneskerettigheter, NOU 1993:18, side 17 og 51ff; Eivind Smith, *Høyesterett og folkestyret*, 1993, side 214f og 256f.

202. Se en tilsvarende afgørelse fra 1966 (Rt 1966.476).

„Da jeg etter dette ikke kan finne at det er noen modstrid mellom konvensjonen og vedkommende norske lov behøver jeg ikke gå inn på spørsmålet om hvilken av disse som i tilfelle av konflikt må gis forrang.“

Navnlig en Høyesterettskendelse fra 1984 (Rt 1984.1175) er blevet taget som udtryk for, at Høyesterett vil gå langt ved håndhævelsen af EMRK i norsk ret.

Sagen vedrørte spørgsmålet om en kvinde, som var dømt til sikring, kunne kræve en selvstændig domstolsprøvelse af en efterfølgende administrativ beslutning om tvangsindlæggelse på et psykiatrisk hospital, som havde hjemmel i sikringsdommen. Efter gældende ret tilkom en ret til domstolsprøvelse alene personer, som ikke forinden var dømt til sikring. Men kvinden påberåbte sig et retssikkerhedshensyn og EMRK artikel 5. Høyesteretts første-voterende fastslog (side 1179f):

„Avgjørelsen må treffes ut fra de reelle hensyn som her gjør seg gjeldende, herunder det hensyn at norsk ret så vidt mulig må forutsettes å være i samsvar med traktater som Norge er bundet av – i dette tilfelle Den europeiske menneskerettighetskonvensjon ...“

På denne baggrund og med direkte reference til EMDs praksis vedrørende EMRK artikel 5 konkluderede førstevoterende, at kvinden havde krav på domstolsprøvelse af tvangsanbringelsen, da der var et vægtigt retssikkerhedsmæssigt hensyn til at sikre domstolsprøvelse med vilkårene i en sikringsdom med jævne mellemrum. De øvrige fire medvirkende dommere tiltrådte denne opfattelse.²⁰³

Denne og andre afgørelser viser, at Høyesterett opererer med en stærk formodning for norsk rets overensstemmelse med internationale menneskerettigheder. Navnlig EMRK gives i praksis gennemslag ved en harmoniserende fortolkning af norsk ret, også i tilfælde, hvor en naturlig fortolkning ville have ført til et andet resultat.

Ifølge Eivind Smith var Rt 1984.1175 reelt udtryk for en tilsidesættelse af lovgivningen under hensyn til EMRK, da dommens resultat hverken havde dækning i loven om tvangsanbringelse eller i forarbejder-

203. Se tilsvarende Rt 1991.973 om adgangen til domstolsprøvelse i lyset af EMRK artikel 5.

ne hertil.²⁰⁴ Der forelå imidlertid ikke en direkte konflikt mellem EMRK og en bevidst EMRK-stridig lov.

Spørgsmålet om udfaldet af en konflikt mellem EMRK (eller andre konventioner) og en lov, som bevidst strider herimod, har endnu aldrig været sat på spidsen.

Efter traditionel opfattelse skal loven gives forrang i sådanne tilfælde.²⁰⁵ En del af teorien har imidlertid på baggrund af Høyesteretts udtalelser antaget eller ihvertfald ikke villet udelukke, at Høyesterett vil være villig til at tilsidesætte en lov, som strider mod EMRK eller andre centrale menneskerettighedskonventioner.²⁰⁶

Efter et udredningsarbejde om menneskerettighedernes inkorporering i norsk ret (NOU 1993:18) vedtog Stortinget i 1994 enstemmigt Grunnlovens § 110c, hvorefter det „påligger statens myndigheter å respektere og sikre menneskerettighetene“, mens det samtidig bestemmes, at inkorporeringen af enkelte menneskerettighedskonventioner skal foretages ved lov. Grl § 110 c antages på denne baggrund ikke at løse spørgsmålet om menneskerettighedernes forrang for en lov, som bevidst er i strid med disse.²⁰⁷

Som opfølgning på Grunnlovens § 110c vedtog Stortinget i 1999 Menneskerettsloven²⁰⁸, hvis formål efter § 1 er at “styrke menneskerettighetenes stilling i norsk rett”. Loven inkorporerer EMRK og FNs to

204. Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, side 234f, jf. 268. Tilsvarende omtaler Høyesterettsdommer Dolva Rt 1984.1175 som “*det beste eksempel på den åpne holdning, som norsk rettspraksis har i slike situasjoner og samtidig på den vekt og gjennomslagskraft som ligger i menneskerettighetskonvensjonenes normer*” (Dolva, *Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner og intern norsk rett*, TtR 1990, side 121ff (129)).

205. Jf. Andenæs, Statsforfatningen i Norge, 1998, side 5f.

206. Se f.eks. Eivind Smith, 1993, side 235; Dolva, TtR 1990, side 131 anfører, at i sådanne ekstreme undtagelsestilfælde vil de konkrete omstændigheder være afgørende. Se også NOU 1993:18, side 68 (med henv.), hvor spørgsmålet holdes åbent. En antagelse om menneskerettighedernes forrang beror dog navnlig på, at fundamentale menneskerettigheder i norsk ret antages at modsvare uskrevne forfatningsgrundsætninger (NOU 1993:18, side 99 og 147ff). Om en sådan “indfortolkning” af EMRK, se nedenfor kapitel 5, afsnit 4.

207. Eivind Smith bemærker om denne løsning: “*noen entydig valg mellom de to nivåer er ikke foretatt*”. Han anfører, at § 110c primært kodificerer gældende retspraksis før inkorporeringen (Eivind Smith, *Ytringsfrihet – grunnlovsvernet i perspektiv*, Lov og Rett 1996, side 147ff (167ff)).

208. Vedtaget den 13. april 1999 på baggrund af regeringens lovforslag (Ot.prp. nr. 3 (1998-99)).

centrale konventioner om civile og politiske henholdsvis økonomiske, sociale og kulturelle rettigheter i norsk ret. Loven inneholder i § 3 en forrangsbestemmelse: “Bestemmelsene [i de af loven omfattede menneskerettighedskonventioner] skal ved modstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning.” Det er imidlertid klart, at forrangsbestemmelsen i Menneskerettsloven ikke løser det forfatningsretlige spørsmål om en eventuel konflikt mellom f.eks. EMRK og en bevidst EMRK-stridig lov. En lov kan ikke binde lovgivningsmagten for fremtiden.²⁰⁹ Den praktiske betydning af Menneskerettsloven synes derfor begrenset.

Med „Strejkeforbuds-dommen“ fra 1997 (Rt 1997:580) har Høyesterett – obiter dictum – nu ret klart taget stilling til fordel for lovgivningsmagten i tilfælde af klar konflikt med folkeretten. Førstevoterende udtalte for en enig Høyesterett (side 593), at

„Dersom det er en klar modstrid mellom folkerettslige bestemmelser og norsk rett, vil imidlertid utgangspunktet måtte være, at den interne rett går foran.“

Dommen angik spørsmålet, om de norske regler om tvungen Lønnsnemd (forligsnævn) i arbeidskonflikter var i strid med Norges folkerettslige forpliktelser etter ILO-konventionerne og ILO-organernes praksis vedrørende beskyttelse af strejkeretten. Det fandt Høyesterett ikke. Men obiter dictum udtalte førstevoterende for alle fem dommere i overensstemmelse med sit prinsipielle syn på spørsmålet (side 594), at „*selv i tilfelle streikeforbudet skulle ha vært i strid med folkerettslige bestemmelser om vern av retten til streik, ville det følge av norsk rett at den provisoriske anordning om tvungen lønnsnemd var gyldig.*“²¹⁰

På denne baggrund kan det konkluderes, at internationale menneskerettigheter reelt har „quasi-forfatningsretlig“ status i norsk ret.²¹¹ Internationale menneskerettigheter (navnlig EMRK) har haft et sterkt og stigende

209. Jf. Vislie, Høyesterett og menneskerettighetene. Grunnloven § 110c og menneskerettsloven, 1999, side 89f. Ifølge utredningen om inkorporering må loven i dette tilfælde – i tråd med tradisjonell oppfattelse – antages at få forrang, med mindre loven tillige anses for at stride imod uskrevne grunnlovsprinsipper, NOU 1993:18, side 149.

210. Kritisk til dommen Jakhellin, *Menneskerettigheter – nei takk?*, Lov og Rett 1997, side 577ff.

211. Jf. Vislie, 1999, side 99f, der taler om en “semikonstitusjonell” trinnhøyde for de internasjonale menneskerettigheter som realiteten, omend begrepet ikke kendes i norsk forfatningsret.

gennemslag i norsk ret. I alle hidtil forekommende tilfælde har Høyesterett fortolket eller “bøjet” norsk ret, så den harmonerede med internationale menneskerettighedsforpligtelser. Navnlig EMRK og EMDs praksis har i nogle tilfælde reelt ført til tilsidesættelse af norsk lovgivning. EMRK har imidlertid ikke selvstændig forfatningsretlig status. Såfremt lovgiver bevidst vedtager en lov, som klart strider mod EMRK, må Høyesterett antages at ville lægge loven til grund – med mindre den pågældende rettighed i EMRK af domstolen anerkendes som del af uskreven norsk forfatningsret (middelbar forfatningsretlig status).²¹²

4.5 Internationale menneskerettighedens status i dansk ret (EMRK)

Retsstilstanden i Danmark må nu antages i vidt omfang at svare til norsk ret. Også i dansk ret er det navnlig spørgsmålet om EMRKs status, som har praktisk betydning. EMRK må antages at have „quasi-forfatningsretlig“ status i dansk ret. I alle praktisk forekommende tilfælde må det antages, at danske domstole vil anse sig forpligtet til at lægge EMRK – som den fortolkes af EMD – til grund for fortolkningen af dansk ret, uanset om dette medfører tilsidesættelse af den hidtidige retstilstand, herunder tilsidesættelse eller omfortolkning af gældende lovgivning, og uanset lovgivers forudsætninger om lovgivningens overensstemmelse med EMRK. EMRK har imidlertid ikke selvstændig forfatningsretlig status i dansk ret. Hvis lovgivningsmagten vedtager en lov, som bevidst strider mod EMRK, må domstolene lægge loven til grund.

Denne beskrivelse af retstilstanden er ikke uomtvistet. I det følgende opridses grundtendenser i navnlig Højesterets EMRK-praksis, samt nogle hovedsynspunkter i den efterhånden omfangsrige debat om EMRKs status i dansk ret.

4.5.1 Retspraksis før 1992

EMRK slog omkring 1989 for alvor igennem som retskilde ved danske domstole. En væsentlig årsag hertil turde være, at Danmark samme år for første gang var blevet domfældt af EMD i „Hauschildt-sagen.“²¹³ Siden da har danske domstole i stigende grad inddraget EMRK og EMDs praksis i fortolkningen af dansk ret. Navnlig Højesteret har strakt fortolk-

212. Se om dette forbehold nærmere nedenfor kapitel 5, afsnit 4.3 og kapitel 6, afsnit 3.4.

213. *Hauschildt v. Denmark*, EMD 154 (1989).

nings- og formodningseglerne meget vidt for at bringe dansk ret i overensstemmelse med EMRK – i visse tilfælde med den virkning, at dansk lovgivning og langvarig praksis er blevet omfortolket eller ligefrem underkendt.²¹⁴

Endnu i „HT-dommen“ fra 1986 (UfR 1986.898 H) synes Højesteret at bekræfte det traditionelle syn på forholdet mellem national ret og international ret. Retten udtalte, at EMRK ikke kunne anvendes direkte i dansk ret.

Med tre afgørelser fra 1989 – „Tvangsanbringelsessagen“ (UfR 1989.928 H), „Jydebrødrene“ (UfR 1990.13 H) og „Hørsholmsagen“ (UfR 1990.181 H) – fastslog Højesteret imidlertid EMRKs vidtrækkende gennemslag i dansk ret. Højesteret foretog en selvstændig vurdering af EMRKs rækkevidde og fortolkede under udstrakt anvendelse af fortolknings- og formodningsregler i UfR 1989.928 og 1990.13 H dansk ret i lyset heraf, mens man i UfR 1990.181 H henskød den generelle løsning til lovgivningsmagten.

Det var herefter fastslået, at *„der består en pligt for danske domstole og andre myndigheder til så vidt muligt at lægge Den Europæiske Menneskerettighedskonvention og den praksis, som knytter sig hertil, til grund ved fortolkningen af dansk ret.“*²¹⁵

4.5.2 EMRK-lovens forarbejder

EMRK blev i 1992 inkorporeret i dansk ret ved lov.²¹⁶ Det er dog klart, at denne lov efter sit indhold ikke kan vurderes på samme måde som sædvanlige love.

Forarbejderne til EMRK-loven illustrerer med sine principielle overvejelser om forholdet mellem lovgivningsmagten og domstolene lovens forfatningsretlige betydning. Forarbejderne er imidlertid præget af det traditionelle syn på den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem lovgivningsmagten og domstolene og den traditionelle skepsis over for domstolenes retsskabende rolle ved fortolkning af retsprincipper.

214. Se udførligt om retspraksis indtil 1992 i Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, Betænkning 1220 (1991), side 66ff, og Søren Stenderup Jensen, 1992.

215. Den europæiske Menneskerettighedskonvention og dansk ret, Betænkning 1220 (1991), side 192.

216. Lov nr. 285 af 29. april 1992. Loven trådte i kraft den 1. juli 1992.

Hovedsynspunktet i forarbejderne er, at den hidtidige balance mellem domstolene og lovgivningsmagten ikke bør forrykkes med inkorporeringen af EMRK. Det anføres, at lovgivningsmagten har hovedansvaret for Danmarks overholdelse af EMRK, hvorfor domstolene bør udvise forsigtighed med at undergive EMRK en selvstændig fortolkning. Domstolene skal især fungere som en slags „sikkerhedsnet“ for de tilfælde, hvor lovgivningsmagten ikke har været opmærksom på forpligtelserne efter EMRK eller ikke har nået at korrigere lovgivningen i lyset af ny praksis fra EMD.²¹⁷

I Betænkningen, som lå til grund for EMRK-loven, udtales bl.a. (Betænkning 1220, 1991, side 148-50):

„Menneskerettighedskonventionen indeholder en række vage standarder, der overlader et betydeligt skøn til de enkelte medlemsstater, og de valg, som udøvelsen af dette politiske 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. (...) 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. (...) Udvalget finder 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.“

Disse synspunkter fandt grundlæggende tilslutning i bemærkningerne til lovforslaget og under Retsudvalgets behandling. I bemærkningerne til lovforslaget understreges dog, at muligheden for konflikt mellem dansk lovgivning og EMRK er reel, og i givet fald må løses af domstolene (FT. 1991/92, tillæg A, sp. 5467):

„Formålet med en inkorporering er imidlertid at gøre det klart, at en sådan konflikt erkendes som en mulighed af lovgivningsmagten, og at det er ønsket, at de retsanvendende myndigheder ikke skal føle sig forpligtet til at træffe afgørelser i strid med konventionskomplekset.“

217. Betænkning 1220 (1991), navnlig side 148-150, 153; FT 1991/92, tillæg A, sp. 5467-70; tillæg B, sp. 891f. For en udførlig gennemgang af EMRK-lovens forarbejder henvises til Torben Jensen, UfR 1995 B, side 245f.

Trods den gennemgående konservative indstilling rummer EMRK-lovens forarbejder således et ret vidt spillerum for de danske domstole, ikke mindst fordi der er en indre uløst „spænding“ mellem afvisningen af en mere selvstændig rolle for domstolene ved fortolkningen af EMRK og anerkendelsen af, at domstolene gennem praksis skal kunne forhindre, at dansk ret kommer i strid med EMRK og EMDs praksis.

På et punkt er forarbejderne dog klare. Det lægges utvetydigt til grund, at en lov, som bevidst fraviger EMRK, skal have forrang for EMRK ved danske domstole:

*„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. De retsanvendende myndigheder har i disse tilfælde ikke mulighed for at anlægge en folkeretskonform fortolkning af den pågældende lovbestemmelse.“*²¹⁸

Nogle jurister udlægger EMRK-lovens forarbejder således, at kun EMRKs tekst er inkorporeret, mens EMDs praksis fortsat i princippet er en del af folkeretten. Derfor må danske domstole „have fast grund under fødderne“, når de inddrager EMDs praksis; desuden kan hensynet til respekt for EMDs praksis have større eller mindre vægt, og det må afvejes over for hensynet til opretholdelse af den hidtidige balance mellem domstole og lovgivningsmagt.²¹⁹

Dette standpunkt er ikke holdbart. Det er funderet i en formalistisk og traditionel dualistisk opfattelse af forholdet mellem dansk og international ret, hvorved EMRK-loven søges anskuet som en sædvanlig lov. Standpunktet er ikke foreneligt med EMRK-lovens forarbejder og giver desuden ingen mening i lyset af, at EMDs betydning for retsskabelsen i EMRK netop var baggrunden for EMRKs inkorporering. EMRKs sta-

218. FT 1991/92, tillæg A, sp. 5468. Det bemærkes dog også, at da fællesskabsretten respekterer EMRK, har EMRK i det omfang den har relevans for fortolkningen af en fællesskabsretlig regel – som fællesskabsretten i øvrigt – forrang for dansk lovgivning, jf. Betænkning 1220 (1991), side 145. Se herom også ovenfor kapitel 2, afsnit 2.3.3.

219. Se Germer, Statsforfatningsret, 1995, side 201f; Garde og Jensen, *Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole*, Juristen 1998, side 351ff (354).

tus må vurderes på det grundlag, at EMRK og EMDs praksis udgør et udeleligt hele.²²⁰

Tværtimod er det snarere sådan, at EMRKs gennemslag ved danske domstole ikke uden videre anses for bindende fastlagt ved EMRK-lovens forarbejder. Flere – også Højesteretsdommere – har givet udtryk for, at EMRK-lovens forarbejder er for restriktive i sine forudsætninger om domstolens rolle ved håndhævelsen af EMRK.²²¹

EMRKs status må vurderes ud fra konventionskompleksets faktiske gennemslag i dansk ret.

4.5.3 Retspraksis efter 1992

Danske domstole – med Højesteret i spidsen – synes i retspraksis efter 1992 at have forholdt sig relativt frit til EMRK-lovens forarbejder. Som følge af den „elastik“, der er i EMRK-lovens forarbejder, er der dog ikke grundlag for at hævde, at domstolene i noget tilfælde direkte har tilsidesat EMRK-lovens forudsætninger.

Karakteristisk er, at de danske domstole – og navnlig Højesteret – i stigende grad synes fortrolige med EMDs praksis og dens bagvedliggende principper. Dette fører til en mere selvstændig fortolkning af principperne i EMRK i tilfælde, hvor der ikke foreligger et klart præjudikat fra EMD. Hvis danske domstole anser fortolkningen af EMRK for tilstrækkeligt sikker, håndhæves denne fortolkning, uanset indholdet af dansk lov og uanset lovgivningsmagtens forudsætninger om EMRKs rækkevidde.

I sagen om „Dommerkonstitutioner“ fra 1994 (UfR 1994.536 H)

220 Tilsvarende bl.a. Werlauff, *Inkorporering af en konvention eller af en konventionstekst?*, Juristen 1999, side 73f; Zahle, *Rettens kilder – en introduktion*, 1998, side 16; Zahle, *Grundloven og europæiseringen*, Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B 1998, 1999, side 238 med note 6; Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, Lov og Ret, nr. 3 1999, side 8; Torben Jensen, Højesteret og Retsplejen, 1999, side 283.

221. Torben Jensen finder det diskutabelt, om forarbejdernes retningslinjer for domstolens anvendelse af EMRK i alle henseender er bindende for domstolene (Torben Jensen, UfR 1995 B, side 245f; 1999, side 282f); Peer Lorenzen finder Betænkning 1220 noget restriktiv og anfører om den opfattelse, at domstolene generelt bør være forsigtige ved fortolkningen af EMRK og ved konflikt med lovgivningen bør overlade det til Folketinget at foretage de nødvendige ændringer: *“En sådan opfattelse er jeg imidlertid ikke enig i. Den er alt for unuanceret og har efter min mening heller ikke dækning i hidtidig retspraksis.”* (Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, 1999, side 8). Se også Hjalte Rasmussen, Folkestyre, Grundlov og Højesteret, 1996, side 64.

fandt Højesteret det ikke foreneligt med princippet om „appearance of independence“, som efter EMDs praksis er et væsentligt element i kravet om en „fair trial“ i EMRK artikel 6, at en konstitueret dommer fra Justitsministeriets politikontor medvirkede ved behandlingen af en straffesag. Højesteret kom til dette resultat ud fra en selvstændig fortolkning af EMRK. Der forelå ubestridt ikke noget klart præjudikat fra EMD, hvis praksis på området navnlig vedrørte kravet om „impartiality“.²²² Men Højesteret fandt tilstrækkeligt grundlag i principperne bag EMDs praksis for at fastslå inhabilitet i den konkrete sag.

„Faderskabssagen“ (UfR 1995.249 V) angik retten for en italiensk mand, som var den eneste potentielle far til et barn født af en dansk kvinde, til at få anerkendt faderskabet. I overensstemmelse med sædvanlig praksis blev faderskabssagen afsluttet, da barnet blev adopteret af moderens nye danske ægtefælle. Vestre landsret fandt det tvivlsomt, om dette var i overensstemmelse med EMRK artikel 8 om retten til privat- og familieliv og tillod genoptagelse af faderskabssagen.

Endnu videre gik Højesteret i sagen om „Varetægtsfængsling under domsforhandlingen“ fra 1995 (UfR 1996.234 H). Højesteret foretog her en selvstændig vurdering af EMRKs rækkevidde og tilsidesatte på dette grundlag lovgivningsmagtens vurdering heraf.²²³ Sagen angik spørgsmålet, om en dommer, der har truffet afgørelse om varetægtsfængsling under domsforhandlingen, herefter er inhabil ved afgørelse af straffesagen, jf. EMRK artikel 6. Retsplejelovens habilitetsregler byggede på en klar forudsætning om, at varetægtsfængsling under domsforhandlingen ikke medførte inhabilitet. Højesteret fandt imidlertid ikke, at denne forudsætning kunne være bindende for domstolene. Højesteret konstaterede, at der ikke af EMD var taget stilling til habilitetsspørgsmålet ved varetægtsfængsling under domsforhandlingen. Alligevel vurderede Højesteret, at dette ikke i alle tilfælde var foreneligt med EMRK. Ud fra en konkret vurdering kom Højesterets flertal til, at der forelå inhabilitet i den foreliggende sag.

I „FDB-sagen“ fra 1999 (UfR 1999. 1496 H), som vedrørte den negative fagforeningsfrihed efter EMRK artikel 11, godkendte Højesteret, at FDB havde afskediget en ansat, som ved ansættelsen var gjort bekendt med, at medlemskab af SID var en betingelse, men som alligevel

222. Jf. Henning Koch, *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, side 213ff (222ff).

223. Jf. Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, 1999, side 6 og 9.

nægtede at melde sig ind. Afskedigelsen var i overensstemmelse med foreningsfrihedsloven. Det principielle spørgsmål i sagen var imidlertid, om sådanne eksklusivaftaler (nu) generelt er uforenelige med EMRK artikel 11 og, om Højesteret i givet fald ville turde underkende en grundpille for det danske arbejdsmarked. Højesteret godkendte afskedigelsen, alene ud fra en vurdering af, at der ikke var grundlag i EMDs praksis for at anse den for konventionsstridig. Forudsætningsvis synes Højesteret dermed at være villig til at håndhæve EMRK egenhændigt, uanset de vidtrækkende konsekvenser for dansk ret.

Endelig bør også nævnes en række Højesteretssager om udvisning af narkodømte og voldsdømte udlændinge fra 1998–2000 – bl.a. UfR 1999.271 H, 1390 H, 1394 H, 1503 H og 1507 H, UfR 2000.293 H, 545(I) H, 545(II) H, 820 H, 822 H, samt Højesterets domme af 27. april 2000 i sag 587/1999 og 4. maj 2000 i sag 133/2000 – som illustrerer, at en selvstændig og konkret afvejning ofte vil være nødvendig, når danske domstole håndhæver EMRK – her artikel 8 om retten til respekt for privat- og familielivet – hvilket kan resultere i en tilsidesættelse af lovgivers intentioner.

I alle sager var en udlænding med mangeårig tilknytning til Danmark blevet besluttet udvist af landet som følge af domfældelse for narkotikakriminalitet eller vold. Udvisningerne var en direkte konsekvens af en stramning af udlændingeloven i 1996 (“pusherloven”) og igen i 1998 (“voldspakken”). Efter lovenes forarbejder skal udlændinge, som er idømt ubetinget fængelsstraf for narkotikakriminalitet eller grovere vold, som klar hovedregel udvises. Humanitære hensyn til udlændingen og hans familie kan kun undtagelsesvis føre til undladelse af udvisning. Dog er det også angivet, at udvisning ikke kan finde sted, hvis det strider mod Danmarks internationale forpligtelser. Landsretten havde i de første sager stadfæstet udvisningerne. Højesteret tilsidesatte derimod i de angivne sager udvisningerne – i modstrid med lovenes ordlyd og intentionerne bag (i UfR 1999.1394 H fastslog Højesteret, at udtalelserne i pusherlovens forarbejder ikke kunne tillægges selvstændig betydning) – på grundlag af EMRK artikel 8 om retten til privat- og familieliv. På grundlag af en konkret afvejning af udlændingenes tilknytning til Danmark og grovheden af deres kriminalitet fandt Højesteret ikke, at udvisningerne levede op til kravet i EMRK artikel 8, hvorefter indgrebet skal være nødvendiggjort af samfundsmæssige hensyn (proportionalitet). I lyset af Højesterets afgørelser er udvisning af udlændinge med fast tilknytning til Danmark for narko- og voldskriminalitet nu undtagelsen, og ikke – som det var lovgivers hensigt – hovedreglen.

4.5.4 Vurdering

På baggrund af domstolenes – navnlig Højesterets – praksis er der grundlag for at hævde, at EMRK har en slags „quasi-forfatningsretlig“ status i dansk ret.

Danske domstole må antages at være forpligtet til at lægge EMRK til grund, forudsat de finder at have tilstrækkeligt grundlag for at fastlægge rækkevidden af EMRK og EMDs praksis, uanset om dette medfører tilsidesættelse af klare danske lovregler, uanset lovgivningsmagtens forudsætninger om EMRKs rækkevidde, og uanset om EMRKs gennemslag har vidtrækkende konsekvenser for dansk ret.²²⁴

Afgørende for EMRKs gennemslag er formentlig den både rimelige og rigtige betragtning, at domstolene anser sig forpligtet til så vidt muligt at undgå at Danmark – og dermed også danske domstole – domfældes ved EMD. Med Lorenzens ord: *“Ansaret for at vore forpligtelser efter konventionen tilsidesættes, fordi man ikke sympatiserer med udviklingen i konventionspraksis, bør være Folketingets ikke domstolenes.”*²²⁵

Denne retstilstand ligger fjernt fra en traditionel dualistisk opfattelse og går nok også noget videre end forudsat i EMRK-lovens forarbejder, navnlig fordi ikke mindst Højesteret i stigende grad er blevet fortrolig med en selvstændig fortolkning af EMRK.

Derimod har EMRK ikke forfatningsretlig status. I overensstemmelse med EMRK-lovens forarbejder må det antages, at domstolene, hvis lovgivningsmagten bevidst vælger at tilsidesætte EMRK, som udgangspunkt vil anse sig forpligtet til at lægge loven til grund.²²⁶

Dog må man også i dansk ret principielt tage forbehold for, at danske domstole kan indfortolke EMRK i Grundlovens rettigheder eller i uskreven dansk forfatningsret (middelbar forfatningsretlig status), i hvilket tilfælde loven må tilsidesættes (se herom nærmere nedenfor kapitel 5, afsnit 4.4.2 og kapitel 6, afsnit 3.4).

224. Jf. Torben Jensen, 1999, side 283f. Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, 1999, side 8f.

225. Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, 1999, side 9. Jf. Torben Jensen, 1999, side 284.

226. Jf. Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 3, 1997, side 49; Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, 1999, side 8.

5. Sammenfattende konklusion

Grundrettighedernes kilder kan være den skrevne forfatning, uskrevne forfatningsprincipper eller internationale menneskerettigheder.

Retskilder og fortolkningsfaktorer. En klar sondring mellem retskilder og fortolkningsfaktorer er særligt vanskelig, når det gælder grundrettigheder. Grundrettigheder er ofte bredt formulerede principper, som udspringer af uskrevne retfærdighedsforestillinger. Grænsen mellem en mere fri fortolkning ud fra grundrettighedens ånd og anerkendelse af uskrevne grundrettigheder kan undertiden være uskarp. Endvidere har grundrettigheder og internationale menneskerettigheder et fælles sigte og udspring, og den nationale forfatningsret orienterer sig i stigende grad mod en fælleseuropæisk rettighedsstandard. Dette gør det undertiden vanskeligt at sondre mellem tilfælde, hvor de internationale menneskerettigheder anerkendes som grundrettigheder i national ret og tilfælde, hvor de „alene“ påvirker fortolkningen af forfatningens grundrettigheder. Alligevel bør man i grundrettighedsdogmatikken som udgangspunkt fortsat skelne mellem spørgsmålet om grundrettighedernes kilder og spørgsmålet om strategier og -principper for grundrettighedsfortolkning. Retskildebegrebet har lang tradition. Og spørgsmålet om en norms retskildemæssige status kan fortsat have selvstændig betydning i tilfælde, hvor en konflikt mellem modstridende normer sættes på spidsen.

Den skrevne forfatning. Grundrettighedernes primære „kilde“ er den skrevne forfatning – i Danmark Grundloven. Grundrettighederne bør afgrænses ubundet af forfatningens systematik som omfattende alle bestemmelser, der har som et væsentligt formål at beskytte individets frihed og retssikkerhed. Herefter har også Grl §§ 3, 63, 64 (om domstolsprøvelse og “fair trial”) og § 29 (om valgretten) en grundretlig dimension.

Uskrevne grundrettigheder. Uskrevne grundrettigheder må udledes af den uskrevne forfatningsret. Den uskrevne forfatningsret har imidlertid ikke den umiddelbare autoritet, som i kraft af forfatningsproceduren knytter sig til den skrevne forfatning. Derfor er spørgsmålet om anerkendelse af uskrevne grundrettigheder kontroversielt. Efter et normativt retsbegreb bør uskrevne grundrettigheder dog principielt kunne anerkendes, således som det også er tilfældet i tysk og norsk grundrettighedspraksis. Højesteret har ikke taget principiel stilling, men har dog i enkelte tilfælde fastslået uskrevne retssikkerhedsgarantier contra legem. Anerkendelse af uskrevne

grundrettigheder kræver en stærk begrundelse. For det første må normens *eksistens* som del af den uskrevne ret kunne begrundes med henvisning til dens nedslag i den eksisterende – herunder internationale – retsorden. For det andet må normens *forfatningsretlige status* kunne begrundes som nødvendig i en demokratisk retsstat til sikring af individet.

Internationale menneskerettigheder (navnlig EMRK). Grundrettigheder kan ikke (længere) behandles uden inddragelse af internationale menneskerettigheder. Menneskerettighederne har i stigende grad – både direkte og indirekte – betydning for den forfatningsretlige beskyttelse af individets rettigheder. Her er spørgsmålet alene menneskerettighedernes (EMRKs) gennemslag som *selvstændig* retskilde i national ret.

Det dualistiske udgangspunkt er ikke længere egnet til at beskrive den nationale påvirkning fra internationale menneskerettigheder. Afgørende er menneskerettighedernes faktiske gennemslag i den nationale retsorden. I princippet er der intet til hinder for at anerkende menneskerettighedernes umiddelbare forfatningsretlige status. Dette vil dog indebære et radikalt brud med traditionelle forfatningsretlige og retsstatslige forudsætninger. En lov, der bevidst tilsidesætter internationale menneskerettighedsforpligtelser, må derfor som udgangspunkt respekteres af domstolene. Mere nærliggende er anerkendelse af menneskerettighedernes middelbare forfatningsretlig status gennem en fortolkning af forfatningens grundrettigheder i lyset af menneskerettighederne (herom kapitel 5, afsnit 4 om komparativ fortolkningsmetode). Som selvstændig retskilde synes navnlig EMRK i stigende grad at blive tillagt en slags “quasi-forfatningsretlig” status i europæisk forfatningspraksis. EMRK har ved nationale domstole normalt samme gennemslag som forfatningens grundrettigheder, uanset, om dette fører til tilsidesættelse af den hidtidige retstilstand og lovgivning. EMRK må dog som udgangspunkt vige, hvis lovgiver bevidst tilsidesætter konventionen.

Også i dansk ret er der på baggrund af domstolenes – navnlig Højesterets – praksis grundlag for at hævde, at EMRK har en sådan „quasi-forfatningsretlig“ status. Danske domstole anser sig forpligtet til at lægge EMRK til grund, forudsat de har tilstrækkeligt grundlag for at fastlægge rækkevidden af EMRK og EMDs praksis, uanset om dette medfører tilsidesættelse af klare danske lovregler, uanset lovgivningsmagtens forudsætninger om EMRKs rækkevidde, og uanset om EMRKs gennemslag har vidtrækkende konsekvenser for dansk ret. Denne retstilstand går nok noget videre end forudsat i EMRK-lovens forarbejder, navnlig fordi ikke

mindst Højesteret i stigende grad er blevet fortrolig med en selvstændig fortolkning af EMRK. Derimod har EMRK ikke selvstændig forfatningsretlig status. I overensstemmelse med EMRK-lovens forarbejder må det antages, at domstolene, hvis lovgiver bevidst vælger at tilsidesætte EMRK, vil anse sig forpligtet til at lægge loven til grund (med mindre den pågældende rettighed findes tillige at have karakter af et uskrevent forfatningsretligt princip).

Grundrettighedsfortolkningens strategi og metoder

Spørgsmålet om fortolkningsstrategi (eller fortolkningsstil) er centralt i grundrettighedsdogmatikken. Fortolkningsstrategien vedrører den generelle tilgang til fortolkning af grundrettigheder og er styrende for valg og navnlig vægtning af de traditionelle fortolkningsmetoder. Valget af fortolkningsstrategi beror på det generelle syn på juridisk fortolkning og på forståelsen af grundrettighedernes karakter og funktion.

Ud fra en forståelse af grundrettigheder som principper – frem for som regler i traditionel forstand – og i overensstemmelse med europæisk rettighedsudvikling (*afsnit 1*) argumenteres for en fortolkningsstrategi, som prioriterer formålsbetragtninger frem for ordlydsformalisme og desuden inddrager grundrettighedens ånd og bagvedliggende uskrevede grundsætninger (*afsnit 2*), som er dynamisk i forhold til rets- og samfundsudviklingen frem for at fokusere på rettighedens forarbejder (*afsnit 3*), og som derfor er åben over for inddragelse af udenlandsk – inter- og transnational – rettighedspraksis (*afsnit 4*).

1. Grundrettigheder som åbne og dynamiske principper

Udgangspunktet for det følgende er, at mange grundrettigheder bør opfattes som åbne og dynamiske principper, frem for som regler i traditionel forstand. Fortolkningsstrategien bliver i overensstemmelse hermed relativt fri og dynamisk.

1.1 Grundrettigheder som “regler” eller “principper”?

Valget af fortolkningsstrategi afhænger i vidt omfang af den grundlæggende opfattelse af grundrettigheders karakter. Her kan fundamentalt sondres mellem en regelorienteret (positivistisk) og en principorienteret (normativistisk) opfattelse.

En *regelorienteret* (retspositivistisk) opfattelse fokuserer på grundrettigheder som „færdige“ regler, der dog ligesom mange andre retsregler skal fortolkes ved hjælp af bestemte fortolkningsmetoder. Den skrevne tekst står i centrum for en fortolkning på grundlag af de traditionelle, objektiverede fortolkningsmetoder. En regelorienteret opfattelse opererer med en stærk binding til grundrettighedens ordlyd og dens systematiske kontekst. Den konkrete forståelse af ordlyden og formålet bag må om nødvendigt findes ved studier af bestemmelsens tilblivelseshistorie og overvejelser om den oprindelige hensigt med bestemmelsen.²²⁷ Fremmed ret får normalt ikke afgørende betydning for forståelsen af rettighedens indhold, men kan navnlig inddrages til belysning af reglens idéhistoriske baggrund. Noget fortegnet indebærer en regelorienteret opfattelse af grundrettigheder således en fortolkningsstrategi, hvor

- teksten bliver den bindende ramme for fortolkningen,
- forarbejder kan have væsentlig betydning for den udfyldende fortolkning,
- fremmed ret normalt har begrænset relevans for fortolkningen,
- uskrevne normer kun tilkendes begrænset betydning, og
- kravene til begrundelse er begrænsede som følge af den deduktive konstruktion.

En *principorienteret* (normativistisk) opfattelse fokuserer derimod på grundrettigheder som åbne principper eller værdier, som skal realiseres i retsordenen. Principper er i deres normative struktur åbne og dynamiske retsnormer. Princippers normative indhold kan ikke uden videre anses for udtømt med den skrevne tekst, men må også bestemmes ud fra den bagvedliggende ånd og formålet med bestemmelsen, sådan som dette må forstås i nutidens lys. Dermed bliver der større rum for en dynamisk fortolkning uafhængig af bestemmelsens tilblivelseshistorie og den oprindelige hensigt. Fremmed rets relevans er ikke begrænset til belysning af bestemmelsens idéhistoriske baggrund. Den formålsorienterede og dynamiske tilgang åb-

227. Således betragter den amerikanske højesteretsdommer A. Scalia ordlydsbundet og originalistisk fortolkning som udtryk for en konsistent – og ifølge Scalia også den eneste legitime – strategi for forfatningsfortolkning (*Modernity and the Constitution* i Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, 1995, side 317).

ner for inddragelse af parallelle normers udlægning i andre retssystemer som relevant for fortolkningen. Noget fortegnet indebærer en principorienteret opfattelse af grundrettigheder derfor en fortolkningsstrategi, hvor

- teksten vel er udgangspunktet, men ikke spærrer for en mere fri fortolkning ud fra grundrettighedens bagvedliggende formål og ånd,
- forarbejder ikke kan tillægges afgørende vægt i fortolkningen, hvorfor der anerkendes et ret vidt spillerum for en dynamisk fortolkning,
- fremmed ret kan have stor relevans for fortolkningen,
- uskrevne normer har stor betydning for fortolkningen, og
- kravene til begrundelsens åbenhed og udførlighed er strenge.

1.2 Hvorfor en principorienteret fortolkning?

I det følgende anlægges en principorienteret frem for en regelorienteret tilgang til grundrettighedsfortolkning. Der argumenteres således for en fortolkningsstrategi, som ikke er strengt ordlydsbundet, men formålsorienteret og åben for inddragelse af bagvedliggende uskrevne principper, og som er dynamisk frem for statisk.

Den principorienterede tilgang til grundrettighedsfortolkning harmonerer med det generelle normative retsbegreb, som jeg skitserede ovenfor (kapitel 3, afsnit 2).

Der er ihvertfald to yderligere – mere specifikke – argumenter for at foretrække en principorienteret tilgang til netop grundrettighedsfortolkning.

For det første synes den principorienterede tilgang at harmonere bedst med grundrettighedernes normative karakter og formål (nærmere herom nedenfor kapitel 6, afsnit 2). Kun gennem en principorienteret fortolkning får grundrettighederne den tilsigtede betydning som fundamentale, brede og levende retsprincipper for forfatningsordenen, der udspringer af en generel forestilling om et retfærdigt statsamfund. For en principorienteret tilgang taler således navnlig retfærdighedshensyn, mens en regelorienteret tilgang tilsiges af forudsigelighedshensyn. Grundrettigheder er normer, som ikke mindst skal beskytte individ og mindretal mod overgreb fra det politiske flertal. Selv om forudsigelighed også spiller en rolle i grundrettighedsfortolkningen, for så vidt alle individer skal nyde samme beskyttelse, vejer retfærdighedshensynet dog i sidste ende tungest.²²⁸

228. Jf. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, side 368f.

For det andet præger den principorienterede tilgang EMDs og toneangivende europæiske forfatningsdomstoles rettighedspraksis; forståelsen af grundrettigheder som åbne og dynamiske principper er dermed i harmoni med europæisk rettighedsudvikling.²²⁹

2. Fortolkning ud fra rettighedens formål og ånd

Som følge af grundrettighedernes ofte brede formulering og ubestemte indhold (principper) og deres rødder i uskrevne retfærdighedsforestillinger kan grundrettigheder ikke meningsfuldt fortolkes ud fra ordlyden alene. Grundrettighedernes formål og bagvedliggende ånd må inddrages i en mere selvstændig fortolkning.

2.1 Grundrettighedens ordlyd er udgangspunktet

I overensstemmelse med grundlæggende retsstatsprincipper må også grundrettighedsfortolkning tage afsæt i rettighedens ordlyd (grammatisk fortolkning), som denne må forstås i lyset af konteksten (systematisk fortolkning). En fortolkning, der har umiddelbar støtte i rettighedens ordlyd og kontekst, behøver ingen yderligere begrundelse.²³⁰

For en positivistisk tilgang er forfatningens ordlyd den ubetinget bindende ramme for fortolkningen. Efter en mere normativistisk tilgang har ordlyden også stor – men ikke ubetinget afgørende – vægt. Peger ordlyden entydigt i én retning, kræves dog stærke argumenter for en afvigende fortolkning.²³¹

Respekt for rettighedens klare ordlyd kan i sig selv være et princip for fortolkningen, således at ordlyden angiver en mindstandard for beskyttelse, som ikke fraviges.²³²

2.2 Grundrettighedens formål og ånd

Det fremhæves ofte, at grundrettigheders korte og lapidariske tekst er det konkrete udtryk for bagvedliggende fundamentale principper. Det kan således ske, at en grundrettighed efter sin ordlyd fører til resultater, som

229. Jf. ovenfor kapitel 2, afsnit 2, samt nedenfor i næværende kapitel.

230. Jf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 57ff.

231. Jf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 501ff.

232. Det er en bærende tanke hos Zahle, *Grundlovens Mennekerettigheder*, 1997, side 361ff.

stemmer dårligt overens med det bagvedliggende princip – formålet med og ånden bag bestemmelsen.

Efter en positivistisk, regelorienteret fortolkningsstrategi må sådanne resultater accepteres, med mindre et andet resultat har støtte i retskildematerialet – rettighedens kontekstuelle placering i forfatningen eller forfatningens forarbejder.

Den anerkendte tyske statsretsjurist Böckenförde mener således, at forfatningens idégrundlag alene kan søges i retskildematerialet, hvorimod det er illegitimt at inddrage fortolkerens egen forfatningsforståelse eller befolkningens retsfølelse. Inddragelse af forfatningens ånd og forudsætninger i grundrettighedsfortolkning er således kun mulig som en „*in der Verfassung ausdrücklich oder implizit enthaltene Verfassungstheorie, die aus Verfassungstext und Verfassungsentstehung mit rationalen Erkenntnismitteln erhebbbar ist.*“²³³

Efter en normativistisk, principorienteret fortolkningsstrategi er fortolkeren derimod i disse tilfælde friere stillet og kan lade overvejelser om bestemmelsens formål og bagvedliggende ånd blive udslagsgivende. I en sådan fortolkningsstrategi betragtes den skrevne grundretlige bestemmelse som et vigtigt udgangspunkt, men ikke en ubetinget bindende ramme for fortolkningen. Rettighedens tekst ses som et – mere eller mindre vellykket – forsøg på at eksplicitere det bagvedliggende princip, som det er fortolkerens opgave at realisere. For en sådan fortolkningsstrategi bliver et centralt spørgsmål imidlertid, hvoraf grundrettighedens formål og ånd skal udledes.

Alexy anerkender, at forfatningen selv må danne udgangspunktet for udfindelse af grundrettighedernes ånd og formål. Böckenfördes krav afvises dog som for snævert, fordi det fører til en cirkelslutning: Det objektive retskildemateriale til belysning af forfatningens ånd er teksten og forarbejderne, men det er netop åbenheden af tekst og forarbejder, der medfører et behov for en – udfyldende – materiel forfatningsteori.²³⁴ Tilsvarende anfører Stern, at det afgørende ved udfyldning af forfatningens tekst er de forudsætninger, forfatningen selv bygger på. Der er ikke frit valg. Forfatningens ånd skal vejlede ved fortolkningen af grundrettigheder, men må i et vist omfang selv udfindes gennem fortolkning af grundrettighederne.²³⁵

233. Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, NJW 1976, side 2098.

234. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 515.

235. Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 60.

Vil fortolkeren ikke blive stående ved en fortolkning, som med sikkerhed har støtte i forfatningens tekst eller dens forarbejder, må han derfor ud fra sin egen forståelse af forfatningens og den enkelte bestemmelses bagvedliggende principper udlede og begrunde et fortolkningsresultat. Hermed anerkendes, at bagvedliggende uskrevne grundsætninger, som fortolkeren selv formulerer, får en udfyldende rolle i forhold til den skrevne forfatningsret.²³⁶ Grundrettighedernes karakter af principper tilsiger i særlig grad en fortolkning ud fra mere generelle retsgrundsætninger og ånden bag den skrevne tekst. Kun herigennem får den enkelte rettighed sin egentlige mening.²³⁷

Müller udtrykker det rammende således: „*Entscheidend können bei der Grundrechtsrealisierung nicht die oft zeitbedingten Formulierungen oder dogmatischen Festlegungen sein, sondern der tiefere normative Gehalt, der hinter der sprachlichen Formulierung liegende Grundgedanke ist immer wieder herauszukristallisieren und mit den je spezifischen Herausforderungen der Gegenwart zu konfrontieren.*“²³⁸

Også i nyere dansk teori styrkes tendensen til anerkendelse af friere grundrettighedsfortolkning ud fra rettighedernes formål og ånd. Eksempelvis anfører Rehof, at domstolene i deres retsskabende virksomhed bør udfolde sig i overensstemmelse med ånden bag relevante grundlovsbestemmelser og fundamentale retsprincipper; og da hensynene bag Grundlovens frihedsrettigheder er ganske klare, tilsiger dette generelt en ekspansiv fortolkning af rettighederne.²³⁹ Samme standpunkt indtager Jens Peter Christensen, for så vidt angår de politiske frihedsrettigheder.²⁴⁰

2.3 Grundrettigheder og uskrevne retfærdighedsprincipper

Grundrettigheder fungerer som garantier for individet og udspringer af uskrevne retfærdighedsforestillinger. Det tilsiger ikke ordlydsformalisme, men en friere tilgang. Grundrettigheder er konkrete udtryk for en ab-

236. Jf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, side 14; Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 1696.

237. Jf. Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 63.

238. Müller, *Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte*, *Der Staat* 1990, side 47.

239. Rehof, *På sporet af pragmatismen i dansk retspleje*, 1991, navnlig side 38, 44 og 49.

240. Jens Peter Christensen, *Forfatningsretten og det levende liv*, 1990, side 213ff.

strakt idé om retfærdighed. Deres historiske udspring i den naturretlige menneskerettighedstanke kan ikke ignoreres ved fortolkningen. Grundrettighedernes brede principper har en indre sammenhæng, som rækker tilbage til uskrevne forfatningsretlige grundsætninger. Grundrettigheder er båret af bagvedliggende moralnormer, som overskrider den skrevne ret. Med Isensees ord: „*Sie verweisen auf ethische Ideen, die das positive Recht transzendieren ...*”.²⁴¹

En principorienteret fortolkningsstrategi anerkender grundrettigheder som retsnormer, der er særligt åbne over for moralske overvejelser, fordi de viser hen til og har rødder i grundlæggende og indarbejdede retfærdighedsforestillinger.²⁴² Ud fra denne opfattelse er domstolenes funktion ved fortolkning af grundrettigheder ud fra deres formål og ånd således ikke fri. Den selvstændige fortolkning sker på grundlag af forfatningsretlige principper i skreven og uskreven forfatningsret.²⁴³

Grundrettighedernes udspring og forankring i fælleseuropæiske, uskrevne retfærdighedsforestillinger tilsiger, at fortolkeren i sin fastlæggelse af og begrundelse for et bredere normativt indhold, end ordlyden tilsiger, kan trække på grundrettighedernes idéhistoriske baggrund. Som den tyske forfatningsdommer Mahrenholz prægnant formulerer det: „*Das historische Element in der Grundrechtsauslegung ist also nicht die Entstehungsgeschichte des Textes, sondern des Grundrechts.*”²⁴⁴

2.4 BVerfGs praksis

BVerfGs forfatningsfortolkning tager udgangspunkt i en såkaldt objektiv fortolkningslære, hvor målet er at udfinde grundlovens objektive mening. Hertil anvender BVerfG som redskaber en række konkurrerende og gensidigt supplerende fortolkningsmetoder og -tilgange: grammatisk (ordlyd), systematisk (kontekst), historisk (tilblivelseshistorie) og teleologisk (formålsoorienteret) fortolkning.²⁴⁵

241. Isensee, 1992, side 165. Se tilsvarende Alexy, 1986, side 494f; Hesse, 1995, side 129.

242. Jf. Ehmke, 1963, side 63; Alexy, 1986, s. 494f; Stern, *Idee der Menschenrechte ...*, 1992, side 34 og 63f.

243. Jf. Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen recht und Politik*, 1980, side 21. Jf. kapitel 3, afsnit 2.

244. Mahrenholz, *Verfassungsauslegung aus Praktischer Sicht*, 1990, side 58.

245. Jf. bl.a. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, side 42f.

BVerfGs objektive strategi er imidlertid bredere end den positivistiske strategi, navnlig fordi den teleologiske – formålsorienterede – fortolkning har afgørende betydning. Den teleologiske „metode“ er reelt ikke en fortolkningsmetode, men en fortolkningsstrategi, som åbner for en friere tilgang til ordlyden.

BVerfG har som følge af sin formålsorienterede strategi reelt ikke fulgt en klassisk fortolkningsmetode, strengt bundet til ordlyden, men har lagt større vægt på formålet med og ånden bag grundrettighederne i lyset af forfatningen som helhed og samfundsudviklingen. BVerfG har følgelig et pragmatisk forhold til brugen af de traditionelle fortolkningsmetoder. Fortolkningsmetodernes vægt varierer fra grundrettighed til grundrettighed og fra sag til sag. Metoderne er redskaber til begrundelse af det konkrete resultat og fraviges undertiden, hvis det er nødvendigt for at nå et ud fra bestemmelsens formål og ånd materielt rigtigt resultat.²⁴⁶

2.4.1 Ordlyd, formål og ånd

BVerfG tager udgangspunkt i grundrettighedens ordlyd. Formålsfortolkning går dog frem for ordlydsformalisme. Fører ordlyden til resultater, som strider imod formålet med og ånden bag bestemmelsen eller imod forfatningens grundprincipper, foretrækker BVerfG den frie formålsfortolkning.²⁴⁷

BVerfG udtalte principielt i en afgørelse fra 1973 (BVerfGE 35, 263 (279)), at domstolenes bundethed af loven ikke betyder *“Bindung an dessen Buchstaben mit dem Zwang zu wörtlicher Auslegung, sondern Gebundenheit an Sinn und Zweck des Gesetzes. Die Interpretation ist Methode und Weg, auf dem der Richter den Inhalt einer Gesetzesbestimmung unter Berücksichtigung ihrer Einordnung in die gesamte Rechtsordnung erforscht, ohne durch den formalen Wortlaut des Gesetzes begrenzt zu sein.”*

Som følge af den formålsorienterede tilgang har BVerfG i flere tilfælde bortfortolket sondringer, som grundrettighedens ordlyd lægger op til, men som ikke normativt giver mening i lyset af grundrettighedens formål og den virkelighed, den regulerer.

246. Jf. Ehmke, 1963, side 58; Ossenbühl, 1976, side 2106; Mahrenholz, 1990, side 60; Kriele, 1992, side 112ff; Hesse, 1995, side 22f; Kommers, 1997, side 42f.

247. Jf. Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum*, 1992, side 133.

I „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (210)) fastslog BVerfG om ytringsfriheden efter den tyske grundlovs artikel 5 – hvis indhold minder en del om vor GrL § 77 – at opretholdelse af ordlydens sontring mellem meningsytringens fremsættelse (beskyttet) og dens virkninger (ikke beskyttet) ville være i strid med ytringsfrihedens ånd („sinnwidrig“). En meningsytring har netop til formål at påvirke omgivelserne. Derfor må også ytringens virkninger være beskyttet af ytringsfrihedsprincippet. Følgelig bortfortolkede BVerfG ordlydens skarpe sontring mellem formel ytringsfrihed (beskyttet) og materiel ytringsfrihed (ikke beskyttet).

I „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (401)) fortolkede BVerfG næringsfriheden efter den tyske grundlovs artikel 12, stk 1, i samme ånd. Efter ordlyden er erhvervsvalget frit, mens erhvervsudøvelsen kan reguleres ved lov. En sådan skarp sontring ville ifølge BVerfG være „sinnwidrig“. I virkelighedens verden overlapper begreberne erhvervsvalg og erhvervsudøvelse. BVerfG betragtede derfor bestemmelsen som et generelt princip om næringsfrihed. Lovgiver kan gribe ind over for såvel erhvervsudøvelsen som erhvervsvalget – dog således, at der i overensstemmelse med ordlydens ånd kræves stærkere grunde, jo tættere indgrebet går på frihedens kerne: erhvervsvalget (dommen grundlagde hermed den såkaldte „Stufentheorie“).

Den store vægt, som BVerfG ved fortolkningen af den enkelte grundrettighed tillægger bestemmelsens bagvedliggende ånd og forfatningens generelle grundprincipper, har medført, at BVerfG ofte har fortolket grundrettighedernes rækkevidde ekspansivt.²⁴⁸

BVerfG anlægger ved fastlæggelse af en grundrettigheds ånd også et udviklingshistorisk perspektiv. I „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (208)) citerede BVerfG således den franske Erklæring om Menneskelige og Borgerlige Rettigheder fra 1789 ved vurderingen af ytringsfriheden som en af forfatningens kostbareste menneskerettigheder.

2.4.2 Ordlyden og uskrevne retsgrundsætninger

BVerfG inddrager i sin fortolkning de uskrevne principper og retsgrundsætninger, som danner baggrund for de enkelte grundrettigheder. Grundrettighedernes normative potentiale anses således ikke for udtømt med deres ordlyd. BVerfG anerkender en uskreven forfatningsret, som ligger bag og sammenbinder de positive forfatningsbestemmelser. I „Soraya-dommen“ fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (287)) fastslog BVerfG principielt, at retten ikke er udtømt med den skrevne ret, og at det er

248. Jf. f.eks. Hesse, 1981, side 270; Kirchhof, 1994, side 20.

dommerens opgave at bringe uskrevne (immanente) forfatningsgrundsætninger frem i lyset.²⁴⁹

Et af de centrale underliggende principper i tysk forfatningsret er retsstatsprincippet. Som princip ved fortolkning af skrevne grundrettigheder har retsstatsprincippet navnlig dannet udgangspunkt for formulering af et generelt krav om forholdsmæssighed ved grundrettighedsindgreb. Forholdsmæssighedskravet fremgår ikke direkte af den tyske grundlov, men er blevet udledt af retsstatsprincippet og grundrettighedernes "væsen".

BVerfG udtalte sig om forholdsmæssighedsgrundsætningens forfatningsretlige grundlag i dommen om „Fælleskørselscentraler“ fra 1964 (BVerfGE 17, 306). Sagen angik et begrænset forbud mod at oprette centraler for fælleskørsel i bil. Forbudet greb ind i den generelle handlingsfrihed efter den tyske grundlovs artikel 2(1), som dog efter ordlyden er undergivet de begrænsninger, som følger af „den forfatningsmæssige orden“. BVerfG udtalte imidlertid om forbudet (side 313f): *„Einer Einzelvorschrift des geschriebenen Verfassungsrechts widerspricht das Verbot nicht. Dagegen steht es mit einem tragenden Grundprinzip der Verfassung, dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit nicht im Einklang. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlangt – namentlich wenn er in Verbindung mit der allgemeinen Freiheitsvermutung zugunsten des Bürgers gesehen wird (...), daß der Einzelne vor unnötigen Eingriffen der öffentlichen Gewalt bewahrt bleibt“*. BVerfGs klareste udtalelse om forholdsmæssighedsgrundsætningens grundlag findes måske i „Varetægtsfængslingsdommen“ fra 1965 (BVerfGE 19, 342). BVerfG udtalte her (side 348f): *„In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtliche Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde bereits aus dem Wesen der Grundrechte selbst, die als Ausdruck des allgemeinen Freiheitsanspruch des Bürgers gegenüber dem Staat von der öffentlichen Gewalt jeweils nur insoweit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutze öffentlicher Interessen unerlässlich ist“*.

2.5 EMDs praksis

EMD anlægger – som BVerfG – en objektiv, formålsorienteret strategi ved fortolkning af EMRKs rettigheder.²⁵⁰ EMD tager udgangspunkt i rettighedens ordlyd, som antages at sætte visse ydre grænser for EMDs fortolkning.²⁵¹ Den enkelte rettighed vurderes dog i lyset af EMRK som

249. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.2.

250. Se bl.a. Harris m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, side 6f.

251. EMD afviste således eksempelvis i *Wemhoff* EMD 7 (1968), at artikel 5(3) finder anvendelse i appelsager. Se nærmere van Dijk og van Hoof, 1998, side 79; Harris m.fl., 1995, side 16.

en helhed.²⁵² Og EMD fortolker i udpræget grad rettighederne i lyset af deres formål og ånd og de bag konventionen liggende værdier. EMD har flere gange fastslået, 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”*.²⁵³

På denne baggrund har EMD i flere tilfælde anerkendt rettigheder, som ikke kan læses ud af konventionsteksten, men som domstolen ud fra en friere formålsfortolkning har anset for forudsat heri eller har udledt af den enkelte rettigheds ånd.

For eksempel er EMRK artikel 6 – da princippet om „the rule of law“ anses for fundamentalt i et demokratisk samfund – blevet givet en vidtrækkende forståelse som en omfattende, generel retssikkerhedsgaranti. Tidligt antoges således, at artikel 6 – skønt ordlyden synes at forudsætte, at en retssag allerede er anlagt – også forudsætter retten til overhovedet at få borgerlige og straffetretlige spørgsmål endeligt afgjort ved en domstol (*Golder* EMD 18 (1975)). EMD har endog anerkendt, at artikel 6 som en nødvendig betingelse for en „fair trial“ i visse tilfælde forudsætter en ret til fri proces (*Airey* EMD 32 (1979)). EMD har også anerkendt, at EMRK artikel 11, i strid med en umiddelbar ordlydsfortolkning, også beskytter den negative fagforeningsfrihed (*Young, James and Webster* EMD 44 (1981) og *Sigurjónsson* EMD 264 (1993)).

2.6 Danske domstoles praksis

Danske domstoles – herunder Højesterets – grundrettighedspraksis afspejler ikke en klar strategi for grundrettighedsfortolkning. I en del tilfælde synes domstolene uvillige til overhovedet at inddrage grundrettigheden, hvis dens ordlyd ikke giver klart grundlag herfor. I tilfælde hvor grundrettigheder inddrages, findes en række eksempler på en formalistisk ordlydsfortolkning eller endog restriktiv fortolkning, som synes vanskelig at forene med grundrettighedens formål og ånd. Der er dog også eksempler, hvor domstolene ser ud over grundrettighedens ordlyd og anlægger en friere – og undertiden mere ekspansiv – fortolkning ud fra det i ordlyden indeholdte princip.

252. Jf. eksempelvis *Belgisk Sprogstrid* EMD 6 (1968), pr. 1.

253. Se *Soering* EMD 161 (1989), pr. 87; jf. *Kjeldsen* EMD 23 (1976), pr. 53.

2.6.1 Ikke inddragelse af rettigheden uden sikker støtte i ordlyden

Hvor rettighedens ordlyd ikke giver klar støtte for beskyttelse, har domstolene ofte været utilbøjelige til at henvise til Grundloven. Dette er ikke altid ensbetydende med, at rettighedsbestemmelsen i Grundloven ikke indirekte får betydning. Det anses dog formentlig for mindre forpligtende at undlade en direkte henvisning til Grundloven og blot anvende et tilsvarende princip som et „reelt hensyn“ i fortolkningen.

Retspraksis vedrørende ytrings- og mediefriheden illustrerer dette. Ordlyden af Grl § 77 giver efter traditionel opfattelse kun sikker støtte for anerkendelse af et censurforbud²⁵⁴, om end det i nyere teori anføres, at ordlyden af Grl § 77 ikke står i vejen for en vis beskyttelse af den materielle ytringsfrihed.²⁵⁵ På denne baggrund ses i ældre retspraksis flere sager, hvor Grl § 77 ikke er blevet inddraget, selv om den blev påberåbt, og selv om hensynet til ytringsfriheden ellers var meget tungtvejende.

Sagen om „Vietnam-demonstrationen“ (UfR 1966.194 Ø) er et slående eksempel, hvor Grl § 77 ikke inddrages, selv om indgrebet i ytringsfriheden var til at tage og føle på.

I sagen blev lederen af en demonstration imod USAs engagement i Vietnam-krigen foran USAs ambassade i København – ved hvilken der blev båret plakater med slagord som „stands U.S.A. Morderne“ og „Johnson er bl.a. det Vietnamesiske Folks Morder“ – dømt efter politivedtægten. Plakaterne ansås at være ærekrænkende og egnet til at forstyrre den offentlige orden. Tiltalte påberåbte sig Grundlovens regler om ytrings- og forsamlingsfrihed og gjorde gældende, at der i politiske spørgsmål er en udvidet ytringsfrihed. Men hverken Grl §§ 77 og 79 eller de heri indeholdte hensyn blev inddraget i domspræmisserne. Landsretten tiltrådte blot byrettens henvisning til politivedtægtens bestemmelser om forstyrrelse af den offentlige orden.

Nyere retspraksis vedrørende ytrings- og mediefriheden inddrager derimod konsekvent hensynet til ytringsfriheden i præmisserne.²⁵⁶ Det er derfor hævet over tvivl, at dansk retspraksis anerkender en materiel

254. Jf. Henrik Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 73.

255. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 80; Germer, Statsforfatningsret, 1995, side 259ff.

256. Siden dommene om „McKinney Møllers have“ og „Weidekamps kontor“ (UfR 1987.934 og 937 H) og mere klart siden „Grønjakke-sagen“ (UfR 1989.399 H) og „Nordvang-sagen“ (UfR 1989.726 H). Jf. også højesteretsdommer Hermanns kommentar til „Nordvang-sagen“ i UfR 1990 B, side 32ff (36).

ytringsfrihed. Der er imidlertid ikke i hidtidig retspraksis sikkert grundlag for – som nogle vil – at antage, at den materielle ytringsfrihed støttes på Grl § 77 og således har grundlovsrang.²⁵⁷

Hverken Højesteret eller andre domstole har i noget tilfælde henvist til Grl § 77 ved afgrænsningen af den materielle ytringsfrihed.²⁵⁸ I stedet henviser Højesteret nu til EMRK artikel 10 – se f.eks. “Svend Aukens baghave” (UfR 1994.988 H) og “Vejle Amts Folkeblad” (UfR 1997.259 H). Den konsekvente ikke-inddragelse af Grl § 77 kan ikke være tilfældig. Hvis retspraksis var udtryk for en mere “fri” fortolkning af Grl § 77, måtte man forvente en udtrykkelig henvisning til bestemmelsen, også fordi en sådan retsopfattelse ville afvige fra den traditionelle opfattelse i teorien. Ytringsfrihedsprincippet fremtræder i hidtidig retspraksis derfor enten som en anvendelse af EMRK artikel 10 eller som et “reelt hensyn” ved fortolkningen af de involverede lovbestemmelser. Denne fortolkning er muligt farvet af Grundlovens ånd, men den materielle ytringsfrihed er (endnu) ikke anerkendt med grundlovsrang.²⁵⁹

2.6.2 Formalistisk og restriktiv ordlydsfortolkning

På tilsvarende måde har domstolene – navnlig i ældre praksis – været utilbøjelige til at fortolke grundrettighederne mere frit som udslag af grundlæggende principper, hvis indhold må fastlægges i lyset af formålet med og ånden bag bestemmelsen, og har i stedet anlagt en formalistisk eller ligefrem restriktiv ordlydsfortolkning.²⁶⁰

257. Jørgen Albæk Jensen antager derimod, at retspraksis har anerkendt en vis grundlovssikret materiel ytringsfrihed. Han konkluderer på baggrund af fem nyere domme, at det formentlig er berettiget at beskrive gældende ret således, at Grl § 77 også i et vist omfang beskytter den materielle ytringsfrihed (*Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere domspraksis*, UfR 1992 B, side 352f). Albæk Jensen erkender i en nyere afhandling, at det ikke fremgår af retspraksis, om beskyttelsen er på grundlovs- eller lovsniveau, men mener, at retspraksis mest naturligt kan forklares ved, at den materielle ytringsfrihed betragtes som en værdi med grundlovsrang (§ 77 i Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, 1999, side 448).

258. I UfR 1987.934 H henviste landsrettens mindretal til Grl § 77, men dette skete som led i en tilslutning til den (traditionelle) opfattelse, at bestemmelsen ikke beskytter den materielle ytringsfrihed.

259. Jf. Torben Jensen, UfR 1995 B, side 242, som anfører, at EMRK artikel 10 “i modsætning til grundlovens § 77 sikrer materiel ytringsfrihed”; Lorenzen i Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, side 20.

260. Jf. Rehof, *På sporet af pragmatismen i dansk retspleje*, 1991, side 44.

I „Den åndssvage pige“ (UfR 1956.211 H) anlagde navnlig Højesterets flertal en restriktiv fortolkning af Grl § 71, stk. 6, i lyset af lovgivningen om åndssvageforsorg, som afskar domstolenes adgang til at prøve administrative afgørelser om frihedsberøvelsesmåden.

I sagen havde ledelsen af en åndssvageanstalt nægtet at udskrive en tvangsanbragt pige fra anstalten. Pigen indbragte denne afgørelse for domstolene efter proceduren i Grl § 71, stk. 6. Byretten og landsretten afviste begæringen om udskrivning. For Højesteret begærede pigen sig udskrevet fra åndssvageanstalten, subsidiært overført til åndssvageforsorg i kontrolleret familiepleje. Efter loven af 1954 om åndssvageforsorg kunne imidlertid alene spørgsmålet om anbringelse i åndssvageforsorg og om nægtelse af udskrivning fra forsorg begæres forelagt domstolene efter § 71, stk. 6. Højesteret gav ikke pigen medhold i den primære påstand. Med hensyn til den subsidiære påstand delte Højesteret sig i et flertal (6) og et mindretal (3). Flertallet afviste at tage stilling til den subsidiære påstand med den begrundelse, at loven om åndssvageforsorg begrænsede domstolenes prøvelseskompetence efter Grl § 71, stk. 6 således, at spørgsmålet om, på hvilken måde, åndssvageforsorgen skulle gennemføres inden for lovens rammer, ikke kunne påkendes af domstolene. Flertallet bemærkede i forbifarten, at denne lov ikke – som pigen havde gjort gældende – stred mod Grl § 71, stk. 6. Mindretallet tog pigens subsidiære påstand under påkendelse, dog uden at give hende medhold. Mindretallet henviste til lovens begrænsning af prøvelsesadgangen, og frifandt åndssvageanstalten „idet der ikke i øvrigt findes grundlag for at tilsidesætte anstaltsledelsens afgørelse med hensyn til anbringelsesmåden“. Mindretallet udtalte sig dermed ikke udtrykkeligt om 1954-lovens overensstemmelse med Grl § 71, stk. 6. Det er dog klart, at mindretallet ved sin realitetsbehandling reelt tilsidesatte loven.

Voteringen giver et fyldigere indtryk af de principielle overvejelser, som lå til grund for flertallets og mindretallets vota. Førstevoterende (flertallet) begrundede afvisningen af den subsidiære påstand med 1) at spørgsmålet om anbringelsesmåden slet ikke er omfattet af Grl § 71, stk. 6 om frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen, og 2) at domstolene ikke er egnet til at efterprøve disse beslutninger, som beror på rent lægelige vurderinger. Tilsammen førte dette til en afvisning af domstolenes kompetence i overensstemmelse med 1954-loven. Syvendevoterende (flertallet) tilføjede som et yderligere argument 3) at der ikke var nogen væsensforskel mellem anstaltsanbringelse og familiepleje – begge er en form for frihedsberøvelse – og dermed intet særligt behov for domstolsprøvelse. Tredjevoterende (mindretallet) anførte, at der skal meget til for at tilsidesætte en lov som grundlovsstridig. Han ville dog ikke helt afskære domstolenes adgang til at efterprøve beslutninger om anbringelsesmåden efter Grl § 71, stk. 6. Han fandt, at

anstaltsanbringelse er en langt mere indgribende form for frihedsberøvelse end familiepleje, hvorfor domstolene i visse tilfælde må kunne underkende en beslutning om (fortsat) anstaltsanbringelse. Sjette- og niendevoterende (mindretallet) tilsluttede sig, at det var betænkeligt helt at afskære domstolernes adgang til at prøve anbringelsesmåden.

Flertallets afgørelse forekommer umiddelbart at hvile på en ganske restriktiv fortolkning af Grl § 71, stk. 6, som er vanskeligt forenelig med bestemmelsens formål: At sikre en let adgang til en særligt intensiv domstolsprøvelse af administrative frihedsberøvelser, som går ud over den sædvanlige prøvelse efter Grl § 63.²⁶¹

I „Selvmordskandidaten“ (UfR 1971.656) gav byretten en restriktiv fortolkning af Grl § 71, stk. 2, ved at godkende en anstrengt analogi som hjemmel for frihedsberøvelse.

Byretten fandt, at sindssygelovens regler om tvangstilbageholdelse kunne anvendes analogt på en ung mand, som var blevet tvangsindlagt efter selvmordsforsøg. Nu nægtede man at udskrive ham, fordi han fastholdt sit ønske om at begå selvmord. Retslægerådet havde konkluderet, at manden ikke kunne anses for sindssyg. Retten fandt imidlertid, at sindssygelovens bestemmelser kunne anvendes analogt, idet en udskrivning med stor sandsynlighed ville medføre, at manden begik selvmord; og da manden havde fastholdt dette selvmordsønske gennem længere tid, måtte hans sindstilstand betegnes som en sjælelig afvigelse, der kunne ligestilles med sindssygdom i lovens forstand. Retten inddrog ikke udtrykkeligt Grl § 71 i sin vurdering.

Dommen kan kritiseres. Ud fra det hensyn til individets retssikkerhed ved indgreb i den personlige frihed, som ligger bag Grl § 71, forekommer det betænkeligt at sidestille et selvmordsønske – som ud fra sagsfremstillingen virkede velovervejet og stabilt – med sindssygdom.

261. Max Sørensen giver i Statsforfatningsret, 1969, side 334, udtryk for den generelle opfattelse i teorien, at fortolkningen af Grl § 71, stk. 6 må gå ud fra bestemmelsens almindelige formål: at etablere en effektiv retsbeskyttelse af den personlige frihed ved at skabe hjemmel for en ubetinget og indgående judiciel prøvelse, uden de begrænsninger, som traditionelt har været knyttet til Grl § 63. Jf. også Poul Andersen, Dansk Statsforfatningsret, 1954, side 618; Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 233.

Sagen mindede med hensyn til det retlige problem en del om „Berning-sagen“ (UfR 1925.277 H).²⁶² Byrettens indstilling til Grl § 71 i „Selvmordskandidaten“ afviger dog markant fra Højesterets i „Berning-sagen“, hvor analog anvendelse af reglerne om sindssyge på en seksuel perverteret mand blev afvist. Det forekommer mig mere betænkeligt at anvende reglerne om tvangstilbageholdelse i sindssygeloven analogt på en selvmordskandidat end på en seksuelt perverteret mand. I modsætning til seksualforbryderen Berning, kunne den unge selvmordskandidat utvivlsomt ikke siges at være farlig for den offentlige sikkerhed.

I „Strafcelle-dommen“ (UfR 1973.824 H) anlagde Højesteret umiddelbart en ret formalistisk og snæver fortolkning af retssikkerhedsgarantien i Grl § 71, stk. 6, ved at betragte en administrativ afgørelse om indsættelse af afsonere i strafcelle som omfattet af straffedommen og dermed ikke undergivet prøvelsesadgang efter Grl § 71, stk. 6.

Sagen angik muligheden for at indbringe en fængselsinspektørs beslutninger om indsættelse af afsonere i strafcelle for domstolene efter Grl § 71, stk. 6. Afgørende herfor var, om strafcelle-sanktionen kunne anses for en selvstændig frihedsberøvelse, og om denne i givet fald var indeholdt i den oprindelige straffedom eller ej. Strafcelle indebærer en begrænsning i adgangen til samvær med andre fanger, samt noget mindre fysisk frihed og manøvrefrihed med hensyn til kontakt og forbrug end ellers. Tvivlen knyttede sig reelt kun til strafcellebeslutninger truffet før 1. juli 1973, hvor strafcelleophold blev lagt til den oprindelige afsoningstid. Højesteret indtog det standpunkt, at når man ved dom er idømt fængselsstraf, omfatter denne de regler, der gælder for afsoning af fængselsstraf – herunder muligheden for administrativt at blive „idømt“ strafcelle. Derfor lå strafcellebeslutningen inden for strafferetsplejen og uden for prøvelsesgarantien i § 71, stk. 6.

Voteringen i sagen viser, at der ikke har været tvivl om resultatet blandt Højesterets dommere. Flere dommere udtrykte irritation over sagens karakter af kvævulanteri. Førstevoterende erkendte, at meningen med Grl § 71, stk. 6 – også efter forarbejderne – har været at give en direkte adgang til prøvelse i videst muligt omfang, men anførte, at der må være en grænse. Der var bred enighed om, at det aldrig har været formålet med § 71, stk. 6, at den også skulle omfatte så relativt små frihedsindgreb. Fjerdevoterende henviste også til den historiske forståelse af strafcelle som et integreret led i straffedommen som datum ved fortolkningen af Grl § 71, stk. 6. Flere af dommerne understregede også de uholdbare praktiske konsekvenser, det ville have, hvis så-

262. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4 og nedenfor afsnit 2.6.4.

danne disciplinærstraffe i videre omfang kunne indbringes direkte for domstolene: Det ville kunne ødelægge disciplinærsystemet i fængslerne.

Om alle de tre foran omtalte afgørelser kan det hævdes, at domstolene ikke var meget lydhøre over for ånden bag Grl § 71, men nåede resultatet ved en (snæver) ordlydsfortolkning. De principielle retssikkerhedshensyn og hensynet til den personlige frihed blev øjensynlig ikke tillagt nær samme vægt som i Højesterets dom i „Berning-sagen“ (UfR 1925.277 H)²⁶³ eller i den senere „Tvangsanbringelses-dom“ (UfR 1989.928 H).

I sagen om „Radioamatøren“ fra 1976 (UfR 1976.184 H) godkendte Højesteret, at et bødeforlæg til en person, som – med Grundloven på sin side – havde nægtet myndighederne adgang til sit hjem, var foreneligt med Grl § 72. Dommen synes umiddelbart at undergrave retskendelseskravet i Grl § 72. Hvis man kan blive idømt en bøde for at håndhæve sin grundlovssikrede ret, er retten ikke meget værd.²⁶⁴

En radioamatør nægtede Ingeniørtjenesten adgang til at kontrollere hans private radio. Det fik han en bøde for. Højesteret fandt ikke, at reglerne om bødestraf for at nægte myndighederne adgang til at foretage denne kontrol, indebar en fravigelse af kravet om forudgående retskendelse som betingelse for at tiltvinge sig adgang til radioen. Heri ligger forudsætningsvis et krav om en ret klar lovhjemmel for fravigelse af grundlovsbeskyttelsen. Alligevel fandt Højesterets flertal det ikke i strid med § 72 at pålægge radioamatøren en bøde for at have nægtet myndighederne adgang. En dommer ville dog frifinde radioamatøren, da han i lyset af § 72 fandt det betænkeligt at anse bødebestemmelsen for tilstrækkeligt hjemlet i loven.

Af voteringen fremgår, at tre af de fem dommere, som anså Grl § 72 for anvendelig, fandt det principielt forkert at pålægge bøde for nægtet adgang, når tvungen adgang efter Grundloven krævede retskendelse. Fem af i alt syv dommere lagde dog afgørende vægt på, at myndighedens adgang var et vilkår for tilladelsen til at drive radio, hvilket ud fra aftalelignende synspunkter for så vidt bragte bødestraffen uden for § 72. Derfor bør man måske ikke af dommen drage vidtrækkende slutninger om domstolenes fortolkning af § 72.

En utrykt dom fra Københavns Byret afsagt den 10. november 1992 viser en ret restriktiv fortolkning af Grl § 72 i en sag om indgreb i kommunikationshemmeligheden. Retten fandt retssikkerhedsgarantierne

263. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4 og nedenfor afsnit 2.6.4.

264. Jf. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 255.

uanvendelige ud fra „det mindre i det mere“ overvejelser og synspunkter om „iboende“ rettighedsbegrænsninger i anstaltsforhold.²⁶⁵

Sagen vedrørte indgreb i kommunikationsfriheden mellem en mor og hendes tvangsfjernede barn. De sociale myndigheder havde uden retskendelse truffet afgørelse om, at al kontakt imellem mor og barn skulle overvåges – herunder, at der skulle medhør på telefonsamtaler, og at breve skulle gennemlæses. Hjemlen hertil var angiveligt navnlig bistandslovens § 67, stk. 2 om adgang for de administrative myndigheder til helt at afskære kontakten mellem barn og forældre for en periode og § 14, stk. 5, hvorefter „socialministeren fastsætter nærmere regler om betingelserne for anvendelse af sikrede og lukkede afdelinger [m.v.] i institutioner beregnet for børn og unge“, samt magtanvendelsesbekendtgørelsen, som gav regler om brevkontrol, men ikke om telefonmedhør. Moderen bestred primært, at der overhovedet var hjemmel til at foretage dette indgreb, subsidiært, at der var hjemmel til at gøre det uden retskendelse. Byretten fandt imidlertid 1) at indgrebet havde hjemmel, bl.a. ud fra synspunktet „det mindre i det mere“, da der var lovhjemmel til helt at afskære kontakten mellem mor og barn, og 2) at det måtte følge af selve det ved tvangsfjernelsen etablerede anstaltsforhold, at der dermed var hjemmel til om fornødent at træffe beslutning om indgreb i kommunikationsfriheden uden retskendelse. Retten omtaler ikke udtrykkeligt Grl § 72.

Navnlig dommens fravigelse af kravet om retskendelse synes baseret på en tankegang om „iboende“ rettighedsbegrænsninger, som moderne europæisk grundrettighedspraksis i stigende omfang har taget afstand fra.²⁶⁶

I sagen om „Skoleudflugten“ fra 1983 (UfR 1983.871 H) anerkendte Højesteret reelt af praktiske hensyn en restriktiv forståelse af kravet i Grl § 76 om gratis grundskoleundervisning.

Alle ni dommere i Højesteret godkendte, at en kommune havde opkrævet et mindre beløb – 2 kr. – fra hver elev i forbindelse med en ekskursion til zoologisk have. Sagen blev overvejende procederet på folkeskolelovens bestemmelser, men sagsøger påberåbte sig også „princippet“ i Grl § 76, som uden forbehold giver ret til gratis grundskoleundervisning. Højesterets flertal (6) indtog det standpunkt, at opkrævning af et deltagergebyr for sådanne frivillige ekskursioner (eleverne kunne blive hjemme og få undervisning) under hensyn til mangeårig praksis ikke var i strid med folkeskoleloven. Denne praksis antoges dermed også forudsætningsvis at være forenelig med Grl § 76. Et mindretal (3) var enige i resultatet, men ikke i begrundelsen. De

265. Dommen omtales og kritiseres af Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 367f.

266. Jf. nedenfor kapitel 8, afsnit 2.3.

fandt, at udgiften principielt påhvilede kommunen, da ekskursionen måtte anses som et led i undervisningen, men at den beskedne deltagerbetaling kunne godkendes af praktiske hensyn.

Mindretallets principielle holdning kan tiltrædes. Opkrævning af deltagesgebyr for klasseekskursioner er – selv om disse ekskursioner er frivillige – dårligt foreneligt med ordlyden og ånden i Grl § 76.²⁶⁷ Formålet med denne bestemmelse må være, at alle elever gratis skal kunne deltage i skolens aktiviteter på lige fod. På denne baggrund forekommer mindretallets henvisning til praktiske hensyn kritisabel.

2.6.3 Fortolkning ud fra rettighedens formål og ånd

Domstolene har i nogle sager været åbne over for at inddrage rettighedens formål og ånd i fortolkningen for derved at sikre individet en reel beskyttelse.

I „Strafcelle-dommen“ fra 1973 (UfR 1973.824 H) havde både byretten og landsretten lagt vægt på det retssikkerhedsprincip, som ligger bag Grl § 71, stk. 6, og på denne baggrund fundet bestemmelsen anvendelig på beslutninger om anbringelse af afsonere i strafcelle. Denne afgørelse blev dog som før omtalt omstødt af Højesteret.²⁶⁸

Byretten fandt, at en fængselsinspektørs beslutning om disciplinærstraf til en afsoner i form af 3 dages strafcelle var en selvstændig frihedsberøvelse, som kunne prøves af domstolene i medfør af Grl § 71, stk. 6. Byretten udtalte, at det faktum, at § 71, stk. 6 efter ordlyden alene gælder frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen *„ikke findes at afskære en sådan, efter rettens opfattelse i sig selv ønskelig prøvelsesret for domstolene“*. Landsretten nåede til samme resultat ud fra en vurdering af formålet med § 71, stk. 6 og det reelle behov for retssikkerhedsgarantier: *„Henset til at hensættelse i strafcelle er en disciplinærstraf, som ikendes for adfærd udvist efter straffedommen, og at ikendelse sker administrativt uden de sædvanlige straffeprocessuelle garantier, findes afgørelsen herom at falde uden for strafferetsplejen“*.

En tilsvarende grundholdning til den personlige frihed kommer til udtryk i to andre domme vedrørende Grl § 71 – dog uden at § 71 inddrages i præmisserne.

267. Jf. også Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 371f.

268. Se nærmere ovenfor afsnit 2.6.2.

I UfR 1992.356 Ø fandt landsretten ikke tilstrækkeligt klart grundlag i lovgivningen om administrativ frihedsberøvelse inden for psykiatrien for at udelukke adgangen til domstolsprøvelse. Her var udgangspunktet altså det grundretlige princip, mens fravigelsen antoges at måtte have særlig klar støtte.

I UfR 1994.192 V kom den tvivl, som var opstået om en indlæggelses frivillighed – patienten mente sig tvangsindlagt, myndigheden mente, indlæggelsen var sket frivilligt – patienten til gode, og sagen optoges til realitetsbehandling. Landsretten fandt dette bedst stemmende med “hensigten bag reglerne om domstolsprøvelse af tvangsindlæggelse og tvangstilbageholdelse”.

Bag de nævnte afgørelser synes at ligge det grundsynspunkt, at Grundlovens rettigheder – ved tvivl om rækkevidden eller ved tvivl i det konkrete tilfælde om bevismæssige spørgsmål – hellere bør gives en vidtgående end en snæver fortolkning.

Tilsvarende påpegede førstevoterende i „Radioamatøren“ (UfR 1976.184 H) under voteringen, at man ved spørgsmålet om Grl § 72's anvendelighed uden for strafferetsplejen i tvivlstilfælde bør foretrække at give bestemmelsen et vidt anvendelsesområde, da beskyttelsen i forvejen ikke er stærk.

Ligeledes havde Folketingets Ombudsmand forud for den før omtalte²⁶⁹ byretssag om indgreb i kommunikationshemmeligheden mellem en mor og hendes tvangsfjernede barn fundet det betænkeligt at statuere, at der var tilstrækkelig klar hjemmel i lovgivningens generelle regler til at foretage telefonaflytning og brevåbning under hensyn til, at der var tale om indgreb i en rettighed, som nyder særlig beskyttelse efter Grl § 72. Ombudsmanden fandt heller ikke, at kravet i Grl § 72 om forudgående retskendelse – som det måtte kræves – klart og udtrykkeligt var fraveget ved de påberåbte regler (FOB 1990.227 (navnlig 231)).

Retspraksis vedrørende ytrings- og mediefriheden har som før omtalt anerkendt et område af materiel ytringsfrihed. Denne retspraksis må – såfremt den antages at hvile på Grl § 77²⁷⁰ – ligeledes betragtes som en udvidende fortolkning af Grl § 77 ud fra formålet med og ånden i bestemmelsen.

269. Jf. ovenfor, afsnit 2.6.2.

270. Se herom ovenfor afsnit 2.6.1.

Folketingets Ombudsmand har mere klart end domstolene henvist til Grundlovens forudsætninger om materiel ytringsfrihed, men har dog været forsigtig med direkte at støtte sin fortolkning på Grundlovens § 77 eller andre bestemmelser. I FOB 87.237 (240) om en kommunes adgang til at begrænse de ansatte ytringsfrihed udtalte Ombudsmanden, at der som udgangspunkt ikke gælder særlige begrænsninger for offentligt ansattes ytringsfrihed: „Sådanne begrænsninger ville være uforenelige med de hensyn, der ligger bag grundlovens bestemmelser om den demokratiske styreform og den herved forudsatte materielle ytringsfrihed“. Hensynet til offentlige myndigheders beslutningsproces og funktion kan dog begrunde særlige begrænsninger i ytringsfriheden. Men der må hertil kræves „særlige tungtvejende grunde“.

I Højesterets “Tvind-dom” (UfR 1999.841 H) fastslog retten, at Grl § 3 sætter visse grænser for lovgivningsmagtens mulighed for at vedtage singulære love og anførte, at denne fortolkning var “i overensstemmelse med det retssikkerhedshensyn, der er et bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3.”

En formålsorienteret fortolkning kan dog også få den mindre vidtgående betydning for fortolkningen, at ordlyden fortolkes som en reel og ikke blot en formel garanti.

I sagen om „Grundlovsforhøret“ (UfR 1994.734 V) fandt retten ikke, at en rent formel fremstilling for dommeren inden for 24-timers fristen uden egentlig prøvelse af anholdelsesgrundlaget opfyldte de retssikkerhedsmæssige hensyn bag kravet i Grl § 71, stk. 3 om at blive stillet for en dommer inden for 24 timer. Dermed underkendte retten en ret udbredt praksis, hvorefter dommeren på grund af travlhed kunne nøjes med at identificere den anholdte og herefter udsætte den egentlige prøvelse af anholdelsesgrundlaget til efter udløbet af 24-timers fristen.²⁷¹

Et andet resultat af en friere formålsfortolkning er, at domstolene undertiden reelt har bortfortolket eller udvisket sonddringer i en rettighedsordlyd, som ikke harmonerer med rettighedens formål og den regulerede virkelighed.

Retspraksis vedrørende ytrings- og mediefriheden synes således – i lighed med BVerfGs praksis og i overensstemmelse med EMRK artikel 10 – ikke at skelne skarpt mellem indgreb i den formelle henholdsvis den

271. Se Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 366.

materielle ytringsfrihed, selv om Grl § 77 uden forbehold forbyder forudgående indgreb, men ikke giver nogen udtrykkelig beskyttelse imod efterfølgende sanktioner. I retspraksis vurderes forudgående indgreb og efterfølgende sanktioner over for ytringsfriheden grundlæggende efter samme synspunkter: Der foretages en konkret afvejning af de modstående hensyn ud fra en proportionalitetsvurdering. Muligt kræver forudgående indgreb dog en særlig stærk begrundelse, da forbudet mod censur er ytringsfrihedens kerne.²⁷²

Se bl.a. „Kasernedommen“ (UfR 1977.872 V) om censur på et begrænset område, hvor „*hensynet til ikke unødigt at begrænse adgangen til udbredelse af meninger*“ indgik i rettens vurdering af, hvorvidt hjemlen for et forbud mod uddeling af skrifter i en omkreds af 100 meter fra kaserner var til stede. Se også „Wittedommen“ (UfR 1980.1037 H) om satirisk, kunstnerisk kritik af erhvervslivet. Højesteret underkendte et fogedforbud mod de satiriske plakater ud fra en konkret afvejning af ytringsfrihedshensynet og hensynet til erhvervslivets ære og økonomiske interesser.²⁷³ Også „Nordvang-sagen“ (UfR 1989.726 H) om fogedforbud mod en avisartikel om åndssvages forhold på institutioner blev afgjort på grundlag af en konkret afvejning af informationsværdien over for hensynet til patienternes privatliv.²⁷⁴ I sagen om „Svend Aukens baghave“ (UfR 1994.988 H) søgte anklagemyndigheden forgæves at gøre gældende, at EMDs praksis vedrørende forudgående indgreb i ytringsfriheden ikke var relevant for vurderingen af den foreliggende sag om efterfølgende straf.

Efter princippet om ytringsfrihed, som Grl § 77 udmønter, er denne praksis fornuftig. Den skarpe sondring mellem forudgående indgreb og efterfølgende sanktioner er ofte kunstig; i begge tilfælde begrænses den reelle ytringsfrihed. I forhold til ordlydens klare censurforbud er retspraksis ensbetydende med en indskrænkende fortolkning af Grl § 77. Forebyggende foranstaltninger som fogedforbud og beslaglæggelse accepteres i visse tilfælde efter fast praksis (forudsætningsvis) som foreneligt med Grl § 77. I forhold til ordlydens manglende udtrykkelige beskyttelse af den materielle ytringsfrihed er denne praksis derimod ensbetydende med en udvidende fortolkning af Grl § 77 – forudsat, at den materielle ytringsfrihed støttes på

272. Jf. Munch, *Pressefrihed og forbud*, UfR 1982 B, side 67 og 71.

273. Se hertil Torben Jensen, *Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser*, UfR 1981 B, side 25ff.

274. Se også Hermanns domskommentar i UfR 1990 B, side 32ff.

Grl § 77.²⁷⁵ Højesterets anerkendelse af visse forudgående begrænsningers forenelighed med Grl § 77s formål, uanset bestemmelsens ordlyd, gør det desto mere nærliggende, at Højesteret også udtrykkeligt anerkender, at Grl § 77 i et vist omfang beskytter den materielle ytringsfrihed.

Tilsvarende anførte en dommer under voteringen i sagen om „Radioamatøren“ (UfR 1976.184 H) til støtte for en anerkendelse af Grl § 72's anvendelighed også uden for strafferetsplejen, at sondringen mellem indgreb inden for og uden for strafferetsplejen ofte er kunstig.

2.6.4 Ordlyden og uskrevne retsgrundsætninger

En fortolkning ud fra forfatningens og rettighedens ånd har i enkelte tilfælde ført til klart mere vidtgående resultater, end der var grundlag for i rettighedens ordlyd.

„Berning-sagen“ (UfR 1925.277 H) er et markant eksempel af ældre dato på en udvidende fortolkning af dagældende Grl § 78 om den personlige frihed. Kravet om klar lovhjemmel for frihedsberøvelse blev – i strid med ordlyden – udvidet til også at omfatte frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen.²⁷⁶

Berning var straffet for adskillige tilfælde af uterlighed overfor mindreårige. Han havde nu udstået sin straf, men myndighederne ønskede fortsat at tilbageholde ham, da der efter lægelige udsagn var stor risiko for, at han på fri fod ville foretage nye seksuelle overgreb. Østre Landsret afviste, at lovgivningens hjemmelsbestemmelser om frihedsberøvelse af sindssyge kunne anvendes analogt på den seksuelt afvigende, men ikke sindssyge Berning. Enhver frihedsberøvelse måtte efter rettens opfattelse kræve direkte og utvetydig lovhjemmel under hensyn til „... *den Grundsætning, der finder sit udtryk i Grundlovens § 78 og lovgivningens øvrige Bestemmelser om Betingelserne for Indgreb i den personlige Frihed.*“ Dagældende § 78 vedrørte imidlertid efter ordlyden alene straffeprocessuelle frihedsberøvelser. Højesteret tiltrådte landsrettens dom.

Det fremgår af Højesterets voteringsprotokol, at samtlige (dengang) 13 dommere deltog. Heraf var 11 dommere enige med landsretten, mens to dommere ville tillade tvangsmæssig tilbageholdelse af Berning.²⁷⁷ Den udførlige

275. Herom nærmere ovenfor afsnit 2.6.1.

276. Se om dommen også ovenfor i kapitel 4, afsnit 3.4 om uskrevne grundretlige principper.

277. Stemmefordelingen i Højesteret fremgår alene af voteringsprotokollen. På daværende tidspunkt var der ingen dissenser til Højesterets domme (dissenspligt blev indført i 1936).

votering giver indtryk af en Højesteret, som er bevidst om sagens principielle karakter og den personlige friheds betydning. Flertallet (11) fandt, at Grl § 78 forbød en tvangsmæssig tilbageholdelse af Berning uden klar lovhjemmel. En af flertallets dommere fastslog ligeud, at sondringen mellem frihedsberøvelser inden for og uden for strafferetsplejen, uanset § 78's ordlyd, ikke er så afgørende. Det afgørende er hensynet til den personlige frihed som et centralt retsgode – et retsgode, der har fundet positivt udtryk i § 78. Tredjevoterende – hvis votum 10 dommere grundlæggende tilsluttede sig – begrundede resultatet med, at en udvidende fortolkning af bestemmelserne om administrativ frihedsberøvelse af sindssyge og åndssvage til også at omfatte psykoper og andre degenererede var principielt betænkelig og i dårlig harmoni med den personlige friheds fundamentale betydning. Mindretallet (2) ville godkende den tvangsmæssige tilbageholdelse af Berning, omend de udtrykte betænkelighed herved ud fra betragtninger svarende til flertallets. De fandt imidlertid ikke § 78 relevant i sagen, da den efter ordlyden alene vedrørte frihedsberøvelser i strafforfølgningssøjemed. Afgørende for mindretallet blev dermed en traditionel tekstfortolkning.

I „Maastricht-sagen“ fra 1997-98 (UfR 1998.800 H) har domstolene ligeledes – omend mere forsigtigt – vist åbenhed over for at inddrage Grundlovens uskrevne principper og forudsætninger ved fortolkningen af Grl § 20.

„Maastricht-sagen“ vedrørte ikke (direkte) individets rettigheder. Sagen er dog interessant, fordi den afspejler en vis åbenhed over for inddragelse af uskrevne forudsætninger. I sin realitetsdom af 27. juni 1997 fastslog Østre Landsret (3. afd.), at Grl § 20 om suverænitetsafgivelse til supranationale organisationer er baseret på visse forfatningsretlige forudsætninger om folkestyre. Retten fandt ikke, at der med Danmarks tiltrædelse af De Europæiske Fællesskaber/Den Europæiske Union var indtrådt *„en sådan begrænsning af det danske folkestyre, at tiltrædelseslovene kan tilsidesættes som ugyldige ud fra forfatningsmæssige forudsætninger.“* I Højesterets dom fra 1998 (UfR 1998.800 H) anses spørgsmålet om den demokratiske kontrol med EU-politikken at være overladt til Folketinget, mens der derimod skitseres en yderste grænse for suverænitetsafgivelse ud fra Grundlovens forudsætninger: *„Det må anses for forudsat i grundloven, at der ikke kan ske overladelse af beføjelser i et sådant omfang, at Danmark ikke længere kan anses for en selvstændig stat. Fastlæggelsen af grænserne herfor må i helt overvejende grad bero på overvejelser af politisk karakter. Højesteret finder det utvivlsomt, at der ved tiltrædelsesloven ikke er afgivet suverænitet til Fællesskabet i et sådant omfang, at det er i strid med den anførte forudsætning i grundloven.“*

Endelig bør nævnes to tidligere omtalte højesteretskendelser fra 16. marts 2000 (sag 589/1999 og 9/2000) om sigtedes ret til at være til stede i videorummet under politiets afhøring af børn i sædelighedssager. En sådan ret kunne ikke støttes på retsplejeloven, da det af retsplejelovens §745, stk. 3, og dennes forarbejder tværtimod klart fulgte, at kun forsvareren havde ret til at være til stede. Højesteret anerkendte alligevel ud fra hensynet til sigtedes retssikkerhed i straffeprocessen, at sigtede som udgangspunkt har ret til at være til stede "*uanset ordlyden af og forarbejderne til retsplejelovens § 745, stk. 3*". Selv om Højesteret også henviste til retsplejelovens § 746, stk. 1, hvorefter retten afgør tvistigheder om sigtedes og forsvarerens rettigheder ved afhøring af børn, fremstår kendelserne derfor reelt som en anerkendelse af en uskreven retssikkerhedsgaranti.²⁷⁸

3. Dynamisk grundrettighedsfortolkning

Grundrettighedernes brede og åbne karakter, samt deres politiske genstand og deres funktion som forfatningsretlige mindretals/individgarantier tilsiger en dynamisk fortolkning i overensstemmelse med samfunds- og retsudviklingen. Der bør således normalt ikke lægges afgørende vægt på rettighedens forarbejder ved fortolkningen.

3.1 Originalistisk contra dynamisk grundrettighedsfortolkning

Inden for forfatningsfortolkningen kan man foretage en grov sontring mellem tilhængere af en statisk fortolkning med hovedvægten på bestemmelsens tilblivelseshistorie og forfatningsgivers oprindelige hensigt („originalistisk fortolkning“) og tilhængere af en dynamisk fortolkning med hovedvægten på en formålsfortolkning i lyset af samfunds- og retsudviklingen („dynamisk fortolkning“).²⁷⁹

Den *originalistiske* skole har også prædikater som „legalisme“, „textualisme“, „interpretivism“ og „genetisk“ eller „historisk“ fortolkning. Originalister lader sig ved udfyldning af forfatningsteksten lede af forfatningsgivers oprindelige hensigt, som den udledes – med faldende grad af sikkerhed – af forfatningens forarbejder, de herskende normative indstil-

278. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

279. Se tilsvarende sontringen i amerikansk forfatningsret mellem „interpretivism“ og „non-interpretivism“ bl.a. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 1. Se for yderligere henvisninger Dworkin, 1986, side 359, note 5.

linger ved forfatningens vedtagelse og retstilstanden forud for forfatningens vedtagelse. En sådan historisk fortolkning kaldes også subjektiv fortolkning (omend den egentlig er mere objektiv end den dynamiske fortolkning).

Den *dynamiske* skole har også prædikater som „non-interpretivism“ eller „fri fortolkning“. Dynamisk fortolkning indebærer en udfyldende fortolkning i lyset af rets- og samfundsudviklingen. Dynamisk fortolkning kan føre til såvel ekspansive som restriktive fortolkninger. Ofte anvendes begrebet dynamisk fortolkning alene om de tilfælde, hvor rettigheden gives et i forhold til teksten bredere indhold, men en dynamisk fortolkning kan også føre til, at rettigheden gives et i forhold til teksten snævrere indhold.²⁸⁰ Kendetegnende for dynamisk fortolkning er, at den anskuer normen i lyset af den aktuelle virkelighed og det samfund, grundrettighederne er en del af. Dynamisk fortolkning kaldes også objektiv fortolkning, fordi forfatningsgivers hensigt ikke tillægges afgørende vægt.

3.2 Et amerikansk opgør med originalismen

En originalistisk fortolkningsstrategi har lang – omend langt fra undtagelsesfri – tradition i amerikansk forfatningsret.²⁸¹ Den siddende Supreme Court – under højesteretspræsident Rehnquist – har gjort originalisme til sit adelsmærke.²⁸² Antonin Scalia, dommer ved Supreme Court og én af originalismens varme fortalere, udtrykker rationalet bag således: *“The whole purpose of a constitution – old or new – is to impede change, or, pejoratively put, to “obstruct modernity”*.²⁸³

I det følgende fokuseres imidlertid på det principielle opgør med originalismen i amerikansk forfatningsretlig teori, som navnlig Alexander Bickel og Ronald Dworkin har stået i spidsen for. De argumenterer for, at originalistisk fortolkning er i strid med grundrettighedernes karakter og dermed reelt også med forfatningsgiverens hensigt!

280. Jf. Zahle, *Grundlovens Menneskerettigheder*, 1997, side 363.

281. Jf. Scalia, *Modernity and the Constitution*, 1995, side 313.

282. Se Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, Chicago Law Review, Vol. 56, 1989, side 1184ff. Kritikken af Supreme Courts linje er dog betydelig. Se f.eks. Tushnet, *Following the Rules laid down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, HLR, Vol. 96, 1989, side 781-827; Horwitz, *The Constitution of Change: Legal Fundamentalism without Fundamentalism*, HLR, Vol. 107, 1994, side 32-117.

283. Scalia, *Modernity and the Constitution*, 1995, side 315.

Alexander Bickel gør principielt op med den originalistiske forfatningsfortolkning. Bortset fra, at denne metode ofte ikke giver klare svar på nutidens grundretlige spørgsmål, har det ifølge Bickel aldrig været forfatningsgivers hensigt at forfatningen skulle fortolkes originalistisk. Om grundrettighederne skriver Bickel, at forfatningsfædrene „*handed on certain broad convictions*“, som skulle danne rammen om og udgangspunktet for konkrete fremtidige vurderinger.²⁸⁴ Tilblivelseshistorien kan indgå som et fortolkningsmoment ud fra et hensyn til kontinuitet. Men Bickel konstaterer: „*Like the text, we may thus conclude, history cannot displace judgment.*”²⁸⁵

Ronald Dworkin viderefører Bickels tankegang til dens logiske konsekvens. Han argumenterer for, at en dynamisk fortolkningsstrategi for grundrettigheder *er* i overensstemmelse med forfatningsgivers abstrakte hensigt.²⁸⁶

En central pointe hos Dworkin er, at betydningen af forfatningsgivers oprindelige hensigt afhænger af forfatningsnormens karakter. Hovedbegrundelsen for at lægge vægt på forfatningsgivers hensigt er hensynet til stabilitet og forudsigelighed. Forfatningens særlige karakter medfører, at man må sondre mellem forfatningsnormer, hvor stabilitet og forudsigelighed er afgørende (f.eks. regler om valgperiodens længde) og normer, hvor indholdet er vigtigere end stabilitet. Grundrettigheder hører til den sidste gruppe.

Derfor er historisk fortolkning ikke velbegrundet, når det gælder grundrettighederne. Grundrettigheder er fundamentale principper, der må forstås som konkrete udtryk for en generel idé om retfærdighed. For fortolkningen er hensynet til retfærdighed derfor vigtigere end hensynet til kontinuitet. At lægge afgørende vægt på forfatningsgivers oprindelige hensigt i grundrettighedsfortolkningen ville ifølge Dworkin være „*tantamount to denying that the constitution expresses principles, for principles cannot be seen as stopping where some historical statesman's time, imagination and interest stopped.*”²⁸⁷

Chief justice Marshall fremhævede tilsvarende allerede i 1819 forfatningens dynamiske karakter. Forfatningen var „*intended to endure for ages to come, and, consequently, to be adapted to the various crises of human affairs (...).* It would have

284. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 104.

285. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 108.

286. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, side 355.

287. Dworkin, *Law's Empire*, 1986, side 369.

been an unwise attempt to provide, by immutable rules, for exigencies which, if foreseen at all, must have been seen dimly, and which can be best provided for as they occur. ²⁸⁸

Dworkin ophæver modsætningen mellem en originalistisk ordlydsfortolkning og en friere dynamisk fortolkning ved at sondre mellem en forfatningsnorms indhold som abstrakt princip ("concept") og principets konkrete udmøntning ("conception").

Dworkins pointe er, at forfatningsnormer med et bredt og ubestemt indhold udtrykker et normativt princip („concept“), som fortolkeren loyalt skal respektere og håndhæve. Den konkrete udmøntning af dette princip i et operationelt indhold („conception“) er imidlertid overladt til hver tids fortolkere, som derfor ikke uden videre skal overtage eventuelle forudsætninger fra forfatningsfædrene herom. Meningen med et forfatningsretligt princip er, at det skal udfyldes gennem konkret, nutidig fortolkning. I den forstand er normen ikke uklar. Som princip er normen så klar, som den kan blive. Hermed bliver den konkrete fortolkning reelt frigjort fra den oprindelige hensigt i traditionel forstand – forfatningsgivers konkrete forståelse af disse princippers indhold på et bestemt historisk tidspunkt. Konkretisering af principper kræver normative vurderinger i lyset af samtidens normer og behov. Fortolkeren lever derfor op til forfatningsgivers abstrakte hensigt ved at fortolke disse principper dynamisk. ²⁸⁹

Ifølge Dworkin er modsætningen mellem loyal efterlevelse af den oprindelige hensigt med forfatningsnormen og en „fri“ dynamisk fortolkning i lyset af samfundsudviklingen derfor falsk. Dynamisk fortolkning er ikke illegitim retsskabelse, men loyal håndhævelse af forfatningen i overensstemmelse med dens abstrakte indhold. ²⁹⁰

3.3 Dynamisk fortolkning og normativ funktion

Når det anerkendes, at grundrettigheder som fundamentale principper for retsordenen nødvendigvis må udvikle sig dynamisk i overensstemmelse med samfundet og det politiske liv, bliver målet at sikre, at grund-

288. McCulloch v. Maryland (1819), 17 US (4 Wheat) 316, 415.

289. Dworkin, 1977, side 134ff; jf. Dworkin, 1986, side 362f. Se i tysk forfatningsteori tilsvarende Mahrenholz, 1990, side 56, Lerche, *Grundrechtlicher Schutzbereich* ..., 1992, side 750; Schulze-Fielitz, 1997, side 14.

290. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, side 136.

rettighederne inden for en dynamisk fortolknings rammer fortsat kan bevare deres normative kraft.²⁹¹

I virkeligheden består der en nøje sammenhæng mellem grundrettighedernes dynamik og deres normative kraft. Dynamisk fortolkning er en nødvendig forudsætning for grundrettighedernes fortsatte betydning og autoritet som fundamentale retsnormer.

Tyskeren Ehmke formulerer det rammende således: *„Zwischen der Wachstumsfähigkeit einer Verfassung und der Festigkeit ihrer Grundlagen besteht kein Widerspruch, sondern ein notwendiger Zusammenhang: Nur in der Fortbildung kann die freiheitlich-demokratische Grundordnung bewahrt werden.“*²⁹²

Det er den dynamiske fortolknings opgave at sikre en kontinuerlig balance mellem norm (statisk) og virkelighed (erosion af normen). Kun en sådan balance sikrer forfatningsretten normativ kraft og legitimitet. Forfatningens – og grundrettighedernes – genstand er det politiske liv. Derfor må forfatningsretten ligesom det politiske liv i særlig grad være dynamisk. Den dynamiske fortolkning sker således i en stadig vekselvirkning mellem normativ kontinuitet og politisk dynamik.²⁹³

Som Ehmke skriver: *„Verfassungsrecht ist „politisches“ Recht also nicht in dem Sinne, daß es „notfalls“ der Politik zu weichen habe. Aber die Dynamik des politischen Lebens, die richtungsweisend einzudämmen Aufgabe des Verfassungsrechts ist, wirkt doch auch wieder auf es zurück.“*²⁹⁴

Herhjemme har ikke mindst Alf Ross fremhævet grundlovsfortolkningens dynamiske karakter.²⁹⁵ For Ross er der imidlertid overvejende tale om en dynamik, der skal sikre det politiske livs handlefrihed. Nødvendigheden af dynamisk fortolkning:

„har særlig gyldighed ved fortolkning af grundlove der på grund af den helg, der omgiver dem og vanskeligheden ved at ændre dem ofte bliver stående i deres oprindelige

291. Jf. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, 1992, side 172.

292. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStI 1963, side 68. Se tilsvarende Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980, side 10f.

293. Jf. Schenke, 1989, side 662f; Isensee, 1992; Hesse, 1995, side 12 og 15ff; Schulze-Fielitz, 1997, side 16.

294. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStI 1963, side 65.

295. Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, bind 1, 1980, side 159.

*skikkelse, skønt det politiske liv er løbet fra dem. (...) man må udvise tilbageholdenhed overfor forarbejderne dersom den efterfølgende udvikling taler for en afvigende fortolkning.*²⁹⁶

Zahle går ligeledes generelt ind for en dynamisk fortolkning, men tilslutter sig ikke som Ross en dynamik, der overvejende indebærer en indskrænkning af rettighederne.²⁹⁷

3.4 BVerfGs praksis

BVerfG har udviklet den tyske grundlov til et paradigme for en dynamisk forfatning.²⁹⁸ Forfatningens "objektive" indhold er udgangspunktet for fortolkningen. BVerfG fortolker dog forfatningens principper i lyset af en vurdering af nutidens behov. Således inddrager BVerfG både politiske, videnskabelige og sociologiske faktorer i sin fortolkning. Navnlig den politiske virkelighed indgår som et naturligt element.²⁹⁹

BVerfG ser det som sin hovedopgave at håndhæve forfatningen i overensstemmelse med samfundsudviklingen. Derfor anerkender BVerfG, at en bestemmelse kan ændre mening over tid, hvis der opstår nye omstændigheder, eller såfremt kendte omstændigheder må revurderes som følge af en stedfunden udvikling eller ny viden. Således udtalte BVerfG i en ledende dom fra 1953 (BVerfGE 2, 380 (401)):

„Allerdings kann eine Verfassungsbestimmung einen Bedeutungswandel erfahren, wenn in ihrem Bereich neue, nicht vorausgesehene Tatbestände auftauchen oder bekannte Tatbestände durch ihre Einordnung in dem Gesamtablauf einer Entwicklung in neuer Beziehung oder Bedeutung erscheinen.“

BVerfGs dynamiske fortolkning har været særlig udtalt på grundrettighedsområdet.³⁰⁰ Baggrunden herfor er, at BVerfGs forstår grundrettighederne som generelle forfatningsretlige principper og ikke som retsregler i traditionel forstand.³⁰¹ BVerfGs ekspansive fortolkning af grund-

296. Ross, Dansk Statsforfatningsret, bind 1, 1980, side 54.

297. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 37; Zahle, *Grundlovens Menneskerettigheder*, 1997, side 361ff.

298. Jf. Ehmke, 1963, side 65; Schenke, 1989, side 653 og 662; Simon, 1994, side 1657.

299. Jf. Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980, side 11.

300. Jf. Schenke, 1989, side 655; Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, 1994, side 273.

301. Jf. Grimm, *Das Grundgesetz nach vierzig Jahren*, NJW 1989, side 1309.

rettighederne ud fra deres ånd og formål skaber et særlig stort spillerum for en dynamisk udvikling af grundrettsbeskyttelsen.

BVerfGs fortolkning af den tyske grundlovs artikel 2(1) illustrerer dette. BVerfG fastslog allerede i "Elfes-dommen" fra 1957 (BVerfGE 6, 32), at artikel 2(1) om ret til fri udfoldelse af personligheden må forstås som en grundsætning om generel handlingsfrihed, som finder anvendelse, hvor ikke andre grundrettsigheder giver beskyttelse af personligheden. Denne brede forståelse af normens indhold har ikke alene dannet grundlag for udvikling af en generel personlighedsret, men også for en dynamisk udvikling af den grundretlige beskyttelse i overensstemmelse med samfundsudviklingen. Artikel 2(1) har således bl.a. udgjort grundlaget for BVerfGs udvikling af en omfattende beskyttelse af personlige data og af genetisk materiale.

En dynamisk grundrettsfortolkning kan ikke alene bero på ændringer i faktiske forhold eller ny viden, men også på ændrede normative vurderinger i samfundet.

I sagen om „Livstidsstraf“ fra 1977 (BVerfGE 45, 187 (229)) om forfatningsmæssigheden af livstidsstraf udtalte BVerfG således, at begrebet „menneskets værdighed“ i den tyske grundlovs artikel 1(1) ikke er statisk, men udvikler sig med samfundet. Den historiske udvikling er gået fra grusomme afstraffelsesformer imod et stadig mere humant syn på straf. Dette fører over tid til et ændret syn på livstidsstraffens forfatningsmæssighed. BVerfG konkluderede på denne baggrund, at livstidsstraf kun er forfatningsmæssig, hvis den dømte sikres en reel mulighed for at komme ud igen.

Som følge af denne dynamiske fortolkningsstrategi tillægger BVerfG normalt ikke grundrettsighedernes tilblivelseshistorie afgørende vægt.³⁰² I den ledende "Homosex-dom" fra 1957 (BVerfGE 6, 389 (431)) udtalte BVerfG principielt:

*„Allerdings kann der Gesetzesgeschichte für die Auslegung der einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes ausschlagende Bedeutung in der Regel nicht zukommen“.*³⁰³

302. Jf. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1997, side 42.

303. Siden er forbeholdet "in der regel" endda udgået. Se f.eks. afgørelse fra 1979 (BVerfGE 51, 97 (110)). I nogle sager har tilblivelseshistorien dog spillet en større rolle, end BVerfG generelt tillægger den, jf. Sachs, *Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung ...*, DVBl 1984, side 73ff.

Rettighedens forarbejder og tilblivelseshistorie er en relevant faktor i BVerfGs grundrettighedsfortolkning. Er forfatningsgivers vilje entydig, må en fravigelse heraf kunne begrundes. Men den oprindelige hensigt er ikke i sig selv et tungtvejende argument. Forarbejder kan alene bekræfte et resultat, som udledes ad andre fortolkningsveje. Er historisk fortolkning i strid med grundrettighedens tekst, formål eller den generelle retsudvikling, må den historiske forståelse vige.³⁰⁴

I spørgsmålet om fri abort kan man dog hævde, at BVerfG ikke har været dynamisk nok. BVerfG indtog oprindeligt et stærkt moralistisk standpunkt, som ikke harmonerede med befolkningens normer. BVerfG måtte derfor bøje af for „virkelighedens krav“.

I den meget omdiskuterede „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1) erklærede BVerfGs flertal³⁰⁵ loven om fri abort for ugyldig som stridende mod forfatningens beskyttelse af menneskets – herunder det ufødte fosters – værdighed, jf. den tyske grundlovs artikel 1(1). BVerfG fastslog en forfatningsretlig pligt for lovgiver til – bortset fra særlige tilfælde – at gøre abort strafbar. Strafbarheden skulle beskytte fostrets liv, men også sende et signal om samfundets afstandtagen. I lyset af massiv kritik og ikke-efterlevelse af dommen³⁰⁶ har BVerfG siden foretaget en retræte i “Abort-dom II” fra 1993 (BVerfGE 88, 203), idet BVerfG nu alene stiller krav om rådgivning af abortsøgende og en fortsat stemping abort som “retsstridig”.

3.5 EMDs praksis

EMD har som en naturlig følge af sin formålsorienterede fortolkning afvist at betragte EMRK som et statisk menneskerettighedsdokument. EMD anlægger en dynamisk fortolkningsstrategi, hvor EMRKs principper fortolkes i lyset af rets- og samfundsudviklingen i konventionsstaterne.³⁰⁷ EMD har gentagne gange understreget, at

304. Jf. Alexy, 1986, side 503f; Herzog, 1990, side 484; Mahrenholz, 1990, side 57. Kritisk til BVerfGs linje Schneider, *Der Wille des Verfassungsgebers*, 1997, side 903ff.

305. Mindretallet fandt, at abortreguleringen helt burde overlades til lovgivningsmagten (BVerfGE 39, 1 (68ff)).

306. Ifølge Isensee, 1992, side 233, efterlevede mange myndigheder bevidst ikke BVerfGs afgørelse.

307. Jf. generelt Harris m.fl., 1995, side 7ff; van Dijk og van Hoof, 1998, side 77ff.

*„the Convention is a living instrument which (...) must be interpreted in the light of present-day conditions“.*³⁰⁸

EMDs dynamiske fortolkning er særlig udtalt, hvor rettigheden har karakter af en retlig standard eller udtrykker et generelt princip.³⁰⁹ EMDs fortolkning tager her højde for samfundsmæssige ændringer af social, teknisk og normativ karakter i konventionsstaterne. Ved udviklingen af rettighedsbeskyttelsen orienterer EMD sig til stadighed efter en fælles (ofte mindste-) standard blandt konventionsstaterne.³¹⁰

EMDs dynamiske fortolkning har generelt ført til en stadig stærkere individbeskyttelse. Et andet udslag af EMDs dynamiske fortolkning er anerkendelsen af, at de traditionelle frihedsrettigheder i EMRK kan have visse positive retsvirkninger.³¹¹

Som følge af den dynamiske strategi tillægger EMD normalt forarbejderne til EMRK begrænset vægt. Den forståelse af en rettigheds indhold, som undertiden kan udledes af EMKs forarbejder, kan være relevant for EMDs fortolkning.³¹² Forarbejderne inddrages dog kun sjældent og er normalt ikke afgørende for bedømmelsen. EMD vil ikke lade hverken forarbejderne eller den oprindelige forståelse af en rettighed stå i vejen for en anden fortolkning, som ud fra principielle formålsbetragtninger og den stedfundne udvikling anses for den rigtige. I sådanne tilfælde har EMD fraveget selv klare tilkendegivelser i EMRKs forarbejder.³¹³

Et eksempel er spørgsmålet om beskyttelse af den negative foreningsfrihed efter EMRK artikel 11. Af EMRKs forarbejder fremgår, at en eksplicit beskyttelse af negativ foreningsfrihed bevidst blev udeladt ved formuleringen af artikel 11. Alligevel har EMD ud fra en dynamisk formålsfortolkning – under

308. Feks. *Tyrer* EMD 26 (1978), pr. 31 hvor afstraffelse af skolebørn blev anset for ikke længere at være acceptabelt i lyset af samfundsudviklingen, jf. EMRK artikel 3.

309. Jf. Lorenzen m.fl., *Den Europæiske Menneskeretskonvention*, 1994, side 47.

310. Jf. Harris m.fl., 1995, side 8f; van Dijk og van Hoof, 1998, side 78.

311. Herom nærmere nedenfor kapitel 7, afsnit 2.3.

312. I *Pretto* EMD 71 (1983), pr. 26, afviste EMD under henvisning til den (formodede) oprindelige hensigt ved EMRKs affattelse, at kravet om offentlig domsafsigelse i artikel 6(1) fandt anvendelse på kassationsdomstole.

313. Se generelt Harris m.fl., 1995, side 17; van Dijk og van Hoof, 1998, side 78.

hensyn til, at flertallet af deltagerstater og en række internationale instrumenter efterhånden indrømmer en sådan beskyttelse – anerkendt, at artikel 11 også beskytter den negative foreningsfrihed.³¹⁴

3.6 Danske domstoles praksis

Danske domstole har undergivet en række grundrettigheder en dynamisk fortolkning. Dynamikken har imidlertid overvejende været restriktiv i forhold til rettighedsbeskyttelsen. Grundlovens rettigheder er blevet fortolket indskrænkende under hensyn til lovgivning og retspraksis.³¹⁵ Der findes dog også eksempler på en dynamisk ekspansiv rettighedsfortolkning. I enkelte tilfælde har domstolene fraveget den dynamiske strategi og tillagt Grundlovens forarbejder og ældre praksis stor vægt.

3.6.1 Fortolkning ud fra forarbejder og ældre praksis

I „HT-sagen“ (UfR 1986.898 H) lagde Højesteret ved afvisningen af, at Grundloven rummede et uskrevent forbud mod forskelsbehandling på grund af fagforeningsforhold, betydelig vægt på forarbejderne til Grundloven af 1953.

De afskedigede HT-chauffører nedlagde påstand om, at afskedigelsen af chauffører, som ikke var organiseret i SID, var ugyldig. De gjorde bl.a. gældende, at afskedigelserne indebar en tilsidesættelse af et almindeligt forfatningsretligt diskriminationsforbud, som også forbød forskelsbehandling af ansatte ud fra tilhørsforhold til fagforening. Højesteret afviste dette anbringende. I domskommentaren udtaler højesteretsdommer Riis om den umiddelbare baggrund herfor (UfR 1987 B, side 54):

„Grunden hertil var (...), at der under forhandlingerne i grundlovskommissionen forud for 1953-grundloven blev stillet forslag om en grundlovsbestemmelse, som udelukkede forskelsbehandling mellem medlemmer og ikke-medlemmer af blandt andet fagforeninger. Dette forslag fik imidlertid ikke den fornødne tilslutning. Under de omstændigheder fandt Højesteret ikke, at afskedigelserne var i strid med et diskriminationsforbud af forfatningsmæssig gyldighed.“

Dommen i „Peruvianersagen“ fra 1997 (UfR 1997.1157 H) om efterprøvelse af Flygtningenævnets afgørelser hviler til dels på en historisk

314. Se Young, *James and Webster* EMD 44 (1981), pr. 51-52; *Sigurjónsson* EMD 264 (1993), pr. 35.

315. Jf. Rehof, 1991, side 44; Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 363.

fortolkning af Grl § 63 om domstolenes ret til at prøve forvaltnings-
afgørelser. Højesteret godkendte delvist lovens endelighedsbestemmelse,
bl.a. under hensyn til praksis før Grundloven af 1953.

Efter udlændingelovens § 56, stk. 7 er Flygtningesnævnets afgørelser i asylsager „endelige“. Spørgsmålet for Højesteret var 1) om lovgiver hermed havde tilsigtet at afskære domstolsprøvelse af nævnets afgørelser, og 2) hvilke konsekvenser dette i givet fald måtte have for domstolenes adgang til prøvelse. Nyere forfatnings- og forvaltningsretlig teori har generelt antaget, at endelighedsbestemmelser i lyset af Grl § 63 ikke (længere) kan accepteres efter deres indhold, men alene er deklarative – et signal om en mere tilbageholdende domstolsprøvelse end ellers.³¹⁶ Den øgede vægtning af domstolskontrol harmonerer med en generel udvikling og med internationale menneskerettighedskonventioner, f.eks. EMRK artikel 6 og 13.³¹⁷ Østre Landsret anlagde i overensstemmelse hermed en tidssvarende fortolkning af Grl § 63. Landsretten anså udlændingelovens § 56, stk. 7 som en endelighedsbestemmelse, hvis formål havde været at afskære domstolsprøvelse. Landsretten ville alligevel antage sagen til realitetsbehandling, da endelighedsbestemmelsen alene kunne indebære, at domstolsprøvelsen efter Grl § 63 blev mere tilbageholdende end ellers. Højesteret – både flertallet og (øjensynlig) mindretallet – lagde imidlertid til grund, at domstolsprøvelse i et vist omfang kan afskæres ved en endelighedsbestemmelse. Højesteret delte sig med hensyn til spørgsmålet, om ordlyden og forarbejderne med tilstrækkelig sikkerhed måtte forstås således, at endelighedsbestemmelsen også angik domstolsprøvelse. Flertallet afviste klagen over Flygtningesnævnets afgørelse, jf. Udlændingelovens § 56, stk. 7, da der ikke var sagsbehandlingsfejl eller andre særlige omstændigheder, som talte for domstolsprøvelse (heri ligger trods alt et forbehold om adgang til domstolsprøvelse i særlige tilfælde). Ordlyden af Grl § 63 synes klart at udelukke anerkendelse af sådanne endelighedsbestemmelser til afskæring af domstolsprøvelse. Flertallet udtaler imidlertid som begrundelse for afvisningen:

„Det har i mange år – også før Grundloven af 1953 – været fast antaget, at domstolenes adgang til efter Grundlovens § 63 at prøve forvaltningsakter i et vist nærmere omfang kan bestemmes ved lov.“

316. Jf. Ross, 1980, side 490; Zahle, Dansk forfatningsret, bind 2, 1996, side 230f; Kjær, Juristen 1998, side 45ff.

317. Afskæring af domstolsprøvelse i asylsager ved Flygtningesnævnet er dog næppe direkte i strid med artikel 6 om ret til prøvelse i sager om borgerlige rettigheder, jf. Kjær, Juristen 1998, side 48f.

Uanset om man er enig eller uenig i resultatet, forekommer det ikke at være en god begrundelse at henvise til, at endelighedsbestemmelser navnlig tidligere var et ikke ualmindeligt fænomen i lovgivningen og i ældre teori fandt et vist grundlag i kompetencetvistlæren. Væsentligt for Højesterets afgørelse har vel været hensynet til at undgå et uoverskueligt antal af klagesager ved domstolene. Hvis endelighedsbestemmelsen skulle kunne tilkendes retlig betydning, måtte det snarere bero på en vurdering af det forsvarlige i denne ordning – bl.a. under hensyn til Flygtninge-nævnets „quasi-judicielle“ karakter.³¹⁸ Flertallet nævner dette forhold, men alene som led i begrundelsen for at antage, at lovgiver havde haft til hensigt at afskære prøvelse i et omfang svarende til traditionel opfattelse af sådanne endelighedsbestemmelser betydning.

3.6.2 Dynamisk fortolkning

En dynamisk strategi for grundretlighedsfortolkning er dog dominerende i domstolenes praksis. Dette har i enkelte tilfælde ført til en ekspansiv rettighedsfortolkning.

Dele af retspraksis om ekspropriation kan ses som en dynamisk udvidende fortolkning af ejendomsbegrebet i GrL § 73, idet begrebet udvides til også at omfatte visse interesser uden et retligt grundlag og rettigheder, som alene har et offentligretligt grundlag.³¹⁹

Zahle nævner som eksempel på beskyttelse af økonomiske interesser, der mangler et klart retsgrundlag, „Greendane-dommen“ (UfR 1980.955 Ø) om inddragelse af adgang til erhvervsmæssig sejlads på Grønland. Som et eksempel på beskyttelse af økonomiske rettigheder, der hviler på offentligretligt grundlag, kan nævnes dommene om „Råstofudvinding“ (UfR 1997.157 H og 1999.1538 H), hvor myndighedernes afvisning af at forny en tilladelse til at udvinde mineraler blev anset for ekspropriation.

I voteringen til dommen om „Radioamatøren“ (UfR 1976.184 H) påpegede en dommer, at den oprindelige forståelse i 1849 af § 72's anvendelighed uden for strafferetsplejen ikke kan være afgørende, men at reelle synspunkter må tillægges større vægt, hvilket fører til en bekræftende besvarelse.

318. Jf. Torben Jensens udlægning af dommen, 1999, side 250ff med note 37. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 2, 1996, side 229ff, er kritisk over for denne måde at retfærdiggøre endelighedsbestemmelser på.

319. Jf. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 37.

Den restriktive dynamik synes dog at have domineret hidtidig dansk retspraksis.

Store dele af retspraksis vedrørende ekspropriation må ses som udtryk for en indskrænkende fortolkning af begrebet afståelse i Grl § 73 under hensyn til den stadig mere omfattende offentlige regulering af samfundsøkonomien. Ejendomsretten er og har i stigende grad været genstand for indgribende lovregulering. Domstolene har ikke med Grl § 73 i hånden villet stille sig i vejen for denne velfærdsstatslige udvikling.

I „Skoleudflugten“ (UfR 1983.871 H) anerkendte landsretten, at et krav om forældrebetaling til en skoleekskursion til zoologisk have var foreneligt med folkeskoleloven og dermed forudsætningsvis med Grl § 76. Landsretten lagde herved afgørende vægt på, at der var mangeårig administrativ praksis for at opkræve forældrebetaling for skolerejser, ekskursioner mv. Højesterets flertal tilsluttede sig øjensynlig denne betragtning.

Sagen om „Dommerkonstitutioner“ (UfR 1994.536 H) er et andet klart eksempel på en dynamisk restriktiv grundlovsfortolkning under hensyn til lovgivningen og praksis. Højesteret fortolkede Grl § 64, jf. § 3 indskrænkende i forhold til ordlyden. Anvendelse af dommerkonstitutioner „i et vist omfang“ – et ret vidt omfang må det tilføjes – fandtes ikke at være i strid med Grl §§ 3 og 64. Som begrundelse henviste Højesteret til, at dommerkonstitutioner havde grundlag i en mangeårig, lovhemlet praksis.³²⁰

4. Relevansen af inter- og transnational rettighedspraksis

Komparativ metode i grundrettighedsfortolkningen indebærer, at retskildemateriale fra andre retssystemer – navnlig praksis fra EMD og nationale europæiske (forfatnings)domstole – inddrages ved fortolkningen af forfatningens grundrettigheder.

4.1 Dynamisk fortolkning på komparativt grundlag

En fortolkningsstrategi, som inddrager grundrettighedens ånd i en mere fri og dynamisk fortolkning, er i højere grad end en ordlydsbunden og originalistisk orienteret fortolkningsstrategi åben for inddragelse af fremmed retspraksis. Den komparative fortolkningsmetode udmønter den dynamiske fortolkningsstrategi. En mere udviklet rettighedsbeskyttelse i

320. Kritisk Zahle, *Er brug af konstituerede dommere brud på grundloven?*, Lov & Ret 1995, nr.4, side 10ff.

retssystemer, som anses for sammenlignelige, kan tages som udtryk for den moderne forståelse af rettighedernes indhold og omfang.

Vægten af den komparative fortolkningsmetode understøttes formentlig af et normativt princip for grundrettighedsfortolkningen, som tilsiger harmoni mellem national fortolkning og fortolkningen af parallelle normer i andre europæiske retssystemer (internationale og nationale) – et princip om „europæisk konvergens“.³²¹

I europæisk rettighedsudvikling indgår komparativ fortolkning i stigende grad som en slags „femte fortolkningsmetode“.³²²

Fortolkning i lyset af international menneskerettighedspraksis (EMRK)

Mest nærliggende er den mulighed, at nationale domstole ved fortolkningen af forfatningens grundrettigheder inddrager parallelle rettigheder med hertil hørende retspraksis i de internationale menneskerettighedskonventioner, staten er bundet af. Ved en sådan harmoniserende fortolkning tilkendes de internationale menneskerettigheder indirekte forfatningsretlig status i national ret. Mindst vidtgående er en indfortolkning af internationale menneskerettigheder i parallelle rettigheder i den skrevne forfatning, mens man reelt nærmer sig en direkte anerkendelse af internationale menneskerettigheders selvstændige forfatningsretlige status, såfremt international menneskerettighedspraksis indfortolkes som uskrevne forfatningsretlige principper. Principielt er forfatningens grundrettigheder imidlertid her fortsat det nationale rets- og legitimationsgrundlag.³²³

En indfortolkning af internationale menneskerettigheder i nationale grundrettigheder er navnlig relevant med hensyn til EMRK. EMRK er ikke alene en folkeretligt bindende konvention, men en slags Europas „Bill of rights“ med samme beskyttelsesformål som forfatningens grundrettigheder. Hertil kommer, at EMD har haft mulighed for at udfylde og udvikle EMRKs rettigheder i takt med samfundsudviklingen i kraft af et stort antal sager.

EMDs praksis har haft stor betydning for rettighedsudviklingen i Europa. Påvirkningen er naturlig og nødvendig, når de nationale domstole håndhæver EMRK. De nationale myndigheder har hovedansvaret for, at den natio-

321. Se nærmere herom nedenfor kapitel 6, afsnit 3.4.

322. Se bl.a. Häberle, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, navnlig side 271.

323. Jf. ovenfor kapitel 4, afsnit 1 og 4.1 om den flydende grænse mellem retskilde- og fortolkningsproblematikken i relation til internationale menneskerettigheder.

nale retsorden er i overensstemmelse med EMRK. De øverste nationale domstole vil så vidt muligt undgå, at staten domfældes ved EMD. EMDs menneskerettighedssyn og fortolkningsstil smitter derfor naturligt af på de nationale domstole. Men påvirkningen rækker ofte ud over de tilfælde, hvor nationale domstole håndhæver EMRK. Mange europæiske (forfatnings)-domstole fortolker nu egne grundrettigheder i lyset af praksis fra EMD.³²⁴

Fortolkning i lyset af transnational grundrettighedspraksis (Europa)

Fortolkningen af forfatningens grundrettigheder kan imidlertid også lade sig inspirere af rettighedspraksis fra andre landes (forfatnings-)domstole. Hvor inddragelsen af internationale menneskerettighedsforpligtelser (også) er båret af retlige hensyn, er en sådan transnational fortolkning i højere grad udtryk for ren inspiration.³²⁵ Som følge heraf vil navnlig praksis fra europæiske (forfatnings)domstole – og navnlig de toneangivende (BVerfG) – være relevant, fordi europæisk rettighedspraksis er forankret i en fælles idéhistorie, og fordi Europa i stigende grad integreres politisk-økonomisk (EU) og på rettighedsområdet (EMRK).³²⁶

I Europa ses i stigende grad en gensidig inspiration mellem nationale (forfatnings)domstole – ikke mindst i rettighedsfortolkningen. Den gensidige inspiration er betinget af en stigende homogenitet med hensyn til værdier og strukturer i de vesteuropæiske forfatninger. På det praktiske plan befordres den indbyrdes tilnærmelse af mere udbredt kontakt og informationsudveksling mellem forfatningssystemerne indbyrdes.³²⁷

4.2 Tysk forfatningsret

BVerfG henter inspiration til sin grundrettighedsfortolkning fra fortolkningen af parallelle rettigheder i andre retssystemer – og navnlig fra EMDs praksis.³²⁸

324. Jf. Grewe, *Statsforfatningsrettens aktualitet i Europa*, Lov og Rett 1996, side 181.

325. Henning Koch, *Juristen* 1999, side 218, betegner den transnationale påvirkning som "osmose",

326. Jf. ovenfor kapitel 2, afsnit 2.

327. *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (EuGRZ) publicerer siden 1974 vigtige nationale og overnationale domme og artikler om grundrettighedskontrol. Endvidere har der i en årrække eksisteret fora for udveksling af erfaringer og ideer: Repræsentanter for de øverste europæiske (forfatnings)domstole mødes hvert tredje år for at drøfte fælles problemer. Statsretsjurister mødes hvert andet år i International Association of Constitutional Law.

328. Jf. Mahrenholz, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, 1990, side 58ff.

BVerfG har udtrykkeligt fastslået – at EMRK – som den fortolkes i EMDs praksis – har relevans for fortolkningen af grundrettighederne i den tyske grundlov og har siden 1960 i flere tilfælde fortolket grundrettighederne i lyset heraf.³²⁹

Allerede i „Varetægtsfængslings-dommen“ fra 1965 (BVerfGE 19, 342 (347)) spillede EMRK en rolle for BVerfGs anerkendelse af et uskrevent forfatningsretligt uskyldsformodningsprincip. BVerfG udtalte, at varetægtsfængsling kun må finde sted i særlige undtagelsestilfælde: *„Dies ergibt sich aus der grundsätzlichen Unschuldsvermutung (...). Diese Unschuldsvermutung ist zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich statuiert, entspricht aber allgemeiner rechtstaatlicher Überzeugung und ist durch Art. 6, Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention auch in das positive Recht der Bundesrepublik eingeführt worden.“*

I den ledende afgørelse fra 1987 (BVerfGE 74, 358 (370)) fastslog BVerfG som generelt princip, at EMRK og EMDs praksis skal inddrages ved fortolkning af de tyske grundrettigheder, forudsat dette ikke fører til en ringere beskyttelse af individet.³³⁰

4.3 Norsk forfatningsret

Høyesterett har i flere tilfælde fortolket Grunnloven i lyset af navnlig de internationale menneskerettigheder og – i mindre omfang – retsstillingen i andre lande. Høyesterett har endog reelt anerkendt visse internationale menneskerettigheder som en del af uskreven norsk forfatningsret. Det gælder især EMRK og EMDs praksis.³³¹

I „Mykle-dommen“ fra 1958 (Rt 1958.479) var spørgsmålet, om en erotisk roman burde beslaglægges som et utugtigt skrift. Høyesterett fastslog, at straffelovens regler herom måtte fortolkes i lyset af ytringsfrihedsprincippet i Grunnlovens § 100. Høyesterett fandt herefter ikke romanen utugtig og henviste herved også til den generelle liberalisering på det erotiske område, som blandt andet i Danmark og Sverige havde medført, at samme roman ikke havde været genstand for retsforfølgning (side 486).

329. Se Kirchhof, 1994, side 31ff; Hesse, 1995, side 125.

330. Se herom nærmere nedenfor kapitel 6, afsnit 3.4.

331. Se generelt NOU 1993:18: Lovgivning om Menneskerettigheter, side 99 og 147ff.

I „Kjuus-dommen“ fra 1997 (Rt 1997.1821) skulle Høyesterett tage stilling i en sag om ytringsfrihed contra beskyttelse mod racediskrimination. Om fortolkningen af ytringsfrihedsbestemmelsen i Grunnlovens § 100 udtalte førstevoterende (side 1832):

„Grunnlovens § 100 er en gammel bestemmelse. Den må i dag åpenbart vurderes på bakgrunn av den utvikling vårt samfunn har gjennomgått. At Norge har sluttet seg til internasjonale konvensjoner som beskytter grunnleggende menneskerettigheter, må også få betydning.“

I en sag fra 1966 (Rt 1966.476) gjorde den norske tandlægeforening gældende, at lovgivningen om civil tjenestepligt for tandlæger var i strid med Grunnlovens ånd og prinsipper og med EMRK artikel 4 om tvangsarbejde. Det afviste Høyesterett enstemmigt. Vurderingen ud fra EMRK artikel 4 og „Grunnlovens ånd og prinsipper“ blev imidlertid den samme, idet førstevoterende anførte (side 487):

„Den tolking av den europeiske menneskerettskonvensjons artikkel 4 nr. 2 jeg foran har gitt min tilslutning, viser etter min mening den utvikling på dette område som man idag i internasjonal rett og praksis er kommet fram til innenfor vår del av verden. Konvensjonen er godtatt av Norge, og dette kan i og for seg anføres som støtte for at denne tolking også må legges til grunn ved tolkingen av vår grunnlov ut fra forholdene i dag.“

Sagen om „Børre Knudsen“ fra 1983 (Rt 1983.1004 (1017)) angik eksistensen og omfanget af et uskrevent forfatningsprincip om ret til liv som udtryk for „Grunnlovens ånd og prinsipper“. Knudsen havde bl.a. til støtte herfor påberåbt sig EMRK artikel 2. Hertil bemærkede førstevoterende, at uskrevne forfatningsprincipper kan stille større krav til lovgiver end internationale menneskerettighedskonventioner, men at

„både konvensjonen (EMK) og lovgivningspraksis i andre land innenfor vår kulturkrets må tillegges betydning som uttrykk for hvilket spillerom det er naturlig at lovgiveren har på dette felt“.

4.4 Dansk forfatningsret

Også ved danske domstole har fremmed ret haft – og får i stigende grad – betydning for grundretlighedsfortolkningen. EMRK påkalder sig også her særlig interesse.

4.4.1 Transnational påvirkning

Der er næppe tvivl om, at domstolene – og navnlig Højesteret – i vanskelige og principielle forfatningsspørgsmål vil lade sig inspirere af udviklingen i de retssystemer, som står os nærmest. Der er grund til at tro, at denne transnationale påvirkning får stigende betydning i dansk forfatningsret.³³² Ofte vil denne påvirkning dog ikke fremgå af præmisserne.

Allerede i „Berning-sagen“ fra 1925 (UfR 1925.277 H)³³³ fik fremmed ret en vis betydning for fortolkningen af Grundlovens retssikkerhedsgarantier vedrørende den personlige frihed. Af voteringen fremgår, at tredjevoterende, som voterede for flertallets 11 dommere, begrundede kravet om klar hjemmel for alle frihedsberøvelser med henvisning til såvel det principielt betænkelige i analogihjemler for frihedsberøvelse som til, at anerkendelse af sådanne analogihjemler var i dårlig harmoni med den fundamentale værdi, man nu tillagde den personlige frihed i alle civiliserede stater.

Et nyere og mere håndfast eksempel er Højesterets dom i „Maastricht-sagen“ fra 1998 (UfR 1998.800 H), omend den ikke (direkte) vedrører grundrettigheder, men fortolkningen af Grls § 20 om suverænitetsafgivelse. Højesterets præmisser og standpunkter er klart inspireret af BVerfGs „Maastricht-dom“ fra 1993 om den tilsvarende problemstilling i tysk forfatningsret.³³⁴ Domsnoten henviser da også – som noget vistnok ret enestående – udtrykkeligt til den tyske dom.

4.4.2 Indfortolkning af EMRK i Grundloven?

Dele af dansk forfatningsretlig teori har argumenteret for en indfortolkning af navnlig EMRK og EMDs praksis i parallelle rettigheder i Grundloven. Højesteret er hidtil afstået herfra, men med „Rocker-dommen“ fra 1999 er der formentlig åbnet herfor.

4.4.2.1 Den forfatningsretlige teori

Tanken om en fortolkning af Grundlovens rettigheder i lyset af internationale menneskerettigheder er ikke fremmed i dansk forfatningsretlig

332. Jf. hertil Henning Koch, *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, side 213ff.

333. Se nærmere omtale ovenfor i afsnit 2.6.4.

334. Jf. også Henning Koch, *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, side 219ff.

teori.³³⁵ Det har navnlig været drøftet, om EMRK og EMDs praksis burde indfortolkes i parallelle rettigheder i Grundloven, hvilket indirekte ville give EMRK forfatningsretlig status i dansk ret.

Henrik Zahle har principielt argumenteret til fordel for et princip om harmoniserende fortolkning, som indirekte giver EMRK grundlovskraft. Zahle er dog ikke villig til at drage den fulde konsekvens heraf. Han antager, at domstolene ikke desto mindre må respektere en lov, som bevidst går imod EMRK:

„Ved fortolkning af grundlovens menneskerettigheder kan international ret have betydning. I almindelighed fører det til, at det af international ret bestemte resultat gælder med grundlovskraft. Når f.eks. grl § 77 fortolkes i lyset af EMK art 10, får den internationale ret betydning for, hvad der gælder med grundlovskraft. (...) Hvis en dansk lov efter sit indhold og sin hensigt går mod en international menneskerettighed, må loven dog respekteres, selv om menneskerettigheden har haft betydning for fortolkningen af en grundlovsbestemmelse.“³³⁶

Zahles standpunkt om en slags suspensiv grundlovskraft for EMRK er uden retlige konsekvenser. EMRK har i forvejen en slags „quasi-forfatningsretlig“ status, som medfører, at konventionskomplekset slår igennem i dansk ret, alene med undtagelse af de tilfælde, hvor lovgivningsmagten bevidst tilsidesætter konventionen.³³⁷

Henning Koch antager – tilsyneladende uden et tilsvarende forbehold – at EMRK efter inkorporeringen i 1992 har betydning for domstolenes fortolkning af Grundlovens rettigheder. Koch begrunder dog ikke standpunktet nærmere.³³⁸

Tidligere højesteretsdommer Peer Lorenzen holder døren åben for en indfortolkning af EMRK og EMDs praksis i tilsvarende rettigheder i Grundloven, men anfører, at en forudsætning herfor formentlig må være, at rettigheden i Grundloven ikke efter ordlyd og forarbejder tilsigter et snævrere beskyttelsesområde. Og selv i disse tilfælde antager Lorenzen, at der ikke uden videre kan blive tale om indfortolkning. Han henviser til,

335. Thygesen, EuGRZ 1978, side 440, antager, at Grundlovens rettigheder må forstås i lyset af de centrale internationale menneskerettighedsdokumenter – FNs Verdenserklæring fra 1948, FNs Konvention om Civile og Politiske Rettigheder fra 1966 og EMRK fra 1950.

336. Zahle, Dansk Forfatningsret, bind 3, 1997, side 50.

337. Jf. ovenfor kapitel 4, afsnit 4.5.

338. Henning Koch, *Når menneskerettigheder kolliderer*, Retfærd 1995, side 66 og 74.

at EMDs praksis herved vil få grundlovsstatus og herefter alene vil kunne tilsidesættes ved en grundlovsændring (modsat Zahles model).³³⁹ Ikke desto mindre er en indfortolkning ifølge Lorenzen ikke usandsynlig, for:

*„På den anden side forekommer det dog vanskeligt i længden at fastholde en retstilstand, hvorefter bestemmelser, hvis indhold og beskyttelsesformål i alt væsentligt er identisk, fortolkes forskelligt.“*³⁴⁰

4.4.2.2 Retspraksis

Højesteret har hidtil afholdt sig fra at indfortolke EMRK – og EMDs praksis – i Grundlovens parallelle bestemmelser, skønt anledning hertil ikke har manglet. „Rocker-dommen“ fra 1999 tyder imidlertid på, at døren er åbnet for en sådan fortolkning.

„HT-sagen“ fra 1986 (UfR 1986.898 H) angik den negative foreningsfrihed og spørgsmålet blev rejst, om foreningsfriheden efter Grundlovens § 78 burde fortolkes i lyset af EMDs praksis vedrørende EMRK artikel 11. Højesteret tog ikke stilling hertil. Men i domskommentaren udtalte Riis (UfR 1987 B, side 54), at det er

„yderst tvivlsomt om en konvention, der endda er ældre end grundloven fra 1953, kan tillægges betydning ved fastlæggelsen af indholdet af forfatningen“.

I nyere retspraksis vedrørende hensynet til ytrings- og mediefriheden overfor beskyttelsen af privatlivets fred og den personlige ære har Højesteret inddraget EMRK artikel 10 og EMDs praksis, men har i intet tilfælde henvist til Grundlovens § 77. Det gælder bl.a. i sagerne om „Svend Aukens Have“ fra 1994 (UfR 1994.988 H) og „Vejle Amts Folkeblad“ fra 1996 (UfR 1997.259 H).³⁴¹

I sagen om „Dommerkonstitutioner“ (UfR 94.536 H) var der proceduret på såvel Grundlovens §§ 3 og 64 som EMRK artikel 6. Højesteret holdt de to regelsæt skarpt adskilt i præmisserne. Retten fandt således, at

339. Lorenzen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning ...*, 1999, side 19.

340. Lorenzen, *Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning ...*, 1999, side 20.

341. Ifølge Lorenzen er en indfortolkning med tiden dog ikke usandsynlig. Han anfører om Højesterets udvidelse af den materielle ytringsfrihed i lyset af EMRK artikel 10: *„Det kan bestemt ikke udelukkes, at dette forhold med tiden vil slå igennem også ved grundlovsfortolkningen.“* (Lorenzen, *Lov og Ret*, nr. 3 1999, side 7).

praksis vedrørende dommerkonstitutioner i lyset af den mangeårige praksis var forenelig med Grundloven, mens der kunne rejses tvivl om, hvorvidt denne praksis var forenelighed med EMRK artikel 6.³⁴²

I lyset af EMRKs stigende betydning og de mange retspolitiske signaler om en styrket rolle for danske domstole i grundrettighedskontrollen³⁴³ har det “ligget i luften”, at Højesteret på et tidspunkt ville opbløde sin hidtidige position.

En sådan opblødning ses formentlig i Højesterets „Rocker-dom“ (UfR 1999.1798 H). Her foretog Højesteret reelt en fortolkning af Grl § 79 om forsamlingsfriheden i lyset af EMRK artikel 11. I sagen gjorde et medlem af rockergruppen Hells Angels – som politiet i medfør af den såkaldte rocker-lov (lov nr. 907 af 15. oktober 1996 om forbud mod ophold i bestemte ejendomme) havde forbudt at indfinde sig på bestemte af rockergruppens tilholdssteder – gældende, at loven var i strid med Grl § 79. „Rocker-loven“ var vedtaget i lyset af den igangværende rocker-krig for at beskytte liv og sikkerhed for forbipasserende og nærboende til „rocker-borgene“.

Østre Landsret afviste ved dom af 11. maj 1998 (9. afd. nr. B-0549-97) sagsøgerens påstand. Dommen synes at bero på en traditionel fortolkning af Grl § 79:

„Efter grundlovens § 79 har borgerne ret til at forsamle sig ubevæbnede. Heri ligger imidlertid ikke, at lovgivningsmagten er udelukket fra at gennemføre begrænsninger af offentligretlig karakter, som medfører indskrænkninger i, hvor en forsamling kan finde sted, når dette er sagligt begrundet i varetagelsen af beskyttelsesværdige hensyn – som i den foreliggende sag – hensynet til borgernes sikkerhed. Den omstændighed, at det meddelte forbud medfører, at sagsøgeren, hans klubkammerater og andre ikke har kunnet samle sig på de i forbudet anførte to ejendomme, indebærer ingen krænkelse af forsamlingsfriheden efter grundlovens § 79, idet forbudet i øvrigt ikke indskrænker sagsøgerens ret til at samles andre steder.“

Højesteret kom til samme resultat, men med en anden begrundelse. Højesteret udtalte, at forsamlingsfriheden ligesom ytrings- og foreningsfriheden er en „nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demo-

342. Kritisk til dommen Zahle, Lov og Ret, nr. 4 1995, side 10ff. Ifølge Lorenzen bør dommen dog ikke tages som udtryk for en generel afstandtagen fra en indfortolkning af EMRK i Grundloven fra Højesterets side (*Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning ...*, 1999, side 20).

343. Se også ovenfor kapitel 2, afsnit 3.

krati“, men at den kan reguleres og begrænses under hensyn til andre væsentlige interesser, herunder andres liv og velfærd. Så vidt svarer præmisserne til traditionel opfattelse af Grl § 79. Retten tilføjede imidlertid:

„Sådanne begrænsninger må dog ikke gå videre end, hvad der er nødvendigt for en sådan beskyttelse, jf. herved også Den Europæiske Menneskerettighedskonvention artikel 11.“

Højesteret foretog på denne baggrund en konkret proportionalitetsvurdering, som skærer igennem den traditionelle sondring mellem indgreb i retten til at forsamle sig og reguleringer af forsamlingsfriheden³⁴⁴ til fordel for en konkret afvejning af hensynet til forsamlingsfriheden over for hensynet til beskyttelse af nærboende og forbipasserende. Dette svarer til EMDs fremgangsmåde efter EMRK artikel 11.³⁴⁵

En tilsvarende harmoniserende fortolkning i lyset af EMRK kan forventes med hensyn til navnlig Grl §§ 77 og 78 og måske også §§ 3 og 64. Dermed vil dansk forfatningsret komme bedre i harmoni med f.eks. tysk og norsk forfatningsret. En indfortolkning af EMRK og EMDs praksis i Grundlovens grundrettigheder åbner for en mere ekspansiv og dynamisk grundretlighedsfortolkning, end der har været tradition for i Danmark.

På flere retsområder er der imidlertid ingen bestemmelser i Grundloven, som modsvarer EMRKs rettigheder. Det gælder bl.a. den vigtige beskyttelse af privat- og familielivet efter EMRK artikel 8. Grundloven beskytter i § 72 alene et meget begrænset aspekt heraf. På dette og lignende retsområder er spørgsmålet, om Højesteret med tiden vil gå endnu videre og som Norges Høyesterett anerkende centrale dele af EMRK og EMDs praksis som udtryk for uskreven dansk forfatningsret. Hvis indfortolkningsmodellen principielt anerkendes, kan man heller ikke på forhånd afvise en anerkendelse af uskrevne grundrettigheder med et indhold svarende til rettigheder i EMRK, såfremt uskrevne forfatningsprincipper principielt anerkendes. En sådan konstruktion kræver dog som tidligere omtalt en stærk forfatningsretlig begrundelse.³⁴⁶

344. Se herom Henning Koch, § 79 i Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, 1999, side 480ff; Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 116f og 120f.

345. Se om Rocker-dommen også nedenfor kapitel 8, afsnit 3.2.4 og kapitel 9, afsnit 4.6.

346. Se nærmere herom ovenfor kapitel 4, afsnit 3.1.

To højesteretskendelser fra 16. marts 2000 (sag 589/1999 og 9/2000) om sigtedes rettigheder under politiets vidneafhøring af børn i sædelighedssager kommer som tidligere omtalt tæt på anerkendelse af en uskreven forfatningsretlig straffeprocessuel retssikkerhedsgaranti. Højesteret anerkendte, at sigtede som udgangspunkt har ret til at være til stede i videorummet *“uanset ordlyden af og forarbejderne til retsplejelovens § 745, stk. 3”*. Der er næppe tvivl om, at EMRK artikel 6, stk. 3 (d) om lighed (*“equality of arms”*) for anklagemyndighed og forsvar ved vidneafhøring har spillet en rolle for Højesterets afgørelse, omend konventionen ikke omtales i præmisserne.³⁴⁷

5. Sammenfattende konklusion

Fortolkningsstrategi og fortolkningsmetoder. Der argumenteres for, at grundrettighedsfortolkning i overensstemmelse med grundrettighedernes principkarakter og forfatningsretlige funktion må baseres på en normativistisk og dynamisk fortolkningsstrategi, hvor rettighedernes formål og ånd i et dynamisk samspil med rets- og samfundsudviklingen er retningsgivende for fortolkningen. Dette indebærer, at de traditionelle – objektiverede – fortolkningsmetoder i særlig grad bliver utilstrækkelige i grundrettighedsfortolkning. Ordlyden udgør ikke i alle tilfælde en bindende ramme for fortolkningen, og forfatningens forarbejder har generelt kun begrænset vægt. „Formålsorienteret“ og „dynamisk“ fortolkning er ikke egentlige fortolkningsmetoder. En formålsorienteret og dynamisk fortolkningsstrategi henviser ikke fortolkeren til et bestemt retskildemateriale og er for så vidt mere fri end en positivistisk fortolkningsstrategi.

Grundrettighedernes ordlyd, formål og ånd. Ordlyden er det naturlige udgangspunkt for fortolkningen. Men ordlyden bør ikke i alle tilfælde være afgørende. Grundrettighedens formål må være styrende for fortolkningen. Dette kan føre til fravigelser af ordlydens sondringer eller begrænsninger, hvis disse ikke harmonerer med rettighedens formål. Grundrettigheder er desuden typisk brede principper og bør fortolkes som sådanne. Grundrettighederne kan kun opfylde deres normative funktion som reelle garantier for individ og mindretal over for lovgiver og som fundamentale principper for retssystemet, hvis de fortolkes ud fra

347. Se nærmere herom ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

ånden bag ordlyden og i lyset af forfatningens fundamentale principper. En friere tilgang til ordlyden tilsiges også af, at grundrettigheder udspringer af generelle retfærdighedsforestillinger, som transcenderer en positivistisk retsforståelse. Ordlyden af en grundretlig norm er ofte blot et konkret udtryk for en bredere idé – et bagvedliggende grundprincip for det politiske system.

Grundrettighedernes dynamik. Da grundrettighedernes genstand er det politiske liv, må grundrettighedsfortolkningen som dette være dynamisk. Grundrettighedernes brede formulering muliggør, og deres normative funktion og genstand nødvendiggør, at grundrettigheder i videre omfang end almindelige regler er åbne for en dynamisk fortolkning i overensstemmelse med samfundsudviklingen. Derfor kan grundrettighedernes tilblivelseshistorie og forarbejder ikke tillægges afgørende vægt. Dynamik og normativ funktion er ikke modsætninger i grundrettighedsfortolkningen. Kun gennem en dynamisk fortolkning kan grundrettighederne bevare deres autoritet i et omskifteligt samfund. Kun hvis dynamikken styres af normative principper, kan grundrettighederne bevare deres normerende funktion. En bred forfatningsnorm må forstås som en abstrakt værdi, som får sit konkrete indhold gennem den retlige fortolkning, som derfor helt legitimt vurderer normen i lyset af ændringer i samfundet. Dette gælder særligt for grundrettigheder, fordi hensynet til stabilitet i fortolkningen her ikke trækker (væsentligt) i modsat retning. I en sådan fortolkningsstrategi bliver der derfor ingen reel modsætning mellem originalisme og dynamisk fortolkning. Grundrettighedernes legitimerende funktion i forhold til den politiske magt kræver en dynamisk fortolkning.

I hidtidig dansk retspraksis ses ingen klar linje i grundrettighedsfortolkningen. Fortolkningsstrategien veksler undertiden fra sag til sag, men især over tid. Navnlig i ældre retspraksis – herunder højesteretspraksis – var den fremherskende tendens en ordlydsnær eller ligefrem restriktiv grundrettighedsfortolkning, dog med klare undtagelser – som “Berning-dommen” fra 1925. I nyere retspraksis vinder – navnlig under påvirkning fra EMD – en mere fri og dynamisk ekspansiv fortolkningsstrategi derimod frem, som endog i særlige tilfælde er åben for anerkendelse af uskrevne grundrettigheder.

Betydningen af inter- og transnational rettighedspraksis. En fortolkning af grundrettighederne med vægt på bestemmelsernes formål og ånd, som samtidig i kraft af en formålsorienteret, dynamisk tilgang er lydhør over for den faktiske og normative udvikling, indebærer, at det komparative

aspekt i grundrettighedsfortolkningen kan have stor relevans for fortolkningen som udtryk for en moderne forståelse af sådanne rettigheder. En dynamisk fortolkning på komparativt grundlag har stigende betydning i europæisk grundrettighedspraksis. For det første inspireres nationale (forfatnings)domstole af andre europæiske domstoles grundrettighedspraksis. Dette ses i Højesterets praksis navnlig i “Maastricht-dommen” fra 1998. For det andet – og navnlig – fortolkes nationale grundrettigheder i stigende omfang i lyset af internationale menneskerettigheder (navnlig EMRK). Herved får EMRK en middelbar forfatningsretlig status. Denne tendens spores også i Højesterets nyeste praksis – navnlig “Rocker-dommen” fra 1999, men implicit også kendelserne fra marts 2000 om sigtedes rettigheder under vidneafhøring af børn i sædelighedssager.

En mere selvstændig og dynamisk fortolkningsstrategi er mere meto- disk åben end en traditionel positivistisk fortolkningsstrategi. Den efter- lader et normativt „rationalitetshul“ i den grundretlige argumentation. Dette hul må navnlig udfyldes gennem opstilling af generelle materielle- strukturelle fortolkningsprincipper. Disse principper skal være styrende for såvel den abstrakte fortolkning som den konkrete udlægning af grundrettighederne (se nedenfor kapitel 6).

Grundrettighedsfortolkningens materielle-strukturelle principper

Som omtalt i kapitel 5 lægger en principorienteret (normativ og problemorienteret) tilgang til grundrettighedsfortolkning op til en mere selvstændig – formålsorienteret og dynamisk – fortolkningsstrategi. Den mere selvstændige, normative fortolkningsstrategi indebærer – sammen med det udtalte behov for konkretisering af den grundretlige norm i forhold til den enkelte sag – at de traditionelle fortolkningsmetoder er klart utilstrækkelige som redskaber for grundrettighedsfortolkning. Spørgsmålet er da, om de traditionelle metoder kan suppleres af nogle retningsgivende fortolkningsprincipper.

Såvel ved den abstrakte grundrettighedsfortolkning som ved rettighedens konkretisering i lyset af den enkelte sag får fortolkerens materielle grundforestillinger om grundrettighedernes karakter og funktion i forfatningen (forforståelsen) afgørende betydning. For at sikre en sammenhængende og konsistent fortolkningslære er det derfor afgørende, at denne forforståelse – så vidt det er muligt – struktureres og rationaliseres gennem formulering af nogle generelle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper.

De materielle-strukturelle fortolkningsprincipper skal være retningsgivende for indholdet af den formålsorienterede og dynamiske fortolkning – såvel den abstrakte fortolkning som den konkrete udlægning i enkelttilfældet. Omvendt er disse fortolkningsprincipper – i overensstemmelse med den hermeneutiske fortolknings „trekant“³⁴⁸ – selv en vigtig begrundelse for valget af fortolkningsstrategi.³⁴⁹

I dette kapitel (*afsnit 3*) formuleres – med afsæt i overvejelser om grundrettighedernes særlige karakter, funktion og udspring og inspireret

348. Se nærmere ovenfor kapitel 3, afsnit 1.1.

349. Jf. ovenfor kapitel 5, afsnit 1.

af BVerfGs og EMDs praksis – følgende generelle materielle-strukturelle principper for grundretlighedsfortolkning:

- princippet om „forfatningens enhed“
- princippet om „praktisk konkordans“ – balance mellem indbyrdes modstridende principper
- princippet om „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“
- princippet om „europæisk konvergens“ – inter/transnational harmoni
- princippet om „funktionel balance“ – magtbalance mellem domstole og lovgiver.

Først analyseres imidlertid behovet (*afsnit 1*) og grundlaget (*afsnit 2*) for formulering af disse fortolkningsprincipper.

1. Behovet for materielle-strukturelle fortolkningsprincipper

Grundretlighedsfortolkningens centrale problem er i sidste instans, hvordan den konkrete grundretlige afgørelse skal begrundes rationelt i forhold til en eller flere generelle grundretlige normer. Fortolkningsmetoderne kan alene indgå som redskaber af vekslende betydning ved formulering af denne begrundelse.³⁵⁰

Navnlig en principorienteret fortolkningsstrategi, som søger at realisere normens formål og ånd, som er dynamisk i forhold til samfundsudviklingen, og som inddrager udenlandsk retspraksis, relativiserer betydningen af traditionelle fortolkningsmetoder (ordlyd, kontekst og forarbejder). En sådan fortolkningsstrategi er således „fri“ i den forstand, at den er metodisk åben. Den efterlader et bredt spillerum for fortolkerens materielle grundforestillinger vedrørende grundrettighedernes karakter og funktion – herunder forholdet mellem individ og stat (forforståelse).

Alf Ross fremhævede, at grundlovsfortolkning i særlig grad er en retsskabende proces, som må trække på grundlæggende normative principper: *„Den udstrakte frihed der kendetegner grundlovsfortolkningen betyder naturligvis ikke at denne er vilkårlig. De pragmatiske faktorer, virksomme i al fortolkning, antager på dette område i snævrere forstand politisk karakter. Fortolkningen sker ud fra de politiske ideer man anser for bærende eller ønsker skal være bærende i vort forfatningssystem.“*³⁵¹ Ligeledes

350. Jf. Ehmke, 1963, side 59 og 72; Alexy, 1986, side 32; Koch, 1986, side 346f; Hesse, 1995, side 26.

351. Ross, Dansk Statsforfatningsret, 1980, bind I, side 55.

anfører Henrik Zahle om grundrettighedsfortolkning, at udgangspunktet er ordlyden og andre retskilder: *“men grundlovens knappe formulering og dens brede principielle indhold medfører, at mere almene synspunkter på forfatning, samfund og individ kommer til at spille en forholdsmæssig større rolle ...”*.³⁵²

Det brede spillerum for fortolkerens materielle forforståelse efterlader et „rationalitetshul“ i grundrettighedsfortolkningen. Dette spillerum må søges indsnævret gennem formulering af nogle generelle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper, som bidrager til at strukturere og begrunde den forforståelse, som bør være styrende for den abstrakte såvel som den konkrete grundrettighedsfortolkning.³⁵³ Sådanne principper er en forudsætning for, at en normativ og dynamisk grundrettighedsfortolkning ikke ender i hverken subjektiv retsskabelse eller rendyrket pragmatisk problemløsning.³⁵⁴

BVerfGs grundrettighedspraksis er en „rollemodel“ for en grundrettighedsfortolkning baseret på generelle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper. Selv om BVerfGs har tilsluttet sig en objektiv metode-lære, baseret på de traditionelle fortolkningsmetoder, har BVerfG i sin grundrettighedspraksis ofte fraveget denne fortolkningskanon. De traditionelle metoder anses ikke at være tilstrækkelige eller i alle tilfælde adækvate i forhold til grundrettighedsfortolkning.³⁵⁵ For BVerfGs fortolkning er materielle overvejelser om de enkelte grundrettigheders indhold og funktion afgørende. I sin formålsorienterede og dynamiske grundrettighedsfortolkning lader BVerfG sig derfor lede af materielle-strukturelle fortolkningsprincipper.³⁵⁶

Danske domstole – herunder Højesteret – har ikke som BVerfG udtrykkeligt formuleret generelle principper for forfatnings- og grundrettighedsfortolkning. Den pragmatiske danske retstradition må antages at være en del af forklaringen herpå, ligesom den sparsomme grundrettighedspraksis ikke har befordret en sådan udvikling.

352. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 19.

353. Jf. Ehmke, 1963, side 55ff (navnlig 60 og 64) og 72f; Hesse, 1995, side 25f.

354. Jf. Kriele, 1992, side 112ff; Hesse, 1995, side 21ff.

355. Jf. Ehmke, 1963, side 77ff; Geiger, 1980, side 11f; Hesse, 1995, side 21ff.

356. Jf. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, side 1536f; Böckenförde, *Die Methoden der Grundrechtsinterpretation*, NJW 1976, side 2090; Mahrenholz, 1990, side 53ff; Hesse, 1995, side 23f.

Behovet for styrende principper er dog anerkendt i nyere dansk grundrettighedsteori, som også rummer ansatser til formulering af sådanne fortolkningsprincipper.³⁵⁷

2. Grundrettighedernes karakter, funktion og udspring

Fortolkeren kan ikke i grundrettighedsfortolkning – så lidt som i anden juridisk fortolkning – „opfinde“ fortolkningsprincipper, men må formulere nogle principper ud fra grundrettighedernes natur og placering i retsordenen som helhed.³⁵⁸

Materielle-strukturelle principper for grundrettighedsfortolkning må formuleres med udgangspunkt i grundrettighedernes karakter, funktion og udspring. Grundrettigheder er en integreret del af forfatningen. Grundrettigheder fungerer i første række som forfatningsretlige garantier for individ og mindretal, men har endvidere karakter af fundamentale retsprincipper. Grundrettigheder udspringer af uskrevne retfærdighedsforestillinger, som er forankret i en fælleseuropæisk idéhistorie og udvikling.

2.1 Grundrettighederne er en integreret del af forfatningen

Grundrettigheder er uløseligt forbundet med begrebet forfatning. Det er ofte blevet fremhævet, at forfatningen har en særlig karakter og funktion og må fortolkes herefter. USAs højesteretspræsident Marshall gav i 1819 eftertiden en formaning herom med de berømte ord: „*We must never forget, that it is a **constitution** we are expounding.*“³⁵⁹

Grundrettighedsfortolkning må anskues i lyset af forfatningens overordnede funktion.³⁶⁰ Forfatningen er grundpillen i et (stats)samfunds retsorden. Forfatningens genstand er det politiske liv og retssystemet som helhed. Overordnet er forfatningens hovedopgave – eller funktion – at sikre og opretholde staten som en politisk enhed og som retsorden.³⁶¹ En

357. Se Gomard, 1986, side 45ff (57); Rehof, 1991, side 37; Zahle, Dansk Forfatningsret, bind 3, 1997, side 19ff; Zahle, *Grundlovens Menneskerettigheder*, 1997, side 376ff.

358. Jf. Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, 1980, side 21. Jf. ovenfor kapitel 3, afsnit 2.

359. *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316, 407. Klaus Stern har betegnet denne udtalelse som „*der fundamentale Satz für jedwede Verfassungsinterpretation*“, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 1695.

360. Jf. Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 1701.

361. Ehmke, 1963, side 66, fremhæver „*Der konstituierende, einheitsstiftende Charakter der Verfassung.*“

stat består ikke af sig selv. Politisk enhed på trods af interesseforskelle er forudsætningen for statssamfundets eksistens og opretholdelse. Sikring og bevarelse af politisk enhed i et statssamfund kræver imidlertid, at statsmagten er organiseret som en retsorden. Ikke en hvilken som helst retsorden kan medvirke til opretholdelse af statens politiske enhed. Det kan på lang sigt kun en retsorden, der opleves som legitim. En legitim retsorden kan ikke alene baseres på magt, men må for i længden at kunne bestå nyde grundlæggende konsensus blandt statens individer.³⁶²

Grundrettigheder er forfatningsretlige (eller “quasi-forfatningsretlige”) normer, som regulerer forholdet mellem borger og stat. Grundrettigheder er – som forfatningsretten i øvrigt – „politisk ret“ i den forstand, at deres genstand i udtalt grad er det politiske liv. Grundrettighedsfortolkning har derfor i særlig grad politiske konsekvenser.³⁶³ Omvendt påvirkes grundrettighedsfortolkningen selv af forandringer i det politiske liv og samfundslivet i øvrigt.

Grundrettighedsfortolkning er derfor forbundet med politisk statsteori. Ehmke fremhæver, at navnlig grundrettighedsfortolkningen „*immer zugleich auch Bestandteil des Ringens um das politische Selbstverständnis eines Gemeinwesens ist, und daß sie daher mit der politischen Theorie der Ordnung, Aufgaben und Funktionen unseres Gemeinwesens und seiner Institutionen verbunden sein muß.*“³⁶⁴

Grundrettighedsfortolkningens principper skal på denne baggrund medvirke til at sikre og opretholde forfatningens enhed. Fortolkningsprincipperne må på den ene side være så dynamiske og fleksible, at grundrettighederne i en omskiftelig politisk virkelighed kan bevare deres praktiske betydning og autoritet; fortolkningen må inddrage og respektere modstående forfatningsretlige hensyn, så en fornuftig balance sikres, ellers kan statens politiske enhed komme under pres. På den anden side må fortolkningsprincipperne sikre grundrettighederne et reelt og effektivt indhold, uden hvilket den politiske magts legitimitet som retsorden bringes i fare.

362. Se nærmere Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1995, side 5–20.

363. Jf. Ehmke, 1963, side 65; Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 3; Stern, 1980, side 18; Schenke, NJW 1979, side 1322; Simon, 1994, side 1662.

364. Ehmke, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRl 1963, side 65. Jf. Dworkin, 1986, side 380.

2.2 Grundrettigheder er forfatningsretlige mindretalsgarantier

Forfatningens grundrettigheder skal navnlig bidrage til statsmagtens legitimitet (opretholdelse af en grundlæggende konsensus om denne retsorden) ved – som modvægt til det demokratiske flertalsprincip – at garantere mindretallet og det enkelte individ visse rettigheder.

Kun effektive forfatningsretlige garantier for mindretallets og enkelt-individets grundlæggende rettigheder, som håndhæves af domstolene uafhængig af flertallets politiske vilje, sikrer forfatningens og dermed statsmagtens legitimitet. Omvendt må grundrettighedsbeskyttelsen ved domstolene respektere hensynet til det politiske flertals handlefrihed. Sker det ikke, kan den grundlæggende konsensus og dermed den politiske enhed – som er statens og forfatningens faktiske forudsætning – bringes i fare.³⁶⁵

De normative overvejelser i grundrettighedsfortolkningen har derfor en særlig politisk-institutionel vinkel (magt- eller kompetencefordeling), fordi forfatningens grundrettigheder som del af forfatningsretten også er bindende for lovgivningsmagten. Domstolenes grundrettighedsfortolkning har reelt forfatningsrang. Enhver retlig konkretisering af forfatningens grundrettigheder udgør en potentiel begrænsning af lovgivers kompetence.³⁶⁶ I modsætning til tilfælde hvor domstolene fortolker almindelige love, kan lovgiver ikke – i hvertfald ikke autoritativt – efterfølgende korrigere domstolenes opfattelse af grundrettighedernes krav. Grundrettighedsfortolkning er i denne forstand særligt “politisk”, da den griber ind i det politiske flertals kompetence og udfoldelsesmuligheder.

Forfatningsgrundrettighedernes karakter af bindende normer for lovgivningsmagten rejser spørgsmålet om grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol under hensyn til parlamentets demokratiske mandat og kompetence (herom nedenfor Del III).

2.3 Grundrettigheder er fundamentale retsnormer

De friere normative overvejelser, som er nødvendige i al fortolkning af brede standarder, har for grundrettighederne en udpræget politisk-moralsk karakter, fordi grundrettigheder udtrykker fundamentale principper for retssystemet og det politiske liv.

365. Jf. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, 1980, side 29ff.

366. Jf. Schulze-Fielitz, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists*, AöR 1997, side 14.

Forfatningen og de heri indeholdte grundrettigheder indtager en særlig central position i retsordenen. Grundrettigheder er ikke blot bindende normer for lovgivningsmagten. Grundrettigheder udtrykker tillige ofte grundlæggende normative principper, som staten som politisk enhed og som retsorden baserer sig på. De er udtryk for værdier, som gennemsyrrer hele retssystemet.³⁶⁷

Da grundrettigheder er fundamentale retsnormer, kan staten have en positiv pligt til at beskytte disse rettigheder mod indgreb fra andre private, ligesom grundrettigheder kan „stråle ud“ i retssystemet som generelle principper ved fortolkningen af offentligretlige eller privatretlige retsregler (herom nærmere nedenfor kapitel 7).

2.4 Grundrettigheder udspringer af uskrevne retfærdighedsforestillinger, forankret i en fælleseuropæisk udvikling

Grundrettighederne er konkrete udtryk for en mere abstrakt idé om retfærdighed, som har rødder i en naturretlig menneskerettighedsideologi. Grundrettighedernes brede principper har således en indre sammenhæng, som rækker tilbage til uskrevne forfatningsretlige grundsætninger. Grundrettigheder er et produkt af en fælleseuropæisk udvikling og udspringer af fælleseuropæiske værdier.³⁶⁸

Denne fælleseuropæiske forankring har, som tidligere beskrevet, fået fornyet kraft efter 1945 med EMDs dynamiske håndhævelse af EMRKs rettigheder og en stigende vægt på rettigheder og domstolskontrol i de nationale retssystemer. Efterkrigsudviklingen peger frem mod en fælleseuropæisk rettighedsstandard på tværs af forskelle i demokrati- og fortolkningstraditioner. Det skyldes, at de fælles værdier og principper så at sige transcenderer forskellene mellem retssystemerne indbyrdes.³⁶⁹

Grundrettighedernes udspring af og – navnlig – aktuelle forankring i en fælleseuropæisk rettighedsudvikling må præge fortolkningen. Den overnationale europæiske menneskerettighedspraksis og grundrettighedspraksis fra nationale europæiske kontrolorganer får en særlig vægt.

367. Jf. Böckenförde, NJW 1976, side 2090, note 14; Alexy, 1986, side 473ff; Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1697.

368. Jf. Ehmke, 1963, side 63; Alexy, 1986, side 494f; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 63f.

369. Se nærmere ovenfor kapitel 2, afsnit 2.5 og 2.6.

3. Materielle-strukturelle principper for grundretlighedsfortolkning

Med udgangspunkt i det anførte om grundrettighedernes karakter, funktion og udspring formuleres i det følgende fem generelle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper, som bør være retningsgivende for domstolenes grundretlighedsfortolkning.

Fire af disse principper er formuleret under inspiration fra tysk forfatningsretlig teori: principperne om „forfatningens enhed“, „praktisk konkordans“, „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“ og „funktionel balance“. Disse principper har spillet en afgørende rolle i BVerfGs grundrettighedspraksis og genfindes også i EMDs rettighedspraksis. Derudover formuleres et femte fortolkningsprincip om „europæisk konvergens“.

3.1 Princippet om „forfatningens enhed“

Princippet om forfatningens enhed er et bærende strukturelt og materielt grundlag for grundretlighedsfortolkningen. Princippet danner også udgangspunkt og forståelsesramme for de øvrige fortolkningsprincipper. Princippet er begrundet i forfatningens funktion som ramme for staten som politisk enhed og som retsorden.

Efter princippet om forfatningens enhed må forfatningen fortolkes som en systematisk og normativ enhed. Derfor skal en forfatningsnorm fortolkes i lyset af forfatningens øvrige normer, samt – ikke mindst – i lyset af forfatningens skrevne og uskrevne grundprincipper. Endvidere må forfatningsnormerne indbyrdes harmoniseres således, at modsigelser og konflikter mellem forfatningsnormer så vidt muligt undgås.³⁷⁰

Princippet om forfatningens enhed er en dynamisk målsætning og indebærer således ikke en „fastfrysning“ af rettighedsfortolkningen inden for én lukket hierarkisk værdiorden. Princippet anerkender forfatningen som en normativ, men organisk enhed, der rummer spændinger mellem modstridende principper.³⁷¹

Som Ehmke skriver: „Daß „Einheit“ weder systematische noch werthierarchische Geschlossenheit bedeuten kann, versteht sich von selbst. Es geht vielmehr um die Notwendigkeit, die Verfassung jeweils als einen in sich sinnvollen, zwar vielseitigen

370. Jf. bl.a. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1651; Hesse, 1995, side 28.

371. Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1743.

*und keineswegs spannungslosen, aber doch immer auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichteten Ordnungszusammenhang zu interpretieren.*³⁷²

I dansk forfatningsretlig teori har Zahle behandlet princippet om forfatningens enhed. I en artikel fra 1997 anfører han under et programpunkt for grundlovsfortolkning med overskriften „Forfatningsbestemmelsen som en del af en samlet forfatning“, at:

*„Grundlovsfortolkning har en anden karakter end gængs lovfortolkning. Grundloven er summarisk, og den enkelte bestemmelse er derfor en del af en større helhed, der ikke finder fuldt udtryk, og den får derfor ikke mening uden at blive set i en større helhed. Forfatningsbestemmelsen må fortolkes som en del af denne helhed. Ofte er denne helhed ikke beskrevet i grundloven, og det er fortolkerens opgave at konstruere denne helhed.*³⁷³

Zahle fokuserer her på nødvendigheden af at anlægge en bredere fortolkning af navnlig Grundlovens rettighedsbestemmelser, fordi rettighedernes ordlyd er korte udtryk for en større helhed og bagvedliggende principper. Standpunktet synes dog at indebære en mere generel tilslutning til princippet om forfatningens enhed.

For så vidt synes standpunktet ikke i fuld harmoni med den opfattelse, Zahle giver udtryk for i sin lærebog om dansk forfatningsret. Her afviser han, at et princip om forfatningens enhed kan anvendes på Grundloven, fordi den som følge af flere revisioner er sammensat af bestemmelser fra forskellige tidsaldre:

*„Man kan således ikke ved fortolkningen af den danske grundlov gå ud fra et princip om en „forfatningens enhed“, som kan praktiseres i tilfælde, hvor en forfatningstekst er konciperet ud fra en samlet systematisk opfattelse af det politiske systems opbygning (...). Den enkelte bestemmelse må forstås blandt andet på grundlag af, fra hvilket historisk „lag“ den stammer.*³⁷⁴

Zahles her angivne opfattelse må anfægtes som udtryk for en regelorienteret forfatningsforståelse, hvor den historiske baggrund tillægges

372. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStrl 1963, side 77. Jf. Hesse, 1995, side 27.

373. Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 376f.

374. Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 1, 1995, side 66.

central betydning for fortolkningen (noget Zahle ellers generelt er skeptisk over for). Grundloven er nok et produkt af 1849-Grundloven og tre efterfølgende revisioner over en 100 årig periode. Enhver revision efterlader dog principielt Grundloven som et nyt, samlet hele. Derfor må Grundloven i fortolkningsmæssig henseende betragtes som en normativ enhed.

I BVerfGs praksis har princippet om forfatningens enhed haft afgørende betydning for forfatnings- og grundrettighedsfortolkningen.³⁷⁵ Forfatningens enhed – som en “freiheitliche demokratische Grundordnung” – er BVerfGs ledende fortolkningsprincip og indebærer, at forfatningen betragtes som en enhed såvel systematisk som materielt.

BVerfG formulerede princippet allerede i sin første dom fra 1951 (BVerfGE 1, 14 (32)). Domstolen understregede den organiske forbundethed, som eksisterer mellem forfatningens bestemmelser indbyrdes og mellem den skrevne forfatningsret og uskrevne forfatningsprincipper:

„Eine einzelne Verfassungsbestimmung kann nicht isoliert betrachtet und allein aus sich heraus ausgelegt werden. Sie steht in einem Sinnzusammenhang mit den übrigen Vorschriften der Verfassung, die eine innere Einheit darstellt. Aus dem Gesamthalt der Verfassung ergeben sich gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze und Grundentscheidungen, denen die einzelnen Verfassungsbestimmungen untergeordnet sind (...). Jede Verfassungsbestimmung muß so ausgelegt werden, daß sie mit jenen elementaren Verfassungsgrundsätzen und Grundentscheidungen des Verfassungsgebers vereinbar ist.“

BVerfG fastslog i en afgørelse fra 1965 (BVerfGE 19, 206 (220)), at princippet om forfatningens enhed er det vigtigste fortolkningsprincip. Det er selve forfatningens væsen at skabe én retsorden som ramme for det politiske liv og samfundslivet:

„Vornehmstes Interpretationsprinzip ist die Einheit der Verfassung als eines logisch-teleologischen Sinngebildung, weil das Wesen der Verfassung darin besteht, eine einheitliche Ordnung des politischen und gesellschaftlichen Lebens der staatlichen Gemeinschaft zu sein.“

375. Se Herzog, EuGRZ 1990, side 484; Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1651 og 1742ff.

For BVerfGs grundretlighedsfortolkning indebærer princippet om forfatningens normative enhed for det første, at ordlyden af enkeltbestemmelser fortolkes i lyset af bagvedliggende – til dels uskrevne – forfatningsprincipper, at tilsyneladende „huller“ i rettighedsbeskyttelsen om muligt lukkes gennem ekspansiv fortolkning eller anerkendelse af uskrevne retsprincipper og, at absolut formulerede grundrettigheder undergives visse (uskrevne) begrænsninger.³⁷⁶ For det andet danner princippet baggrund for afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen over for modstående hensyn ud fra et princip om indbyrdes balance – “praktisk konkordans” (herom nedenfor afsnit 3.2).

I BVerfGs grundretlighedspraksis realiseres målsætningen om forfatningens enhed ved en problemorienteret fortolkning, som i vekslende grad inddrager de forskellige – liberale, socialstatslige, demokratisk-funktionelle og institutionelle – rettighedsteorier, som har fundet udtryk i forfatningen.³⁷⁷

Også i *EMDs praksis* anvendes et princip, som reelt svarer til princippet om forfatningens enhed. EMD betragter EMRK som en slags fælleseuropæisk demokratisk rettighedskatalog. EMD har således gentagne gange fastslået, 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.“*³⁷⁸

Dette princip danner baggrunden for, at EMD i visse tilfælde har anerkendt rettigheder, som ikke direkte kan udledes af EMRK, men som anses for „forudsat“ heri.³⁷⁹ Ligesom BVerfG tilstræber EMD endvidere en “fair balance” mellem modstående hensyn.

I *dansk retspraksis* er et fortolkningsprincip om forfatningens enhed ikke udtrykkeligt formuleret. Dele af retspraksis kan dog formentlig ses som en udmøntning af et sådant princip. Det gælder f.eks. domstolenes formålsorienterede bortfortolkning af den kunstige sondring i Grl § 77

376. Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1652.

377. Se nærmere Böckenförde, *Grundrechtstheorie* ..., NJW 1974, side 1529ff; Kommers, 1997, side 49.

378. Se f.eks. *Soering* EMD 161 (1989), pr. 87. Jf. *Kjeldsen* EMD 23 (1976), pr. 53.

379. Se nærmere ovenfor kapitel 5, afsnit 2.5.

mellem forudgående og efterfølgende begrænsninger i ytringsfriheden, hvorved også visse begrænsninger i den formelle ytringsfrihed anerkendes. Et andet eksempel er dommen i „Berning-sagen“ (UfR 1925.277 H), hvor kravet om klar lovhjemmel for frihedsberøvelse blev fastslået som en generel grundsætning, også uden for de tilfælde, som var omfattet af ordlyden i Grl § 78.³⁸⁰

3.2 Princippet om „praktisk konkordans“ – balance mellem indbyrdes modstridende principper

Princippet om „praktisk konkordans“ er nøje forbundet med princippet om forfatningens enhed. Efter princippet om praktisk konkordans skal grundrettighedsfortolkningen sikre en forholdsmæssig balance mellem hensynet til grundrettighedsbeskyttelsen og kolliderende forfatningshensyn – være sig almene samfundshensyn eller hensynet til beskyttelse af andres rettigheder. Princippet har således navnlig betydning ved fastlæggelse af grundrettighedsbeskyttelsens grænser.

Princippet om praktisk konkordans er blevet almindeligt anerkendt i tysk teori, hvor det udledes af princippet om forfatningens enhed.³⁸¹ Konrad Hesse – ophavsmanden til begrebet “praktisk konkordans” – formulerer princippet således:

*„Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: **beiden** Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirklichkeit gelangen können. Die Grenzziehungen müssen daher im jeweiligen konkreten Falle verhältnismäßig sein; sie dürfen nicht weiter gehen als es notwendig ist, um die Konkordanz beider Rechtsgüter herzustellen.“*³⁸²

Forholdsmæssighedsgrundsætningen er en udmøntning af princippet om praktisk konkordans. Forholdsmæssighedskravet indebærer, at et grundrettighedsindgreb skal være egnet og nødvendigt, samt afspejle et rimeligt forhold mellem mål og midler.³⁸³

380. Se nærmere ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.3 (Grl § 77) henholdsvis 2.6.4 (“Berning-sagen”).

381. Jf. Stern Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1743; Hesse, 1995, side 27; Kommers, 1997, side 45f. Derimod er der ikke enighed om princippet konkrete udmøntning i forskellige kollisionsstilfælde. Se nærmere nedenfor kapitel 8 om grundrettighedsbeskyttelsens grænser.

382. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, side 28.

383. Se nærmere nedenfor kapitel 8, afsnit 3.

Kravet om balance mellem rettigheder og samfundshensyn. Princippet om praktisk konkordans indebærer, at alle relevante forfatningsretlige hensyn i videst muligt omfang skal tilgodeses gennem en gensidig, forholdsmæssig udligning. Det er derfor ikke foreneligt med dette princip, at der ved afvejningen mellem grundrettighedshensyn og almene samfundshensyn opereres med enten en “statsvenlig” formodning for forfatningsmæssigheden af grundrettighedsindgreb eller en “individvenlig” forhåndsformodning for indgrebets forfatningsstridighed (in dubio pro libertate).³⁸⁴ Efter princippet om praktisk konkordans er målet i alle tilfælde alene at nå til et materielt “rigtigt” resultat ved en konkret og generelt ligeværdig afvejning af de involverede hensyn.³⁸⁵

Ingen forhåndsformodning til fordel for samfundshensyn (“statsvenlig teori”). Efter en „statsvenlig“ opfattelse indebærer proportionalitetskravet – i overensstemmelse med den klassiske forståelse – alene, at grundrettighedsindgrebet ikke ud fra lovens formål og i lyset af de modstående grundretlige hensyn må være (åbenbart) uforholdsmæssigt. Forholdsmæssighedskravet kræver således ikke en optimal afbalancering af de involverede hensyn, men blot (negativt), at indgrebet ikke er ude af proportioner.³⁸⁶ Denne teori giver samfundshensynet en forhåndsforrang for rettighedshensynet.

Denne indgrebsvenlige teori, hvorefter kun et åbenbart misforhold mellem mål og midler fører til krænkelse, truer med at tømme rettighederne for reelt indhold. Et indgreb, som anses for egnet og nødvendigt til at opnå et legitimt forfatningsretligt formål, vil ikke ofte kunne hævdes at stå i åbenbart misforhold til sit formål.

Ingen forhåndsformodning til fordel for rettighedshensyn (“individvenlig teori”). Efter grundsætningen om in dubio pro libertate tilkendes rettighedshensynet en forhåndsprioritet ved afvejningen over for samfundshensyn. Der pålægges en særlig argumentationsbyrde på den, som vil gribe ind i individets rettigheder. Efter en moderat udgave af denne teori

384. Jf. bl.a. Ehmke, 1963, side 86f. Stern, Staatsrecht, Band III/2, side 829, 1653 og 1740f, finder ikke blot “in dubio pro libertate” normativt forkert – i strid med det øverste princip om forfatningens enhed – men også uegnet som grundlag for konkret stillingtagen til grundrettighedsbegrænsninger i enkelttilfælde.

385. Tilsvarende Ehmke, 1963, side 86f; Hesse, 1995, side 28.

386. Således Böckenförde, *Grundrechte als Grundsatznormen*, Der Staat 1990, side 20f og 29 med note 110; Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, AöR 1973, side 575f.

gives hensynet til individets rettighed forrang, hvor grundene taler lige stærkt for rettighed og samfundshensyn, eller hvor der er tvivl om, hvilken der vejer tungest.³⁸⁷ Rettighedens forhåndsprioritet kan dog også antages at være så stærk, at modstående hensyn kun i ekstraordinære tilfælde kan retfærdiggøre begrænsninger. Dworkin er fortalende for en sådan stærk rettighedsteori, idet han i vidt omfang anser rettigheder som “trumfer” i forhold til almene samfundshensyn.

Ifølge Dworkin ville en afvejning over for samfundshensyn tømme rettighedsbegrebet for indhold. Rettigheden må i kollision med samfundshensyn tillægges en særlig værdi (forhåndsprioritet).³⁸⁸ Rettigheder er “trumfer” med en sådan vægt, at kun samfundshensyn af betydelig vægt kan begrænse dem. Det er ikke tilstrækkeligt, at samfundshensynet ud fra en helhedsbetragtning vejer tungere end individets ret. Samfundshensyn må i vidt omfang tilsidesættes til fordel for en sikring af individets rettigheder. Rettighedsbegrænsninger begrundet i samfundshensyn kan kun komme på tale *“when some compelling reason is presented, some reason that is consistent with the suppositions on which the original right must be based ... [det er tilfældet hvis] ... the cost to society would ... be of a degree far beyond the cost paid to grant the original right, a degree great enough to justify whatever assault on dignity or equality might be involved”*.³⁸⁹

Den “individvenlige teori”, in dubio pro libertate, er – i hvert fald hvis forhåndsprioriteten for rettighedshensynet er stærk – ikke normativt acceptabel og heller ikke i overensstemmelse med vesteuropæisk forfatningskultur og -praksis. Imod en reel forhåndsprioritet for rettighedshensynet taler navnlig det argument, at grundrettigheder og generelle samfundshensyn i vidt omfang tjener samme overordnede formål: Alle menneskers frihed og velfærd. Også samfundshensyn varetager individers interesser – omend ofte mere generelt, uden direkte tilknytning til bestemte individers subjektive interesser.³⁹⁰ I standpunktet ligger således

387. Grundrettighedernes (svage) forhåndsprioritet er ifølge Alexy et naturligt resultat af en rationel diskurs. Princippet “in dubio pro libertate” anses af Alexy for konstitutivt for rettighedsideen – det udtrykker selve rettighedsideens kerne: Respekten for individet som individ. Se Alexy, *Individual Rights* ... , 1992, side 178f; Alexy, *Rights* ..., Ratio Juris 1992, side 150f.

388. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, side 92.

389. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, side 200.

390. Jf. Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum*, 1992, side 102f. Se nærmere om spørgsmålet nedenfor kapitel 8, afsnit 3.2.3.

også en erkendelse af det dilemma, at staten på én gang er den potentielt største grundrettighedskrænker og samtidig en forudsætning for reel sikring og beskyttelse af disse rettigheder.³⁹¹

I *BVerfGs praksis* spiller princippet om praktisk konkordans en central rolle ved afgrænsningen af grundrettighedsbeskyttelsen over for modstående hensyn. Princippet om praktisk konkordans fandt udtryk allerede i BVerfGs tidligste praksis. Således udtalte BVerfGE i en afgørelse fra 1953 (BVerfGE 3, 225 (231)):

„Zwar ist jedes Gericht nicht nur zur Interpretation der einzelnen Verfassungsbestimmung berufen, sondern auch dazu, Verfassungsvorschriften, die einander zu widersprechen scheinen, miteinander in Einklang zu setzen soweit dies mit den Mitteln der Auslegung möglich ist.“

I overensstemmelse med princippet om praktisk konkordans har BVerfG siden „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (404f)) anerkendt forholdsmæssighedsgrundsætningen som generel forfatningsretlig målestok for grundrettighedsindgreb. Ved grundrettighedskollisioner i privatretlige tvister stilles et tilsvarende krav om udfindelse af en rimelig balance, jf. allerede „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (209)). BVerfG synes ikke (længere) at tillægge grundsætningen om in dubio pro libertate selvstændig betydning ved den konkrete afgrænsning af rettighedsbeskyttelsen. I nyere praksis henvises ikke til princippet. Grundsætningen om forholdsmæssig balance er blevet den herskende målestok.³⁹²

Også i *EMDs praksis* er kravet om rettighedsindgrebets proportionalitet og princippet om afbalancering af kolliderende beskyttelseshensyn centrale grundsætninger.³⁹³ Formålet med disse principper er at finde en “fair balance” mellem hensynet til rettighedsbeskyttelsen og modstående samfunds- og individhensyn.³⁹⁴ EMD opererer dog tillige ofte med en vis formodning for individets frihed – in dubio pro libertate.

391. Jf. Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 92: “Aus diesem Dilemma vermag nur eine subtile und differenzierte Abwägung zwischen grundrechtlichem Schutzbereich und Grundrechtsbegrenzungen herauszuführen”.

392. Se nærmere nedenfor kapitel 8, afsnit 3.2.4.

393. Se generelt van Dijk og van Hoof, 1998, side 80ff.

394. Jf. f.eks. Soering, EMD 161 (1989), pr. 89.

Princippets værdi er dog begrænset, hvor rettighedshensyn kolliderer indbyrdes.³⁹⁵

I *dansk retspraksis* har princippet om praktisk konkordans ligeledes fundet udtryk i den konkrete afbalancering og det forholdsmæssighedskrav, som domstolene anlægger ved vurderingen af indgreb i Grundlovens og EMRKs rettigheder. Domstolenes afbalancering af modstående rettighedshensyn ses ikke mindst i retspraksis om afgrænsning af ytrings- og mediefriheden over for hensynet til personbeskyttelsen, hvor domstolene nu konsekvent foretager en konkret afvejning.³⁹⁶ En klar anvendelse af forholdsmæssighedskravet på Grundlovens rettigheder er “Rockerdommen” fra 1999 (UfR 1999.1798 H) om indgreb over for forsamlingsfriheden efter GrL § 79.³⁹⁷

Spørgsmålet om den nærmere betydning af princippet om praktisk konkordans for metode og materiel målestok ved afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen gøres til genstand for mere indgående behandling nedenfor i kapitel 8.

3.3 Princippet om „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“

Efter princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse skal grundrettigheder fortolkes således, at de fremstår som reelle og tidssvarende retsgarantier for mindretallet og det enkelte individ.

Efter dette princip skal grundrettigheder for det første så vidt muligt fortolkes som retlige garantier og ikke blot politiske programerklæringer. For det andet – og frem for alt – skal grundrettigheder fortolkes og håndhæves således, at individet sikres en reel og effektiv beskyttelse i overensstemmelse med rettighedens formål.³⁹⁸

I dele af tysk grundrettighedsteori udledes af princippet en generel formodningsregel til fordel for individets frihed og retsbeskyttelse – *in dubio pro libertate*.³⁹⁹

En generel grundsætning om *in dubio pro libertate* er imidlertid for unuanceret og i visse henseender for vidtgående. Der bør navnlig sondres

395. Jf. Bernhardt, *Human rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights*, 1994, side 306f.

396. Se ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.1 og nedenfor kapitel 8, afsnit 2.4.

397. Se nærmere om dommen ovenfor kapitel 5, afsnit 4.4.2.2. og nedenfor kapitel 8, afsnit 3.2.4.

398. Jf. Ehmke, 1963, side 87f; Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 1652f; Hesse, 1995, side 29.

399. Se omtalen af teorien hos Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 1653.

mellem grundsætningens anvendelse ved vurderingen af, hvorvidt det konkrete tilfælde er omfattet af grundrettighedens beskyttelsesområde (hvilke personer, livsområder og handlinger er omfattet?) henholdsvis, hvorvidt rettighedshensynet i givet fald skal slå igennem i den konkrete afvejning over for modstående hensyn (formodning for rettigheden?).

Princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse tilsiger, at grundrettigheder ikke generelt fortolkes restriktivt. Tværtimod bør grundrettigheder efter dette princip i tvivlstilfælde gives en udvidende fortolkning, for så vidt angår rettighedens beskyttelsesområde (hvilke personer, livsområder og handlinger er omfattet), ligesom en bevismæssig uklarhed om rettighedens anvendelighed i et konkret tilfælde bør afgøres til fordel for rettigheden. I denne forstand kan princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse begrunde en grundsætning om *in dubio pro libertate*.

Princippet om en effektiv grundrettighedsbeskyttelse kan derimod ikke – i konkurrence med principperne om “forfatningens enhed” og “praktisk konkordans” – begrunde en generel prioritet for rettighedshensynet i den konkrete afvejning over for samfundshensyn. En formålsorienteret – og undertiden udvidende – fortolkning af rettighedens beskyttelsesområde indebærer ikke i sig selv, at rettighedshensynet dermed generelt eller typisk slår igennem over for modstående forfatningshensyn eller, at der i alle tilfælde gælder en formodning for individets frihed, hvor modstående samfundshensyn gør sig gældende. Den konkrete afvejning må efter princippet om praktisk konkordans tilstræbe en ligeværdig balance mellem rettighedshensyn og samfundshensyn.⁴⁰⁰

I *BVerfGs praksis* har princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse („Grundrechtseffektivität“) spillet en afgørende rolle. BVerfG udtalte i en afgørelse fra 1957 (BVerfGE 6, 55 (72)) – med henvisning til Thoma – at man i grundrettighedsfortolkningen må

*„... derjenigen Auslegung der Vorzug geben, „die die juristische Wirkungskraft der betreffenden Norm am stärksten entfaltet“.*⁴⁰¹

Med udgangspunkt heri har BVerfG siden den ledende „Lüth-dom“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (207ff)) fastslået, at grundrettigheder må forstås

400. Jf. ovenfor afsnit 3.2.

401. Se også “Abort-dom I” fra 1975 (BVerfGE 39, 1 (38)).

som objektive grundsætninger, der „stråler ud“ i hele retssystemet, herunder privatretten. Denne doktrin har ført til anerkendelse af statens positive pligt til at beskytte grundrettighederne og grundrettighedernes relevans i privatretlige forhold (middelbar Drittwirkung).⁴⁰²

Endvidere har princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse dannet udgangspunkt for, at BVerfG generelt har fortolket grundrettighedernes beskyttelsesområde ekspansivt på grundlag af en formålsorienteret og dynamisk fortolkningsstrategi.

En ekspansiv fortolkning ses navnlig med hensyn til den tyske grundlovs artikel 2 om personlighedsbeskyttelse, som BVerfG forstår som en generel grundsætning om individets handlefrihed, og artikel 3(1) om lighed for loven, som BVerfG udlægger som en materiel lighedsgrundsætning.

Derimod synes BVerfG ikke (længere) at tillægge grundsætningen om in dubio pro libertate selvstændig betydning ved den konkrete afgrænsning af rettighedsbeskyttelsens grænser. I ældre praksis henviste BVerfG i enkelte tilfælde til „*einer grundsätzlichen Freiheitsvermutung*“.⁴⁰³ I nyere praksis henvises ikke hertil. Grundsætningen om forholdsmæssighed er blevet den herskende målestok.

Også i *EMDs praksis* har et tilsvarende fortolkningsprincip om en effektiv rettighedsbeskyttelse haft afgørende betydning. EMRKs formål er at sikre en effektiv beskyttelse af individets rettigheder. Konventionens formål kræver ifølge EMD, at rettighederne fortolkes, så retsgarantierne bliver reelle og effektive.⁴⁰⁴

EMD udtalte om nødvendigheden af en ekspansiv, formålsorienteret fortolkning af EMRK allerede i *Wemhoff-dommen* fra 1968 (EMD 7, pr. 8):

„Given that it is a law-making treaty, it is also necessary to seek the interpretation that is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty, not that which would restrict to the greatest possible degree the obligations undertaken by the Parties.“

402. Jf. herom nærmere nedenfor kapitel 7, afsnit 1.2.

403. Således i „*Elfes-dommen*“ fra 1957 (BVerfGE 6, 32 (42)).

404. Se også Bernhardt, 1994, side 306; Harris m.fl., 1995, side 15; van Dijk og van Hoof, 1998, side 74ff.

EMD har i senere retspraksis nærmere præciseret dette standpunkt. I Soering-dommen fra 1989 (EMD 161, pr. 87) udtalte domstolen således:

„In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (...). Thus, 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.“

Derfor er udgangspunktet for EMD ikke en restriktiv fortolkning af rettighederne, men en formålsfortolkning, der sikrer individet reel beskyttelse. Dette fører ofte til en ekspansiv udlægning af rettighedernes beskyttelsesområde. Princippet om en effektiv retsbeskyttelse danner ligeledes baggrund for EMDs anerkendelse af positive forpligtelser for medlemsstaterne til at sikre individets rettigheder.⁴⁰⁵

EMD har også fastslået en grundsætning om in dubio pro libertate, hvorefter rettighedernes rækkevidde fortolkes til fordel for individets retsstilling, mens begrænsninger i rettighederne fortolkes indskrænkende.⁴⁰⁶

I dansk retspraksis synes et princip om effektiv grundrettighedsbeskyttelse – især i ældre retspraksis – ikke at være fremherskende. Tværtimod synes den gennemgående tendens tidligere at have været et princip om effektiv beskyttelse af samfundshensyn.⁴⁰⁷

Der er dog også en række afgørelser – navnlig i nyere retspraksis – som klart afspejler et princip om effektiv grundrettighedsbeskyttelse. Det gælder flere nyere afgørelser vedrørende den personlige frihed efter Grl § 71. I UfR 1992.356 Ø fandt landsretten ikke tilstrækkeligt klart grundlag i loven om tvangsindlæggelse i psykiatrien for at udelukke en strafafsoner, som var blevet tvangsindlagt til psykiatrisk behandling, fra at få prøvet spørgsmålet ved domstolene efter Grl § 71, stk. 6. I UfR 1994.192 V kom den tvivl, der var opstået om, hvorvidt en psykiatrisk indlæggelse var frivillig eller ej – patienten mente sig tvangsindlagt, myndigheden at

405. Se herom nedenfor kapitel 7, afsnit 2.3.

406. Se f.eks. *Wemhoff* EMD 7 (1968), pr. 8; *Klass* EMD 28 (1978), pr. 42; *Observer og Guardian* EMD 216 (1991), pr. 59.

407. Jf. Rehof, *På sporet af pragmatismen i dansk retspleje*, 1991, side 44. Se illustrerende eksempler fra ældre retspraksis ovenfor i kapitel 5, afsnit 2.6.2.

indlæggelsen var sket frivilligt – patienten til gode og sagen blev realitetsprøvet efter Grl § 71, stk. 6. I UfR 1994.734 V fandt landsretten ikke, at en summarisk fremstilling for dommeren uden egentlig prøvelse af anholdelsesgrundlaget opfyldte kravet i Grl § 71, stk. 3 om at blive stillet for en dommer inden for 24 timer.⁴⁰⁸

De to førstnævnte afgørelser afspejler et grundsyn, hvorefter man ved fortolkningsmæssig eller bevismæssig uklarhed om rettighedens anvendelighed lader tvivlen komme rettighedshensynet (individet) til gode. For så vidt er in dubio pro libertate levende i dansk rettighedspraksis. Derimod er der ikke grundlag for at antage, at rettighedshensynet i kollision med almene samfundshensyn generelt nyder en forrang i overensstemmelse med den klassiske forståelse af in dubio pro libertate.

3.4 Princippet om „europæisk konvergens“ – inter/transnational harmoni

Princippet, som kan kaldes „europæisk konvergens“, indebærer, at den nationale grundrettighedsfortolkning bør tilstræbe at konvergere eller harmonere med europæisk rettighedsforståelse, som denne kommer til udtryk navnlig i EMDs fortolkning af EMRK og i nationale europæiske (forfatnings)domstoles rettighedspraksis.

Princippet kan for så vidt angår forholdet til EMRK/EMD begrundes i den folkeretlige forpligtelse til at respektere EMRK og EMDs praksis – som styrkes ved EMRKs prestige som Europas „Bill of Rights“ *in spe*. Nationale domstole bestræber sig allerede af denne grund på – så vidt muligt – at undgå at blive underkendt ved EMD.

Princippets videre rækkevidde i forhold til såvel EMRK/EMD som transnational europæisk grundrettighedspraksis er mere ideelt begrundet. Grundrettigheder er forankret i uskrevne retfærdighedsforestillinger, som udspringer af europæisk idéhistorie, og som siden 1945 – ikke mindst gennem EMDs praksis – har medført en ekspansiv rettighedsudvikling og en stigende indbyrdes harmonisering mellem de nationale europæiske retssystemer. Denne udvikling peger i retning af en fælleseuropæisk rettighedsstandard. Den rettighedsbeskyttelse, som udvikles i et samspil mellem EMD og de nationale forfatningsdomstole, præges af et fællesskab om værdier og principper for rettighedsbeskyttelse og -kontrol. Dette fortolkningsfællesskab overvinder i vidt omfang tekstuelle forskelle mel-

408. Jf. også ovenfor i kapitel 5, afsnit 2.6.3.

lem de forskellige grundrettighedssystemer indbyrdes. Bag de skrevne rettighedsbestemmelser findes fælleseuropæiske principper og generelle retsgrundsætninger. Også derfor påvirkes nationale domstoles grundrettighedsfortolkning i stigende omfang af andre (forfatnings) domstoles og internationale domstoles rettighedspraksis.⁴⁰⁹

Et princip om „europæisk konvergens“ har særligt stærke grunde for sig set fra et dansk perspektiv. Det er netop den europæiske rettighedsudvikling, som i disse år skaber opbrud i dansk forfatningsretlig fortolknings- og magtfordelingstradition.⁴¹⁰ Rettighederne i Grundloven er kortfattede og til dels forældede. De savner substans. EMDs praksis og grundrettighedspraksis fra andre nationale (forfatnings)domstole tilbyder sig som inspirationskilde for en udfyldende og tidssvarende fortolkning af Grundloven. Vægten af transnational grundrettighedspraksis er dernæst særlig stor for et lille land som Danmark, hvis politiske og forfatningsretlige udvikling historisk har været tæt knyttet til udviklingen i de store europæiske lande.

I *BVerfGs praksis* har princippet fundet udtryk i en anerkendelse af, at EMRK og EMDs praksis skal inddrages ved fortolkningen af de tyske grundrettigheder, såfremt dette kan indebære en bedre beskyttelse af individet. I den ledende afgørelse fra 1987 (BVerfGE 74, 358 (370)) fastslog BVerfG:

*„Bei der Auslegung des Grundgesetzes sind nach Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention **in Betracht zu ziehen**, sofern dies nicht zu einer Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (...). Deshalb dient auch insoweit die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte **als Auslegungshilfe** für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes.“* (mine udhævninger).

Forfatningsdommer Mahrenholz har udlagt dommens principielle betydning således, at BVerfG reelt anerkender EMRK som en slags „anden forfatning“:

409. Se nærmere ovenfor kapitel 2, afsnit 2.5. og 2.6 og kapitel 5, afsnit 4.

410. Jf. ovenfor kapitel 2.

„Im Grunde hat das Bundesverfassungsgericht damit in der Auslegung der Grundrechte den Rangunterschied zwischen den Grundrechten kraft Grundgesetzes und den im Range unter diesen Grundrechten stehenden Menschenrechten der Europäischen Menschenrechtskonvention dort aufgehoben, wo trotz im Einzelnen unterschiedlicher Textgehalt identische Grundrechte und Freiheitssicherungen in beiden Kodifikationen verbürgt sind.“⁴¹¹

I Højesteretts praksis har et lignende syn på navnlig EMRK – og til dels udenlandsk forfatningsret – haft betydning ved formuleringen af uskrevne grundrettigheder.

I sagen om „Børre Knudsen“ fra 1983 (Rt 1983.1004 (1017)) rejstes spørgsmålet om en uskreven forfatningsgrundsætning vedrørende retten til liv. Knudsen påberåbte sig til støtte herfor bl.a. EMRK artikel 2 som et udtryk for Grunnlovens „ånd og principper“. Førstevoterende fastslog, at uskrevne forfatningsprincipper kan stille større krav til lovgiver end internationale menneskerettighedskonventioner, men at

„både konvensjonen (EMK) og lovgivningspraksis i andre land innenfor vår kulturkrets må tillegges betydning som uttrykk for hvilket spillerom det er naturlig at lovgiveren har på dette felt.“

Også i dansk retspraksis synes et princip om „europæisk konvergens“ i stigende grad at få betydning for grundlovsfortolkningen.

Det ses navnlig i Højesterets „Maastricht-dom“ fra 1998 (UfR 1998.800 H), hvis indhold og præmisser klart er påvirket af BVerfGs „Maastricht-dom“ fra 1993, samt i Højesterets „Rocker-dom“ fra 1999 (UfR 1999.1798 H), hvor Grl § 79 reelt blev fortolket i overensstemmelse med EMRK artikel 11.⁴¹²

3.5 Princippet om „funktional balance“ – magtbalance mellem domstole og lovgiver

Princippet om „funktional balance“ indebærer, at domstolene i deres grundretlighedsfortolkning skal respektere den forfatningsretlige kompetencefordeling – navnlig balancen mellem domstolene og lovgivnings-

411. Mahrenholz, *Verfassungsinterpretation aus praktischer Sicht*, 1990, side 59. Se tilsvarende Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher Schutz ...*, EuGRZ 1994, side 31f.

412. Jf. nærmere ovenfor kapitel 5, afsnit 4.4.

magten. Parlamentet har et umiddelbart demokratisk mandat. Domstolene må efter princippet om funktionel balance tage hensyn til, at de ikke altid er legitimeret eller egnet til at foretage en tilbundsgående efterprøvelse af loves grundrettighedsmæssighed. Hensynet til den funktionelle balance antages således at tilsige et omfang af „judicial self-restraint“ fra domstolenes side.

Dette princip har haft stor betydning i BVerfGs praksis.⁴¹³ I dansk retspraksis må en overvægtning af princippet om funktionel balance antages at være en væsentlig årsag til den ofte restriktive fortolkning af Grundlovens rettigheder.

Princippet om funktionel balance kunne principielt betragtes som et materielt-strukturelt fortolkningsprincip på linje med de foran omtalte. Enhver grundrettighedsfortolkning ved domstolene har potentielle konsekvenser for kompetencefordelingen mellem domstolene og lovgivningsmagten. Således har ethvert forfatningsretligt fortolkningsprincip såvel materialretlig som funktionelretlig betydning. Det gælder ikke mindst spørgsmålet om anerkendelse af en doktrin om „fortrinsstillede rettigheder“, hvorefter visse rettigheder er så centrale, at de skal nyde en særlig stærk beskyttelse, også i forhold til lovgivningsmagten.⁴¹⁴

Som tidligere omtalt⁴¹⁵ udskilles spørgsmålet om den funktionelle balance imidlertid i denne afhandling til selvstændig behandling nedenfor i Del III om domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningsmagten.

4. Sammenfattende konklusion

Navnlig når der anlægges en mere bred og selvstændig – formålsorienteret og dynamisk – fortolkningsstrategi, får fortolkerens materielle grundforestillinger om grundrettighedernes karakter og funktion i forfatningen (forforståelse) afgørende betydning. For at sikre en sammenhængende og konsistent fortolkningslære er det derfor afgørende, at fortolkerens bagvedliggende grundforestillinger struktureres og rationaliseres gennem formulering af nogle generelle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper, som skal være retningsgivende for såvel den ab-

413. Se f.eks. Ehmke, 1963, side 73ff; Hesse, 1995, side 28 og 242f.

414. Jf. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStrl 1963, side 73.

415. Jf. ovenfor kapitel 1, afsnit 4.

strakte fortolkning som den konkrete, retsskabende udmøntning af den formålsoverrettede og dynamiske strategi.

I kapitlet opstilles fem overordnede materielle-strukturelle fortolkningsprincipper ud fra overvejelser om grundrettighedernes særlige karakter, funktion og udspring, samt inspireret af navnlig BVerfGs og (til dels) EMDs rettighedspraksis:

- princippet om „forfatningens enhed“, som indebærer, at grundrettigheder altid skal fortolkes i lyset af forfatningen som helhed og af den uskrevne forfatningsret,
- princippet om „praktisk konkordans“ – balance mellem indbyrdes modstridende principper – som indebærer, at der ved konkurrence mellem grundrettigheder og modstående hensyn skal sikres en forholdsmæssig balance, uden forhåndsprioritet for hverken rettighedshensynet eller modstående samfundshensyn,
- princippet om „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“, som indebærer, at grundretlighedsfortolkningen skal sikre grundrettighederne et reelt og praktisk indhold; derfor er der grund til ved tvivl om en grundrettigheds anvendelighed eller om bevismæssige spørgsmål at lade tvivlen komme individet til gode,
- princippet om „europæisk konvergens“ – inter/transnational harmoni – som indebærer, at grundretlighedsfortolkning i vidt omfang bør orienteres efter en fælleseuropæisk standard, hvorfor navnlig EMDs praksis, men i stigende omfang også andre nationale domstoles grundretlighedspraksis, får stor vægt i fortolkningen,
- princippet om „funktionel balance“ – magtbalance mellem domstole og lovgiver – som tilsiger, at domstolene i grundrettighedskontrollen med lovgiver skal respektere den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver, herunder lovgivers demokratiske mandat (princippet behandles nærmere i Del III).

Disse overordnede materielle-strukturelle fortolkningsprincipper kan begrundes principielt ud fra grundrettighedernes normative karakter, forfatningsretlige funktion, samt udspring og aktuelle forankring i en fælleseuropæisk kontekst. Hertil kommer, at principperne, som ovenfor illustreret, er levende i europæisk grundretlighedspraksis.

De opstillede fortolkningsprincipper synes derfor egnet som et generelt fundament for grundretlighedsfortolkning og som et udgangspunkt

for at strukturere den grundretlige argumentation i mere principielle baner og dermed sikre en konsistent praksis.

Princippet om „forfatningens enhed“ er det bærende princip, som i vidt omfang danner baggrund for de øvrige fortolkningsprincipper, og i forhold til hvilket disse principper må forstås og harmoniseres indbyrdes. I harmoniseringen af de overordnede principper ligger muligheden for udkrystallisering af mere konkrete fortolkningsprincipper.

Således kolliderer eksempelvis princippet om „praktisk konkordans“ (balance mellem modstående hensyn) og princippet om „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“ tilsyneladende på spørgsmålet, om der bør gælde en formodningsregel til fordel for rettighedshensynet i kollision med almene samfundshensyn – in dubio pro libertate. Som ovenfor beskrevet kan begge principper imidlertid tilgodeses derved, at formodningen for individets rettighed i tvivlstilfælde medfører en udvidende fortolkning af rettighedens beskyttelsesområde, mens rettighedshensynet derimod ikke tilkendes en generel forrang i den konkrete afvejning over for modstående samfundshensyn.

Som fremstillingen viser, danner disse fortolkningsprincipper imidlertid ikke én samlet og modsætningsfri fortolkningsteori. Der kan opstå kollisioner mellem principperne indbyrdes, som ikke lader sig løse på det generelle plan.

Eksempelvis kan princippet om „europæisk konvergens“ (inter/transnational harmoni) kolliderer med princippet om „funktionel balance“ (magtbalance mellem domstolene og lovgivningsmagten), såfremt EMDs praksis og/eller udenlandsk forfatningspraksis tilsiger en fortolkning af nationale grundrettigheder, som afgørende er i strid med den nationale forfatnings forudsætninger og tradition vedrørende kompetencefordelingen mellem domstolene og lovgivningsmagten.

Disse principper er endvidere alene generelle retningslinjer for grundrettighedsfortolkningen. Principperne fører ikke af sig selv til konkrete fortolkningsresultater. Det resterende „rationalitetshul“ i den konkrete grundretlige argumentation er – som følge af fortolkningens orientering mod løsning af en konkret sag – uundgåeligt og kan i sidste ende kun udfyldes derved, at den konkrete grundretlige afgørelse gives en åben og udførlig normativ begrundelse (se herom nedenfor kapitel 9).

Grundrettigheder som generelle retsprincipper

– *statens beskyttelsespligt og grundrettigheder som fortolkningsprincipper*

Efter klassisk forståelse retter grundrettighederne sig i første række mod indgreb fra lovgivers side og sætter dermed *grænser for lovgivningsmagten*. Princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse tilsiger imidlertid, at navnlig frihedsrettighederne, som har karakter af fundamentale principper, tillige anerkendes som *generelle retsprincipper*.

I så fald har staten en pligt til aktivt at fremme og beskytte disse rettigheder. Lovgiver har navnlig pligt til at beskytte individets frihed mod indgreb fra tredjemand, og en forsømmelse heraf kan indebære en krænkelse af individets grundrettigheder. Domstolene og andre retsansvarende myndigheder skal inddrage grundrettighederne som principper i fortolkningen af såvel offentligretlige som privatretlige regler. Herved får grundrettigheder også betydning i retsforhold mellem private (såkaldt „Drittwirkung“).

Disse retsvirkninger af grundrettighederne som generelle retsprincipper har stor – og stigende – betydning. I et moderne demokrati vil lovgiver ikke ofte bringe sig på konfrontationskurs med frihedsrettighederne. Det har større reel betydning, at domstolene, forvaltningen og til dels også private skal lade sig lede af disse principper.

I dansk ret fungerer Grundlovens og EMRKs rettigheder allerede i et vist – og stadig større – omfang som generelle principper for lovfortolkningen og for forvaltningens skønsudøvelse. Grundlaget for og den potentielle rækkevidde af denne doktrin er dog ikke i samme grad som i tysk forfatningsret gjort til genstand for principielle overvejelser.

I det følgende skitseres det principielle grundlag for at anerkende grundrettigheder som generelle retsprincipper (*afsnit 1*). Derefter undersøges konsekvenserne af at anerkende grundrettigheder som generelle retsprincipper: Statsmagtens positive pligt til at beskytte grundrettig-

hederne, navnlig mod indgreb fra tredjemand (*afsnit 2*) og grundrettighedernes „udstråling“ som generelle fortolkningsprincipper i den offentlige ret og privatretten (*afsnit 3*). Endelig gives en sammenfattende konklusion (*afsnit 4*).

1. Grundrettigheder som generelle retsprincipper

Anerkendelse af grundrettigheder som (tillige) generelle, positive retsprincipper har udgangspunkt i princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse og indebærer, at grundrettigheder ikke alene sætter grænser for lovgivningsmagtens kompetence, men tillige betragtes som fundamentale målsætninger om reel frihed for individet, som statsmagten så vidt muligt skal realisere gennem sin lovgivning og retsanvendelse.

1.1 Frihedsrettigheder – retlig eller faktisk frihed?

Efter klassisk liberal retsstatsopfattelse er frihedsrettighederne subjektive afværgerettigheder. Frihedsrettighederne skal sikre individet, at statsmagten – herunder navnlig lovgivningsmagten – ikke griber ind i individets frihed (*status negativus*).⁴¹⁶

Efter en mere moderne, materiel retsstatsopfattelse er frihedsrettighederne udtryk for principper eller værdier, som statsmagten aktivt skal beskytte og fremme. Det er ikke tilstrækkeligt, at statsmagten selv respekterer frihedsrettighederne. Afgørende er, at disse værdier faktisk tilsikres individet. Staten skal derfor også beskytte individets rettigheder mod indgreb fra andre private. For individet bliver frihedsrettighederne derfor statusrettigheder. Individet har krav på, at statsmagten så vidt muligt sikrer det en status af reel frihed i overensstemmelse med det frihedsretlige princip, uanset om truslen mod denne frihed udgår fra det offentlige eller fra private (*status positivus*).⁴¹⁷

Den tanke, at frihedsrettighederne på én gang er individuelle retsgarantier imod statsmagtens indgreb og positive retsprincipper, som statsmagten skal beskytte, beror idéhistorisk på en sammentænkning af grundrettigheder som menneskeretlig idé og som forfatningsidé. Hvor ideen om frihedsrettigheder som værn

416. Jf. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, 1992, side 154.

417. Se Böckenförde, *Grundrechte und Grundsatznormen*, Der Staat 1990, side 4ff; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 79; Starck, 1994, side 38 og 64ff; Hesse, 1995, side 127ff.

mod statsmagten har rødder i gammel menneskeretlig filosofi, udspringer ideen om grundrettigheder som positive retsprincipper af oplysningstidens forfatningsfilosofi, hvor grundrettigheder oprindeligt ansås som grundsætninger for staten. Denne forfatningsidé ser staten som en fredsstiftende retsorden, hvis legitimitet beror på dens evne til at sikre borgernes liv og sikkerhed. Statsmagten er således kun legitim, hvis borgernes frihedsrettigheder ikke gøres til genstand for overgreb fra statsmagts side, og statsmagten samtidig beskytter borgernes liv og frihed mod indgreb fra tredjemand.⁴¹⁸

1.2 Grundrettigheder som generelle retsprincipper i tysk forfatningsret

I tysk forfatningsret anerkendes grundrettighederne som generelle retsprincipper. Doktrinen herom er skabt af BVerfG. Den ledende dom – og vel overhovedet BVerfGs mest skelsættende afgørelse – er „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (204f)).⁴¹⁹

I dommen fastslog BVerfG, at frihedsrettighederne i første række er individuelle garantier mod indgreb fra statsmagten; men for at sikre en effektiv grundrettighedsbeskyttelse må grundrettigheder tillige anses som generelle retsgrundsætninger⁴²⁰, som er retningsgivende både for lovgivningsmagten, forvaltningen og domstolene:

*„die Grundrechte [sind] in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des Einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat. Ebenso richtig ist aber daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine **prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft** der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertsystem (...) muß als **verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts** gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflußt es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden.“* (mine udhævninger).

418. Jf. Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW 1989, side 1635ff; Isensee, 1992, side 162f; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, navnlig side 68f, 75 og 80; Grimm, 1994, side 276.

419. Bag „Lüth-dommens“ præmisser lå grundige overvejelser i BVerfG – dommen var 7 år undervejs!

420. Doktrinen teoretiske udspring skal navnlig søges i Rudolf Smends „Integrationslehre“ (Verfassung und Verfassungsrecht, 1927, side 45ff). Se Gusy, 1985, side 58; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 47ff.

BVerfG har siden ofte understreget, at frihedsrettighedernes funktion som individuelle afværgerettigheder fortsat er det centrale, og at anerkendelsen af grundrettigheder som generelle retsprincipper ikke grundlæggende ændrer rettighedernes karakter, men alene styrker deres effektive virkeliggørelse.⁴²¹

BVerfGs principielle anerkendelse af grundrettighederne som generelle retsgrundsætninger brød med den traditionelle opfattelse i tysk teori og var en overgang heftigt debatteret.⁴²² Den helt overvejende del af nyere tysk teori anerkender imidlertid principielt BVerfGs doktrin.⁴²³ Dog har den respekterede statsretsjurist og daværende forfatningsdommer Böckenförde i en artikel fra 1990 fremsat en principiel kritik af hele doktrinen, som han mener udvander grundrettighedsbegrebet.⁴²⁴

Böckenförde søger at påvise, at doktrinen nok giver grundrettighederne en mere vidtgående retlig betydning, men samtidig medfører en udvanding af det oprindelige grundrettighedsbegreb, fordi frihedsrettigheder herefter kan kollidere indbyrdes, også i sager mellem private. Dermed afløses traditionel fortolkning af afvejning, for hvilken der ikke findes retlige målestokke, og som derfor får karakter af rene rimelighedsvurderinger. Grundrettighedsdogmatikken står derfor ved en korsvej uden gyldne middeveje: Enten fastholdes doktrinen om grundrettigheder som generelle principper for hele retssystemet med potentiel relevans på alle retsområder og i alle sagstyper. Eller man går tilbage til en traditionel grundrettighedsforståelse, hvorefter – med mindre der er udtrykkelig hjemmel for andet – grundrettighedernes betydning er begrænset til at være en frihedsretlig ramme om statsmagtens kompetence. Böckenförde foretrækker det sidste.

421. Se f.eks. "Medbestemmelses-dommen" fra 1979 (BVerfGE 50, 290 (337)).

422. Se Alexy, 1986, side 134f (denne debat var domineret af Smend (fortaler) og Forsthoft (modstander)).

423. Se bl.a. Heun, 1992, side 56ff; Isensee, 1992, side 187f; Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1652 og 1729; Hesse, 1995, side 155ff; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 23f; En del af teorien mener imidlertid, at BVerfG har ført de praktiske konsekvenser af en ellers rigtig grundtanke for vidt. Centralt i denne kritik står dog et kompetencefordelingsaspekt, som ikke er relevant for Danmark, og som derfor ikke skal forfølges nærmere: BVerfGs kompetence til at efterprøve de almindelige domstoles afgørelser. Mange kritiserer, at BVerfGs praksis har medført, at (snart sagt) enhver retstvist kan gøres til et grundrettighedsproblem og som sådan kan indbringes for BVerfG. Hermed bliver BVerfG reelt en fjerdeinstans. Se bl.a. Isensee, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, JZ 1996, side 1087ff.

424. Böckenförde, *Grundrechte und Grundsatznormen*, Der Staat 1990, side 1–31.

Doktrinen om grundrettigheder som generelle retsprincipper har haft vidtrækkende konsekvenser for grundrettighedernes betydning i tysk ret (se nedenfor afsnit 2 og 3).

1.3 Konsekvenser af grundrettigheder som generelle retsprincipper

Anerkendelse af grundrettigheder som generelle retsprincipper giver navnlig frihedsrettighederne en helt ny dimension, som har vidtrækkende konsekvenser for disse rettigheders retsvirkninger og generelle gennemslag i retssystemet.

Når grundrettigheder anerkendes som generelle retsprincipper, har statsmagten en pligt til at fremme og beskytte individets grundrettigheder. Dette indebærer navnlig:

- at statsmagten – herunder lovgivningsmagten – har en vis pligt til at beskytte individets frihed mod indgreb fra tredjemand, og at en forsummelse af denne beskyttelsespligt kan indebære en krænkelse af individets grundrettigheder (afsnit 2),
- at domstolene og andre retsanvendende myndigheder derfor skal inddrage grundrettighederne som principper ved fortolkningen af såvel offentligretlige som privatretlige regler. Sidstnævnte indebærer, at grundrettigheder får betydning i retsforhold mellem private – såkaldt „Drittwirkung“ (afsnit 3).

2. Statens pligt til at beskytte individets grundrettigheder

Når grundrettigheder anerkendes som generelle retsgrundsætninger, kan der af frihedsrettighederne følge positive pligter for staten til at sikre individets frihed. Frihedsrettigheden kræver da af staten ikke alene ikke-indgriben, men også aktiv handlen. Doktrinen om statens beskyttelsespligt er anerkendt i en næsten enig tysk teori.⁴²⁵

Beskyttelsespligten kan indebære en pligt til at beskytte individets frihed mod indgreb fra andre private, en pligt til at regulere retsområdet på en måde, der beforder udøvelse af individets frihed, eller endog en

425. Jf. Alexy, 1986, side 413f; Isensee, 1992, side 185 (med yderligere henvisninger). Isensee, 1992, anfører side 207 – som repræsentant for den herskende opfattelse – at: *“Die Rechtsfigur der Schutzpflicht (...) hat die legitime Aufgabe, Lücken des Grundrechtsschutzes zu schliessen, die das Abwehrrecht offenläßt.”*

pligt til at stille de ressourcer til rådighed, som er en faktisk betingelse for udøvelse af individets frihed.

BVerfG antog i „Spiegel-dommen“ fra 1966 (BVerfGE 20, 162 (175f)) obiter dictum, at den tyske grundlovs artikel 5(1) om ytrings- og informationsfrihed i særlige tilfælde, hvor monopoldannelser truer med at eliminere et frit og pluralistisk presseudbud, kan indebære en pligt for staten til positivt at sikre en fri og alsidig presse.

EMD har af EMRK udledt visse positive pligter for staten. Af artikel 8 om retten til respekt for privat- og familieliv har EMD bl.a. udledt en ret til officiel anerkendelse af kønsskifte (*Rees* EMD 106 (1986)) og ret til familiesammenføring (*Abdulaziz* EMD 94 (1985)). EMD har af 1. tillægsprotokol, artikel 3 om staternes pligt til at afholde parlamentsvalg, som sikrer folkets frie meningstilkendegivelse, udledt en ret til at stemme og til at opstille til valg (*Mathieu-Mohin og Clerfayt* EMD 113 (1987)). EMD har også antaget, at retten til en „fair trial“ efter artikel 6 i visse tilfælde forudsætter en ret til fri proces (*Airey* EMD 32 (1979)).

I dansk ret antages, at Grl § 79 indebærer en pligt for offentlige myndigheder til positivt at bidrage til at virkeliggøre forsamlingsfriheden gennem politimæssig bistand, omdirigering af færdslen osv.⁴²⁶

2.1. Statens pligt til at beskytte individet mod indgreb fra private

I det følgende fokuseres på statens og de øvrige offentlige myndigheters pligt til at beskytte individets grundretlige frihed mod indgreb, som udgår fra andre private. Det er denne beskyttelsespligt, som medfører grundrettighedernes såkaldt middelbare „Drittwirkung“.

Hvor statsmagten i gamle dage udgjorde den mest potente trussel mod individets frihed, har private institutioner, organisationer og erhvervsforetagender i det moderne samfund opnået en sådan størrelse og styrke, at de på mange vigtige livsområder indtager en position i forhold til individet, som kan sammenlignes med offentlige myndigheters. På denne baggrund har statens pligt til aktivt at beskytte grundrettighederne stor og stigende betydning for individets frihed.⁴²⁷

Statens beskyttelsespligt vil ofte kunne opfyldes gennem *normative handlinger* (retligt værn gennem lovgivning og anden regulering), men kan også

426. Se Germer, Statsforfatningsret, 1995, side 289f; Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 122f.

427. Jf. Isensee, 1992, side 187; Starck, 1994, side 36ff og 45; Hesse, 1995, side 155; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 23f. Se også Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 31.

i visse tilfælde indebære en pligt til *faktiske handlinger* (fysisk politibeskyttelse mv.).⁴²⁸ Statens pligt til at beskytte et individs rettigheder mod indgreb fra tredjemand kan nødvendiggøre begrænsninger i tredjemands frihedsrettigheder. Beskyttelsespligtens omfang vil da bero på en afvejning over for den indgribende parts rettigheder. I praksis indgår beskyttelsespligten derfor ofte ved vurderingen af, om et indgreb i individets frihed er forholdsmæssigt under hensyn til beskyttelsen af andres frihed.⁴²⁹

For lovgivningsmagten indebærer beskyttelsespligten en positiv pligt til at sikre individets frihed. Lovgiver skal søge at forhindre indgreb i individets frihed, uanset hvorfra de måtte udgå. Lovgiver kan ikke sikre dette fuldstændig, men kan have en forfatningsretlig pligt til at indrette lovgivningen, så den sikrer en mindstandard af beskyttelse for individets frihed („Untermaßverbot“).⁴³⁰

I princippet vil statens beskyttelsespligt kunne være så konkret, at den kan danne grundlag for en individuel rettighed, som individet kan påberåbe sig ved domstolene. Dette kan være en ret for individet til de positive normative eller faktiske handlinger fra statens side, som er nødvendige for at beskytte individets frihed mod indgreb fra tredjemand. Eksistensen af en individuel beskyttelsesrettighed afhænger dog af, om pligten er tilstrækkelig præcis til at kunne håndhæves ved domstolene. Grundrettigheden giver et direktiv om beskyttelse, men bestemmer typisk ikke, hvordan beskyttelsen skal sikres. Beskyttelsespligten skal i første række realiseres gennem lovgivning. Som regel vil statens beskyttelsespligt kunne opfyldes på flere måder. Dette valg må efter kompetencefordelingsprincipper overlades til lovgiver. Individet har derfor nok krav på, at lovgiver beskytter dets grundretlige frihed, men kan normalt ikke ved domstolene påberåbe sig et forfatningsretligt krav om en bestemt beskyttelse.⁴³¹

Beskyttelsespligten retter sig alene mod retsstridige indgreb i individets rettigheder, som udgår fra andre private. En del af individets frihed (autonomi) består i gennem aftale frivilligt at kunne begrænse denne frihed. En grundretlig beskyttelsespligt skal ikke afskære individet herfra.

428. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 410.

429. Jf. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht ...*, 1992, side 189. Se også nedenfor kapitel 8, afsnit 3.2.3.

430. Se Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht ...*, 1992, side 190f.

431. Jf. Alexy, 1986, side 420ff; Isensee, 1992, side 225f og 239f; Hesse, 1995, side 156. Nærmere om domstolenes håndhævelse af beskyttelsespligten over for lovgivningsmagten nedenfor kapitel 12, afsnit 5.

Det har derfor betydning for omfanget af statens beskyttelsespligt, hvorvidt individet selv har mulighed for at forhindre indgreb i sin frihed fra andre private. Jo mindre fri individet er til at indgå i ligeværdige aftaleforhold med den tredjemand, hvorfra faren udgår, desto vigtigere bliver statens beskyttelsespligt.⁴³² Derfor får statens beskyttelsespligt en særlig styrke i relationer mellem private individer på den ene side og magtfulde interesseorganisationer eller erhvervsforetagender på den anden.⁴³³

2.2 Beskyttelsespligten i BVerfGs praksis

BVerfG har fastslået, at staten har pligt til at beskytte individets grundretlige frihed, herunder navnlig værne individets frihed mod indgreb fra private. Grundlaget for BVerfGs anerkendelse af beskyttelsespligten er i første række forståelsen af grundrettigheder som generelle retsprincipper.⁴³⁴ Principielt gælder beskyttelsespligten derfor for alle grundrettigheder. Pligten til beskyttelse af individets liv og fysiske integritet har dog domineret i BVerfGs praksis.

Den ledende dom om beskyttelsespligten er „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1 (41ff)). BVerfG fastslog her, at staten efter den tyske grundlovs artikel 1(1) om menneskets værdighed har pligt til at beskytte det ufødte barns liv imod moderens indgreb (abort):

„Die Schutzpflicht des Staates ist umfassend. Sie verbietet nicht nur – selbstverständlich – unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren. An diesem Gebot haben sich die einzelnen Bereiche der Rechtsordnung, je nach ihrer besonderen Aufgabenstellung, auszurichten“ (side 42).

BVerfG har ligeledes i en række afgørelser fastslået, at staten efter personlighedsretten i den tyske grundlovs artikel 2 i et vist omfang har pligt til at beskytte individets liv og sundhed mod farer, som udgår fra A-kraftværker, støjgener m.v.

Se om pligt til beskyttelse mod farer som følge af A-kraft – „Kalkar-dom I“ fra 1978 (BVerfGE 49, 89 (142)), „Mülheim-Kärlich“ dommen fra 1979

432. Jf. Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW 1989, side 1636.

433. Jf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, side 159.

434. Se nærmere Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht ...*, 1992, side 185ff og 198.

(BVerfGE 53, 30 (57)), „Oplagrings-dommen“ fra 1988 (BVerfGE 77, 381 (420ff)) og „Kalkar-dom II“ fra 1990 (BVerfGE 81, 310 (339)); mod sundhedsfare fra støjgener – „Flystøj-dommen“ fra 1981 (BVerfGE 56, 54 (73ff)) og „Trafikstøj-dommen“ fra 1988 (BVerfGE 79, 174 (201f)); mod farer fra trafikken – „Kraftfartøjs-dommen“ fra 1975 (BVerfGE 40, 196 (22)).

Efter BVerfGs praksis varierer beskyttelsespligtens omfang afhængig af rettighedens karakter og karakteren af den private trussel mod rettigheden.⁴³⁵ Jo mere fundamental rettigheden er, og jo mere intensivt private handlinger truer denne rettighed, desto mere omfattende er statens beskyttelsespligt. BVerfG udtalte allerede i den ledende „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1 (42)):

„Die Schutzverpflichtung des Staates muß um so ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen ist.“

I „Kalkar-dom I“ fra 1978 (BVerfGE 49, 89 (142)) udtalte BVerfG, at eksistensen og omfanget af lovgivers beskyttelsespligt beror på en samlet vurdering af sagens og rettighedens karakter:

„Ob, wann und mit welchem Inhalt eine solche Ausgestaltung von Verfassungs wegen gebietet, hängt von der Art, der Nähe und dem Ausmaß möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts sowie von den schon vorhandenen Regelungen ab.“

BVerfG har principielt anerkendt, at individet kan have rettigheder i forhold til lovgivningsmagten som følge af statens beskyttelsespligt og har derfor i nogle tilfælde anerkendt forfatningsklager over lovgivers passivitet.⁴³⁶ Lovgivningsmagten har dog et vidt spillerum, og en konkret krænkelse af beskyttelsespligten vil BVerfG typisk kun statuere i tilfælde, hvor den berørte rettighed har fundamental karakter, og hvor den fare, som truer fra tredjemand, er alvorlig.⁴³⁷

435. Jf. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht ...*, 1992, side 220.

436. Se f.eks. „Flystøj-dommen“ fra 1981 (BVerfGE 56, 54 (70)) og dommen om „Kemiske våben“ fra 1987 (BVerfGE 77, 170 (214f)). Se også Alexy, 1986, side 413; Starck, 1994, side 72.

437. Jf. også Kriele, *Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung*, NJW 1976, side 782.

I „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1) fastslog BVerfG således, at lovgivningsmagten med loven om fri abort havde krænket fostrets ret til liv, og at lovgiver – da ingen andre midler ansås effektive – efter forfatningen havde pligt til at fastsætte straffebestemmelser for at hindre ulovlige aborter.⁴³⁸

2.3 Beskyttelsespligten i EMDs praksis

EMD har ligeledes anerkendt, at EMRK i et vist omfang pålægger staten en positiv pligt til at beskytte rettighederne mod privates indgreb.⁴³⁹

Efter EMRK artikel 1 skal staterne „sikre“ konventionens rettigheder. Skønt EMRK primært sikrer de traditionelle frihedsrettigheder, har EMD – ud fra en dynamisk formålsfortolkning i lyset af princippet om rettighedsbeskyttelsens effektivitet – fastslået, at nogle rettigheder pålægger staten en positiv pligt til at beskytte individets rettigheder. Individet kan indklage staten for EMD, hvis beskyttelsespligten ikke opfyldes.

Ledende er Marckx-dommen fra 1979 (EMD 31, pr. 31), hvor EMD fastslog, at retten til respekt for familielivet efter artikel 8 i første række forbyder statslige indgreb, men „*in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective „respect“ for family life.*“ EMD fastslog en krænkelse af artikel 8, fordi den belgiske stat havde forsømt gennem lovgivning at sikre og anerkende båndene mellem moderen og et „uægte“ barn. Bemærk i øvrigt, at den principielle Marckx-dom blev afsagt fire år efter BVerfGs ledende afgørelse om statens beskyttelsespligt – „Abort-dom I“.

EMD har dog – som BVerfG – understreget, at forbudet mod indgreb fra offentlige myndigheder fortsat udgør frihedsrettighedernes kerne.⁴⁴⁰

EMD har på en række områder fastslået positive pligter for staten til at beskytte individets rettigheder mod indgreb fra private og i flere tilfælde

438. To dommere – Rupp-von Brünneck og Simon – afgav en skarp og berømt dissens, hvori de beskyldte flertallet for at overskride BVerfGs kompetence i forhold til lovgivningsmagten (BVerfGE 39, 1 (68ff)).

439. Se generelt herom bl.a. Rehof og Trier, *Menneskeret*, 1990, side 132f; Einersen og Trier, *TfR* 1991, side 580f; Lorenzen m.fl., 1994, side 18f; Harris m.fl., 1995, side 19f; van Dijk og van Hoof, 1998, side 22f.

440. Se f.eks. *Gustafsson*, EMDs nye domsserie 1996 II, nr. 9, pr. 45.

fundet, at staten krænkede sin beskyttelsespligt. Som i BVerfGs praksis har beskyttelsespligten navnlig haft betydning med hensyn til de fundamentale personlige og politiske rettigheder.

EMD har af foreningsfriheden i artikel 11 udledt en pligt for staten til at beskytte fagforeningsfriheden på det private arbejdsmarked (negativ foreningsfrihed).

Ledende er *Young, James and Webster* (EMD 44 (1981)), hvor EMD holdt den britiske stat ansvarlig for, at klagerne af British Rail var blevet afskediget i henhold til eksklusivaftale, fordi de ikke var medlem af en bestemt fagforening, hvilket EMD anså for stridende mod artikel 11 om foreningsfriheden. EMD fandt det unødvendigt at tage stilling til, hvorvidt British Rail var et statsselskab eller et privat selskab. Afgørende var, at britisk lovgivning muliggjorde en sådan afskedigelse i strid med konventionen. Afgørelsen var således baseret på en positiv pligt for staten til gennem lovgivning at beskytte arbejdstagere mod private eksklusivaftaler. Se fra nyere retspraksis også *Gustafsson* (EMDs nye domsserie 1996 II, nr. 9).

EMD har af retten til respekt for privatliv efter artikel 8 udledt en pligt for staten til at stille effektive retsmidler til rådighed for personer, der udsættes for forbrydelser.

I sagen *X & Y v. Netherlands* (EMD 91 (1985)) blev staten holdt ansvarlig, fordi straffelovgivningen ikke gav en mentalt handicappet kvinde mulighed for at retsforfølge personer, som havde udsat hende for et seksuelt overgreb. Dette var en krænkelse af kvindens rettigheder efter artikel 8 om respekt for privatlivet.

På grundlag af forsamlingsfriheden i artikel 11 har EMD fastslået en vis pligt for staten til at beskytte demonstrationer mod indgreb fra andre (moddemonstrationer).

I Plattform "*Ärtzte für das Leben*" (EMD 139 (1988)) fastslog EMD, at staten har pligt til at træffe rimelige foranstaltninger til beskyttelse af demonstrationer mod indgreb fra andre private i en sag, hvor en demonstration blev mødt af en moddemonstration. Denne forpligtelse fandtes at være efterlevet i sagen.

Af artikel 8 om respekt for privatlivet har EMD bl.a. udledt en pligt for staten til at beskytte individet mod sundhedsfarlig forurening fra virksomheder.

I *López-Ostra* (EMD 303 (1994)) fastslog EMD, at myndighedernes undladelse af at gribe ind over for langvarig og kraftig forurening fra en privat virksomhed udgjorde en krænkelse af artikel 8 i forhold til de nærboende. De nærboende måtte til sidst evakueres som følge af sundhedsfaren.

EMD har af artikel 3 om forbud mod tortur og umenneskelig eller nedværdigende behandling udledt en pligt for staten til at beskytte børn mod mishandling fra forældre.

I *A v. United Kingdom* (EMDs nye domsserie 1998 VI, nr. 90) fastslog EMD, at staten var ansvarlig for ikke at have truffet tilstrækkelige foranstaltninger for at forhindre revselse af børn. I sagen havde en stedfar over en længere periode gentagne gange slået sit barn – blandt andet med et boldtræ.

EMRK forpligter alene de kontraherende stater og kan derfor ikke danne grundlag for klager til EMD over privates indgreb. EMDs anerkendelse af statens pligt til at beskytte individet mod indgreb fra private indebærer imidlertid, at EMRK i national ret kan få retsvirkninger mellem private. Forpligtelsen efter EMRK retter sig mod alle statens organer. Hvor den nationale lovgivning ikke harmonerer med EMDs praksis, kan det være nødvendigt for de nationale domstole at give EMRK direkte retsvirkning mellem private, hvis EMRK skal overholdes⁴⁴¹ (se om *Drittwirkung* afsnit 3.2).

3. Grundrettigheder som fortolkningsprincipper

Det er en naturlig følge af grundrettighedernes karakter af generelle retsprincipper, at ikke bare lovgivningsmagten i sin regulering, men også forvaltningen og domstolene i deres retsanvendelse skal lade sig lede af disse principper. Domstolene og andre retsanvendende myndigheder skal inddrage de grundretlige principper ved fortolkning og udfyldning af retssystemets – offentligretlige såvel som privatretlige – regler. Grundrettighedernes „udstråling“ som fortolkningsprincipper får navnlig betydning, hvor der er tale om brede rammelove eller skønsmæssige retsforskrifter.

441. Jf. Harris m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, side 21, med note 4.

Grundrettighedernes „udstråling“ får i den offentlige ret især betydning som principper for fortolkningen af brede lovregler og for forvaltningens skønsudøvelse (afsnit 3.1).

Grundrettighedernes „udstråling“ får i privatretten betydning som principper for fortolkning og anvendelse af den private retlige lovgivning. Dermed får grundrettighederne også retsvirkninger i privates retsforhold – såkaldt *Drittwirkung* (afsnit 3.2).

3.1 Grundrettigheder som fortolkningsprincipper i den offentlige ret

Når grundrettighederne betragtes som udtryk for generelle retsprincipper, må de inddrages af forvaltningen og domstolene ved fortolkning og udfyldning af de offentligretlige regler. Dette medfører navnlig et skærpet hjemmelskrav ved offentlige myndigheders indgreb i individets frihedsrettigheder og et krav om, at forvaltningen positivt inddrager friheds- og lighedsrettigheder og tillægger disse principper vægt i sin skønsudøvelse.

I *dansk retspraksis* er grundrettighedernes karakter af retsprincipper langt fra altid blevet respekteret. I en række – navnlig ældre – afgørelser er grundrettighederne ikke inddraget ved vurderingen af lovligheden af myndighedshandlinger, selv om der var grund til det.⁴⁴² Der er dog også en række eksempler i – navnlig nyere – retspraksis, hvor grundrettigheden eller et tilsvarende princip er blevet tillagt vægt, især i form af et krav om særlig klar hjemmel, hvor en myndighed griber ind i grundrettigheder.⁴⁴³

Et klart eksempel er „Kaserne-dommen“ (UfR 1977.872 V), hvor „hensynet til ikke unødigt at begrænse adgangen til udbredelse af meninger“ blev tillagt vægt ved landsrettens vurdering af, hvorvidt et forbud udstedt af politiet med hjemmel i politivedtægten mod uddeling af skrifter i en afstand af 100 meter fra kaserner havde hjemmel i politiloven. Landsrettens flertal fandt på denne baggrund – og fordi der var tale om en straffesag – ikke, at politivedtægten på dette punkt havde en tilstrækkelig „sikker hjemmel“.

442. Se eksempler herpå ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.1 og 2.6.2.

443. Se flere eksempler ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.3 og 2.6.4.

Højesteret har endvidere i spørgsmålet om politiske partiers adgang til det da statsmonopoliserede Danmarks Radio forud for folketingsvalg og folkeafstemninger tillagt hensynet til ytringsfriheden vægt.

Højesteret afgørelser i UfR 1960.33 H og 1989.148 H baseres primært på en forvaltningsretlig lighedsgrundsætning og et alsidighedskrav, men Grl § 77 er indgået i vurderingen af, hvad lighedsgrundsætningen her krævede i lyset af den politisk-demokratiske betydning af de politiske partiers adgang til medierne.⁴⁴⁴

I *praksis fra Folketingets Ombudsmand* er grundrettighedernes betydning som generelle retsprincipper mere generelt fastslået. Efter Ombudsmandens praksis er Grundlovens – og i de senere år også EMRKs – rettigheder udtryk for nogle idealer, som skal lede forvaltningen i dens praksis.⁴⁴⁵

På denne baggrund har Ombudsmanden fastslået, at forvaltningen har pligt til at inddrage Grundlovens – og nu også EMRKs – rettigheder i skønsudøvelsen og tillægge disse hensyn særlig vægt. Senest har Ombudsmanden i en udtalelse af 31. maj 1999 (J.nr. 1998-1809-710 CC, side 13) som sin generelle opfattelse anført, at:

„der for områder der er omfattet af grundlovens (og af Den Europæiske Menneskerettighedskonventions) frihedsrettigheder (...) gælder en pligt for forvaltningsmyndighederne til ved udøvelsen af en skønsbeføjelse (positivt) at tage hensyn til borgernes udøvelse af disse friheder og i videst mulig udstrækning undgå at lægge hindringer i vejen for frihederne.“

Således har bl.a. Grl § 77 haft betydning ved spørgsmålet om politiske partiers adgang til Danmarks Radio i forbindelse med valg og folkeafstemninger (f.eks. FOB 1963.15, 77.217, 83.123) og ved spørgsmålet om offentligt ansattes ytringsfrihed (f.eks. FOB 1983.248, 87.237, 92.330 og 95.381). Grl § 67 har haft betydning for spørgsmålet om adgangen til adoption for medlemmer af Jehovas vidner (FOB 88.121).

444. Jf. Torben Jensen, *Politiske udsendelser i Danmarks Radio før valg og folkeafstemninger*, UfR 1989 B, side 129 og 138.

445. Se generelt Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 1994, side 239ff. Om ytringsfrihedens særligt høje prioritet se Gammeltoft-Hansen og Andersen, *Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden*, 1997, side 381ff.

3.2 Grundrettigheders retsvirkning mellem private

– „Drittwirkung“

Grundrettighederne kan have betydning for afgørelse af retstvister mellem private. Dette betegnes almindeligvis – med et tysk begreb – som „Drittwirkung“.⁴⁴⁶

Grundrettighedernes indirekte betydning i retsforhold mellem private følger allerede af grundrettighedernes anerkendelse som generelle retsprincipper – som en refleks af statens pligt til at beskytte disse rettigheder mod indgreb fra andre private. Herefter har domstolene og andre retsansvarende myndigheder pligt til så vidt muligt at fortolke også privatretlige regler i overensstemmelse med grundrettighederne.⁴⁴⁷

Kontroversielt er derimod spørgsmålet, om grundrettighedernes betydning i private retsforhold begrænser sig til en sådan *middelbar Drittwirkung*, eller om grundrettighederne selvstændigt skal lægges til grund ved afgørelsen af privates retsforhold og dermed har *umiddelbar Drittwirkung*.

Sondringen har principiel betydning. Den middelbare Drittwirkung fastholder staten som grundrettighedernes eneste pligtsubjekt, hvorfor en krænkelse af grundrettigheder aldrig kan gøres gældende mod private. Den umiddelbare Drittwirkung gør derimod private individer til pligtsubjekter for grundrettigheder, hvorfor en krænkelse af grundrettigheder kan gøres direkte gældende mod andre private.

Efter læren om *umiddelbar Drittwirkung* kan private individer påberåbe sig grundrettighederne umiddelbart i forhold til andre private.⁴⁴⁸ Individets rettigheder i forhold til andre individer er ikke en refleks af en beskyttelsespligt for staten, men er umiddelbart funderet i grundrettighederne selv. En radikal umiddelbar Drittwirkung medfører, at ikke kun staten, men også borgerne forpligtes umiddelbart af grundrettighederne. Hvis B ikke respekterer As grundretlige frihed, har B krænket As grundrettigheder.⁴⁴⁹

446. „Drittwirkung“ betyder tredjemandsvirkning. Zahle foreslår i stedet – som i engelsk terminologi-begrebet „horizontal virkning“, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 29.

447. Jf. bl.a. Alexy, 1986, side 476 og 490; Klein, NJW 1989, side 1640; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 79; Hesse, 1995, side 158; Classen, *Die Drittwirkung der Grundrechte ...*, AöR 1997, side 68ff.

448. I tysk teori er en doktrin om umiddelbar Drittwirkung navnlig forfægtet af H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht* i Nipperdey (udg.) Festschrift für E. Molitor, 1962, side 17-33 (24).

449. Se også Klein, *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW 1989, side 1639.

Efter læren om *middelbar Drittwirkung* får grundrettighederne indirekte betydning for privatretlige tvister som refleks af statens beskyttelsespligt, idet de privatretlige regler af de retsanvendende myndigheder skal fortolkes i overensstemmelse med grundrettighederne. Den middelbare Drittwirkung har til formål at sikre, at grundrettighedernes så vidt muligt også slår igennem i privatretten. Grundrettighedernes relevans forudsætter en privatretlig regulering og finder sted inden for rammerne af denne. Den middelbare Drittwirkung får således særlig betydning, hvor de relevante privatretlige regler er brede og åbne standarder.⁴⁵⁰ Hvis Bs indgreb i As grundrettigheder ikke kan forhindres gennem fortolkning, foreligger en krænkelse af As grundrettigheder. Men det er da ikke B, som har krænket As grundrettigheder, men lovgivningsmagten, som har forsømt at beskytte As grundrettigheder mod overgreb fra Bs side.⁴⁵¹

Anerkendelse af umiddelbar Drittwirkung indebærer, at grundrettighederne fundamentalt ændrer karakter. Hvor den middelbare Drittwirkung principielt fastholder grundrettighedernes oprindelige funktion som normer vedrørende forholdet individ-stat, gør den umiddelbare Drittwirkung grundrettigheder til bindende normer i forholdet individ-individ. På denne baggrund afviser den overvejende del af tysk teori umiddelbar Drittwirkung, da den er uforenelig med det grundprincip, at grundrettighederne – hvor ikke andet udtrykkeligt følger af forfatningen⁴⁵² – alene forpligter staten.⁴⁵³

I dansk teori har betydningen af Grundlovens rettigheder for privates retsforhold hidtil ikke påkaldt sig større opmærksomhed. En vis Drittwirkung udelukkes dog ikke.⁴⁵⁴ Zahle hælder øjensynlig til at anerkende den middelbare Drittwirkung som udgangspunktet:

„udstrækningen af menneskerettigheder til privatretlige forhold [kan] ikke kategorisk afvises. På den anden side kan den menneskeretlige beskyttelse ikke uden videre drøftelse af de enkelte retsforhold udstrækkes, således at privatretlig lovgivning og

450. Se Classen, *Die Drittwirkung der Grundrechte* ..., AöR 1997, side 71f.

451. Se Alexy, 1986, side 412; Isensee, 1992, side 217, jf. 223; Starck, 1994, side 64f; Classen, 1997, navnlig side 71 og 81.

452. Eksempel på en udtrykkelig hjemmel for direkte Drittwirkung er den tyske grundlovs artikel 9(3) om retten til at danne fagforeninger, hvorefter også private aftaler, som indskrænker dette princip, er ugyldige.

453. Se Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, side 159.

454. Se Thygesen, *EuGRZ* 1978, side 440 (højest middelbar Drittwirkung); Gralla, 1987, side 179ff; Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 3, 1997, side 29ff.

*privatretlige dispositioner uden videre sættes til side med henvisning til menneskeretlig beskyttelse. Der må foretages en nærmere analyse af det enkelte retsområde, til dels også af det enkelte retstilfælde ... (...) Spørgsmålet er således ikke, om menneskerettigheder har betydning for private retsforhold, men **hvorledes** menneskerettigheder har betydning for private retsforhold.*⁴⁵⁵

Statens beskyttelsespligt kan måske være en ledetråd for spørgsmålet om eventuel umiddelbar Drittwirkung. Statens beskyttelsespligt kan slå igenem i privatretlige sager, hvori det offentlige har en interesse – f.eks. sager om ægteskab, faderskab og tvangsfjernelse. Statens beskyttelsespligt må derimod som udgangspunkt respektere individernes privatautonomi – der er ikke behov for at beskytte den frivillige grundrettighedsbegrænsning.⁴⁵⁶ Beskyttelsespligten bliver derfor typisk kun aktuel i aftaler, som på grund af den ene aftaleparts økonomiske styrke, dominans m.v. reelt ikke er et udtryk for en frivillig frihedsbegrænsning fra den anden aftaleparts side.⁴⁵⁷

3.2.1 Drittwirkung i BVerfGs praksis

BVerfGs praksis hviler på anerkendelse af middelbar Drittwirkung. Efter BVerfGs praksis kan alle grundrettigheder, som efter deres indhold er egnet hertil, have afledte retsvirkninger for retsforholdet mellem private.⁴⁵⁸ Privatretlige tvister afgøres efter privatretlige regler, men disse skal fortolkes i lyset af grundrettighederne. Domstolene har pligt til så vidt muligt at fortolke privatretten i overensstemmelse med grundrettighederne. I modsat fald krænker staten individets grundrettigheder.⁴⁵⁹

Den middelbare Drittwirkungs indhold og grænser fremgår af BVerfGs præmisser i den ledende „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (205)):

455. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 32.

456. Se i samme retning Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 32.

457. Jf. navnlig Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 1994, side 529ff. Se også Alexy, 1986, side 412; Klein, NJW 1989, side 1636; Isensee, 1992, side 217, jf. 223. Se endvidere ovenfor afsnit 2 om statens beskyttelsespligt.

458. Jf. Classen, Die Drittwirkung der Grundrechte ..., AöR 1997, side 89ff.

459. Jf. „Lüth“ (BVerfGE 7, 198 (205f)). Se også Alexy, 1986, side 488; Hesse, 1995, side 158.

*„keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu [Grundrettighederne] stehen, jede muß in [Grundrettighedernes] Geiste ausgelegt werden. Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften.“*⁴⁶⁰

„Lüth-dommen“ (BVerfGE 7, 198 (211f)) var selv et klart eksempel på middelbar Drittwirkung, idet ytringsfriheden efter den tyske grundlovs artikel 5 blev inddraget som princip ved fortolkningen af privatretlige regler.

Sagen var af privatretlig karakter. Spørgsmålet var, om Lüth som formand for den private forening „Hamburgs Presseklub“ havde været beføjet til at opfordre til boykot af en film produceret af Harlan. Harlan havde i landsretten fået gennemtrumfet et civilretligt fagedforbud mod Lüths opfordring. Lüth indbragte dette fagedforbud for BVerfG med påstand om, at forbudet krænkede hans ret til menings- og ytringsfrihed efter den tyske grundlovs artikel 5 (1). BVerfG gav Lüth medhold i forfatningsklagen. BVerfG fandt ikke, at det gjorde nogen forskel, om indgrebet i ytringsfriheden i form af et fagedforbud havde privatretligt eller strafferetligt grundlag. Det afgørende var statens – herunder domstolenes – pligt til at beskytte ytringsfriheden.

BVerfG antager således principielt, at det alene er staten, som – gennem lovgivningsmagten og de retsanvendende myndigheder – har pligt til at virkeliggøre grundrettighederne også i privatretlige retsforhold. Grundrettighederne binder ikke private. Det fastslog BVerfG udtrykkeligt i en afgørelse fra 1993 (BVerfGE 89, 1 (8)) om forfatningsbeskyttelse af lejerers rettigheder over for udlejere.

BVerfG har imidlertid i enkelte tilfælde anerkendt, at grundrettighederne – hvor beskyttelseshensynet er tungtvejende og rettighedsindholdet tilstrækkelig konkret – kan føre til afgørelser af privatretlige tvister, som ikke har støtte i den privatretlige lovgivning. Hvor domstolen således, på grundlag af grundrettighederne, selv ”skaber” en regel til udfyldning af de eksisterende privatretlige regler og lægger denne til grund, udviskes sondringen mellem middelbar og umiddelbar Drittwirkung.

460. Dette standpunkt er ofte gentaget i senere retspraksis. Se hertil Classen, AöR 1997, side 65ff (68) som anfører, at BVerfGs praksis ikke mindst er grundlagt under indtryk af Dürigs afhandling om grundrettighedernes middelbare relevans i privatretlige forhold i Festschrift für Nawiasky, 1956, side 157ff.

I den berømte „Prinsesse Soraya-dom“ fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (279ff)) blev grundrettighederne reelt lagt direkte til grund for afgørelsen af en privatretlig tvist.

Et blad havde trykt et opdigtet interview med prinsesse Soraya af Iran. For denne personlighedskrænkelse krævede prinsessen oprejsning gennem et civilretligt erstatningssøgsmål. Den relevante bestemmelse om erstatning i den tyske lov om privatretten (Bürgerliches Gesetzbuch) § 823 indeholdt imidlertid ikke hjemmel til erstatning i sådanne tilfælde af ikke-fysisk krænkelse. Opregningen i § 823 var efter forarbejderne udtømmende. Der var derfor ikke lovhjemmel til at give prinsessen erstatning. BVerfG fandt imidlertid, at hensynet til beskyttelse af personlighedsretten efter den tyske grundlovs artikel 2 krævede tildeling af erstatning i tilfælde af ærekrænkelse og anerkendte derfor, at Prinsesse Soraya var blevet tildelt erstatning uden lovhjemmel under hensyn til princippet i grundloven. Essensen i dommen er, at bladet skulle betale Soraya erstatning for bladets krænkelse af Sorayas grundrettigheder. Konstruktionen er imidlertid den middelbare Drittwirkung. Ugebladet havde ikke krænket Sorayas grundrettigheder, men det ville staten ifølge BVerfG gøre, hvis domstolene på grund af lovens ordlyd havde afvist Sorayas krav om erstatning.

Tyngden af statens beskyttelsespligt spiller en rolle for omfanget af Drittwirkung. BVerfG har fastslået, at beskyttelsespligten i privatretlige aftaleforhold kun omfatter aftaler, der belaster den ene part urimeligt hårdt som følge af et klart og strukturelt ulighedsforhold mellem parterne. Ledende er „Handelsagent-dommen“ fra 1990 (BVerfGE 81, 242 (254ff)) og „Kreditaftale-dommen“ fra 1993 (BVerfGE 89, 214 (232)).

3.2.2 Drittwirkung i dansk retspraksis

I dansk retspraksis er den middelbare Drittwirkung af Grundlovens rettigheder også reelt anerkendt. Det fremgår navnlig af flere afgørelser vedrørende ytringsfriheden.

„Witte-dommen“ (UfR 1980.1037 H) er parallel til BVerfGs føromtalte „Lüth-dom“, idet et privatretligt fagedforbud blev underkendt under hensyn til ytringsfriheden.

Sagen angik lovligheden af et fagedforbud nedlagt mod Wittes satiriske plakater, som på kunstnerisk vis var et kritisk indlæg i debatten om fødevarereproduktionen i landbruget. De Samvirkende Danske Andelsslagterier krævede og fik i landsretten nedlagt fagedforbud mod plakaterne, som kunne

skade deres ry og økonomiske interesser. Fogedforbudet blev underkendt i Højesteret ud fra „*hensynet til den frie meningsudveksling om et sådant væsentligt samfundsanliggende*“. Præmisserne henviser ikke udtrykkeligt til GrL § 77. Bestemmelsen har dog utvivlsomt spillet en stor rolle for afgørelsen af denne privatretlige tvist.⁴⁶¹

Drittwirkung gælder i endnu højere grad med hensyn til EMRK. Her er retsvirkningen ikke begrænset til middelbar Drittwirkung. I indispositive sager mellem private antages EMRK allerede i et vist omfang at have umiddelbar Drittwirkung – f.eks. i sager om tvangsfjernelse af børn, faderskabssager osv. – hvor også samfundet har en interesse i, at sagen afgøres i overensstemmelse med grundrettighederne.⁴⁶²

„Faderskabssagen“ (UfR 1995.249 V) er reelt et eksempel på umiddelbar Drittwirkung. Sagen angik en italiensk mands ret til at få anerkendt faderskab. Sagen var i overensstemmelse med hidtidig praksis blevet afsluttet, da barnets danske mor giftede sig i Danmark. Landsretten anså imidlertid dette for at være i strid med den italienske mands rettigheder efter EMRK artikel 8 og tillod derfor sagen genoptaget.

Mere problematisk er EMRKs mulige umiddelbare Drittwirkung i privatretlige aftaleforhold. Højesterets dom i „Novadan-sagen“ (UfR 1999.1316 H) viser imidlertid – som BVerfGs dom om „Prinsesse Soraya“ – at grænsen mellem middelbar og umiddelbar Drittwirkung skrider, hvor domstolene lægger grundrettighederne (her EMRK) til grund for et resultat, som ikke eller kun med meget god vilje har støtte i loven. Højesterets flertal undgik med sin harmoniserende fortolkning af foreningsfrihedsloven at tage stilling til EMRKs umiddelbare Drittwirkung i aftaleforhold.

Sagen angik den negative fagforeningsfrihed. Sagsøgeren krævede erstatning af virksomheden Novadan for ulovlig opsigelse begrundet i manglende medlemskab af SID. Sagsøgeren blev ansat i Novadan i 1989. Novadan indgik eksclu-

461. Jf. Torben Jensens artikel om dommen, *Ytringsfrihed contra erhvervsinteresser*, UfR 1981 B, side 25ff.

462. Se Lundum, *De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (indirekte Drittwirkung)*, 1997, side 405ff; Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, Lov og Ret, nr. 3 1999, side 10.

sivafale med SID i 1990. Efter eksklusivafalen meldte sagsøgeren sig ind i SID. Da han kom i betalingsrestance, gjorde arbejdsgiveren ham opmærksom på pligten til medlemskab af SID. Sagsøgeren betalte fortsat ikke og blev derfor slettet af SID. På dette grundlag blev han opsagt af Novadan. Efter foreningsfrihedslovens hovedregel i § 2, stk. 1 må en arbejdsgiver ikke afskedige en lønmodtager på grund af manglende fagforeningsmedlemsskab. Efter § 2, stk. 3 gælder dette ikke, såfremt en lønmodtager, der er medlem af en fagforening, efter ansættelsen gøres bekendt med, at medlemskab er en betingelse for fortsat ansættelse i virksomheden. Vestre Landsrets lagde i dom af 2. februar 1998 (4. afd., sag B 1305-96) til grund, at opsigelsen var i overensstemmelse med lovens § 2, stk. 3. Denne bestemmelse antoges imidlertid at være i strid med EMRK artikel 11. Landsretten frifandt alligevel Novadan under henvisning til, at lovgiver burde tage stilling til de vidtrækkende konsekvenser, en tilsidesættelse af loven ville få for det danske arbejdsmarked. Landsretten udtrykte dog forinden tvivl om, hvorvidt EMRK kan tillægges umiddelbar Drittwirkung i dansk ret: „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 stater (direkte Drittwirkung).“ Højesterets ni dommere delte sig i to fløje. Fem dommere fandt det muligt at undgå konflikt mellem dansk ret og EMRK ved at fortolke foreningsfrihedslovens § 2, stk. 3 indskrænkende, så den ikke omfattede sagsøgeren. Herefter var afskedigelsen af sagsøgeren ulovlig allerede efter dansk lovgivning. Flertallet undgik derved det prekære spørgsmål om EMRKs umiddelbare Drittwirkung. At flertallets fortolkning af § 2, stk. 3 afveg fra den hidtidige forståelse ses bl.a. ved, at parterne for Højesteret var enige om, at afskedigelsen var lovlig efter foreningsfrihedsloven og ved, at et mindretal på fire højesteretsdommere, som tiltrådte landsrettens dom, fandt flertallets fortolkning „mindre vel forenelig med ordlyden“ af foreningsfrihedslovens § 2, stk. 3 og „i modstrid“ med lovens forarbejder.

Spørgsmålet om EMRKs umiddelbare Drittwirkung i private aftaleforhold er dermed ikke endeligt afgjort. „Novadan-sagen“ viser, at problemet er reelt. Havde Højesterets flertal ikke „bøjet“ loven, måtte man enten anerkende EMRKs umiddelbare Drittwirkung eller forvente en efterfølgende domfældelse ved EMD. Domstolene er i sådanne sager „lus mellem tre negle“: Domfældelse af Danmark ved EMD skal så vidt muligt undgås; lovgivningsmagts kompetence skal respekteres; hensynet til ikke at pålægge private pligter, fordi lovgiver ikke har levet op til EMRK, skal respekteres. Spørgsmålet vil komme op i fremtidige sager. Forudsætningen i betænkningen til EMRK-loven om, at umiddelbar Drittwirkung ikke vil

give problemer i praksis, da lovgiver antages løbende at tilpasse lovgivningen til EMRKs krav⁴⁶³, holder langt fra i alle tilfælde. Lovgiver kan være bagud med tilpasningen, uopmærksom på ny EMD-praksis, eller domstolene er blot bedre egnet til at foretage en løbende tilpasning.⁴⁶⁴

Statens beskyttelsespligt kan være retningsgivende for spørgsmålet om umiddelbar Drittwirkung. Er beskyttelseshensynet vægtigt og klart, kan umiddelbar Drittwirkung næppe udelukkes i private aftaleforhold.⁴⁶⁵

I sager mellem lønmodtagere og fagforeninger er beskyttelsesbehovet stærkt. I sagen om „Fagforeningskontingentet“ (UfR 1967.46 H) burde Højesteret derfor have grebet ind, såfremt den havde anerkendt en uskreven forfatningsretlig grundsætning om politisk frihed (se om dommen ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4). Også i „Novadan-sagen“ (UfR 1999.1316 H) var beskyttelsesbehovet stærkt, hvilket kunne tale for anerkendelse af umiddelbar Drittwirkung, såfremt problemet ikke lod sig løse ved fortolkning af loven. Højesterets præmisser i den efterfølgende „FDB-sag“ (UfR 1999.1496 H) antyder, at Højesteret – om nødvendigt – vil tillægge EMRK umiddelbar Drittwirkung i sager om fagforeningsfrihed.⁴⁶⁶

4. Sammenfattende konklusion

Grundrettigheder som generelle retsprincipper. Efter traditionel forståelse er frihedsrettighederne individets garantier mod indgreb fra statsmagten. Den moderne rettighedsidé orienterer sig bredere mod realisering af disse retsprincipper i overensstemmelse med princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse. Det er ikke tilstrækkeligt, at statsmagten ikke griber ind i individets grundrettigheder. Statsmagten må også bidrage til reelt at sikre individet nydelsen af disse rettigheder. Dette har stor og stigende betydning i et moderne samfund, hvor private institutioner og organisationer undertiden udgør en lige så stor eller større trussel mod individets frihed som staten.

Statens pligt til at beskytte grundrettighederne. Staten har en positiv pligt til så

463. Se Betænkning 1220, 1991, side 151f.

464. Lundum, *De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ...*, 1997, side 404. Se også bemærkningerne til EMRK-loven, FT 1991/92, tillæg A, sp. 5467f.

465. Jf. vedrørende EMRK, Lundum, *De danske domstoles anvendelse af Den europæiske Menneskerettighedskonvention ...*, 1997, side 409ff.

466. Se om dommen ovenfor kapitel 4, afsnit 4.5.3.

vidt muligt at beskytte og fremme grundrettighederne. Det gælder ikke mindst pligten til at beskytte individet mod indgreb fra andre private og pligten til i retsanvendelsen at inddrage hensynet til rettighedsudøvelsen. Individet kan over for lovgivningsmagten i visse tilfælde have en ret til beskyttelse mod indgreb fra andre. Hvis lovgivningsmagten forsømmer denne pligt, er individets rettigheder krænket. Beskyttelsespligten er navnlig relevant for de fundamentale personlige og politiske rettigheder. Beskyttelsespligten må dog afgrænses over for den private aftalefrihed.

Grundrettigheder som fortolkningsprincipper. De retsanvendende myndigheder skal inddrage og lægge vægt på grundrettighederne – Grundloven og EMRK – som principper ved fortolkning af offentligretlige såvel som privatretlige regler.

I *den offentlige ret* får grundrettighederne for det første betydning ved fortolkning af brede lovbestemmelser (rammelovgivning); i tvivlstilfælde skal vælges den fortolkning, der bedst harmonerer med grundrettighedsprincipperne. For det andet får grundrettighederne betydning for kravene til forvaltningens afgørelser; der må kræves en sikker hjemmel ved grundrettighedsindgreb, og det forvaltningsretlige skøn skal udøves med positiv hensyntagen til og vægtlægning af grundrettighedsprincipperne.

I *privatretten* får grundrettighederne betydning for retsforhold mellem private (Drittwirkung). Som udgangspunkt er retsvirkningen mellem private alene en refleks af de retsanvendende myndigheders pligt til at fortolke privatretten i overensstemmelse med grundrettighederne (middelbar Drittwirkung), mens grundrettighederne ikke direkte kan lægges til grund for afgørelsen af privatretlige forhold (umiddelbar Drittwirkung). Imidlertid er grænsen ikke skarp i praksis. Det kan være tvivlsomt, hvorvidt de eksisterende privatretlige regler lader sig fortolke i overensstemmelse med grundrettighederne. Her har domstolene et spillerum. Ved vurderingen af, hvor langt man kan og bør gå i retning af at lægge grundrettighederne umiddelbart til grund, kan det have betydning, hvor tungtvejende det grundretlige beskyttelseshensyn er, og hvor konkret beskyttelsespligten er. I indispositive sager har staten en selvstændig pligt til at sikre, at retstvister løses i harmoni med grundrettighederne. Der må derimod i dispositive sager tages hensyn til aftalefriheden. Privates aftaler bør ikke reguleres af grundrettigheder, med mindre der består et klart og strukturelt ulige aftaleforhold.

Glidningen fra den middelbare mod den umiddelbare Drittwirkung synes imidlertid uundgåelig – navnlig i lyset af EMRK. Böckenförde har

for så vidt ret i, at det er et enten-eller: enten er grundrettigheder traditionelle garantier, der alene begrænser statsmagtens kompetence, eller også er de generelle principper, der i længden vil gennemsyre alle kroge af retssystemet. Generelle metodiske – og samtidig materielt acceptable – løsninger på Drittwirkungs-problemet synes ikke inden for rækkevidde. Indtil videre må problemerne – som Zahle anfører – derfor i sidste ende løses ud fra de modstående hensyns vægt på det enkelte retsområde og i den enkelte sag.

Grundrettighedsbeskyttelsens grænser

I overensstemmelse med princippet om „forfatningens enhed“ er beskyttelsen af individets grundrettigheder ikke uden grænser. Grundrettigheder anerkendes inden for rammerne af et stats- og samfundsfællesskab og kan derfor – afhængig af deres karakter – kollidere med almene samfundshensyn eller med hensynet til andre individers rettigheder.

Spørgsmålet om grundrettighedsbeskyttelsens grænser betegnes undertiden – og med rette – som grundrettighedsdogmatikkens „*nervepunkt*“.⁴⁶⁷ En almen grundrettighedslære kan dog alene behandle de generelle problemstillinger; fastlæggelse af de enkelte grundrettigheders grænser må ske gennem retsanvendelsen og i speciallitteraturen.

I det følgende redegøres indledningsvis for principteorien – et teoretisk udgangspunkt for stillingtagen til grundrettighedsbegrænsningens metode og målestok, der afspejler princippet om „praktisk konkordans“ og generelt harmonerer med europæisk grundrettighedspraksis (*afsnit 1*). Herefter rejses spørgsmålet om, hvorvidt grundrettighedsbeskyttelsen kan afgrænses abstrakt eller alene ved konkret afvejning (*afsnit 2*). Derefter undersøges de generelle materielle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger (*afsnit 3*). Endelig drages en sammenfattende konklusion (*afsnit 4*).

1. Grundrettighedsbegrænsning som resultat af en principkollision

Grundrettighedernes karakter af principper⁴⁶⁸ har særlig betydning for spørgsmålet om grundrettighedsbeskyttelsens grænser. Principteoriens

467. Jf. Starck, *Das Bundesverfassungsgericht ...*, 1976, side 12; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 92.

468. Ovenfor kapitel 5, afsnit 1, blev en forståelse af grundrettigheder som principper – i en bredere normativ betydning – lagt til grund for diskussionen om fortolkningsstrategi og -metoder.

udgangspunkt er, at de fleste grundrettigheder er principper – eller værdier – som kan kollidere med andre principper. Grundrettighedsbegrænsning betragtes således efter principteorien som resultat af en principkollision. Principteorien giver et udgangspunkt for stillingtagen til grundrettighedsbegrænsningens metode og de materielle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger. Principteorien afspejler principperne om “forfatningens enhed” og “praktisk konkordans”⁴⁶⁹, og dens konsekvenser harmoniserer i vidt omfang med BVerfGs, EMDs og danske domstoles praksis (se nedenfor afsnit 2 og 3).

1.1 Principteoriens sondring mellem „regler“ og „principper“

Principteorien er baseret på en sondring mellem regler og principper.⁴⁷⁰ Efter principteorien er der en grundlæggende forskel på princippers og reglers normative struktur. Regler er absolutte normer, som enten gælder eller ikke gælder. Principper angiver en værdi, som skal realiseres i videst muligt omfang. Principper er optimeringskrav.

I det følgende redegøres for principteorien, som den er formuleret af tyskeren Robert Alexy i værket *Theorie der Grundrechte* fra 1986, ikke mindst inspireret af Ronald Dworkins rettighedsteori i *Taking Rights Seriously* fra 1977.⁴⁷¹ Alexys principteori har fundet ret udbredt anerkendelse i tysk doktrin og er også internationalt anerkendt.⁴⁷² Den følgende redegørelse baseres på en sammentænkning af Alexys og Dworkins fremstillinger⁴⁷³ – med hovedvægten på Alexys mere udførlige analyse.

469. Se herom ovenfor kapitel 6, afsnit 3.1 og 3.2.

470. Denne sondring er nu anerkendt som fundamental inden for dele af rettighedsteorien, omend den også anfægtes. Se Alexy, *Rights ...*, Ratio Juris 1992, side 145, note 2. Se også Alexy, 1986, side 93ff.

471. Alexys sondring mellem “Regeln” und “Prinzipien” svarer i det væsentlige til Dworkins sondring mellem “rules” og “principles” (se Alexy, 1986, side 77, note 27; Alexy, *Individual Rights ...*, 1992, side 166). Dworkin var angiveligt den første, som internationalt lancerede denne sondring i rettighedsteorien. Den var dog forinden kendt i bl.a. tysk privatretlig teori (se Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte*, Der Staat 1990, side 54, note 34). Alexys analyse er mere dybtgående end Dworkins og har i forhold til denne afhandling også det fortrin, at den specielt angår grundrettigheder og er inspireret af BVerfGs praksis.

472. Jf. Lerche, *Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?*, 1997, side 197f.

473. Se Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 71ff; Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, side 22ff.

Regler er definitive – „alt-eller intet“ – normer. En regel er et direktiv, som skal realiseres efter sit indhold, og som dermed umiddelbart begrundet et bestemt resultat. Det berører ikke reglens karakter af regel, at der til reglen knyttes undtagelser. Reglens indhold er da blot begrænset af undtagelsen. Og undtagelsen er da – forudsat at den er obligatorisk – en „regel i reglen“, der ligesom hovedreglen begrundet et resultat. Regler kan principielt ikke kollidere indbyrdes. Enten gælder den ene eller den anden regel. En tilsyneladende regelkonflikt løses efter de velkendte fortolkningsregler om *lex superior*, *lex posterior* og *lex specialis*.

Principper er relative normer med en vis – større eller mindre – „vægt“. Et princip giver alene et argument for et bestemt resultat, men dette argument vil ikke i alle tilfælde være udslagsgivende. Et princip kan nemlig kollidere med et eller flere andre principper. At et princip undertiden må vige for et andet princip, berøver imidlertid ikke princippet dets karakter af retlig norm. Princippet karakter af retlig norm følger deraf, at princippet altid – hvor det er relevant – skal inddrages i den retlige argumentation.

I nogle tilfælde er sondringen mellem regler og principper ikke skarp. En norm kan i formen fremtræde som en regel, men alligevel i substansen have principkarakter, fordi reglen rummer vage forbehold – f.eks. ved ord som „rimelig“ eller „uberettiget“ – der åbner for en afvejning over for modstående hensyn. Omvendt kan visse principper veje så tungt, at de typisk vil slå igennem. Disse forbehold fjerner dog ikke den pointe, at princippet som udgangspunkt alene har en vis vægt, mens reglen er definitiv.⁴⁷⁴

Alexy har videreudviklet Dworkins teori ved at fremhæve som det afgørende kriterium for sondringen mellem regler og principper, at princippet i sin normative struktur har karakter af et *optimeringskrav*.⁴⁷⁵ Princippet indeholder et krav om, at den i princippet indeholdte norm skal realiseres i videst muligt omfang. Grænserne for realisering af et princip sættes ifølge Alexy af de retlige og faktiske muligheder. De retlige grænser for princippet realisering fastlægges i lyset af modsatrettede principper og modstridende regler. Rettigheder baseret på principper er relative rettigheder.⁴⁷⁶

474. Se Alexy, 1986, side 76 (note 25) og 88ff; Dworkin, 1977, side 27f.

475. Alexy fremhæver selv denne forskel til Dworkin i *Individual Rights ...*, 1992, side 166.

476. Jf. Alexy, 1986, side 75ff og 87f. Tilsvarende Herzog, EuGRZ 1990, side 485.

Det karakteristiske for principper i forhold til regler er, at de kan kollidere indbyrdes. Principper har derfor en vis indbyrdes vægt. Principkollisioner kan i grundrettighedsdogmatikken optræde både som kollisioner mellem grundrettigheder indbyrdes og som kollisioner mellem grundrettigheder og almene samfundshensyn.⁴⁷⁷

1.2 Principeorien og den konkrete afvejningsmetode

Ved kollision mellem modstående principper fører princippernes karakter af optimeringskrav til en konkret afvejning som metode ved grundrettighedsbegrænsning.

I principkollisioner er spørgsmålet, hvilket af to – abstrakt set lige-værdige – principper, som har størst vægt i den konkrete sag. Hvor principper kolliderer indbyrdes, må der derfor foretages en afvejning af deres indbyrdes relative vægt. Den indbyrdes vægt kan aldrig bestemmes abstrakt, men kun i det konkrete tilfælde. Princippet er ikke et direktiv, men et argument for et bestemt resultat. Den konkrete afvejning behøver ikke nødvendigvis at ende med, at det ene princip skal realiseres fuldt ud på det andet principps bekostning. Dette følger af, at begge principper efter deres indhold kræver realisering i videst muligt omfang.⁴⁷⁸ Af princippernes karakter af optimeringskrav følger således for alle principkollisioner følgende *afvejningsformel*: Jo mere det ene princip begrænses (ikke realiseres), desto større vægt (normativ betydning) må realiseringen af det andet princip have i den konkrete sag.⁴⁷⁹

1.3 Principeorien og forholdsmæssighedsgrundsætningen

Principeoriens afvejningsformel indebærer som afvejningens målestok et krav om grundrettighedsbegrænsningers forholdsmæssighed. Den anerkendte grundsætning om forholdsmæssighed af grundrettighedsindgreb følger ifølge Alexy allerede af de modstående hensyns principkarakter. Forholdsmæssighedsgrundsætningens tre krav om egnethed, nødvendighed og proportionalitet mellem mål og midler kan udledes af

477. Jf. Alexy, 1986, side 98. Dworkin, 1977, side 82 og 90, betragter derimod almene samfundshensyn som "policies", som ikke har samme vægt som grundrettigheder, jf. ovenfor kapitel 6, afsnit 3.2.

478. Jf. Alexy, 1986, side 77ff; tilsvarende Herzog, EuGRZ 1990, side 485.

479. Jf. Alexy, 1986, side 146; Alexy, *Individual rights* ..., 1992, side 178.

grundrettighedernes karakter af optimeringskrav, hvis realisering begrænses af de retlige og faktiske muligheder⁴⁸⁰:

Af princippets relative karakter i forhold til de faktiske muligheder følger kravet om indgrebets egnethed og nødvendighed. Egnethedskravet følger af, at der ikke er grund til at begrænse det grundretlige princip, når man ikke herved optimerer det modstående princip. Nødvendighedskravet følger af, at også det grundretlige princip herved kan realiseres i videst muligt omfang, selv om det må begrænses.

Af princippets relative karakter i forhold til de retlige muligheder følger kravet om proportionalitet mellem mål og midler. I proportionalitetsvurderingen kolliderer modsatrettede principper (Alexy betragter både grundrettigheder og almene samfundshensyn som principper). Også de modstående principper er ligesom grundrettigheden optimeringskrav, som skal realiseres i videst muligt omfang. Dermed nødvendiggør proportionalitetsvurderingen – både hvor indgrebet varetager almene samfundshensyn og hensynet til andres grundrettigheder – en konkret materiel afvejning, hvis mål er at finde en forholdsmæssig balance mellem de kolliderende principper.⁴⁸¹

1.4 Principeorien og væsensindholdslæren

Efter principteorien har læren om grundrettighedernes ukrænkelige „væsensindhold“ – som en absolut grænse for grundrettighedsindgreb – ingen selvstændig betydning ved siden af forholdsmæssighedsgrundsætningen.

Alexy anfører, at en anerkendelse af væsensindholdslærens selvstændige betydning ved siden af forholdsmæssighedskravet som en absolut grænse vil indebære, at domstolene skal give grundrettigheden forrang ved indgreb i „væsensindholdet“, uanset om de forfatningsretlige grunde for indgrebet konkret vejer tungere end hensynet til grundrettighedsbeskyttelse. Dette er ifølge Alexy uantageligt og selvmodsigende. Realiteten i væsensindholdslæren kan derfor alene være en antagelse om, at der i grundrettighedens „kerne“ ikke i praksis findes mere tungtvejende kolliderende forfatningsprincipper. Bag postulatet om et „væsensindhold“ ligger dog fortsat principkollisionen; og selv grundrettighedens kerne er

480. Jf. Alexy, 1986, side 100ff. Alexys tilføjer, at denne analytiske slutning ikke udelukker andre normative begrundelser for forholdsmæssighedskravet: retstatsprincippet, retfærdighed, praksis. Så langt disse begrundelser rækker, styrker de blot den analytiske begrundelse; Se også Alexy, *Rights ...*, Ratio Juris 1992, side 146f.

481. Jf. Alexy, 1986, side 100ff.

derfor ikke immun over for indgreb, såfremt andre principper undtagesvis vejer tungere end grundrettighedsprincippet.⁴⁸²

1.5 Principeorien begrænses af forfatningsnormer med regelkarakter

Principeorien kan ikke stå alene. En lære om grundrettighedernes grænser må også tage højde for de regler – herunder „tommelfinger-regler“ – som kan udledes af forfatningen og af forfatningspraksis. Det drejer sig navnlig om grundrettigheder med regelkarakter, „tommelfinger-regler“ i forfatningen om forhåndsforrang for visse principper og specifikke forrangsregler formuleret gennem grundrettighedspraksis.⁴⁸³

Grundrettigheder med regelkarakter. Grundrettigheder med karakter af regler kan principielt ikke kollidere med andre normer. Den konkretiserende metode er her subsumption. Også subsumption kan dog være vanskelig og må da ligesom afvejningen trække på almindelig retlig argumentation.⁴⁸⁴

„Tommelfinger-regler“ om forhåndsforrang for visse principper. Undertiden må forfatningen fortolkes således, at visse principper generelt vejer tungere end andre. Sådanne „tommelfinger-regler“ kan udledes af forfatningens tekst, struktur og ånd. Disse afvejningsregler går ifølge Alexy forud for principplanet ud fra hensynet til respekt for forfatningen. Afvejningsreglerne giver retningslinjer for afvejningen. Den abstrakte forhåndsforrang for det ene princip er dog kun et udgangspunkt, som ikke gør en konkret afvejning unødvendig. „Tommelfinger-reglen“ må undertiden fraviges i den konkrete afvejning.⁴⁸⁵

Afvejning etablerer specifikke forrangsregler. De vigtigste grundretlige regler udvikles gennem retspraksis. I sine præmisser for løsningen af en principkollision, må retsanvenderen angive de omstændigheder og hensyn, som har ført til det ene princip (delvis) forrang for det andet. Begrundelsen for afvejningsresultat angiver en betinget forrangsregel: Under (nærmere i begrundelsen angivne) omstændigheder går det ene princip X helt eller delvis forud for det andet princip Y. Den afvejningsregel, som fremkommer som resultatet af en konkret afvejning, er ofte meget konkret. Som led i begrundelsen vil dog også ofte indgå normative udsagn af mere principiel karakter.

482. Alexy, 1986, side 271f.

483. Jf. Alexy, 1986, side 117ff.

484. Jf. Alexy, 1986, side 151; Alexy, *Rights ...*, Ratio Juris 1992, side 147f.

485. Alexy, 1986, side 80, 110ff og 121.

Og gennem praksis – og teoriens forslag til konkrete resultater – skabes med tiden et ganske tæt net af betingede forrangsregler, som danner udgangspunkt for senere afgørelser.⁴⁸⁶

2. Rettighedsbegrænsningens metode

Der må sondres mellem grundrettighedens generelle beskyttelsesområde og grundrettighedsbeskyttelsens konkrete grænser i lyset af modstående hensyn. Princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse tilsiger, at grundrettighedens beskyttelsesområde fastlægges ret bredt – og navnlig uden „immanente begrænsninger“ – så begrænsninger kun godkendes, hvor de konkret kan retfærdiggøres. Efter principteorien og i overensstemmelse med princippet om praktisk konkordans må grundrettighedsbeskyttelsens grænser over for modstående hensyn udfindes ved konkret afvejning i det enkelte tilfælde. Abstrakt fortolkning kan ikke i videre omfang løse disse principkollisioner.

En bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde medfører flere kollisioner med modstående principper og dermed et større behov for konkret afvejning, men indebærer ikke i sig selv en mere omfattende grundrettighedsbeskyttelse. Omfanget af den materielle grundrettighedsbeskyttelse beror på den konkrete afvejning og de materielle krav, som her stilles til grundrettighedsbegrænsninger (afsnit 3).

2.1 Grundrettighedens beskyttelsesområde ctr. beskyttelsens konkrete grænser

Grundrettighedsbeskyttelsens grænser over for modstående principper og hensyn kan teoretisk enten findes ved abstrakt fortolkning som led i fastlæggelsen af grundrettighedens beskyttelsesområde eller ved konkret afvejning i det enkelte tilfælde.

Grundrettighedens beskyttelsesområde („Schutzbereich“) betegner den del af den sociale virkelighed, inden for hvilken grundrettighedens princip er relevant. Beskyttelsesområdet angiver området for den potentielle grundrettighedsbeskyttelse.⁴⁸⁷ Grundrettighedens beskyttelsesområde fastlægges som udgangspunkt ved abstrakt fortolkning. Denne fastlæggelse og regule-

486. Jf. Alexy, 1986, side 153.

487. Se Alexy, 1986, side 272ff; Lerche, *Grundrechtlicher Schutzbereich* ..., 1992, side 748 (note 30).

ring af området for grundrettighedsbeskyttelse er i princippet ikke underlagt kravene til retfærdiggørelse af grundrettighedsindgreb.⁴⁸⁸

Grundrettighedsbeskyttelsens grænser („Grundrechtsschranken“) angiver omfanget af den faktiske grundrettighedsbeskyttelse – princippet gennemslag i retsordenen. Hvor konflikten mellem det grundretlige princip og modstående principper ikke på forhånd er løst gennem fastlæggelsen af grundrettighedens beskyttelsesområde, kan disse grænser alene findes ved konkret afvejning i det enkelte tilfælde. I denne afvejning anerkendes alene de grundrettighedsbegrænsninger, som konkret kan retfærdiggøres.

En snæver afgrænsning af grundrettighedens beskyttelsesområde gennem abstrakt fortolkning medfører, at grundrettighedsbeskyttelsen bliver mere absolut, fordi grundrettigheden da ikke så ofte vil kollideres med modstående principper, hvorfor der bliver mindre behov for konkret afvejning. Omvendt fører en bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde til en større relativisering af grundrettighedsbeskyttelsen, fordi der opstår flere kollisioner og dermed et større behov for konkret afvejning.

2.2 Bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde

I overensstemmelse med princippet om „effektiv grundrettighedsbeskyttelse“ bør grundrettighedernes beskyttelsesområde som udgangspunkt defineres relativt bredt.

Fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde vil altid indebære en vis afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen. Spørgsmålet er imidlertid, hvorvidt videregående begrænsninger, hvorved det grundretlige princip afgrænses over for modstående hensyn, bør ske abstrakt i forbindelse med fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde eller forbeholdes en konkret vurdering i det enkelte tilfælde.

For en begrænsning af grundrettighedens beskyttelsesområde gennem abstrakt fortolkning taler navnlig hensynet til at undgå for mange kollisionstilfælde og til at fastholde grundrettighedernes status som fundamentale normer.⁴⁸⁹

488. Jf. Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht ...*, 1992, side 173; Hesse, 1995, side 140.

489. I tysk teori tilslutter bl.a. Isensee og Lerche sig derfor en vis abstrakt begrænsning (Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht ...*, 1992, side 235ff; Lerche, *Grundrechtlicher Schutzbereich ...*, 1992, side 777 og 784f).

Afgørende imod en begrænsning af grundrettighedens beskyttelsesområde gennem abstrakt fortolkning taler imidlertid princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse, som tilsiger, at grundrettigheden får et størst muligt anvendelsesområde, og at beskyttelsen kun begrænses, hvor det konkret kan begrundes. Herefter bør man ikke på forhånd ud fra abstrakte overvejelser afskære en konkret stillingtagen til vægten af de modstående hensyn, da kravene til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger herved omgås. En bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde formindsker med andre ord risikoen for vilkårlige grundrettighedsbegrænsninger.⁴⁹⁰

På denne baggrund bør grundrettighedernes beskyttelsesområde generelt fastlægges bredt, og i tvivlstilfælde bør rettigheden gives anvendelse. En bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde indebærer ikke i sig selv en omfattende materiel grundrettighedsbeskyttelse. Den reelle grundrettighedsbeskyttelse beror på de krav, som stilles til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger (herom afsnit 3).⁴⁹¹

Albæk Jensens indvending om, at en udvidende fortolkning af Grundlovens frihedsrettigheder forhindrer en hensyntagen til modstående hensyn⁴⁹² beror således på, at han ikke sondrer klart mellem den generelle fastlæggelse af beskyttelsesområdet og den konkrete fastlæggelse af beskyttelsens omfang.

BVerfG afviser generelt den abstrakte begrænsning som metode til løsning af konflikter mellem grundrettigheder og modstående hensyn. BVerfG tager udgangspunkt i en principiel sondring mellem rettighedens beskyttelsesområde og de konkrete grænser for beskyttelsen.

BVerfG fastslog i en dom fra 1971 (BVerfGE 32, 54 (72)), at begrebet „Wohnung“ i den tyske grundlovs artikel 13, stk. 1, ud fra en formålsfortolkning også omfatter erhvervslokaler, skønt begrænsningsklausulen i stk. 3 umiddelbart kun synes møntet på den private bolig. BVerfG udtalte principielt, at det ville være „*bedenklich (...) den Wirkungsbereich des Grundrechts vom Schrankenvorbehalts her zu bestimmen und etwa zu argumentieren: Weil bei weiter Auslegung die Schrankenziehung praktische Schwierigkeiten bereite sei die engeren*

490. Jf. Alexy, 1986, side 290ff; Starck, 1994, side 23ff.

491. Jf. også Alexy, 1986, side 279 og 298f.

492. Albæk Jensen, *Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere domspraksis*, UfR. 1992 B, side 353f.

*Auslegung zu wählen, bei der die Schranken gegenstandslos würden. Vielmehr ist **zunächst** die **materielle Substanz** des Grundrechts zu ermitteln; erst **danach** sind unter Beachtung der grundsätzlichen Freiheitsvermutung und des Verfassungssatzes der Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit die rechtstaatlich vertretbaren **Schranken der Grundrechtsausübung** zu fixieren“* (mine udhævninger).

BVerfG foretrækker derfor – i harmoni med princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse – i tvivlstilfælde en bred fortolkning af grundrettighedens beskyttelsesområde.

I „Soraya-dommen“ fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (283)) afviste BVerfG således at forbeholde pressefriheden efter den tyske grundlovs artikel 5(1) for den seriøse presse. BVerfG udtalte, at begrebet presse „*ist weit und formal auszulegen*“, men understregede, at sensationspressen ikke dermed nyder beskyttelse på lige fod med den seriøse presse.

EMD anlægger ligeledes – ud fra princippet om, at beskyttelsen skal være „practical and effective“ – typisk en bred fortolkning af rettighedernes beskyttelsesområde.⁴⁹³ Dette er fastslået i bl.a. *Wemhoff* (EMD 7 (1968), pr. 8) og *Guzzardi* (EMD 39 (1980), pr. 95).

Danske domstole har i nyere afgørelser vedrørende Grl § 71, stk. 6 om domstolsprøvelse af administrative frihedsberøvelser vist en tilsvarende tilbøjelighed til i tvivlstilfælde at give rettigheden anvendelse. Se således bl.a. UfR 1992.356 Ø, UfR 1994.192 V (nærmere omtalt ovenfor i kapitel 5, afsnit 2.6.3 og kapitel 6, afsnit 3.3). Se tilsvarende om Grl § 72 Ombudsmandens udtalelse i FOB 1990.227 om indgreb i kommunikationshemmeligheden mellem en mor og hendes tvangsfjernede barn (nærmere omtalt ovenfor i kapitel 5, afsnit 2.6.3).

2.3 Afvisning af læren om „immanente begrænsninger“

I overensstemmelse med det anførte bør navnlig en lære om såkaldt „immanente“ – iboende – begrænsninger i grundrettighederne afvises.

Efter læren om immanente begrænsninger er navnlig visse persongrupper som følge af alder, anstaltsforhold, stilling el. lign. „i sagens natur“

493. Jf. van Dijk og van Hoof, 1998, side 75.

på forhånd udelukket fra grundrettighedens beskyttelsesområde. En sådan lære harmonerer hverken med princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse, som tilsiger en bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde, eller med princippet om praktisk konkordans, som kræver en konkret retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger. Såfremt visse persongrupper som følge af særlige anstaltsforhold m.v. i højere grad end andre må tåle rettighedsbegrænsninger, må dette argument indgå som et moment i den konkrete afvejning, men kan ikke medføre en generel udelukkelse fra beskyttelse.⁴⁹⁴

I nyere europæisk grundretlighedspraksis afvises doktrinen om immanente begrænsninger.

BVerfG har siden 1972 taget afstand fra en hidtidig doktrin, hvorefter særlige anstaltsforhold m.v. („besonderen Gewaltverhältnisse“) for strafafsonere, soldater, skolebørn etc. indebar visse naturlige – immanente – frihedsbegrænsninger, som derfor ikke var omfattet af de generelle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsindgreb.⁴⁹⁵

BVerfG gjorde op med denne doktrin i „Straffuldbyrdelses-dommen“ fra 1972 (BVerfGE 33, 1 (9ff)). Sagen angik administrative bestemmelser om adgang for fængselspersonalet til at gennemse og tilbageholde indsatte breve. Hidtidig retspraksis havde anset lovhjemmel som unødvendig for reguleringen af vilkårene for afsoning, herunder nødvendige indgreb i straffefangers rettigheder, da sådanne indgreb antoges at have hjemmel i det særlige afsoningsforhold. BVerfG tog afstand fra denne opfattelse, fordi den førte til en uacceptabel relativisering af straffefangers grundrettigheder. BVerfG påpegede, at grundrettighederne ifølge den tyske grundlovs artikel 1(3) er bindende for al offentlig myndighedsudøvelse. „Dieser umfassenden Bindung widerspräche es, wenn im Strafvollzug die Grundrechte beliebig oder nach Ermessen eingeschränkt werden könnten“. Derfor måtte også indgreb i straffefangers grundrettigheder kræve klar lovhjemmel og opfylde de almindelige krav til grundrettighedsindgreb: „Eine Einschränkung kommt nur dann in Betracht, wenn sie zur Erreichung eines von der Wertordnung des Grundgesetzes gedeckten gemeinschaftsbezogenen Zweckes unerlässlich ist und in den dafür verfassungsrechtlich vorgesehenen Formen geschieht.“

494. Jf. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 25ff, som herved tager et opgør med en tendens i ældre dansk forfatningsretlig teori til at udgrænse visse persongrupper – mindreårige, fanger, soldater, institutionsanbragte, offentligt ansatte (afhængig af den enkelte rettigheds indhold) – fra beskyttelsen.

495. Se generelt om doktrinen Loschelder, *Grundrechte im Sonderstatus*, 1992, side 805ff.

EMD har ligeledes siden 1975 generelt taget afstand fra en lære om „inherent limitations“ i EMRKs rettigheder. Doktrinen havde i EMRKs første årtier en vis betydning i EMRK-organernes praksis vedrørende bl.a. afsonere, psykisk syge og børn.⁴⁹⁶

EMD gjorde op med doktrinen i Golder-dommen fra 1975 (EMD 18, pr. 37-40), som vedrørte begrænsninger i en straffasoners ret til korrespondance med sin advokat. EMD afviste at anvende doktrinen om „inherent limitations“ under henvisning til, at EMRK udtrykkeligt har taget stilling til de nødvendige begrænsninger i rettighederne.

I *dansk ret* synes læren om immanente begrænsninger ligeledes på retur. Det har vedrørende Grl § 77 været diskuteret, i hvilket omfang offentligt ansatte kan påberåbe sig ytringsfrihed, når de samtidig indtager en betroet stilling, som indebærer en loyalitetspligt. Den almindelige opfattelse er nu, at offentligt ansatte som udgangspunkt nyder samme ytringsfrihed som andre, men at ansættelsesforholdet i konkrete tilfælde kan indebære særlige begrænsninger, hvis der er tungtvejende grunde herfor.⁴⁹⁷

Folketingets Ombudsmand har i flere sager udtalt sig til fordel for en sådan opfattelse. I FOB 87.237 (240) udtalte Ombudsmanden, at der som udgangspunkt ikke gælder særlige begrænsninger for offentligt ansattes ytringsfrihed. Ombudsmanden fandt dog, at hensynet til offentlige myndigheders beslutningsproces og funktionsevne i „særlige“ tilfælde kan begrunde særlige begrænsninger i offentligt ansattes ytringsfrihed. Men hertil må kræves „særlige tungtvejende grunde“. Jf. FOB 92.330 og FOB 95.381.

Synspunktet om immanente begrænsninger ses dog undtagelsesvis inddraget i nyere retspraksis.

Københavns Byrets afd. D anvendte synspunktet, da den i en tidligere omtalt dom af 10. november 1992 (se ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.2) fastslog, at det måtte følge allerede af det etablerede anstaltsforhold, at myndighedernes indgreb i kommunikationshemmeligheden mellem en mor og hendes tvangs-fjernede barn kunne foretages administrativt uden forudgående retskendelse.

496. Se Lorenzen m.fl., Den Europæiske Menneskeretskonvention, 1994, side 44f.

497. Se bl.a. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 99ff.

2.4 Beskyttelsens grænser fastlægges gennem konkret afvejning

I overensstemmelse med principteorien og princippet om praktisk konkordans må grundrettighedsbeskyttelsens grænser fastlægges gennem konkret afvejning.

Efter en radikal retspositivistisk tilgang kan grundrettighedsbeskyttelsens grænser over for modstående hensyn udtømmende fastlægges gennem abstrakt fortolkning. Der bliver således ikke behov for konkret afvejning ved kollision mellem grundrettigheder og modstående hensyn. Denne konstruktion opretholder forestillingen om, at grundrettighedernes grænser kan bestemmes ud fra en fortolkning af forfatningsteksten.

I USA blev en sådan absolut lære blandt andet forfægtet af den respekterede højesteretsdommer Black. Han var modstander af den fremherskende tendens i Supreme Court til „balancing“ fra sag til sag og skrev i en berømt dissens fra 1961: „*As I understand it, this Court's duty to guard constitutional liberties is to guard those liberties the Constitution defined, not those that may be defined from case to case on the basis of this Court's judgment as to the relative importance of individual liberty and governmental power.*“⁴⁹⁸ I en samtidig artikel fastslog samme Black polemisk, at det ikke er dommerne, men forfatningen, der fastlægger grænserne mellem modstridende forfatningsretlige hensyn: „*Where conflicting values exist in the field of individual liberties protected by the Constitution, that document settles the conflict ...*“.⁴⁹⁹

En sådan abstrakt afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen må afvises. Den ville – om overhovedet – kun kunne virkeliggøres, hvis grundrettighedernes beskyttelsesområde i strid med princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse blev defineret endog meget snævert. Den nødvendige begrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen kan ikke i videre omfang baseres på abstrakt fortolkning. Normativt rigtige løsninger på konflikter mellem grundrettigheder og modstående hensyn kan alene findes ved en konkret afvejning af de kolliderende hensyns vægt i den enkelte sag.⁵⁰⁰

498. *Wilkinson v. United States*, 365 U.S. 399 (422), 1961.

499. Black, *The Bill of Rights*, 35 New York University Law Review, 1960, side 865.

500. Se bl.a. Alexy, 1986, side 79ff og 140; Lerche, *Grundrechtlicher Schutzbereich ...*, 1992, side 744; Isensee, 1992, side 168; Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 814ff; Starck, 1994, side 23ff.

I dansk teori har Peter Germer argumenteret for, at en afgrænsning af en materiel beskyttelse af de politiske frihedsrettigheder bør baseres på generelle principper. Ifølge Germer kan kun en positivt afgrænset frihed sikre en effektiv beskyttelse. Interesseafvejning giver ingen sikre garantier, for da afhænger beskyttelsen af skiftende dommers forogdtbefindende, hvilket fører til uforudsigelighed og vilkårlighed.⁵⁰¹

Den overvejende opfattelse synes dog også i dansk teori at være, at løsningen af konflikter mellem grundrettigheder og modstående hensyn kræver en konkret afvejning af hensynenes vægt i den enkelte sag.⁵⁰² Albæk Jensen anfører imod Germers positive afgrænsning – som han ellers principielt kunne ønske sig – at man ikke hermed undgår konkrete afvejninger ved afgrænsningen af den absolutte beskyttelses område.⁵⁰³

Den konkrete afvejningsmetode er da også i europæisk grundrettighedspraksis anerkendt som generel metode til fastlæggelse af grundrettighedsbeskyttelsens grænser.

BVerfG har siden sin tidligste praksis indtaget det principielle standpunkt, at grundrettighedsbeskyttelsens grænser i forhold til almene samfundshensyn eller andres grundrettigheder kun kan udfindes gennem konkret afvejning i det enkelte tilfælde.⁵⁰⁴

Høyesterett foretager tilsvarende en konkret afvejning ved afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen over for andre retsgoder. I „Kjuus-dom-

501. Germer, *Ytringsfrihedens væsen*, 1973, navnlig side 122ff og 198ff; Germer, *Statsforfatningsret*, 1995, side 264f. Jens Peter Christensen har tilsluttet sig Germers opfattelse. En principiel afgrænsning sikrer en effektiv beskyttelse af de politiske frihedsrettigheder, i modsætning til en *“uklar konkret afvejning med en ubestemt kreds af modgående hensyn”* (Forfatningsretten og det levende liv, 1990, side 228f).

502. Se f.eks. Stuer Lauridsen, *Pressefrihed og personlighedsret*, 1988, side 66; Henning Koch, *Når menne skerettigheder kolliderer*, Retfærd 1995, side 64ff; Rønsholdt, *Nogle spørgsmål om domstolskontrol med lovgivningsmagten*, 1997, side 43.

503. Albæk Jensen, *Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere domspraksis*, UfR 1992 B, side 356f; samme, §77 i Zahle (red.), *Danmarks Riges Grundlov*, 1999, side 441f og 448f.

504. I *“Apotek-dommen”* fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (404f)) fastslog BVerfG principielt, at afgrænsningen mellem individets rettigheder og almene samfundshensyn må ske ved *“sorgfältiger Abwägung”*. Tilsvarende fastslog BVerfG i *“Lüth-dommen”* fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (210f)), at afgrænsningen mellem kolliderende grundrettigheder må ske ved: *“Güterabwägung ... auf Grund aller Umstände des Falles”*. Se generelt hertil Herzog, *EuGRZ* 1990, side 485; Lerche, *Grundrechtsschranken*, 1992, side 777ff.

men“ fra 1997 (Rt 1997.1821, side 1830) om ytringsfrihedens grænser under hensyn til beskyttelse mod racediskrimination udtalte Høyesteretts flertal eksempelvis, at „*hensynet til ytringsfriheten må balanseres mot hensynet til vern mot rasediskriminering.*”⁵⁰⁵

EMD anvender ligeledes ved fortolkningen af EMRK – som i artikel 8-11, stk. 1 og 2 selv lægger op hertil ved at sondre mellem beskyttelsesområde og begrænsningsklausul – den konkrete afvejning ved afgrænsning af rettighedsbeskyttelsen.⁵⁰⁶

I *dansk retspraksis* er den konkrete afvejningsmodel også anerkendt som generel metode ved afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen. Dette ses klart i Højesterets nyere praksis vedrørende hensynet til ytrings- og informationsfriheden over for hensynet til personbeskyttelsen.⁵⁰⁷ Danske domstole anerkender således ikke en abstrakt afgrænsning af rettighedsbeskyttelsen i stil med Germers teori. Dette betyder imidlertid ikke, at en positiv rettighedsbeskyttelse ikke kan udledes af retspraksis.⁵⁰⁸

I sagen om „Disciplinærstraffen“ (UfR 1995.449 V) afviste landsretten udtrykkeligt Germers positive afgrænsning af ytringsfriheden. Sagsøger gjorde gældende, at der gjaldt en uindskrænket ytringsfrihed om offentlige anliggender. Landsretten fandt ikke grundlag for en sådan fortolkning af GrL § 77.

2.5 Prioriteret afvejning (forhåndsforrang for det ene princip)

Hvor grundrettigheder kolliderer med modstående hensyn, vil de kolliderende hensyn ikke altid i udgangspunktet have samme vægt. Et af principperne kan have en forhåndsforrang – en prioritet. Det giver afvejningen et udgangspunkt; der lægges en (tung) argumentationsbyrde på det modstående princip. En sådan prioritering gør imidlertid ikke en konkret afvejning overflødig.⁵⁰⁹

505. Se fra tidligere praksis f.eks. også Rt 90.257 (264) og Rt 91.973 (985).

506. Jf. bl.a. Rehof og Trier, 1990, side 124; Lorenzen m.fl., 1994, side 55f.

507. Jf. bl.a. UfR 1980.1037, 1987.934, 1987.937, 1989.399, 1989.726, 1990.71, 1994.988, 1997.259 og 1999.1675 H. Se nærmere Albæk Jensen, 1999, side 441ff og nedenfor kapitel 9, afsnit 4.6.

508. Se herom Albæk Jensen, 1999, side 448 og nedenfor kapitel 9, afsnit 4.6.

509. Jf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 80, 110ff og 121.

Det er derfor noget forenklet, når Henrik Zahle anfører, at en eventuel prioritering af rettighedshensynet i vidt omfang kan løse kollisionen med modstående hensyn, fordi modstående hensyn da kun undtagelsesvis kan begrunde begrænsninger i rettigheden. Zahle formulerer „prioriteringsmodellen“ som et alternativ til positiv afgrænsning og konkret afvejning, hvor „konflikten løses gennem prioritering“.⁵¹⁰ Det er mere rammende at beskrive prioritering som et retningsgivende supplement til den konkrete afvejning.

Doktrinen om „fortrinsstillede rettigheder“ spiller en stor rolle i europæisk grundrettighedspraksis. Efter denne doktrin nyder navnlig de politiske friheder og fundamentale personlige rettigheder en særlig stærk beskyttelse ved kollision med modstående hensyn og ikke mindst ved indgreb fra lovgivningsmagten.⁵¹¹ En sådan fortrinsstilling giver en retningslinje for den konkrete afvejning, men kan ikke erstatte den.⁵¹²

Zahle skriver om Grl § 77, at „ytringsfrihedsbeskyttelsen består i, at ytringsfriheden anerkendes som en værdi eller et princip, der skal være styrende for såvel lovgivning som retsanvendelse, uden at dette afskærer fra andre hensyn. (...) hensynet til ytringsfriheden som værdi eller princip er styrende for resultatet, medmindre andre særlige grunde taler for en afvigelse.“ Ifølge Zahle svarer dette ikke til en konkret afvejningsmodel.⁵¹³ Hermed må menes, at afvejningen har et andet udgangspunkt, når ytringsfrihedshensynet har prioritet.

I grundrettighedspraksis sker der ofte en prioritering, hvorved et af de kolliderende principper gives forhåndsforrang. Dette afskærer dog ikke den konkrete afvejning.

BVerfG antog i „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (212)), at der ved ytringer om anliggender af offentlig interesse gælder en formodning for ytringsfriheden i kollision med privatlivsbeskyttelsen. Trods denne forhåndsprioritet foretog BVerfG en konkret afvejning, men de modstående hensyn var underlagt en særlig argumentationsbyrde. Yt-

510. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 35.

511. Se nærmere nedenfor kapitel 12, afsnit 2 vedrørende grundrettighedskontrol med lovgiver.

512. Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 818, hvorefter doktrinen giver „Leitlinien für die Abwägung“.

513. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 3, 1997, side 79f (citatet er fra side 79).

ringsfriheden fik forrang i sagen.⁵¹⁴ I sagen om “Prinsesse Soraya” fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (282)) fastslog BVerfG mere principielt, at pressefriheden har grundlæggende betydning for en liberal-demokratisk retsorden. Ikke desto mindre fik hensynet til personbeskyttelsen forrang, da der var tale om tabloid-journalistik.

Højesterets flertal udtalte i „Kjuus-dommen“ (Rt 1997.1821, side 1831) om løsningen af konflikten mellem den politiske ytringsfrihed og beskyttelsen mod racediskrimination, at *„Det skal ske en afvejning hvor hensynet til ytringsfriheten må veie tungt“*. Hensynet til beskyttelse mod racediskrimination fik alligevel forrang (dissens).

Også i *dansk retspraksis* anerkendes efter omstændighederne, at et hensyn kan have forhåndsforrang (prioritet). Dette afskærer dog ikke en konkret afvejning, men giver et udgangspunkt, som bidrager til at begrunde resultatet.

Således udtalte Højesterets flertal i „Witte-dommen“ (UfR 1980.1037 H) om Wittes sarkastiske, kunstneriske indlæg i debatten om brug af medicin i svineavlen, at *„hensynet til den frie meningsudveksling om et sådant vigtigt samfundsanliggende må tillægges betydelig vægt“*. Det fremgår af Torben Jensens artikel om dommen, at hermed *„havde ytringsfriheden på forhånd fået et forspring“*.⁵¹⁵ Tilsvarende udtalte Højesteret i sagen om “Svend Aukens baghave” (UfR 1994.988 H), at hensynet til nyhedsformidlingen om aktuelle politiske emner er “vægtigt”.

I Folketingets Ombudsmands praksis synes hensynet til Grundlovens og EMRKs rettigheder generelt at nyde en vis prioritet. Således udtalte Ombudsmanden i FOB 1983.248 (250), at en række af Grundlovens frihedsrettigheder er udslag af en bredere retspolitisk idé, hvorfor *„der kun bør ske fravigelse, når særlige grunde taler derfor“*. I FOB 1995.170 udtalte Ombudsmanden, at rettighedshensyn i både Grl og EMRK har forvaltningen pligt til at inddrage og *„tillægge ... særlig vægt ved skønsafvejningen“*. Ombudsmanden har navnlig givet ytringsfriheden om emner af samfundsmæssig interesse en stærk beskyttelse. I en sag fra 1999 (udtalelse af 31. maj 1999, j.nr. 1998-1809-710 CC) om en skoleledelses afvisning af at optage et kritisk indlæg fra en forælder i skolebladet fandt Ombudsmanden det tvivlsomt, om ytringsfrihedshensynet var blevet tillagt tilstrækkelig vægt. Han udtalte, at ytringsfri-

514. Se også “Lebach-dommen” fra 1973 (BVerfGE 35, 202 (231)), hvor BVerfG fastslog en forhåndsprioritet for aktuel presseomtale af forbrydelser i konflikt med hensynet til personlighedsbeskyttelse.

515. Torben Jensen, *Ytringsfriheden contra erhvervsinteresser*, UfR 1981 B, side 29.

hedshensynet skal indgå i en myndigheds skønsvurdering med „høj prioritet“ – en begrænsning af ytringsfriheden kræver tungtvejende grunde. Jf. også bl.a. FOB 77.217 (225); FOB 77.435 (436); FOB 83.101 (103f) og FOB 87.237 (241).⁵¹⁶

3. Materielle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger

Spørgsmålet om de materielle krav til begrænsning af grundrettigheder er centralt, fordi det i vidt omfang er bestemmende for grundrettighedsbeskyttelsens reelle omfang.

Generelt stilles tre krav til grundrettighedsbegrænsninger: De skal have hjemmel, forfølge et legitimt formål og være retfærdiggjort i det enkelte tilfælde. Den afgørende beskyttelse for individet ligger normalt i de materielle krav, der stilles til retfærdiggørelse af en grundrettighedsbegrænsning (afvejningens målestok) uanset, at begrænsningen har hjemmel og forfølger et forfatningsretligt legitimt formål.

De materielle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger vurderes i det følgende dels ud fra principielle standpunkter, dels i lyset af BVerfGs og EMDs praksis. Det antages, at den generelle målestok i alle tilfælde af grundrettighedsbegrænsning er kravet om udfindelse af en forholdsmæssig balance. Ved grundrettighedsindgreb udfindes denne balance efter forholdsmæssighedsgrundsætningens krav om indgrebets egnethed, nødvendighed og proportionalitet. Ved grundrettighedskollisioner mellem private udfindes balancen gennem en mere fri, gensidig afbalancering.

3.1 Udgangspunkt: Kravet om en forholdsmæssig balance

Grundrettighedsbegrænsning er et yderst komplekst problemfelt. Grundrettighedsbegrænsninger kan finde sted gennem lovgivningsmagten, forvaltningen eller domstolene. Grundrettighedsbegrænsninger kan have direkte hjemmel i grundrettigheden (grundrettighedsindgreb) eller bero på en umiddelbar, harmoniserende fortolkning af modstående rettigheder (navnlig rettighedskollisioner i privatretlige tvister). Grundrettighedsbegrænsninger kan være begrundet i almene samfundshensyn, i

516. Se også Gammeltoft-Hansen og Andersen, *Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden*, 1997, side 381ff.

hensynet til beskyttelse af andres (grund)rettigheder eller i en kombination af disse hensyn.

Ud fra principperne om forfatningens enhed og praktisk konkordans må udgangspunktet imidlertid – i overensstemmelse med principteorien – være, at målestokken for *alle tilfælde* af grundrettighedsbegrænsning er, at der skal findes en *forholdsmæssig balance* mellem grundrettighedsprincippet og de modstående principper.⁵¹⁷

Ifølge Hesse gælder kravet om udfindelse af en forholdsmæssig balance (praktisk konkordans) som generel målestok for grundrettighedsbegrænsninger. Uanset, om grundrettighedsbegrænsning har hjemmel i grundrettigheden eller ej og uanset de modstående hensyns karakter, følger det af princippet om forfatningens enhed, at det i alle tilfælde *„sich um ein und dieselbe Sache handelt, nämlich die Herstellung und Erhaltung eines Ordnungszusammenhanges, in dem sowohl die grundrechtlichen Freiheiten als auch jene anderen Rechtsgüter Wirklichkeit gewinnen. Soweit die Bestimmungen, die beide schützen, in ihrer sachlichen Reichweite einander überschneiden oder miteinander kollidieren, ist Grundrechtsbegrenzung **grundsätzlich Herstellung praktischer Konkordanz**. Die aufgabe praktischer Konkordanz erfordert die „verhältnismäßige“ Zuordnung von Grundrechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern. Bei der Interpretation verfassungsmäßiger Begrenzungen oder der Begrenzung auf Grund eines Gesetzesvorbehaltes geht es darum, **beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen zu lassen**. [derfor indebærer også proportionalitetskravet et krav om balance] ... Die Grundrechtsbegrenzung muß daher [foruden at være egnet og nødvendig] im engeren Sinne verhältnismäßig sein, d.h. in **angemessenen Verhältnis** zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts stehen.*“⁵¹⁸

Lerche anfører i overensstemmelse hermed, at enhver grundrettighedsbegrænsning udgår af en kollision mellem legitime retlige beskyttelseshensyn; og derfor *„ist jede derartige Begrenzung auf einen sinnvollen, das heißt **angemessenen Ausgleich** kollidierender, verfassungsrechtlich relevanter Schützgüter gerichtet.*“⁵¹⁹

Med dette udgangspunkt bliver det ikke afgørende for den materielle afvejnings indhold, om der foreligger et grundrettighedsindgreb (indgreb

517. Jf. Alexy, 1986, side 100ff; Lerche, *Grundrechtsschranken*, 1992, side 777f; Hesse, 1995, side 142.

Se nærmere om principperne “forfatningens enhed” og “praktisk konkordans” ovenfor kapitel 6, afsnit 3.1 og 3.2.

518. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, side 142 (mine udhævninger).

519. Lerche, *Grundrechtsschranken*, 1992, side 777f (min udhævning).

med hjemmel i grundrettigheden, ofte begrundet i almene samfundshensyn) eller en grundrettighedskollision i privatretlige sager (Dritt-wirkung). Derimod er argumentationsfiguren ved grundrettighedsindgreb henholdsvis grundrettighedskollisioner ikke den samme:

Ved vurderingen af *grundrettighedsindgreb* udfindes en forholdsmæssig balance efter *forholdsmæssighedsgrundsætningens* krav om indgrebets egnethed, nødvendighed og proportionalitet.

Ved vurderingen af *grundrettighedskollisioner mellem private* udfindes balancen ved en mere fri, *gensidig afbalancering*. Da der her ikke foreligger et indgreb, giver det ikke mening at vurdere egnethed og nødvendighed.

I det følgende undersøges konsekvenserne af det her tagne udgangspunkt, samt hvorvidt udgangspunktet harmonerer med retspraksis. Der sondres mellem grundrettighedsindgreb (afsnit 3.2) og rettighedskollisioner i sager mellem private (afsnit 3.3).

3.2 Grundrettighedsindgreb – kravet om forholdsmæssighed

Et grundrettighedsindgreb foreligger, hvor det offentlige med hjemmel i grundrettigheden griber ind i dens beskyttelsesområde.⁵²⁰ Ved grundrettighedsindgreb stilles et krav om forholdsmæssighed. Forholdsmæssighedskravet er generelt anerkendt i europæisk grundrettighedspraksis – såvel i national ret som inden for EMRK og Fællesskabsretten.⁵²¹ Forholdsmæssighedsgrundsætningen indebærer, at indgrebet skal være et egnet og nødvendigt middel til at opnå det formål, der forfølges hermed, samt et krav om proportionalitet mellem mål og midler.

3.2.1 Forholdsmæssighedsgrundsætningen som generelt princip

Forholdsmæssighedsgrundsætningen er i overensstemmelse med principperne om praktisk konkordans og om effektiv grundrettighedsbeskyttelse. Et indgreb i grundrettigheder bør ikke gå videre, end det er nødvendigt og rimeligt til varetagelse af andre væsentlige hensyn. Hvor forholdsmæssighedskravet ikke har direkte hjemmel, er det blevet udledt af retsstatsprincippet og af grundrettighedernes „væsen“.

520. Jf. Isensee, 1992, side 172ff og 178; Lerche, *Grundrechtlicher Schutzbereich* ..., 1992, side 745ff og 766.

521. Jf. ovenfor kapitel 2, afsnit 2.5 og nærmere nedenfor om EMDs praksis.

BVerfG har på uskrevent grundlag anerkendt forholdsmæssighedsgrundsætningen som generelt forfatningsretligt princip for ethvert grundrettighedsindgreb foretaget af offentlig myndighed.⁵²² Grundsætningens begrundelse er ifølge BVerfG retsstatsprincippet og grundrettighedernes eget "væsen". Forholdsmæssighedskravet udgør i dag den egentlige grundrettighedsbeskyttelse i tysk forfatningsret.⁵²³

Efter den tyske grundlovs ordlyd har lovgiver – når bortses fra enkelte absolut formulerede grundrettigheder – vide rammer for grundrettighedsindgreb. De fleste grundrettigheder sætter få eller ingen grænser for de formål, lovgiver kan forfølge, og den tyske grundlov stipulerer ikke et krav om forholdsmæssighed. Efter grundlovens ordlyd er „væsensindholdsgarantien“ i artikel 19(2) den centrale materielle grænse for lovgivningsmagten. Dette svarer imidlertid ikke til gældende forfatningsret. BVerfG har siden „Apotekdommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377) på uskrevent grundlag anerkendt forholdsmæssighedsgrundsætningen som et generelt forfatningsprincip. BVerfG har begrundet dette uskrevede forfatningsprincip med henvisning til retsstatsprincippet og til grundrettighedernes „væsen“.⁵²⁴ Heri ligger, at forholdsmæssighedsgrundsætningen dels er en naturlig følge af retsstatsprincippet, som skal sikre individet mod unødige og vilkårlige indgreb⁵²⁵, dels følger af grundrettighedernes eget væsen, fordi grundrettighederne – når bortses fra væsensindholdsgarantien – uden forholdsmæssighedskravet reelt ville være tomt for materielt indhold.⁵²⁶

Også EMD anvender forholdsmæssighedsgrundsætningen („proportionality“) som generelt princip ved stillingtagen til begrænsninger i EMRKs rettigheder.⁵²⁷

522. BVerfFG udtalte i „Isolationsdommen“ fra 1978 (BVerfGE 49, 24 (58)), at „*jeder staatliche Eingriff in den grundrechtlich geschützten Bereich unter dem rechtstaatlichen Gebot der Verhältnismäßigkeit des Mittels steht*“.

523. Jf. bl.a. Kirchhof, *Verfassungsrechtlicher Schutz ...*, EuGRZ 1994, side 20.

524. Jf. dommen om „Fælleskørselscentraler“ fra 1964 (BVerfGE 17, 306 (313f)) og „Varetægtsfængslingsdommen“ fra 1965 (BVerfGE 19, 342 (348f)) omtalt ovenfor kapitel 5, afsnit 2.4.2.

525. Jf. herom bl.a. Grabitz, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ...*, AÖR 1973, side 584.

526. Se Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte*, 1990, side 55; Starck, 1994, side 26f; Grimm, 1994, side 275.

527. Jf. bl.a. Rehof og Trier, *Menneskeret*, 1990, side 124.

Proportionalitetskravets klare anvendelsesområde er de tilfælde, hvor der i konventionen er hjemmel til indgreb (artikel 8-11). EMD anvender imidlertid kravet om proportionalitet som generelt princip, og har f.eks. også indfortolket det i artikel 5 om frihedsberøvelse, som efter ordlyden ellers alene rummer et krav om lovhjemmel og en udtømmende opregning af frihedsberøvelsesgrunde.⁵²⁸

Også i *dansk ret* tillægges forholdsmæssighedsgrundsætningen betydning ved vurdering af indgreb i Grundlovens frihedsrettigheder. Det er blevet foreslået, at proportionalitetsprincippet som udtryk for fundamentale retssikkerheds- og retfærdighedsforestillinger også i Danmark bør anerkendes som et generelt forfatningsretligt princip.⁵²⁹

3.2.2 Kravene om egnethed, nødvendighed og proportionalitet

Forholdsmæssighedsgrundsætningen rummer som nævnt tre krav til grundrettighedsindgreb: Indgrebet skal være et *egnet* middel til at opnå det hermed forfulgte formål. Indgrebet skal være et *nødvendigt* middel til at opnå formålet. Indgrebet skal endelig være *proportionalt* i lyset af det formål, det forfølger.

Indgrebs egnethed. Et grundrettighedsindgreb skal for det første være egnet til at opnå det med indgrebet tilsigtede formål. Efter BVerfGs praksis anses kravet om egnethed opfyldt, hvis blot det godtgøres, at indgrebet overhovedet kan bidrage til at nå det forfulgte formål. Egnethedskravet vil dermed sjældent indebære nogen reel beskyttelse mod grundrettighedsindgreb, med mindre der foreligger magtfordrejning.

Se allerede „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 3, 377 (409)), hvorefter BVerfG prøver, om lovgivers indgreb „*überhaupt* [formålet] *dienen kann*“. I en afgørelse fra 1988 (BVerfGE 78, 38 (50)) udtales på linje hermed, at et indgreb er egnet „*wenn der gewünschte Erfolg mit seiner Hilfe gefördert werden kann*.“ I BVerfGs dom om „Fælleskørselscentraler“ fra 1964 (BVerfGE 17, 306 (317)) blev et forbud mod fælleskørselscentraler anset for stridende mod forholdsmæssighedsgrundsætningen, allerede fordi et sådant forbud ikke var egnet til at sikre trafiksikkerheden, hvilket af regeringen var givet som officiel begrundelse for forbudet (den reelle begrundelse synes at have været beskyttelse af den kollektive trafik).

528. Se f.eks. *Winterwerp* EMD 33 (1979), pr. 39. Se nærmere Lorenzen m.fl., 1994, side 56.

529. Michael H. Jensen, *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning*, UR 1994 B, side 335ff (343).

Indgrebs nødvendighed. Et grundrettighedsindgreb skal endvidere være nødvendigt for at opnå det forfulgte formål. Et indgreb er ikke nødvendigt, hvis formålet må antages at kunne nås ved hjælp af et mindre intensivt grundrettighedsindgreb. Efter BVerfGs praksis anses kravet om nødvendighed kun opfyldt, hvis det godtgøres, at man ikke i samme omfang kunne have nået formålet ved et mindre intensivt indgreb.

I „Apotek-dommen” fra 1958 (BVerfGE 3, 377 (409)) udtalte BVerfG, at den prøver: *„ob gerade dieser Eingriff zum Schutz jenes Guts zwingend geboten ist, mit anderen Worten, ob der Gesetzgeber diesen Schutz nicht mit Regelungen auf einer vorausgehenden Stufe hätte durchführen können.“* I „Isolations-dommen“ fra 1978 (BVerfGE 49, 24 (58)) formuleres kravet således, at *„das Ziel nicht auf eine andere, den Einzelnen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann.“* Tilsvarende hedder det i „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (172)), at et indgreb er nødvendigt: *„wenn der Gesetzgeber kein anderes, das betreffenden Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können“.*

Indgrebs proportionalitet. Et grundrettighedsindgreb skal endelig være proportionalt i lyset af det formål, indgrebet forfølger. Proportionalitetskravet er forholdsmæssighedsgrundsætningens kerne og har udpræget normativ karakter. Det indebærer, at det ikke kun er indgrebs nødvendighed, som skal vurderes i forhold til et på forhånd fastlagt formål, men at selve formålets forfatningsretlige betydning og vægt må trækkes ind i en afvejning over for vægten af det grundretlige hensyn.

Kravene om egnethed og nødvendighed adskiller forholdsmæssighedsgrundsætningen fra den mere fri afvejning i tilfælde af grundrettighedskollisioner i sager mellem private (se nedenfor afsnit 3.3). Domstolenes vurdering af et indgrebs egnethed og nødvendighed indebærer en prøvelse af de bag indgrebet liggende antagelser om faktiske forhold eller prognoser om fremtidige virkninger. Bevisbyrden ligger her naturligt på det offentlige, som griber ind i grundrettigheden. For så vidt er grund-sætningen „in dubio pro libertate“ ikke i konflikt med kravet om udfindelse af en rimelig balance (jf. principteorien).

I nyere dansk retspraksis vedrørende prøvelse af lovligheden af administrative frihedsberøvelser inden for psykiatrien pålægger domstolene således myndigheden bevisbyrden for frihedsberøvelsens nødvendighed. I UfR 1993.178 Ø og 1994.98 V blev en tvangsindlæggelse henholdsvis en tvangstilbagehol-

delse erklæret ulovlig, da det ikke fandtes godtgjort, at undladelse af frihedsberøvelse ville have været uforsvarlig (jf. § 5 i lov om frihedsberøvelse og anden tvang i psykiatrien).

Kravet om proportionalitet beror derimod på en normativ afvejning af de kolliderende princippers indbyrdes vægt, som ikke principielt adskiller sig fra den afvejning, som finder sted i tilfælde af rettighedskollisioner mellem private (se nedenfor afsnit 3.3). Målet er i begge tilfælde af finde en forholdsmæssig balance (jf. ovenfor afsnit 3.1)

3.2.3 Proportionalitetskravet og sontringen mellem individ- og samfundshensyn

Ovenfor antoges, at udgangspunktet for alle tilfælde af grundrettighedsbegrænsning er kravet om en forholdsmæssig balance mellem grundrettighedshensynet og de modstående hensyn. Kravet om en forholdsmæssig balance gælder efter dette principielle standpunkt også proportionalitetsvurderingen ved grundrettighedsindgreb.

Dette udgangspunkt om proportionalitet som et krav om forholdsmæssig balance har også det fortrin fremfor en „statsvenlig“ eller „individvenlig“ proportionalitetsvurdering⁵³⁰, at sontringen mellem indgreb begrundet i almene samfundshensyn henholdsvis indgreb til beskyttelse af andres (grund)rettigheder ikke bliver afgørende. Sontringen mellem samfundshensyn og individhensyn er nemlig langt fra altid skarp, hverken på det abstrakte plan eller i de konkrete indgrebstilfælde.

Selv på et abstrakt plan kan det være svært at sondre skarpt mellem almene samfundshensyn og hensynet til beskyttelse af enkeltindviders rettigheder. Almene samfundshensyn dækker i vidt omfang over borgerens interesser i almindelighed – og undertiden endog bestemte individers eller grupperes interesser og rettigheder.

Teoretisk set kan en sontring tage udgangspunkt i, at samfundshensyn adskiller sig fra rettigheder ved at være „ikke-distributive“ (kollektive goder). Samfundshensyn kan ikke begrebsmæssigt eller praktisk „deles op“ og fordeles på individerne som rettigheder. Samfundshensyn skal (i første række) sikre en bestemt retstilstand, ikke enkeltindviders retsstilling. Forskellen bliver klar, hvor samfundshensynet ikke kan opfylde alle enkeltindviders

530. Se herom nærmere ovenfor kapitel 6, afsnit 3.2.

beskyttelsesbehov, fordi samfundshensynet generelt er tilstrækkeligt tilgode-set.⁵³¹

Navnlig på et konkret plan er det ofte vanskeligt at sondre klart mellem indgreb, der varetager almene samfundshensyn, og indgreb, der beskytter andres (grund)rettigheder.

Det klassiske grundrettighedsindgreb er begrundet i almene samfundshensyn.⁵³² Indgreb i den personlige frihed kan være nødvendige under hensyn til offentlighedens sikkerhed; indgreb i ejendomsretten kan ske for at fremme "almenvællet" etc.

Et grundrettighedsindgreb kan dog også være begrundet i hensynet til beskyttelse af andres (grund)rettigheder. Da foreligger reelt en (grund)-rettighedskollision.⁵³³ Indgreb i ytringsfriheden kan ske for at beskytte minoriteter mod diskrimination; indgreb i demonstrationsfriheden kan ske for at beskytte andres demonstrationsfrihed etc.

Typisk vil et grundrettighedsindgreb til varetagelse af almene samfundshensyn også varetage hensynet til beskyttelsen af andres rettigheder, ligesom indgreb til beskyttelse af andres rettigheder ofte samtidig varetager almene samfundshensyn.⁵³⁴ Det strafferetlige system skal både virke almen præventivt og sikre den krænkede oprejsning; beskyttelse mod racediskrimination er ikke kun i de etniske mindretals interesse, men tjener også et alment hensyn til opretholdelse af fred og demokrati.

BVerfG anvender som udgangspunkt forholdsmæssighedsgrundsætningen, uanset om rettighedsindgrebet er begrundet i almene samfundshensyn, i hensynet til beskyttelse af andres (grund)rettigheder eller i en kombination af samfunds- og rettighedshensyn.

Således udtalte BVerfG i „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (172f)), at indgreb i den personlige frihed kun er forfatningsmæssige: „*wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erfordert*“.

531. Se Alexy, *Individual Rights and Collective Goods*, 1992, side 164ff; Dworkin, 1977, side 91.

532. Jf. Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 65 og 82ff.

533. Jf. Classen, *AöR* 1997, side 98; Isensee, 1992, side 161, 191 og 225.

534. Jf. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 423ff.

Baggrunden herfor er navnlig den principielle opfattelse, at grænsen mellem samfunds- og individhensyn ofte ikke er skarp. En velfungerende statsmagt er en betingelse for beskyttelse af individets rettigheder. Omvendt er beskyttelse af individet også i almenhedens interesse.

I „Forbundsflags-dommen“ fra 1990 (BVerfGE 81, 278 (292f)) udtalte BVerfG principielt om den nøje sammenhæng mellem grundrettigheder og en effektiv statsmagt, at *„ein geordnetes menschlichen Zusammen leben setzt nicht nur die gegenseitige Rücksichtnahme der Bürger, sondern auch eine funktionierende staatliche Ordnung voraus, welche die Effektivität des Grundrechtsschutzes überhaupt erst sicherstellt.“* I „Isolutions-dommen“ fra 1978 (BVerfGE 49, 24 (53)) godkendte BVerfG en lov, som muliggjorde total isolation af afsonere dømt for terrorvirksomhed, når dette var nødvendigt for at afværge konkret fare for andres liv og frihed. Loven var ifølge BVerfG en udmøntning af statens pligt til at beskytte individets liv og frihed. Der forelå således reelt en kollision mellem de isolationsfængslede ret til personlig frihed og andres ret til liv og sikkerhed. Men som BVerfG bemærkede: *„Staatliche Maßnahmen, die den Schutz des Lebens, der körperlichen Unversehrtheit und der Freiheit eines einzelnen Bürgers gegen rechtswidrige Angriffe von seiten Dritter zum Ziel haben, liegen grundsätzlich auch im Interesse der Allgemeinheit.“*

3.2.4 Proportionalitetskravet i grundrettighedspraksis

Udgangspunktet om at proportionalitetskravet tilsigter at udfinde en forholdsmæssig balance mellem grundrettighedshensynet og de modstående hensyn synes generelt at stemme overens med grundrettighedspraksis.

BVerfGs praksis er ikke entydig, hvad angår indholdet af proportionalitetskravet. Generelt udlægges proportionalitetskravet således, at indgrebet ikke må indebære en uforholdsmæssig begrænsning af individets rettigheder („Übermaßverbot“).⁵³⁵ Dette forstås i stigende grad som et krav om en rimelig, forholdsmæssig balance.

BVerfG har – navnlig i ældre praksis – undertiden taget udgangspunkt i en „statsvenlig“ proportionalitetsvurdering, hvorefter et indgreb er forfatningsmæssigt, når blot det ikke står i (åbenbart) misforhold til det hermed forfulgte formål.⁵³⁶

535. Se f.eks. dommen om „Fælleskørselscentraler“ fra 1964 (BVerfGE 17, 306 (314)) og „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (173)).

536. Se indgående om retspraksis indtil 1973, Grabitz, *Der Grundsatz* ..., A6R 1973, side 568ff.

I „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 3, 377 (407 og 409)) beskrives proportionalitetskravet således, at, at indgreb i næringsfriheden ikke må være ude af proportioner („*außer Verhältnis*“). I en afgørelse fra 1979 (BVerfGE 51, 324 (346)) om indgreb i den personlige frihed antages, at proportionalitetskravet først er krænkert, hvis „*die dem Eingriff entgegenstehenden Interessen (...) ersichtlich wesentlich schwerer wiegen*“.

BVerfG afviser således utvivlsomt en udpræget „individvenlig“ proportionalitetsvurdering. BVerfG har i et par ældre afgørelser henvist til princippet om in dubio pro libertate, men er siden gået bort herfra.⁵³⁷ BVerfGs udgangspunkt er nemlig et forfatningssyn, hvorefter individet er forbundet med samfundet, og hvorefter individets rettigheder og samfundets tarv derfor gensidigt betinger hinanden.

BVerfG udtalte herom principielt i en ledende afgørelse fra 1954 (BVerfGE 4, 7 (16)): „*Das Menschenbild des Grundgesetzes ist nicht das eines isolierten souveränen Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten (...) Der Einzelne muß sich diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des bei dem gegebenen Sachverhalt allgemein zumutbaren zieht.*“

Ifølge Stern har individets frihed således ingen principiel forrang for samfundshensyn i tysk forfatningsret.⁵³⁸ Hensynet til statens varetagelse af væsentlige forfatningshensyn kan veje lige så tungt som hensynet til individets grundrettigheder.

BVerfG udtalte f.eks. i „Isolations-dommen“ fra 1978 (BVerfGE 49, 24 (56f)) om indgreb i den personlige frihed under hensyn til statens sikkerhed: „*Die Sicherheit des Staates als verfaßter Friedens- und Ordnungsmacht und die von ihm zu gewährleistende Sicherheit seiner Bevölkerung sind Verfassungswerte, die mit anderen im gleichen Rang stehen und unverzichtbar sind, weil die Institution Staat von ihnen die eigentliche und letzte Rechtfertigung herleitet.*“ (side 56f). Se tilsvarende om en effektiv strafferetspleje som forudsætning for statsmagtens legitimitet BVerfGs afgørelse „Domsforhandling“ fra 1979 (BVerfGE 51, 324 (343f)).

537. Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 1653.

538. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 829.

I flere – navnlig nyere – afgørelser synes proportionalitetskravet i overensstemmelse hermed at blive forstået som et krav om udfindelse af en forholdsmæssig balance. Det er således nu den overvejende opfattelse i tysk teori, at BVerfG ved proportionalitetsvurderingen søger en rimelig balance mellem de modstående hensyn.⁵³⁹

I „Medbestemmelses-dommen“ fra 1979 (BVerfGE 50, 290 (340f)) om indgreb i ejendomsretten udlagde BVerfG proportionalitetskravet som et krav om „*verhältnismäßigen Ausgleich*“, idet det udtrykkeligt tilføjedes, at „*Diesen Grundsätzen entspricht es wenn Eigentumsbindungen stets verhältnismäßig sein müssen*“. I „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (185)) om indgreb i den personlige frihed udlagde BVerfG tilsvarende proportionalitetskravet som et krav om „*angemessenen Verhältnis*“.

EMDs praksis er heller ikke helt entydig, hvad angår proportionalitetskravets indhold. Generelt kræves, at indgrebet er „*proportionate to the legitimate aim pursued*“.⁵⁴⁰

Undertiden har EMD nærmest anlagt en „statsvenlig“ proportionalitetsvurdering ved blot at kræve, at indgrebet ikke må være ude af proportioner („*excessive*“).⁵⁴¹

En mild proportionalitetsvurdering anvendes ved håndhævelse af diskriminationsforbudet i artikel 14. Her er proportionalitetskravet først krænket, hvis der er „*no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be pursued*.“ (Belgisk Sprogstrid EMD 6, 1968, pr. 34).

I mange afgørelser synes EMD dog at forstå proportionalitetskravet som et krav om en „*fair balance*“ mellem individbeskyttelse og offentlighedens interesse.⁵⁴² Principiel er EMDs udtalelse i *Soering* fra 1989 (EMD 161, pr. 89):

539. Jf. bl.a. Stern, Staatsrecht Band III/2, 1994, side 814f og side 835, hvorefter BVerfG reelt forstår forholdsmæssighedskravet som et krav om „praktischer Konkordanz“ eller „angemessenen Ausgleich“, omend det er svært at eftervise klart (undtagen ved indgreb i ejendomsretten, note 445). Tilsvarende Grimm, *Das Grundgesetz nach Vierzig Jahren*, NJW 1989, side 1308; Lerche, *Grundrechtsschranken*, 1992, side 777ff; Classen, AöR 1997, side 100.

540. Jf. Harris m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 1995, side 11.

541. Se også van Dijk og van Hoof, 1998, side 80.

542. Se f.eks. *Sporrong Lönnroth* EMD 52 (1982), pr. 69 og *Buckley* (EMDs nye domsserie 1996 IV, nr. 16, pr. 76). Se også Harris m.fl., 1995, side 11f; van Dijk og van Hoof, 1998, side 80.

„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.“

Grundsætningen om *in dubio pro libertate* er dog samtidig et anerkendt princip i EMDs praksis.⁵⁴³ EMD har – i modsætning til BVerfG – også i flere tilfælde anlagt en “individvenlig” proportionalitetsvurdering ved at kræve, at rettighedsbegrænsninger skal være begrundet i “*a pressing social need*” (således *Handyside* EMD 24 (1976)) og ved generelt at fortolke rettighedens beskyttelsesområde udvidende og begrænsningsklausuler indskrænkende (se eksempelvis *Guzzardi* EMD 39 (1980), pr. 95 og 98). Grundsætningen om *in dubio pro libertate* er dog af begrænset værdi i de sager, hvor indgrebet sker til beskyttelse af andres rettigheder.⁵⁴⁴

Dansk ret må ligeledes antages at operere med et krav om grundrettighedsindgrebs forholdsmæssighed.⁵⁴⁵ Dette gælder naturligvis ved håndhævelsen af EMRK, men også – i det omfang en materiel beskyttelse anerkendes – inden for Grundlovens rammer. Indgrebet skal ikke blot være et egnet og nødvendigt middel til at opnå formålet, men må tillige være proportionalt – nødvendigt i et demokratisk samfund.

Germer udtaler om frihedsrettighederne, at „*det må kræves, at reguleringen sker til varetagelse af væsentlige offentlige interesser (...) og at reguleringen ikke er mere indgribende end formålet tilsiger.*“⁵⁴⁶ Zahle skriver om Grl § 77, at “*sanktionen må stå i rimeligt forhold til den eventuelle krænkelse*” og om Grl § 78, at “*stipuleringen af foreningens øjemed som ulovligt skal kunne anses for et nødvendigt skridt til opretholdelse af et demokratisk samfund, jf. herved EMRK art 11.*” Munch udtaler om ytringsfriheden, at der ved begrænsninger foretages en konkret afvejning af de modstående hensyn og en proportionalitetsvurdering.⁵⁴⁷

543. Jf. Lorenzen m.fl., 1994, side 43f; Bernhardt, 1994, side 306f; van Dijk og van Hoof, 1998, side 75.

544. Jf. Bernhardt, *Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights*, 1994, side 306f.

545. Se Michael H. Jensen, *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning*, UfR 1994 B, side 336f.

546. Germer, *Statsforfatningsret*, 1995, side 20f.

547. Munch, *Trykkefrihed og forbud*, UfR 1982 B, side 61ff (side 67f).

Højesteret anlagde i „Rocker-dommen“ (UfR 1999.1798 H) en forholdsmæssighedsbetragtning svarende til EMDs ved vurderingen af „rocker-lovens“ forenelighed med Grl § 79.

Højesteret udtalte, at indgreb i forsamlingsfriheden efter Grl § 79 ikke må gå videre, end det er nødvendigt i et demokratisk samfund, jf. herved også EMRK artikel 11. Højesteret fandt, at „rocker-loven“ opfyldte forholdsmæssighedskravet, da lovens forbud mod rockernes ophold i „rocker-borgene“ 1) var egnet til at beskytte forbipasserende og nærboende 2) var nødvendigt, fordi en sådan beskyttelse uden forbudet kun kunne opnås ved en omfattende og mere indgribende politiindsats, samt 3) var proportionalt, da forbudet var et beskedent indgreb i forhold til den herved opnåede beskyttelse af nærboende og forbipasserende.⁵⁴⁸

3.2.5 Forholdsmæssighedsgrundsætningen og væsensindholdslæren

Med forholdsmæssighedsgrundsætningens krav om en forholdsmæssig balance mellem de modstående hensyn har væsensindholdslæren ingen selvstændig betydning som en absolut grænse for grundrettighedsindgreb. Derimod kan væsensindholdslæren have stor værdi som argumentationsfigur og „tommelfingerregel“ ved den normative afvejning i forbindelse med proportionalitetsvurderingen.

3.2.5.1 Væsensindholdslæren som absolut grænse for indgreb

Forestillingen om grundrettighedernes ukrænkelige og absolut beskyttede „væsensindhold“ har fundet positivt udtryk i den tyske grundlovs artikel 19, stk 2, som fastslår, at: „*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.*“

I tysk teori er det omstridt, hvorvidt væsensindholdslæren har selvstændig betydning som absolut grænse for grundrettighedsindgreb ved siden af kravet om forholdsmæssighed. Efter en *relativ* teori giver væsensindholdslæren ikke en beskyttelse, som ikke allerede følger af forholdsmæssighedskravet. Grundrettighedens væsensindhold er det, der bliver tilbage efter en konkret afvejning af grundrettigheden over for modstående forfatningshensyn med det formål at finde en forholdsmæssig balance.⁵⁴⁹ Efter en *absolut* teori indebærer væsensindholdslæren derimod,

548. Se om dommen også ovenfor kapitel 5, afsnit 4.4.2.2 og nedenfor kapitel 9, afsnit 4.6.

549. Således Häberle, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (3. oplag 1983), side 234ff; Alexy, 1986, side 267ff; Hesse, 1995, side 148f.

at grundrettigheden har en absolut kerne, som lovgiver under ingen omstændigheder må gribe ind i.⁵⁵⁰

BVerfGs praksis er ikke helt entydig med hensyn til den fortsatte relevans af væsensindholdslæren ved siden af forholdsmæssighedskravet.

I den ledende dom om forholdsmæssighedsgrundsætningen – „Apotekdommen“ fra 1958 (7, 377 (409)) – lod BVerfG spørgsmålet om væsensindholdsgarantiens selvstændige betydning stå åbent, fordi forholdsmæssighedsvurderingen i sig selv førte til en „*sachgemäßen Begrenzung*“ af lovgivers indgrebsmuligheder.

Flere – navnlig ældre – afgørelser viser, at BVerfG ihvertfald i princippet anerkender væsensindholdsgarantiens absolutte karakter. BVerfG har imidlertid ikke i nogen af disse afgørelser anset „væsensindholdet“ for krænket.

I dommen om „Hemmelige båndoptagelser“ fra 1973 (BVerfGE 34, 238 (245)) udtalte BVerfG utvetydigt, at „*Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen; eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes findet nicht Statt*“. Se tilsvarende en afgørelse fra 1989 (BVerfGE 80, 367 (373f)).

BVerfG har imidlertid måttet erkende, at en rettigheds „væsensindhold“ ikke lader sig fastlægge abstrakt, men alene ved konkret afvejning. At væsensindholdsgarantien således reelt opluges af forholdsmæssighedsgrundsætningen fremgår af den hidtil eneste dom, hvor BVerfG har erklæret en lov ugyldig som stridende mod væsensindholdsgarantien⁵⁵¹: „Ungdomsvelfærdsdommen“ fra 1967 (BVerfGE 22, 180 (219f)).

Sagen angik en lov om tvangsanbringelse i særlig anstalt af sjæleligt svage voksne mennesker, der – skønt de ikke er til fare for sig selv eller andre – lever et liv i vanrøgt. BVerfG fastslog, at loven udgjorde et indgreb i den personlige friheds væsensindhold. Dette var dog ikke i sig selv ensbetydende med, at indgrebet var forfatningsstridigt: „*Worin der unantastbare Wesensgehalt eines Grundrechts besteht, muß für jedes Grundrecht aus seiner besonderen Bedeutung*

550. Stern formulerer den absolutte teori således: „*Gegenüber dem Wesensgehalt gibt es keine höher-rangigen Rechtsgüter*.“ (Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 867, jf. også 872).

551. Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 851.

im Gesamtsystem der Grundrechte ermittelt werden.“ BVerfG udtalte, at den personlige frihed er et så vigtigt retsgode, at den kun kan begrænses ud fra særligt tungtvejende grunde. Tvangsanbringelse kan retfærdiggøres, hvis en person er til fare for almenheden eller for sig selv, men ikke alene, fordi en person lever et usselt og udsvævende liv: „*Da der Zweck der Besserung eines Erwachsenen als gewichtiger Grund für die Entziehung der persönlichen Freiheit nicht ausreichen kann, tastet [lovens regler om tvangsanbringelse] das Grundrecht der persönlichen Freiheit in seinem Wesensgehalt an.*“ Således fastlagde BVerfG det ukrænkelige væsensindhold som det, der blev tilbage efter en konkret forholdsmæssighedsvurdering.

BVerfG henviser nu kun sjældent til væsensindholdsgarantien. Og selv om BVerfG principielt fastholder væsensindholdslæren, er det som anført vanskeligt at finde konkrete tilfælde, hvor væsensindholdsgarantien har ført til en videregående beskyttelse end forholdsmæssighedskravet. Der er da også i tysk teori overvejende enighed om, at væsensindholdsgarantien nu er uden selvstændig materiel betydning ved siden af forholdsmæssighedskravet.⁵⁵² BVerfGs udtalelse i en afgørelse fra 1981 (BVerfGE 58, 300 (348)) om beskyttelse af ejendomsretten synes at bekræfte dette:

„Die dem Gesetzgeber bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung gezogenen Grenzen ergeben sich unmittelbar aus der Instituts- und Bestandsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG [ejendomsretten] und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Werden diese Grenzen eingehalten, kann kein Verstoß gegen Art. 19 Abs. 2 GG [væsensindholdsgarantien] vorliegen.“

I EMRK findes ingen væsensindholdsgaranti. EMD henviser dog undertiden til det synspunkt, at rettighedsbegrænsninger aldrig må gribe ind i rettighedens „essence“. Dette argument fremhæves dog nærmest som et forbehold i tilfælde, hvor EMD finder at måtte foretage en mild proportionalitetsvurdering.⁵⁵³ EMD har anerkendt, at selv meget alvorlige ind-

552. Se Alexy, 1986, side 271f; Stern, *Idee und Elemente* ..., 1992, side 95; Stern, *Staatsrecht*, Band III/2, 1994, side 850–55; Hesse, 1995, side 148f; Grimm, 1994, side 276 formulerer det således: “Operating at an earlier stage than the essential content limit in art. 19(2), the proportionality principle has rendered the former almost insignificant”.

553. Se f.eks. Ashingdane EMD 93 (1985), pr. 57; Mathieu-Mohin and Clerfayt EMD 113 (1987), pr. 52.

greb i EMRKs rettigheder kan være konventionsmæssige, hvis de modstående hensyn – være sig generelle samfundshensyn eller hensyn til beskyttelse af andres rettigheder – er tilstrækkeligt tungtvejende.⁵⁵⁴

3.2.5.2 Væsensindholdslæren som argumentationsfigur

Væsensindholdslæren kan derimod have værdi som argumentationsfigur og „tommelfingerregel“ ved proportionalitetsvurderingen. Væsensindholdslæren er en stadig påmindelse om, at forholdsmæssighedsgrund-sætningen må anvendes med rettighedens „væsensindhold“ in mente.⁵⁵⁵ Jo nærmere et indgreb kommer på rettighedens „kerne“, desto stærkere må de rettighedsbegrænsende hensyn være. I rettighedens inderste kerne kan rettighedsbegrænsninger normalt ikke retfærdiggøres. Dette er helt i overensstemmelse med principteoriens afvejningsformel (ovenfor afsnit 1).

I dansk ret anfører Albæk Jensen i overensstemmelse hermed, at Germers teori om uindskrænket materiel ytringsfrihed vedrørende offentlige anliggender vel ikke kan anerkendes som absolut, men at den dog kan give et vægtigt udgangspunkt for afvejningen i sager, hvor ytringsfriheden kolliderer med modstående hensyn. Indgreb i ytringsfriheden vedrørende emner af offentlig interesse må kræve tungtvejende grunde.⁵⁵⁶ Således får Germers teori reel værdi som en positiv afgrænsning af ytringsfrihedens „kerne“, inden for hvilken ytringsfriheden har en stærk prioritet.⁵⁵⁷

I *BVerfGs praksis* varierer proportionalitetskravets tyngde afhængig af indgrebets intensitet og den konkrete vægt af henholdsvis rettighedshensynet og de modstående hensyn. Jo mere intensivt indgrebet er, desto større vægt må de indgrebsbegrundende hensyn have. Indgreb i grundrettighedens „kerne“ kræver meget tungtvejende grunde.

I „Apotek-dommen“ fra 1958 (3, 377 (402)) om næringsfriheden udtalte BVerfG, at „*der Gesetzgeber vielmehr um so stärker beschränkt ist, je mehr er in die Freiheit der Berufswahl eingreift*“. I dommen om „Fælleskørselscentraler“ fra

554. Jf. Aall, *Domstolsadgang og domstolsprøvning i menneskerettigheds-sager*, TfR 1998, side 118. Aall nævner dommen i *Mc Cann* EMID 324 (1995), hvor statens ret til om nødvendigt at tage liv for at redde andres liv forudsætningsvis anerkendes, jf. EMRK artikel 2.

555. Tilsvarende Lerche, *Grundrechtsschranken*, 1992, side 795.

556. Albæk Jensen, 1999, side 442.

557. Jf. om prioriteret afvejning ovenfor afsnit 2.5.

1964 (BVerfGE 17, 306 (313f)) udtalte BVerfG om den personlige handlefrihed, at jo mere et lovindgreb berører „*elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit*“, desto stærkere grunde må det have. I dommen om „Herrnburger-beretningen“ fra 1987 (BVerfGE 77, 240 (254)) om reklame for et kunstværk udtalte BVerfG, at ikke alle handlinger med forbindelse til kunstfriheden nyder samme beskyttelse: „*staatliche Eingriffe [sind] um so weniger zuzulassen, je näher die umstrittene Handlung dem Kern der Kunstfreiheit zuzuordnen ist ...*“ I „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (172)) om straffebestemmelser mod cannabis-besiddelse, udtalte BVerfG, at forholdsmæssighedsgrundsætningen „*kommt gesteigerte Bedeutung für die Prüfung einer Strafvorschrift zu, die als schärfste dem Staat zur Verfügung stehende Sanktion ein soziales Unwerturteil über ein bestimmtes Handeln des Bürgers ausspricht* [et sådant indgreb må derfor være retfærdiggjort ud fra] *besonders gewichtigen Gründen*“.

Også i *Høyesteretts praksis* har væsensindholdssynspunktet haft en vis betydning for afvejningen mellem modstående hensyn. Et eksempel er „Kjuus-dommen“ (Rt 1997.1821).

I „Kjuus-dommen“ foretog flertallet en afvejning mellem hensynet til ytringsfriheden og hensynet til beskyttelse mod racediskrimination. Flertallet udtalte, at ytringsfrihedshensynet måtte have særlig vægt i sagen, da den angik ytringsfrihedens „kerne“ – ytringsfriheden for politiske partier (side 1831): „*Lovgiver har en viss adgang til, gjennom en afveining af hensynet til ytringsfriheten mot hensynet til andre beskyttelsesverdige interesser, å gjøre begrensninger i ytringsfriheten. Men netop fordi vi befinner oss i kjerneområdet for ytringsfriheten, vil adgangen til å beskjære denne være meget begrenset.*“ Flertallet fandt alligevel, at hensynet til beskyttelse mod racediskrimination vejede tungest i den konkrete sag. Mindretallet synes derimod reelt at have afskåret en konkret afvejning ved at give den partipolitiske ytringsfrihed forrang ud fra et (absolut) væsensindholdssynspunkt (side 1835f).

Også i *EMDs praksis* varierer proportionalitetskravets strenghed afhængig af rettighedens karakter og indgrebets tyngde. Intensive indgreb kræver særligt gode grunde. Det udtalte EMD bl.a. i *Klass* (EMD 28 (1978)) om hemmelig telefonaflytning, i *Dudgeon* (EMD 45 (1981)) om straf for homoseksualitet og *Gillow* (EMD 109 (1986)) om hjemmets fred.⁵⁵⁸

558. Jf. van Dijk og van Hoof, 1998, side 89; Aall, TfR 1998, side 117. Se også nedenfor kapitel 13, afsnit 2.3.

I dansk retspraksis har Højesteret i foromtalt "Rocker-dom" (UfR 1999.1798 H) inddraget væsensindholdsargumentet. Højesteret lagde vægt på, at loven ikke berørte „kernen“ i forsamlingsfriheden efter GrL § 79, da den ikke var rettet mod rocker-gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse.⁵⁵⁹

3.3 (Grund)rettighedskollisioner i sager mellem private

Udenfor de traditionelle indgrebstilfælde (grundrettigheden rummer hjemmel til lovindgreb) kan grundrettigheder kolliderer indbyrdes i sager mellem private. Her må en forholdsmæssig balance udfindes ved en mere fri, gensidig afvejning („balancing“).

3.3.1 Rettighedskollisioner mellem private – kravet om afbalancering

Grundrettigheder kan indirekte kolliderer indbyrdes i retsforhold mellem private, hvor et individs frihed kolliderer med et andet individs ret til beskyttelse (middelbar Drittwirkung).⁵⁶⁰ Grundrettigheder kan også kolliderer med andres rettigheder efter lovgivningen. Retten til ytringsfrihed kan kolliderer med personlighedsbeskyttelsen (ære og privatliv); demonstrationsfriheden kan kolliderer med privatlivets fred etc.

Når (grund)rettighedskollisionen foreligger i en retstvist mellem to private parter, forekommer det kunstigt at anvende indgrebskonstruktionen og dermed forholdsmæssighedsgrundsætningen. Der foreligger intet lovhjemlet indgreb som grundlag for en vurdering af egnethed, nødvendighed og proportionalitet ud fra lovens formål, men alene to rettighedshensyn, hvoraf det ene påstås krænket gennem udøvelse af det andet. I disse kollisionstilfælde må derfor foretages en mere fri, gensidig afbalancering af de kolliderende rettighedshensyn for at finde en rimelig balance mellem dem.⁵⁶¹

Afvejningen er ikke altid „ligeværdig“. Som i indgrebstilfælde kan der ved grundrettighedskollisioner mellem private være en forhåndsprioritet

559. Se om dommen også ovenfor kapitel 5, afsnit 4.4.2.2 og nedenfor kapitel 9, afsnit 4.6.

560. Jf. herom ovenfor kapitel 7, afsnit 3.2.

561. Jf. Herzog, EuGRZ 1990, side 485; Stern, *Idee und Elemente ...*, 1992, side 93; Lerche, *Grundrechtsschranken ...*, 1992, side 783ff og 789; Hesse, 1995, side 142; Kästner, *Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrechtlichen Rechtsprechung*, AöR 1998, side 408-43.

for det ene rettighedshensyn. Hvad der ovenfor er anført om væsensindholdslærens betydning som argumentationsfigur ved vurdering af proportionaliteten af grundrettighedsindgreb, gælder tilsvarende ved (grund)rettighedskollisioner mellem private. Afbalanceringen mellem de kolliderende rettighedshensyn kan komme til at berøre den ene rettigheds „kerneområde“, og da må grundene for alligevel af begrænse rettigheden være meget tungtvejende.

3.3.2 Kravet om afbalancering i retspraksis

Efter BVerfGs *praksis* er målestokken for afvejningen ved grundrettighedskollisioner i privatretlige sager – i overensstemmelse med princippet om forfatningens enhed – kravet om en rimelig udligning eller praktisk konkordans mellem de kolliderende principper.⁵⁶² Denne balance findes ved en indbyrdes materiel afvejning.

Således f.eks. den ledende „Lüth-dom“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (209)), hvor ytringsfriheden kolliderede med personlighedsretten (æren), og hvor BVerfG pålagde de almindelige domstole at realisere „den verfassungsrechtlich gewollten Ausgleich“ mellem de modstående hensyn. I „Mephisto-dommen“ fra 1971 (BVerfGE 30, 173 (197ff)) kolliderede to grundrettigheder – kunstheden og den personlige ære – i en privatretlig tvist om forfatningsmæssigheden af et fagedforbud. BVerfG udtalte, at da sagen vedrørte et civilretligt søgsmål mellem to private parter, kunne forholdsmæssighedsgrundsætningen ikke – som ved statsindgreb i grundretlige friheder – anvendes ved BVerfGs prøvelse af fagedforbudets forfatningsmæssighed (side 199). Konflikten mellem de to grundrettigheder kunne kun løses ved en konkret „wertender Abwägung“ af de kolliderende grundrettigheder (side 197) med det formål „Interessenkonflikte zwischen rechtlich gleichgeordneten Rechts subjekte möglichst sachgerecht zu lösen“ (side 199). Se tilsvarende „Kreditaftale-dommen“ fra 1993 (BVerfGE 89, 214 (232)): „Mit der Pflicht zur ausgestaltung der Privatrechtsordnung stellt sich dem Gesetzgeber ein Problem **praktischer Konkordanz**. Am Zivilrechtsverkehr nehmen gleichrangige Grundrechtsträger Teil, die unterschiedliche Interessen und vielfach gegenläufige Zielen verfolgen.(...) Die kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und so zu begrenzen daß sie für alle Beteiligten **möglichst weitgehend wirksam** werden.“ (mine udhævninger)

I dansk retspraksis gælder noget tilsvarende i sager mellem private, hvor rettigheder kolliderer indbyrdes. Dette ses navnlig i retspraksis om afba-

562. Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994 side 620.

lancering af ytringsfriheden over for hensynet til beskyttelse af privatlivets fred og personers ære.⁵⁶³

I nogle kollisionstilfælde er afvejningen „ligeværdig“; i andre har det ene hensyn prioritet.

I „Grønjakke-sagen“ (UfR 1989.399 H) om ytringsfrihed ctr. beskyttelse mod racediskrimination og “Nordvang-sagen” (UfR 1989.726 H) om ytringsfrihed ctr. beskyttelse af den personlige integritet forelå ligeværdige hensyn. I „Witte-sagen“ (UfR 1980.1037 H) om kunstnerisk ytringsfrihed ctr. erhvervslivets økonomiske interesser havde hensynet til den kunstneriske ytringsfrihed prioritet.

Ligeledes får væsensindholdssynspunkter undertiden betydning for argumentationen, idet dette dog ikke indebærer en absolut forrang i kollision med modstående hensyn.

I sagen om „Vejle Amts Folkeblad“ (UfR 1997.259 H), som angik en kollision mellem hensynet til mediefriheden og den personlige ære i en privat straffesag, inddrog Højesteret væsensindholdssynspunktet. Retten lagde – inspireret af EMDs praksis – vægt på, at der ikke opstilles begrænsninger i det, der er „kernen“ i mediernes ytringsfrihed: Mediernes rolle som offentlighedens kontrol- og informationsorgan. At hensynet til mediernes rolle som „public watchdog“ ikke begrunder en absolut beskyttelse ses dog af UfR 1999.122 H, hvor to journalister havde produceret en TV-udsendelse, som reelt indeholdt sigtelser imod en kriminalinspektør for at have undertrykt bevismateriale i en straffesag. Højesteret fandt, at pressens kritiske vurdering af politiets efterforskning var en varetagelse af pressens rolle som „public watchdog“, men at dette ikke kunne retfærdiggøre de grove og uunderbyggede sigtelser mod en bestemt person.

4. Sammenfattende konklusion

De fleste grundrettigheder er ikke ubegrænsede rettigheder, men principper med en vis vægt. De gælder inden for rammerne af et stats- og samfundsfællesskab og kan derfor kolliderer med almene samfundshensyn eller med hensynet til andres rettigheder.

Grundrettighedsbegrænsning som resultat af en principkollision. Princip-teorien danner udgangspunkt for stillingtagen til grundrettighedsbe-

563. Se ovenfor afsnit 2.4 og nedenfor kapitel 9, afsnit 4.6. Se også Torben Jensen, 1999, side 272ff.

grænsningens metode og målestok. Grundrettigheder med principkarakter er relative normer med en vis, konkret vægt. De er optimeringskrav, som skal realiseres i videst muligt omfang, men begrænset af de faktiske muligheder og af modstående principper – almene samfundshensyn eller hensynet til beskyttelse af andres rettigheder. Principteorien modsvarer princippet om praktisk konkordans, og dens konsekvenser harmoniserer generelt med grundrettighedspraksis. Principteorien implicerer den konkrete afvejningsmetode og forholdsmæssighedsgrundsætningens krav om et rettighedsindgrebs egnethed, nødvendighed og proportionalitet.

Bred fastlæggelse af grundrettighedens beskyttelsesområde. Grundrettighedernes beskyttelsesområde angiver området for den potentielle grundrettighedsbeskyttelse. Beskyttelsesområdet bør ud fra princippet om effektiv grundrettighedsbeskyttelse fastlægges ret bredt. I tvivlstilfælde bør rettighedens beskyttelsesområde fortolkes udvidende til fordel for individet. Således må også læren om „immanente“ begrænsninger for bestemte persongrupper begrundet i anstaltsforhold m.v. afvises. En bred definition af grundrettighedens beskyttelsesområde medfører flere kollisioner med modstående principper og dermed et større behov for konkret afvejning, men fører ikke i sig selv til en mere omfattende materiel grundrettighedsbeskyttelse. Omfanget af den reelle grundrettighedsbeskyttelse beror på den konkrete afvejning og de materielle krav, som herved stilles til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsninger.

Grundrettighedsbeskyttelsens grænser fastlægges ved konkret afvejning. I overensstemmelse med princippet om praktisk konkordans må grundrettighedsbeskyttelsens grænser fastlægges ved konkret afvejning mellem rettighedshensynet og de modstående hensyn. Kun herved sikres materielt „rigtige“ resultater. Grundrettighedsbeskyttelsen kan ikke afgrænses abstrakt. Konkret afvejning er nødvendig, også hvor det (ene) grundretlige princip tilkendes en fortrinsstilling. En sådan prioritering giver afvejningen et udgangspunkt ved at lægge en særlig argumentationsbyrde på de modstående hensyn, men erstatter ikke behovet for konkret afvejning.

Materielle krav til retfærdiggørelse af grundrettighedsbegrænsning. I overensstemmelse med principperne om forfatningens enhed og praktisk konkordans er det generelle krav ved begrænsninger i grundrettigheder, at der skal findes en rimelig eller forholdsmæssig balance mellem de modstående hensyn (principper).

Kravet om en forholdsmæssig balance gælder således som udgangspunkt uanset, om begrænsningen foretages af lovgivningsmagten⁵⁶⁴, forvaltningen eller af domstolene.

Kravet om en forholdsmæssig balance gælder endvidere uanset, om begrænsningen er begrundet i almene samfundshensyn, hensynet til andres (grund)rettigheder eller i en kombination af disse hensyn. Imod en forskellig målestok afhængig af det indgrebsbegrundende hensyns karakter taler foruden principperne om forfatningens enhed og praktisk konkordans også, at sondringen mellem samfunds- og individhensyn ofte ikke er skarp. Mange indgreb er begrundet i såvel almene hensyn som hensynet til beskyttelse af andres rettigheder.

Kravet om en forholdsmæssig balance gælder endelig uanset, om begrænsningen har karakter af et indgreb i grundrettigheden (med hjemmel i denne) eller følger af en grundrettighedskollision i sager mellem private.

Ved grundrettighedsindgreb udfindes balancen som led i forholdsmæssighedsgrundsætningens krav om indgrebets egnethed, nødvendighed og proportionalitet. Egnetheds- og nødvendighedskravet adskiller forholdsmæssighedsgrundsætningen fra den rene afbalancering. Det offentlige må godtgøre eller sandsynliggøre, at indgrebet er et egnet og nødvendigt middel til opnåelse af lovens formål. For proportionalitetsvurderingen indebærer kravet om en forholdsmæssig balance både en afstandtagen fra en traditionel „statsvenlig“ proportionalitetsvurdering (hvorefter indgrebet godkendes, blot det ikke (åbenbart) er ude af proportion) og fra en „individvenlig“ proportionalitetsvurdering (hvorefter der er en formodning for rettighedshensynet – *in dubio pro libertate*).

Læren om grundrettighedernes ukrænkelige „væsensindhold“ har ingen selvstændig betydning som absolut grænse ved siden af proportionalitetskravet. Som argumentationsfigur kan væsensindholdslæren dog have værdi. Indgreb i en rettigheds „kerne“ kan kun undtagelsesvis retfærdiggøres og alene ud fra særdeles tungtvejende hensyn.

564. Selv om det generelle forfatningsretlige direktiv til lovgiver ved grundrettighedsindgreb er en optimalt forholdsmæssig balance udelukker dette ikke, at målestokken for domstolenes efterprøvelse af lovindgreb kan være mindre vidtgående ud fra hensynet til den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem lovgiver og domstole. Se nærmere nedenfor Del III om domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningsmagten, kapitel 10, afsnit 2 (generelt teoretisk) og kapitel 12, afsnit 4.1 (om forholdsmæssighed).

Ved grundrettighedskollisioner i sager mellem private udfindes den forholdsmæssige balance ved en mere fri, gensidig afbalancering. Der foreligger intet lovindgreb og dermed intet lovformål, ud fra hvilket en egnetheds- og nødvendighedsvurdering kan foretages.

Kravet om forholdsmæssig balance er ingen trylleformel. Hvad der er forholdsmæssigt, kan kun afgøres i konkrete tilfælde.⁵⁶⁵ Det er derfor en forudsætning for, at forholdsmæssighedsafvejningen ikke ender i vilkårlig skønsudøvelse, at den så vidt muligt baseres på udførlige og principielle begrundelser (se nærmere nedenfor kapitel 9).

565. Jf. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 1995, side 29.

Om begrundelse af grundretlige afgørelser

Som tidligere omtalt har fortolkerens materielle grundforestillinger (forforståelse) stor betydning for grundrettighedsfortolkningen. Forforståelsens betydning følger allerede af den konkrete grundrettighedsfortolknings retsskabende karakter, men styrkes yderligere med en mere “fri” – formålsorienteret og dynamisk – fortolkningsstrategi. Fortolkningens materielle forforståelse kan i et vist omfang struktureres gennem formulering af nogle generelle materielle-strukturelle fortolkningsprincipper, som skal være retningsgivende for såvel den abstrakte fortolkning som den konkrete udlægning af grundrettighederne. Sådanne principper kan dog aldrig blive mere end pejlemærker for fortolkningen; de fører ikke af sig selv til konkrete resultater. Det resterende „rationalitetshul“ i den grundretlige argumentation må udfyldes gennem åbne og udførlige normative begrundelser for de konkrete afgørelser. Den grundretlige begrundelses betydning og indhold er emnet for dette kapitel.

1. Begrundelsens betydning for autoriteten af domstolenes grundrettighedspraksis

Den essentielle målsætning for domstolenes grundrettighedsfortolkning er at nå frem til et materielt „rigtigt“ resultat ud fra en rationel retlig begrundelse.⁵⁶⁶

Gode og rationelle domsbegrundelser er af afgørende betydning for legitimiteten af domstolenes grundrettighedsfortolkning og -kontrol. Domstolenes autoritet vis-à-vis de øvrige statsorganer og offentligheden kan ikke baseres på magt, men er afhængig af en generel accept af domstolspraksis. Accepten af domstolenes grundrettighedsfortolkning

566. Jf. Alexy, 1986, side 32; Hesse, 1995, side 21.

beror på den enkelte afgørelses overbevisningskraft. Derfor beror autoriteten af domstolenes grundrettighedsfortolkning i sidste ende på, hvordan den grundretlige afgørelse begrundes.⁵⁶⁷ Med Alexander Bickels ord: *“the Constitution is only words – deathless words, but words. And the future will not be ruled; it can only be persuaded.”*⁵⁶⁸

Den amerikanske højesteretspræsident Taney foreslog allerede i 1849: *“That it be regarded hereafter as the law of this court, that its opinion upon the construction of the Constitution is always open to discussion when it is supposed to have been founded in error, and that its judicial authority should hereafter depend altogether on the force of the reasoning by which it is supported.”*⁵⁶⁹

Overbevisningskraften forudsætter i længden som en nødvendig – omend ikke altid tilstrækkelig – betingelse, at den grundretlige afgørelse i videst muligt omfang fremtræder som rationelt begrundet i mere generelle normative synspunkter. Nogleord for domstolenes begrundelse af grundretlige afgørelser bliver således upartiskhed og konsistens. En konkret afgørelse, som er baseret på en principiel og rationel begrundelse, lader sig vanskeligere afvise end en afgørelse, der fremstår uden begrundelse eller som et resultat af et rent skøn. Rationelt begrundede afgørelser kan endvidere kritiseres på rationalt grundlag og fremmer dermed den retspolitiske diskussion.⁵⁷⁰

Tyskeren Christian Starck skriver: *„Ein Zwang zur rationale juristischen Argumentation ergibt sich (...) daraus, daß das Gericht, will es auf die Dauer Autorität gewinnen bzw. erworbene Autorität bewahren, seine Entscheidungen im Zusammenhang sehen und einigermassen konsistent begründen muß. Die Wiederholbarkeit der Begründung setzt aber rationale Argumentation voraus.”*⁵⁷¹

567. Jf. Ehmke, 1963, side 71; Starck, 1976, side 28; Stern, 1980, side 22; Mahrenholz, 1990, side 62; Kriele, 1992, side 103f og 116f; Isensee, JZ 1996, side 1086.

568. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 98.

569. “Passenger-sagerne”, 48 U.S. (7 How.) 283, 470 (1849). Citeret efter Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, HLR, 1959, Vol. 1, side 17.

570. Jf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, side 29.

571. Starck, *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung ...*, 1990, side 22.

2. Begrundelsens konstruktion og indhold

I lyset af det anførte bliver det afgørende, at den virkelige begrundelse for domstolenes konkrete grundretlige afgørelse ikke gemmes bag en konstruktion baseret på traditionelle fortolkningsmetoder. De principielle og konkrete normative hensyn, som har været afgørende for resultatet, må fremgå af afgørelsens præmisser.

2.1 Domsbegrundelse som deduktion (retspositivisme)

Efter et rendyrket retspositivistisk ideal er den retlige subsumption en deduktiv proces: Dommeren udleder af den generelle regel, hvad der gælder i det foreliggende konkrete tilfælde. Dommeren er med Montesquieus ord blot „lovens mund“.

Der er forlængst erkendt, at dette ikke er en dækkende beskrivelse af domstolenes virksomhed. Domstolenes afgørelsesorienterede fortolkning rummer et element af retsskabende virksomhed. Det gælder i særdeleshed i grundrettighedsfortolkningen, hvis udgangspunkt er lapidari-ske bestemmelser med et bredt og ubestemt anvendelsesområde.⁵⁷²

Det retspositivistiske ideal lever imidlertid ofte videre i en overbevisning om, at domstolenes retsskabende funktion er problematisk og ikke bør udstilles. Dette medfører, at retspositivismens subsumptionsideal fortsat får betydning ved konstruktionen af den grundretlige afgørelses begrundelse, selv om afgørelsen reelt er bestemt af andre normative faktorer. De normative overvejelser, som har ført til den retlige afgørelse, gemmes bag en retspositivistisk begrundelse. Denne „illusion“ er retsrealismens og pragmatismens varemærke: domsbegrundelse som facadelegitimation.

2.2 Domsbegrundelse som facadelegitimation (pragmatisme)

Efter Ross' retsrealisme er domsbegrundelsen en pragmatisk „facadelegitimation“. Dommeren når til et resultat ud fra sine egne normative forestillinger, men begrunder resultatet ud fra traditionel retskilde- og metodelære. En sådan facadebegrundelse kan for så vidt være rationel på sine egne præmisser, men den er ikke ægte. Den virkelige normative begrundelse er en anden end den angivne.

572. Jf. ovenfor kapitel 3, afsnit 3 og 4.

Ifølge Ross motiveres dommene af en (fælles) normativ ideologi, men dommerens afgørelse gives ofte en „falsk“ begrundelse, fordi den virkelige begrundelse opleves som illegitim. Ud fra sin retsbevidsthed når dommeren til en afgørelse, og herefter „bygges der en facadelegitimation op, der i højere eller mindre grad afviger fra det, der virkelig har bestemt dommeren.“⁵⁷³

Den dommer, der således begrunder grundretlige afgørelser ud fra en traditionel retskilde- og metodelære – skønt afgørelsen i vidt omfang beror på andre hensyn – vil typisk føle et mindre behov for at give afgørelsen en yderligere normativ begrundelse end den dommer, som åbent vedkender sig grundrettighedsfortolkningens normativt-udfyldende og konkret retsskabende karakter.⁵⁷⁴

Facadebegrundelser sikrer muligt domstolene autoritet på kort sigt, men skader på lang sigt grundrettighedsfortolkningens legitimitet. Med facadebegrundelser er dommeren reelt friere stiller end, hvis han åbent og ærligt skal begrunde det materielle resultat, som han finder er det „rigtige“.

2.3 Domsbegrundelse som en åben argumentationsproces

Domstolenes begrundelse af grundretlige afgørelser bør så vidt muligt hvile på et normativt-rationelt grundlag. En normativt-rationel begrundelse kræver, at begrundelsen er ægte og ikke har facadekarakter. Kun herved lukkes det „rationalitetshul“, som er en følge af den konkrete grundrettighedsfortolknings retsskabende karakter, og som generelle fortolkningsprincipper kun til dels kan udfylde. En god domsbegrundelse er åben og udførlig og inddrager så vidt muligt principielle normative standpunkter.

Bickel skriver om forfatningskontrollen, at domstolenes retsskabelse ikke må skjules bag en positivistisk maske, men bør lægges åbent frem: „*The process is justified only if it is as deliberate and conscious as men can make it (...) the Court should not tell itself or the world that it draws decisions from a text that is incapable of yielding them.*“⁵⁷⁵ Rational begrundelse af grundretlige afgørelser forudsætter en principiel normativ argumentation i overensstemmelse med almin-

573. Ross, *Om Ret og Retfærdighed*, 1953, side 179.

574. Jf. bl.a. Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum*, 1992, side 112ff.

575. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 96.

delige normer for praktisk argumentation. For, som Alexy skriver: *“Grundrechtliche Fragen sind normative Fragen, und allein aus empirischen Sätzen folgen keine normative Sätze.”*⁵⁷⁶

Selv en åben og rational begrundelse fører dog langt fra i alle tilfælde til, at ét bestemt fortolkningsresultat kan hævdes at være *det* rigtige. Navnlig grundrettighedsfortolkning er en åben og praktisk argumentationsproces.⁵⁷⁷ I alle vanskelige grundretlige afgørelser vil der således være et element af konkret, ikke-rationaliserbar vurdering. Normativ argumentation hviler dog på den forudsætning, at nogle argumenter vejer tungere end andre. Som BVerfG principielt udtalte i en afgørelse fra 1990 (BVerfGE 82, 30 (38f)):

*„Die Auslegung insbesondere des Verfassungsrechts hat den Charakter eines Diskurses, in dem auch bei methodisch einwandfreier Arbeit **nicht absolut richtige**, unter Fachkundigen nicht zweifelbare Aussagen dargeboten werden, **sondern Gründe** geltend gemacht, andere Gründe dagegen gestellt werden und schließlich **die besseren Gründe den Ausschlag geben** sollen.“* (mine udhævninger)

Et krav om åben og rationel begrundelse stiller i første række et krav til, hvordan afgørelsen skal retfærdiggøres over for de implicerede parter og offentligheden. Imidlertid kan det ikke udelukkes, at kravet også i visse tilfælde kan medføre, at dommeren må forlade et resultat, som han ud fra sine fordomme, tradition m.v. umiddelbart finder mest nærliggende, men som han må erkende ikke overbevisende lader sig begrunde ud fra legitime fortolkningsprincipper og argumenter.

2.4 Særligt om begrundelse af grundretlige afvejninger

Kravet om rational begrundelse af grundretlige afgørelser trænger sig særligt på, hvor grundrettighedsbeskyttelsen må afgrænses over for modstående hensyn. Som tidligere omtalt må afgrænsning af grundrettighedsbeskyttelsen foretages ved konkret afvejning med det formål at finde en forholdsmæssig balance mellem de involverede hensyn.⁵⁷⁸

576. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1986, side 153.

577. Jf. Alexy, 1986, side 519ff, jf. 143ff; Alexy, *Rights ...*, Ratio Juris 1992, side 150f.

578. Jf. om afgrænsningens metode og målestok ovenfor kapitel 8.

Umiddelbart synes denne afvejning at være en åben og retsskabende proces uden klare retlige holdepunkter. En afvejning kan dog være rationel, for så vidt dens resultat kan begrundes rationelt.⁵⁷⁹ Selv om afvejningen er konkret, betyder dette således ikke, at retsanvenderen er henvist til vilkårlig ad hoc afvejning. Forholdsmæssighedsgrundsætningen og afvejningsmodellen giver en ramme for rationel normativ begrundelse.

Ved grundrettighedsindgreb er forholdsmæssighedsgrundsætnings krav om egnethed og nødvendighed ret klare. Vurderingen heraf beror på faktiske vurderinger af indgrebets virkninger. Derimod beror vurderingen af kravet om mål/middel proportionalitet på en normativ afvejning. Ved grundrettighedskollisioner afhænger udfindelsen af en rimelig balance mellem de modstående hensyn af en tilsvarende normativ afvejning.

For den normative afvejning, som herefter bliver nødvendig i alle tilfælde af grundrettighedsbegrænsning, følger en vis rationel struktur allerede af den tidligere omtalte afvejningsformel. Afvejningsformlen siger, at jo mere det ene princip begrænses (ikke realiseres), desto større vægt (normativ betydning) må realiseringen af det andet princip have i den konkrete sag.⁵⁸⁰ Det som skal begrundes i afvejningssager er således

- (1) graden af princippernes vægt (normative betydning) i sagen
- (2) graden af princippernes begrænsning (ikke-realiserings) i resultatet.

Ved begrundelse af denne afvejnings resultat må dommeren anvende almindelig juridisk argumentation. Herved kan blandt andet indgå overvejelser om, hvorvidt et af de modstående hensyn nyder en generel forhåndsprioritet og, hvorvidt et grundrettighedsindgreb berører rettighedens kerne – dens „væsensindhold“.⁵⁸¹

Begrundelse af grundretlige afvejninger bliver en blanding af faktisk beskrivelse og værdidomme. Dels må de faktiske antagelser, som lægges til grund, begrundes (hvorfor er de plausible?); dels må de normative vurderinger og forudsætninger, som lægges til grund, begrundes (hvorfor er de „fornuftige“?). En sådan argumentation er nødvendig i al vanskelig fortolkningsvirksomhed. For så vidt er grundretlig argumentation i afvejningstilfælde hverken mere eller mindre rationel end almindelig juridisk argumentation.⁵⁸²

579. Jf. Alexy, 1986, side 143f; Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994, side 836, jf. 817.

580. Jf. Alexy, 1986, side 146; Jf. Alexy, *Individual rights ...*, 1992, side 178.

581. Se nærmere om forhåndsprioritet og om væsensindholdslæren ovenfor kapitel 8, afsnit 2.5 hhv. 3.2.5.

582. Jf. Alexy, 1986, side 149ff; Jf. Alexy, *Individual Rights ...*, 1992, side 177.

3. Begrundelse i BVerfGs og Høyesteretts praksis

BVerfG og Høyesterett er hver på deres måte gode eksempler på domstole, der baserer grundrettslig fortolkningen på åpne og utførlige – og så vidt muligt rasjonelle – begrunnelser. Den forudgående fremstilling inneholder flere illustrasjoner heraf.

BVerfG har drevet rasjonalitetskravet meget vidt. Næppe nogen annen domstol ledsager sine avgjørelser av så utførlige og systematiske begrunnelser. BVerfGs argumentasjon er stringent – undertiden grænsende til det pedantiske – og klart preget av de tette bånd til rettsvidenskapen.

BVerfG har i „Soraya-dommen“ fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (287)) uttrykt sitt prinsipielle syn på de krav, der må stilles til domstolenes selvstendige, konkrete rettskabelse i et „retstomt rum“:

*„Der Richter muß sich dabei von Willkür freihalten; seine Entscheidung muß auf **rationaler Argumentation** beruhen. Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke **nach dem Maßstäben der praktischen Vernunft** und den „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“ (mine udhævnninger).*

Høyesterett har likeledes lang tradition for utførlige domsbegrunnelser, hvor de reelle hensyn legges åpent frem og begrundes.⁵⁸³ Høyesteretts begrundelsesstil er imidlertid en annen end BVerfGs. BVerfGs kontinentale høytidelighet er afløst av større formløshet og en essayistisk fremstilling i stil med anglo-amerikansk common-law tradition.

Høyesteretts begrundelsestradisjon er således langt mere åpen og utførlig end danske domstoles – herunder den danske Høyesteretts. En del av forklaringen herpå er, at voteringen ved Høyesterett – i modsætning til voteringen ved vår Høyesteret – er offentlig. Votering og domsbe-

583. Skoghøy, *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*, Lov og Rett 1996, side 209f, finder, at Høyesterett endog – under påvirkning fra EMD og EFD – i stigende omfang argumenterer åpent ut fra “reelle hensyn” og i stigende grad formulerer prinsipielle premisser for sine avgjørelser.

grundelse er dermed sammenfaldende.⁵⁸⁴ Dette forklarer dog næppe hele forskellen. I gennemgangen af dansk retspraksis nedenfor (afsnit 4) drages paralleller til Højesterets praksis, som illustrerer forskellen.

4. Begrundelse i dansk grundrettighedspraksis

Danske domstole – herunder Højesteret – har lang tradition for en pragmatisk begrundelsesstil med ret kortfattede og konkrete domsbegrundelser, som ikke mindst har baggrund i en traditionel tilbageholdenhed fra domstolene over for at tiltage sig en såkaldt retsskabende funktion ud over, hvad der er strengt nødvendigt.⁵⁸⁵ Denne tradition er i stigende omfang blevet kritiseret. Det påpeges, at retssikkerhedshensyn tilsiger en mere udførlig og principiel begrundelsesstil, navnlig i sager, hvor domstolene er retsskabende.

Gomard anfører, at domstolenes retsskabende funktion generelt må baseres på principielle begrundelser: *„Både hensyn til retssikkerhed og lighed for loven kræver, at domstolenes retsskabende virksomhed, så vidt det er muligt, udøves ved udvikling af bestemte generelle retningslinjer og ikke alene ved et konkret skøn over løsningen af den enkelte sags problemer.“*⁵⁸⁶ I Advokatrådets Retssikkerhedsprogram fra 1994 udtales side 27: *“Den danske retstradition er i sammenligning med mange andre retssystemer præget af en udpræget pragmatisme. Det gode ved denne tradition er, at man søger at finde resultater, der så vidt muligt tilfredsstillende alle involverede parter. Det dårlige ved denne tradition er, at sansen for fundamentale retsspørgsmål sløves, og at der opstår en tendens til at finde konkrete løsninger på selv særdeles principielle spørgsmål.”*

En pragmatisk og knap begrundelsesstil har også – og navnlig tidligere – været fremherskende ved danske domstoles fortolkning og udfyldning af

584. En sådan ordning har også været overvejet herhjemme. Votering som domsbegrundelse er dog efter min opfattelse ikke en anbefalelsesværdig løsning. Højesterets praksis illustrerer, at afgørelsens styrke og indhold som præjudikat herved kan blive langt mere uklare, fordi dommerne, skønt de kan enes om et resultat, undertiden vil foretrække at give individuelle begrundelser herfor. Den danske ordning medfører, at de dommere, som kan enes om et domsresultat, må finde en domsbegrundelse, som alle kan tilslutte sig. Denne klarhed er ikke mindst af afgørende betydning i principielle – og kontroversielle – forfatningsretlige sager.

585. Jf. Torben Jensen, *Højesterets arbejdsform*, 1986, side 139ff; Munch, *Juristen* 1989, side 43; Torben Jensen, *Domstolenes retsskabende ...*, UfR 1990 B, side 443ff.

586. Gomard, *Et retspolitisk program for dommerskabt ret*, 1986, side 45.

grundrettigheder (jf. nedenfor). Som omtalt ovenfor i dette kapitel er en sådan begrundelsespraksis problematisk på et så fundamentalt retsområde som grundrettighederne. I dansk teori er behovet for mere udførlige og principielle begrundelser i sager om Grundlovens rettigheder da også blevet påpeget fra flere sider.

Således har Rehof kritiseret Højesterets grundlovsfortolkning for at hvile på „kasuistisk pragmatisme“ og efterlyst opstilling af mere generelle principper i afgørelserne om fundamentale rettigheder. Stuer Lauridsen har påpeget behovet for mere principielle begrundelser, navnlig i sager om Grundloven. Også Zahle efterlyser mere udførlige begrundelser i sager om Grundlovens rettigheder.⁵⁸⁷

I det følgende gennemgås og kritiseres en række grundrettighedssager, som illustrerer danske domstoles traditionelle pragmatiske og knappe begrundelsesstil. Mod slutningen påvises dog samtidig en tendens i nyere retspraksis – ikke mindst under påvirkning fra EMD – i retning af mere udførlige og principielle præmisser.

4.1 Manglende inddragelse af grundrettigheden

Undertiden har domstolene – navnlig i ældre praksis – helt undladt at inddrage Grundloven, selv om grundrettighedsbeskyttelse havde klar støtte i Grundlovens tekst.

I sagen om „Løbesedler ved Tivoli“ fra 1949 (UfR 1949.922 H) godkendte Højesteret et censurlignende indgreb i den politiske ytringsfrihed uden at inddrage hverken GrL § 84 (nu § 77) eller et mere generelt ytringsfrihedshensyn.

I sagen godkendte alle 3 retsinstanser politiets beslaglæggelse af løbesedler, som Danmarks Kommunistiske Ungdom havde fabrikeret og søgt at uddele foran en engelsk udstilling i Tivoli. I løbesedlerne kritiserede DKU Englands kolonialisme og den danske regerings samhandel med England. Løbesedlen indeholdt også en propagandistisk påstand om, at England var „medansvarlig for gidselmordene på græske demokrater“. Byretten henviste til, at beslaglæggelsen havde hjemmel i politivedtægten, da sidstnævnte formulering var

587. Jf. Rehof, *På sporet af pragmatismen i dansk retspleje*, 1991, side 44; Stuer Lauridsen, *Om ret og retsvidenskab*, 1992, side 145f; Zahle, *Grundlovens menneskerettigheder*, 1997, side 377.

æreskrænkende. Landsretten henviste yderligere til løbesedlernes egnethed til forstyrrelse af den offentlige orden. Højesteret tiltrådte blot Landsrettens dom. Ifølge Germer var Grl § 84 påberåbt i sagen⁵⁸⁸, men hverken denne bestemmelse eller ytringsfrihedshensynet som sådan omtales i præmisserne, skønt der her var tale om censur over for ytringer af politisk indhold.

I nyere retspraksis om forudgående indgreb i ytringsfriheden indgår hensynet til ytringsfriheden i domspræmisserne, men censurforbudet i Grl § 77 inddrages ikke.

I sagen om „Løbesedler ved kaserne“ fra 1977 (UfR 1977.872 V) indgår hensynet til ikke unødigt at begrænse ytringsfriheden som et princip i rettens fortolkning. Det fremgår dog ikke, om dette støttes på Grundloven eller på „reelle hensyn“. Dette gælder også den senere domstolspraksis – herunder Højesterets praksis – vedrørende ytringsfriheden. I „Nordvang-sagen“ fra 1989 (UfR 1989.726 H) om fagedforbud mod en avisartikel havde Ekstra Bladet udtrykkeligt påberåbt sig Grl § 77. Domstolene inddrog informationshensynet og tillagde det vægt, men henviste ikke til Grl § 77.

I sagen om „Selvmordskandidaten“ fra 1971 (UfR 71.656) blev Grl § 71, stk. 2 ikke inddraget, selv om byretten godkendte en vidtgående analogi som hjemmel for frihedsberøvelse.

I dommen fastslog byretten, at sindssygelovens bestemmelser om tvangsmæssig tilbageholdelse af sindssyge kunne anvendes analogt på en selvmordskandidat, som lægeligt set ikke var sindssyg. Betydningen af kravet om lov-hjemmel for administrative frihedsberøvelser i Grl § 71, stk. 2 og princippet om personlig frihed blev slet ikke inddraget i byrettens præmisser. Dette er kritisabelt, navnlig fordi afgørelsen reelt indskrænkede individets retsgarantier efter Grl § 71.⁵⁸⁹

I „Skoleudflugten“ fra 1983 (UfR 1983.871 H) blev Grl § 76 om fri grundskoleundervisning ikke inddraget i en sag om forældrebetaling til en skoleekskursion.

588. Germer, *Ytringsfrihedens Væsen*, 1973, side 227.

589. Se nærmere om sagen ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.2.

Højesterets ni dommere fandt ud fra en fortolkning af folkeskoleloven ikke noget til hinder for, at en kommune havde opkrævet et beløb fra hver elev i forbindelse med en skoleekskursion. Sagen blev procederet på folkeskoleloven, men sagsøger henviste også til „princippet“ i Grl § 76. Grl § 76 blev dog ikke inddraget i Højesterets præmisser. Sagens principielle karakter beroede imidlertid på Grl § 76; det havde derfor været nærliggende at inddrage og tage stilling til betydningen af Grl § 76 i præmisserne.⁵⁹⁰

4.2 Manglende stillingtagen til principielle spørgsmål

Flere principielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Grundlovens rettigheder er ikke afklaret i domstolenes praksis, selv om anledning hertil ikke har manglet. Domstolene har ladet spørgsmålet stå åbent – ofte ud fra „allerede-fordi“ ræsonnementer.

Højesteret synes klart at antage, at Grl § 72 om boligens ukrænkelighed m.v. også er anvendelig uden for strafferetsplejen, men har aldrig udtrykkeligt taget stilling hertil.

Se således UfR 1952.538 H og 1976.184 H. Betegnende er flertallets votum i sagen om “Radioamatøren” (UfR 1976.184 H), hvor det anføres, at: „*Selv om bestemmelsen i grl § 72 måtte antages at omfatte eftersyn af den omhandlede art, findes denne bestemmelse ikke at være til hinder for ...*“. Et mindretal lagde i lighed med byretten og landsretten til grund, at Grl § 72 også er anvendelig uden for strafferetsplejen. Det fremgår dog af voteringen til dommen, at 5 af 7 dommere fandt § 72 anvendelig også uden for strafferetsplejen, mens de sidste to ville lade spørgsmålet stå åbent. Den manglende klare stillingtagen i præmisserne er kritisabel. Spørgsmålet har principiel betydning og har tidligere været omtvistet i teorien.

Domstolene har i nyere retspraksis anerkendt et område af materiel ytringsfrihed, men det fremgår ikke, om denne ytringsfrihed støttes på Grl § 77 eller på „reelle hensyn“.

Domstolene – herunder Højesteret – har siden slutningen af 1980’erne konsekvent inddrages hensynet til ytrings- og informationsfriheden i en

590. Jf. Zahle, *Grundlovens Menneskerettigheder*, 1997, side 371f. Se om sagen ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.2.

afvejning over for hensynet til navnlig beskyttelsen af personers ære og privatliv. Ytringsfriheden tillægges ofte stor vægt, men Grl § 77 inddrages ikke.⁵⁹¹

Ligeledes har domstolene ikke klart taget stilling til det principielle spørgsmål, om og i hvilket omfang fysiske blokader er omfattet af forsamlingsfriheden i Grl § 79.

I UfR 1979.201 V udtalte landsretten, at „grundlovens § 79 ikke er til hinder for udfærdigelse af straffebestemmelser, der forbyder den nævnte handle måde, selv om de tiltalte måtte anses for deltagere i en forsamling“. Byretten havde derimod antaget, at fysisk blokade var omfattet af Grl § 79, men at bestemmelsen ikke giver en materiel beskyttelse. I „Fragtmandshallen“ (UfR 1980.896 H) tiltrådte Højesteret landsrettens dunkle præmisser, hvorefter straffebestemmelserne ikke fandtes at udgøre en krænkelse af forsamlingsfriheden i Grl § 79.

Højesteret har som tidligere omtalt heller ikke taget endelig stilling til – men nok holdt døren på klem for – anerkendelse af uskrevne grundretlige principper.

I sagen om „Huslejestoppet“ fra 1965 (UfR 1965.293 H) og undlod Højesteret bevidst at tage stilling til spørgsmålet om en uskreven forfatningsretlig lighedsgrundsætning. I præmisserne til UfR 1965.293 H udtales kryptisk, at henvisningen til en ligeretsgrundsætning ikke kunne føre til tilsidesættelse af lejeloven. Som så ofte før var denne uklare formulering det ydre udtryk for mere generelle overvejelser i Højesterets dommerkollegium. Det fremgår af kommentaren til dommen, at Højesteret med formuleringen bevidst undlod at tage stilling til ligeretsgrundsætningens eksistens og mulige omfang, fordi man fandt det oplagt, at den i den konkrete sag ikke kunne føre til tilsidesættelse af lejeloven. Den uafklarede danske retstilstand kan sammenholdes med Norges Høyesteretts mere direkte og positive stillingtagen i præmisserne til „Iversen-dommen“ fra 1961 (Rt 1961.1350) og „Børre Knudsen-dommen“ fra 1983 (Rt 1983.1004).⁵⁹²

4.3 Konkret, pragmatisk begrundelse i principielle sager

Det mest fremherskende træk i domstolenes begrundelsestradition er imidlertid den konkrete og pragmatiske begrundelsestil, som fritager

591. Se nærmere ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.1.

592. Se om både Højesterets og Høyesteretts afgørelser ovenfor kapitel 4, afsnit 3.3 hhv. 3.4.

domstolene for en mere principiel stillingtagen til vanskelige spørgsmål om fortolkningen af grundrettigheder:

Sagen om „Fagforeningskontingentet“ fra 1966 (UfR 1967.46 H) angik lovligheden af tvungne fagforeningsbidrag til Socialdemokratiet. Højesterets flertal fandt ikke, at denne ordning udgjorde et sådant indgreb i den enkeltes ret til politisk frihed, at den burde underkendes. Flertallet lagde herved vægt på det historiske samarbejde mellem Socialdemokratiet og fagbevægelsen og på, at det enkelte medlem kun bidrog med et lille beløb. De korte præmisser og den konkrete begrundelse sættes særlig i relief, når det fremgår af domskommentaren (UfR 1967 B, side 87ff), at resultatet ikke kunne anses for utvivlsomt. Mindretallet udtalte derimod mere principielt, at en fagforening, som man reelt er tvunget til at være medlem af, kun kan opkræve medlemsbidrag til rent faglige formål.⁵⁹³

Under voteringen udtalte den dommer, der voterede for mindretallet principielt – og efter min opfattelse med føje – at flertallets pragmatiske argumenter om en mangeårig praksis og et lille beløb ikke var legitime.

I sagen om „Fastfrysning af lægehonorarer“ fra 1986 (UfR 1987.1 H) fandt Højesteret ikke, at et indkomstpolitisk indgreb i overenskomsten mellem de Praktiserende Lægers Organisation og den offentlige Sygesikring var ekspropriativt efter Grl § 73, selv om indgrebet afskar en stigning i honorarernes omkostningsandel. Højesterets afgørelse var ifølge domskommentaren (UfR 1987 B, side 281ff) konkret begrundet. Retten lagde bl.a. vægt på, at den enkelte læge kun mistede 2000 kr. eller omtrent 600 kr. efter skat (!). Man kan kritisere, at det lille tab blev tillagt vægt i en så principiel sag.

I sagen om „Skoleudflugten“ fra 1983 (UfR 83.871 H), som reelt vedrørte Grl § 76 om ret til fri grundskoleundervisning, men blev afgjort efter folkeskoleloven, godkendte Højesteret en begrænset forældrebetaling til en skoleekskursion. Flertallet lagde afgørende vægt på den mangeårige administrative praksis for at opkræve forældrebetaling for skolerejser og ekskursioner. Mindretallet fandt principielt, at udgiften påhvilede kommunen, men godkendte af pragmatiske hensyn opkrævningen af et „beskedent beløb“ fra forældrene, idet ekskursionen ellers ikke havde kunnet gennemføres.⁵⁹⁴

593. Om sagen nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

594. Se om dommen også ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.2.

4.4 Manglende begrundelse for en principiel fortolkning

I nogle tilfælde har domstolene reelt taget stilling til et ganske principielt – og langt fra utvivlsomt – fortolkningsspørgsmål, men uden nogen begrundelse.

Dommen om „Den åndssvage pige“ fra 1956 (UfR 1956.211 H) er et slående eksempel. Højesterets flertal anerkendte, at loven om åndssvageforsorg afskar domstolsprøvelse af beslutninger om anbringelsesmåde for en lovligt etableret åndssvageforsorg. Pigen havde gjort gældende, at denne lov var i strid med Grl § 71, stk. 6. Det afviste Højesterets flertal – i en bisætning og uden nærmere begrundelse. En så restriktiv fortolkning af Grl § 71, stk. 6 havde fortjent en mere udførlig begrundelse.⁵⁹⁵

Dommen kan sammenholdes med Højesterets dom i sagen om „Den sindsyge kvinde“ (RT 1979.1079), som også vedrørte en udsat persons retssikkerhedsgarantier vedrørende den personlige frihed.⁵⁹⁶

I dommen om „Bassen“ fra 1963 (UfR 1963.439 Ø) blev en værnepligtig straffet for på militært område at have indsmuglet bladet „Bassen“, som indeholdt stærkt kritiske udtalelser om militæret. Retten fandt, at bladet var egnet til at skabe misfornøjelse med tjenesten og have uheldig indflydelse på disciplinen, hvorfor det kunne forbydes indført og udleveret efter den militære straffelovs regler herom. Den værnepligtige havde påberåbt sig Grl § 77. Retten udtalte blot, at Grl § 77 ikke var til hinder for et sådant forbud. Nogen begrundelse for dette synspunkt giver retten ikke, selv om retten herved har forudsat, at censurforbudet i Grl § 77, trods ordlyden, ikke er absolut.

Denne afgørelse kan sammenholdes med Højesterets „Mykle-dom“ fra 1958 (Rt 1958.479). Højesteret skulle i plenum vurdere, om den erotiske roman „Sangen om den røde rubin“ i straffelovens forstand var et utugtigt skrift og derfor burde beslaglægges. I fortolkningen af straffeloven inddrog retten de „grundlæggende prinsipper, som Grunnlovens § 96 og § 100 bygger på til vern om borgerne og ytringsfriheten“ (side 482). Selv om førstevoterende fandt bogen meget vovet, fandt han den ikke utugtig under henvisning til, at „domstolene på dette område bør vise den ytterste tilbakeholdenhet. Princippet i Grunnlovens § 100 tilsier etter min mening at man hvor det – som her – er tvil, heller bør frifinne enn felle.“ (side 486).

595. Se om dommen nærmere kapitel 5, afsnit 2.6.2.

596. Se ovenfor kapitel 4, afsnit 3.3 og nedenfor kapitel 12, afsnit 1.

I sagen om „Huslejestoppet“ fra 1965 (UfR 1965.293 H) undlod Højesteret at tage stilling til mere end strengt nødvendigt for at afgøre sagen, selv om den rejste principielle spørgsmål. Højesteret fandt med henvisning til deres saglige og generelle karakter ikke, at huslejelovgivningens bestemmelser om uopsigelighed for udlejerne og om maksimalpriser var et ekspropriativt indgreb, selv om der efterhånden var opstået en forrykkelse af forholdet mellem lejens størrelse og udlejernes udgifter. Højesteret tog ikke stilling til, om – og under hvilke betingelser – lovbestemte maksimalpriser kan være ekspropriation efter Grl § 73. I domskommentaren (UfR 1965 B, side 241ff) antages, at man ikke på § 73 kan støtte en almindelig regel om, at maksimalpriser altid skal give fuld dækning for udlejers omkostninger. Maksimalpriser vil muligt kunne komme i strid med § 73 i „meget grelle tilfælde“, men det var der slet ikke tale om her, og Højesteret fandt derfor ikke anledning til at tage stilling til spørgsmålet.⁵⁹⁷

Af voteringsprotokollen fremgår, at det i sagen ikke var bevist, at maksimalpriser medførte et direkte underskud for udlejerne. Højesterets dommere var enige om, at maksimalpriser kun i ekstreme tilfælde vil kunne komme på kant med Grl § 73. En dommer udtalte, at tilfælde hvor maksimalprisen kun giver udlejer et symbolsk vederlag måske kunne være i strid med Grl § 73. To dommere bemærkede, at et enkelt års underskud vil kunne accepteres, mens underskud i det lange løb vil være i strid med Grl § 73. Flere dommere ønskede dog udtrykkeligt ikke disse overvejelser omtalt i præmisserne.

4.5 Uklare og utilstrækkelige begrundelser i principielle sager

I andre tilfælde har domstolene for så vidt truffet en principiel afgørelse, men begrundelsen er så uklar eller utilstrækkelig, at den principielle værdi forringes.

I „Berningsagen“ fra 1925 (UfR 1925.277 H) fandt landsret og Højesteret, at der også ved frihedsberøvelser uden for strafferetsplejen måtte gælde et krav om klar lovhjemmel, selv om dagældende Grl § 78 (nu § 71) om den personlige frihed kun stillede et sådant krav for straffeprocessuelle frihedsberøvelser. Denne principielle tilgang til retsgarantierne for den personlige frihed begrundede landsretten – hvilket Højesteret tiltrådte – med henvisning til „den Grundsætning, der finder sit Udtryk i Grundlovens § 78 og lovgivningens øvrige Bestemmelser om Betingelserne for

597. Om sagen nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

Indgreb i den personlige Frihed. “En så principiel og vidtgående afgørelse havde fortjent en mere udførlig begrundelse i tråd med den særdeles principielle højesteretsvotering i sagen.⁵⁹⁸

I førømtalte sag om „Fastfrysning af lægehonorarer“ fra 1986 (UfR 1987.1 H) var hovedbegrundelsen for, at Højesteret ikke fandt det indkomstpolitiske indgreb i lægernes overenskomst ekspropriativt, at: *„indgrebet efter det foreliggende [må] ses som et led i lovgivningsmagtens almindelige indkomstpolitik. Under hensyn til det anførte finder Højesteret, at der efter en samlet vurdering af indgrebet (ikke foreligger ekspropriation) ...“*. Efter domskommentaren undlod Højesterets bevidst at tage stilling til det principielle spørgsmål, om Grl § 73 overhovedet yder beskyttelse mod indkomstpolitiske indgreb. Man fandt nemlig, at indgrebet under alle omstændigheder ikke var ekspropriativt, navnlig under hensyn til, at domstolene ikke bør blive involveret i politiske stridsspørgsmål som den almindelige indkomstpolitik (UfR 1987 B, side 281ff). Man kan kritisere, at det principielle spørgsmål om hensynet til lovgivningsmagtens handlefrihed på det økonomiske område ikke blev drøftet mere indgående i domspræmisserne.

I sagen om „Dommerkonstitutioner“ fra 1994 (UfR 1994.536 H) var det principielle spørgsmål, hvorvidt den udbredte praksis vedrørende dommerkonstitutioner var forenelig med bl.a. Grl § 64 om domstolenes uafhængighed og Grl § 3 om magtfordeling. Under henvisning til en mangeårig, lovhjemlet praksis for konstitution af dommerfuldmægtige fandt Højesteret, at sådanne dommerkonstitutioner måtte anerkendes *„i et vist omfang“*; og skønt brugen af konstituerede dommere var anseelig og endvidere var forøget betydeligt over årene, fandt retten *„ikke tilstrækkeligt grundlag for at anse den bestående konstitutionspraksis som grundlovsstridig“*. Højesterets begrundelse er udtalt pragmatisk. Man kan hævde, at Højesteret mere principielt burde have taget stilling til, i hvilket omfang og efter hvilke synspunkter dommerkonstitutioner kan forenes med de fundamentale retsikkerhedsgarantier i Grl §§ 64 og 3.⁵⁹⁹

4.6 Principielle begrundelser

Selv om også nyere retspraksis – som fremstillingen ovenfor viser – rummer eksempler på kortfattede, pragmatiske og utilstrækkelige begrundelser i grundretlige sager af principiel betydning, går tendensen i

598. Se om sagen og voteringen ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4 og kapitel 5, afsnit 2.6.4.

599. Jf. Zahle, Lov og Ret, nr. 4 1995, side 10ff; Germer, Statsforfatningsret, 1995, side 166.

nyere retspraksis dog klart imod mere udførlige og efter omstændighederne principielle begrundelser. En væsentlig forklaring herpå er inddragelsen af EMRK, som fører til en domskoncipering i stil med EMDs.

Påvirkningen fra EMD er særlig tydelig i nyere retspraksis vedrørende ytrings- og informationsfriheden, hvor domstolene konsekvent foretager en konkret afvejning.⁶⁰⁰ Navnlig Højesterets praksis viser en udvikling, hvor resultatet af afvejningen i stigende grad begrundes udførligt, og – hvor det er muligt – med principielle standpunkter.

I nogle af de første domme, hvor Højesteret klart afvejer ytringshensynet over for modstående hensyn, gives ingen egentlig begrundelse for resultatet.

I dommene om „Mærsk McKinneys have“ (UfR 1987.934 H) og „Weidekamps kontor“ (UfR 1987.937 H) foretog Højesteret en afvejning, men af præmisserne fremgår ikke, ud fra hvilke kriterier man fandt, at privatlivets fred vejede tungest. Flertallet udtalte blot, at ytringsfrihedshensynet ikke havde tilstrækkelig vægt til at opveje privatlivskrænkelsen. Denne mangel på begrundelse genfindes i „Grønjakke-sagen“ (UfR 1989.399 H) om TVs viderebringelse af racediskriminerende ytringer.⁶⁰¹ I „Breum-sagen“ (UfR 1990.71 H) blev to journalister straffet for dokumentfalsk efter strl. § 131 for, under foregivende af at være asylansøgere og ved fremvisning af falsk ID, at have „søgt asyl“ i Københavns Lufthavn (med det formål at afdække politiets behandling af asylansøgere). Højesteret foretog i sagen en afvejning over for hensynet til pressefriheden (hverken byret eller landsret havde inddraget hensynet til pressefriheden i præmisserne, se UfR 1989.168 Ø). Højesteret anerkendte, at myndighedernes behandling af asylansøgere har offentlig interesse, men hensynet til pressens belysning heraf fandtes dog ikke at kunne lovliggøre den klare krænkelse af straffelovens regler om dokumentfalsk. Længere går begrundelsen ikke.⁶⁰²

600. Se også ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.1.

601. Domskommentarerne til de tre afgørelser gør derimod mere indgående rede for Højesterets overvejelser (se om UfR 1987.934 H og 937 H Riis' kommentar i UfR 1988 B, side 419ff og om UfR 1989.399 H Hermanns kommentar i UfR 1990 B, side 25ff). Disse overvejelser burde være indgået i præmisserne.

602. Af Hermanns kommentar i UfR 1990 B, side 249ff, fremgår, at hensynene bag straffelovens regler om dokumentfalsk – at man kan have tillid til dokumenters ægthed og rigtighed – efter rettens opfattelse gjorde det (side 251) *“overordentligt betænkeligt at åbne op for de anvendte metoder”*. Derfor lagde retten til grund, at hensynet til pressefriheden ved belysning af emner af offentlig interesse *“som altovervejende hovedregel ikke [kan] legitimere brugen af falske dokumenter.”* Disse principielle overvejelser burde være kommet frem i præmisserne.

Fra og med „Nordvang-sagen“ fra 1989 (UfR 1989.726 H) begynder Højesteret og de øvrige domstole imidlertid i højere grad at begrunde resultatet af afvejningen i præmisserne.

I „Nordvang-sagen“ (UfR 89.726 H) lagde Højesteret vægt på sagligheden og nyhedsværdien af en avisreportage fra et psykiatrisk hospital, samt den (inhabile) indvilligelse, som forelå fra de krænkede, og gav informationshensynet forrang for hensynet til personbeskyttelsen. I „Foulum-sagen“ fra 1990 (UfR 90.636 V) om en kvindes forhånende udtalelser om homoseksuelle udtalte hele retten, at straffelovens. § 266 b under hensyn til ytringsfriheden ikke må fortolkes således, at der stilles så strenge krav til et læserbrevs saglige form, at man derved afholder almindelige mennesker fra at deltage i samfundsdebatten. Ud fra dette grundsynspunkt fandt tre dommere udtalelserne straffri. Tre andre dommere fandt derimod, at hensynet til de homoseksuelle vejede tungere end ytringsfriheden på grund af ytringernes grove og usaglige form, og idet kvinden ikke herved blev afskåret fra på saglig måde at deltage i samfundsdebatten.

Højesterets begrundelser er i flere sager fra 1990'erne blevet endnu mere principielle under inddragelse af EMRK artikel 10 og EMDs praksis. Derved har Højesteret bl.a. fastslået en nærmest ubegrænset ytringsfrihed for medierne, når de videreformidler emner af offentlig interesse.⁶⁰³

I sagen om „Svend Aukens baghave“ (UfR 1994.988 H) fandt Højesteret, at informationshensynet vejede tungere end hensynet til beskyttelse af privatlivets fred. Som begrundelse anførte retten, at det er vigtigt, at medierne kan formidle begivenheder af offentlig interesse til befolkningen. Det udtales endvidere, at informationshensynet er vægtigt, når der er tale om et aktuelt politisk emne, samt at der ikke kan lægges vægt på, om den aktion, der skildres, kun er iværksat for at få mediebevågenhed. Det blev tilføjet, at når medierne „går med ind“ er deres selvstændige privatlivskrænkelse relativt beskeden. I sagen om „Vejle Amts Folkeblad“ (UfR 1997.259 H), som vedrørte avisens omtale af en advokats påståede økonomiske forbrydelse i forbindelse med ejendomshandel, udtalte retten principielt – med en formulering hentet fra EMDs praksis – at begrænsninger i mediefriheden ikke må hindre medierne i at udfylde rollen som offentlighedens kontrol- og informationsorgan. Dernæst lagde retten vægt på, at det skrevne alene var citater fra en klageskrivelse, og at det skrevne var samfundsmæssigt relevant, hvorfor ytringsfriheden måtte strækkes vidt.

603. Jf. Albæk Jensen, §77 i Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, 1999, side 448.

Højesterets „Rocker-dom“ (UfR 1999.1798 H) illustrerer, hvordan en åben anvendelse af forholdsmæssighedsgrundsætningen som argumentationsfigur – i overensstemmelse med EMDs praksis – fører til en klar og principiel begrundelse for den konklusion, at loven om forbud mod ophold i bestemte ejendomme ikke er i strid med Grl § 79:

„Lovens forbudsordning er begrundet i hensynet til beskyttelse af omkringboende og forbipasserende. Den er ikke rettet mod gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse. En afskæring af vedkommende gruppe fra ophold på den pågældende ejendom medfører, at den bliver uegnet som angrebsmål. Lovens forbudsordning må derfor anses for egnet til at opnå det formål, den forfølger. Ordningens betydning for grupper, som gennem deltagelse i gensidigt væbnet opgør selv har gjort sig til angrebsmål, er beskeden i forhold til den tilstræbte beskyttelse af omkringboende og forbipasserende, der uforskyldt sættes i 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.“

I den citerede begrundelse fastslås først, at loven ikke rammer forsamlingsfrihedens „væsensindhold“ (1. og 2. punktum). Ud fra forholdsmæssighedsgrundsætningen antages herefter, at lovindgrebet er et egnet middel til at opnå formålet (3. og 4. punktum), og at indgrebet var nødvendigt, da et tilsvarende resultat ikke kunne være opnået med mindre indgribende midler (6. punktum), samt – som udtryk for den centrale normative afvejning – at der er proportionalitet mellem mål og midler, da indgrebet er beskeden i forhold til den fare, andre i modsat fald ville blive udsat for, også under hensyn til, at rockerne selv har skabt den fare, indgrebet retter sig imod, mens nærboende og forbipasserende uden indgrebet kunne blive uskyldige ofre i „rocker-krigen“ (5. punktum).

5. Sammenfattende konklusion

Fortolkerens materielle grundforestillinger (forforståelse) har stor betydning for grundrettighedsfortolkningen. Forforståelsens betydning følger allerede af den konkrete grundrettighedsfortolknings retsskabende karakter, men forstærkes yderligere med en mere „fri“ – formålsorienteret og dynamisk – fortolkningsstrategi. Denne materielle forforståelse kan til dels struktureres gennem formulering af generelle, retningsgivende materielle-strukturelle fortolkningsprincipper. Disse principper fører dog

ikke i sig selv frem til konkrete resultater. Det resterende „rationalitets-hul“ må så vidt muligt udfyldes gennem åbne og udførlige domsbegrundelser for de konkrete grundretlige afgørelser.

Autoriteten af domstolenes grundrettighedspraksis hviler i sidste ende på overbevisningskraften af den enkelte grundretlige afgørelse. Det er derfor i grundrettighedssager særligt afgørende, at domstolene i præmisserne åbent og udførligt giver udtryk for de normative overvejelser, som har bestemt resultatet – og så vidt muligt søger at begrunde afgørelsen ud fra mere principielle standpunkter. Kravet om åben og rationel argumentation gælder ikke mindst i sager, der involverer en konkret afvejning mellem grundrettighedshensynet og modstående hensyn.

Danske domstole har tradition for en kortfattet og pragmatisk begrundelsesstil. Ovenfor er illustreret, hvordan denne tradition navnlig tidligere har haft betydning for begrundelsen af grundretlige afgørelser. Domstolene har i flere tilfælde undladt at inddrage grundrettigheden i præmisserne, undladt at tage stilling til principielle fortolkningsspørgsmål, givet konkrete begrundelser i principielle sager og afgjort principielle spørgsmål uden begrundelse eller med en uklar eller klart utilstrækkelig begrundelse. Sådanne afgørelser er kritisable, fordi de ikke bidrager til at skabe klarhed om grundrettighedernes principielle indhold og/eller, fordi de skjuler de bagvedliggende hensyn, som reelt har været motiverende for afgørelsen. I visse tilfælde kan det endvidere ikke udelukkes, at domstolene, hvis de havde følt sig tvunget til at give en åben og rationel begrundelse, måtte være nået til et andet resultat.

I nyere retspraksis – ikke mindst Højesterets – ses imidlertid en klar tendens i retning af mere udførlige og principielle begrundelser i grundrettighedssager. Den afsmittende påvirkning fra EMD er utvivlsomt en væsentlig forklaring herpå. Afskaffelsen af de „halvofficiøse“ og ofte kritiserede kommentarer til højesteretsdomme kan også ses som et resultat af denne tendens. Den nyeste retspraksis illustrerer, hvordan en åben anvendelse af den konkrete afvejningsmodel og forholdsmæssighedsgrundsætningen fører til klare normative begrundelser i sager om grundrettighedsbegrænsning.

Del III

Domstolenes grundrettigheds- kontrol med lovgivningsmagten

“Det har nemlig sin Betydning, at man er i en Tilstand af Afhængighed og Usikkerhed over for højere Myndigheder og ikke kan gøre alt, hvad man finder for godt. Thi naar man har Mulighed for at foretage sig, hvad man har Lyst til, er der intet til at holde det slette under Kontrol, som findes i ethvert Menneske. Af Ansvarsprincippet følger uundgaeligt det, som er det største Gode under de forskellige Forfatninger, at de hæderlige og ordentlige Mennesker regerer uden at begå Fejl og uden at Folkets Rettigheder undergaar nogen Indskrænkning.”

Aristoteles, Statslære, 6. Bog (om sammensatte forfatningsformer) Kap. II.4

Grundrettighedskontrollens grænser i forfatningsretsteoretisk perspektiv

Domstolenes adgang til at tilsidesætte love som stridende mod forfatningens grundrettigheder kan ikke være ubegrænset, men må respektere lovgivers demokratiske mandat og forfatningsretlige kompetence. Spørgsmålet er, om den nødvendige „judicial self-restraint“ skal bero på dommernes konkrete, politiske skøn eller på forfatningsretlige principper (*afsnit 1*). I det omfang det anerkendes, at grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol beror på retsprincipper, er spørgsmålet, hvordan disse skal afspejles i grundrettighedsdogmatikken og i grundrettighedsbegrebet (*afsnit 2*). Det må endvidere afklares, hvad der nærmere ligger i begrebet domstolsprøvelsens „omfang“, „intensitet“ m.v. (*afsnit 3*).

1. Grundrettighedskontrollens grænser – efter hvilke retningslinjer?

Domstolenes grundrettighedskontrol med love berører den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem lovgiver og domstole. I lovprøvelsessituationen er spørgsmålet om de generelle strategier og principper for grundrettighedsfortolkning derfor forbundet med hensynet til forfatningens magtfordeling mellem domstole og lovgiver. Ernst Andersen har på bedste vis beskrevet dette dobbeltaspekt i forfatningskontrollen:

*„Fra et praktisk-politisk Synspunkt er det **personelle** Aspekt vigtigst. Hvem afgør **endeligt**, hvorledes Forfatningens enkelte Bestemmelser skal udlægges? Er det Lovgivningsmagten eller Domstolene? For en teoretisk Betragtning er det **metodiske** Aspekt imidlertid ikke mindre vigtigt. Efter hvilke Synspunkter afgør man, om en Lov eller en enkelt Bestemmelse i en Lov er forenelig med eller strider mod Forfatningen? Kan man opstille almindelige Principper for Forfatningsfortolkning?“⁶⁰⁴*

604. Ernst Andersen, Forfatning og Sædvane, 1947, side 7.

I det følgende argumenteres for, at grundrettighedskontrollens grænser ikke alene kan bero på fortolkningens sædvanlige strategier og principper. Grundrettighedskontrollens grænser bør imidlertid heller ikke overlades til dommerens konkrete – politisk betonedede – skøn, men bør principielt bero på forfatningsretlige principper, afledt af hensynet til den forfatningsretlige kompetencefordeling. Det indebærer for det første, at i det omfang domstolene har prøvelsesret, har de også prøvelsespligt. Det indebærer for det andet, at grundrettighedskontrollens grænser under hensyn til lovgivningsmagten bliver en integreret del af den retlige argumentation i prøvelsessituationen. En sådan tilgang bidrager til at sikre en konsistent og rationel prøvelsespraksis.

1.1 Alene et spørgsmål om fortolkning?

Efter et traditionelt retsstatsideal og et retspositivistisk syn på fortolkning bliver der ikke tale om at diskutere principper og grænser for domstolenes prøvelsesret. Hvorvidt en lov er forfatningsstridig, beror herefter alene på en fortolkning af grundrettighederne. Er loven i strid med grundrettighederne, skal den tilsidesættes. Er den det ikke, skal den oprettholdes. En repræsentant for dette syn er tyskeren Klaus Stern:

*„Bei jeder Normenüberprüfung stehen im Zentrum der Kontrolle die Grenzen, die sich aus den jeweils zur Anwendung als Prüfungsmaßstab stehenden Verfassungsrechtssätzen ergeben. Deren Rechtsgehalt, und nur er, markiert die Funktionsgrenze eines jeden Verfassungsrichters.“*⁶⁰⁵

Denne opfattelse svarer imidlertid ikke til en realistisk beskrivelse af grundrettighedsfortolkning som en selvstændig og – ved den konkrete udmøntning af grundrettighederne i forhold til den enkelte sag – retsskabende proces.⁶⁰⁶ Med en retspositivistisk fortolkningskonstruktion tilsløres det kompetencefordelingshensyn – hensynet til magtbalancen mellem domstole og lovgiver – som utvivlsomt og med rette spiller en stor rolle for domstolene i mange lovprøvelsetilfælde. Dermed afskæres en problematisering af og en principiel stillingtagen til kompetencefordelingshensynets selvstændige betydning.

605. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik, 1980, side 27. Se også Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, 1997, side 15f.

606. Jf. ovenfor kapitel 3.

Som nordmanden Erik Boe anfører, bliver det: „for mye formallogikk å si at enten er loven grunnlovsstridig eller så er den ikke det, for mange av grunnlovsreglene er så runde, vage og prinsippregelte at grensen blir flytende mellom det materielle spørsmålet – om hvorvidt loven er grunnlovmessig eller grunnlovsstridig – og hvor dypt retten skal bore i sin prøvelse.“⁶⁰⁷

I stedet må antages, at forfatningsretlige kompetencefordelingshensyn kan sætte særlige grænser – ud over de grænser, som allerede følger af grundrettighedsfortolkningens metoder og principper – for domstolenes grundrettighedskontrol med love.⁶⁰⁸

Forfatningens grundrettigheder er bindende normer for lovgivningsmagten, men tillige forfatningsretlige principper for hele retssystemet.⁶⁰⁹ Efter den forfatningsretlige kompetencefordeling tilkommer det i første række lovgiver selv at regulere grundrettighedernes rækkevidde. Dette medfører, at grundrettighedernes indhold som generelle forfatningsretlige principper og som grænser for forvaltningen ikke altid kan være identisk med deres indhold som grundlag for domstolens grundrettighedskontrol med love.⁶¹⁰

Dette ændrer dog ikke ved, at det generelle spørgsmål om grundrettighedsfortolkning og spørgsmålet om grænserne for grundrettighedskontrollen med love er tæt forbundne.

Grundrettighedernes rækkevidde afhænger i vidt omfang af, hvilke strategier og principper, domstolene anvender ved fortolkning og konkretisering af grundrettighederne. Ethvert spørgsmål om grundrettighedsfortolkningens metode og principper har således (potentielle) konsekvenser for kompetencefordelingen mellem domstole og lovgiver. Omvendt skal de kompetencefordelmæssige begrænsninger i domstolenes grundrettighedskontrol realiseres i forbindelse med den konkrete udmøntning af grundrettighederne i prøvelsessituationen: „Das Postulat nach Self-restraint soll die gerichtlichen Kompetenzen im Rahmen der Norminterpretation zur Geltung bringen.“⁶¹¹

607. Boe, *Lovers grunnlovmessighet*, Jussens Venner 1998, side 30.

608. Jf. Murswiek, *Der Umfang der Verfassungsgerichtlichen Kontrolle*, DöV 1982, side 533; Schuppert, *Self-restraints der Rechtsprechung*, DVbl 1988, side 1192.

609. Om grundrettigheder som generelle retsprincipper nærmere ovenfor kapitel 7.

610. Jf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, side 143.

611. Murswiek, DöV 1982, side 533. Se også Ehmke, VVDStl 1963, side 73.

1.2 Et „politisk“ dommerskøn?

Det synes at være en ret udbredt opfattelse, at prøvelsesrettens grænser – tilbageholdenheden over for lovgivningsmagten – må bero på domstolernes politisk betonedede skøn fra sag til sag. Dette standpunkt har navnlig haft mange fortalere i USA.

Alexander Bickel er repræsentant for denne opfattelse. Han mener, at domstolene undertiden helt bør afholde sig fra at prøve en lovs forfatningsmæssighed og dermed overlade spørgsmålet til lovgiver. Hvorvidt domstolene vælger at prøve eller ej, er et politisk valg og kan som sådan ikke bestemmes efter principielle retningslinjer. Hvor en domstol vælger at afstå fra at efterprøve lovgivers skøn, legitimerer den ikke herved loven som forfatningsmæssig, men „vasker sine hænder“. Bickel omtaler strategien som domstolenes „passive virtues“. ⁶¹²

Dele af dansk teori synes at afspejle en tilsvarende opfattelse – at prøvelsesrettens grænser beror på et dommerskøn. Ernst Andersen betragtede således domstolsprøvelsens intensitet som et politisk problem i modsætning til spørgsmålet om grundlovsfortolkningens metoder og principper. ⁶¹³ Ross anfører, at domstolene *“vil nære betænkelighed ved”* at tilsidesætte en ikke klart grundlovsstridig lov, og dermed *“kun vil underkende en lov”* ved sikker modstrid med Grundloven. ⁶¹⁴ Daværende højesteretsdommer Munch skriver om domstolenes traditionelle tilbageholdenhed, at *“[det] har været den almindelige opfattelse, at en konkurrence mellem lovgivere og dommere bør undgås. Denne opfattelse er antagelig stærkest hos dommerne. Det ligger nok de fleste dommeres natur nærmere at foretrække den rolige tilværelse i træernes skygge frem for det udsatte liv under råsejlet på fregattens fordæk i sol, regn og storm – og måske kanonild.”* ⁶¹⁵ Dette standpunkt fører til en ikke-prøvelse i sager af politisk kontroversiel karakter. Munch skriver om domstolsprøvelsen, at *“dommerne bør udvise særlig varsomhed ved behandlingen af spørgsmål, som har betydelig politisk interesse.”* ⁶¹⁶

612. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, navnlig side 29f og 70f og 125f.

613. Ernst Andersen, *Forfatning og Sædvane*, 1947, side 7.

614. Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 1980, bind 1, side 53 (mine udhævninger).

615. Munch, *Grænser for domstolenes retsskabende virksomhed i civile sager*, *Juristen* 1989, side 45 (mine udhævninger).

616. Munch, *Grænser for domstolenes retsskabende virksomhed ...*, *Juristen* 1989, side 45.

Grænserne for grundrettighedskontrollen får efter en sådan doktrin karakter af en skønsmæssig tilbageholdenhed i en principielt set ubegrænset prøvelseskompetence.⁶¹⁷ Grundrettighedskontrollens grænser fastlægges dermed suverænt af domstolene selv med den konsekvens, at spørgsmålet om grænserne løftes ud af den retlige og over i den politiske sfære. Grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol bliver reelt løsrivet fra enhver bundethed af forfatningen.⁶¹⁸

En doktrin, der sætter lighedstegn mellem grundrettighedskontrollens grænser og dommernes skøn i den enkelte sag, må principielt afvises. En legitim og konsistent grundrettighedskontrol med love kan ikke baseres på en sådan doktrin.⁶¹⁹

Faren ved doktrinen er, at legitimiteten af domstolsprøvelse i det konkrete tilfælde dermed alene kommer til at bero på, hvorvidt det politiske liv og offentligheden accepterer den konkrete afgørelse. En skønsmæssig afgrænsning af grundrettighedskontrollen kan både være til skade for flertalsstyret (hvis domstolene er for aktive) og til skade for individ- og mindretalsbeskyttelsen (hvis domstolene er for tilbageholdende). Hvis hensynet til lovgivningsmagten inddrages ud fra en konkret, skønsmæssig vurdering af den opportune tilbageholdenhed, bliver domstolene meget sårbare over for kritik. For grundrettighedskontrollens autoritet – domstolenes mulighed for at sætte sig igennem selv i kontroversielle prøvelsessager – er konsistens af central betydning. Derfor er en doktrin om afgrænsning ud fra et konkret dommerskøn uacceptabel som udgangspunkt for formulering en legitim prøvelsesstrategi.

En doktrin, hvorefter prøvelsens omfang skal bero på et dommerskøn – og som derfor reelt er en ikke-doktrin – antages undertiden at have mere for sig i retssystemer, hvor prøvelsesretten hviler på dommerskabt sædvane (USA, Norge, Danmark m.fl.) end i retssystemer, hvor prøvelsesretten er nedfældet i forfatningen (Tyskland m.fl.). Syns-

617. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 19, sonderer mellem prøvelseskompetencen og den måde, hvorpå Høyesterett har *valgt* at bruge sin prøvelseskompetence.

618. Jf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, side 243.

619. Jf. bl.a. Kriele, *Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung*, NJW 1976, side 777; Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1981, side 264 og 271; Murswiek, DÖV 1982, side 529ff; Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, side 12.

punktet er, at hvor domstolene selv har tiltaget sig en – principielt fuld – prøvelseskompetence, kan domstolene også selv begrænse den ud fra et forfatningspolitisk skøn over hensynet til andre statsorganer.

USAs højesteretsdommer Learned Hand udtalte således om Supreme Courts' prøvelsesret: „*Since this power is not a logical deduction from the structure of the Constitution but only a practical condition upon its successful operation, it need not be exercised whenever a court sees, or thinks that it sees, an invasion of the Constitution. It is always a preliminary question how importunately the occasion demands an answer. It may be better to leave the issue to be worked out without authoritative solution; or perhaps the only solution available is one that the courts have no adequate means to enforce.*“⁶²⁰ Tilsvarende anfører Boe om den norske Høyesteretts prøvelse: “*Hvorfor skulle ikke domstolene kunne bestemme både hvor langt prøvelsesretten rekke og hvor nitidig eller forsiktig domstolene bør gå til verks i sin prøvelse, når vi tar i betraktning, at domstolene selv har innført prøvelsesretten?*”⁶²¹

En sådan argumentation kan imidlertid ikke tiltrædes. En principiel linje i domstolenes grundrettighedskontrol er af afgørende betydning, uanset prøvelsesrettens grundlag.

1.3 Forfatningsretlige principper for kontrollens grænser

Frem for at overlade spørgsmålet til dommernes politiske skøn, bør grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol anerkendes som et forfatningsretligt problem.

Selv om de bagvedliggende magtfordelingshensyn i udgangspunktet kan siges at have (også) forfatningspolitisk karakter, får de forfatningsretlig karakter, når de inddrages i domstolenes materielle vurdering af en lovs forfatningsmæssighed. Domstolenes prøvelseskompetence har et forfatningsretligt grundlag. Derfor må også grænserne for denne kompetence anerkendes som forfatningsretlige og begrundes forfatningsretligt. Grundrettighedskontrollens grænser må derfor bestemmes ud fra forfatningsretlige principper om kompetencefordelingen mellem lovgivningsmagten og domstolene – herunder hensynet til parlamentets demokra-

620. Hand, *The Bill of Rights*, 1958, side 15. Se også Schenke, *NJW* 1979, side 1325.

621. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 30.

tiske mandat. Disse forfatningsretlige grænser skal domstolene respektere i grundrettighedskontrollen med love.

Begrebet „judicial self-restraint“ – tilbageholdenhed fra domstolene – er alene rammende, for så vidt som det fremhæver, at den nødvendige prøvelsesbegrænsning er domstolenes ansvar. Grundrettighedskontrollens afgrænsning beror på, hvordan domstolene fortolker grundrettighederne i lovprøvelsessituationen. Domstolene må dermed i første omgang selv påse grænserne for prøvelseskompetencen.⁶²² Dette fratager imidlertid ikke i sig selv prøvelsesrettens grænser forfatningsretlig karakter.

I tysk teori ansues prøvelsesrettens grænser netop som et forfatningsretligt spørgsmål om den rette kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver. Med Schenkes ord:

*„Beachtung des Prinzips des judicial self-restraints zwischen Judikative und Legislative stellt nicht nur ein Gebot des politischen Taktens oder Fingerspitzengefühls dar; vielmehr handelt es sich hier um ein aus dem funktionellen Gefüge des Grundgesetzes ableitbares, echtes verfassungsrechtliches Gebot ...“*⁶²³

Derfor har man i tysk teori helt overvejende taget afstand fra det ubestemte begreb „judicial self-restraint“ til fordel for en diskussion af de grænser, som efter forfatningsdomstolens stilling i den forfatningsretlige kompetencefordeling må gælde for grundrettighedskontrollen. Denne diskussion føres under overskriften grundrettighedskontrollens *funktionelle* eller *funktionel-retlige* grænser.⁶²⁴

Kun når grundrettighedskontrollens grænser anerkendes som forfatningsretlige, kan man hævde, at domstolenes prøvelsesret går hånd i hånd med en prøvelsespligt.⁶²⁵ Hvis det anerkendes, at der er forfatningsretlige

622. Se f.eks. Hesse, 1981, side 264; Murswiek, DÖV 1982, side 532f.

623. Schenke, *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, NJW 1979, side 1324f.

624. Jf. Ehmke, VVDStl 1963, side 73; Kriele, NJW 1976, side 777ff; Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 1ff; Schneider, NJW 1980, side 2103ff; Hesse, 1981, side 261ff; Murswiek, DöV 1982, side 534; Alexy, 1986, side 495ff; Schuppert, DVBl 1988, side 1191f; Simon, 1994, side 1665ff.

625. Jf. bl.a. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, HLR 1959, side 6ff; Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1994, side 1665; Isensee, *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, JZ 1996, side 1091f. Tilsvarende i dansk forfatningsretlig teori allerede Knud Berlin, *Dansk Statsforfatningsret*, 1939, side 318.

grænser for grundrettighedskontrollen med love, uden for hvilke domstolenes kontrol er i strid med forfatningen, må prøvelsen inden for disse grænser på den anden side påhvile domstolene som en pligt. En tilbageholdenhed, som ikke er forfatningsretligt velbegrundet, kan være lige så betænkelig som en overdreven aktivisme. Tyskeren Murswiek formulerer det således:

*„Kompetenz-Kompetenz ist keine Souveränität (...) Nichtentscheidung trotz gegebener Zuständigkeit ist für ein Gericht Kompetenzüberschreitung; der Entscheidungskompetenz entspricht die Entscheidungspflicht. (...) Nur wenn die inhaltliche Beschränkung (...) anhand der Verfassung begründet werden kann, sich aus der Verfassung selbst ergibt, ist sie rechtlich zulässig – und zugleich geboten.“*⁶²⁶

Den vigtigste konsekvens af at anerkende kompetencefordelingshensyn som forfatningsretlige hensyn i grundrettighedskontrollen – frem for som grundlag for en politisk betonet, skønmæssig tilbageholdenhed – er dog, at grundrettighedskontrollens konsekvenser for kompetencefordelingen mellem domstole og lovgiver må indgå som led i den retlige argumentation for en bestemt fortolkning i lovprøvelsessituationen.⁶²⁷

Kompetencefordelingshensynet bliver en integreret del af den retlige argumentation i lovprøvelsessager og må leve op til kravene hertil. En begrænsning af prøvelsen må, lige såvel som en stærk prøvelse, begrundes i det konkrete tilfælde.⁶²⁸ En overskridelse af grundrettighedskontrollens grænser kan herefter kritiseres rationelt – i dissenser, i den retsvidenskabelige debat og i offentligheden.⁶²⁹

Amerikaneren Wechsler formulerer det rammende således: *„the only proper judgment that may lead to an abstention from decision is that the Constitution has committed the determination of the issue to another agency of government than the courts. Difficult as it may be to make that judgment wisely, whatever factors may be*

626. Murswiek, *Der Umfang der verfassungsgerichtlichen Kontrolle*, DöV 1982, side 532 og 534; Se tilsvarende Isensee, JZ 1996, side 1091.

627. Jf. Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, side 38.

628. Jf. Hesse 1981, side 272; Murswiek, DÖV 1982, side 532ff; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 27.

629. Jf. Starck, *Das Bundesverfassungsgericht im Politischen Prozeß der Bundesrepublik*, 1976, side 27f; Schenke, NJW 1979, side 1325; Simon, 1994, side 1647.

rightly weighed in situations where the answer is not clear, what is involved is in itself an act of constitutional interpretation, to be made and judged by standards that should govern the interpretive process generally. That, I submit, is toto caelo different from a broad discretion to abstain or intervene. ⁶³⁰

I BVerfGs praksis antages forfatningskontrollens grænser i overensstemmelse med det anførte at have forfatningsretlig karakter. BVerfG udtalte i sin første dom fra 1951 (BVerfGE 1, 14 (32)), at prøvelsesrettens grænser under hensyn til lovgivningsmagtens handlefrihed er et forfatningsretligt spørgsmål:

*„Wie weit das freie Ermessen des Gesetzgebers reicht, ist (...) eine **Rechtsfrage** und unterliegt deshalb der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wenn das Grundgesetz die Grenzen des Ermessens gezogen hat.“*

BVerfG kan derfor ikke ud fra en skønmæssig, politisk vurdering afstå fra prøvelse på visse områder. BVerfG betragter således prøvelsesretten – i det omfang den er forenelig med den forfatningsretlige kompetencefordeling – som en prøvelsespligt. BVerfG udtalte herom i „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (410)):

„Dem Gericht ist der Schutz der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber übertragen. Wenn sich aus der Auslegung eines Grundrechts Grenzen für den Gesetzgeber ergeben, muß das Gericht ihre Einhaltung überwachen können; es darf sich dieser Aufgabe nicht entziehen, wenn anders es nicht die Grundrechte praktisch zum guten Teil entwerten und seiner ihm vom Grundgesetz zugewiesenen Funktion ihren eigentlichen Sinn nehmen will.“

Også i Høyesteretts praksis blev det tidligt antaget, at prøvelsesretten – så langt den rækker – også er en prøvelsespligt. Dette uanset, at prøvelsesretten i Norge ligesom i Danmark er fastslået gennem retspraksis. Prøvelsespligten blev lagt til grund af Høyesteretts plenum i dommen i „Den Store Koncessionssag“ fra 1918 (Rt 1918.401, side 404) og er senere blevet bekræftet blandt andet i „Kløfta-dommen“ fra 1976 (Rt 1976.1, side 5), hvor førstevoterende om prøvelsesretten udtalte:

630. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, HLR 1959, side 9.

„det må videre legges til grunn at denne prøvelsesrett også er en prøvelsesplikt, slik at domstolene, når spørsmålet melder seg, er nødt til å avgjøre om grunnloven er gått for nær.“

Højesterets praksis synes tilsvarende at bygge på en forudsætning om, at prøvelsesrettens grænser har forfatningsretlig – og dermed tvingende – karakter hvorimod, der ikke er taget stilling til, om prøvelsesretten – som følge heraf – også er en prøvelsespligt. I den ledende „Fæsteafslønningsdom“ (UfR 1921.644 H) udtalte Højesteret således, at det

„ikke med den Sikkerhed, som maatte kræves for at Domstolene skulde **kunne** tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridige ...[kunne statueres, at loven ikke gav fuldstændig erstatning].“ (min udhævning).

Bent Christensen udlægger dommen på samme måde. Han anfører, at det i Højesterets praksis er „fastslået, at domstolene kun **kan** tilsidesætte en lov som grundlovsstridig, hvor uoverensstemmelsen med grundlovens tekst er sikker og utvivlsom.“⁶³¹ Lorenzen betegner i overensstemmelse hermed “Fæsteafslønningsdommens” krav om sikker modstrid med Grundloven som en fortolkningsgrundsætning (“Interpretationsgrundsatz”).⁶³²

Også i dansk ret må det således antages, at domstolenes prøvelsesret er undergivet forfatningsretlige begrænsninger begrundet i kompetencefordelingen mellem domstole og lovgivningsmagt. Inden for disse grænser må prøvelsesretten imidlertid tillige være en prøvelsespligt. Følgelig må såvel tilbageholdenhed som aktivisme i grundrettighedskontrollen i det konkrete tilfælde kunne begrundes med henvisning til den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgivningsmagt. Kompetencefordelingshensynet bliver i lovprøvelsessituationen et vigtigt element i den retlige argumentation. Domstolene kan ikke uden nærmere forfatningsretlig begrundelse i et konkret tilfælde foretage en særlig streng prøvelse af lovgivningsmagten, lige så lidt som domstolene kan holde sig tilbage fra en reel prøvelse uden andre motiver end ønsket om – med Munchs ord – at leve „den rolige tilværelse i træernes skygge“.

631. Bent Christensen, *Retten forhold til regeringen efter 1849* i Højesteret 1661–1961, bind I, side 407f (min udhævning).

632. Lorenzen, *Der Schutz der Grundrechte in Dänemark*, EuGRZ 1976, side 469.

2. Grundrettighedskontrollens grænser og grundrettighedsdogmatikken

I lyset af det anførte bliver et vigtigt problem for grundrettighedsdogmatikken, hvordan man tager højde for og begrebsliggør den indbyrdes sammenhæng mellem fortolkningens generelle aspekter (strategi, metode og principper) og kompetencefordelingshensynet (forfatningens magtfordeling mellem lovgiver og domstole). På baggrund af det ovenfor anførte argumenteres for en fortolkningslære, hvor forfatningens grundrettigheder som udgangspunkt har ét indhold, men hvor den konkrete fortolkningssituation (lovprøvelse) kan have betydning for normens genemslag. En sådan lære modsvarer en sondring mellem grundrettigheder som funktionsnorm henholdsvis kontrolnorm.

2.1 Kompetencefordelingshensynets indplacering i en lære om grundrettighedsfortolkning

Spørgsmålet er, hvordan man teoretisk skal forholde sig til sammenhængen mellem det generelle fortolkningsspørgsmål og kompetencefordelingshensynet. Dette spørgsmål har – som det vil fremgå – også praktisk relevans. Man kan opstille tre forskellige modeller for kompetencefordelingshensynets betydning i grundrettighedsfortolkningen:

(1) Én kategorisk lære om grundrettighedsfortolkning

Efter denne model har grundrettighederne det samme indhold uanset fortolkningssituationen. Grundrettighedernes normative indhold defineres dermed ved det omfang, i hvilket de (kan) håndhæves af domstolene over for lovgivningsmagten.⁶³³

Denne enhedsmodel harmonerer med traditionel, positivistisk retsopfattelse. Problemet med modellen er for det første, at kompetencefordelingshensynet helt generelt og ureflekteret risikerer at præge fortolkningen i restriktiv retning også uden for lovprøvelsessituationen. Grundrettighedernes betydning som fortolkningsprincipper i den offentlige og private ret bliver dermed begrænset. For det andet bliver kompetencefordelingshensynets vægt ikke genstand for en konkret vurdering i det enkelte lovprøvelsetilfælde.

633. Således i tysk teori bl.a. Stern, 1980, side 27; Heun, 1992, side 46ff.

Enhedslæren frakender betydningen af fortolkningssituationen. Dette kan ikke forenes med en realistisk beskrivelse af praktisk grundrettighedsfortolkning – og dermed også grundrettighedskontrol – som en selvstændig og konkret retsskabende proces.⁶³⁴ Vil man undgå denne “fastfrysning” af grundrettighedsfortolkningen, kan man fra en teoretisk synsvinkel vælge én af to nedenstående modeller.

(2) En „dobbelt“ lære om grundrettighedsfortolkning

Efter denne model er fortolkningslæren i udgangspunktet todelt: Der opereres med én fortolkning af grundrettighederne som bindende normer for lovgivningsmagten (håndhæves ved domstolene) og en anden fortolkning af grundrettighederne som direktiv til lovgivningsmagten og som fortolkningsprincipper i den almindelige retsanvendelse.

Den dobbelte fortolkningslære indebærer, at den samme grundrettighed som grundlag for prøvelse af love kan have ét (ret snævert) indhold, mens grundrettigheden som generelt fortolkningsprincip har et andet (bredere) indhold.

I *dansk forfatningsret* opereres i dele af teorien og dele af praksis netop med en todelt fortolkningslære – med vandtætte skodder imellem. Det har været et fremherskende standpunkt, at Grundlovens rettigheder som bindende normer for lovgiver har ét – ret snævert – indhold, mens en række grundrettigheder som direktiv til lovgiver og som almindelige fortolkningsprincipper har et videregående retligt indhold, da disse rettigheder er udtryk for en „bredere retspolitisk idé“.⁶³⁵

Denne tvedeling af grundrettighedsfortolkningen har fundet særlig klart udtryk i praksis fra Folketingets Ombudsmand, hvor der sondres skarpt mellem grundrettighederne som normer for lovgiver og som grundlag for prøvelse af forvaltningsafgørelser.⁶³⁶

FOB 77.435 (436) vedrørte en kommunes frihed til gennem sin tilladelsesbeføjelse vedrørende skiltning på offentlige veje at afskære visse offentlige

634. Se ovenfor kapitel 3, afsnit 3–4.

635. Se bl.a. Gomard, *Privat pension og offentlig forsikring*, 1968, side 148ff; Madsen, *Justitsministeriets udtalelser om grundlovsspørgsmål* i Festskrift til von Eyben 1982, side 19ff. Nordskov Nielsen, *Nutidig udformning af grundrettighederne* i Helveg Petersen (red.), *På sporet af den nye grundlov*, 1992, side 61f.

636. Se også Gammeltoft-Hansen m.fl., *Forvaltningsret*, 1994, side 239.

meningstilkendegivelser i form af plancheudstillinger. Ombudsmandens udtalelse i sagen nærmer sig i sin forsigtighed i forhold til at binde lovgiver til Grundloven det groteske. Ombudsmanden fandt, at *„vurderingen af sådanne udstillinger må ske under hensyntagen til synspunkter, der er beslægtet med synspunkter, der ligger til grund for grundlovens politiske frihedsrettigheder, herunder navnlig ytrings- og forsamlingsfrihed“*. I FOB 83.248 (250) fandt Ombudsmanden ikke, at hospitalsledelsens begrænsning af personalets adgang til at informere patienter m.v. om en faglig konflikt var i strid med Grl § 77, men udtalte, at en række af Grundlovens frihedsrettigheder må *„opfattes som udslag af en bredere retspolitisk idé, der som sådan bør respekteres af lovgivningsmagten, således at der kun sker fravigelse, når særlige hensyn taler derfor“*, hvorfor ytringsfrihedshensynet måtte indgå i vurderingen. Se tilsvarende bl.a. FOB 77.217, 87.237, 88.121, 92.330, 95.381 og senest Ombudsmandens udtalelse af 31 maj 1999 (j.nr. 1998-1809-710 CC).

Det afgørende problem ved den dobbelte fortolkningslære er, at den håndfast foretager en opdeling – med vandtætte skodder – mellem grundrettigheders indhold som bindende normer for lovgivningsmagten henholdsvis som direktiv og generelt fortolkningsprincip. Derved udelukkes på forhånd, at grundrettighedens (bredere) indhold som generelt direktiv og fortolkningsprincip kan blive relevant for domstolenes grundrettighedskontrol med love. Samtidig udelukker denne lære en mere differentieret, konkret vurdering af kompetencefordelingshensynets vægt i det enkelte lovprøvelsestilfælde.

Heller ikke denne model kan forenes med en hermeneutisk, problemorienteret fortolkningslære. Men en tredje model kan opstilles, som tager det bedste fra de to første, og som er både velbegrunnet og realistisk.

(3) En lære om grundrettighedsfortolkning hvor fortolkningssituationen har betydning for rettighedens konkrete gennemslag

Efter denne model har grundrettighederne som principielt udgangspunkt samme indhold som bindende normer for lovgiver (håndhæves af domstolene) henholdsvis som generelt direktiv til lovgiver og som fortolkningsprincip i retsanvendelsen.

Hensynet til den forfatningsretlige kompetencefordeling inddrages i den konkrete fortolkningssituation i det omfang – og kun i det omfang – det er relevant. Kompetencefordelingsaspektet får navnlig betydning i lovprøvelsessituationen, hvor hensynet til den demokratisk valgte lovgiver indgår som et princip i den konkrete grundrettighedsfortolkning og

kan bevirke, at domstolene holder sig tilbage fra en selvstændig – fra lovgivningen afvigende – grundrettighedsfortolkning. Kompetencefordelingsaspektet får ikke samme relevans, hvor fortolkningssituationen er en anden – hvor grundrettighederne indgår som princip ved fortolkningen af regler eller som led i prøvelse af forvaltningens afgørelser.

En sådan model tager i modsætning til den dobbelte fortolkningslære udgangspunkt i, at grundrettighedens (bredere) indhold som generelt fortolkningsprincip også er relevant som grundlag for prøvelse af love. Konkret kan dette udgangspunkt dog i lovprøvelsessituationen modificeres, men kun hvis forfatningsretlige kompetencefordelingshensyn i det foreliggende tilfælde begrundes dette.

Frem for alt kan denne model i modsætning til både den kategoriske enhedslære og den dobbelte fortolkningslære danne udgangspunkt for formulering af en fleksibel strategi for grundrettighedskontrollen med love. Kompetencefordelingsaspektet vil ikke i ethvert lovprøvelsstillfælde have samme vægt. Grundrettighedskontrollens omfang må bero på den enkelte sags karakter – herunder grundrettighedens og lovens karakter. Kun en differentieret strategi for grundrettighedskontrol harmonerer med den erkendelse, at grundrettighedsfortolkning i enkelttilfældet er en konkret, retsskabende proces.⁶³⁷

I *tysk forfatningsret* har denne lære fundet tilslutning i store dele af grundrettighedsteorien. Det antages, at kompetencefordelingen mellem domstole og lovgiver principielt må indgå som et konkret hensyn ved domstolenes grundrettighedsfortolkning i lovprøvelsessituationen.⁶³⁸ Også BVerfGs praksis bygger reelt på denne lære. Se nærmere nedenfor i kapitel 11-13.

I *norsk forfatningsret* genfindes læren, omend under andre navne. Det anerkendes, at Grunnloven kan have et vidererækkende indhold som generelt forhåndsdirektiv til lovgiver og som fortolkningsprincip end som grundlag for prøvelse af love. Sondringen er imidlertid ikke *ex ante* og dermed „vandtæt“ som ved den dobbelte fortolkningslære. I stedet overvejes i det konkrete tilfælde, hvorvidt kompetencefordelingshensyn

637. Se nærmere ovenfor kapitel 3, afsnit 3-4.

638. Jf. Ehmke, VVDStl 1963, side 73; Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 13ff; Schenke, NJW 1979, side 1321ff; Schneider, NJW 1980, side 2104; Schuppert, 1980, navnlig side 5 og 24; Hesse, 1981, side 270; Murswiek, DÖV 1982, side 534; Alexy, 1986, side 120; Schuppert, DVBl 1988, side 1194f; Schneider, 1990, side 39ff; Heun, 1992, side 43ff; Simon, 1994, side 1665.

tilsiger en begrænsning af rettighedens gennemslag.⁶³⁹ Den konkrete vurdering af kompetencefordelingshensynets vægt ses også i Høyesteretts praksis. Eksempler er “Kløfta-dommen” fra 1976 (Rt 1976.1, side 6) og “Borthen-dommen” fra 1996 (Rt 1996.1415, side 1428ff). Begge domme omtales nedenfor i kapitel 12.

I dansk forfatningsret tager Henrik Zahle afstand fra den dobbelte fortolkningslære, idet han om en materiel ytringsfrihed efter Grl § 77 konkluderer, at „Ytringsfriheden som værdi er sat som et relevant og styrende princip for en hvilken som helst regulering af og afgørelse om „retten til at offentliggøre tanker“ ...“⁶⁴⁰

Det er ikke afklaret, hvorvidt Højesteret indtager samme stilling. Domstolene har ikke hidtil taget klar stilling til, om den ytringsfrihed, som anerkendes i retspraksis, har grundlovsrang eller alene beror på inddragelse af ytringsfriheden som generelt retsprincip.⁶⁴¹ Den hidtidige tilbageholdenhed med at henvise til Grl § 77 peger nærmest i retning af, at Højesteret ikke tilslutter sig en dobbelt fortolkningslære, men antager, at en henvisning til Grundloven indebærer, at også lovgivningsmagten bliver bundet.

Det synes dog samtidig klart, at Højesteret – ihvertfald når det gælder Grl § 73 – anvender en fortolkningslære, hvor fortolkningsituationen (lovprøvelse) får betydning ud fra en konkret vurdering af kompetencefordelingshensynets vægt.⁶⁴² Danske domstole må også mere generelt antages – som BVerfG og Høyesterett – at anerkende en fortolkningslære, hvor kompetencefordelingshensyn ud fra en konkret vurdering kan få betydning for rettighedens gennemslag over for love.⁶⁴³

Den opfattelse, at der som udgangspunkt er én lære om grundrettighedsfortolkning, men at den konkrete fortolkningsituation kan have betydning for domstolsprøvelsens omfang og dermed for rettighedens gennemslag, danner udgangspunkt for fremstillingen af grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol i denne afhandling.

639. Se f.eks. Eckhoff og Wilberg, *Lov og Rett* 1975, side 365; Andenæs, 1998, side 292. Boe, Jussens Venner 1998, side 22, udtrykker det på den måde, at: “retskildebildet endres når loven kommer til”, hvilket kan bevirke, at Grunnlovens indhold som prøvelsesgrundlag bliver mindre vidtrækkende, såfremt domstolene i prøvelsessituationen finder at måtte tillægge lovgivers vurdering vægt.

640. Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 3, 1997, side 80 (min udhævnning).

641. Se nærmere ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.1.

642. Jf. Stenderup Jensen, *Om Grundlovsfortolkning*, Justitia, 1984, nr. 4, side 1–33 (17).

643. Se nærmere nedenfor kapitel 11, afsnit 4.1.

2.2 En sondring mellem grundrettigheder som funktionsnorm og kontrolnorm

En grundrettighedslære, hvor fortolkningssituationen – navnlig i lovprøvelsessituationen – kan have betydning for den konkrete fortolkning, må søge at begrebsliggøre forholdet mellem grundrettighedernes generelle fortolkning og grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol i den konkrete lovprøvelsessituation.

Et sådant forsøg er den i tysk teori udviklede sondring mellem grundrettigheder som henholdsvis *funktionsnorm* og *kontrolnorm*. Funktionsnormen betegner grundrettighedens indhold som materiel forfatningsnorm, som er bindende for alle statsorganer. Kontrolnormen betegner grundrettighedens indhold som grundlag for domstolenes prøvelse af lovgivningsmagten – den udtrykker omfanget af domstolenes prøvelsesret. Sondringen blev lanceret af Ernst Forsthoff i 1955. Forsthoff skrev – med udgangspunkt i BVerfGs praksis – at der ikke uden videre er sammenfald mellem grundrettighedernes indhold som direktiv til lovgiver og som grundlag for domstolskontrol:

*„Die Bindung der Gesetzgebung an die Verfassung und die Kontrolle darüber, ob diese Bindung beachtet worden ist, durch ein Gericht, sind dem Umfang nach nicht gleich. Die Bindung des Handelnden geht weiter als die Funktion des Kontrollierenden, weil sie in einem gewissen Umfange der Kontrolle notwendig entzogen ist. (...) Deshalb ist es geboten, von der Norm, welche die gesetzgeberische Funktion inhaltlich bindet und die hier als Funktionsnorm bezeichnet sei, die Kontrollnorm zu unterscheiden, welche das Ausmaß der verfassungsgerichtlichen Überprüfbarkeit angibt und notwendig hinter der Funktionsnorm zurückbleibt.“*⁶⁴⁴

Forsthoff understregede dog samtidig, at det ud fra retsstatsprincippet må kræves, at indholdet af kontrolnormen i videst muligt omfang tilnærmer sig funktionsnormen.

Forsthoffs sondring har fundet principiel tilslutning i dele af den senere tyske teori.⁶⁴⁵ I nyere teori har Murswiek opstillet en sondring

644. Forsthoff, *Über Maßnahmegesetze* i Bachof m.fl., *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, side 232f.

645. Se Schenke, *Die Verfassungsorgantreue*, 1977, side 140ff; Murswiek, *DöV* 1982, side 534f. Tilsvarende Alexy, 1986, side 472; Hesse, 1995, side 242, jf. 143. Kritisk derimod Stern, 1980, side 27; Heun, 1992, side 46ff.

mellem grundrettigheder som funktionsnorm henholdsvis kontrolnorm, som dels er mere analytisk dybtgående, dels stemmer bedre overens med en moderne fortolkningslære end Forsthoffs. Murswicks udgangspunkt er, at grundrettighederne som funktionsnorm har ét materielt indhold, som udfindes ved sædvanlig fortolkning. Som kontrolnorm kan grundrettighederne imidlertid i den konkrete prøvelsessituation få et snævrere indhold, hvis domstolene ud fra kompetencefordelingshensyn finder at måtte begrænse prøvelsens omfang. En begrænsning af grundrettighedens indhold som kontrolnorm påvirker normalt ikke dens indhold som funktionsnorm. Kun i særlige tilfælde – hvor en af flere fortolkningsmuligheder på forhånd er åbenbart i modstrid med forfatningsretlige kompetencefordelingshensyn – kan kompetencefordelingssynspunkter umiddelbart influere på den abstrakte fastlæggelse af funktionsnormens indhold.⁶⁴⁶

Domstolene kan ifølge Murswiek udvise tilbageholdenhed i grundrettighedskontrollen med love på to forskellige måder⁶⁴⁷:

- 1) Ved restriktiv abstrakt fortolkning af den grundretlige norm
- 2) Ved (delvis) ikke-prøvelse af loven i den konkrete sag i form af en
 - (a) begrænsning af prøvelsens normative målestok (prøvelsen begrænses til en del af – kernen i – den grundretlige norm),
 - (b) begrænsning af prøvelsens intensitet m.h.t. faktiske omstændigheder (prøvelsen af lovgivers faktiske antagelser og prognoser begrænses), eller
 - (c) Afskæring af normativ prøvelse af lovens grundrettighedsmæssighed (hel eller delvis).

I tilfælde under 1) fremtræder tilbageholdenheden ikke primært som en prøvelsesbegrænsning, men som et resultat af en restriktiv abstrakt fortolkningsstrategi. Her kan kompetencefordelingsaspektet derfor vanskeligt isoleres fra den generelle fortolkningsproblematik, med mindre domstolene direkte har fremhævet hensynet til lovgivningsmagten i sin begrundelse for fortolkningen. Der bliver her sammenfald mellem grundrettighedens indhold som funktionsnorm og som kontrolnorm.

646. Murswiek, *Der Umfang der Verfassungsrechtlichen Kontrolle*, DÖV 1982, side 534f.

647. Murswiek, *Der Umfang der Verfassungsrechtlichen Kontrolle*, DÖV 1982, side 533ff.

I tilfælde under 2) er kompetencefordelingsaspektet umiddelbart begrundelsen for en prøvelsesbegrænsning. I disse tilfælde indsnævres den grundretlige norms konkrete indhold som kontrolnorm i forhold til dens generelle indhold som funktionsnorm ud fra overvejelser om domstolens og lovgivningsmagtens indbyrdes kompetence.

Værdien af en sådan sondring mellem grundrettighedens indhold som generelt direktiv til lovgiver og som fortolkningsprincip i retsanvendelsen (funktionsnorm) og grundrettighedens indhold som grundlag for prøvelse af love (kontrolnorm) ligger i, at den tillader en mere fri – og undertiden ekspansiv – fortolkning af grundrettighedens indhold som funktionsnorm. Fortolkningen af grundrettighedens indhold som funktionsnorm bremses (normalt) ikke på forhånd af kompetencefordelings-synspunkter, hvilket uden sondringen ville være tilfældet og typisk føre til en afvisning af grundrettighedernes videregående betydning i retssystemet.⁶⁴⁸ Omvendt fører sondringen *ikke* til den dobbelte grundrettighedslære, hvorefter grundrettighedens indhold som direktiv til lovgiver og som generelt fortolkningsprincip (funktionsnorm) på forhånd frakendes betydning for grundrettighedens indhold som grundlag for prøvelse af love (kontrolnorm). En indskrænkning af grundrettighedens indhold som kontrolnorm beror alene på, om forfatningsretlige kompetencefordelingshensyn begrundet det i det konkrete tilfælde, og kan alene retfærdiggøres i dette omfang.

Der er således overensstemmelse mellem en grundrettighedslære, hvor fortolkningssituationen tillægges betydning og et grundrettighedsbegreb, hvor der på den angivne måde sondres mellem grundrettigheden som funktionsnorm og som kontrolnorm.

Et dansk eksempel på anvendelse af den her forfægtede tilgang findes i Vedsted-Hansens udlægning af Grl § 75 (2) om forsørgelsesretten. Han anfører – i overensstemmelse med den herskende opfattelse – at § 75(2) primært må opfattes som et politisk og retligt direktiv til lovgiver. En vis domstolskontrol med kernen i forsørgelsesretten anses dog – modsat traditionel opfattelse – ikke dermed for udelukket. Individet må kunne påberåbe sig § 75(2), hvor lovgiver fuldkommen har svigtet sin forsørgelsespligt, men domstolskontrollen er begrænset hertil, fordi lovgiver efter forfatningen og § 75(2) har

648. Se således Böckenförde, *Der Staat* 1990, side 27; Heun, 1992, side 47.

det primære ansvar for forsørgelsen og dens udformning.⁶⁴⁹ Funktionelle hensyn begrænser med andre ord § 75(2)s indhold som kontrolnorm i forhold til dens generelle indhold som direktiv til lovgiver og som fortolkningsprincip i retsanvendelsen.

3. Grundrettighedskontrollens situation, tema og „omfang“

Når man diskuterer „omfanget“, „dybden“, „intensiteten“ m.v. af domstolenes prøvelsesret er det ikke altid klart, hvad der nærmere menes hermed. En klargørelse af terminologien forudsætter en forudgående redegørelse for prøvelsessituationen og prøvelsens tema.

3.1 KontROLSITUATIONEN: En dobbelt fortolkning

I prøvelsessituationen foreligger en *lov (prøvelsens genstand)*, og en eller flere *forfatningssikrede grundrettigheder (prøvelsens grundlag)*. Grundrettigheder må normalt undergives en konkretiserende fortolkning for at kunne danne grundlag for prøvelse. Også loven må ofte fortolkes nærmere, før prøvelsen kan foretages. I prøvelsessituationen bliver det ofte svært at holde disse to „led“ ude fra hinanden.

Fortolkning af grundrettighederne. Grundrettigheder er ofte formuleret som principper med et bredt og ubestemt indhold. Derfor har domstolene kun i sjældne prøvelsestilfælde et færdigt prøvelsesgrundlag. Normalt forudsætter lovprøvelsen en konkretisering af grundrettigheden med henblik på prøvelse af den foreliggende lov. Grundrettigheden finder da først sit konkrete indhold i forbindelse med lovprøvelsen. Ved sådanne grundrettigheder bliver spørgsmålet om prøvelsens „omfang“ i normativ henseende aktuelt. Domstolene er ikke alene om at fortolke grundrettighederne. Det gør først og fremmest lovgivningsmagten. Enhver lov, der berører grundrettighederne, kan anses som udtryk for en konkretisering af grundrettighedernes indhold.⁶⁵⁰ Domstolene må i prøvelsessituationen tage stilling til, om lovgivningsmagtens udlægning af forfatningen er forenelig med domstolenes egen.

Prøvelsens „omfang“ betegner den dybde og intensitet, hvormed domstolene ud fra en selvstændighed fortolkning af grundrettighedernes

649. Vedsted-Hansen, *Grundlovsbeskyttelse af sociale rettigheder*, 1997, side 158f.

650. Jf. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStrl 1963, side 68f.

indhold censurerer de normative og faktiske vurderinger, som ligger til grund for loven.

Hvis man antager, at domstolene – når prøvelsesretten er anerkendt – ikke ud fra et politisk skøn kan afstå fra at bruge prøvelsesretten i et konkret tilfælde, er der imidlertid i alle prøvelsestilfælde – uanset prøvelsens „omfang“ – reelt tale om, at domstolene fortolker forfatningen. Selv hvor domstolene lægger lovgivers vurdering til grund ud fra hensynet til respekt for lovgivningsmagtens demokratiske mandat og kompetence, fremstår resultatet desuagtet som et udslag af forfatningsfortolkning – en godkendelse af lovens indhold som forfatningsmæssigt. En sådan tilbageholdende prøvelse kan betegnes *lovkonform forfatningsfortolkning*.

Fortolkning af loven. I prøvelsessituationen vil også loven typisk måtte undergives fortolkning, før dens forenelighed med grundrettighederne kan vurderes. Også loven kan have et ubestemt indhold. I den normale prøvelsessituation må derfor det konkrete meningsindhold af såvel grundrettigheden som loven udfindes ved fortolkning.

I praksis vil den konkretiserende fortolkning af grundrettighederne og loven derfor typisk ske under ét. Hvor lovens ordlyd tillader det, kan prøvelsen derfor få karakter af en fortolkning af loven, der bringer denne i overensstemmelse med domstolens fortolkning af grundrettighederne. Dette kaldes *forfatningskonform lovfortolkning*.⁶⁵¹

Såvel forfatningskonform lovfortolkning som lovkonform forfatningsfortolkning er et resultat af, at forfatningen og loven i prøvelsessituationen fortolkes samtidig.⁶⁵²

3.2 Kontrollens tema

Temaet for grundrettighedskontrollen er naturligvis overordnet, om loven er forenelig med forfatningens grundrettigheder eller ej. En lovs forenelighed med grundrettighederne kan imidlertid bero på såvel dens *normative indhold* som dens *faktiske grundlag*.

Prøvelsen tema er for det første, hvorvidt lovens normative indhold er foreneligt med grundrettighedernes indhold. Det er dette tema, man

651. Forfatningskonform lovfortolkning kan på én gang ses som udtryk for et harmoniserende fortolkningsprincip og som en særlig retsfølge, der har til formål at undgå en formel tilside-sættelse af loven. Om forfatningskonform lovfortolkning som retsfølge, se nedenfor kapitel 14, afsnit 2.

652. Jf. Hesse, 1995, side 33. Se også Boe, Jussens Venner 1998, side 16ff.

traditionelt har for øje, når man diskuterer prøvelsens „omfang“ m.v. Det er også her, grundrettighedsfortolkning og prøvelsens grænser glider ind i hinanden. Prøvelsen „omfang“ er her et udtryk for den selvstændighed og konkretiseringsgrad, hvormed domstolene efterprøver lovgivers normative vurdering af grundrettighedernes krav, som denne kommer til udtryk i loven.

Et eksempel på prøvelsens normative tema er forholdsmæssighedsgrundsættningens krav om proportionalitet mellem mål og midler. En prøvelse heraf vil bero på en normativ afvejning mellem vægten af de hensyn, som begrundet indgrebet, og vægten af de hensyn, som der gribes ind i. Et andet eksempel er kravet om „fuldstændig erstatning“ som betingelse for ekspropriation af privat ejendom. Det nærmere retlige indhold af begrebet „fuldstændig erstatning“ beror på en normativ vurdering.

Prøvelsens tema kan dog også være, hvorvidt lovens faktiske grundlag er holdbart. En lovs forenelighed med grundrettighederne kan bero på korrektheden af de antagelser om faktiske forhold eller holdbarheden af de prognoser om lovens fremtidige virkninger, som lovgiver har lagt til grund ved lovens vedtagelse.

Et eksempel på prøvelsens faktiske tema er forholdsmæssighedsgrundsættningens krav om, at et grundrettighedsindgreb skal være egnet og nødvendigt. Hvorvidt indgrebet er egnet til at realisere formålet hermed, beror på antagelser om lovens faktiske virkninger i fremtiden. Ligeledes beror nødvendigheden på antagelser om, at mindre indgribende foranstaltninger ikke i samme grad vil kunne opfylde formålet med lovindgrebet. Også ved vurderingen af, om staten har opfyldt en positiv beskyttelsespligt kan det blive aktuelt for domstolene at tage stilling til holdbarheden af lovgivers antagelser og prognoser om lovens fremtidige virkninger.

En tilbundsående domstolsprøvelse af loves overensstemmelse med grundrettighederne vil ofte involvere en prøvelse af såvel lovens normative indhold som af lovgivers tilgrundliggende antagelser om faktiske forhold og om lovens fremtidige virkninger.

3.3 Grundrettighedskontrollens „omfang“ – prøvelsens normative dybde, rækkevidde og faktiske intensitet

Prøvelsens „omfang“ er et komplekst begreb. Prøvelsens omfang kan dog formentlig sammenfattende beskrives som spørgsmålet om, hvor-

vidt og – i givet fald – hvor bredt og dybt domstolene i prøvelses-situationen kan og bør efterprøve de normative vurderinger og/eller antagelser om faktiske forhold og fremtidige virkninger, som er kommet til udtryk i loven eller, som lovgiver har lagt til grund ved lovens vedtagelse, og som er relevante for lovens forenelighed med grundrettighederne.

I debatten hersker imidlertid stor terminologisk uklarhed. Man benytter i flæng begreber som prøvelsens „intensitet“, „dybde“, „målestok“, „rækkevidde“, „omfang“, „tæthed“ m.v.

Grundrettighedskontrollens „omfang“ rummer (ihvertfald) tre forskellige aspekter⁶⁵³ :

(a) kravet til modstridens klarhed (prøvelsens normative dybde eller målestok)

Dette aspekt knytter sig til den normative del af prøvelsen. Det kan beskrives som et spørgsmål om fordeling af argumentationsbyrde – hvor meget skal der til, før domstolene erklærer en lov for uforenelig med grundrettighederne. Skal modstriden være kvalificeret, eller er det tilstrækkeligt, at der efter domstolenes opfattelse er modstrid. Kravet til modstridens klarhed angår den dybde eller konkretiseringsgrad, hvorved domstolene håndhæver deres egen fortolkning af grundrettighederne, hvilket er omvendt proportionalt med den betydning, domstolene tillægger lovgivers egen vurdering af forfatningens krav. Dette er vel det traditionelle tema i diskussionen om prøvelsesrettens omfang. Det er også her, spørgsmålet om prøvelsens omfang overlapper med spørgsmålet om grundrettighedernes fortolkning i prøvelsessituationen. Kravet til modstridens klarhed er ofte afgørende for, om loven tilsidesættes eller ej.⁶⁵⁴ Kravet til modstridens klarhed kan betegnes prøvelsens (normative) dybde eller målestok.

Prøvelsens dybde/målestok er et normativt begreb. Der kan ikke sondres skarpt mellem forskellige målestokke. Der er tale om et konti-

653. Det følgende er ikke mindst inspireret af Murswieks opdeling (jf. ovenfor) og af Boe, Jussens Venner 1998, side 18f. Boe foretager også andre sondringer, som jeg dog finder mindre rammende. Navnlig sonder Boe mellem 1) kravet til modstridens klarhed og 2) prøvelsens „dybde“. Jeg har vanskeligt ved at se, hvordan et normativt spørgsmål – bortset fra kravene til modstridens klarhed – kan prøves mere eller mindre „dybtgående“.

654. Se Schuppert, *Self-restraints der Rechtsprechung*, DVbl 1988, side 1192f.

nuum⁶⁵⁵ gående fra et mildt krav om, at loven ikke åbenbart må stride mod domstolenes fortolkning til den strengeste målestok – et krav om lovens fulde overensstemmelse med domstolenes fortolkning.

Krav om „åbenbar“ modstrid – efter denne målestok tilsidesættes loven kun, hvis lovgivers normative vurderinger af forfatningens krav åbenbart og utvivlsomt strider mod domstolens opfattelse af grundrettighederne. Dette er tilfældet, hvis der ikke kan gives nogen legitim forfatningsretlig begrundelse for lovens forfatningsmæssighed – hvis loven med andre ord er i strid med „any plausible interpretation“⁶⁵⁶ af grundrettighederne. Denne målestok kendes i amerikansk forfatningsret som “rational basis test” og i tysk forfatningsret som “Evidenzkontrolle”. *Krav om modstrid “uden rimelig tvivl”* – efter denne målestok tilsidesættes lovgivers vurderinger, såfremt de ikke kan gives en god forfatningsretlig begrundelse. Nødvendigheden af et lovindgreb i grundrettighederne må være rimeligt begrundet i forfatningsretlige hensyn. Målestokken kendes i tysk forfatningsret som “Vertretbarkeitskontrolle”, og en tilsvarende mellemform kendes fra amerikansk ret. *Simpelt krav om modstrid* – efter denne målestok tilsidesættes loven, hvis den ikke fuldt ud og utvivlsomt er i overensstemmelse med domstolens opfattelse af forfatningens krav. Domstolene skal herefter lægge deres egen normative opfattelse af grundrettighedens konkrete krav til grund for prøvelsen og uforkortet – og uafhængig af denne – holde den op mod loven. Hvis loven ikke i ét og alt svarer til domstolenes udlægning af grundrettighedens konkrete indhold, tilsidesættes loven. Målestokken kendes i amerikansk forfatningsret som “strict scrutiny test”, og i tysk forfatningsret som “Inhaltskontrolle”.

(b) Hel eller delvis afskæring af normativ prøvelse (prøvelsens normative rækkevidde)

Dette aspekt knytter sig ligeledes til den normative del af prøvelsen. Er der elementer i grundrettigheden, som domstolene ikke kan eller bør efterprøve? Den amerikanske doktrin om „political questions“ handler netop om, at der er tilfælde, hvor domstolene helt skal afstå fra at efterprøve lovens forfatningsmæssighed, fordi en sådan prøvelse beror på et politisk skøn. Mindre vidtgående kan man for eksempel forestille sig, at domstolene ikke ser sig beføjet til at efterprøve, om en ekspropriationslov er påkrævet af hensyn til „almenvællet“ (Grl § 73), men alene påser, at lovgiver har taget stilling til dette spørgsmål (aspektkontrol). Sådanne

655. Jf. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 31.

656. Se Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, side 137.

spørgsmål om afskæring af prøvelse kan betegnes prøvelsens (normative) rækkevidde.

(c) Hel eller delvis afskæring af faktisk prøvelse (prøvelsens faktiske intensitet)

Dette aspekt knytter sig til den faktiske del af prøvelsen og har bevisbyrdelignende karakter. En lovs forenelighed med grundrettighederne kan, som før omtalt, ikke kun bero på lovens normative indhold, men også på, om lovgivers tilgrundliggende antagelser om faktiske forhold er baseret på et sagligt grundlag, og om lovgivers prognoser om lovens fremtidige virkninger må anses for holdbare. For lovgivers prognoser gælder, at disse i sagens natur i et vist omfang må bero på et skøn. Spørgsmålet om, hvor langt domstolene kan efterprøve holdbarheden af sådanne faktiske antagelser og prognoser, kan betegnes prøvelsens (faktiske) intensitet.

Med disse sondringer synes der skabt en vis klarhed over problematikken:

For det første er der både principiel og reel forskel på, om domstolene prøver ud fra en forsigtig målestok (a), eller om domstolene helt/delvist afstår fra prøvelse (b). I sidstnævnte tilfælde kommer en tilsidesættelse af loven slet ikke på tale.

For det andet kan domstolenes prøvelse af loves overensstemmelse med grundrettighederne involvere såvel normative vurderinger (a og b) som vurderinger af faktiske antagelser/prognoser (c). Der er afgørende forskel på disse prøvelsestemaer. Det første vedrører fortolkningen af grundrettighederne, det andet lovgivers beslutningsgrundlag. Hvis en lovs forfatningsmæssighed beror på en normativ vurdering (fortolkning), kan kompetencefordelingshensyn – lovgivers demokratiske mandat – undertiden tilsige, at kun en kvalificeret modstrid mellem lovens og domstolenes fortolkning af forfatningens krav indebærer, at loven tilsidesættes (prøvelsens normative dybde/målestok) eller mere vidtgående, at visse normative spørgsmål slet ikke prøves (prøvelsens normative rækkevidde). Beror en lovs forfatningsmæssighed derimod på holdbarheden af lovgivers faktiske antagelser og prognoser om lovens fremtidige virkninger, vil det vigtigste hensyn for domstolene være, om de har mulighed og grundlag for at efterprøve lovgivers beslutningsgrundlag, eller om lovgiver selv må anses for bedre egnet hertil (prøvelsens faktiske intensitet).

Prøvelsens normative dybde/målestok – kravet til modstridens klarhed (a) – er det traditionelle tema i diskussionen om prøvelsesretten og også det, som primært haves for øje i de følgende kapitler.

4. Sammenfattende konklusion

Spørgsmålet om grundrettighedskontrollens grænser under hensyn til respekt for lovgivningsmagts kompetence er nøje forbundet med spørgsmålet om den generelle fortolkningsstrategi og principperne for grundrettighedsfortolkning. Særlige hensyn gør sig dog gældende i lovprøvelsessituationen. Domstolens grundrettighedskontrol må respektere lovgivers demokratiske mandat og forfatningsretlige kompetence.

Grundrettighedskontrollens grænser – efter hvilke retningslinjer? Grundrettighedskontrollens grænser kan ikke alene bero på grundrettighedsfortolkningens sædvanlige strategi og principper. Grundrettighedskontrollens grænser bør imidlertid heller ikke overlades til dommerens konkrete, „politisk“ betonedede skøn. Grundrettighedskontrollens grænser bør principielt bero på forfatningsretlige principper, afledt af hensynet til den kompetencefordeling mellem lovgiver og domstole, som udtrykkeligt eller forudsætningsvis kan udledes af forfatningen. Det indebærer for det første, at i det omfang domstolene har prøvelsesret, har de også prøvelsespligt. Det indebærer for det andet – og helt afgørende – at grundrettighedskontrollens grænser under hensyn til lovgivningsmagten bliver en integreret del af den retlige argumentation i prøvelsessituationen. Dette bidrager til at sikre en konsistent og principielt funderet prøvelsespraksis, hvilket ikke mindst er afgørende for domstolsprøvelsens autoritet og modstandskraft i politisk kontroversielle sager.

Grundrettighedskontrollens grænser og grundrettighedsdogmatikken. For grundrettighedsdogmatikken bliver et vigtigt problem, hvordan man tager højde for og begrebsliggør den indbyrdes sammenhæng mellem fortolknings generelle aspekter (strategi, metode og principper) og kompetencefordelingshensynet (magtbalancen mellem lovgiver og domstole). Der argumenteres for en fortolkningslære, hvor grundrettighederne som udgangspunkt har ét indhold, men hvor den konkrete fortolkningssituation (lovprøvelse) kan have betydning for normens gennemslag. Dette afspejles begrebsmæssigt i en sondring mellem grundrettigheder som funktionsnorm henholdsvis kontrolnorm.

Kontrolsituationen, kontrollens tema og „omfang“. Grundrettighedskontrol med love involverer en samtidig fortolkning af grundrettighederne og den lov, der skal prøves. Derfor fører kontrollen til forfatningskonform lovfortolkning, hvor det er muligt, eller – ved tilbageholdenhed i prøvelsen – til lovkonform forfatningsfortolkning.

Grundrettighedskontrollens tema kan være såvel normativt som faktisk. Undertiden beror en lovs forfatningsmæssighed såvel på dens normative indhold (fortolkning) som på dens faktiske grundlag – lovgivers tilgrundliggende antagelser om faktiske forhold og prognoser om lovens fremtidige virkninger.

Grundrettighedskontrollens „omfang“ rummer tre delelementer. For det første spørgsmålet om kravet til modstridens klarhed (prøvelsens normative dybde/målestok). For det andet spørgsmålet om hel/delvis afskæring af prøvelse (prøvelsens normative rækkevidde). For det tredje spørgsmålet om hel/delvis afskæring af faktisk prøvelse (prøvelsens faktiske intensitet).

Generelt om prøvelsesrettens forfatningsretlige begrundelse og grænser

Prøvelsesrettens formelle begrundelse er princippet om forfatningens forrang for almindelige love. Dens materielle begrundelse er, at en demokratisk retsstat ikke alene kan baseres på flertalsstyre, men tillige må sikre en modvægt til flertalsstyret i form af en effektiv forfatningsbeskyttelse af mindretallets og enkeltindividets grundlæggende rettigheder, som håndhæves ved et af lovgivningsmagten uafhængigt organ.

Målet for en afgrænsning af prøvelsesretten er at finde en balance mellem på den ene side hensynet til at sikre et effektivt forfatningsværn for individ og mindretal og på den anden side hensynet til at overlade lovgiver et politisk råderum, som modsvarer parlamentets demokratiske mandat og – i visse tilfælde – bedre egnethed til at træffe endelig afgørelse. Dette problem er for komplekst til at finde sin løsning i en generel formel som „judicial self-restraint“ eller en doktrin om ikke-prøvelse af „political questions“. Princippet om respekt for den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver bør derimod danne udgangspunktet for formulering af en balanceret prøvelsesstrategi. En balanceret prøvelsesstrategi er en differentieret prøvelsesstrategi. Grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol kan ikke fastlægges generelt med gyldighed for alle prøvelsestilfælde. Lovgivers spillerum er ikke det samme på alle områder. Opgaven bliver derfor at formulere visse retningslinjer for grundrettighedskontrollens omfang.

1. Prøvelsesrettens forfatningsretlige begrundelse

Prøvelsesretten er formelt begrundet i princippet om forfatningens forrang for love og materielt begrundet i hensynet til beskyttelse af individ og mindretal mod flertallets overgreb. Den formelle og den materielle

begrundelse forudsætter gensidigt hinanden.⁶⁵⁷ I Danmark kan prøvelsesretten i lyset heraf støttes på Grl § 3 og § 88 i forening.

1.1 Forfatningens overhøjhed (formel begrundelse)

Prøvelsesrettens første og formelle begrundelse er princippet om forfatningens overhøjhed – forfatningen som *lex superior*. Skønt dette princip nu kan synes selvfølgelig, er det et vigtigt udgangspunkt. Dette allerede fordi vor Højesteret aldrig har ulejliget sig med at begrunde danske domstoles prøvelsesret, skønt retssædvane er dens eneste umiddelbare retsgrundlag. Men også fordi princippet om forfatningens overhøjhed danner baggrunden for at forstå, hvori prøvelsesrettens „demokratiske“ problem består.

Eksistensen af forfatningssikrede grundrettigheder indebærer ikke med logisk nødvendighed en prøvelsesret for domstolene. Prøvelsesretten kan ligge hos lovgiver selv.⁶⁵⁸ I Schweiz har domstolene således fortsat ingen prøvelsesret. Grundrettighederne kan også uden en prøvelsesret for domstolene have retlig betydning som direktiver til lovgiver og som generelle fortolkningsprincipper i domstolenes retsanvendelse.⁶⁵⁹

Domstolenes prøvelsesret er imidlertid forudsætningen for, at forfatningens grundrettigheder i sidste instans kan håndhæves effektivt som bindende normer i forhold til lovgiver. Uden en prøvelsesret for domstolene eller et tilsvarende uafhængigt organ er grundrettighederne for lovgiver alene direktiver uden retlig sanktion, og lovgivers kompetence er da reelt ubegrænset.⁶⁶⁰ En sådan formel forfatnings- og demokratiforståelse anses i stigende grad for uforenelig med moderne retsstatsprincipper.⁶⁶¹ Derfor går grundrettigheder og en judiciel prøvelsesret nu i de fleste demokratiske forfatninger hånd i hånd.⁶⁶²

657. Jf. Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, 1985, side 28.

658. Jf. Ross, 1980, bind 1, side 178; Eivind Smith, 1995, side 379; Andenæs, 1998, side 288; Boe, Jussens Venner 1998, side 5. Med Bickels ord (1962, side 16) repræsenterer prøvelsesretten, hvor den ikke er nedfældet i forfatningen: “a choice that men have made, and ultimately we must justify it as a choice in our own time”.

659. Se herom ovenfor kapitel 7.

660. Jf. Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*, 1997, side 11. Se også Simon, 1994, side 1662.

661. Jf. Rostow, *The Democratical Character of Judicial Review*, HLR 1952, Vol. 66, side 193ff, som anfører (side 195): “The root idea of the constitution is that man can be free because society is not.”

662. Se Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, 1989, side 71ff og 80ff; Alexander von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, side 15ff.

Forfatningsudviklingen har således grundlæggende anerkendt den tankegang, som USAs højesteretspræsident John Marshall udviklede, da han for snart 200 år siden med sit berømte votum i sagen Marbury v. Madison „fødte“ prøvelsesretten i USA.

Marshalls ræsonnement var tilsyneladende enkelt: Hvis forfatningen ikke står over loven, har begrebet forfatning ingen retlig mening. Og forfatningens overhøjhed i forhold til love kan reelt kun sikres, hvis domstolene kan håndhæve den: *“If both the law and the Constitution apply to a particular case (...) the Court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. (...) The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts, and, like other acts, is alterable when the legislator shall please to alter it. If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law; if the latter part be true, then written constitutions are absurd attempts on the part of the people, to limit a power in its own nature illimitable.”* Marshall fandt, at meningen med en forfatning har været, at den skulle rangere over almindelige love. Han konkluderede, at den amerikanske forfatnings bestemmelser om domstolenes opgave og om forfatningens fundamentale karakter: *„confirms and strengthens the principle supposed to be essential to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void; and that courts as well as other departments are bound by that instrument.”*⁶⁶³

En forudsætning for en virkelig forfatningskontrol er således ikke alene eksistensen af en forfatning, men også en forfatningssikret magtfordeling mellem statsorganerne – her adskillelse af den dømmende magt fra den lovgivende magt.⁶⁶⁴

Magtfordelingsprincippet er – i forskellige varianter – et grundlæggende princip i alle konstitutionelle demokratier.⁶⁶⁵ Efter magtfordelingsprincippet ligger den lovgivende magt (navnlig) hos parlamentet, den udøvende magt hos regeringen og den dømmende magt hos domstolene. Det er domstolenes opgave at dømme i konkrete – offentligretlige og privatretlige – retstvister på grundlag af retssystemets normer. Domstolene er kendetegnet ved i vidt omfang at fungere uafhængigt af de øvrige statsorganer. Når forfatningen betragtes som et sæt af *retlige*

663. Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, side 177f henholdsvis 180 (1803).

664. Jf. Gusy, 1985, side 31f; Stern, 1997, side 11f.

665. Jf. Stern, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber, 1997, side 12.

normer kan man hævde, at det er naturligt, at også håndhævelse af forfatningen omfattes af domstolenes dømmende magt.⁶⁶⁶

Prøvelsesretten er således tilfaldet domstolene (de almindelige domstole eller særlige forfatningsdomstole). I USA blev domstolenes prøvelsesret allerede etableret i 1803. Siden – og navnlig efter 1945 – har domstolene også i Europa grundfæstet sig som garanten for individets grundlæggende rettigheder over for det politiske flertal.⁶⁶⁷

1.2 Beskyttelse af mindretal og individ (materiel begrundelse)

Demokrati er det bærende princip i en moderne forfatning. Demokratiets idé er folkestyre (autonomi). Domstolenes prøvelsesret fungerer som en modvægt til det ubegrænsede flertalsstyre, idet den sikrer det politiske mindretal og enkeltindividet et mindstemål af beskyttelse imod flertallets beslutninger. Uden sådanne begrænsninger kunne flertalsstyret – i strid med folkestyrets idé – ende i flertalsdiktatur.

Politisk flertalsstyre som forfatningens grundprincip. Folkestyre er den demokratiske forfatnings grundpille. Folkestyret fungerer i praksis som repræsentativt flertalsstyre: ved frie valg vælger folket de repræsentanter, som skal realisere dets politiske vilje gennem flertalsbeslutninger, og som derfor står til ansvar over for folket ved næste valg. Demokratiets grundprincip er således med Chopers ord „*that political responsibility is the crucial ingredient for the making of public policy in a democratic state.*“⁶⁶⁸

Princippet om folkestyre gennem politisk flertalsstyre har i kraft af sin historiske succes og umiddelbare grundlag i ideen om individets værdighed og autonomi opnået aksiomatisk karakter som en værdi, der ikke kræver yderligere begrundelse.⁶⁶⁹

Domstolene savner parlamentets umiddelbare politiske ansvarlighed. Domstolene mangler dog ikke fuldstændig demokratisk legitimitet. Også de øverste (forfatnings)domstoles kompetence er indirekte afledt af folket, idet dommerne formelt udnævnes af andre statsorganer – regering eller parlament. Domstolenes legitimitet hviler dog først og fremmest på

666. Jf. Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, 1980, side 15.

667. Se også ovenfor kapitel 2, afsnit 2.

668. Choper, *Judicial review and the national political process*, 1980, side 10. Se ligeledes Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 19; Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 7.

669. Jf. Perry, *The Constitution, the Courts and Human Rights*, 1982, side 9.

forfatningens bestemmelser om magtfordeling, ikke på et folkeligt mandat. Når det accepteres, at politisk ansvarlighed over for folket er demokratiets fornemste princip, er det ubestrideligt, at domstolenes demokratiske legitimation er svagere end det folkevalgte parlaments.

Nogle har søgt at retfærdiggøre domstolenes prøvelsesret ved at vise, at flertalsstyret ikke i praksis fungerer nær så demokratisk, som det skulle: Repræsentativiteten af det repræsentative demokrati er overvurderet; en række ikke-folkevalgte aktører har indflydelse i den politiske beslutningsproces (embedsmænd, interesseorganisationer, erhvervsliv mv.). Disse iagttagelser har utvivlsomt noget for sig. Herved påpeges dog alene svagheder i flertalsstyrets praktiske funktion. Flertalsstyrets ufuldkommenhed udgør ikke i sig selv en principiel retfærdiggørelse af domstolenes prøvelsesret.

Fastlæggelse af prøvelsesrettens grænser må tage udgangspunkt i den kendsgerning, at domstolenes demokratiske mandat er svagere end parlamentets, og at prøvelsesretten derfor potentielt kan komme i konflikt med princippet om flertalsstyre. En strategi for domstolenes prøvelsesret må derfor basere sig på principper, som i et moderne konstitutionelt demokrati kan forenes med eller opvejer princippet om flertalsstyre.⁶⁷⁰

Grundrettighedskontrol som individ- og mindretalsbeskyttelse. Prøvelsesrettens begrænsning af flertalsstyret må retfærdiggøres ud fra hensynet til i et demokrati at sikre enkeltindividet og det politiske mindretal en beskyttelse overfor flertallets overherredømme. Prøvelsesrettens materielle begrundelse er derfor, at visse værdier knyttet til individets frihed og værdighed er så essentielle i et demokratisk samfund, at de ikke bør overlades til det politiske flertals forgodtbefindende.⁶⁷¹

Folkestyrets filosofiske grundlag er ideen om individets frihed og værdighed. Folkestyre er formentlig kun praktisabelt som politisk flertalsstyre, men denne styreform er samtidig udtryk for en ufuldkommen virkeliggørelse af folkestyrets ideal. I en forfatning med ubegrænset flertalsstyre kan det politiske flertal vedtage regler, som tilgodeser befolkningens flertal, men for et mindretal eller enkeltindivider medfører betragtelige indgreb i deres frihed og værdighed.⁶⁷²

670. Samme udgangspunkt indtages i den førende amerikanske teori. Se Bickel, 1962, side 3ff (19); Dworkin, 1977, side 133; Ely, 1980, side 8 og 73f; Choper, 1980, side 4ff; Perry, 1982, side 9f.

671. Jf. Choper, 1980, side 7 og 64; Alexy, 1986, side 406; Boe, Jussens Venner 1998, side 12.

672. Jf. Ross, *Hvorfor Demokrati?*, 1967, side 107ff og 147; Hesse, 1995, side 130f.

Domstolenes prøvelsesret er retfærdiggjort derved, at den som en modvægt til det politiske flertalsstyre bidrager til realisering af folkestyrets idé om frihed og værdighed for alle individer – herunder også individer tilhørende det politiske mindretal. I denne retsgaranti for individ og mindretal ligger prøvelsesrettens egentlige opgave.⁶⁷³

Anerkendelse af domstolenes prøvelsesret indebærer en afvisning af en rent *formel* demokratiforståelse, hvor folkets vilje uden videre sættes lig med flertallets vilje og forfatningens eneste funktion derfor bliver at sikre den demokratiske proces. I stedet anlægges en *materiel* demokratiforståelse, hvorefter demokratiet ikke udtømmende kan beskrives som den formelle proces, hvorved beslutninger træffes, men tillige forudsætter, at mindretallet og det enkelte individ garanteres visse grundlæggende friheder og rettigheder, uden hvilke demokratiets ideal om individets frihed og værdighed ikke kan virkeliggøres, og uden hvilke heller ikke den politiske proces kan fungere efter hensigten.⁶⁷⁴

Dermed tilkendes domstolene ikke blot en kontrollerende, men tillige en legitimerende funktion i forhold til det politiske flertals beslutninger. En lov, som ikke tilsidesættes af domstolene, fremstår som forenelig med forfatningen.⁶⁷⁵

1.3 Prøvelsesrettens retsgrundlag i dansk ret

Grundloven indeholder ingen udtrykkelig bestemmelse om domstolenes ret til at prøve loves grundlovsmæssighed. Prøvelsesretten hviler på sæd-vane. I lyset af det ovenfor anførte er spørgsmålet, om prøvelsesretten alligevel har (en vis) støtte i Grundloven.

Under forberedelsen af Grundloven af 1849 på Den Grundlovgivende Rigsforsamling var spørgsmålet om domstolenes ret til at prøve loves grundlovsmæssighed omdiskuteret. Resultatet af nogle taktisk betonedede afstemninger blev, at Grundloven ikke kom til at indeholde en bestemmelse herom.⁶⁷⁶ Man lod dermed spørgsmålet stå åbent. Der var i de følgende årtier i såvel

673. Jf. Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1994, side 1663.

674. Herom nærmere bl.a. Gusy, 1985, side 25ff; Hesse, 1995, side 129 og 133.

675. Jf. Bickel, 1962, side 29ff; Stern, 1980, side 15f.

676. Om forhandlingerne se Poul Andersen, *Rigsdagen og domstolene*, 1953, side 477ff.

politiske som juridiske kredse uenighed om, hvorvidt en prøvelsesret for domstolene eksisterede.⁶⁷⁷

Først i 1920–21 fastslog Højesteret endeligt domstolenes prøvelsesret. Hverken i denne forbindelse eller senere har Højesteret dog udtalt sig om prøvelsesrettens retsgrundlag.

Allerede i UfR 1912.545 H havde Højesteret – ifølge Lassens domsreferat i TfR 1912, side 359f – dog forudsat, at domstolene havde prøvelsesret. UfR 1913.457 H lod imidlertid udtrykkeligt spørgsmålet stå åbent. Den endelige anerkendelse af prøvelsesretten kom i en række afgørelser vedrørende spørgsmålet, om lovene om lens-, grundbyrde- og fæsteafløsning var forenelige med Grundlovens ekspropriationsbestemmelse (UfR 1921.148, 153, 168, 169 og 644 H).⁶⁷⁸ Højesteret opretholdt lovene⁶⁷⁹, men havde dermed lagt til grund, at domstolene har kompetence til at prøve loves grundlovsmæssighed.

Domstolenes prøvelsesret er nu almindeligt anerkendt. Der er endvidere generel enighed om, at prøvelsesretten har status af grundlovssædvane og således ikke kan afskaffes ved lov. Prøvelsesrettens centrale forfatningsretlige betydning tilsiger i sig selv, at den som retssædvane har grundlovsrang.⁶⁸⁰

Spørgsmålet er, om denne sædvane har retlige holdepunkter i Grundlovens bestemmelser. Højesteret har aldrig fundet anledning til nærmere at angive og begrunde, hvorpå man støtter domstolenes prøvelsesret. Dele af teorien finder støtte for prøvelsesretten i magtfordelingsprincippet i Grl § 3

677. Jf. Bent Christensen, 1961, side 402. Dog var der tidligt enighed i juridiske kredse om, at en stillingtagen til spørgsmålet burde ske uden hensyn til udfaldet af afstemningerne i Rigsforsamlingen, jf. Bent Christensen, 1961, side 404.

678. Poul Andersens gennemgang af voteringen i disse sager i *Rigsdagen og Domstolene*, 1953, side 546ff, viser, at ingen højesteretsdommere betvivlede prøvelsesrettens eksistens.

679. Østre Landsret havde anset lensafsløsningsloven for grundlovsstridig, men blev underkendt af Højesterets flertal (med stemmerne 8–4 og 9–3) i UfR 1921.148 og 1921.153 H. Fæsteafsløsningsloven blev i Højesteret godkendt med et snævert flertal (6–5) i UfR 1921.644 H (dette flertal blev alene opnået, fordi en højesteretsdommer efter den første votering skiftede side, jf. Poul Andersen, *Rigsdagen og Domstolene*, 1953, side 548f. Af voteringen til dommen fremgår i øvrigt, at to af flertallets dommere voterede under tvivl).

680. Sammenfattende herom Jens Peter Christensen, 1990, side 208ff (med henvisninger). Kun Ross, 1980, bind 1, side 190ff, har fastholdt, at prøvelsesretten (formentlig) kan ophæves ved lov.

og/eller i reglen om den særlige grundlovsprocedure i Grl § 88; andre har helt afvist, at en prøvelsesret kan udledes af Grundlovens enkelte bestemmelser og finder den således alene funderet i uskreven ret.⁶⁸¹

I lyset af det ovenfor anførte om prøvelsesrettens formelle begrundelse synes det dog nærliggende at støtte prøvelsesretten på Grl § 3 og § 88 i forening. I en moderne retsstat implicerer Grundlovens karakter af ranghøjere normer – som følger af den kvalificerede grundlovsprocedure – en garanti for denne rangfølges håndhævelse, da den ellers bliver uden retlig realitet (Grl § 88). I en retsstat baseret på magtfordelingsprincippet må dette naturligt være en judiciel garanti ved de uafhængige domstole, som også i øvrigt håndhæver retsreglerne (Grl § 3).

2. Prøvelsesrettens balanceproblem – domstolene vs. lovgivningsmagten

Hvor selve prøvelsesretten tidligere var omdiskuteret, er problemet i dag prøvelsesrettens omfang. Hvor langt rækker domstolenes prøvelsesret?

Princippet om forfatningens overhøjhed er et stærkt argument for prøvelsesretten, når det drejer sig om håndhævelse af grundrettigheder, som har karakter af *regler* med et klart og utvetydigt indhold. Hvad angår sådanne grundrettigheder er domstolenes prøvelsesret ikke i konflikt med demokratiske principper. Tværtimod har en sådan prøvelse demokratisk karakter. Forfatningen er i højere grad end loven direkte afledt af folkets vilje. En håndhævelse af forfatningens utvetydige regler opretholder derfor folkets vilje på bekostning af viljen hos folkets repræsentanter.⁶⁸²

Marshall's begrundelse for prøvelsesretten i 1803 byggede (bevidst?) på en retspositivistisk konstruktion om en klar og utvetydig forfatningsregel, som

681. Grl § 3: Poul Andersen, Max Sørensen og Germer (jf. Germer, Statsforfatningsret, 1995, side 169 med henv.); Espersen, 1973, side 85. Torben Jensen henviser til Grl § 3 og et retssikkerhedshensyn (UfR 1995 B, side 241 og 1999, side 236, note 10). Grl § 88: Ældre teori har overvejende henvist til bestemmelsen om grundlovsprocedure (se Jens Peter Christensen, 1990, side 210 med henv.). Henning Koch henviser til Grl §§ 3 og 88 i forening (Domstolenes prøvelsesret ..., 1995, side 234). *Intet retsgrundlag i Grundloven*: Ross (1980, bind 1, side 185); Zahle (Dansk forfatningsret, bind 2, 1996, side 211) og Jens Peter Christensen (1990, side 212f).

682. Jf. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 8f.

loven skal holdes op imod. Ved uforenelighed imellem dem må enten forfatningen eller loven vige: „*there is no middle ground.*“⁶⁸³ Argumentationen findes i senere amerikansk forfatningspraksis. Således udtalte højesteretsdommer Roberts 130 år senere: „*The Court (...) has only one duty – to lay the Article of the Constitution which is invoked beside the statute which is challenged and to decide whether the latter squares with the former.*“⁶⁸⁴

Problemet er imidlertid, at forfatningens bestemmelser – og navnlig dens grundrettigheder – som oftest netop ikke har et klart og utvetydigt indhold. Grundrettigheder er typisk bredt formulerede *principper*. Grundrettighedernes konkrete indhold må derfor normalt udfindes gennem en selvstændig, retsskabende udfyldning af den generelle norm.⁶⁸⁵

Problemet om prøvelsesrettens omfang drejer sig derfor om, i hvilket omfang domstolene efter forfatningen er legitimeret og egnet til at give den endelige, konkrete udlægning af grundrettighederne. Prøvelsesrettens grænser betegner grænserne for domstolenes ret til at give den endelige fortolkning vis-à-vis lovgivningsmagten.⁶⁸⁶

En grundrettighedskontrol med love, som går videre end til håndhævelse af grundrettighedernes klare ordlyd, indebærer, at et ikke-folkevalgt, juridisk organ kan tilsidesætte det folkevalgte parlaments beslutninger på et grundlag, som ikke umiddelbart kan læses ud af forfatningens tekst og forarbejder, men som domstolene selv må udfinde gennem en selvstændig fortolkning og retsskabende konkretisering.

Det er i denne situation, at den virkelige spænding opstår mellem princippet om respekt for det politiske flertals beslutninger og princippet om reelle domstolsgarantier for individets og mindretallets grundrettigheder. En begrænsning af prøvelsesrettens omfang bliver navnlig aktuel, hvor domstolene i grundrettighedsfortolkningen opererer med en bred og ekspansivt dynamisk strategi.

683. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, side 177 (1803).

684. *United States v. Butler*, 297 U.S. 1 (62) (1936).

685. Se ovenfor kapitel 3, afsnit 3 og 4. Spørgsmålet om prøvelsesrettens grænser kan således kun forstås løsevet fra en positivistisk subsumptionsmodel, jf. også Schenke, NJW 1979, side 1325.

686. Jf. Bickel, 1962, side 3; Gusy, 1985, side 34f; Simon, 1994, side 1662.

Princippet om forfatningens overhøjhed kan ikke alene retfærdiggøre en ubegrænset adgang for domstolene til at sætte deres egen konkrete udlægning af grundrettighederne over den udlægning, som indirekte kommer til udtryk i det folkevalgte parlaments lovgivning. En ubegrænset kompetence for domstolene til at give den endelige, autoritative udlægning af forfatningens grundrettigheder er endvidere uforenelig med det demokratiske princip om flertalsstyre. Lovgivningsmagten må overlades et vist spillerum ved udmøntningen af grundrettighedernes krav.

En fuldstændig afvisning af domstolenes selvstændige fortolkningsret er på den anden side ensbetydende med, at grundrettighedskontrollen i forhold til lovgiver i praksis bliver uden betydning. De fleste grundrettigheder – som f.eks. ytringsfriheden og privatlivets fred – kan kun udtrykkes i form af generelle principper, som efter deres natur kræver konkretisering, før de kan danne grundlag for en prøvelse. Uden en selvstændig fortolkningsret for domstolene mister disse grundrettigheder reelt karakter af forfatningsgarantier for individet, da deres nærmere indhold i så fald endeligt fastlægges af det politiske flertal. I en moderne forfatningsstat er dette ikke acceptabelt.

En balance mellem en generel og ubegrænset fortolkningsret og ingen selvstændig fortolkningsret for domstolene må således findes. En legitim prøvelsesstrategi må sikre, at grundrettighedsbeskyttelsen over for lovgivningsmagten rækker så langt, som det er nødvendigt i en demokratisk retsstat under hensyn til beskyttelse af individ og mindretal (positiv materiel legitimitet), men må samtidig – for at være acceptabel i et demokratisk samfund – respektere hensynet til det politiske flertals kompetence og handlefrihed (negativ materiel legitimitet).

3. En reel grundrettighedskontrol, som samtidig respekterer lovgivers politiske handlefrihed

Målet er på denne baggrund en balanceret grundrettighedskontrol, der sikrer individ og mindretal et effektivt forfatningsværn mod det politiske flertal, men som samtidig sikrer lovgiver et politisk råderum i overensstemmelse med forfatningens forudsætninger. Prøvelsesrettens grænser kan ikke fastlægges efter formler som „judicial self-restraint“ eller et upræcist forbud mod prøvelse af „political questions“. Princippet om respekt for lovgivningsmagtens forfatningsretlige kompetence og demokratiske mandat bør i stedet danne udgangspunktet for formulering af en balanceret prøvelsesstrategi.

3.1 Målet for en balanceret prøvelsesstrategi

Essensen i kravet om en balanceret prøvelsesstrategi er, at individet og mindretallet skal sikres et effektivt grundrettighedsværn ved domstolene, men hensynet til lovgivers forfatningsretlige kompetence og politiske handlefrihed samtidig respekteres.

BVerfG har tidligt været opmærksom herpå. Et grundprincip for BVerfGs lovprøvelse er således respekt for lovgivers frihed til at være den skabende politiske kraft og den dominerende fortolker af forfatningen.⁶⁸⁷ BVerfG fastslog i sin første dom fra 1951 (BVerfGE 1, 14 (32)), og har siden ofte gentaget, at BVerfG er et kontrolorgan – ikke en “over-lovgiver”, som skal sætte sit eget skøn over lovgivers:

*„Das Bundesverfassungsgericht hat nur die Rechtmäßigkeit einer angegriffenen Norm, nicht auch ihre Zweckmäßigkeit nachzuprüfen. Insbesondere ist es nicht befugt, darüber zu entscheiden, ob der Gesetzgeber von dem ihm eingeräumten Ermessen den „richtigen“ Gebrauch gemacht hat.“*⁶⁸⁸

BVerfG forstår derfor doktrinen om „judicial self-restraint“ som et krav om, at BVerfG ved prøvelse af love skal respektere den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem den selv og lovgivningsmagten.⁶⁸⁹ BVerfG ser i doktrinen et krav om, at det politiske råderum, som forfatningen forudsætter for lovgiver, skal holdes åbent:

*„Der Grundsatz des **judicial self-restraint**, den sich das Bundesverfassungsgericht auferlegt, bedeutet nicht eine Verkürzung oder Abschwächung seiner eben dargelegten Kompetenz, sondern den Verzicht „Politik zu treiben“, d.h. in den von der Verfassung geschaffenen und begrenzten Raum freier politischer Gestaltung einzugreifen. Er **zielt also darauf ab, den von der Verfassung für die anderen Verfassungsorgane garantierten Raum politischer Gestaltung offenzuhalten.**“*⁶⁹⁰

687. Se Schneider, NJW 1980, side 2109; Hesse, 1981, side 267; Kirchhof, JZ 1989, side 453ff.

688. Jf. fra nyere praksis f.eks. Cannabis-dommen fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (173)).

689. Jf. Ehmke, VVDStl 1963, side 75f; Schenke, NJW 1979, side 1324; Murswiek, DöV 1982, side 534; Isensee, JZ 1996, side 1091f. Det er derfor uheldigt, at BVerfG bruger begrebet “judicial self-restraint”, som giver misvisende associationer til den politisk betonedede tilbageholdenhed, som ofte har været praktiseret i USA, Jf. Simon, 1994, side 1665.

690. Afgørelse fra 1973 (BVerfGE 36, 1 (14f)) – med mine udhævninger.

Umiddelbart ligger dette ikke langt fra Ross's udlægning af danske domstoles prøvelsesret, hvorefter „Højesteret ikke i tilfælde af at grundlovens fortolkning beror på et skøn vil sætte sit skøn over lovgiverens“, eller Bent Christensens opfattelse, hvorefter det må foretrækkes, „at afgørelser, der indebærer bare nogenlunde grundlæggende interesseafvejninger i samfundet, træffes af politikere snarere end af dommere.“⁶⁹¹

Afgørende er imidlertid, hvordan kravet om respekt for lovgivers politiske råderum vægtes over for hensynet til en effektiv grundrettighedsbeskyttelse, og hvordan dette krav udmøntes i en mere operationel prøvelsesstrategi.

3.2 Kravet om „judicial self-restraint“

I forbindelse med prøvelsesrettens omfang henvises ofte til et krav om, at domstolene skal udvise tilbageholdenhed – „judicial self-restraint“.

Doktrinen om „judicial self-restraint“ stammer fra amerikansk forfatningsret. Tilhængere af denne doktrin mener, at domstolene bør udvise udstrakt tilbageholdenhed i efterprøvelsen af lovgivers vurdering af forfatningens krav og derfor kun bør tilsidesætte love som uforenelige med grundrettighederne, såfremt modstriden er helt åbenbar, uanset hvordan grundrettighederne fortolkes.⁶⁹² Her overfor står fortalere for en doktrin om „judicial activism“, som mener, at domstolene i vidt omfang bør gennemtrumfe deres egen konkrete udlægning af forfatningen over for lovgivningsmagten.⁶⁹³

Et generelt krav om tilbageholdenhed – „judicial self-restraint“ – giver imidlertid ingen konkrete retningslinjer for omfanget af domstolsprøvelse i det enkelte tilfælde. Doktrinen om „judicial self-restraint“ forud-

691. Se henholdsvis Ross, 1980, bind 1, side 189 og Bent Christensen, UfR 1990, B, side 83.

692. Doktrinen har udspring i James B. Thayers berømte artikel *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, HLR 1893, side 129ff (135), hvor prøvelsesretten tiltrædes, men således, at domstolene bør respektere, at lovgiver har „a wide margin of consideration“. Doktrinen vandt første gang indpas ved Supreme Court i 1936, da justice Stone i et votum tilsluttede sig doktrinen og udtalte, at „the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint“, se *United States v. Butler*, 297 U.S. 1, 78 (1936).

693. Jf. herom Dworkin, *Taking Rights Seriously*, 1977, side 137.

sætter, men bidrager ikke til, en kompetenceafgrænsning mellem lovgivningsmagt og domstole.⁶⁹⁴

Hertil kommer, at doktrinen om “judicial self-restraint” er misvisende, for så vidt domstolenes forfatningsretlige funktion undertiden netop kræver det modsatte af tilbageholdenhed, nemlig aktiv indgriben over for lovgivningsmagten.⁶⁹⁵

Dansk forfatningsret har traditionelt anerkendt en generel grundsætning svarende til “judicial self-restraint”. Det har været den traditionelle opfattelse, at prøvelsesretten er begrænset i overensstemmelse med Højesterets udtalelser i den ledende „Fæsteafløsnings-dom“ fra 1921 (UfR 1921.644 H). Her antog Højesteret, at der skal meget til, før domstolene kan tilsidesætte en lov som grundlovsstridig. Højesteret udtalte, at det

*„ikke med den **Sikkerhed**, som maatte kræves for at Domstolene skulde kunne tilsidesætte Bestemmelserne i en paa grundlovmæssig Maade vedtaget Lov som grundlovsstridige [kunne statueres, at loven ikke gav fuldstændig erstatning].“*
(min udhævning).

Bent Christensen har givet den autoritative udlægning af dommens betydning for domstolenes prøvelsesret. Ifølge Christensen var det med “Fæsteafløsnings-dommen”:

*„... klart statueret, at Højesteret anså sig for kompetent til at prøve loves indholdsmæssige overensstemmelse med grundloven. Men det var også slået fast, at domstolene kun kan tilsidesætte en lov som grundlovsstridig, hvor uoverensstemmelsen med grundlovens tekst er sikker og utvivlsom.“*⁶⁹⁶

Teorien har i overensstemmelse hermed betragtet „Fæsteafløsnings-dommen“ som udtryk for en generel doktrin om en meget tilbageholdende domstolsprøvelse. Der skal efter denne doktrin meget til, før domstolene kan tilsidesætte en lov som grundlovsstridig. Der gælder med andre ord

694. Jf. Hesse, 1981, side 271; Gusy, 1985, side 52ff; Alexy, 1986, side 495ff; Hesse, 1995, side 243.

695. Jf. Hesse, 1981, side 264; Gusy, 1985, side 17; Schuppert, DVBl 1988, side 1191; Heun, 1992, side 11f.

696. Bent Christensen, *Rettens forhold til regeringen efter 1849*, 1961, side 407f. Jf. Ernst Andersen, 1947, side 11f.

en (stærk) formodning for loves grundlovsmæssighed. Den, som vil anfægte en lovs grundlovsmæssighed, har en tung argumentationsbyrde.⁶⁹⁷ Det er formentlig korrekt at udlægge “fæsteafløsnings-doktrinen” som en stærk doktrin om “judicial self-restraint”, hvorefter domstolene kun kan tilsidesætte loven, hvor denne åbenbart er i strid med enhver plausibel fortolkning af Grundloven.⁶⁹⁸

Resultatet af den tilbageholdende prøvelse har været, at domstolene indtil 1999 i intet tilfælde ved endelig dom direkte har tilsidesat en lov eller dele heraf som uforenelig med Grundlovens grundrettigheder. Højesterets „Tvind-dom“ fra 1999 (UfR 1999.841 H) markerer den første egentlige tilsidesættelse af en lov som grundlovsstridig.

Før 1999 havde domstolene dog i to ret specielle sager tilsidesat lovgivningsmagtens vurdering af Grundlovens krav. Det drejede sig i begge tilfælde om ekspropriationserstatning. Det var derfor ikke nødvendigt for domstolene at tilsidesætte loven, da erstatning kunne gives umiddelbart på grundlag af GrL § 73. I dommen om „De islandske håndskrifter“ (UfR 1971.299 H) tilkendtes det Arnamagnæanske Legat erstatning for den del af ekspropriationen, som vedrørte håndskriftlegatets kapital. I “Greendane-dommen” (UfR 1980.955 Ø) gav landsretten erstatning til et rederi, som ved lovgivers genindførelse af monopol på grønlandssejladsen mistede en hidtidig ret til erhvervsmæssig sejlad på Grønland.

„Fæsteafløsnings-doktrinen“ har været båret af hensynet til kompetencefordelingen mellem domstole og lovgiver, navnlig Folketingets demokratiske mandat.⁶⁹⁹

Imidlertid bidrager „fæsteafløsnings-doktrinen“ – som ofte påpeget i nyere teori – ikke til sikring af en balanceret prøvelsesstrategi.⁷⁰⁰ Den sætter *helt generelt* en så høj tærskel for tilsidesættelse af love, at dette – som retspraksis viser – i de fleste tilfælde gør tilsidesættelse illusorisk. Samtidig

697. Jf. Lorenzen, EuGRZ 1976, side 469; Zahle, Dansk forfatningsret, bind 1, 1995, side 80 og bind 2, 1996, side 212ff; Hjalte Rasmussen, 1996, side 55.

698. Jf. den amerikanske “rational basis test” og den tyske “Evidenzkontrolle”, se ovenfor kapitel 10, afsnit 3.3.

699. Jf. ovenfor kapitel 2, afsnit 1.1.

700. Jf. Germer, 1973, side 93ff; Gomard; 1986, side 60; Jens Peter Christensen, 1990, side 213ff; Germer, 1995, side 177; Zahle, Dansk forfatningsret, bind 2, 1996, side 223; Rønsholdt, 1997, side 43.

indebærer dens generelle karakter, at der ikke fra doktrinen kan formuleres retningslinjer for en mere nuanceret prøvelsesstrategi.

3.3 Doktrinen om ikke-prøvelse af „political questions“

Kravet om tilbageholdenhed i domstolsprøvelsen er i USA ofte blevet udlagt således, at domstolene skal afholde sig fra at gå ind i en prøvelse af spørgsmål, som har udpræget politisk karakter – den såkaldte „political questions doctrine“.

Efter denne doktrin skal domstolene afstå fra at efterprøve en lovs forfatningsmæssighed, når loven vedrører udpræget forfatningspolitiske spørgsmål. Rationalet bag doktrinen er hensynet til at undgå, at domstolene vikles ind i den politiske magtkamp. USAs Supreme Court har ofte påberåbt sig denne doktrin, som også har tilslutning i dele af amerikansk teori.⁷⁰¹

Der er imidlertid i teorien generel enighed om, at der ikke i Supreme Courts „political questions“ praksis er en klar linje. Eugene Rostow konkluderer, at prøvelsesretten til forskellige tider er blevet udøvet meget forskelligt – undertiden med hensynsløs, doktrinær kraft, undertiden med udstrakt tilbageholdenhed eller ligefrem med frygtsom afholdenhed.⁷⁰² Stern skriver, at Supreme Court påberåber sig doktrinen, hvor den ikke ønsker at træffe afgørelse, men undlader det, når den gerne vil træffe afgørelse.⁷⁰³

Problemet med doktrinen er, at der ikke i retlig fortolkning – og navnlig ikke i grundrettighedsfortolkning – kan opstilles klare materielle kriterier for en sontring mellem retlige og politiske spørgsmål. Praktisk grundrettighedsfortolkning indebærer ofte en retsskabelse, som i principet hverken er mere eller mindre „politisk“ ved fortolkning af økonomiske rettigheder end ved fortolkning af andre frihedsrettigheder.

Hvis man trods denne erkendelse anerkendte en doktrin om „political questions“, ville domstolene selv – ud fra et politisk skøn i den enkelte sag – kunne vurdere, om loven skulle prøves eller ej og i hvilket omfang: Hvor

701. Alexander Bickel er en fremtrædende repræsentant for den del af amerikansk forfatningsteori, som er tilhængere af doktrinen om „political questions“, jf. også ovenfor kapitel 10, afsnit 1.2.

702. Jf. Rostow, *The Democratic Character of Judicial Review*, HLR Vol. 66, 1952, side 196.

703. Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, 1980, side 31.

domstolene anser spørgsmålet for politisk kontroversielt, betegnes lovens forhold til forfatningen som et „politisk spørgsmål“. En sådan doktrin er i egentligste forstand politisk og som sådan uacceptabel ud fra hensynet til en prøvelsesstrategi baseret på forfatningsretlige principper.⁷⁰⁴

I *tysk forfatningsret* anerkendes i overensstemmelse hermed, at en sondring mellem ret og politik ikke er egnet til fastlæggelse af prøvelsesrettens retlige grænser; man afviser – også derfor – doktrinen om ikke-prøvelse af „political questions“. ⁷⁰⁵

I *dansk forfatningsret* synes doktrinen om „political questions“ imidlertid at have spillet en rolle – i sin mest politiske betydning. Højesteretsdommer Melchior anfører således, at *“The courts exercise a considerable restraint towards Parliament where the issues involved may be politically controversial ...”*⁷⁰⁶ Munch skriver, at forskellen mellem det politiske og retlige beslutningsgrundlag indebærer, at *“dommerne bør udvise særlig varsomhed ved behandlingen af spørgsmål, som har betydelig politisk interesse.”*⁷⁰⁷

Denne opfattelse svarer imidlertid ikke helt til Højesterets nyeste prøvelsespraksis.

I „Tvind-dommen“ fra 1999 (UfR 1999.841 H) tilsidesatte Højesteret den såkaldte Tvind-lov om fratagelse af tilskud til bestemte friskoler som stridende mod magtfordelingsprincippet i GrL § 3 uanset, at spørgsmålet om dette politiske indgreb over for „Tvind-imperiet“ havde været genstand for endog betydelig politisk debat.

Også Højesterets „Rocker-dom“ fra 1999 (UfR 1999.1798 H) vidner – trods godkendelsen af den såkaldte rocker-lov – om en grundig prøvelse af lovindgrebets forholdsmæssighed og dermed grundlovsmæssighed uanset, at spørgsmålet om et lovindgreb over for „rocker-krigen“ havde været genstand for stor politisk bevågenhed.

Doktrinen om „political questions“ bør afvises. En grundsætning om ikke-prøvelse af politiske spørgsmål kan herefter alene forstås som et forfatningsretligt princip om respekt for kompetencefordelingen mellem

704. Jf. ovenfor kapitel 10, afsnit 1.3.

705. Se bl.a. Schenke, NJW 1979, side 1325; Stern, 1980, side 17ff; Schneider, NJW 1980, side 2104; Hesse, 1981, side 264, note 10; Gusy, 1985, side 50; Geiger, 1980, side 21; Geiger, EuGRZ 1985, side 401f; Simon, 1994, side 1664; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 14.

706. Melchior, *The Danish Judiciary* i Dahl m.fl. (ed.), *Danish Law in a European Perspective*, 1996, side 101.

707. Munch, *Juristen* 1989, side 45. Se også Torben Jensen, 1999, side 253.

lovgiver og domstole.⁷⁰⁸ Som henvisning hertil er doktrinen om “political questions” dog ligesom begrebet “judicial self-restraint” til dels misvisende og – frem for alt – uegnet som grundlag for opstilling af mere operative retningslinjer for omfanget af domstolenes grundrettighedskontrol.

3.4 Respekt for forfatningens kompetencefordeling mellem domstolene og lovgivningsmagten

En mere frugtbar tilgang til en afgrænsning af prøvelsesretten er et princip om respekt for den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver.

Alexander Bickel formulerede i sit klassiske værk *The Least Dangerous Branch* fra 1962 programmet for en balanceret domstolsprøvelse således:

*„... a function which (...) is peculiarly suited to the capabilities of the courts; which will not likely be performed elsewhere if the courts do not assume it (...); which will be effective when needed; and whose discharge by the courts will not lower the quality of the other departments' performance by denuding them of the dignity and burden of their own responsibilities.“*⁷⁰⁹

En sådan afgrænsning af prøvelsesrettens grænser ud fra domstolenes særlige kvalifikationer og hensynet til lovgivers demokratiske mandat forfægtes i tysk teori som tidligere omtalt af en hel skole af jurister – den såkaldt funktionel-retlige skole.⁷¹⁰

Herefter skal prøvelsesrettens grænser navnlig findes i overvejelser om, i hvilke tilfælde lovgiver er *bedst egnet* og/eller *demokratisk legitimeret* til at træffe den endelige beslutning. Disse principper supplerer de (i snæver forstand) materielle og metodiske overvejelser ved fastlæggelse af prøvelsesrettens grænser. Udgangspunktet for disse overvejelser er forfatningens materielle grundprincipper og forudsætninger om fordeling af opgaver og kompetence mellem statsorganerne.⁷¹¹

708. Som Wechsler, HLR 1959, side 7f, skriver: “all the doctrine can defensible imply is that the courts are called upon to judge whether the Constitution has committed to another agency of government the autonomous determination of the issue raised, a finding that itself requires an interpretation.”

709. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 24.

710. Se også ovenfor kapitel 10, afsnit 1.3.

711. Se også bl.a. Alexy, 1986, side 495ff; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 26f; Stern, 1997, side 14.

Domstolenes egnethed. For det første har det betydning, hvad domstolene er særligt organiseret, uddannet og trænet til. Betydning får her blandt andet domstolenes særlige stilling (uafhængighed), som gør domstolene særligt egnede, hvor lovgivers „egeninteresser“ er involveret; domstolenes juridiske kvalifikationer, som indebærer særlige evner til principiel argumentation; domstolenes kernefelt, som er retssikkerhed, hvilket indebærer en særlig forpligtelse over for individets friheder og retssikkerhedsgarantier; domstolenes begrænsninger, når det gælder vurderingen af komplekse interesseafvejninger uden retlige målestokke, tekniske vurderinger og kalkyler for fremtiden etc.

Lovgivers demokratiske mandat. For det andet får lovgivers (parlamentets) demokratiske mandat betydning. Parlamentet har i modsætning til domstolene et direkte politisk mandat og står politisk til regnskab for sine beslutninger. Derfor må i en demokratisk forfatning de grundlæggende beslutninger om samfundets indretning træffes af lovgiver. Udformningen af den generelle politik er lovgivers område. Navnlig den økonomiske og sociale politik er lovgivers kernekompetence. Hertil kommer – som det centrale – at lovgiver også i øvrigt på grund af sit demokratiske mandat bør overlades det endelige ord, hvor hverken forfatningens ordlyd eller domstolenes særlige kvaliteter giver domstolene en særlig adkomst til at gribe ind.

4. En balanceret prøvelsesstrategi er en differentieret prøvelsesstrategi

En afgrænsning af grundrettighedskontrollen med udgangspunkt i forfatningens kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver kræver en differentieret prøvelsesstrategi.

4.1 En differentieret prøvelsesstrategi

Hensynet til lovgivers særlige forfatningsretlige kompetence og demokratiske mandat, vejer ikke lige tungt i alle prøvelsesstilfælde. En afbalanceret prøvelse må derfor baseres på en differentieret prøvelsesstrategi afhængig af den enkelte sags karakter.⁷¹²

712. Se bl.a. Ehmke, VVDStrl 1963, side 77; Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 25; Schneider, NJW 1980, side 2104; Stern, 1980, side 27; Hesse, 1981, side 265; Alexy, 1986, side 495ff; Simon, 1994, side 1666; Hesse, 1995, side 243; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 10.

Nødvendigheden af en differentieret prøvelsesstrategi synes også i stigende omfang at være generelt anerkendt i europæisk grundrettighedspraksis.

I *BVerfGs praksis* varierer lovprøvelsens omfang afhængig af de retsgoder, der står på spil i det konkrete tilfælde – eller i grupper af tilfælde. Omfanget af BVerfGs prøvelse afhænger således af såvel grundrettighedens karakter som den anfægtede lovs karakter og indhold.⁷¹³ Grundlaget for at differentiere prøvelsen finder BVerfG ikke i traditionelle fortolkningsmetoder, men i materielle synspunkter om grundrettighedernes kerneindhold og balancen mellem individ- og offentlige hensyn, samt i kompetencefordelingshensyn om respekt for det folkevalgte parlaments handlefrihed.⁷¹⁴

Også i *Høyesteretts praksis* opereres med en differentieret målestok for prøvelse af love, afhængig af det enkelte tilfældes karakter. Norsk forfatningsretlig teori – og til dels også praksis – har ellers ført en langvarig diskussion om, hvilken prøvelsesmålestok, domstolene generelt skal lægge til grund. Den nu herskende opfattelse synes at være, at der gælder én prøvelsesstandard: er loven i strid med Grunnloven, tilsidesættes den.⁷¹⁵ Nødvendigheden af en differentieret prøvelsesstrategi blev dog allerede påpeget af førstevoterende i “Den store koncessionssag” (Rt 1918.401 (404)), som anførte, at prøvelsens omfang måtte afhænge af det konkrete tilfældes karakter. Helt utvetydig er “Kløfta-dommen” (Rt 1976.1 (5f)), hvor Høyesteretts flertal udtrykkeligt tilsluttede sig en differentieret prøvelse afhængig af rettighedens karakter.⁷¹⁶

I *EMDs praksis* anvendes tilsvarende en differentieret prøvelsesstrategi. EMD har principielt udtalt, at prøvelsens intensitet „*will depend not only on the nature and the aim of the restriction but also on the nature of the right involved*“ (se f.eks. *Gillow* EMD 109 (1986), pr. 55 og *Buckley* (EMDs nye domsserie 1996 IV, nr. 16), pr. 74).

EMD har fastslået, at staterne ved vurderingen af et indgrebs nødvendighed har en vis “margin of appreciation”. EMD vil i sager, der involverer en

713. Jf. således udtrykkeligt BVerfGE 76, 1 (51f) fra 1987. Se også Grimm, 1994, side 290 og nedenfor kapitel 12 og 13.

714. Jf. Kriele, *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum*, 1992, side 124ff.

715. Jf. Boe, Jussens Vennser 1998, side 20. Se om ældre teori Seip, *Lov og Rett* 1965, side 1ff.

716. Se herom nærmere nedenfor kapitel 12, afsnit 2.4.

afvejning mellem individets rettigheder og modstående hensyn, ikke uden videre foretage en tilbundsgående efterprøvelse af det nationale skøn. Omfanget af staternes skønsmargin, og dermed EMDs prøvelse, varierer dog afhængig af rettighedens og sagens karakter.

Også i *dansk retspraksis* synes domstolene – herunder Højesteret – indstillet på at anlægge en differentieret prøvelse i grundrettighedskontrollen med love. „Fæsteafløsnings-doktrinen“ krav om åbenbar modstrid med forfatningen kan ikke (længere) antages at gælde generelt for alle prøvelsestilfælde.

Når kravet om åbenbar modstrid med Grundloven har kunnet leve videre i teorien som udtryk for den generelle prøvelsesmålestok, hænger det – som ofte påpeget – ikke mindst sammen med, at flertallet af prøvelsessager har vedrørt Grundlovens bestemmelse om ekspropriation (nu § 73). Andre rettigheder er muligt underlagt en strengere prøvelse.

Højesteretsdommer Olrik fremhævede, at man ikke uden videre kunne slutte fra prøvelse vedrørende ekspropriation til prøvelse vedrørende andre frihedsrettigheder.⁷¹⁷ Også Nordskov Nielsen har antaget, at en noget mere intensiv prøvelse kan påregnes på andre – mindre politisk kontroversielle – områder.⁷¹⁸

Højesterets „Tvind-dom“ fra 1999 (UfR 1999.841 H) om retten til domstolsprøvelse efter Grl § 3 og Højesterets „Rocker-dom“ fra 1999 (UfR 1999.1798 H) om forsamlingsfrihed efter Grl § 79 viser ingen tegn på tilbageholdenhed og støtter således denne antagelse.

Højesteret synes endog indstillet på ikke alene at differentiere mellem Grl § 73 og andre frihedsrettigheder, men også inden for Grl § 73 afhængig af sagens karakter. I sagen om „Fastfrysning af lægehonorarer“ (UfR 1987.1 H) fandt Højesteret ikke et lovindgreb i gældende overenskomster ekspropriativt, navnlig under hensyn til lovens karakter af et generelt indkomstpolitisk indgreb. Om prøvelsens målestok udtalte højesteretsdommer Riis’ i en kommentar til dommen (UfR 1987 B, side 284):

717. Olrik, Dommerbetragtninger, 1929, side 57.

718. Nordskov Nielsen, *Nutidig udformning af grundrettighederne*, 1992, side 60.

„Højesteret fandt det påkrævet i en sag som denne at fastholde kravet om sikker og utvivlsom uoverensstemmelse med grundlovens tekst som betingelse for at tilsidesætte en lov som stridende mod grundlovens § 73. [Loven] måtte ses som et led i lovgivningsmagtens almindelige indkomspolitik ...“

Heri ligger en åbenhed overfor en dybere prøvelse i fremtidige sager om Grl § 73, hvor kompetencefordelingshensynet i forhold til lovgivningsmagten ikke i samme omfang gør sig gældende.⁷¹⁹

4.2 Grundlaget for formulering af en differentieret prøvelsesstrategi

Da domstolsprøvelsens grænser må bero på forfatningsretlige principper⁷²⁰, bliver målet at opstille retningslinjer for en differentiering af grundrettighedskontrollens omfang.

Som ovenfor omtalt bør princippet om respekt for lovgivers politiske råderum – lovgivers forfatningsretlige kompetence og demokratiske mandat – være ledende for fastlæggelse af grundrettighedskontrollens grænser. Dette princip afskærer imidlertid ikke fra inddragelse af andre principper, som også generelt har betydning for fortolkningen af grundrettigheder. Herefter kan navnlig tre typer af hensyn danne grundlag for formuleringen af retningslinjer for grundrettighedskontrollens omfang:

Traditionelle retsstatslige principper kan i overensstemmelse med prøvelsesrettens formelle begrundelse (forfatningens overhøjhed) tillægges betydning for prøvelsens omfang. Efter traditionelle retsstatsprincipper knytter der sig en umiddelbar legitimitet til skrevne forfatningsnormer. Ligeledes har en beskyttelse med udtrykkelig støtte i rettighedens ordlyden alt andet lige større gennemslagskraft end en beskyttelse, der må udledes ved en mere fri og selvstændig, normativ fortolkning.

Derud over må prøvelsens omfang navnlig bero på materielle principper og kompetencefordelingsprincipper.⁷²¹ Disse er indbyrdes tæt forbundne – de materielle principper har kompetencefordelingsmæssig betydning og vice versa.⁷²²

719. Se nærmere nedenfor kapitel 12, afsnit 3.6 og kapitel 13, afsnit 1.4.

720. Jf. ovenfor kapitel 10, afsnit 1.3.

721. Se også Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 24f; Schneider, NJW 1980, side 2104; Stern, 1980, side 27; Hesse, 1981, side 265; Alexy, 1986, side 495ff.

722. Jf. Ehmke, *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStl 1963, side 63.

Materielle principper må i overensstemmelse med prøvelsesrettens materielle begrundelse og funktion (individ- og mindretalsbeskyttelse) tillægges betydning for prøvelsens omfang. Nogle rettigheder har efter deres materielle indhold en mere fundamental forfatningsretlig betydning end andre; et lovindgreb kan indebære en mere eller mindre intensiv begrænsning af individets rettigheder osv.

Kompetencefordelingsprincipper tager højde for prøvelsesrettens balanceproblem (domstole vs. lovgiver). De knytter sig til den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgivningsmagt og involverer en vurdering af lovgivers henholdsvis domstolenes egnethed og legitimation (demokratiske mandat) til at give den endelige udlægning af grundrettighedernes indhold.

5. Sammenfattende konklusion

Prøvelsesrettens forfatningsretlige begrundelse og "demokratiske" problem. Prøvelsesrettens formelle begrundelse er princippet om forfatningens forrang for almindelige love. Dens materielle begrundelse er, at en demokratisk retsstat ikke alene kan baseres på flertalsstyre, men som modvægt hertil må sikre en beskyttelse af mindretallets og enkeltindividets grundlæggende rettigheder ved et uafhængigt organ. Domstolenes grundrettighedskontrol forudsætter imidlertid – da grundrettigheder ofte er brede principper – typisk en selvstændig fortolkning og retsskabende konkretisering af grundrettighederne. I lovprøvelsessituationen må denne fortolkning respektere hensynet til den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstolene og lovgiver. Målet er således at finde en balance mellem på den ene side hensynet til at sikre et effektivt forfatningsretligt domstolsværn for individ og mindretal og på den anden side hensynet til at overlade lovgiver et politisk råderum, som modsvarer lovgivers forfatningsretlige kompetence og parlamentets demokratiske mandat.

Behovet for en balanceret prøvelsesstrategi. Spørgsmålet om prøvelsesrettens grænser er for komplekst til at finde sin løsning i en generel formel som „judicial self-restraint“ eller en doktrin om ikke-prøvelse af „political questions“. I stedet bør princippet om respekt for den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver danne udgangspunktet for formulering af en balanceret prøvelsesstrategi. Herefter skal der navnlig tages hensyn til, hvorvidt domstolene eller lovgiver er bedst egnet til at foretage den endelige grundrettighedsfortolkning, samt til, at lovgi-

ver har et særligt demokratisk mandat, hvorfor domstolene ikke uden særligt retsgrundlag eller en særlig egnethed og erfaring på området bør kunne tilsidesætte lovgivers normative vurderinger. Lovgiver må have et politisk råderum.

Nødvendigheden af en differentieret prøvelsesstrategi. En balanceret prøvelsesstrategi er en differentieret prøvelsesstrategi. I overensstemmelse med en problemorienteret fortolkningslære må det anerkendes, at grænserne for domstolenes grundrettighedskontrol ikke kan fastlægges med generel gyldighed for alle prøvelsestilfælde. Lovgivers spillerum er ikke lige stort i alle prøvelsestilfælde. Da prøvelsens omfang må bero på retlige principper, bliver målet at opstille vejledende retningslinjer for en differentiering af grundrettighedskontrollens omfang. Grundlaget for udformning af en differentieret prøvelsesstrategi er traditionelle retsstatslige principper, materielle principper og kompetencefordelingsprincipper.

I de følgende to kapitler formuleres på denne baggrund nogle generelle, vejledende retningslinjer for grundrettighedskontrollens omfang. At disse retningslinjer alene kan være vejledende følger – ligesom for de generelle fortolkningsprincipper – af grundrettighedsfortolkningens problemorienterede karakter. Der sondres mellem retningslinjer, som overvejende knytter sig til *rettighedens* grundlag, indhold og karakter (kapitel 12), og retningslinjer, der overvejende knytter sig til *lovens* karakter, indhold og forarbejder (kapitel 13).

Grundrettighedskontrollens omfang

– *betydningen af rettighedens grundlag, indhold og karakter*

I dette kapitel opstilles nogle vejledende retningslinjer for grundrettighedskontrollens omfang, som overvejende knytter sig til *rettigheden* – dens retsgrundlag, indhold og karakter. Retningslinjerne formuleres på grundlag af retsstatslige, materielle og kompetencefordelmæssige overvejelser og med inspiration fra grundrettighedspraksis og -teori. Retningslinjerne – som ikke tilsigter at være udtømmende – knytter sig til:

- grundrettighedens retskildemæssige grundlag og indholdsmæssige klarhed; forsigtig prøvelse ved uskrevne rettigheder og vagt formulerede rettigheder (*afsnit 1*),
- grundrettighedens værdi og indhold; dybtgående prøvelse ved rettigheder, som er fundamentale for demokratiet og individet – fortrinsstillede rettigheder (*afsnit 2*)
- grundrettighedens betydning for lovgivers økonomisk-politiske råderum og bevillingskompetence; forsigtig prøvelse ved økonomiske og sociale rettigheder (*afsnit 3*),
- grundrettighedens struktur; mere dybtgående prøvelse ved rettigheder med karakter af egentlige retsgarantier end ved rettigheder med karakter af retsprincipper (*afsnit 4*),
- grundrettighedens retlige karakter; mere dybtgående prøvelse ved negative rettigheder end ved positive rettigheder, hvor lovgiver har en valgmulighed (*afsnit 5*).

1. Rettighedens retskildemæssige grundlag og indholdsmæssige klarhed – forsigtig kontrol med uskrevne og vagt formulerede rettigheder

Som generel retningslinje bør domstolenes prøvelse (prøvelsesmålestokken) bliver successivt mildere – fordi prøvelsens retskildemæssige grund-

lag og legitimitet bliver tilsvarende svagere – når man bevæger sig fra „mekanisk“ retsanvendelse over grader af stadig mere fri fortolkning og udfyldning til håndhævelse af uskrevne grundretlige principper, som ikke eller kun i ringe grad har støtte i den skrevne forfatning.⁷²³

Ovenfor tog jeg generelt afstand fra en positivistisk fortolkningslære. Retlig fortolkning betjener sig af en række uskrevne normative faktorer („reelle hensyn“). Også bredt formulerede normer får således gennem fortolkning et retligt indhold. Dog blev det påpeget, at en norms retskildemæssige grundlag (skreven eller uskreven) og indholdsmæssige klarhed kan have betydning for normens gennemslagskraft i retssystemet.⁷²⁴ Dette generelle standpunkt har særlig relevans for grundrettighedskontrollen med love.

Standpunktet kan for det første generelt begrundes i et traditionelt retstatsligt princip, hvorefter det er afgørende for en rettigheds gennemslag, at den dels er nedfældet i et skrevet dokument, dels er formuleret med en vis bestemthed og klarhed.

Uskrevne grundrettigheder. Hvad angår domstolsprøvelse af love på grundlag af uskrevne retsprincipper, taler for en mild prøvelsesmålestok endvidere, at prøvelsesrettens formelle – og oprindelige – begrundelse er princippet om den skrevne forfatnings overhøjhed.⁷²⁵ Håndhævelse af uskrevne grundrettigheder over for lovgiver kræver herefter en særlig stærk materiel begrundelse.

Forfatningen kan indeholde uskrevne rettigheder; men i retssystemer med en skreven forfatning er denne den primære retskilde. Nedfældelse af rettigheden i forfatningens tekst giver den et umiddelbart retskildemæssigt grundlag og en umiddelbar gyldighed. Derfor må skrevne grundrettigheder – alt andet lige – have et stærkere gennemslag i forhold til lovgiver end uskrevne rettigheder. Uskrevne grundrettigheder bør derfor som udgangspunkt kun kunne danne grundlag for tilsidesættelse af en lov, hvor lovens modstrid hermed er åbenbar.

Vagt formulerede grundrettigheder. Hvad angår prøvelse af love på grundlag af skrevne, men vagt formulerede grundrettigheder, er en mild prø-

723. Jf. f.eks. Schuppert, *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, 1980, side

34. I samme retning også Nergelius, *Konstitutionelt Rättighetsskydd*, 1996, side 32, note 40.

724. Se nærmere ovenfor kapitel 3, navnlig afsnit 2.2.1 og kapitel 4, afsnit 3.1.

725. Jf. ovenfor kapitel 11, afsnit 1.1.

velsesmålestok yderligere – og dybere – begrundet i et kompetencefordelingsprincip, hvorefter domstolene må respektere, at det i første række er den demokratisk valgte lovgiver, som har mandat til at udfylde brede og ubestemte forfatningsbestemmelser.⁷²⁶

For de skrevne rettigheder får det derfor betydning, om rettigheden har et klart og veldefineret indhold eller er formuleret i vage termer. Den sikkerhed, hvormed der kan argumenteres for en bestemt fortolkning, påvirker rettighedens gennemslagskraft over for love. Domstolenes grundlag for og legitimitet til at håndhæve individets rettigheder over for lovgiver er stærkere, jo mere „fast i kødet“ rettigheden er. Meget brede og vage forfatningsprincipper bør derfor som udgangspunkt kun kunne danne grundlag for tilsidesættelse af en lov, hvor lovens modstrid hermed er åbenbar.

Hesse anfører således om prøvelsens grænser: „Soweit die Verfassung nur weite und fragmentarische Bestimmungen für die Lösung eines Problems enthält, muß das Gericht, da seine Aufgabe prinzipiell nur in einer rechtlichen Nachprüfung bestehen kann, sich auf eine geringere Kontrolldichte beschränken.“⁷²⁷ Den tyske forfatningsdommer Simon anfører som en tommelfingerregel, at domstolene ud fra kompetencefordelingshensyn i tvivlstilfælde bør overlade den retsskabende udfyldning af ubestemte forfatningsnormer til den umiddelbart demokratisk legitimerede lovgiver, også fordi lovgivers forfatningsfortolkning lettere lader sig korrigere end domstolenes.⁷²⁸ Forfatningsdommer Geiger anfører tilsvarende om håndhævelse af brede forfatningsgrundsætninger: „Im gewaltenteilten demokratischen Rechtsstaat steht die erste Konkretisierung allgemeinsten Prinzipien, wie Gemeinwohl, Gerechtigkeit, Gleichheit, dem demokratischen Gesetzgeber zu. (...) Deshalb darf das Verfassungsgericht im Verfassungsgerichtlichen prozeß, in dem es um die Kontrolle des Gesetzgebers geht, erst eingreifen, wenn der Gesetzgeber offensichtlich jenen Grundsatz verfehlt, im Sinne der Rechtsprechung willkürlich gehandelt hat.“⁷²⁹

1.1 BVerfGs praksis

I BVerfGs praksis varierer prøvelsens omfang – prøvelsens målestok – afhængig af grundrettighedens bestemthed („Regelungsdichte“). Begrundelsen herfor er såvel traditionelle retstatslige principper som hensynet til

726. Jf. f.eks. Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980, side 15.

727. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1995, side 243.

728. Simon, 1994, side 1672, jf. 1670f. I samme retning Alexy, 1986, side 497f.

729. Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980, side 15.

lovgivers kompetence.⁷³⁰ Ved prøvelse på grundlag af meget brede grundretlige principper kræver BVerfG normalt åbenbar modstrid, før loven tilsidesættes (Evidenzkontrolle).

Således er det normalt en betingelse for at tilsidesætte en lov som stridende mod lighedsgrundsætningen i den tyske grundlovs artikel 3 (1), at loven er udtryk for vilkårlig forskelsbehandling uden nogen saglig begrundelse.⁷³¹ En tilsvarende forsigtig prøvelse anlægges med hensyn til retsstatsprincippet og socialstatsprincippet i artikel 20. Som følge af princippernes brede og ubestemte indhold kræver en tilsidesættelse af loven på dette grundlag normalt en åbenbar modstrid hermed.⁷³²

1.2 Høyesteretts praksis

Høyesterett har anerkendt, at en lov kan tilsidesættes, hvis den strider imod uskrevne forfatningsprincipper. Høyesterett har dog antaget, at loven i så fald må være klart og åbenbart i strid med den uskrevne norm. Ledende er „Iversen-dommen“ fra 1961 (Rt 1961.1350 (1351)).⁷³³ Standpunktet er bekræftet i senere retspraksis og senest i „Strejkeforbudsdommen“ fra 1997 (Rt 1997.580 (587)), hvor Høyesterett antog, at tilsidesættelse af en lov som stridende mod uskrevne forfatningsprincipper kun kan tænkes i „helt ekstreme tilfeller“.

Høyesterett har i hvert fald i et tilfælde – kendelsen om „Den sindssyge kvinde“ fra 1979 (Rt 1979.1079) – reelt tilsidesat gældende lov på grundlag af et uskrevent retssikkerhedsprincip. Høyesterett fandt, at lovgivningens bestemmelser om sindssyges manglende partsevne i straffesager var klart i strid med grundlæggende retssikkerhedsgarantier.

Sagen angik en sindssyg kvinde, som havde dræbt sin mor og forsøgt at dræbe sin far, og som derfor var idømt sikring i 10 år. Hun ønskede at anke sikringstidens længde til Høyesterett; men dette blev i første omgang afvist, da kvindens værge ikke var enig i, at der skulle ankes. Afvisningen var helt i overensstemmelse med straffeprocelseslovens § 98 utvetydige ordlyd, fast retspraksis og teori, hvorefter værgen for en sindssyg har dennes partsrettigheder. Alligevel fandt en enig Høyesterett, at kvindens anke ikke burde afvises.

730. Jf. Geiger, 1980, side 14f; Simon, 1994, side 1672.

731. Se Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, side 189.

732. Se Geiger, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980, side 14ff (med note 20).

733. Se nærmere om den ledende dom ovenfor kapitel 4, afsnit 3.3.

Ifølge førstevoterende ville en afvisning „ikke bare være i strid med det syn på sinnssyke og deres rettigheter som etter hvert har arbeidet seg frem hos oss. Det vil også i sin konsekvens medføre, at en sikringsdømt uten videre fratages en elementær rettssikkerhetsgaranti som tilkommer alle andre i dette land.“ (side 1081). Derfor konkluderede retten – i strid med lovgivningens regler – at en sikringsdømt sindssyg person, som selv har den nødvendige innsikt, ikke er afskåret fra på egen hånd at anvende retsmidler.

Klarheden og bestemtheden af en skreven rettighed har ligeledes betydning for dens gennemslagskraft over for lovgiver. Dette blev stærkt fremhævet i ældre praksis.

Dommer Berg henviste til et sådant synspunkt i sit votum i „Den store Koncessionssag“ (Rt 1918.401, side 424): „*Kan ikke domstolene med visshet fastslaa en fortolkning som den rette, og maa de derfor erkjende, at der kan være delte meninger om, hvordan et grunnlovsbud er at forstå, saa har efter min oppfatning domstolene ingen grunnlovshjemlet myndighet til at sette sin fortolkning over lovgivningsmagten.*“

En så vidtgående begrænsning af Høyesteretts prøvelsesret har eftertiden ikke taget til sig; men rettighedens ubestemthed kan fortsat få betydning for dens gennemslagskraft.

Således anførte førstevoterende (flertallet) i „Kløfta-dommen“ fra 1976 (Rt 1976.1), at det har betydning for domstolsprøvelsen (i hvertfald med hensyn til økonomiske rettigheder), om der foreligger „rimelig tvil“ om den rette fortolkning af forfatningen (side 6). Andenvoterende (mindretallet) anførte som led i begrundelsen for, at lovens regler om ekspropriationserstatning ikke var i strid med Grl § 105 om ejendomsretten, at „ordlyden gir intet entydig svar på hva som er full erstatning i grunnlovens forstand“ (side 23).

1.3 EMDs praksis

Også i EMDs praksis tillægges det betydning, om prøvelsesgrundlaget er en rettighed, der fremgår direkte af EMRK, eller en såkaldt forudsat rettighed. Endvidere kan en udtrykkeligt nedfældet rettigheds brede og vage karakter medføre en mildere prøve.

EMDs kontrol er mere tilbageholdende, når det gælder rettigheder, som alene er „forudsat“ i EMRK end ved rettigheder, som er udtrykkeligt nedfældet i EMRK.⁷³⁴

734. Jf. Golder EMD 18 (1974), pr. 38. Se også Einersen og Trier, TfR 1991, side 582.

Et eksempel er *Mathieu-Mohin and Clerfayt* (EMD 113 (1987)), hvor EMD af Tillægsprotokol 1, artikel 3 om pligten til at afholde frie og periodiske valg udledte en individuel stemmeret. EMD udtalte imidlertid, at da denne rettighed kun var implicit i bestemmelsen, var der „*room for implied limitations*“, idet disse dog aldrig måtte berøre rettighedens „*essence*“ og ikke måtte være „*disproportionate*“ (pr. 52).

EMD har ligeledes anlagt en mildere prøvelse ved EMRKs meget brede og vage rettighedsbestemmelser end ved de mere håndfaste rettigheder.

Det gælder for eksempel ved EMDs håndhævelse af diskriminationsforbudet i EMRK artikel 14. I *Gaygusuz* (EMDs nye domsserie 1996 IV, nr. 14) udtalte EMD således i overensstemmelse med fast praksis, at målestokken efter artikel 14 er kravet om et „*reasonable relationship of proportionality*“ mellem lovens formål og den skete forskelsbehandling (pr. 42).

1.4 Dansk retspraksis

I dansk ret må det ligeledes antages, at Grundlovens rettigheder nyder en stærkere beskyttelse end eventuelle uskrevne grundretlige principper.

I kommentarerne til Højesterets afgørelser i sagen om „Huslejestoppet“ (UfR 1965.293 H) og „HT-sagen“ (UfR 1986.898 H) antages, at tilsidesættelse af en lov på grundlag af en uskreven forfatningsretlig lighedsgrundsætning alene kan komme på tale i „*klare tilfælde af grov og vilkårlig forskelsbehandling af borgerne*“.⁷³⁵

Højesterets tidligere omtalte kendelser fra 16. marts 2000 (sag 589/1999 og 9/2000) om sigtedes ret til at være til stede i videorummet under politiets afhøring af børn i sædelighedssager er efter præmisserne udtryk for håndhævelse af uskrevne processuelle retssikkerhedsprincipper i strid med gældende lovgivning.⁷³⁶ Kendelserne kan for så vidt sammenlignes med førømtalte norske høyesterettskendelse fra 1979.

Den indholdsmæssige klarhed og bestemtthed af skrevne rettigheder kan ud fra tilsvarende betragtninger få betydning for prøvelsens omfang.

⁷³⁵ Schaumburg i UfR 1965 B, side 244; Riis i UfR 1987 B, side 54. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

⁷³⁶ Se nærmere om kendelserne ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

Vage standarder må forventes håndhævet med større forsigtighed end klart formulerede rettigheder.⁷³⁷

Et klart eksempel er domstolenes prøvelse af kravet i Grl § 73 om, at ekspropriation kun må foretages, hvor „almenvellet“ kræver det. Her foretager domstolene normalt ikke en materiel efterprøvelse, men kontrollerer alene, om lovgiver selv har vurderet, at loven er påkrævet af hensyn til „almenvellet“. Se „Grundbyrdeafløsnings-dommen“ (UfR 1921.168 H) og dommen om „De islandske håndskrifter“ (UfR 1967.22 H).⁷³⁸

2. Fortrinsstilling for politiske og fundamentale personlige rettigheder – hensynet til rettighedernes materielle værdi og demokratiske funktion

Det standpunkt har vundet stigende tilslutning, at visse grundrettigheder nyder en „fortrinsstilling“, fordi de er særligt fundamentale for demokratiet og for individet. Som fortrinsstillede rettigheder fremhæves navnlig de såkaldt politiske frihedsrettigheder (ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden) og andre fundamentale rettigheder vedrørende individets fysiske frihed, retssikkerhed og værdighed. Disse rettigheder skal efter doktrinen om fortrinsstillede rettigheder nyde en særlig stærk beskyttelse ved domstolene mod lovgivers indgreb. Derimod antages prøvelsen at måtte være mere tilbageholdende ved økonomiske og sociale rettigheder (se nedenfor afsnit 3).

Doktrinen om fortrinsstillede rettigheder er af amerikansk oprindelse („the preferred position principle“), men har også vundet fodfæste i europæisk grundrettighedspraksis.

Doktrinen historiske baggrund var magtkampen i 1930'ernes USA mellem præsident Roosevelt og en konservativ Højesteret, som med prøvelsesretten længe lagde betydelige hindringer i vejen for Roosevelts forsøg på sociale reformer („New deal“). Fra 1937 trak Højesteret sig imidlertid – som følge af præsidentens trusler om at udnævne en række nye og mere „medgørlige“

737. Poul Andersen, Dansk Statsforfatningsret, 1954, side 473 antog, at man ikke af Højesterets tilbageholdenhed med hensyn til Grundlovens „ret vage“ ekspropriationsbestemmelse kunne slutte, at „Højesteret skulle savne Mod til at tilsidesætte Love som uforenelige med mere skarpkantede Grundlovsbestemmelser“.

738. Zahle, Dansk forfatningsret, bind 2, 1996, side 220 kalder denne prøvelse for „aspektkontrol“.

højesteretsdommere – i vidt omfang tilbage fra en prøvelse af økonomisk lovgivning, mens de politiske friheder og fundamentale personlige rettigheder blev håndhævet mere strengt. „Preferred rights“-doktrinen havde sin storhedstid i 1950'erne og 1960'erne under højesteretspræsident Earl Warren.

En fortrinsstilling af nogle rettigheder frem for andre uden udtrykkeligt grundlag i forfatningen støder an mod en traditionel positivistisk-retsstatslig retsopfattelse.⁷³⁹ Ud fra en normativistisk retsopfattelse er en sådan differentiering af prøvelsen derimod ikke udelukket, såfremt der er vægtige forfatningsretlige argumenter for den.

Udgangspunktet for det følgende er den opfattelse, at doktrinen om fortrinsstillede rettigheder grundlæggende er velbegrundet ud fra såvel materielle som kompetencefordelingsmæssige forfatningsretlige hensyn. Doktrinen bør dog alene anvendes som en generel retningslinje. De fortrinsstillede rettigheder er ikke altid lige fortrinsstillede, ligesom ikke alle områder af de øvrige – „bagudstillede“ – rettigheder er lige bagudstillede.⁷⁴⁰ Endvidere må der tages hensyn til karakteren af lovgivers indgreb.⁷⁴¹

En fortrinsstilling for politiske og fundamentale personlige rettigheder, som medfører, at disse rettigheder nyder særlig stærk domstolsbeskyttelse mod flertallets overgreb, kan begrundes ud fra materielle principper: For det første er disse rettigheder nødvendige forudsætninger for et reelt demokrati (demokratisk-funktionel teori). For det andet har de fundamental betydning for individets frihed og værdighed (liberal teori). Begge begrundelser har betydning i retspraksis (jf. nedenfor afsnit 2.3–2.6).

Efter en *demokratisk-funktionel teori* må navnlig de såkaldt politiske friheder og rettigheder indtage en fortrinsstilling i domstolenes prøvelse, fordi kun en effektiv beskyttelse af disse rettigheder sikrer en reel demokratisk politisk proces.

Efter en *liberal teori* må alle fundamentale rettigheder vedrørende individets frihed, retssikkerhed og værdighed nyde en fortrinsstilling i domstolenes prøvelse, da en effektiv beskyttelse af disse rettigheder – allerede i kraft af deres værdi for individet – er et ufravigeligt krav i en liberal retsstat.

739. Jf. den principielle kritik af doktrinen hos Eivind Smith, *Høyesterett – en trussel mot demokratiet?*, Lov og Rett 1999, side 475ff.

740. Jf. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 31.

741. Herom nedenfor kapitel 13.

De to begrundelser overlapper til dels hinanden, navnlig for så vidt angår de politiske rettigheder. Her får det dog reel betydning, hvordan fortrinsstillingen begrundes. Efter en demokratisk-funktionel teori er rettighedsudøvelsens værdi for den politiske proces afgørende, og beskyttelsen afhænger derfor af, hvordan og med hvilket formål rettigheden udøves. Efter en liberal teori er det derimod principielt uden betydning, hvordan og med hvilket formål individet anvender sine såkaldt politiske rettigheder.

2.1 Rettigheder som er fundamentale for den demokratiske proces

En fortrinsstilling for de politiske grundrettigheder – navnlig ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden, samt stemmeretten – kan begrundes med disse rettigheders konstitutive betydning for den demokratiske proces (*demokratisk-funktionel teori*).⁷⁴²

Den demokratisk-funktionelle teori om fortrinsstillede rettigheder har rødder i den amerikanske højesteretsdommer Stones berømte votum i „Carolene-sagen“ fra 1938. Sagen vedrørte spørgsmålet, om en økonomisk lovgivning var forenelig med kravet i forfatningens 14. amendment om „equal protection“. Supreme Court anlagde i sagen en forsigtig prøvelse. Stone tog imidlertid i en fodnote (obiter dictum) forbehold for en skærpet prøvelse med hensyn til de politiske rettigheder: „*It is unnecessary to consider now whether **legislation which restricts those political processes** which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny (...) than are most other types of legislation.*“⁷⁴³ Denne demokratisk-funktionelle doktrin om fortrinsstillede rettigheder prægede Supreme Court i 1950'erne og 1960'erne under forsæde af Earl Warren.

Styrken ved denne begrundelse for en streng grundrettighedskontrol er, at den forener kravet om effektiv domstolskontrol med princippet om flertalsstyre. Den demokratisk-funktionelle teori søger ikke at stække flertalsstyret, men at realisere det. Teorien anerkender, at det folkevalgte parlament er det rette forum for udfyldning af forfatningen. Domstolenes opgave er alene gennem effektiv håndhævelse af de politiske rettigheder

742. Se nærmere bl.a. Böckenförde, NJW 1974, side 1534f; Hesse, 1995, side 70. Herhjemme Germer, 1973, side 93ff; Ross, 1980, side 137; Jens Peter Christensen, 1990, side 213ff.

743. United States v Carolene Products Co. (1938) 304 U.S. 144 (152f), fodnote 4 (min udhævelse).

at sikre, at den demokratiske politiske proces holdes åben for alle.

Fortrinsstillingen for de politiske grundrettigheder er således efter den demokratisk-funktionelle teori ikke primært begrundet i hensynet til individet, men i hensynet til demokratiets funktion. Derfor beror omfanget af forfatningsbeskyttelse på den demokratiske værdi af individets rettighedsudøvelse. Ytringer om emner af politisk interesse nyder således stærkere beskyttelse end private eller rent kommercielle ytringer.

Amerikaneren John Hart Ely har i værket *Democracy and Distrust* fra 1980 formuleret en meget anerkendt demokratisk-funktionel teori – den såkaldte „participation-teori“.

For Ely er folkestyre forfatningens grundprincip. Han afviser derfor generelt aktivistiske strategier for domstolskontrol. Indflydelse på samfundets generelle politik må opnås gennem deltagelse i den politiske proces.⁷⁴⁴ Dette forudsætter imidlertid, at lovgiver ikke lægger hindringer i vejen for en fri demokratisk proces ved at begrænse borgernes demokratiske rettigheder og politiske friheder. Domstolene har her ifølge Ely en legitim forfatningsretlig funktion, som består i *“policing the process of representation”* og derved *“clearing the channels of political change”*.⁷⁴⁵ Ved håndhævelsen af politiske friheder og rettigheder bør domstolene derfor ikke udvise tilbageholdenhed, da disse rettigheder er essentielle for demokratiet: *“Rights like these, whether or not they are explicitly mentioned, must nonetheless be protected, strenuously so, because they are critical to the functioning of an open and effective democratic process.”*⁷⁴⁶

Elys argumentation forekommer overbevisende. Dog synes Elys ensidige fokus på de politiske rettigheder noget snæver. Således hører f.eks. også retssikkerhedsgarantier mod indgreb i den personlige frihed m.v. til de fundamentale demokratiske retsstatsprincipper, uden hvilke de politiske rettigheder ikke er meget værd.⁷⁴⁷

2.2 Rettigheder som er fundamentale for individets frihed og værdighed

En fortrinsstilling for såvel de politiske rettigheder som andre fundamentale rettigheder vedrørende individets frihed, retssikkerhed og værdighed – som

744. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 1ff og 73f.

745. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 73f.

746. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 105.

747. Jf. Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 1980, bind 1, side 140f.

retten til liv, forbudet mod tortur, retsgarantier mod vilkårlige frihedsberøvelser, retten til en „fair trial“, værn om intimsfæren og forbudet mod diskrimination p.g.a. race og etnisk oprindelse – kan alternativt begrundes alene med disse rettigheders grundlæggende betydning for individet, uafhængig af rettighedernes demokratiske funktion (*liberal teori*).⁷⁴⁸

Efter denne teori om fortrinsstillede rettigheder er det afgørende hensyn at forhindre indgreb i individets frihed og værdighed. Omfanget af beskyttelse er derfor principielt uafhængig af, om rettighedsudøvelsen har værdi for demokratiet eller ej. Således vil beskyttelsen af ytringsfriheden være den samme uanset, om der er tale om ytringer om emner af politisk interesse eller ytringer af privat eller kommerciel karakter.⁷⁴⁹

Principielt kunne også ejendomsretten betegnes som en sådan grundlæggende rettighed. Vilkaerlig fratagelse af ejendom kan være et nok så alvorligt indgreb i individets frihed som f.eks. indgreb i ytringsfriheden. Når ejendomsretten alligevel ikke traditionelt henregnes til de fortrinsstillede rettigheder, skyldes dette kompetencefordelingshensyn – hensynet til lovgivers råderum i den økonomiske politik (nedenfor afsnit 3).

2.3 Fortrinsstillede rettigheder i BVerfGs praksis

En doktrin om fortrinsstillede rettigheder har – omend ikke udtrykkeligt – fundet udtryk i BVerfGs praksis. De politiske rettigheder og andre fundamentale personlige friheder og retssikkerhedsgarantier håndhæves mere strengt end økonomiske rettigheder.⁷⁵⁰

BVerfGs anerkendelse af de politiske og fundamentale personlige rettigheders fortrinsstilling er navnlig begrundet i hensynet til individets frihed og værdighed (*liberal teori*). I sager om de politiske frihedsrettigheder henviser BVerfG dog også ofte til rettighedernes konstitutive betydning for den politiske proces (*demokratisk-funktionel teori*).

Den *liberale* tilgang indebærer, at rettigheder, som er fundamentale for

748. Se bl.a. Germer, Juristen 1975, side 93ff; Ross, 1980, bind 1, side 139; Germer, Jussens Venner 1981, side 330ff.

749. Jf. Böckenförde, *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW 1974, side 1530ff.

750. Grimm, 1994, side 290, anfører: „*The intensity of control varies, however, according to the human right involved (...). Laws restricting personal freedom or political rights are controlled more intensively than laws regulating the economy and thus touching economic freedoms.*” Jf. Stern, Staatsrecht, Band III/2, 1994 side 818; Schuppert, DVbl 1988, side 1194; Herzog, EuGRZ 1990, side 484; Kriele, 1992, side 120ff.

individets frihed, værdighed og retssikkerhed, undergives en streng prøvelse ved BVerfG. Det gælder foruden de politiske friheder også retten til livet, religionsfriheden, den kunstneriske frihed, retten til respekt for den private intimsfære, individets fysiske frihed og integritet og de straffeprocessuelle retssikkerhedsgarantier.

I „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1 (42)) fastslog BVerfG, at retten til livet er den tyske grundlovs højeste værdi – „*die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte*.“ Derfor foretog BVerfG en tæt afvejning af de modstående hensyn og fandt loven om fri abort forfatningsstridig.

Også retssikkerhedsgarantier for individets fysiske frihed nyder stærk beskyttelse. I en afgørelse fra 1960 (BVerfGE 10, 302 (322)) fastslog BVerfG, at princippet i den tyske grundlovs artikel 104(2) om forudgående retskendelse ved frihedsberøvelse også gjaldt anbringelse af umyndige personer i en lukket anstalt på værgens foranledning. BVerfG skar dermed igennem diskussionen om artikel 104's rækkevidde med den begrundelse, at „*Die persönliche (körperliche) Freiheit als die erste Voraussetzung für jede Freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt wird vom Grundgesetz hoch angeschlagen*“.

Et eksempel på en streng prøvelse af lovindgreb i den fysiske frihed er dommen om „Livstidsstraf“ fra 1977 (BVerfGE 45, 187 (223)) vedrørende straffelovens regler om livstidsstraf. BVerfG understregede, at fængselsstraf, og navnlig livstidsstraf, er et så alvorligt et indgreb i den personlige frihed, at prøvelsen må være streng: „*Ist schon die Freiheit der Person ein so hoher Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigem Grunde eingeschränkt werden darf, so bedarf der lebenslange Entzug dieser Freiheit einer besonders strengen Prüfung am Maßstabe der Verhältnißmäßigkeitsgrundsatzes*.“ BVerfG godkendte dog reglerne om livstidsstraf med det forbehold, at livstidsfanger må have en reel mulighed for at komme på fri fod igen.

Individets ytringsfrihed nyder ligeledes stærk beskyttelse. BVerfG udtalte allerede i 1956 (BVerfGE 5, 85 (134f)), at ytrings- og pressefriheden er „*die Grundlage jeder Freiheit überhaupt*“. Og i „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (208)) betegnede BVerfG ytringsfriheden som „*eines der vornehmsten Menschenrechte überhaupt*“. I tråd med den liberale teori omfatter den stærke beskyttelse ikke kun politiske rettigheder i snæver forstand, men alle „kommunikationsgrundrettigheder“. Et eksempel er „Forbundsflags-dommen“ fra 1990 (BVerfGE 81, 278 (289)) om forfatningsmæssigheden af en lov, som pålagde straf for krænkelser af det tyske flag. BVerfG godkendte loven, men udtalte, at der altid måtte ske en nøje afvejning over for hensynet til kunstfriheden, hvor flaget bliver forhånet i kunstnerisk øjemed.

Den *demokratisch-funktionelle* tilgang har betydning ved BVerfGs håndhævelse af de politiske friheder. Foruden at være personlige friheder skal de

politiske rettigheder – ytrings-, forsamlings- og foreningsfrihed – ifølge BVerfG navnlig sikre individets deltagelse i den politiske proces. De må også derfor undergives en streng prøvelse.

De politiske friheders demokratiske funktion blev først omtalt i „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (208ff)). BVerfG fastslog, at ytringsfriheden på grund af dens fundamentale betydning for den politiske meningsdannelse er „*schlechthin konstituierend*“ for en demokratisk statsorden og derfor kun kan begrænses under strenge betingelser. I „Brockdorf-dommen“ fra 1985 (BVerfGE 69, 315 (344f)), som angik et indgreb i forsamlingsfriheden, udtalte BVerfG, at såvel menings- og informationsfriheden som forsamlingsfriheden hører til „*den unentbehrlichen und grundlegenden Funktionselementen eines demokratischen Gemeinwesens (...) welches für eine demokratische Staatsordnung konstituierend ist; denn sie erst ermöglicht die ständige geistige Auseinandersetzung und den Kampf der Meinungen als Lebelement dieser Staatsform.*“

Som følge af den demokratisk-funktionelle tilgang har det ved de politiske rettigheder afgørende betydning for omfanget af beskyttelse, hvorvidt rettighedsudøvelsen er af samfundsmæssig interesse eller er privat, kommerciel eller sensationspræget.

BVerfG udtalte i „Lüth-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 198 (212)), at ytringsfriheden som udgangspunkt må gå forud for personlighedsbeskyttelsen, såfremt den bidrager til den offentlige meningsdannelse om væsentlige samfundsspørgsmål. I „Soraya-dommen“ fra 1973 (BVerfGE 34, 269 (283)) udtalte domstolen, at der i den konkrete afvejning af pressefriheden over for personlighedsbeskyttelsen må lægges vægt på, om pressefriheden anvendes til saglig belysning af spørgsmål af offentlig interesse eller til sensationsjournalistik.

2.4 Fortrinsstillede rettigheder i Høyesteretts praksis

Høyesterett har siden 1976 udtrykkeligt tilsluttet sig en doktrin, hvorefter rettigheder til beskyttelse af individets personlige frihed eller sikkerhed nyder en fortrinsstilling i domstolenes prøvelse i forhold til økonomiske rettigheder. Høyesteretts doktrin er begrundet i såvel demokratisk-funktionelle som liberale synspunkter.

Forud for Høyesteretts skelsættende „Kløfta-dom“ fra 1976 var der i norsk teori delte meninger om doktrinen om fortrinsstilling for de politiske og personlige rettigheder frem for økonomiske rettigheder. I et

foredrag for Den Norske Dommerforening i 1974 anbefalede daværende professor – nu Høyesteretts præsident – Carsten Smith imidlertid de norske domstole at adoptere den amerikanske doktrin og anlægge en streng prøvelse af loves grundlovmæssighed med hensyn til de politiske og personlige rettigheder:

„også her i landet bør vi godta at de personlige friheter står høyere i hierarkiet av demokratiske verdier enn de økonomiske rettigheter, og derfor i større grad bør kunne vernes ved domstolenes prøvelsesret.“⁷⁵¹

I den ledende „Kløfta-dom“ fra 1976 (Rt 1976.1) samlede Høyesterett den handske op, som Carsten Smith havde kastet. Høyesterett fastslog en fortrinsstilling for rettigheter vedrørende den personlige frihed og sikkerhed frem for økonomiske rettigheder. Førstevoterende udtalte på vegne af 16 af rettens 17 dommere, at prøvelsesmålestokken – „hvor meget det skal til for at domstolene skal sette en lov til side som grunnlovsstridig“ – bl.a. afhænger af, hvilke grundrettigheder, der er tale om (side 5f):

„Gjelder det bestemmelser til vern om enkeltmenneskets personlige frihet eller sikkerhet antar jeg at grunnlovens gjennomslagskraft må være betydelig. Gjelder det på den annen side grunnlovsbestemmelser som regulerer de andre statsmakters arbeidsmåte eller innbyrdes kompetence, mener jeg (...) at domstolene i vid utstrekning må respektere Stortingets eget syn. Grunnlovsbestemmelser til vern om økonomiske rettigheter må for så vidt komme i en mellomstilling.“

Dommen præciserer ikke nærmere hvilke rettigheder, der er omfattet af fortrinsstillingen for rettigheder vedrørende individets “personlige frihet eller sikkerhet”. Udtrykket antages imidlertid at omfatte såvel de politiske rettigheder som andre fundamentale personlige friheder og retssikkerhedsgarantier.⁷⁵²

Med „Kjuus-dommen“ fra 1997 (Rt 1997.1821) om ytringsfrihedens grænser har Høyesterett enstemmigt tilsluttet sig „Kløfta-doktrinen“ og præciseret dens indhold.⁷⁵³

751. Foredraget er optrykt i Lov og Rett 1975, side 292-319 (citatet er fra side 302).

752. Carsten Smith, Loven og Livet, 1996, side 127, anfører, at fortrinsstillingen gælder “civile og politiske rettigheter”. Ifølge Aall, TfR 1998, side 106, omfatter den “inngrep i den personlige integritet og privatliv, i den enkeltes frihet og retssikkerhet eller i hans ytringsfrihet.”

753. Doktrinen var tidligere bekræftet af flertallet i Rt 1996.1415 og 1440, se afsnit 3.

Sagen, som blev behandlet i Høyesteretts plenum, angik nogle passager i et principprogram fra et sterkt fremmedfjendsk politisk parti om, at fremmede i Norge gennem regler om tvangssterilisering og tvangsabort skulle forbydes at forplante sig. Spørgsmålet var, om disse udtalelser burde straffes efter racediskriminationsparagraffen i Strl. § 135 a eller tillades i lyset af Grl § 100 om ytringsfrihed. Høyesteretts flertal (12) gav beskyttelsen mod racediskrimination forrang, mens mindretallet (5) ville frifinde på grund af Grl § 100.⁷⁵⁴

Førstevoterende tilsluttede sig „Kløfta-doktrinen“ og udtalte, at konsekvensen af, at Grl § 100 om ytringsfrihed har en fortrinsstillet status er, at lovgiver ikke har en reel skønsfrihed. Domstolene foretager en streng, fuldstændig prøvelse (side 1831):

„Grunnloven § 100 hører til blant de grunnlovsbestemmelser som er satt til vern av enkeltmenneskets personlige frihet og sikkerhet. Domstolskontrollen vil her være særlig sterk, og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.“

„Kjuus-dommen“ viser også, at fortrinsstillingen for rettigheter vedrørende den personlige frihed og sikkerhed ikke alene begrundes i hensynet til individet (liberal teori), men at også hensynet til rettighedernes demokratiske funktion indtager en væsentlig plads ved vurderingen af omfanget af beskyttelse for de politiske rettigheter (demokratisk-funktionel teori). Høyesterett fastslog, at ytringsfriheden i Grl § 100 generelt indtager en fortrinsstilling blandt grundrettighederne, men at dette under hensyn til demokratiets funktion særligt gælder for politiske ytringer.

Ytringsfriheden i Grl § 100 betegnes af førstevoterende som „en av de grunnleggende menneskerettigheter og en forutsetning for et demokrati“ (side 1828). Den politiske ytringsfrihed antages at nyde særlig beskyttelse: „Utsagnene er politiske ytringer avgitt som ledd i en politisk debatt (...). Ytringer i en slik debatt ligger i kjerneområdet for utsagn som skal nyte vern etter Grunnloven § 100.“ (side 1831).

754. Eivind Smith, Lov og Rett 1999, side 482 – som er kritisk over for doktrinen om fortrinsstillede rettigheter – ser flertallets votum som udtryk for, at doktrinen reelt ikke kan betragtes som gældende norsk forfatningsret.

2.5 Fortrinsstillede rettigheder i EMDs praksis

Også i EMDs praksis er de centrale politiske og personlige rettigheder reelt fortrinsstillede. Rettigheder, som anses for særligt fundamentale i et demokratisk samfund, undergives en streng kontrol. EMDs fortrinsstilling af visse rettigheder synes ligesom BVerfGs at være begrundet i såvel liberale som demokratisk-funktionelle synspunkter, idet dog den demokratisk-funktionelle tilgang er mere fremtrædende i EMDs praksis.

EMD foretager generelt en tæt prøvelse af indgreb i de politiske friheder – navnlig ytringsfriheden. Dette skyldes også ytringsfrihedens værdi for individet, men EMD har lagt afgørende vægt på ytringsfrihedens demokratiske funktion.⁷⁵⁵ Derfor nyder ytringer af samfundsmæssig interesse stærkest beskyttelse, og EMD har af samme grund anerkendt en særlig stærk beskyttelse af presse- og mediefriheden.

Om ytringsfriheden har EMD principielt udtalt: *„The Court’s supervisory functions oblige it to pay the utmost attention to the principles characterising a „democratic society“. Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of such a society, one of the basic conditions for its progress and for the development of every man.“*⁷⁵⁶ I overensstemmelse med den demokratisk-funktionelle teori nyder den politiske ytringsfrihed en særlig beskyttelse. EMD har udtalt, at *“freedom of political debate is at the very core of the concept of a democratic society which prevails throughout the Convention.”*⁷⁵⁷ Af samme grund nyder medierne en udvidet beskyttelse: *„These principles are of particular importance as far as the press is concerned (...) it is incumbent on it to impart information and ideas concerning 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.”*⁷⁵⁸

Ud fra en liberal tilgang nyder også andre grundlæggende personlige rettigheder en fortrinsstillet beskyttelse. Det gælder navnlig rettigheder til værn om individets fysiske frihed, retssikkerhed, fysiske integritet og intime privatliv.

755. Se van Dijk og van Hoof, 1998, side 88.

756. *Handyside* EMD 24 (1976), pr. 49.

757. *Lingens* EMD 103 (1986), pr. 42.

758. *Observer og Guardian* EMD 216 (1991), pr. 59.

Om den fundamentale betydning i et demokratisk samfund af retsgarantierne ved frihedsberøvelse efter artikel 5 se bl.a. *Ooms, De Wilde og Versyp* EMD 12 (1971), pr. 69. Om retten til en „fair trial“ efter artikel 6 (1) udtalte EMD i *Delcourt* EMD 11 (1970), at rettigheden indtager en central plads i et demokratisk samfund og derfor ikke kan fortolkes restriktivt. I *Soering* EMD 161 (1989), pr. 88, fastslog EMD, at forbudet mod tortur m.v. i artikel 3 er „one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe.“ Se også *Dudgeon* EMD 45 (1981) om ret til anerkendelse af kønsskifte efter artikel 8 som en fundamental personlig rettighed. I *Buckley* (EMDs nye domsserie 1996 IV, nr. 16), pr. 74-76, fastslog EMD, at prøvelsens intensitet blandt andet afhænger af rettighedens „importance for the individual“ og, at respekten for hjemmet efter artikel 8 er fundamental for individets sikkerhed og velfærd.

2.6 Fortrinsstillede rettigheder i dansk retspraksis

Indtil for nylig har der ikke været sikkert grundlag for at antage, at også danske domstole anerkender en doktrin om fortrinsstillede rettigheder.

Det seneste tiårs retspraksis vedrørende ytrings- og informationsfriheden har – ikke mindst i lyset af EMDs praksis – ført til en stærkere beskyttelse af den materielle ytrings- og mediefrihed vedrørende emner af samfundsmæssig interesse. Denne praksis kan muligt ses som tegn på, at også lovgiver kan forvente en ret dybtgående prøvelse, hvis en lov begrænser de politiske grundrettigheder (demokratisk-funktionel teori).⁷⁵⁹

Højesteretspræsident Pontoppidan gav i et interview i sommeren 1996 udtryk for, at en doktrin om fortrinsstillede rettigheder formentlig var under etablering i Højesteret under indtryk af den internationale menneskerettighedssudvikling. Pontoppidan fandt, at en vis tilbageholdenhed fortsat var påkrævet ved de økonomiske rettigheder, hvorimod han forestillede sig en mere aktiv prøvelse fra Højesteret i spørgsmål om „de centrale frihedsrettigheder“ – som ytrings-, forenings- og forsamlingsfriheden.⁷⁶⁰

Et mere håndfast signal om doktrinens indpas i dansk ret er Højesterets „Rocker-dom“ fra 1999 (UfR 1999.1798 H). Her fastslog Højesteret, at forsamlingsfriheden i Grl § 79:

„ligesom bestemmelserne om ytringsfrihed i § 77 og foreningsfrihed i § 78 [er] en nødvendig og selvfølgelig forudsætning for et demokrati.“

759. Om denne praksis se nærmere ovenfor navnlig kapitel 5, afsnit 2.6.1 og kapitel 9, afsnit 4.6.

760. Weekendavisen, 28. juni 1996.

Denne principielle udtalelse må forstås som den første direkte anerkendelse af en fortrinsstilling for de politiske grundrettigheder (demokratisk-funktionel teori). Højesteret foretog på denne baggrund en grundig efterprøvelse af rocker-lovens proportionalitet i lyset af forsamlingsfriheden efter Grl § 79.

En tilsvarende udvikling ses formentlig i de senere års retspraksis vedrørende de øvrige fundamentale personlige friheder og retsgarantier, som – i lyset af EMDs praksis – har ført til en stærkere beskyttelse af de straffeprocessuelle garantier for en „fair trial“⁷⁶¹ og af retsgarantierne ved administrative frihedsberøvelser.⁷⁶² Denne praksis afspejler muligt en generel tendens til strengere kontrol med indgreb, som berører individets fundamentale frihed og retssikkerhed (liberal teori).

Højesterets „Tvind-dom“ fra 1999 (UfR 1999.841 H) kan måske ses som et skridt i retning af anerkendelse af en fortrinsstilling også for de personlige retssikkerhedsgarantier. Højesteret tilsidesatte Tvind-loven på grundlag af magtfordelingsprincippet i Grl § 3, idet retten lagde til grund, at § 3 sætter visse grænser for adgangen til ved singulære love at træffe bestemmelse om enkeltpersoners retsforhold.⁷⁶³ Til støtte herfor henviste Højesteret også til individets retssikkerhed:

„Denne forståelse er i overensstemmelse med det retssikkerhedshensyn, der er et af de bærende hensyn bag magtadskillelsen i § 3. [Højesteret konkluderede i samme ånd, at spørgsmålet om fratagelse af tilskud til Tvind-skolerne ikke henhørte under den lovgivende, men den dømmende magt] ... med de deri liggende retsgarantier for borgerne.“

Højesterets to kendelser fra 16 marts 2000 (589/1999 og 9/2000) om sigtedes ret til at være tilstede (i videorummet) under politiets afhøring af børn i sædelighedssager bekræfter denne tendens til at vægte også de personlige retssikkerhedsgarantier meget højt, uanset modstridende lovgivning og forarbejder.⁷⁶⁴

761. Se bl.a. ovenfor kapitel 4, afsnit 4.5.1 og 4.5.3.

762. Se bl.a. ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.3.

763. Se om dommen bl.a. Jens Peter Christensen og Michael H. Jensen, *Højesterets dom i Tvind-sagen*, UfR 1999 B, side 227ff; Torben Jensen, 1999, side 258; Dyekjær-Hansen, *Retssikkerheden og grundloven – en udfordring*, Lov og Ret, nr. 3 1999, side 11ff; Rønsholdt, *Om grundlovsfortolkning og konkret retsanvendelse – en statsretlig overraskelse?*, UfR 1999 B, side 333ff.

764. Se om kendelserne nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

3. Forsigtig kontrol med økonomiske og sociale rettigheder – respekt for lovgivers bevillingskompetence og råderum i den økonomiske politik

Fortrinsstillingen for politiske friheder og fundamentale personlige rettigheder har som sit modstykke, at økonomiske og sociale rettigheder håndhæves mindre strengt. Begrundelsen herfor er ikke primært, at disse rettigheder er mindre fundamentale end de fortrinsstillede rettigheder, men at sikringen af økonomiske og sociale rettigheder efter demokratiske principper og forfatningens kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver overvejende må ske inden for rammerne af den politiske proces.

Kompetencefordelingshensyn taler normalt ikke afgørende imod en ret streng håndhævelse af de oven for omtalte fortrinsstillede rettigheder – politiske rettigheder og fundamentale rettigheder vedrørende individets frihed og værdighed. Sådanne „retsstatsgarantier“ er domstolene både trænet og egnet til at håndhæve, og en streng kontrol med disse rettigheder indebærer normalt ikke vidtgående indgreb i lovgivers bevillingskompetence eller råderum i den generelle økonomiske politik.

Om håndhævelsen af de politiske rettigheder kan man med Ely hævde en særlig legitimation for domstolene: „*a representation-oriented approach assigns judges a role they are conspicuously well situated to fill.*“⁷⁶⁵ Beskyttelsen af disse rettigheder kan i sagens natur ikke overlades til det politiske flertal. Derfor må det påhvile domstolene som uafhængige instanser at sikre en effektiv beskyttelse af disse rettigheder.⁷⁶⁶ Også de øvrige fortrinsstillede personlige friheder og retsgarantier kan normalt håndhæves uden, at domstolene derved i større omfang griber ind i lovgivers herredømme over den økonomiske og sociale politik.

Derimod vil en streng beskyttelse af private økonomiske retspositioner begrænse lovgivers frihed til at føre økonomisk politik, ligesom en vidtgående anerkendelse af positive økonomiske og sociale ydelsesrettigheder griber ind i lovgivers herredømme over de offentlige finanser. Den generelle beskyttelse af disse rettigheder er domstolene ikke bedre egnet til at

765. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 102.

766. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 103ff (navnlig 106).

sikre end lovgiver, men navnlig er domstolene efter forfatningens kompetencefordeling ikke demokratisk legitimeret hertil.⁷⁶⁷

Fastlæggelse af den generelle økonomiske politik udgør i demokratiske forfatninger kernen i lovgivningsmagts (parlamentets) forfatningsretlige kompetence. Ikke alene råder lovgiver over statens finanser i kraft af budgetkompetencen (beskatnings- og bevillingskompetencen). Også mere generelt betragtes den samfundsøkonomiske styring, omfordeling og regulering som et centralt lovgivningsanliggende.

En vidtgående domstolsbeskyttelse af økonomiske og sociale rettigheder ville indebære, at samfundets økonomiske politik i et vist omfang blev bestemt gennem forfatningsretlige pligter og forbud – konkretiseret og håndhævet af domstolene. Det er uforeneligt med forfatningens kompetencefordeling mellem lovgiver og domstole, navnlig fordi domstolene savner parlamentets demokratiske legitimation til at føre generel politik.

Forfatningens kompetencefordeling kræver derfor, at domstolene ikke gennem en vidtgående beskyttelse af økonomiske og sociale rettigheder foregriber lovgivers budgetkompetence eller i øvrigt hæmmer lovgivers økonomisk-politiske råderum. Dette hensyn må indgå med vægt ved håndhævelsen af økonomiske og sociale rettigheder.

3.1 Tre kategorier af økonomiske og sociale rettigheder

Man kan sondre mellem tre typer af økonomiske og sociale rettigheder: 1) den traditionelle private ejendomsret, 2) retten til eksisterende offentlige økonomiske og sociale ydelser og 3) retten til nye offentlige økonomiske og sociale ydelser

En streng håndhævelse af *den private ejendomsret* ville begrænse lovgivers politiske råderum ved at „fastfryse“ den historisk etablerede fordeling af samfundets goder. Den private ejendomsret begrænser lovgivers mulighed for gennem regulering af ejendomsretten at omfordele samfundets ressourcer til fordel for offentligheden eller for samfundets svage grupper. En streng domstolskontrol med den private ejendomsret ville således i vidt omfang gribe ind i den politiske kamp mellem den sociale velfærdsideologi og den liberale markedsideologi. Dette kan ikke forenes

767. Se til det følgende bl.a. Schenke, NJW 1979, side 1323; Schuppert, 1980; Ely, 1980, side 102ff; Choper, 1980, side 68; Hesse, 1981, side 270; Murswiek, DÖV 1982, side 534; Perry, 1982, side 91ff; Gusy, 1985, side 90ff; Müller, Der Staat 1990, side 45ff; Heun, 1992; Schulze-Fielitz, AöR 1997, side 10.

med nutidens demokratiske principper og forfatningens kompetencefordeling. Hensynet til lovgivers økonomisk-politiske råderum udelukker dog ikke en forfatningsbeskyttelse ved domstolene af ejendomsrettens kerne; ligeledes må singulære eller diskriminerende indgreb i ejendomsretten kunne imødegås af domstolene.⁷⁶⁸

Et videregående ejendomsretligt forfatningsværn for *eksisterende offentlige ydelser* ville binde lovgiver til opretholdelse af én gang etablerede ordninger. Dette ville spærre for lovgivers adgang til at regulere disse ordninger i takt med samfundets behov og den økonomiske situation. Samtidig ville et sådant værn gribe ind i lovgivers herredømme over statsfinanserne, idet en del af statsbudgettet herefter ville være „forfatningsbundne udgifter“. Dette ville i endnu højere grad end en streng beskyttelse af den private ejendomsret begrænse lovgivers mulighed for at føre økonomisk politik. Hensynet til lovgivers økonomisk-politiske råderum og herredømme over de offentlige finanser udelukker dog ikke en vis begrænset anerkendelse af retten til eksisterende offentlige ydelser af økonomisk og social karakter; ligeledes må domstolene kunne gribe ind overfor singulære eller diskriminerende indgreb i økonomiske og sociale ydelser.⁷⁶⁹

En videregående anerkendelse af en forfatningssikret ret til *nye offentlige ydelser* – bolig, undervisning, arbejde og sociale ydelser – er desto mere betænkelig under hensyn til lovgivers politiske handlefrihed og bevilningskompetence. Sådanne rettigheder stiller positive krav til lovgivers fremtidige prioritering af statsbudgettet. Forfatningsretlige krav på positive økonomiske og sociale ydelser støder mod det problem, at sådanne retskrav begrænses af de forhåndenværende offentlige midler. I modsat fald griber domstolene ind i lovgivers budgetkompetence.⁷⁷⁰ Hensynet til lovgivers økonomisk-politiske råderum og frihed i prioriteringen af statsfinanserne kan dog ikke udelukke et forfatningsværn for retten til en økonomisk og social mindstestandard – et eksistensminimum. Denne mindstestandard vil dog i de vestlige demokratier typisk være mere end opfyldt gennem den almindelige lovgivning.

768. Se herom nærmere nedenfor kapitel 13, afsnit 1.

769. Se herom nærmere nedenfor kapitel 13, afsnit 1.

770. Jf. Munch, 1989, side 45; Heun, 1992, side 67f; Starck, 1994, side 33f; Hesse, 1995, side 91 og 132.

3.2 Ketschers opgør med traditionen i dansk teori

De anførte betragtninger illustreres af debatten i dansk ret om forfatningsværn efter Grl § 73 og § 75 (2) for retten til visse (navnlig eksisterende) offentlige ydelser.

Hensynet til lovgivers kompetence har i traditionel dansk teori ført til en generel anerkendelse af, at ejendomsretten ikke nyder stærk domstolsbeskyttelse efter Grl § 73⁷⁷¹, og at forsørgelsesretten efter Grl § 75 (2) alene er et direktiv til lovgiver.⁷⁷²

Navnlig Kirsten Ketscher har dog afvist den traditionelle opfattelse som forældet.⁷⁷³ Ketschers principielle standpunkt er, at de sociale rettigheder ikke kan anses for mindre beskyttede end de traditionelle frihedsrettigheder.⁷⁷⁴ Efter en nynormativ grundlovsfortolkning må Grundloven ifølge Ketscher *“omfatte alle betydningsfulde beskyttelsesbehov, som er forudsætningen for et statsborgerskab”*.⁷⁷⁵ Denne kraftfulde udtalelse danner indgangen til en mere afbalanceret velfærdsretlig argumentation til fordel for et vist forfatningsværn i Grl § 75(2) og § 73 for offentlige sociale ydelser.

For det første argumenterer Ketscher for, at Grl § 75(2) ikke blot rummer et direktiv til lovgiver, men en individuel rettighed til „basale forsørgelsesrettigheder“ fra det offentliges side. Omfanget af den forfatningsretlige ret til forsørgelse må ifølge Ketscher vurderes efter en moderne standard. Grl § 75(2) kan ifølge Ketscher påberåbes direkte for domstolene, hvis lovgiver ikke har sikret den basale forsørgelse.⁷⁷⁶

Ketschers argumentation vedrørende § 75(2) synes i vidt omfang overbevisende. Der er tale om sikring af et eksistensminimum, hvilket ikke i videre omfang begrænser lovgivers økonomiske handlefrihed (kravet er generelt mere end opfyldt i eksisterende lovgivning). Endvidere er det i strid med en naturlig forståelse af ordlyden i § 75 (2) at frakende bestemmelsen individuel rettigheds karakter.⁷⁷⁷

771. Jf. bl.a. Germer, 1973, side 93ff; Gomard, 1986, side 60f; Henning Koch, *Højesterets prøvelse ...*, 1995, side 237.

772. Se herom Vedsted-Hansen, *Grundlovsbeskyttelse af sociale rettigheder*, 1997, side 155.

773. Ketscher, *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, 1990, side 65ff; Ketscher, *Socialret*, 1998, side 149ff.

774. Ketscher, 1998, side 172. Se tilsvarende Rønsholdt, 1997, side 42.

775. Ketscher, 1990, side 65.

776. Ketscher, 1990, side 70f; Ketscher, 1998, side 149ff (navnlig 156 og 162).

777. Jf. Ketscher, 1990, side 71; Zahle, UfR 1991 B, side 29; Vedsted-Hansen, 1997, side 159.

For det andet argumenterer Ketscher for, at visse skattefinansierede sociale ydelser nyder forfatningsretlig beskyttelse efter Grl § 73. Grl § 73 må ifølge Ketscher i et vist omfang beskytte berettigede forventninger hos borgeren til fremtidige sociale ydelser som folkepension, dagpenge etc. Grundsynspunktet hos Ketscher er, at selvforsikring i det moderne velfærdssamfund er afløst af skattebetaling. Den traditionelle betingelse for ejendomsbeskyttelse af sociale forsikringer – egenfinansiering (UfR 1929.239 H) – er dermed forældet. Skattebetalingen er en slags kollektiv selvfinansiering.⁷⁷⁸

Ketscher er dog opmærksom på, at omfanget af en sådan ejendomsretlig beskyttelse af offentlige sociale ydelser må fastlægges relativt snævert. Det forfatningsretlige værn kan ikke udelukke reguleringer af de forskellige sociale ordninger, men alene en afskaffelse eller en ændring af „grundlæggende principper“ i eksisterende ordninger. Denne begrænsning er ikke mindst begrundet i kompetencefordelingshensyn: „*Der må være rum for regering og folketing til at føre en økonomisk politik.*“⁷⁷⁹

Overordnet harmonerer Ketschers argumentation med en dynamisk grundrettighedsfortolkning orienteret efter princippet om en reel og effektiv grundrettighedsbeskyttelse.⁷⁸⁰ Offentligretlige ydelsesrettigheder bør i et moderne velfærdssamfund kunne nyde ejendomsretlig beskyttelse, til dels som modvægt til udhulingen af den traditionelle ejendomsret. Dog må Grl § 73 som grundlag for prøvelse af love ud fra ovennævnte kompetencefordelingshensyn formentlig gives et noget snævrere indhold, i hvertfald end Ketscher antog i sin disputats fra 1990. Heller ikke udenlandsk retspraksis støtter en så vidtgående forfatningsbeskyttelse (jf. nedenfor). Ketschers synes da også at have modereret sin opfattelse noget i værket *Socialret* fra 1998. Sociale ydelser antages fortsat beskyttet som ejendom efter Grl § 73, men indgreb heri antages nu alene at udløse erstatningspligt efter de almindeligt anvendte kriterier på Grl § 73 ved sondringen mellem “afståelse” og “erstatningsfri regulering”,⁷⁸¹

778. Ketscher, 1990, side 73ff; Ketscher, 1998, side 165ff.

779. Ketscher, 1990, side 75; Ketscher, 1998, side 168f (citater side 169).

780. Principielt enig med Ketscher er Zahle, *Offentlig børnepasning*, UfR 1991 B, side 25ff. Afvisende er Bruun og Christensen, *At hitte på*, UfR 1991 B, side 32ff. Carsten Henrichsen er også tildels skeptisk over for den praktiske værdi af Ketschers argumentation, *Retssikkerhed og Moderne Forvaltning*, 1997, side 210ff.

781. Ketscher, 1998, side 168. Tilsvarende Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 3, 1997, side 168.

og Ketscher frakender ikke længere fuldstændig betydningen af egenfinansiering.⁷⁸² Ketscher fastholder dog, at der foreligger ekspropriation ved grundlæggende ændringer i eksisterende sociale ydelser med indgribende virkning for dem, der har indrettet sig i tillid hertil.⁷⁸³

3.3 Økonomiske og sociale rettigheder i BVerfGs praksis

BVerfG anlægger normalt en forsigtig linje ved efterprøvelse af generelle lovindgreb i økonomiske rettigheder.⁷⁸⁴ Navnlig har BVerfG været forsigtig med at anerkende, at offentlige sociale ydelser er ejendomsretligt beskyttet. Denne praksis er i første række begrundet i hensynet til respekt for lovgivers kompetence og politiske råderum.

BVerfG fastslog allerede i en afgørelse fra 1954 (BVerfGE 4, 7 (18f)), at det er op til lovgiver at vælge og regulere samfundets økonomiske system. BVerfG fastslog, at den økonomiske politik hører til kerneområdet i lovgivers kompetence, hvorfor der på dette område tilkommer lovgiver en vidtgående handlefrihed.

BVerfG udtalte i „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (400)) vedrørende en lov, som stillede krav om tilladelse til at drive apotek og dermed greb ind i næringsfriheden efter den tyske grundlovs artikel 12, at beskyttelsen af næringsfriheden måtte balanceres over for hensynet til lovgivers kompetence: *„Die praktische Schwierigkeit liegt darin, das grundsätzlich freie wirtschaftspolitische, sozialpolitische und berufspolitische Ermessen, das dem Gesetzgeber gewahrt bleiben muß, mit dem Freiheitsschutz, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat, zu vereinen“*.

Ved lovindgreb i *den traditionelle private ejendomsret* kan hensynet til lovgivers adgang til omfordeling af samfundets ressourcer tilsige tilbageholdenhed i prøvelsen.

I „Medbestemmelses-dommen“ fra 1979 (BVerfGE 50, 290 (337f)) vedrørende en lov, som gav medbestemmelse til medarbejdere på større virksomheder og dermed greb ind i virksomhedsejernes ejendomsret efter den tyske grundlovs artikel 14, fastslog BVerfG, at samfundets økonomiske politik

782. Ketscher 1998, side 170 (om efterløn).

783. Ketscher, 1998, side 173, jf. Ketscher, 1990, side 76.

784. Jf. bl.a. Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, 1994, side 290.

grundlæggende må overlades til lovgivningsmagten. En vidtgående handlefrihed for lovgiver er her nødvendig „um einerseits dem geschichtlichen Wandel Rechnung zu tragen, der im besonderen Maße das wirtschaftliche Leben kennzeichnet, andererseits die normierende Kraft der Verfassung nicht aufs Spiel zu setzen“.

I „Formuebeskatnings-dommen“ fra 1995 (BVerfGE 93, 121) gik BVerfGs flertal dog ganske langt i sin beskyttelse af ejendomsretten imod indgreb gennem lovgivningen om formuebeskatning. Dommen har været kritiseret fra flere sider. Den hårdeste og mest principielle kritik findes i Böckenfördes dissens, som beskylder flertallet for at have overtrådt BVerfGs kompetence ved at forhindre lovgiver i at føre skattepolitik.

Sagen drejede som om loven om formueskat, som pålagde en generel skat på 0,5% af al formue. Denne lov blev tilsidesat, fordi den var diskriminerende. BVerfGs flertal fastsatte derefter retningslinjer for en fremtidig formuebeskatning. BVerfG udledte af den tyske grundlovs artikel 14 om ejendomsretten et krav om, at formueskatten ikke må gøre indgreb i formuens substans, men skal kunne betales af dens afkast. Da udøvelsen af ejendomsretten efter artikel 14 både skal tjene private interesser og det almene vel, må formueskatten desuden ikke overskride omtrent halvdelen af formuens afkast (side 137f). Disse retningslinjer kunne Böckenförde ikke tilslutte sig. Böckenförde fandt, at BVerfG herved overskred den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem BVerfG og lovgiver (151f). Ifølge Böckenförde må lovgiver i en moderne demokratisk socialstat gennem den økonomiske politik – og i særdeleshed skattepolitikken – kunne sikre en omfordeling af samfundets ressourcer som modvægt til markeds kræfterne (side 162ff).

Retten til *eksisterende offentlige sociale ydelser* har i BVerfGs praksis med tiden opnået et vist værn efter den tyske grundlovs artikel 14 om ejendomsretten. BVerfG har dog fastholdt, at beskyttelsen ud fra kompetencefordelingshensyn må være begrænset.⁷⁸⁵

Oprindeligt afviste BVerfG pure, at ejendomsretten omfattede offentlige sociale ydelser. En sådan beskyttelse ville ifølge BVerfG blokere lovgivers mulighed for at tilpasse lovgivningen i takt med den sociale og økonomiske udvikling i samfundet. Det udtalte BVerfGs i en principiel afgørelse fra 1953 (BVerfGE 2, 380 (402)).

785. Se generelt Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1995, side 193.

I senere afgørelser åbnede BVerfG dog – uden at tage endelig stilling – døren på klem for en vis anerkendelse af ejendomsretlig beskyttelse imod indskrænkninger i eksisterende sociale forsikringsordninger, såfremt disse havde privatretlig karakter, og for så vidt en begrænsning ville stride imod retsstatslige principper. Se f.eks. BVerfGE 4, 219 (240) fra 1955 og BVerfGE 40, 65 (83f) fra 1975.

I en principiel afgørelse fra 1985 (BVerfGE 69, 272) fastslog BVerfG endelig nogle generelle principper for en begrænset ejendomsretlig beskyttelse af sociale ydelser. Sociale ydelser er forfatningsbeskyttet som ejendom i det omfang, ydelserne enten er selvbetalt eller tjener til sikring af et eksistensminimum (mindtestandard).

Sagen omhandlede ydelser i henhold til sygeforsikring. Men BVerfGs præmisser er principielle. Der må ifølge BVerfG som betingelse for forfatningsværn være tale om en ret til offentlige ydelser, der efter sin karakter svarer til en privat ejendomsret, og som i et ikke ubetydeligt omfang er finansieret ved egne midler. En ejendomsbeskyttelse, der rækker videre end, hvad individet selv har indbetalt, anerkendes alene i det omfang, den sociale ydelse tjener til sikring af individets eksistens („*eksistentieller Versorgung*“, side 303) – det vil sige, hvis den for den berettigede er af en sådan betydning, „*daß ihr Fortfall oder ihre Einschränkung die freiheitsichernde Funktion der Eigentumsgarantie wesentlich berühren würde*“ (side 304). BVerfG understregede, at en lang række eksisterende sociale ordninger åbenbart ikke har denne eksistentielle karakter.

Selv om BVerfG således åbnede døren på klem for en vis forfatningsbeskyttelse af sociale ydelser fastholdt den dog, at dette under ingen omstændigheder må blokere for lovgivers socialpolitiske reguleringsfrihed (side 304):

„die Erstreckung der Eigentumsgarantie auf Positionen der in Rede stehenden Art [könnte] die Gesetzgebung in einem für die gesellschaftliche Entwicklung so maßgeblichen Bereich wie dem der Sozialpolitik weitgehend blockieren und eine Anpassung des Rechts an die Veränderungen der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse unzumutbar erschweren.“

Ved spørgsmålet om krav på nye økonomiske og sociale ydelser anlægger BVerfG ligeledes en meget tilbageholdende linje.⁷⁸⁶ Den tyske grundlov rummer kun få sociale og økonomiske rettigheder (moderens ret til

786. Se også Starck, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß ..., 1976, side 25f.

forsørgelse i artikel 6(4) og retten til et offentligt skolevæsen i artikel 7). Derimod fastslår artikel 20, at Tyskland er en “social retsstat”. Socialstatsprincippet danner grundlag for overvejelserne i tysk ret om forfatningsværn for visse grundlæggende sociale og økonomiske rettigheder.

BVerfG har fastslået, at socialstatsprincippet forpligter staten til at sørge for en retfærdig social samfundsorden.⁷⁸⁷ BVerfG har dog understreget, at lovgiver ved opfyldelse af sine socialstatslige pligter har et “weiter Gestaltungsspielraum”.⁷⁸⁸

Selvstændige ydelseskrav („originäre Teilhaberrechte“) er derfor hidtil ikke anerkendt i BVerfGs praksis. BVerfG har holdt spørgsmålet åbent.⁷⁸⁹ I teorien afvises generelt, at man af forfatningens frihedsrettigheder og socialstatsprincippet kan udlede en ret til økonomiske ydelser – bortset fra et muligt krav på sikring af et eksistensminimum.⁷⁹⁰

3.4 Økonomiske og sociale rettigheder i Høyesteretts praksis

Forud for Høyesterett „Kløfta-dom“ fra 1976 antog dele af teorien, at de økonomiske rettigheder principielt nød forfatningsbeskyttelse på lige fod med andre rettigheder. Eckhoff og Wilberg afviste i 1975 – på retspositivistisk grundlag – en sontring mellem forskellige grundrettigheder. De anførte vedrørende Grl § 105 om ejendomsretten, at:

*„Der er intet ved bestemmelsens ordlyd eller dens plassering i grunnloven som tilsier, at den helt eller delvis har en annen rettslig karakter enn de andre mennskere rettighetsbestemmelsene i grunnloven. Bestemmelsen skulle da ha samme rettslige gjennomslagskraft som de øvrige rettighetsbestemmelsene, (...) kompetanseforholdet mellom lovgiveren og domstolene er det samme her som når det gjelder de andre rettighetsbestemmelsene i grunnloven.“*⁷⁹¹

Da Carsten Smith – som før omtalt – anbefalede domstolene at fortrinsstille de politiske og personlige rettigheder, understregede han samtidig, at Høyesteretts hidtidige tilbageholdenhed på det økonomiske område var velbegrunnet og burde fastholdes:

787. Se afgørelse fra 1967 (BVerfGE 22, 180 (204)).

788. Se f.eks. afgørelse fra 1970 (BVerfGE 29, 221 (235)).

789. Se “Numerus Clausus-dommen” fra 1972 (BVerfGE 33, 303 (330ff)).

790. Jf. Alexy, 1986, side 461ff; Heun, 1992, side 77; Starck, 1994, side 33f.

791. Eckhoff og Wilberg, *Grunnlov og ekspropriasjonerstatning*, Lov og Rett 1975, side 364f.

„Det har vært en lykke for vår rettsorden at vår Høyesterett har vært så tilbakeholden og – iallfall på det økonomiske område – har godtatt det prinsipp at det primært er lovgiverens oppgave å tolke grunnloven til enhver tid. Striden om den politiske kurs er det opp til hver generasjon å utkjempe. Vinner man ikke frem ved de demokratiske avgjørelser i Stortinget, bør ikke en tidligere samfunnsoppfatning kunne komme til unnsetning gjennom domstolenes grunnlovstolkning.“⁷⁹²

Høyesteretts „Kløfta-dom“ fra 1976 (Rt 1976.1) anerkendte – som før omtalt – en fortrinsstilling for rettigheter vedrørende den personlige frihed og sikkerhed og dermed også, at økonomiske rettigheder må håndhæves mindre strengt. Ved økonomiske rettigheder anlægges alene en rimelighedsmålestok – ved rimelig tvivl opretholdes loven (flertallet, side 6) – eller endog et krav om åbenbar modstrid (mindretallet, side 22).

„Kløfta-sagen“ angik spørgsmålet, om en lov om udmåling af ekspropriationserstatning var forenelig med Grl § 105 om ejendomsrettens beskyttelse, der kræver „fuld Erstatning“ ved ekspropriation. Altså en økonomisk rettighed. Høyesteretts flertal (10-7) underkendte reelt de bestemmelser i loven, som medførte, at ejeren i visse tilfælde kun fik erstatning efter ejendommens brugsværdi fremfor omsætningsværdien. Dommens resultat bekræfter således, at også de økonomiske rettigheder nyder reel beskyttelse.⁷⁹³

Med Høyesteretts pensions-domme fra 1996 – „Borthen-dommen“ (Rt 1996.1415) og „Thunheim-dommen“ (Rt 1996.1440) – blev doktrinen fra Kløfta bekræftet. Dommene viser, i hvor høj grad den forsigtige prøvelse af økonomiske og sociale rettigheder er begrundet i hensynet til lovgivers kompetence. Sagerne angik foreneligheden af en lovregulering af pensionsrettigheder med forbudet mod tilbagevirkende lovgivning i Grl § 97 (vurderingen minder dog meget om ekspropriationsvurderingen efter § Grl 105).

„Borthen-sagen“ angik den virkning af lovreguleringen, at forsørgertillægget til grundpensionen blev indtægtsreguleret, så det i visse tilfælde blev reduceret eller – som for klager – helt bortfaldt (kun med delvis kompensation via andre ydelser). „Thunheim-sagen“ vedrørte den virkning af reguleringen, at

792. Carsten Smith, *Domstolene og rettsutviklingen*, Lov og Rett 1975, side 302.

793. Jf. Eivind Smith, *Høyesterett og Folkestyret*, 1993, side 239ff og 251f.

tillægspensionen, hvis størrelse var afhængig af hidtidig indtægt, blev reguleret – i flere tilfælde med en reduktion til følge. I begge sager fandt Høyesteretts plenum enstemmigt lovgivningen forenelig med Grl § 97.

De principielle prøvelsesspørgsmål behandlede Høyesterett i „Borthendommen“ (Rt 1996.1415). Førstevoterende anså Kløfta-dommens sondring mellem rettighedstyper for grundlæggende rigtig, men dog lidt for grov, da navnlig de økonomiske rettigheder dækker over forskellige kategorier. Førstevoterende afviste imidlertid klagers anbringende om, at pensionsrettigheder som følge af deres centrale betydning for individets velfærd må medregnes til de fortrinsstillede rettigheder. Som begrundelse henviste førstevoterende til hensynet til lovgivers handlefrihed (side 1429):

„Jeg kan derimot ikke se, at det er grunnlag for å sidestille vernet etter Grunnloven § 97 for trygderettigheter med vernet for personlig frihet og sikkerhet. Ved den siste gruppen vil hensynet til handlefrihet for lovgiver måtte komme i baggrunden ved vurderingen av grunnlovsvernet. Det vil ikke være tilfellet ved trygdellovgivningen. Her må (...) hensynet til lovgivers handlefrihet være viktig.“

Hensynet til lovgivers handlefrihed havde førstevoterende forinden præciseret i forbindelse med fortolkningen af Grl § 97 i lyset af det foreliggende prøvelsetilfælde (side 1428):

„Men inn i grunnlovsvurderingen går ikke bare hensynet til trygghet og forutberegnelighet for de trygdede. Tungtveiende hensyn som tilsier en betydelig frihet for lovgiver til å kunne foreta endringer i folketrygdens rettigheter, må trekkes sentralt inn. (...) Folketrygden utgjør en betydelig del af samfunnsøkonomien. Utgiftene til folketrygden er omtrent 1/3 af statens samlede utgifter. Stortinget er gjennom Grunnloven § 75 a og d gitt kontroll med og herredømme over statens finanser – på inntekts- og utgiftssiden. Omfattende bånd på lovgivers rett til å gripe inn i trygderettigheter vil komme i konflikt med de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 a og d [bevillings- og skatteopkrævningskompetencen], og dette må ha betydelig tyngde ved fastleggelsen av den skranke Grunnloven § 97 her setter.“

Ordet „her“ i sidste sætning er næppe tilfældigt. Generelt antages Grl § 97 at forbyde, at en lov gives en tilbagevirkende kraft, som er „urimelig“ eller „uretfærdig“ (funktionsnormen). Førstevoterende fandt dog under hensyn til lovgivers bevillingskompetence, at prøvelsesmålestokken (kontrol-

normen) i det foreliggende tilfælde måtte slækkes, så Grl § 97 alene var krænkert, såfremt loven var udtryk for (side 1430):

“... “klart urimelig eller urettferdig” tilbakevirkning (...) på dette rettsområdet må lovgivers spillerom, i lys av de hensyn som ligger bak Grunnloven § 75 a og d, være vesentlig. Det vil bare være de kvalifiserte eller åpenbare tilfeller av urimelighet eller urettferdighet som kan rammes.”

Dommen har været kritiseret. Erik Boe vil som Asbjørn Kjønsstad anbringe „trykdeytelser eller andre sociale nødvendighetsgoder“ i en mellemposition mellem rettigheder vedrørende personlig frihed og sikkerhed og „næringsøkonomiske interesser“ og kræve en klar overvægt af statslige interesser som betingelse for indgreb.⁷⁹⁴

3.5 Økonomiske og sociale rettigheder i EMDs praksis

EMDs prøvelse er i endnu højere grad end BVerfGs og Høyesteretts tilbageholdende med hensyn til den private ejendomsret.⁷⁹⁵ Også ved anerkendelse af positive sociale rettigheder anlægger EMD en forsigtig linje; beskyttelsen begrænses til et eksistensminimum. EMD synes ikke at begrunde denne tilbageholdenhed nærmere. Det er dog klart, at hensynet til lovgivers handlefrihed også her er afgørende.

Om indgreb i ejendomsretten efter Tillægsprotokol 1, artikel 1, udtalte EMD i dommen *James* fra 1986 (EMD 98, pr. 46) at det er „*natural that the margin of appreciation available to the legislature in implementing social and economic policies should be a wide one*“. EMDs prøvelse er meget forsigtig både med hensyn til, om indgrebet er i samfundets interesse, om det er nødvendigt, og om erstatningen er passende.

EMD udtalte således, at den vil respektere lovgivers vurdering af, om et indgreb er i samfundets interesse, med mindre denne er „*manifestly without reasonable foundation*“ (pr. 46); derud over må der mellem midler og målsætning være „*a reasonable relationship of proportionality*“ (pr. 50), – det vil sige „*a measure must be both appropriate for achieving its aim and not disproportionate hereto*“; hvad angår erstatningens størrelse ved indgreb i ejendomsretten, kræves blot, at den er „*reasonably related to its value*“ (pr. 54).

794. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 23ff og 30f; Kjønsstad, *Trygghedsrettigheter, Grunnloven og Høyesterett*, Lov og Rett 1997, side 243ff (navnlig 260ff).

795. Jf. Lorenzen m.fl., 1994, side 454ff; van Dijk og van Hoof, 1998, side 80f.

Hvad angår en ret til offentlige sociale ydelser, har EMD i dommen *Gaygusuz* (EMDs nye domsserie 1996 IV, nr. 14, pr. 41) fastslået, at retten til egentlig overlevelseshjælp principielt er omfattet af ejendomsretten efter Tillægsprotokol 1, artikel 1, uanset om en del af ydelsen er skattefinansieret eller ej. Afgørende for statens domfældelse i sagen blev dog, at myndighedernes afvisning af at give klager overlevelseshjælp beroede på diskriminerende lovgivning, jf. EMRK artikel 14.⁷⁹⁶

3.6 Økonomiske og sociale rettigheder i dansk retspraksis

Hvor der i dansk retspraksis som omtalt er signaler om en fortrinsstilling for politiske og fundamentale personlige rettigheder, synes også danske domstole at fastholde en generelt forsigtig linje ved håndhævelsen af økonomiske og sociale rettigheder.

Hvad angår *den private ejendomsret*, ses en tilbageholdende linje i sager, hvor lovgiver har foretaget en generel politisk-økonomisk regulering.

I sagen om „Fastfrysning af lægehonorarer“ (UfR 1987.1 H) havde de Praktiserende Lægers Organisation indgået overenskomst med den offentlige sygesikring, som bl.a. indebar halvårlig regulering af lægehonorarerne. Lovgiver vedtog herefter en lov, som indebar en fastfrysning af gældende lægehonorarer. En enig Østre Landsret fandt det indkomstpolitiske indgreb i overenskomsten ekspropriativt (for perioden indtil det offentlige kunne opsigte overenskomsten) og ville derfor give PLO erstatning. Højesterets 13 dommere statuerede imidlertid – ligeledes enstemmigt – at indgrebet ikke var ekspropriativt, skønt rettigheden var omfattet af Grl § 73. Begrundelsen er kort:

„Selv om dette indgreb navnlig måtte antages at hindre stigninger i honorarernes omkostningsandel og derved adskilte sig fra den generelle lovs bestemmelser, må indgrebet efter det foreliggende ses som et led i lovgivningsmagts almindelige indkomstpolitik. Under hensyn til det anførte finder Højesteret, at der efter en samlet vurdering af indgrebet ... (ikke er tale om ekspropriation).“

Højesteretsdommer Riis uddybede i sin kommentar til dommen (UfR 1987 B, side 284) Højesterets kompetencefordelingsmæssige overvejelser:

⁷⁹⁶. Se nærmere nedenfor kapitel 13, afsnit 1.

„Højesteret fandt det påkrævet **i en sag som denne** at fastholde kravet om sikker og utvivlsom uoverensstemmelse med grundlovens tekst som betingelse for at tilside-sætte en lov som stridende mod grundlovens § 73. [Loven] måtte ses som et led i lovgivningsmagtens almindelige indkomspolitik. Fastlæggelsen af denne politiks indhold er et så centralt spørgsmål i den politiske magtkamp (...). En censur af **denne del** af lovgivningsmagtens virksomhed bør domstolene være tilbageholdende med, hvis de skal undgå at blive inddraget i politiske stridsspørgsmål.“ (mine udhævninger).

Se ligeledes „Mejeri-dommen“ (UfR 1981.394 H), hvor to mejeriers enerettigheder blev forkortet ved et generelt lovindgreb. Højesteret fandt ikke indgrebet ekspropriativt. I „Vandløbsdommen“ (UfR 1998.1669 H) fandt Højesteret ikke vandløbslovens regler om en to meter dyrkningsfri bræmme langs vandløb og søer ekspropriative.

Et grænsetilfælde mellem fortrinsstillede og ikke-fortrinsstillede rettigheder er måske Højesterets dom om frakendelse af retten til at udøve advokatvirksomhed (UfR 1998.1664 H). Højesteret afviste, at denne sanktion over for en advokat, som havde oparbejdet en stor skattegæld, var i strid med Grl § 74 om næringsfriheden.

Hvad angår *økonomiske og sociale ydelsesrettigheder* kan nævnes to sager om det offentliges erstatningsansvar for utilstrækkelig service. Sagerne involverede ikke Grundloven, men illustrerer domstolenes respekt for lovgivers og andre politiske organers frihed i den økonomiske politik og herredømme over de offentlige finanser.

I sagen om „Daginstitutionspladser“ (UfR 1980.970 Ø) krævede et forældrepar erstatning af en kommune for det økonomiske tab, de havde lidt ved ikke at få en daginstitutionsplads til deres barn umiddelbart efter endt barselsorlov. Bistandsloven pålagde kommunerne at tilvejebringe „det nødvendige antal pladser på daginstitutioner“. Østre Landsret afviste kravet under henvisning til, at kommunens opfyldelse af bistandsloven måtte bero på en skønsmæssig prioritering af flere faktorer, og at kommunen generelt levede op til lovens krav.

I sagen om „Odder Sygehus“ (UfR 1985.368 H) var en kvinde død efter en operation under fuld narkose på Odder Sygehus. Ægtefællen gjorde erstatningskrav gældende. Sagen vedrørte principielt det offentliges erstatningsansvar for et ikke optimalt serviceniveau. De lægelige erklæringer sandsynliggjorde, at kvinden kunne have været reddet, hvis sygehuset havde haft en særlig opvågningsstue for narkosepatienter.

Landsrettens flertal fandt herefter sygehuset erstatningsansvarlig som følge af mangelfuldt tilsyn efter operationen. Højesteret afviste imidlertid erstatningskravet mod sygehuset, idet retten ikke fandt, at der var begået lægelige fejl i forbindelse med operationen og det efterfølgende tilsyn, og idet der ikke var holdepunkter for at anse sygehusets indretning eller organisering for uforsvarlig. I Pontoppidans domskommentar begrundes Højesterets afgørelse – overbevisende efter min opfattelse – i kompetencefordelingshensyn, såvel domstolenes manglende politiske mandat som deres ringe egnethed til at tage stilling i komplekse politisk-økonomiske spørgsmål (UfR 1985 B, side 249f):

„Hvilke ressourcer, der skal stilles til rådighed for sygehusvæsenet er ikke i første række et juridisk, men et politisk-økonomisk spørgsmål. Det er et led i de generelle spørgsmål om det samlede offentlige ressourceforbrug, om fordelingen af de forhåndenværende ressourcer mellem de forskellige sektorer og blandt institutioner m.v. inden for den pågældende sektor (...) Det må derfor inden for ret vide rammer – på det foreliggende område afgrænset af det lægeligt forsvarlige – tilkomme de politiske instanser at fastlægge standarden, og man fandt ikke, at det kan være domstolenes opgave gennem tilkendelse af erstatning at gribe korrigerende ind over for det serviceniveau, som er et resultat af de politiske organers beslutninger. En sådan korrektion ville også støde på det problem, at man i de enkeltsager, der bliver forelagt domstolene, vanskeligt vil kunne tilvejebringe oplysninger om de økonomiske konsekvenser for det offentlige af en selvstændig normdannelse fra domstolenes side.“

Højesteretsdommer Melchior sammenfatter essensen i dansk retspraksis på følgende måde: *„in the field of public law the courts exercise a considerable restraint towards Parliament where the issues involved may be politically controversial and a judge-made rule may entail a heavy drain on the public finances or other far-reaching changes.“*⁷⁹⁷

4. Retsprincip eller retsgaranti – respekt for lovgivers skønsfrihed ved afvejning af modstående hensyn

I forhold til domstolsprøvelsens dybde får også rettighedens struktur betydning. Der er en principiel forskel på grundrettigheder, der har

797. Melchior *The Danish Judiciary* i Dahl m.fl. (eds.), *Danish Law in a European Perspective*, 1996, side 101.

karakter af retsprincipper, som så vidt muligt skal realiseres i lyset af modstående hensyn („afvejningsrettigheder“) og grundrettigheder, der giver individet egentlige retsgarantier („statusrettigheder“).

Håndhævelsen af rettigheder med karakter af retsprincipper („afvejningsrettigheder“) – som ytringsfrihed, forsamlingsfrihed, aspekter af retten til privatliv m.v. – kræver typisk en konkret afvejning over for modstående hensyn, det være sig almene samfundshensyn eller hensynet til beskyttelse af andres rettigheder. Domstolene er ikke altid bedre egnet eller legitimeret til at foretage denne – ofte vanskelige og i nogle tilfælde hårfine – afvejning end lovgiver selv.

Håndhævelsen af retsgarantier („statusrettigheder“) – som retten til at få en frihedsberøvelse prøvet ved domstolene, retten til fuld ekspropriationserstatning m.v. – kræver derimod som udgangspunkt ikke en sådan afvejning over for modstående hensyn, men en sædvanlig – omend langt fra altid ukompliceret – fortolkning af retsgarantiens indhold. Her er for domstolene normalt ikke samme tungtvejende hensyn til lovgivers politiske råderum som ved „afvejningsrettighederne“.

4.1 Håndhævelse af retsprincipper („afvejningsrettigheder“)

Grundrettighedskontrol med retsprincipper („afvejningsrettigheder“) – som ytringsfrihed eller retten til privatliv – fordrer fra domstolene respekt for lovgivers afvejningsspillerum. Har domstolene ikke et principielt retligt grundlag for at underkende lovgivers afvejning af de modstående hensyn, bør domstolene ikke tilsidesætte loven. Lovgivers demokratiske mandat tilsiger her, at domstolene ikke griber ind i lovgivers „politiske råderum“.

4.1.1 Kravet om et principielt grundlag for tilsidesættelse af lovgivers afvejning

Domstolenes forfatningsretlige funktion som *retligt* kontrolorgan – med henblik på hvilken dommerne er uddannet og domstolsprocessen organiseret – indebærer en særlig pligt til at træffe afgørelse på grundlag af retlige principper. Formulering og anvendelse af principper kendetegner retlig frem for politisk virksomhed.

Det er derfor en rigtig tanke, at navnlig prøvelse af loves forenelighed med „afvejningsrettigheder“ må baseres på retlige principper. Domstolene må ikke sætte deres eget skøn over det demokratisk valgte parlaments. Kun hvor domstolene kan begrunde en underkendelse af lovgivers afvejning med principielle argumenter, har de legitimitet til at

tilsidesætte loven. I andre tilfælde bør lovgivers afvejning af de modstående hensyn respekteres.

Amerikaneren Herbert Wechsler tog i en berømt artikel fra 1959⁷⁹⁸ afstand fra det traditionelle krav om åbenbar modstrid med forfatningen som betingelse for domstolenes tilsidesættelse af love, da dette ville føre til ekstrem tilbageholdenhed. Wechsler fandt dog, at en videregående prøvelse kun kan retfærdiggøres i forhold til demokratiske principper, hvis den ikke baseres på domstolenes skøn, men på neutrale principper:

*„A **principled decision** (...) is one that rests on reasons with respect to all the issues in the case, reasons that in their generality and their neutrality transcend any immediate result that is involved. When no sufficient reasons of this kind can be assigned **for overturning value choices of the other branches of Government** or of a state, those choices must, of course, survive.”*⁷⁹⁹

Alexander Bickel tilsluttede sig grundlæggende Wechslers lære.⁸⁰⁰ Det, domstolenes skal og kan, er at formulere generelle forfatningsretlige principper. Bickel konkluderede, at en domstols afvejning af modstående hensyn må kunne begrundes principielt, hvis den skal føre til en tilsidesættelse af lovgivers afvejning:

*„the root idea is that the process [forfatningskontrol] is justified only if it injects into representative government something that is not already there; and that is principle (...). **When they cannot find such a principle, they are bound to declare the legislative choice valid.**”*⁸⁰¹

4.1.2 Betydningen af de modstående hensyns karakter

Da grundrettighedskontrollens materielle begrundelse er hensynet til individ- og mindretalsbeskyttelse, bør der endvidere ved lovindgreb i “afvejningsrettigheder” sondres mellem lovindgreb, som (overvejende) varetager *almene samfundshensyn*, og lovindgreb, som varetager hensynet

798. Wechsler, *Toward Neutral Principles in Constitutional Law*, HLR 1959, side 1ff.

799. Wechsler, *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, HLR 1959, side 19 (mine udhævnin-
ger).

800. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 50 og 58.

801. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, 1962, side 58 (min udhævnin-
ger).

til beskyttelse af *andres rettigheder*.⁸⁰² Behovet for og legitimiteten af domstolskontrol er stærkere i førstnævnte end i sidstnævnte tilfælde.

4.1.2.1 Lovgivers afvejning af rettighedshensyn ctr. samfundshensyn

Ved de klassiske lovindgreb begrundet i almene samfundshensyn er lovgiver reelt „part“ i sagen som repræsentant for flertallets og dermed samfundets vilje. Derfor er behovet for domstolsbeskyttelse generelt stærkt og lovgivers spillerum begrænset.⁸⁰³ Ved lovindgreb til varetagelse af almene samfundshensyn bør domstolene derfor som udgangspunkt ikke udvise særlig tilbageholdenhed. Hensynet til lovgivers skønsfrihed kan dog – skønt det generelle krav ved grundrettighedsbegrænsning er udfindelse af en optimalt forholdsmæssig balance (funktionsnormen)⁸⁰⁴ – indebære, at prøvelsesmålestokken (kontrolnormen) bliver noget mindre vidtgående for at undgå, at domstolene sætter deres eget skøn – som i den yderste, hårfine afvejning er uundgåeligt – over lovgivers.

BVerfG kræver i overensstemmelse hermed at et lovindgreb, som er begrundet i almene samfundshensyn, ikke må være (klart) uproportionalt. Denne prøvelsesmålestok er vel mindre vidtgående end kravet om en optimal, forholdsmæssig balance, men indebærer dog en reel efterprøvelse af lovgivers afvejning.

I „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (407)) vedrørende et lovindgreb i næringsfriheden efter den tyske grundlovs artikel 12 krævede BVerfG, at loven ikke måtte være ude af proportion („außer Verhältnis“) i forhold til sit formål. BVerfG fandt på denne baggrund, at loven til dels stred mod forfatningen.

I „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (185)) fandt BVerfG, at lovgivningen om straf for Cannabis-besiddelse til dels var i strid med proportionalitetskravet som urimeligt („unangemessen“), da hensynet til individets frihed klart opvejede („deutlich überwiegen“) de modstående samfundshensyn.

Højesteret foretog tilsvarende i „Rocker-dommen“ fra 1999 (UfR 1999.-1798 H) en ganske nøje proportionalitetsvurdering af lovgivers indgreb

802. Sondringen er dog langt fra altid skarp, jf. ovenfor kapitel 8, afsnit 3.2.3.

803. Jf. f.eks. Schuppert, 1980, side 24ff, 39ff og 56f; Simon, 1994, side 1672f.

804. Jf. ovenfor kapitel 8, afsnit 3.1.

i rockernes forsamlingsfrihed efter Grl § 79 – et indgreb, som var begrundet i hensynet til den offentlige sikkerhed.

4.1.2.2 Lovgivers afvejning af kolliderende rettighedshensyn

Ved lovindgreb begrundet i hensynet til at beskytte andre individers rettigheder optræder lovgiver derimod som „mægler“, idet loven tilstræber en balance mellem kolliderende individuelle rettighedshensyn. Behovet for domstolsbeskyttelse er derfor her generelt mindre tungtvæjende, og lovgivers spillerum bør derfor være større.⁸⁰⁵

BVerfG har fastslået, at lovgiver ved indgreb, som navnlig er begrundet i hensynet til beskyttelse af andres grundrettigheder, har en høj grad af frihed. Domstolskontrollen sætter typisk først ind, hvor lovgivers afvejning åbenbart er forfatningsstridig.⁸⁰⁶

I en dom om „Lejeres rettigheder“ fra 1993 (BVerfGE 89, 1 (8)) udtalte BVerfG, at både udlejer og lejer har rettigheder efter den tyske grundlovs artikel 14 om ejendomsretten – udlejer til frihed, lejer til beskyttelse. Det er i første række op til lovgiver at afveje disse kolliderende rettighedshensyn gennem lejelovgivningen. Forfatningsbeskyttelsen ved domstolene er begrænset til tilfælde af åbenbar forfatningsstridighed:

*„Der Gesetzgeber muß die **schutzwürdigen Interessen beider** Seiten berücksichtigen und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Ein Eigentumsschutz des Mieters für sein Besitzrecht dient dabei der Abwehr solcher Regelungen, die das Bestandsinteresse des Mieters **gänzlich mißachten oder unverhältnismäßig beschränken**.“* (mine udhævninger).

BVerfGs „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1) viser dog, at der – trods enighed på det principielle plan – i konkrete tilfælde kan være uenighed om, hvorvidt domstolene bør tilsidesætte lovgivers afvejning af modstridende rettigheder.

Sagen angik en ny lov om fri abort. BVerfG udtalte (side 44), at det i første række er lovgivers valg, hvordan hensynet til beskyttelse af fostrets liv (artikel 1(1)) skal afvejes over for moderens frihed til at bestemme over sin krop

805. Jf. f.eks. Schuppert, 1980, side 24ff, 39ff og 56f; Simon, 1994, side 1672f.

806. Se bl.a. „Abort-dom I“ fra 1975 om fostrets liv contra moderens selvbestemmelse over sin krop (BVerfGE 39, 1 (44)); „Handelsagent-dommen“ fra 1990 om næringsfrihed contra næringsfrihed (BVerfGE 81, 242 (255)).

(artikel 2). *Flertallet* tilsidesatte alligevel loven som klart forfatningsstridig, da den krænkede det ufødte fosters ret til liv og dermed kernen i forfatningens vigtigste grundrettighed (46ff). *Mindretallet* anså dette for en overskridelse af BVerfGs kompetence vis-à-vis lovgiver, idet det måtte være lovgivers opgave at finde den nærmere balance mellem beskyttelse af fostrets liv og moderens handlefrihed. Hvor forfatningskontrol er velbegrundet ved klassiske rettighedsindgreb, indebærer en intensiv kontrol med lovgivers afvejning af kolliderende rettighedshensyn, at domstolene reelt overtager lovgivers funktion uden at have samme demokratiske mandat som denne (side 69f):

*„Die Entscheidung hierüber gehört in die Verantwortung des Gesetzgebers.(...) Das Gebot richterlicher Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) ... gilt vor allem, wenn es sich **nicht um die Abwehr von Übergriffen der staatlichen Gewalt** handelt, sondern wenn dem vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgeber im Wege der verfassungsgerichtlichen Kontrolle Vorschriften für die positive Gestaltung der Sozialordnung gemacht werden sollen. Hier darf das Bundesverfassungsgericht nicht der Versuchung erliegen, selbst die Funktion des zu kontrollierenden Organs zu übernehmen, soll nicht auf lange Sicht die Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit gefährdet werden.“* (min udhævning).

Høyesterett anerkender også lovgivers fortrinsret til at afveje modstående rettighedshensyn. Høyesterett har som BVerfG været konfronteret med forfatningsmæssigheden af en lov om fri abort, men med modsat resultat. I „Børre Knudsen-dommen“ fra 1983 (Rt 1983.1004) antog Høyesterett, at retten til livet hører til Grunnlovens uskrevne retsprincipper, men at en lov alene kan tilsidesættes som stridende herimod, hvis den er udslag af „mangel på respekt for mennesket“. Uden for dette snævre område må domstolene respektere lovgivers afvejning af de modstående rettigheder (side 1018):

„Det tilkommer ikke domstolene å ta standpunkt til om den løsning (...) lovgiveren har valgt ved abortloven av 1978, er den beste. Om dette vil der være forskjellige oppfatninger blant dommere som blant andre samfunnsmedlemmer. Den avveining av motstridende interesser som en lovgivning om abortspørsmålet krever, er lovgiverens oppgave og lovgiverens ansvar. Den lovgivende makt utøves av folket ved Stortinget (...) domstolene må respektere den løsning, lovgiveren har valgt.“

4.2 Håndhævelse af retsgarantier („statusrettigheder“)

Grundlaget for en streng grundrettighedskontrol er stærkere ved de egentlige retsgarantier („statusrettigheder“) end ved retsprincipper. Ved retsgarantier beror håndhævelsen ikke i første række på en afvejning af

modstående hensyn, men på en fortolkning af retsgarantiens indhold og anvendelsesområde. Det gælder f.eks. (aspekter af) retsgarantierne for en „fair trial“, strafferetlige grundsætninger om forbud mod tilbagevirkende straffelove og forbud mod dobbeltstraf m.v., retten til domstolsprøvelse af grundlaget for administrativ frihedsberøvelse og retten til fuld erstatning ved ekspropriation.

Såfremt loven findes at stride imod domstolenes forståelse af retsgarantiens krav, har domstolene hermed – i modsætning til, hvad der gælder om „afvejningsrettighederne“ – uden videre et principielt grundlag for at tilsidesætte loven.

I *Høyesteretts praksis* er Kløfta-dommen (Rt 1976.1) reelt et eksempel på tilsidesættelse af en lov – omend gennem en grunnlovskonform lovfortolkning. Grundlaget for prøvelsen var kravet i Grl § 105 om „fuld Erstatning“ (statusrettighed). Tilsvarende ses en streng prøvelse i sagerne om ret til domstolsprøvelse ved frihedsberøvelse af sikringsdømte (EMRK artikel 5) – f.eks. Rt 1984.1175 og Rt 1991.973.⁸⁰⁷ En kompromisløs kontrol ses også i Høyesteretts håndhævelse af retssikkerhedsgarantierne for „Den Sindssyge kvinde“ (Rt 1979.1079).⁸⁰⁸

I *dansk retspraksis* kan man på denne baggrund undre sig over flere tilfælde, hvor Højesteret ikke har tilsidesat en lov, selv om loven syntes at stride imod en naturlig fortolkning af Grundlovens retsgarantier.

„Fæsteafløsnings-dommen“ (UfR 1921.644 H) er et eksempel på en tilbageholdende prøvelse med hensyn til en retsgaranti („statusrettighed“), nemlig retten til „fuldstændig Erstatning“ efter Grundlovens § 80 (nu § 73). Denne tilbageholdenhed synes ikke tilstrækkeligt begrundet i kompetencefordelingshensyn. Loven kunne være tilsidesat på det grundlag, at den ikke gav fuld erstatning = aktuel markedsværdi.

Der var i sagen ikke tvist om lovens ekspropriative karakter („afvejningsrettighed“). Sagens kerne var, om fæsteafløsningslovens fastsættelse af den købesum, hvortil godsejeren var forpligtet at overdrage fæstegodset til selveje, udgjorde „fuldstændig Erstatning“ i Grundlovens forstand. Dette var ikke et spørgsmål om afvejning, men om fortolkning („statusrettighed“). Ejendommens værdi skulle efter loven fastsættes med udgangspunkt i 1916-ejendomsvurderingen, skønt der i 1920 var givet en ny og – generelt – langt højere

807. Se ovenfor kapitel 4, afsnit 4.4.

808. Jf. ovenfor afsnit 1.2.

vurdering. Kun ved ikke – som det var naturligt – at lægge den aktuelle markedsværdi til grund kunne Højesterets flertal redde loven. En af de voterende dommere udtalte ligeud, at loven om fæsteflåsning nok var rigeligt gunstig i forhold til fæstebønderne, men ikke i en sådan grad, at den burde tilsidesættes.⁸⁰⁹

Sagen om „Den åndssvage pige“ (UfR 1956.211 H) er et andet eksempel på en lov, som vel burde være tilsidesat som stridende mod en retsgaranti („statusrettighed“). Højesterets flertal godkendte – modsat mindretallet – en lov, som afskar domstolsprøvelse af anbringelsesmåden inden for åndssvageforsorgen, skønt loven synes at stride imod formålet bag Grl § 71, stk. 6 – umiddelbar adgang til intensiv domstolsprøvelse af administrative frihedsberøvelser.⁸¹⁰ Højesteret ville næppe i dag acceptere en lignende begrænsning af § 71, stk. 6, sml. f.eks. med UfR 1989.928 H.

Også i sagen om „Dommerkonstitutioner“ (UfR 1994.536 H) skulle Højesteret reelt „blot“ vurdere indholdet af den retsgaranti („statusrettighed“) for domstolenes uafhængighed, som kan udledes af Grl §§ 3 og 64. På denne baggrund var der i hvertfald et tilstrækkeligt retligt grundlag for at tilsidesætte den lovhjemlede – og omfattende – praksis for dommerkonstitutioner som grundlovsstridig.

Højesterets hidtil eneste tilsidesættelse af en lov i „Tvind-dommen“ (UfR 1999.841 H) angik netop indgreb i en retsgaranti („statusrettighed“) – retten til domstolsprøvelse, som kan udledes af Grl § 3. Da Tvind-loven fratog Tvind-skolerne retten til tilskud og dermed afskar skolerne fra domstolsprøvelse af denne „beslutning“, havde Højesteret erklært principielt grundlag for at tilsidesætte loven: En sådan afgørelse henhører efter Grl § 3 ikke under lovgiver, men under domstolene.

I Højesterets kendelser fra 16. marts 2000 (589/1999 og 9/2000) håndhævede retten en uskreven retssikkerhedsgaranti („statusrettighed“) for sigtede ved politiets afhøring af børn i sædelighedssager, uanset retsplejeloven og dens forarbejder.⁸¹¹

809. Ifølge Poul Andersen, *Rigsdagen og domstolene*, 1953, side 548ff, var loven således ret klart i strid med Grundloven; Ross, 1980, bind 1, side 189, anfører i samme retning, at Højesteret kun kunne godkende loven, fordi man i sagen strakte fortolkningen til „dens yderste grænse“.

810. Se nærmere omtale af dommen ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.2.

811. Se om kendelserne nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 3.4.

5. Negative eller positive rettigheder – respekt for lovgivers valgmulighed

Ud fra kompetencefordelingssynspunkter er der fundamental forskel på, om domstolene over for lovgiver håndhæver negative eller positive individuelle rettigheder. Negative rettigheder kan kun opfyldes på én måde: ved lovgivers ikke-indgriben. Positive rettigheder kan derimod ofte opfyldes på flere måder. Dette valg må efter forfatningens kompetencefordeling tilkomme lovgiver. Domstolene er typisk hverken særligt egnede eller legitimerede til at træffe dette valg på lovgivers vegne.

5.1 Den fundamentale forskel på negative og positive rettigheder

Negative rettigheder (frihedsrettigheder) indebærer et krav om, at staten afholder sig fra indgreb i individets frihed. Håndhævelse af individets negative rettigheder er „alene“ et spørgsmål om at vurdere, hvor langt individets krav på frihed rækker i forhold til modstående forfatningsretlige hensyn. Når denne vurdering er foretaget, kan den negative rettighed kun opfyldes på én måde: Ikke-indblanding fra lovgiver.

Positive rettigheder giver derimod individet krav på visse positive ydelser fra statens side. Det kan være en ret til normativ beskyttelse fra lovgiver mod privates indgreb i individets frihed.⁸¹² Det kan også være en ret til økonomiske eller sociale ydelser fra lovgiver.⁸¹³ Håndhævelse af positive rettigheder rækker dermed ud over domstolenes traditionelle kassatoriske kontrolfunktion.⁸¹⁴ De positive rettigheder fastsætter normalt alene et mål – beskyttelse af individet, sikring af individets velfærd m.v. – men ikke midlerne til opfyldelse af målet. Pligten kan derfor ofte opfyldes på flere måder; der består et valg mellem flere opfyldelsesmåder.

De positive rettigheder er dermed ud fra kompetencefordelingshensyn typisk mindre egnede for domstolsprøvelse (justiciable) end de negative rettigheder. Dette både fordi domstolene ikke er særligt kvalificerede til en sådan positiv retsfastsættelse i et „spillerum“ med flere muligheder, og fordi det normalt vil være vanskeligt at retfærdiggøre, hvorfor domstolene og ikke den umiddelbart demokratisk legitimerede lovgiver bør

812. Jf. ovenfor kapitel 7, afsnit 2.

813. Om ydelsesrettigheder og hensynet til lovgivers bevillingsret og politiske råderum ovenfor afsnit 3.

814. Jf. Heun, Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, 1992, side 66f.

træffe dette valg. Heraf følger, at positive pligter kun er justiciable som positive rettigheder, hvis pligten undtagelsesvis kun kan opfyldes på én måde. I andre tilfælde kan domstolene alene fastslå en forfatningsstridig passivitet hos lovgiver.⁸¹⁵

Indledningsvis kan derfor opstilles den tommelfingerregel, at domstolenes håndhævelse af positive rettigheder ud fra kompetencefordelingshensyn må begrænse sig til tilfælde af klart utilstrækkelig opfyldelse. En mere selvstændig udmøntning af de positive rettigheders konkrete indhold må derimod generelt overlades til lovgivningsmagten.⁸¹⁶

Domstolsprøvelsens omfang vil dog også bero på rettighedens grundlag og bestemtthed (ovenfor afsnit 1) og dens indhold (ovenfor afsnit 2-3), ligesom domstolenes mulighed for at håndhæve en positiv rettighed vil afhænge af dens struktur (ovenfor afsnit 4).

5.2 Positive rettigheder i BVerfGs praksis

I BVerfGs praksis anses positive rettigheder – i modsætning til traditionelle negative friheder – som hovedregel kun for krænkede i klare tilfælde. BVerfG overlader generelt lovgiver en vid skønsfrihed ved vurderingen af, hvordan en positiv forfatningsretlig pligt skal opfyldes.⁸¹⁷ Dette er begrundet i hensynet til lovgivers primære adkomst til at udmønte generelle, positive forfatningsprincipper i konkrete regler. Realiseringen af positive rettigheder må normalt bero på lovgivers valg mellem flere muligheder. Domstolskontrol sættes først ind, hvor lovgiver har været helt passiv eller, hvor det er åbenbart, at de truffene foranstaltninger er uegnede eller utilstrækkelige.⁸¹⁸

Rupp-von Brünneck har formuleret kompetencefordelingshensynet ved håndhævelse af positive rettigheder således: „*Das Bundesverfassungsgericht muß namentlich im Bereich der Sozialgestaltung **die Auswahl zwischen mehreren Möglichkeiten** der Verfassungsanwendung und Verfassungsentwicklung dem funktional gerade dafür eingesetzten und ausgerüsteten, **unmittelbar demokratisch***

815. Jf. Alexy, 1986, side 420f; Klein, NJW 1989, side 1638.

816. Jf. bl.a. Simon, 1994, side 1667 og 1672f; Starck, 1994, side 55; Hesse, 1995, side 243.

817. Se Herzog, EuGRZ 1990, side 484; Heun, 1992, side 70; Starck, 1994, side 68; Simon, 1994, side 1672.

818. Se Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, 1992, side 231 med note 418.

*legitimierten Verfassungsorgan überlassen und sich selbst auf solche Entscheidungen beschränken, bei denen es die Gewähr für die verfassungsrechtliche „Richtigkeit“ eines bestimmten Ergebnisses übernehmen kann.*⁸¹⁹

BVerfG har antaget, at grundrettighederne i den tyske grundlov pålægger det offentlige positive beskyttelsespligter i forhold til indgreb fra andre individer, men har samtidig fastslået, at det primært tilkommer lovgiver at bestemme, hvordan denne beskyttelsespligt skal realiseres. Se ledende „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1 (44)).

BVerfG har endvidere generelt fastslået, at lovgivers beskyttelsespligt ikke kan indebære en pligt til at finde den i forhold til grundrettigheden optimale løsning. Beskyttelsespligten rækker kun så langt, som det er nødvendigt for på rimelig måde at sikre forudsætningerne for den grundretlige frihed. Prøvelsesmålestokken er kravet om et mindstemål af beskyttelse („Untermaßverbot“).

I „Abort-dom II“ fra 1993 (BVerfGE 88, 203 (254)) om det ufødte barns ret til liv udtalte BVerfG om beskyttelsespligten, at det positive krav på beskyttelse er en forfatningsretlig målsætning, som primært må realiseres af lovgiver og kun i begrænset omfang kan efterprøves af domstolene:

„Art und Umfang des Schutzes im Einzelnen zu bestimmen ist Aufgabe der Gesetzgeber. Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten; insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle.“ (mine udhævninger).

BVerfG vil derfor normalt kun gribe ind, hvor lovgiver har været helt passiv eller åbenbart ikke har levet op til et mindstemål af beskyttelse („Evidenzkontrolle“).⁸²⁰

„Flystøj-dommen“ fra 1981 (BVerfGE 56, 54 (81)) angik en klage over, at lovgiver havde undladt at træffe effektive foranstaltninger for at forhindre støjgener fra en lufthavn. BVerfG forklarer i dommen, hvorfor kun en

819. Rupp-von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, AöR 1977, side 18 (mine udhævninger).

820. Jf. Heun, *Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1992, side 69.

åbenbar undladelse af at opfylde en grundretlig beskyttelsespligt kan håndhæves over for lovgiver. Det skyldes et forfatningsretligt kompetencefordelingshensyn, der generelt gør lovgiver både bedre egnet og legitimeret til at tage stilling til et så komplekst spørgsmål:

*„Diese Begrenzung der Verfassungsrechtlichen Nachprüfung erscheint deshalb geboten, weil es regelmäßig eine höchst **komplexe Frage** ist **wie** eine positive staatliche Schutz- und Handlungspflicht (...), durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist. Je nach der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, der konkreten Zielsetzungen und ihrer Priorität sowie der Eignung der denkbaren Mittel und Wege sind **verschiedene Lösungen möglich**. Die Entscheidung, die häufig Kompromisse erfordert, gehört nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip in die Antwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Gesetzgebers und kann vom Bundesverfassungsgericht **in der Regel nur begrenzt nachgeprüft** werden.“* (mine udhævninger).

I „Oplagrings-dommen“ fra 1988 (BVerfGE 77, 381 (405)) om beskyttelse af den personlige sikkerhed – artikel 2(1) – for individer bosat i områder, hvor affald fra A-kraftværker oplagres, udtalte BVerfG, at prøvelsesmålestokken ved vurdering af lovgivers opfyldelse af sin beskyttelsespligt er endog meget begrænset:

*„Dem Gesetzgeber kommt bei der Erfüllung der grundrechtlichen Schutzpflichten ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu (...) den das Bundesverfassungsgericht zu beachten hat. Dieses kann grundsätzlich erst eingreifen, wenn die staatlichen Organe **gänzlich untätig** geblieben sind **oder** wenn **offensichtlich** ist, daß die betroffenen Maßnahmen **völlig ungeeignet** oder unzugänglich sind.“* (mine udhævninger).

Som følge af denne prøvelsesbegrænsning vil individet i tilfælde, hvor lovgiver har undladt at opfylde sin beskyttelsespligt kun i sjældne tilfælde kunne påberåbe sig en positiv rettighed med et konkret indhold.⁸²¹

821. Normalt vil individet alene kunne få medhold i en anerkendelsespåstand om, at lovgiver har gjort sig skyldig i forfatningsstridig passivitet og kan på dette grundlag efter omstændighederne kræve erstatning. Hvis lovgiver derimod ved en lovændring har givet en hidtidig lov et indhold, som begrænser beskyttelsen af individet, kan individet i en konkret sag påberåbe sig, at lovendringen er ugyldig, fordi den krænker beskyttelsespligten, hvorved den hidtidige lov fortsat består. Jf. nærmere Isensee, 1992, side 230; Heun, 1992, side 71.

BVerfGs håndhævelse af beskyttelsespligten vil dog også afhænge af rettighedens karakter. Prøvelsen skærpes, hvor fundamentale rettigheder står på spil, og hvor den fare, som truer, er reel og alvorlig.⁸²²

I den ledende „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1 (42ff)) antog BVerfG, at beskyttelsespligten er mere omfattende, jo vigtigere retsgodet er. Retten til liv blev betegnet som den øverste værdi i forfatningen og beskyttelsespligten derfor omfattende. Derfor blev loven om fri abort tilsidesat, idet beskyttelsespligten ifølge BVerfG krævede, at lovgiver gjorde abort strafbar.

I en afgørelse fra 1987 (BVerfGE 76, 1 (51f)) om udlændinges ret til familiesammenføring med ægtefæller i udlandet underkendte BVerfG en „ventetidsordning“, hvorefter kun udlændinge med mindst 3 års regelmæssigt ophold i Tyskland havde denne ret. BVerfG gentog, at lovgiver ved opfyldelse af positive grundretlige beskyttelses- og ydelsespligter har et spillerum og henviste til udgangspunktet for håndhævelse af lovgivers positive pligter: kun ved åbenbar ikke-opfyldelse („*einer offensichtlichen Verletzung*“, side 51). Men BVerfG fandt i denne sag, at en skærpet prøvelse var indiceret ved den tilknytning, som ægteskab og familieband har til personligheden og disse værdiers høje forfatningsrang. For dog at fastholde den nødvendige frihed for lovgiver på udlændingerettens område afviste BVerfG at foretage en tilbundsående prøvelse („*eine intensivierte inhaltliche Kontrolle*“, side 52). Derfor lagde BVerfG til grund for sin prøvelse et krav om, at reguleringen er udtryk for en rimelig afvejning („*ihre Vertretbarkeit überprüft*“, side 52).

5.3 Positive rettigheder i EMDs praksis

EMDs udgangspunktet er beskyttelsen af individets frihed. Når EMD alligevel går videre og i visse tilfælde anerkender visse positive rettigheder, er EMD generelt tilbageholdende i sin efterprøvelse af statens opfyldelse heraf.⁸²³

Karakteristisk er EMDs udtalelser i *Plattform „Ärzte für das Leben“* EMD 139 (1988) om statens pligt til at beskytte og sikre demonstrationsfriheden i EMRK artikel 11(pr. 34):

„While it is the duty of the 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 margin of discretion in the choice of means to be used. [Staterne har en] ... obligation as to measures to be taken and not as to results to be achieved.“

822. Jf. Kriele, *Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung*, NJW 1976, side 782.

823. Jf. Einersen og Trier, TfR 1991, side 580f; Harris m.fl., 1995, side 13.

Se også *Abdulaziz* EMD 94 (1985), pr. 67 om familiesammenføring; *Rees* EMD 106 (1986), pr. 35ff og 44 om anerkendelse af kønsskifte; *Johnston* EMD 112 (1986), pr. 55 om ret til skilsmisse.

EMD har dog i flere tilfælde domfældt en stat for ikke at have opfyldt en positiv pligt til at beskytte individets fundamentale rettigheder over for tredjemand.

Det gælder f.eks. i *Young, James and Webster* EMD 44 (1981) og *Gustafsson* (EMDs nye domsserie 1996 II, nr. 9) om negativ fagforeningsfrihed; *X & Y v. Netherlands* EMD 91 (1985) om retten til retsmidler; *López-Ostra* EMD 303 (1994) om beskyttelse mod forurening; *A v. United Kingdom* (EMDs nye domsserie 1998 VI, nr. 90) om forældres mishandling af børn.⁸²⁴

5.4 Positive rettigheder i dansk ret

I det omfang der anerkendes *positive beskyttelsespligter* for lovgiver med hjemmel i Grundloven, må domstolenes efterprøvelse heraf generelt antages at være begrænset. Også her vil rettighedens betydning og pligtens grad af præcision dog kunne spille ind og føre til en mere selvstændig prøvelse. Ved positive pligter efter EMRK – som fastlagt gennem EMDs praksis – vil beskyttelsespligten kunne være så præcis, at domstolene kan og skal håndhæve den over for modstridende lovgivning.

Et eksempel er den negative foreningsfrihed efter EMRK artikel 11, som i Højesterets dom i „Novadan-sagen“ fra 1999 (UfR 1999.1316 H) førte til en snæver fortolkning af foreningsfrihedsloven for at sikre, at Danmark opfyldte sin pligt efter EMRK til at beskytte arbejdstagere imod fagforeningstvang.⁸²⁵

Hvad angår *positive ydelsesrettigheder* efter Grundlovens § 75 (2) om retten til forsørgelse er problemet også i dansk ret – såfremt bestemmelsens individuelle rettighedskarakter anerkendes – den nærmere præcisering af rettighedens indhold.

Ketscher antager, at Grl § 75 (2) rummer en individuel rettighed til „basal forsørgelse“ fra det offentlige. En moderne standard for basal forsørgelse

824. Se nærmere om dommene ovenfor kapitel 7, afsnit 2.3.

825. Se nærmere ovenfor kapitel 7, afsnit 3.2.2.

antages at kunne fastlægges med udgangspunkt i folkepensionens grundbeløb. Retten antages at kunne påberåbes direkte for domstolene, hvis lovgiver undlader at sikre individet dette minimum.⁸²⁶ Vedsted-Hansen anerkender Ketschers principielle argumentation og dens betydning som direktiv til lovgiver, men vil begrænse § 75(2) indhold som prøvelsesgrundlag til tilfælde, hvor individer risikerer “at omkomme af nød”, eller tilfælde af enkeltstående vilkårlig forskelsbehandling.⁸²⁷

6. Sammenfattende konklusion

Ud fra grundrettighedens retsgrundlag, indhold og karakter kan der opstilles følgende generelle retningslinjer for omfanget af domstolenes grundrettighedskontrol:

Forsigtig kontrol med uskrevne og vagt formulerede rettigheder – hensynet til rettighedens retskildemæssige grundlag og indholdsmæssige klarhed. Ud fra traditionelle retsstatslige principper er grundlaget for prøvelse stærkere ved skrevne end ved uskrevne grundrettigheder. For skrevne rettigheder er grundlaget for en streng prøvelse tilsvarende stærkere ved klart formulerede rettigheder end ved rettigheder med et meget vagt og ubestemt indhold.

Fortrinsstilling for politiske og fundamentale personlige rettigheder – hensynet til rettighedernes materielle værdi og demokratiske funktion. Doktrinen om fortrinsstillede rettigheder indebærer, at de politiske rettigheder (ytrings-, forsamlings- og foreningsfriheden, samt stemmeretten) og fundamentale rettigheder vedrørende den personlige frihed, retssikkerhed og værdighed – i modsætning til økonomiske og sociale rettigheder – generelt undergives en særligt streng beskyttelse og domstolsprøvelse.

Doktrinen støder an mod en traditionel positivistisk-retsstatslig retsopfattelse, idet visse grundrettigheder – uden grundlag herfor i den skrevne forfatning – gives en fortrinsstilling i domstolskontrollen. Ud fra en normativistisk retsopfattelse er en sådan differentiering imidlertid ikke udelukket. Doktrinen har gode grunde for sig, og er da også levende i europæisk grundrettighedspraksis. Den kan begrundes materielt, dels med rettighedernes betydning for den demokratiske proces (demokra-

826. Ketscher, *Socialret*, 1998, side 162.

827. Vedsted-Hansen, *Grundlovsbeskyttelse af sociale rettigheder*, 1997, side 159f.

tisk-funktionel teori) dels med deres fundamentale betydning for individets frihed og værdighed (liberal teori).

Håndhævelse af de traditionelle politiske og personlige rettigheder – „retsstatsrettigheder“ – hører endvidere til domstolenes traditionelle domæne, og samtidig kan de typisk håndhæves uden, at domstolene derved i videre omfang blander sig i lovgivers herredømme over statsfinanserne og frihed til at føre økonomisk politik.

Forsigtig kontrol med økonomiske og sociale rettigheder – respekt for lovgivers bevillingskompetence og råderum i den økonomiske politik. Doktrinen om fortrinsstillede rettigheder har som sit modstykke, at individets økonomiske og sociale rettigheder generelt undergives en mere forsigtig prøvelse. Det gælder ved lovgivers generelle regulering af såvel den traditionelle ejendomsret som eksisterende offentlige ydelser, samt ved håndhævelsen af egentlige krav på økonomiske og sociale ydelser.

Dette er ikke udtryk for en underkendelse af disse rettigheders materielle betydning, men for respekt for den forfatningsretlige kompetencefordeling mellem domstole og lovgiver. Disse rettigheder sikres og afgrænses primært gennem den politiske proces. En vidtgående beskyttelse og håndhævelse af disse rettigheder ville gribe ind i lovgivers økonomisk-politiske råderum og herredømme over statens finanser. Hertil er domstolene hverken demokratisk legitimeret eller bedre egnet end lovgiver.

Hensynet til lovgivers kompetence udelukker dog ikke en håndhævelse af kernen i de økonomiske og sociale rettigheder, ligesom en strenge prøvelse også kan komme på tale, hvor lovgiver foretager singulære eller diskriminerende indgreb.⁸²⁸

Retsprincip eller retsgaranti – respekt for lovgivers skønsfrihed ved afvejning af modstående hensyn. Der er principiel forskel på grundrettigheder med karakter af retsprincipper, der skal realiseres i lyset af modstående hensyn („afvejningsrettigheder“) og grundrettigheder, der rummer egentlige retsgarantier („statusrettigheder“).

Beskyttelsen af retsprincipper – som ytringsfrihed, forsamlingsfrihed, aspekter af retten til privatliv m.v. – kræver en afvejning over for modstående hensyn, være sig almene samfundshensyn eller hensynet til beskyttelse af andres rettigheder. Domstolene er ikke altid og fuldt ud bedre egnet eller legitimeret til at foretage denne afvejning end lovgiver selv.

828. Herom nærmere nedenfor kapitel 13, afsnit 1.

Grundrettighedskontrol med disse „afvejningsrettigheder“ kræver respekt for lovgivers afvejningsspillerum fra domstolenes side. Har domstolene ikke et principielt grundlag for at tilsidesætte lovgivers afvejning mellem modstående principper og hensyn, må domstolene ikke tilsidesætte lovgivers vurdering for sin egen. Lovgivers demokratiske mandat tilsiger her, at domstolene ikke griber ind i lovgivers politiske skønsfrihed. Der bør dog herved sondres mellem, om lovindgrebet (overvejende) varetager almene samfundshensyn eller hensynet til beskyttelse af andres rettigheder. Der er større behov for en streng domstolskontrol i førstnævnte tilfælde, hvor lovgiver selv kan siges at være „part“ i sagen, end i sidstnævnte tilfælde, hvor lovgiver optræder som „mægler“ og søger at finde en rimelig balance mellem kolliderende rettighedshensyn.

Beskyttelsen af retsgarantier – som (aspekter af) retten til en „fair trial“, retten til domstolsprøvelse af frihedsberøvelse, retten til fuld ekspropriationserstatning m.v. – kræver derimod som udgangspunkt ikke en sådan afvejning, men en sædvanlig fortolkning af retsgarantiens indhold. Ved sådanne „statusrettigheder“ er der for domstolene normalt ikke samme tungtvejende hensyn til lovgivers politiske råderum som ved „afvejningsrettighederne“. Er loven i strid med domstolenes fortolkning af retsgarantien, har domstolene uden videre et principielt grundlag for at tilsidesætte loven.

Negative eller positive rettigheder – respekt for lovgivers valgmulighed. Ved negative grundrettigheder er prøvelsesetemaet alene, om et lovindgreb er foreneligt med forfatningen eller ej (proportionalitet). Håndhævelse af positive rettigheder, navnlig beskyttelses- og ydelsesrettigheder, er imidlertid typisk vanskeligere for domstolene, fordi der her ofte består et valg mellem flere mulige opfyldelsesmåder. Dette valg må normalt – under hensyn til kompetencefordelingen mellem domstole og lovgiver – overlades til lovgiver. Domstolsprøvelsen må her – i overensstemmelse med europæisk grundrettighedspraksis – normalt begrænses til en prøvelse af, om lovgiver har gjort sig skyldig i forfatningsstridig passivitet, eller om den positive lovgivning åbenbart ikke opfylder forfatningens mindstekrav.

Grundrettighedskontrollens omfang

– *betydningen af lovens karakter, indhold og forarbejder*

I det foregående kapitel opstillede jeg nogle generelle retningslinjer for grundrettighedskontrollens omfang, der knyttede sig til rettighedens grundlag, indhold og karakter. Disse er imidlertid alene et udgangspunkt. En balanceret, problemorienteret prøvelsesstrategi må også tage hensyn til *lovens* karakter, indhold og – i et vist omfang – forarbejder. Dette kan føre til en skærpelse eller svækkelse af prøvelsen.

I dette kapitel opstilles derfor – igen ud fra retsstatslige, materielle og kompetencefordelmæssige overvejelser og med inspiration fra grundrettighedspraksis og -teori – vejledende retningslinjer for grundrettighedskontrollens omfang, der knytter sig til:

- lovindgrebets karakter. Prøvelsen skærpes ved konkrete (singulære) indgreb og ved generelle, men diskriminerende indgreb (*afsnit 1*)
- lovindgrebets intensitet. Prøvelsen skærpes, jo mere intensivt indgrebet er og navnlig ved indgreb i rettighedens „kerne“ (*afsnit 2*)
- lovindgrebets målgruppe. Prøvelsen skærpes, hvor indgrebet (i særlig grad) rammer svage og udsatte samfundsgrupper (*afsnit 3*)
- lovforarbejdernes indhold og kvalitet. Prøvelsen skærpes måske, såfremt lovgiver ikke (kvalificeret) har vurderet forholdet til grundrettighederne (*afsnit 4*)
- lovens faktiske grundlag. Prøvelsen af lovgivers beslutningsgrundlag og prognoser må forventes at være begrænset, dog afhængig af lovens karakter (*afsnit 5*).

1. Lovindgrebs karakter – skærpet prøvelse ved konkrete (singulære) eller diskriminerende indgreb

Lovgivningsmagtens forfatningsretlige hovedopgave er den generelle regulering af samfundsøkonomien og borgernes retsforhold i almindelighed. Domstolens centrale forfatningsretlige opgave i forhold til lovgiver er at håndhæve individets og mindretallets rettigheder og dermed forhindre, at det politiske flertalsstyre degenererer til et „flertalsdiktatur“. Derfor er begrundelsen – og behovet – for domstolsprøvelse stærkere ved *konkrete (singulære)* end ved *generelle* lovindgreb i grundrettighederne. Også ved generelle lovindgreb kan en skærpet prøvelse imidlertid være velbegrundet, hvor loven forskelsbehandler forskellige grupper uden saglig begrundelse (*diskrimination*).

Dette har navnlig betydning i de tilfælde, hvor domstolsprøvelsen generelt antages at være forsigtig som følge af rettighedens retsgrundlag, indhold og karakter – ved uskrrevne rettigheder eller meget vage rettighedsbestemmelser, ved økonomiske og sociale rettigheder og ved positive rettigheder (se ovenfor kapitel 12). Her kan lovens konkrete eller diskriminerende karakter begrunde en skærpet prøvelse.

Navnlig ved domstolens håndhævelse af økonomiske og sociale rettigheder får det betydning, at hensynet til lovgivers kompetence ikke har samme vægt i alle tilfælde.⁸²⁹ Hvor lovgiver foretager en generel økonomisk regulering af den private ejendomsret eller af eksisterende sociale ydelser er hensynet til respekt for lovgivers politiske råderum og – for reguleringer af offentlige ydelser – bevillingskompetence tungtvejende (se ovenfor kapitel 12, afsnit 3). Er der derimod tale om et konkret (singulært) indgreb i den private ejendomsret eller retten til sociale ydelser er disse hensyn ikke tungtvejende. Her må ejendomsrettens betydning som fundamental retssikkerhedsgaranti medføre, at domstolens prøvelse skærpes. Tilsvarende gælder, hvor lovindgrebet nok rammer generelt, men ikke rammer alle lige hårdt, og hvor denne forskelsbehandling umiddelbart synes at være udtryk for diskrimination.

829. Se bl.a. Simon, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1994, side 1672.

1.1 BVerfGs praksis

Som før omtalt anlægger BVerfG en forsigtig linje ved håndhævelse af individets økonomiske rettigheder, hvis loven har karakter af en generel økonomisk regulering.⁸³⁰

Det gælder imidlertid ikke, hvor lovgivers økonomiske regulering indebærer en ikke sagligt begrundet forskelsbehandling i strid med lighedsgrundsætningen i den tyske grundlovs artikel 3(1) og i særdeleshed ikke, hvis denne forskelsbehandling synes baseret på kriterier, som er omfattet af diskriminationsforbudet i artikel 3(3).

Ved håndhævelse af lighedskravet i artikel 3(1) anlægger BVerfG en differentieret prøvelse afhængig af lovens karakter. Ved generel økonomisk regulering og ydelseslovgivning vil BVerfG normalt kun tilsidesætte loven ved vilkårlig forskelsbehandling – hvor loven forskelsbehandler uden nogen form for saglig begrundelse. Hvor loven umiddelbart på diskriminerende måde behandler forskellige persongrupper forskelligt („suspect classifications“) anvendes derimod et krav om saglig retfærdiggørelse af forskelsbehandlingen.⁸³¹ Prøvelsen er særlig streng, hvor der synes at foreligge forskelsbehandling ud fra kriterier, som er opregnet i diskriminationsforbudet i artikel 3(3) – bl.a. race, afstamning, tro og politiske anskuelser.⁸³²

Også ved fundamentale personlige rettigheder kan lovens diskriminerende karakter indebære en skærpet domstolsprøvelse.

Den skærpede prøvelse af love, som tilsyneladende er udtryk for diskriminerende forskelsbehandling, ses bl.a. i en afgørelse fra 1993 (BVerfGE 88, 87 (96f)), hvor BVerfG fandt det uforeneligt med lighedskravet i artikel 3(1), at loven om transseksuelle forskelsbehandlede efter et alderskriterium, hvorefter kun transseksuelle over 25 år havde ret til at få ændret deres oprindelige fornavn. En sådan forskelsbehandling efter alder måtte ifølge BVerfG kunne retfærdiggøres på overbevisende måde. Loven blev tilsidesat.

Hvad angår lovens generelle henholdsvis konkrete indhold, har BVerfG undertiden principielt anerkendt lovens generelle ordning, men underkendt konkret urimelige konsekvenser af loven som forfatningsstridige.

830. Jf. bl.a. Grimm, *Human Rights and Judicial Review in Germany*, 1994, side 290.

831. Se f.eks. afgørelse fra 1977 (BVerfGE 45, 376 (386ff)).

832. Se Simon, 1994, side 1672; Hesse, 1995, side 190 med note 89.

I „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (172f)) om straffelovgivning vedrørende omgang med cannabis fandt BVerfG generelt, at hensynet til sundhed og kriminalitetsforebyggelse vejede tungere end hensynet til individets frihed (frigivelse af cannabis). BVerfG fastslog dog, at der i konkrete tilfælde kunne være tale om så ringe mængder og så „uskyldige“ omstændigheder, at et strafferetligt indgreb ville være uforholdsmæssigt, hvorfor loven kun var forfatningsmæssig, for så vidt den ikke omfattede disse tilfælde.

1.2 Høyesteretts praksis

I Høyesteretts håndhævelse af økonomiske rettigheder kan en skærpet domstolsprøvelse ligeledes komme på tale ved lovindgreb, som rammer konkret, eller ved generelle lovindgreb, som vilkårligt rammer nogle grupper særligt hårdt.

I „Borthen-dommen“ fra 1996 (Rt 1996.1415) om grunnlovsværn for visse pensionsydelse udtalte førstevoterende om de tilfælde af klart uretfærdig tilbagevirkning, som Grl § 97 (forbud mod love med tilbagevirkende kraft) antages at beskytte imod, at *„det nok i praksis først og fremst er inngrep som rammer avgrensede grupper pensjonister innenfor folketrygden, som vil kunne stride mot Grunnlovens § 97.“* (side 1430). Andenvoterende fandt, at Grl § 97 generelt ikke beskytter mod indgreb i pensionsydelse, med forbehold for ekstreme tilfælde. Om dette forbehold henviste han bl.a. til *„skranker som måtte gjelde, dersom det er tale om lovgivning som rammer bestemte grupper på en vilkårlig eller diskriminerende måte.“* (side 1437).

1.3 EMDs praksis

EMDs håndhævelse af ejendomsretten efter Tillægsprotokol 1, artikel 1, er generelt meget forsigtig. Dette gælder imidlertid ikke, hvis loven er udtryk for diskrimination.

Et nyere eksempel er *Gaygusuz* (EMDs nye domsserie 1996 IV, nr. 14), hvor EMD fandt en krænkelse af ikke-diskriminationsprincippet i EMRK artikel 14 set i sammenhæng med Tillægsprotokol 1, artikel 1, idet en tyrkisk statsborger i Østrig blev nægtet overlevelseshjælp alene på grund af manglende østrigsk statsborgerskab (pr. 46ff).

1.4 Dansk retspraksis

Også i dansk retspraksis må det antages, at et lovindgrebs konkrete eller diskriminerende karakter kan medføre en skærpet prøvelse.

Hvad angår ejendomsretten efter Grl § 73, er dette hensyn allerede

indbygget i normen selv, idet der ved vurderingen af, hvorvidt der foreligger ekspropriation, bl.a. lægges vægt på indgrebs karakter og på, om indgrebet berører en sagligt afgrænset persongruppe eller rammer vilkårligt. Bag disse kriterier ligger klare hensyn til lovgivers råderum i den økonomiske politik.

Det må antages, at domstolene også mere generelt vil foretage en forsigtig prøvelse efter Grl § 73, hvor loven er et led i lovgivers generelle økonomiske regulering. Derimod må domstolene forventes at skærpe prøvelsen, hvor loven har konkret (singulær) eller diskriminerende karakter, og der derfor ikke foreligger samme tungtvejende hensyn til lovgivers økonomisk-politiske råderum.

Allerede i „Fæstefløsningsdommen“ (UfR 1921.644 H) beskæftigede Højesteret sig i voteringen med kriteriet generel/konkret. To dommere fandt, at det faktum, at loven kun ville ramme omkring 300 private personer, gjorde det mindre betænkeligt at statuere modstrid med Grundloven. Her overfor anførte en anden dommer, at loven måtte betragtes som en del af en generel lovreform som led i en større historisk udvikling.

I voteringen til dommen om „Huslejestoppet“ (UfR 1965.293 H) udtalte en dommer, at der skal meget til for at tilsidesætte en lov, som er et led i en almindelig regulering af samfundsforholdene.

I sagen om „Fastfrysning af lægehonorarer“ (UfR 1987.1 H) fandt Højesteret ikke, at lovgivers indkomstpolitiske indgreb i overenskomsten om lægehonorarer var ekspropriativt.⁸³³ Interessant er imidlertid Riis' kommentar til dommen (UfR 1987 B, side 281ff), hvor der øjensynligt tages forbehold for en skærpet prøvelse i tilfælde, hvor lovgivers indgreb har en anden karakter og hensynet til lovgivers økonomisk-politiske råderum derfor er mindre tungtvejende (side 284, mine udhævninger):

„Højesteret fandt det påkrævet i en sag som denne at fastholde kravet om sikker og utvivlsom uoverensstemmelse med grundlovens tekst som betingelse for at tilsidesætte en lov som stridende mod grundlovens § 73. [Loven] måtte ses som et led i lovgivningsmagts almindelige indkomstpolitik. (...). En censur af denne del af lovgivningsmagts virksomhed bør domstolene være tilbageholdende med, hvis de skal undgå at blive inddraget i politiske stridsspørgsmål.“

833. Se nærmere ovenfor kapitel 12, afsnit 3.6.

Man kan muligvis hævde, at prøvelsen i sagen kunne være skærpet uanset, at lovindgrebet var et led i lovgivningsmagtens almindelige indkomspolitik, idet lægerne – sammenlignet med andre grupper – blev særlig hårdt ramt (diskrimination). Det anfører Højesteret også: „*Selv om dette indgreb navnlig måtte antages at hindre stigninger i honorarernes omkostningsandel og derved adskille sig fra den generelle lovs bestemmelser ...*“. Men dette forhold synes ikke at være tillagt vægt.

Det stemmer med det anførte, at de to eneste tilfælde hidtil, hvor domstolene har tilsidesat lovgivers vurdering efter Grl § 73, angik konkret regulering – „De islandske håndskrifter“ (UfR 1971.299 H) og „Green-dane-dommen“ (UfR 1980.955 Ø).

Sagen om „De islandske håndskrifter“ (UfR 1967.22 og 1971.299 H) vedrørte udlevering af håndskrifterne til Island. Der var i disse sager ikke tale om en generel regulering af samfundsøkonomien, og der var derfor ikke tungtvejende hensyn for domstolene til respekt for lovgivers politiske råderum.⁸³⁴ Tilsvarende gælder landsrettens tilsidesættelse af lovgivningsmagten i „Green-dane-dommen“ (UfR 1980.955 Ø), hvor kun ét rederi blev berørt af lovindgrebet, der genindførte statsmonopol på erhvervmæssig sejlads til Grønland.

Fra nyere retspraksis om Grl § 73 synes dommen om privatisering af „Statsanstalten for Livsforsikring“ (UfR 1994.29 H) at støtte det synspunkt, at Højesteret ved mere konkret lovgivning foretager en mere dybtgående prøve. Højesteret foretog en tæt prøve af privatiseringslovens forenelighed med Grl § 73 og godkendte den alene på betingelse af, at loven blev fortolket i overensstemmelse med statens erklæringer under retssagen.⁸³⁵

Også uden for Grl § 73 kan en lovs singulære eller diskriminerende karakter begrunde en skærpet domstolsprøvelse. I Højesterets „Tvind-dom“ (UfR 1999.841 H) har også lighedsbetragtninger – 32 skoler fik med Tvind-loven en negativ særbehandling – vel spillet ind på vurderingen af lovens uforenelighed med Grl § 3.⁸³⁶

834. Jf. Max Sørensen i anmeldelse af Germers Ytringsfrihedens væsen, Juristen 1973, side 359.

835. Se om dommen nærmere nedenfor kapitel 14, afsnit 2.3.

836. Jf. således Torben Jensen, Højesteret og Retsplejen 1999, side 258 og 262.

2. Lovindgrebets intensitet – skærpet prøvelse ved intensive indgreb, navnlig indgreb i rettighedens „kerne“

Hvor lovgivningsmagten griber ind i individets grundrettigheder, er det naturligt og velbegrundet, at domstolenes prøvelse skærpes, jo mere intensivt indgrebet er, og i jo højere grad det berører rettighedens „kerne“.⁸³⁷ Dette kan ses som en direkte følge af forholdsmæssighedsgrundsætningen. Jo mere et lovindgreb begrænser individets rettigheder, desto stærkere grunde må det have.⁸³⁸ Særligt tungtvejende grunde må derfor kræves, hvor indgrebet berører rettighedens kerne eller „væsensindhold“.⁸³⁹

Det er derfor ikke overraskende, at domstolsprøvelsen i grundrettighedspraksis generelt skærpes proportionalt med indgrebets intensitet.

2.1 BVerfGs praksis

En differentiering af prøvelsens omfang afhængig af indgrebets intensitet har stor praktisk betydning i BVerfGs praksis. Jo mere et lovindgreb berører en rettigheds kerneindhold, desto tættere går BVerfG på lovgivers vurderinger og skøn.⁸⁴⁰

Grundrettighedsbeskyttelsen er efter BVerfGs praksis så at sige opdelt i „skaller“, som er undergivet hver sin prøvelsesmålestok. En inderste skal er i praksis nærmest absolut beskyttet mod lovindgreb (her ses væsensindholdslærens realitet). En mellemskal er undergivet en streng proportionalitetsvurdering. I grundrettighedens yderste skal prøver BVerfG alene, om lovgiver har foretaget vilkårlige indgreb.⁸⁴¹

Prøvelsens differentiering viser sig således typisk som forskellige grader af den strength, hvormed forholdsmæssighedsgrundsætningen anvendes. Sammenhængen mellem forholdsmæssighedskravet og prøvelsens omfang illustreres ved dommen om „Fælleskørselscentraler“ fra 1964 (BVerfGE 17, 306 (314)), hvor BVerfG udtalte:

„Je mehr dabei der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Handlungsfreiheit berührt, um so sorgfältiger müssen die zu seiner Rechtfertigung

837. Se også Rønsholdt, *Nogle spørgsmål om domstolskontrol med lovgivningsmagten*, 1997, side 41.

838. Jf. Grabitz, AöR 1973, side 581; Hesse, 1981, side 266. Se nærmere ovenfor kapitel 8, afsnit 1.2.

839. Se ovenfor kapitel 8, afsnit 3.2.5.2.

840. Jf. bl.a. Kriele, NJW 1976, side 781; Simon, 1994, side 1672.

841. Jf. Rupp-von Brünneck, *Verfassungsgerichtbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, AöR 1977, side 16.

*vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch abgewogen werden.*⁸⁴²

Rettighedens „kerne“ nyder derfor en stærk beskyttelse gennem en streng domstolsprøvelse. Prøvelsesmålestokken kan således variere inden for den samme grundrettighed.

Et eksempel på en streng prøvelse i rettighedens “kerne” er dommen om „Livstidsstraf“ fra 1977 (BVerfGE 45, 187 (223)), som angik straffelovens regler om livstidsstraf. BVerfG fandt, at fængselsstraf i sig selv er et så alvorligt indgreb i individets frihed, at prøvelsen må være streng. Regler om livstidsstraf må derfor efterprøves særligt nøje: *„Ist schon die Freiheit der Person ein so hoher Rechtsgut, daß sie nur aus besonders gewichtigem Gründe eingeschränkt werden darf, so bedarf der lebenslange Entzug dieser Freiheit einer besonders strengen Prüfung am Maßstabe der Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.“* BVerfG godkendte dog reglerne om livstidsstraf med det forbehold, at livstidsfanger skal have en reel mulighed for at komme på fri fod igen.

Tilsvarende vurderes indgreb i individets intimsfære generelt strengt. I jo højere grad der er tale om et reguleringsområde, hvor den enkelte er uden for intimsfæren og indgår i en social sammenhæng, desto mere må han tåle indskrænkende lovregulering.

I en sag vedrørende lovregulering af afsætningen af mælke- og fedtstofprodukter fra 1965 (BVerfGE 18, 315 (331f)) udtalte BVerfG, at den generelle tilbageholdenhed ved efterprøvelse af loves forenelighed med lighedsgroundsætningen særligt var indiceret med hensyn til økonomisk lovgivning: *„Die von dem Bundesverfassungsgericht bei Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf Gesetze allgemein geübte Zurückhaltung ist im besonderen Maße angezeigt, wenn es sich um wirtschaftslenkenden Maßnahmen handelt.“* I dommen om „Møllestruktur“ fra 1975 (BVerfGE 39, 210 (230f)) udtalte BVerfG tilsvarende vedrørende lovgivers skønsfrihed ved regulering på det erhvervsøkonomiske område: *„Bei dieser verfassungsrechtlichen Prüfung der Erforderlichkeit einer Maßnahme ist zu beachten, daß dem Gesetzgeber bei der Auswahl und technischen Gestaltung wirtschaftsordnender und -lenkender Maßnahmen ein weiter*

842. Se ligeledes om indgreb i næringsfriheden “Apotek-dommen” fra 1958 (BVerfGE 7, 377 (405)); indgreb i ejendomsretten “Medbestemmelses-dommen” fra 1979 (BVerfGE 50, 290 (333)); indgreb i den personlige frihed “Cannabis-dommen” fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (172)). Se om dommene ovenfor kapitel 8, afsnit 3.2.5.2.

Gestaltungsbereich zusteht. “Tilsvarende udtalte BVerfG i „Medbestemmelsesdommen“ fra 1979 (BVerfGE 50, 290 (340)) om ejendomsretten, at lovgivers beføjelser er „um so weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug steht“.

2.2 Høyesteretts praksis

Også i Høyesteretts praksis har indgrebs intensitet betydning for prøvelsens omfang. Prøvelsen skærpes, jo mere indgrebet berører rettighedens kerneområde.

I „Borthen-dommen“ fra 1996 (Rt 96.1415), udtalte førstevoterende om grunnlovsbeskyttelsen for pensionsydelse, at „Grunnlovsvernet må være sterkere jo mer lovgiver kutter, og sterkest for selve grunnlytelsen“ (side 1427). Følgelig omfattede grunnlovsbeskyttelsen alene vidtgående, uretfærdige lovindgreb i pensionsrettighederne (side 1430).

I „Kjuus-dommen“ fra 1997 (Rt 1997.1821) fremhævede Høyesterett den politiske yttringsfrihed som „kerneområdet“ for beskyttelse efter GrL § 100 med heraf følgende streng domstolsprøvelse af lovindgreb i denne kerne (side 1830 og side 1834f).⁸⁴³

2.3 EMDs praksis

I EMDs praksis har indgrebs tyngde ligeledes betydning for prøvelsens omfang. Tilsvarende vurderes indgreb i den personlige frihed og integritet generelt strengere end indgreb i rent materielle eller kommercielle interesser.⁸⁴⁴

En særlig streng prøvelse anlægges ved indgreb i individets intimsfære. Her kræver EMD „particularly serious reasons before interferences on the part of public authorities can be legitimate“ – se om straf for homoseksualitet *Dudgeon* EMD 45 (1981), pr. 52, og tilsvarende om respekt for hjemmets fred *Gillow* EMD 109 (1986). Sagen om *Klass* EMD 28 (1978) vedrørte spørgsmålet, om den tyske sikkerhedstjenestes hemmelige telefonaflytninger af *Klass* kunne forenes med retten til privatliv efter EMRK artikel 8. EMD udtalte (pr. 42 med min udhævning), at „Powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only insofar as **strictly** necessary for safeguarding the democratic institutions.“

843. Se nærmere ovenfor kapitel 8, afsnit 3.2.5.2. Se også bl.a. Rt 1985.1421 og Rt 1990.257.

844. Jf. Einersen og Trier, TfR 1991, side 586; van Dijk og van Hoof, 1998, side 89; Aall, TfR 1998, side 107.

Derimod er EMDs prøvelse mindre streng ved indgreb i kommercielle interesser. EMD har anerkendt, at f.eks. retten til respekt for privatliv og bolig (artikel 8) og ytringsfrihed (artikel 10) også omfatter det kommercielle samfundsliv. Men beskyttelsen antages at være mindre for kommercielle foretagender end for private.⁸⁴⁵

Ud fra tilsvarende betragtninger er EMDs prøvelse særlig streng ved lovindgreb i rettighedens „kerne“. Inden for ytringsfriheden – som i forvejen generelt prøves tæt – anlægges en særlig streng efterprøvelse ved forudgående indgreb (censur). I *Observer and Guardian* (EMD 216 (1991)) udtalte EMD herom (pr. 60 med mine udhævninger):

*„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** on the part of the Court.“*

2.4 Dansk retspraksis

Også i dansk ret må lovindgrebets intensitet – herunder om indgrebet berører rettighedens kerne – antages at have betydning for domstolsprøvelsens omfang.

Ved Grl § 73 er intensiteten af lovgivers indgreb et af kriterierne for vurderingen af, om loven er ekspropriativ. Undertiden har domstolene dog selv i meget principielle sager tillagt indgrebets ringe intensitet betydning ved godkendelse af loven. Dette kan forekomme betænkeligt. Således lagde Højesteret i sagen om „Fastfrysning af lægehonorarer“ (UfR 1987.1 H) ifølge domskommentaren (UfR 1987 B, side 281ff) ved vurderingen af, at lovindgrebet ikke var ekspropriativt også vægt på, at den enkelte læge kun ville miste 2000 kr, eller ca. 600 kr. efter skat, som følge af indgrebet.

Uden for Grl § 73's område ses en tilsvarende hensyntagen til beløbets ringe størrelse i sagerne om „Fagforeningskontingentet“ (UfR 1967.46 H) og „Skoleudflugten“ (UfR 1983.871 H).⁸⁴⁶

845. Jf. Lorenzen m.fl., Den europæiske Menneskerettighedskonvention, 1994, side 232 og 245 hhv. 273ff.

846. Se nærmere ovenfor kapitel 9, afsnit 4.3.

En mere positiv inddragelse af hensynet til lovindgrebs intensitet ses i Højesterets „Rocker-dom“ (UfR 1999.1798 H), hvor Højesteret lagde vægt på, at rocker-loven ikke greb ind i forsamlingsfrihedens kerne, hvilket forudsætningsvis måtte have ført til en endnu strengere prøvelse: „Den er ikke rettet mod gruppens forsamling som sådan eller dens adgang til meningstilkendegivelse.“

3. Lovindgrebs målgruppe – skærpet prøvelse ved indgreb over for svage og udsatte samfundsgrupper

Ud fra prøvelsesrettens fundamentale materielle begrundelse – hensynet til individ- og mindretalsbeskyttelse – er det naturligt, at domstolenes kontrol skærpes, hvor lovindgrebet (i særlig grad) berører svage og udsatte samfundsgruppers rettigheder – psykisk syge, straffasonere, personer tilhørende en racemæssig eller etnisk minoritet, børn m.v. Sådanne grupper har et særligt behov for og krav på retsbeskyttelse, også fordi de undertiden ikke i samme grad som andre befolkningsgrupper vil være i stand til at varetage deres rettigheder og interesser i den politiske proces.

Den amerikanske højesteretsdommer Stone anførte i samme ånd i sin berømte fodnote til Carolene-dommen fra 1938, at det ikke kun var politiske rettigheder, som kunne tænkes at måtte undergives en særlig streng domstolsprøvelse:

*„nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (...) or national (...) or racial minorities (...); whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial enquiry.“*⁸⁴⁷

Ely tilslutter sig Stones obiter dictum. Han ser det som et princip om, at domstolene skal foretage en aktiv prøvelse, ikke kun ved de politiske friheder, men også, når det drejer sig om *“correcting certain kinds of discrimination against minorities”*. Rationalet er, at en sådan diskrimination reelt

847. United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152f note 4, 1938 (mine udhævninger).

medvirker til at holde den udsatte minoritet ude af det politiske liv og dermed begrænser demokratiets effektivitet.⁸⁴⁸

Elys standpunkt er et forsvar for den aktive forfatningsbeskyttelse, som Supreme Court under retspræsident Earl Warren gav udsatte samfundsgrupper for at sikre dem virkelig lighed for loven („equal protection“). Beskyttelsen gjaldt navnlig de sorte, men også udlændinge, uægte børn, fattige og andre udstødte grupper.⁸⁴⁹ Denne praksis omfattede også Supreme Court's nok mest berømte afgørelse, *Brown v. Board of Education* fra 1954⁸⁵⁰, hvor en række delstaters lovgivning om raceadskillelse af sorte og hvide i offentlige skoler blev anset for uforenelig med kravet om “equal protection”.

Det amerikanske problem om racediskrimination over for sorte har en egen – smertefuld – forhistorie. Princippet om en særlig streng domstolsbeskyttelse af svage og udsatte grupper genfindes imidlertid i en mindre dramatisk form i europæisk forfatningspraksis. Det indebærer, at domstolene ser strengt på lovindgreb, der særligt rammer sådanne samfundsgrupper, samt håndhæver lovgivers pligt til at beskytte disse samfundsgruppers rettigheder mod indgreb fra tredjemand mere strengt end ellers.

3.1 BVerfGs praksis

Ved håndhævelse af lighedsgrundsætningen i den tyske grundlovs artikel 3(1) anvender BVerfG en varieret prøvelsesmålestok afhængig af sagens karakter. BVerfG har udtalt, at prøvelsen er særligt streng, hvor loven synes at være udtryk for en forskelsbehandling baseret på race, afstamning, oprindelse, tro m.v. – kriterier, som det ifølge artikel 3(3) udtrykkeligt er forbudt at inddrage i lovgivningen. Det ligger ifølge BVerfG i kernen af lighedsgrundsætningens retfærdighedskrav at forhindre en sådan „Diskriminierung einer Minderheit“.⁸⁵¹

3.2 Høyesteretts praksis

Høyesterett har ligeledes undertiden tillagt det betydning for prøvelsens dybde, at indgrebet ramte personer tilhørende en svag og udsat samfundsgruppe.

848. Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 74 og 135ff (citatet er fra side 74).

849. Se Ely, *Democracy and Distrust*, 1980, side 74.

850. *Brown V. Board of Education*, 347 U.S. 497, 500 (1954).

851. Jf. BVerfGs udtalelser i en afgørelse fra 1993 (BVerfGE 88, 87 (96)).

I den tidligere omtalte kendelse om en sindssyg kvindes adgang til at anke længden af sin sikringsdom (Rt 1979.1079) tilsidesatte Høyesterett lovens klare ord, samt en entydig retspraksis og teori, hvorefter det alene var værgerne for den sindssyge, som havde partsrettigheder. Høyesterett fandt det urimeligt generelt at afskære alle sindssyge fra en så fundamental retssikkerhedsgaranti. I konklusionen henviste førstevoterende også til de sindssyges svage position i samfundet (side 1082):

„I betraktning av (...) at det her dreier sig om rettsikkerhetsvernet for en særlig svaktstillet gruppe mennesker, finner jeg å burde legge til grunn for min avgjørelse at en sikringsdømt sinnssyk som selv har den nødvendige oversikt, ikke er avskåret fra på egen hånd å anvende rettsmidler.“

Også i den tidligere omtalte „Kjuus-dom“ fra 1997 (Rt 1997.1821) – som ikke angik lovprøvelse, men ytringer fra en privat part, som var udtryk for ringeagt over for Norges etniske indvandrere – afspejles dette hensyn. Høyesteretts flertal fandt, at hensynet til beskyttelse mod racediskrimination i sagen vejede tungere end den politiske ytringsfrihed efter Grl § 100 og lagde herved også vægt på denne befolkningsgruppes særlige behov for beskyttelse. Førstevoterende fastslog, at de „mørkhudete“ i Norge udgør en klar minoritet i samfundet, og udtalte herefter (side 1828):

„Det er en befolkningsgruppe som klart har behov for vern. [endvidere fremhæves] det vesentlige hensyn det er for et demokrati å verne minoriteter mot diskriminering.“

3.3 EMDs praksis

Også EMD har i sin praksis tillagt behovet for beskyttelse af svage og udsatte samfundsgrupper selvstændig betydning.

Et nyere eksempel er den tidligere omtalte *A v. United Kingdom* (EMDs nye domsserie 1998 VI, nr. 90) om beskyttelse af børn. EMD fandt, at Det forenede Kongerige havde krænket forbudet i artikel 3 mod umenneskelig og nedværdigende behandling, fordi statens lovgivning ikke effektivt sikrede børn retsbeskyttelse imod forældres revselse. EMD udtalte principielt (pr. 22), at

„Children and other vulnerable individuals, in particular, are entitled to State protection, in the form of effective deterrence, against such serious breaches of personal integrity.“

Se tilsvarende om behovet for at give effektiv retsbeskyttelse til en forulempet handicappet kvinde dommen i *X and Y v. the Netherlands* (EMD 91 (1985), pr. 21ff).

3.4 Dansk retspraksis

Også i dansk ret må hensynet til beskyttelse af svage og udsatte grupper antages at kunne medføre en skærpet kontrol med lovgivningsmagten. Dette gælder ikke mindst, hvor danske domstole håndhæver EMRK.

I ældre praksis er dommen om „Den åndssvage pige“ (UfR 1956.211 H) imidlertid et kritisabelt eksempel, hvor hensynet ikke blev tillagt tilstrækkelig vægt af flertallet.⁸⁵²

Et positivt eksempel fra nyere praksis er derimod måske Højesterets håndhævelse af narko- og voldsdømte udlændinges ret til respekt for privat- og familielivet efter EMRK artikel 8. Dette har i flere sager – bl.a. UfR 1999.271, 1390, 1394, 1503 og 1507 H, UfR 2000. 293, 545 (I og II), 820 og 822 H, samt Højesterets domme af 27. april 2000 (sag 587/1999) og 4. maj 2000 (sag 133/2000) – i strid med udlændingelovens ordlyd og lovgivers intentioner ført til underkendelse af myndighedernes udvisningsbeslutning som stridende mod EMRK.⁸⁵³

Et klart eksempel er endelig Østre Landsrets dom i „Thule-sagen“ af 20. august 1999 (3. afd., sag B-3426-96), hvor den danske regerings tvangsflytning i 1953 af de omkring 100 indfødte beboere i Thulekolonien i Grønland blev erklæret retsstridig.

Prøvelsessituationen i sagen svarer til et lovindgreb efter Grl § 73. Men da Grundloven på daværende tidspunkt ikke var direkte anvendelig i Grønland, krævede tvangsflytningen ikke lovhjemmel, og kun principperne i Grl § 73 kunne derfor lægges til grund ved erstatningsudmålingen.

Østre Landsret betegnede i dommen tvangsflytningen som *“et alvorligt indgreb mod befolkningen”* (dommen side 488). På denne baggrund tilkendte landsretten ikke blot Thule-boerne ekspropriationslignende erstatning for økonomisk tab, men også – på uskrevent grundlag – kompensation for den ved flytningen skete krænkelse af deres personlighed, under hensyn til (dommen side 497):

852. Se nærmere om dommen ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.2.

853. Se om dommene nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 5.4.3.

„... karakteren af den skete krænkelse, der er foretaget af staten som kolonimagt over for et isoleret stammefolk.“

Landsrettens skarpe udtalelser om krænkelsens alvorlige karakter står noget i kontrast til de beskedne godtgørelser for ikke-økonomisk skade (15-25.000 pr. indbygger), som retten tilkendte Thule-boerne.⁸⁵⁴

4. Lovforarbejdernes indhold og kvalitet – skærpet prøvelse, hvor lovgiver ikke (kvalificeret) har vurderet lovens forhold til grundrettighederne

Domstolenes prøvelse skærpes måske, såfremt lovgiver ikke selv i lovens forarbejder – på kvalificeret måde – har vurderet forholdet til grundrettighederne.

Det kan hævdes, at domstolene må være mere tilbageholdende med at tilsidesætte en lov som stridende mod grundrettighederne, hvor lovgiver selv i forarbejderne har vurderet forholdet til grundrettighederne, end hvor dette ikke er tilfældet. Ud fra kompetencefordelingshensyn kan tilbageholdenhed fra domstolenes side synes mindre påkrævet, hvor lovgiver ikke selv har været opmærksom på, at en vedtagen lov kunne komme på kant med grundrettighederne, end hvor lovgiver selv i forarbejderne nøje har vurderet, at man overholdt grundrettighederne. I sidstnævnte tilfælde er en underkendelse af loven en direkte underkendelse af lovgivers vurdering.⁸⁵⁵

Eivind Smith anfører, at legitimiteten af prøvelsen er utvivlsom, hvis lovgiver ikke har været opmærksom på det forfatningsmæssige problem. Her foreligger reelt ingen konflikt mellem domstolene og lovgivningsmagten.⁸⁵⁶

Lovgivers vurdering af lovens grundlovsmæssighed kan indgå som et

854. Dommen er af Thule-boernes advokat anket til Højesteret. For Højesteret har Thule-boerne gentaget de principale påstande om, at den danske stat skal anerkende deres ret til at bebo og anvende den tidligere boplads i Thule og til at drive jagt og fangst i hele Thule-distriktet. Subsidiært kræver Thule-boerne de af landsretten tilkendte erstatninger for såvel økonomisk som ikke-økonomisk skade væsentligt forhøjet.

855. Se bl.a. Starck, 1994, side 27; Isensee, JZ 1996, side 1091.

856. Eivind Smith, Højesterett og Folkestyret, 1993, side 251f og 298.

element ved domstolenes forfatningsfortolkning i det konkrete prøvelsetilfælde.⁸⁵⁷ Vægten af lovgivers egen vurdering af en lovs forenelighed med grundrettighederne bør dog generelt være begrænset. Ellers mister prøvelsesretten i vidt omfang sin individbeskyttende funktion uden for de klare tilfælde af modstrid med forfatningen. Endvidere bør der alene tages hensyn til lovgivers vurdering, hvor lovens forarbejder er udtryk for en grundig og kvalificeret overvejelse af forholdet til forfatningen.

Boe er kritisk over for relevansen af lovgivers vurdering, når det gælder grundrettigheder – uanset deres karakter. Momentet kan kun have begrænset betydning, og i al fald bør kun en kvalificeret stortingsbehandling tillægges betydning.⁸⁵⁸ Eivind Smith tilslutter sig, at man kan tillægge dette moment betydning, men advarer mod at tillægge det for stor vægt. Selv hvor forarbejderne har taget stilling til det forfatningsmæssige spørgsmål, bør domstolene ifølge Smith ikke udvise overdreven tilbageholdenhed.⁸⁵⁹

Også rettighedens karakter må få betydning. Ved retsprincipper („afvejningsrettigheder“) kan der være gode grunde til at tillægge lovgivers egen grundige afvejning af de modstående hensyn en vis vægt i prøvelsen, mens lovgivers vurdering ikke bør få betydning ved håndhævelse af retsgarantier („statusrettigheder“).⁸⁶⁰

4.1 BVerfGs praksis

I tysk forfatningsret vil lovgiver altid have vurderet grundlovsmæssigheden af et lovindgreb. Lovgiver har pligt til ved grundrettighedsindgreb at angive den rettighed, der gribes ind i, jf. den tyske grundlovs artikel 19(1), 2.pkt. En undladelse heraf gør i sig selv loven forfatningsstridig. Ved en lov, som udtrykkeligt griber ind i grundrettighederne, har lovgiver derfor altid vurderet indgrebets grundlovsmæssighed.

Hvor lovgivningsmagten derimod omvendt har vurderet, at der ikke foreligger et grundrettighedsindgreb, kan dette undertiden tillægges en vis betydning i prøvelsen.

857. Jf. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 22, jf. side 16f.

858. Boe, *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 25f og 33.

859. Eivind Smith, *Høyesterett og Folkestyret*, 1993, side 242 og 251f og 298.

860. Jf. ovenfor kapitel 12, afsnit 4.

Et eksempel er en afgørelse fra 1952 (BVerfGE 1, 264 (279)) om ejendomsretten, hvor BVerfG til støtte for den opfattelse, at visse traditionelle næringsprivilegier for skorstensfejere ikke var ejendomsretligt beskyttet, anfører, at lovgiver har haft samme forudsætning: *„Daß auch der Gesetzgeber von dieser Anschauung ausgeht, zeigt die seit jeher geltende Bestimmung, daß bei einer Aufhebung oder Verkleinerung der Kehrbezirke (...) den dem Bezirksschornsteinfegermeister Teile seiner Einkünfte entzogen werden, dem Bezirksschornsteinfegermeister ein Anspruch auf Entschädigung nicht zusteht ...“* Henvisningen til lovgivers holdning anføres dog alene som et moment, der understøtter BVerfGs selvstændige argumentation.

4.2 Høyesteretts praksis

I norsk prøvelsespraksis har spørgsmålet, om lovgiver har vurderet lovens grundlovsmæssighed traditionelt spillet en ikke ubetydelig rolle.

Se allerede „Den Store Koncessionssag“ fra 1918 (Rt 1918.401, side 404f og 408). En afvisning af overhovedet at tillægge lovgivers vurdering betydning ses derimod hos førstevoterende i „Strandlov-dommen“ fra 1970 (Rt 1970.67 (70)). Denne holdning tiltrædes af andenvoterende i „Borthen-sagen“ fra 1996 (Rt 1996.1415).

Siden „Kløfta-dommen“ fra 1976 (Rt 1976.1) synes lovgivers vurdering af en lovs forenelighed med grundrettighederne – jf. doktrinen om fortrinsstillede rettigheder – kun at blive tillagt betydning ved håndhævelse af de økonomiske rettigheder, mens prøvelsen af politiske og fundamentale personlige rettigheder er uafhængig heraf.

I „Kløfta-dommen“ (Rt 1976.1) udtalte førstevoterende (flertallet) om betydningen for prøvelsesmålestokken af, om lovgiver har vurderet lovens forhold til Grl § 105 om ejendomsretten, at her spiller *„Stortingets forståelse (...) en betydelig rolle“* og, at domstolene kun skal prøve, om loven er forenelig med Grunnloven, ikke om erstatningen ville blive den samme uanset loven. Derfor ville førstevoterende *„vike tilbake for å konstatere grunnlovsstrid i tilfeller hvor det foreligger rimelig tvil, og hvor Stortinget klart har vurdert og bygd på at loven ikke kommer i strid med grunnloven.“* (side 6). Derimod udtalte han, at ved rettigheder til værn om individets frihed og sikkerhed er *„grunnlovens gjennomslag betydelig“* (side 5).

At lovgivers vurdering normalt ikke tillægges betydning ved de fortrinsstillede rettigheder blev bekræftet i „Kjuus-dommen“ fra 1997 (Rt 1997.1821). Førstevoterende udtalte om betydningen af ytringsfrihedens (Grl §

100) fortrinsstillede karakter: „Grunnloven § 100 hører til blant de grunnlovsbestemmelser som er satt til vern av enkeltmenneskets personlige frihet og sikkerhet. Domstolskontrollen vil her være særlig sterk, og eventuelle forutsetninger fra lovgiver om grunnlovsmessigheten av straffebestemmelser som innskrenker ytringsfriheten, kan vanskelig tillegges vekt i retning av å innskrenke grunnlovsvernet.“ (side 1831).

Disse udtalelser er ikke uproblematisk. Det er velbegrunnet, at lovgivers vurdering ved de fortrinsstillede rettigheder i hvertfald ikke kan have stor vægt. Imidlertid er f.eks. ytringsfriheden et retsprincip („afvejningsrettighed“), hvor modstående hensyn skal afvejes, hvorfor lovgivers vurdering ikke kan være helt uden betydning. Omvendt med kravet på fuld erstatning ved ekspropriation. Dette er en retsgaranti („statusrettighed“), og domstolene har ingen grund til her at vige for lovgivers vurdering.

4.3 Dansk retspraksis

Også i dansk ret må det antages at kunne få betydning for domstolens prøvelse, om lovgiver har overset, at loven griber ind i grundrettighederne eller har været opmærksom herpå og i forarbejderne nøje afvejet de modstående hensyn. Hensynet til lovgivers vurdering bør dog alene tillægges begrænset vægt og kun ved domstolenes håndhævelse af retsprincipper („afvejningsrettigheder“).

I „Fæsteafsløsningsdommen“ (UfR 1921.644 H) lagde flere dommere under voteringen vægt på, at loven om fæstegodsets afsløsning efter forarbejderne var vedtaget i den formening, at den var i overensstemmelse med Grundloven – tilmed med enstemmighed i begge ting. Den dommer, som voterede for flertallet, fremhævede dette som en hovedbegrundelse for resultatet (ikke tilsidesættelse) og blev heri udtrykkeligt støttet af en anden af flertallets dommere. Den dommer, som voterede for mindretallet, fandt derimod lovgivningsmagts egen opfattelse uden betydning, hvilket en anden af mindretallets dommere udtrykkeligt tiltrådte. Mindretallets opfattelse kan tiltrædes. Kravet om „fuldstændig Erstatning“ er en retsgaranti.

Undertiden antages lovgivers vurdering også at få betydning ved prøvelse på grundlag af de politiske frihedsrettigheder. Munch anfører således, at lovgivers vurdering af, at en lov, der griber ind i GrL § 77, er forenelig hermed, i tvivlstilfælde næppe kan forventes tilsidesat ved domstolene.⁸⁶¹ Heri ligger vel implicit, at en så tilbageholdende målestok ikke uden

861. Munch, *Trykkefrihed og forbud*, UfR B 1982, side 68.

videre er nødvendig, hvis lovgiver ikke har set grundrettighedsproblemet. Vægten af lovgivers vurdering af ytringsfrihedens grænser bør dog under alle omstændigheder – i lyset af denne rettigheds fundamentale værdi – være begrænset.

5. Lovens faktiske grundlag – begrænset efterprøvelse af lovgivers faktiske beslutningsgrundlag og prognoser, afhængig af lovens karakter

En lovs forfatningsmæssighed vil ofte ikke (kun) bero på dens normative indhold, men (tillige) på holdbarheden af det faktiske grundlag – lovgivers antagelser om faktiske forhold eller prognoser om fremtidige virkninger – som loven hviler på.⁸⁶²

Dette faktiske element bliver navnlig relevant ved domstolenes efterprøvelse af, om loven opfylder forholdsmæssighedsgrundsætningens krav om egnethed og nødvendighed og ved efterprøvelse af, om lovgiver har opfyldt en positiv beskyttelsespligt.

Domstolenes efterprøvelse af lovgivers faktiske antagelser og prognoser må typisk være begrænset, navnlig som følge af domstolenes manglende faktuelle grundlag for at censurere lovgivers antagelser og skøn. Hvor domstole generelt er egnede – og i vekslende omfang forfatningsretligt legitimeret – til at vurdere normative forfatningsspørgsmål, vil det ofte være vanskeligere for domstolene at vurdere, om en lov hviler på urigtige antagelser om faktiske omstændigheder eller (navnlig) på uholdbare prognoser om lovens fremtidige virkninger.⁸⁶³

5.1 BVerfGs praksis

BVerfG har antaget, at den i et vist omfang kan efterprøve holdbarheden af de faktiske antagelser og prognoser om fremtidige virkninger, som en lov bygger på, og hvorpå dens overensstemmelse med forfatningen beror. BVerfG indtager dog samtidig det standpunkt, at lovgiver generelt har et vidt spillerum for skøn i så henseende. BVerfGs efterprøvelse af lovgivers faktiske antagelser og prognoser er derfor typisk begrænset.

BVerfG fastslog allerede i „Apotek-dommen“ fra 1958 (BVerfGE 7, 377

862. Jf. ovenfor kapitel 10, afsnit 3.2.

863. Jf. Starck, *Praxis der Verfassungsauslegung*, 1994, side 25f.

(412)), at domstolene også kan efterprøve *„hypothetischer Kausalverläufe, die den Normierungen des Gesetzgebers zugrundeliegen, auf ihre größere oder geringere Wahrscheinlichkeit hin“* og derfor ikke uden videre skal acceptere lovgivers vurderinger heraf. Men lovgivers faktiske antagelser og prognoser har formodningen for sig, med mindre de hviler på et usagligt grundlag.

Faktisk prøvelse er navnlig relevant ved håndhævelse af forholdsmæssighedsgrundsættningens krav om, at et lovindgreb i grundrettigheder skal være egnet og nødvendigt.

I „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (173)) gentog BVerfG, at domstolenes efterprøvelse af et lovindgrebs egnethed og nødvendighed må være begrænset: *„Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung der erstrebten Ziele sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, welcher vom Bundesverfassungsgericht (...) nur in begrenztem Umfang überprüft werden kann.“* Er der uenighed om det videnskabelige grundlag, hvorpå lovens forfatningsmæssighed beror, vil BVerfG ikke underkende lovgivers antagelser. Således i „Cannabis-dommen“ fra 1994 (BVerfGE 90, 145 (174ff)), hvor BVerfG nøje undersøgte det videnskabelige grundlag for at forbyde cannabis som et farligt rusmiddel. BVerfG fandt det videnskabeligt omstridt, hvor farligt cannabis er, og hvordan cannabisrygning bedst forebygges. Der måtte i denne situation tilkomme lovgiver et spillerum (*„Einschätzungs- und Entscheidungsprärogative“*) ved valget mellem flere potentielt egnede strategier. Derfor godkendte BVerfG generelt lovgivningen om straf for omgang med cannabis (side 183).

En tilsvarende forsigtig efterprøvelse foretager BVerfG ved spørgsmålet, om lovgivers foranstaltninger til opfyldelse af forfatningsretlige beskyttelsespligter kan forventes at virke efter hensigten. Det ses f.eks. i dommen om „Kemiske våben“ fra 1987 (BVerfGE 77,170 (215)) og „Abort-dom II“ fra 1993 (BVerfGE 88, 203 (262)).

Omfanget af lovgivers spillerum i den faktiske vurdering varierer imidlertid – ligesom det normative spillerum – afhængig af rettighedens og sagens karakter og af domstolenes mulighed for at danne sig en selvstændig vurdering.

I den ledende „Medbestemmelses-dom“ fra 1979 (BVerfGE 50, 290 (333)) fastslog BVerfG, at lovgivers skønsfrihed i det konkrete tilfælde afhænger af

det regulerede områdes karakter, betydningen af de retsgoder, som står på spil, og BVerfGs mulighed for selv at danne sig en vurdering af prognosernes holdbarhed. Ud fra disse kriterier anvender BVerfG ved efterprøvelse af lovgivers prognoser – som led i forholdsmæssighedsvurderingens egnethedskrav – forskellige prøvelsesmålestokke⁸⁶⁴:

- ved „Evidenzkontrolle“ vurderes alene, om lovgivers faktiske beslutningsgrundlag eller prognoser er åbenbart uholdbare. Denne målestok bruges på lighedsgrundsætningen og de generelle forfatningsprincipper, samt inden for området af den økonomiske politik, hvor indgrebet ikke er vidtgående.
- ved „Vertretbarkeitskontrolle“ vurderes, om lovgivers faktiske beslutningsgrundlag eller prognoser er fornuftige og rimeligt begrundet. Denne målestok bruges inden for området af den komplekse økonomiske politik, når BVerfG selv har god mulighed for at danne sig en sikrere prognose.
- ved „Inhaltliche Kontrolle“ vurderes, om lovgivers faktiske beslutningsgrundlag eller prognoser efter en indgående indholdsmæssig vurdering fremstår som korrekte. Denne målestok bruges ved intensive indgreb i individers frihed og liv eller ved andre grundrettigheder, hvor indgrebet er vidtgående.

BVerfG vil heller ikke tilsidesætte en lov, alene fordi lovgiver har været upræcis i sine forudsigelser om konsekvenserne af en økonomisk-social regulering, eller fordi BVerfG kan have sine tvivl om holdbarheden af lovgivers prognoser. Da det er vanskeligt at forudse, om lovgivers prognoser og forventninger til lovens virkninger holder stik, giver BVerfG derfor undertiden lovgiver en mulighed for at prøve sig af – en „eksperimentperiode“ – uanset BVerfGs egen skepsis i forhold til lovgivers forventninger til loven. Viser det sig senere, at lovgivers prognoser – som BVerfG kunne frygte – ikke holder, kan det af den foreløbige godkendelse fra BVerfG følge, at lovgiver uden videre intervention fra BVerfG er forpligtet til at ændre loven på eget initiativ – såkaldt „Nachbesserungspflicht“.⁸⁶⁵

5.2 Høyesteretts praksis

Høyesteretts praksis viser en udstrakt tilbageholdenhed i forhold til at efterprøve lovgivningsmagtens faktiske skøn over en lovs fremtidige virkninger.

864. Jf. om de forskellige målestokkes anvendelsesområde, Starck, 1994, side 27f.

865. Se Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, 1981, side 268.

Høyesteretts tilbakeholdenhet over for etterprøvelse af lovgivers skøn er særligt tydelig ved samfundsøkonomisk lovgivning. Høyesterett synes reelt at afstå fra at efterprøve lovgivers vurdering af, om et ekspropriativt indgreb overhovedet er egnet og nødvendigt til realisering af et almen-nyttigt formål.

Se „Den Store Koncessionssag“ fra 1918 (Rt 1918.401 (406)) om ekspropriation af private vandfald. Førstevoterende (flertallet) udtalte *„Hvorvidt den lovgivende magts oppfattelse av disse samfunnshensyn og av de virkelige eller mulige farer for samfunnsutviklingen er berettiget eller uberettiget, vil selvfølgelig i vesentlig grad være et skjønnsspørsmål og henhører ialfald efter min oppfatning ikke under domstolenes prøvelse.“* I „Kløfta-dommen“ fra 1976 (Rt 1976.1 (6)) om ekspropriasjonerstatningslovens forenelighet med Grl § 105 om ejendomsretten udtalte førstevoterende (flertallet): *„Når Stortingets flertall i den foreliggende sak har lagt betydelig vekt på at ekspropriasjonerstatningsloven vil være et tjenlig middel til å holde eiendomsprisene nede og å forhindre at såkalt samfunnsskabt verdistigning tilfaller ekspropriatene, kan domstolene ikke tilsidesette denne vurdering ut fra sitt eget skjønn (...) I den foreliggende sak kan jeg således ikke legge vekt på grunneiernes argumentasjon for så vidt den går ut på at loven ikke er noe økonomisk eller politisk hensiktsmessig middel til å påvirke eiendomsprisene i vårt land.“*

Også ved vurderingen af om en ekspropriationslov yder fuld erstatning, kan det reelt være umuligt for domstolene at efterprøve lovgivers skøn over den fremtidige udvikling.

En sag fra 1979 (Rt 1979.571) vedrørte ekspropriationerstatning ved demokratisering af private banker. Loven gav de private bankaktionærer indløsningsadgang til en gennemsnitskurs for de sidste 3 år. Høyesterett påpegede i præmisserne vanskelighederne ved at vurdere, om aktionærerne eventuelt ville lide et fremtidigt tab ved statens overtagelse af bankernes styring – gennem offentligt valgte repræsentanter i bestyrelsen (side 586 og 591). Staten blev derfor frifundet for yderligere erstatningskrav.

Måske er lovgivers skønsmæssig frihed med hensyn til faktiske antagelser ikke ubegrænset, når det gælder indgreb i fundamentale politiske og personlige rettigheder.

Se således „Kjuus-dommen“ fra 1997 (Rt 1997.1821) om strafferetlig begrænsning af ytringsfriheden under hensyn til at beskytte minoriteter mod

racediskrimination. Under sagen blev der stillet spørgsmålstegn ved, om straffebestemmelser overhovedet er et egnet middel til at modvirke racistiske ytringer. Førstevoterendes (flertallet, som ville straffe ytringerne) udtalelser vidner om en vis – omend meget begrænset – efterprøvelse af lovgivers antagelser om lovens formålstjenlighed: „Jeg kan ikke se at det hensigtsmessig-hetsskjønn lovgiver utøvet da straffeloven § 135 a [om forbud mod racediskriminerende ytringer] ble gitt, fremstår som ufundert eller saklig sett svakt på annen måte. Om det er hensigtsmessig at ha en bestemmelse som straffeloven § 135 a, må da – så langt det utelukkende er spørsmål om hensigtsmessighet – bero på lovgivers valg.“ (side 1832f). Andenvoterende (mindretallet, som ville fritage ytringerne for straf) udtalte stærkere, at „Hvilken virkning bestemmelsen har i så måte er uvisst. Det er ikke uten videre innlysende at det er formålstjenlig å strafflegge politiske meningsytringer for å fremme forståelse overfor innvandrere.“ (side 1837f).

5.3 Dansk retspraksis

Også i dansk ret kan en vis – omend typisk begrænset – efterprøvelse af lovgivers faktiske vurderinger komme på tale ved vurdering af et lovindgrebs forfatningsmæssighed.

Dette illustreres af voteringen til „Fæsteafsløsnings-dommen“ (UfR 1921.644 H). Hovedspørgsmålet var den normative fortolkning af kravet om „fuldstændig Erstatning“ i Grundlovens ekspropriationsbestemmelse. Flertallet lagde til grund, at erstatningen i overensstemmelse med loven kunne baseres på en gennemsnitspris for de senere år (1916-vurderingen), mens mindretallet fandt loven grundlovsstridig, idet erstatningen måtte udregnes på grundlag af den aktuelle markedsværdi (væsentligt højere). To af flertallets dommere inddrog imidlertid også det faktiske spørgsmål om ejendommens fremtidige værdi. De anførte, at det uanset det normative spørgsmål om erstatningsberegningen var usikkert, hvilken værdi ejendommen, såfremt fæstet først blev indløst senere, ville have til den tid (prognose).

Ved efterprøvelse af lovindgreb i individets fundamentale rettigheder må domstolene anses for forpligtet til – i det omfang det er muligt – at efterprøve de faktiske antagelser, som ligger til grund for lovgivers vurdering af indgrebets egnethed og nødvendighed.

I „Rocker-dommen“ (UfR 1999.1798 H) foretog Højesteret øjen-synlig en vis selvstændig vurdering af indgrebets egnethed – i lyset af udtalelser i forarbejderne til en senere revision af rocker-loven, hvoraf fremgik, at loven faktisk virkede – og konstaterede, at forbudet gjorde rocker-borgene uegnet som angrebsmål. Ligeledes fandt Højesteret

indgrebet nødvendigt, idet alternativet til lovens forbudsordning måtte antages at være en omfattende politiindsats af mere indgribende karakter.

6. Sammenfattende konklusion

I en balanceret – differentieret – prøvelsesstrategi har også lovens karakter m.v. betydning for grundrettighedskontrollens omfang. Dette kan føre til en skærpelse eller svækkelse af prøvelsen i forhold til, hvad rettighedens retsgrundlag, indhold og karakter generelt tilsiger. Ud fra lovens karakter, indhold og forarbejder kan der opstilles følgende generelle retningslinjer for omfanget af domstolenes grundrettighedskontrol:

Lovens generelle henholdsvis konkrete eller diskriminerende karakter. Prøvelsen skærpes ved konkrete (singulære) lovindgreb og ved generelle, men diskriminerende lovindgreb. Hvor en forsigtig prøvelse generelt er påkrævet ved lovgivers indgreb i uskravne eller meget vagt formulerede grundrettigheder og i økonomiske og sociale rettigheder, kan der være grund til at skærpe prøvelsen, hvis loven har konkret – singulær – karakter eller (ved generel lovgivning) tilsyneladende er udtryk for en forskelsbehandling, som ikke har en saglig begrundelse – diskrimination.

Lovindgrebets intensitet. Domstolenes prøvelse skærpes naturligt i takt med lovindgrebets intensitet. Dette følger allerede af forholdsmæssighedsgrundsætningen. Der er større behov for domstolskontrol ved indgreb, der berører rettighedens „kerne“, end ved bagatelagtige indgreb. Af samme grund er der ved de fortrinsstillede rettigheder ikke samme behov for en dybtgående prøvelse ved indgreb i den kommercielle rettighedsudøvelse og sfære som ved indgreb i den private rettighedsudøvelse eller intimsfære.

Lovindgrebets målgruppe. Prøvelsen skærpes, hvor indgrebet – udelukkende eller i særlig grad – rammer svage og udsatte samfundsgrupper. Uanset rettighedens grundlag og indhold har domstolene en særlig pligt til at beskytte samfundsgrupper, som har et særligt behov for beskyttelse, og som sammenlignet med andre grupper ofte ikke har samme ressourcer til eller muligheder for at sikre sine rettigheder igennem den demokratiske proces. Det gælder f.eks. børn, psykisk syge, frihedsberøvede, etniske og religiøse minoriteter m.v.

Lovforarbejdernes indhold og kvalitet. Hvis lovgiver selv har foretaget en kvalificeret vurdering af lovens forhold til grundrettighederne, kan der

være større grund for domstolene til at udvise tilbageholdenhed i prøvelsen end, hvor lovgiver ikke har været opmærksom på grundrettighedsproblemet. Lovgivers vurdering bør dog alene kunne få betydning ved håndhævelse af retsprincipper („afvejningsrettigheder“), ikke ved retsgarantier („statusrettigheder“). Lovgivers vurdering bør i øvrigt navnlig ved de fortrinsstillede rettigheder kun tillægges begrænset vægt.

Lovens faktiske grundlag. Prøvelsen af lovgivers faktiske beslutningsgrundlag og prognoser må generelt forventes at være begrænset, dog afhængig af lovens karakter. Domstolene har typisk ikke bedre mulighed end lovgiver for at vurdere rigtigheden af lovens faktiske grundlag, og navnlig kan domstolene normalt ikke vurdere holdbarheden af lovgivers prognoser om en lovs fremtidige virkninger. Prøvelsens er derfor normalt begrænset til, hvorvidt lovgivers saglige beslutningsgrundlag er åbenbart utilstrækkeligt eller uholdbart. Ved vurderingen af egnetheden og nødvendigheden af lovgivers indgreb i fortrinsstillede rettigheder, bør domstolene dog så vidt muligt efterprøve lovgivers skøn.

Grundrettighedskontrollens retsfølger

1. Indledning

Efter traditionelle retsstatsprincipper skal domstole tilsidesætte en lov, der strider mod forfatningen, som ugyldig, mens de skal godkende en lov, som ikke direkte strider mod forfatningen, som gyldig og forfatningsmæssig. Dette giver imidlertid et for simpelt billede af grundrettighedskontrollens retsfølger.

For det første involverer domstolenes grundrettighedskontrol typisk en samtidig fortolkning af såvel grundrettigheden som loven. Derfor kan grundrettighedskontrollen, hvor loven giver rum for fortolkning, munde ud i en forfatningskonform fortolkning af loven som et alternativ til tilsidesættelse af loven.⁸⁶⁶

For det andet kræver domstolenes grundrettighedskontrol typisk en selvstændig, retsskabende udlægning af grundrettighedens konkrete indhold.⁸⁶⁷ Lovens forenelighed med grundrettighederne bliver da ikke altid et spørgsmål om enten-eller, men om graden af forenelighed med grundrettighederne. Det kan derfor undertiden være legitimt, at domstolene i præmisserne over for lovgiver påpeger en mulig diskrepans mellem loven og grundrettighederne uden samtidig at tilsidesætte loven som ugyldig.

For det tredje må domstolene i grundrettighedskontrollen – selv i tilfælde, hvor loven anses at være i (klar) modstrid med grundrettighederne, og hvor denne modstrid ikke lader sig fjerne gennem fortolkning af loven – medtænke de retlige og politiske følger, en tilsidesættelse af loven vil medføre. Dette hensyn kan undertiden tilsi, at domstolene undlader at tilsidesætte loven som ugyldig, men i sine præmisser alene fastslår lovens uforenelighed med forfatningen og pålægger lovgiver at ændre retstilstanden. En sådan „blødere” retsfølge vil være velbegrundet, hvor følgerne af lovens tilsidesættelse forfatningsretligt er mere betænkelige

866. Jf. ovenfor kapitel 10, afsnit 3.1.

867. Jf. ovenfor kapitel 3, afsnit 4.

end lovens fortsatte (midlertidige) opretholdelse, eller hvor en tilsidesættelse af loven indebærer en stillingtagen til spørgsmål, som efter kompetencefordelingssynspunkter bør overlades til lovgivningsmagten.

I det følgende ses først på indholdet af – og navnlig grænserne for – det anerkendte princip om *forfatningskonform lovfortolkning*, som ofte anvendes som alternativ til (delvis) tilsidesættelse af loven (*afsnit 2*). Herefter ses på anvendelse af *andre „blødere“ retsfølger* end tilsidesættelse i tilfælde, hvor en konflikt mellem forfatning og lov ikke lader sig løse ved forfatningskonform fortolkning af loven (*afsnit 3*).

2. Forfatningskonform lovfortolkning

Forfatningskonform lovfortolkning er en form for forfatningskontrol med lovgiver, som er almindeligt anerkendt og ofte anvendt i retssystemer med forfatningskontrol.

Tilsidesættelse af en lov stempler lovgivers handlemåde som forfatningsstridig. Efter princippet om forfatningskonform fortolkning skal en lov kun tilsidesættes, hvis det ikke er muligt gennem fortolkning af loven at bringe den i overensstemmelse med forfatningen. En lov vil ofte give rum for flere fortolkninger. Såfremt ikke alle fortolkningsmuligheder er forenelige med forfatningen, skal loven gives den fortolkning, der (bedst) harmonerer med forfatningen. Den forfatningskonforme lovfortolkning behøver ikke at være den fortolkning, som – isoleret fra hensynet til forfatningen – fremstår som den mest naturlige. Tværtimod anvendes forfatningskonform fortolkning ofte for at nå et resultat, man ikke ellers ville være nået til. Forfatningskonform fortolkning kan således ofte ses som et alternativ til tilsidesættelse af loven.

Forfatningskonform fortolkning kan reelt have karakter af en (delvis) tilsidesættelse af lovgivningen, dog således at lovens ordlyd består uforandret. Dette vil særligt være tilfældet, hvis det af lovens forarbejder fremgår, at det var lovgivers hensigt, at loven skulle have et videre anvendelsesområde, end det, domstolene ud fra en forfatningskonform fortolkning når frem til. Den forfatningskonforme fortolkning indskrænker lovens tilsigtede rækkevidde. Der er ingen materiel forskel på en sådan indskrænkende fortolkning og en (delvis) tilsidesættelse. Den eneste forskel er, at lovens ordlyd i førstnævnte tilfælde formelt består uændret.⁸⁶⁸

868. Jf. Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, side 84.

Dansk teori har traditionelt ikke interesseret sig meget for forfatningskonform fortolkning som alternativ til tilsidesættelse. Ernst Andersen betragter øjensynlig grundlovskonform lovfortolkning som principielt forskellig fra – og mindre problematisk end – tilsidesættelse.⁸⁶⁹ Alf Ross er derimod opmærksom på, at en grundlovskonform, indskrænkende lovfortolkning kan være et alternativ til tilsidesættelse.⁸⁷⁰ Også Zahle omtaler kort den harmoniserende fortolkning som en teknik i lovprøvelsen.⁸⁷¹

Det centrale spørgsmål er, hvor grænserne for domstolenes forfatningskonforme lovfortolkning går.

Udgangspunktet for anvendelse af konform fortolkning er en grundsatning om, at lovgiver formodes at have villet respektere forfatningen.⁸⁷² Den forfatningskonforme fortolknings formål og resultat er at underspille konflikten mellem domstolene og lovgiver uden derved at prisgive forfatningens garantier. Fortolkningen sikrer på én gang forfatningens håndhævelse og undgår en formel underkendelse af lovgiver.⁸⁷³

Forfatningskonform lovfortolkning kan imidlertid føre til retsusikkerhed. Efter en forfatningskonform fortolkning er loven udadtil gældende som hidtil. Ved en „anstrengt“ forfatningskonform fortolkning vil den virkelige retstilstand dermed i større eller mindre grad afvige fra en naturlig fortolkning af lovens ordlyd.

Forfatningskonform fortolkning kan endvidere ikke strækkes længere, end formodningen om lovgivers respekt for forfatningen holder. Domstolenes pligt – og adgang – til forfatningskonform fortolkning rækker derfor kun så langt, det er muligt gennem fortolkning at bringe loven i overensstemmelse med forfatningen. Grænsen for konform fortolkning er nået, hvor fortolkningen kommer i strid med lovens ordlyd og/eller giver loven et indhold, som strider mod lovgivers klart udtalte forudsætninger.

869. Ernst Andersen anfører i *Forfatning og Sædvane*, 1947, side 13, at den ledende amerikanske sag om forfatningskontrol *Marbury v. Madison* fra 1803 var et tvivlsomt tilfælde, som *„kunne være klareret gennem fortolkning af loven“*.

870. Ross, *Dansk Statsforfatningsret*, 1980, bind 1, side 190.

871. Zahle, *Dansk forfatningsret*, bind 2, 1996, side 221.

872. Jf. Stern, *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, 1980, side 28.

873. Jf. Schenke, *NJW* 1979, side 1325; Maunz, *BayVBl* 1980, side 513; Geiger, *EuGRZ* 1985, side 403; Schlaich, *Bundesverfassungsgericht*, 1994, side 256; Simon, 1994, side 1669.

Ved en vidtgående brug af konform fortolkning under hensyn til at skåne lovgiver for tilsidesættelse består en fare for, at domstolene tværtimod i endnu højere grad griber ind i lovgivers beføjelser end med en tilsidesættelse. Forfatningskonform fortolkning må ikke reelt skabe ny lovgivning og må derfor ikke anvendes, hvis der kan være tvivl om, hvorvidt lovgiver ville have vedtaget loven med det indhold, den herefter har.⁸⁷⁴

Princippet om forfatningskonform lovfortolkning misbruges navnlig, hvor domstolene forandrer eller udvider lovens materielle indhold i strid med lovens ordlyd eller lovgivers udtrykkelige intentioner (det er lovgivning). Også forfatningskonform fortolkning, som indskrænker lovens rækkevidde, kan være problematisk, hvis loven dermed får et nyt indhold, som klart er i strid med lovgivers intentioner med loven.⁸⁷⁵

I disse tilfælde er den korrekte sanktion at tilsidesætte loven som forfatningsstridig og dermed „viske tavlen ren“. Derved overlades spørgsmålet om vedtagelse af en ny, forfatningsmæssig lovgivning til lovgivningsmagten.⁸⁷⁶

2.1 Forfatningskonform fortolkning i BVerfGs praksis

Efter BVerfGs praksis må en lov ikke erklæres ugyldig, hvis det er muligt at fortolke den i overensstemmelse med forfatningen. Denne pligt udledes af en formodningsregel om lovens overensstemmelse med forfatningen.⁸⁷⁷ Domstolene har pligt til om muligt at løse en uforenelighed ved konform fortolkning. I sin ledende afgørelse om forfatningskonform fortolkning fra 1953 (BVerfGE 2, 266 (282)) udtalte BVerfG:

„der Grundsatz gilt, daß ein Gesetz nicht für nichtig zu erklären ist, wenn es im Einklang mit der Verfassung ausgelegt werden kann; denn es spricht nicht nur eine Vermutung dafür, daß ein Gesetz mit dem Grundgesetz vereinbar ist, sondern das in dieser Vermutung zum Ausdruck kommende Prinzip verlangt auch im Zweifel eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes.“⁸⁷⁸

874. Se Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 19f; Heun, 1992, side 28ff; Hesse, 1995, side 32.

875. Se Schuppert, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, side 6f.

876. Jf. Schlaich, 1994, side 258; Simon, 1994, side 1669.

877. Se herom allerede BVerfGs afgørelse fra 1955 (BVerfGE 4, 157 (168)).

878. Princippet er bekræftet i senere retspraksis. Feks. afgørelse fra 1992 (BVerfGE 86, 288 (320)).

BVerfGs forfatningskonforme lovfortolkning kan undtagelsesvis fremgå direkte af domskonklusionen. Typisk henviser BVerfG dog i domskonklusionen til den fortolkning, som fremgår af præmisserne, og erklærer loven for forfatningsmæssig „*in der sich aus den Gründen ergebenden Auslegung*“, eller „*nach Maßgabe der Gründe*“. Det antages generelt, at en afgørelse baseret på forfatningskonform lovfortolkning er bindende i samme omfang som en formel tilsidesættelse af loven.⁸⁷⁹

For at undgå divergens mellem lovens ordlyd og retstilstanden knytter BVerfG til den konforme fortolkning undertiden en appel til lovgiver om at ændre lovens ordlyd, så den bringes i harmoni med BVerfGs forfatningskonforme fortolkning.

BVerfG strækker sig langt for at undgå at erklære en lov for grundlovsstridig. Adgangen til forfatningskonform lovfortolkning er dog ikke ubegrænset. BVerfG har i en principiel plenumdom fra 1980 (BVerfGE 54, 277 (299f)) fastslået, at:

- (1) fortolkningen må holde sig inden for ordlydens grænser. Konform fortolkning er derfor ihvertfald udelukket, hvor lovens ordlyd er entydigt forfatningsstridig.⁸⁸⁰
- (2) fortolkningen må ikke antaste formålet med loven og lovgivers grundlæggende intentioner og vurderinger. Konform fortolkning må ikke give loven en ny mening eller væsentligt afskære realiseringen af lovens målsætninger.

En række jurister har dog kritiseret BVerfG for ikke altid selv at respektere disse grænser – og anvende forfatningskonform fortolkning på „næsten akrobatisk vis“.⁸⁸¹ I det følgende omtales nogle eksempler fra BVerfGs grundrettighedspraksis, hvor BVerfG er blevet kritiseret for at overskride grænserne for konform fortolkning:

879. Således BVerfG selv i afgørelse fra 1971 (BVerfGE 40, 93) og Schlaich, 1994, side 253. Anderledes bl.a. Bettermann, DVBl 1982, side 95, som vil kræve, at den konforme fortolkning for at være bindende skal fremgå af selve domskonklusionen. Dette beror på en afstandtagen fra BVerfGs standpunkt, at en afgørelses bindende virkning også omfatter dens „*trägende Gründe*“.

880. Jf. f.eks. „Abort dom II“ fra 1993 (BVerfGE 88, 203 (300)).

881. Bl.a. Starck, 1976, side 27; Schenke, NJW 1979, side 1325; Stern, 1980, side 28; Simon, 1994, side 1669.

„Varetægtsfængslings-dommen“ fra 1965 (BVerfGE 19, 342 (352))

En hjemmel i straffeprocesslovens § 116 til at suspendere fra varetægtsfængsling, hvor mindre vidtrækkende midler er tilstrækkelige, blev af BVerfG fortolket udvidende til også at omfatte andre fængslingsgrunde end de opregnede. Dette skete under hensyn til personlighedsbeskyttelsen efter den tyske grundlovs artikel 2(2) og forholdsmæssighedsgrundsætningen. Over for disse hensyn kunne lovens tilsyneladende udtømmende opregning af suspensionstilfælde ikke være afgørende. Starck kritiserer dommen for at drive den forfatningskonforme fortolkning for vidt, idet den anlagte fortolkning var i strid med lovens klare ordlyd.⁸⁸²

„Forfatningsfjendtlige film“ fra 1972 (BVerfGE 33, 52 (65ff))

Efter en lov fra 1961 var det „forbudt i Tyskland at indføre og udbrede film, som efter deres indhold er egnet til at virke som propaganda imod Tysklands friheds-demokratiske forfatningsorden“. BVerfG fandt, at loven efter sin umiddelbare ordlyd var uforenelig med informationsfriheden i den tyske grundlovs artikel 5(1). Men flertallet undergav bestemmelsen en indskrænkende fortolkning, så indføringsforbudet kun ramte film, hvis indhold rettes mod bekæmpelse af den tyske forfatningsorden, og som reelt bringer denne i fare (65). Flertallet fandt denne fortolkning forenelig med bestemmelsens ordlyd og ihvertfald ikke i modstrid med lovgivers intention, skønt lovgiver ubestridt havde foretrukket en videregående fortolkning (69).

To dommere dissentierede til fordel for at erklære loven ugyldig. De fandt, at hverken lovens ordlyd, systematik eller lovgivers vilje tillod en forfatningskonform fortolkning. I lovens ordlyd var der ikke belæg for at kræve en reel fare for forfatningsordenen. Lovgivers hensigt med loven var netop at skærpe den tidligere retstilstand, som svarede til den nu af flertallet anlagte fortolkning (81f). Grænsen for konform fortolkning måtte ifølge mindretallet sættes af lovens ordlyd og en utvetydig lovgivervilje. Flertallets fortolkning ændrede derimod lovgivers målsætning ved at fratage den sit egentlige praktiske formål og erstatte det med et nyt normativt indhold. Lovgiver bør selv bestemme, om en forfatningsstridig regulering skal erstattes med en ny, forfatningsmæssig lov eller ej (83). Flertallet havde overskredet sin kompetence – kontrol med lovgivers beslutning på grundlag af forfatningen – ved at sætte sig i lovgivers sted og foretage en abstrakt afvejning mellem informationsfrihed og hensynet til statens beskyttelse. En så vidtgående anvendelse af konform fortolkning undergraver magtfordelingen mellem lovgiver og domstole – balancen mellem politisk varetagelse af almene hensyn og retlig beskyttelse af rettigheder (87).

882. Starck, Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß ..., 1976, side 27.

„Hasteforsamling“ fra 1991 (BVerfGE 85, 69 (75ff))

En mand var dømt for deltagelse i en demonstration, da demonstrationen ikke forud var anmeldt i overensstemmelse med fristerne i forsamlingslovens § 14. § 14 indeholdt ingen undtagelser til anmeldelsesfristen. Hvis anmeldelse skulle være foretaget inden for den i § 14 fastsatte frist, ville formålet med demonstrationen imidlertid ifølge BVerfG være bragt i fare. Flertallet fastslog derfor, at § 14 i lyset af den tyske grundlovs artikel 8 om forsamlingsfrihed måtte fortolkes således, at anmeldelse i sådanne tilfælde blot skulle ske „hurtigst muligt“. Flertallet fandt ikke, at det talte imod en sådan konform fortolkning, at lovens ordlyd efter dommen uændret ville indeholde en ubetinget frist for anmeldelse og derfor kunne tænkes at afholde folk fra hastedemonstrationer af frygt for strafferetlige sanktioner. Et mindretal fandt derimod, at en sådan konform fortolkning stred mod ordlyden af § 14. Mindretallet ville i stedet erklære § 14 forfatningsstridig i det omfang, den ikke sikrede en undtagelse til anmeldelsesfristen for hasteforsamlinger.

2.2 Forfatningskonform fortolkning i Høyesteretts praksis

Høyesterett har antaget, at love skal fortolkes i lyset af Grunnlovens rettighedsbestemmelser. Dette har ikke mindst haft betydning ved fortolkningen af straffelovens bestemmelser om æres- og integritetskrænkelser i lyset af Grl § 100 om ytringsfrihed.

I „Mykle-dommen“ fra 1958 (Rt 1958.479) ophævede Høyesteretts flertal (13 af 16 dommere i plenum) en beslaglæggelse af en erotisk roman. Dette skete på baggrund af en indskrænkende fortolkning af straffelovens § 211 om „utuktige skrifter“ i lyset af princippet og ånden i Grl § 100 om ytringsfrihed. Førstevoterende udtalte, at *„man ved tolkningen og anvendelsen av § 211 må ha for øye de grunnleggende prinsipper som Grunnlovens (...) § 100 bygger på til vern om (...) ytringsfriheten.“* (side 482).⁸⁸³

Ved prøvelse af love antager Høyesterett ligeledes, at domstolene har en pligt til – så vidt det er muligt – at løse en tilsyneladende modstrid mellem loven og Grunnlovens rettighedsbestemmelser gennem en grunnlovskonform fortolkning af loven.

I „Kløfta-dommen“ fra 1976 (Rt 1976.1), som vedrørte ekspropriationsersatningslovens forenelighed med Grl § 105 om ejendomsretten, udtalte

883. Om nyere retspraksis se Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, side 231ff.

førstevoterende (side 6): „Er det tvil om hvordan en lovbestemmelse skal forstås, mener jeg at domstolene i sitt valg har rett og plikt til å anvende loven på den måte som best harmonerer med grunnloven eller med det prinsipp den enkelte grunnlovsbestemmelse er sprunget ut av.“

I Høyesteretts prøvelsespraksis spiller den grunnlovskonforme lovfortolkning en fremtrædende rolle. Eivind Smith konkluderer i sit omfattende studie af Høyesteretts prøvelsespraksis, at grunnlovskonform lovfortolkning er Høyesteretts foretrukne prøvelses-teknik, mens formel tilsidesættelse af love spiller en langt mindre rolle.⁸⁸⁴

Undertiden er den grunnlovskonforme lovfortolkning så vidtgående i forhold til at fravige lovens ordlyd og forarbejder, at der reelt foreligger en tilsidesættelse.

„Kløfta-dommen“ (Rt 1976.1) fremhæves i norsk teori som et klart eksempel herpå. Lovgiver havde med ekspropriationserstatningsloven lovfæstet brugsværdien som udgangspunkt for beregning af ekspropriationserstatningen, dog med mulighed for forhøjelse i særlige tilfælde. Høyesteretts flertal (10 af 17 dommere i plenum) fandt dette stridende mod kravet i Grl § 105 om „fuld Erstatning“, da markedsværdien måtte være udgangspunktet. Høyesterett løste imidlertid konflikten ved at fortolke lovens undtagelsesbestemmelse som hjemmel for generelt at udligne forskellen mellem ejendommens brugsværdi og markedsværdi.⁸⁸⁵

Dele af teorien har påpeget de principielle betænkeligheder ved en for vidtgående anvendelse af grunnlovskonform lovfortolkning som teknik til at undgå tilsidesættelse af loven og dermed undgå en direkte konfrontation med lovgiver. Eivind Smith anfører, at det ofte vil være vanskeligt at vurdere de forfatningsretlige konsekvenser af en „tolkningsafgjørelse“, sammenlignet med en åben tilsidesættelse af loven:

„Etter mitt syn har imidlertid Høyesterett liten grunn til å holde sine konstitutionelle

884. Se Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, side 236 og 266.

885. Se Eivind Smith, 1993, side 250: „Avgjørelsen innebærer at ekspropriaten fikk større erstatning enn han skulle have hatt hvis loven var blitt tolket i samsvar med ordlyd og forarbeider. Særlig når det gjelder grunnprinsippet for beregningen av erstatning, sto det meningsinnhold som retten la inn i loven, klart i strid med dens tekst og intensjoner. (...) I realiteten, om ikke formelt, kan vi altså tale om at loven ble satt til side.“ Jf. Andenæs, 1998, side 294; Boe, Jussens Venner 1998, side 17f.

*standpunkter for seg selv. Det kan også rettes viktige innvendinger mot utstrakt bruk av tolkningsavgjørelser som alternativ til begrunnelser der tilsidesettelsen trer åpent frem. Først da ligger veien fullt åpen for videre, offentlig debatt og – i siste instans – for grunnlovsendring.*⁸⁸⁶

2.3 Forfatningskonform fortolkning i dansk retspraksis

Dansk forfatningsret kender den grundlovskonforme lovfortolkning som en metode i domstolenes prøvelse, hvorved Grundloven håndhæves uden, at domstolene derved udtrykkeligt tilsidesætter lovgivningsmagten. Som Lorenzen skriver, at det dog ofte vanskeligt at påvise den forfatningskonforme fortolknings funktion i praksis.⁸⁸⁷

Der foreligger i retspraksis en række eksempler på en EMRK-konform lovfortolkning, som undertiden er ret „anstrengt“ i forhold til lovens ordlyd og forarbejder. I disse tilfælde svarer retsstillingen (indtil loven ændres) ikke til lovens indhold.

Højesteret har i en række tilfælde foretaget en indskrænkende fortolkning af retsplejelovens regler i det konkrete tilfælde under hensyn til EMRK artikel 6. I flere tilfælde har den anlagte fortolkning reelt indebåret en tilsidesættelse af dansk lovgivnings ordlyd og – i visse tilfælde – forarbejder. Det gælder navnlig dommene om „Jydebrødrene“ (UfR 1990.13 H), „Hørsholmsagen“ (UfR 1990.181 H), „Dommerkonstitutioner“ (UfR 1994.536 H) og „Vare-tægtsfængsling under domsforhandlingen“ (UfR 1996.234 H).⁸⁸⁸

Højesteret har ligeledes i nyere retspraksis foretaget en indskrænkende fortolkning af straffelovens regler om æren og privatlivets fred under hensyn til ytrings- og mediefriheden. Fortolkningen går ofte videre, end disse reglers ordlyd og forarbejder tilsiger. Den indskrænkende fortolkning støttes i stigende grad på EMRK artikel 10, mens Grl § 77 hidtil ikke er blevet citeret. Det gælder eksempelvis dommene om „Svend Aukens baghave“ (UfR 1994.988 H) og „Vejle Amts Folkeblad“ (UfR 1997.259 H).⁸⁸⁹

Endvidere kan nævnes dommene om udvisning af narko- og voldsdømte udlændinge – bl.a. UfR 1999.271, 1390, 1394, 1503 og 1507 H og UfR 2000.293, 545 I og II, 820 og 822 H – hvor udlændingelovens regler

886. Eivind Smith, Høyesterett og Folkestyret, 1993, side 267.

887. Lorenzen, *Der Schutz der Grundrechte in Dänemark*, EuGRZ 1976, side 469.

888. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 4.5.1 og 4.5.3.

889. Se nærmere ovenfor kapitel 5, afsnit 2.6.1.

fortolkes indskrænkende, i strid med lovens ordlyd og Folketingets intentioner, under hensyn til EMRK artikel 8 om retten til privat- og familieliv.⁸⁹⁰

Også Højesterets dom i „Novadan-sagen“ fra 1999 (UfR 1999.1316 H) viser – hos flertallet – en anstrengt fortolkning af foreningsfrihedsloven under hensyn til EMRK artikel 11 om foreningsfrihed.⁸⁹¹

Når det gælder Grundloven, er det vanskeligere at finde tilsvarende tilfælde af indskrænkende lovfortolkning, der reelt minder om en (delvis) tilsidesættelse af loven.

Et muligt eksempel er dog Højesterets dom om „Statsanstalten for Livsforsikring“ (UfR 1994.29 H), hvor Højesteret ikke fandt loven om privatisering af Statsanstalten ekspropriativ efter Grl § 73 forudsat, at den blev fortolket som angivet i dommen.

Der kunne efter privatiseringslovens ordlyd og forarbejder være en vis tvivl om, hvorvidt forsikringstagerne efter privatiseringen af Statsanstalten ville have fuldt ud samme rettigheder som hidtil. Det gjaldt navnlig spørgsmålet om deres fortsatte fulde andel i det nye forsikringsselskabs overskud. For Højesteret tilkendegav Finansministeriet imidlertid, at selv om Grl § 73 ikke krævede dette, skulle loven forstås således, at hele overskuddet (efter henlægninger) ville blive fordelt som bonus til forsikringstagerne uden tidsbegrænsning og indtil forsikringsperiodens udløb. Højesteret fandt, at i hvertfald når staten garanterede for, at forsikringstagerne fortsat og uden begrænsninger fik andel i overskuddet, var loven ikke i strid med Grl § 73.

3. Alternativer til tilsidesættelse ved modstrid – „blødere” retsfølger⁸⁹²

Hvor forfatningskonform lovfortolkning ikke kan løse konflikten mellem grundrettighederne og loven, kan det overvejes, om en tilsidesættelse af loven altid er den eneste – og bedste – løsning. I visse tilfælde kan det

890. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 4.5.3.

891. Se nærmere ovenfor kapitel 7, afsnit 3.2.2.

892. I det følgende omtales ikke muligheden for at tilkende ekspropriationserstatning med direkte hjemmel i Grl § 73, hvor en lov, der ikke fremtræder som sådan, anses for ekspropriativ. Tilsvarende antager Kirsten Ketscher, at et krav på forsørgelse efter Grl § 75(2), som lovgiver ikke har opfyldt, kan håndhæves ved domstolene umiddelbart på grundlag af Grl § 75(2) (Ketscher, 1998, side 162).

være hensigtsmæssigt, at domstolene afstår fra en formel tilsidesættelse og i stedet sender et „blødere“ signal til lovgiver. Anvendelse af sådanne „mellemformer“ kan være en pragmatisk løsning på de problemer, der kan opstå ved rigoristisk anvendelse af enten gyldighed eller ugyldighed.

Principielt kan man indtage ét af to grundstandpunkter til en sådan differentiering i de mulige retsfølger af grundrettighedskontrol:

(1) En differentiering er acceptabel ud fra synspunktet „det mindre i det mere“ og hensigtsmæssig som et smidigt instrument for dialog mellem domstole og lovgiver. Når en domstol har kompetence til at erklære love ugyldige, må man – som det mindre i det mere – anerkende, at domstolen ud fra saglige hensyn (til de retlige, politiske og praktiske følger af afgørelsen) kan vælge en mindre vidtgående retsfølge, så de uønskede konsekvenser af en ugyldighedserklæring afbødes.⁸⁹³

(2) En differentiering uden udtrykkelig hjemmel er i strid med grundlæggende retsstatslige principper om konsekvens og forudsigelighed. Domstole bør som retsinstanser kun anvende de retsfølger, der er hjemmel til. En differentiering øger retsusikkerheden, da det bliver vanskeligt at forudse domstolenes reaktion over for en forfatningsstridig lov. En differentiering kan friste domstolene til at kritisere lovgiver i tilfælde, hvor man ikke ville turde tilsidesætte loven og dermed – imod intentionen – føre til en større indblanding fra domstolene i lovgivers kompetence end ved fastholdelse af alternativet godkendelse/tilsidesættelse. Det kan endvidere friste domstolene til – som en „overlovgiver“ – at opstille retningslinjer for en forfatningsmæssig lovgivning.⁸⁹⁴

Betænkighederne er reelle. Principielt bør det dog anerkendes, at grundrettighedskontrollen – selv i tilfælde, hvor loven anses at være i (klar) modstrid med grundrettighederne – må medtænke de retlige og politiske følger, en tilsidesættelse af loven vil medføre. Dette kan tilsi-ge, at domstolene undlader generelt at tilsidesætte loven som ugyldig, men alene løser den konkrete sag og samtidig fastslår lovens uforenelighed med forfatningen, hvilket lovgiver pålægges at rette op på. Dette vil navnlig kunne være velbegrundet, hvor følgerne af lovens tilsidesættelse forfatningsretligt er mere betænkelige end lovens fortsatte (midlertidige)

893. Jf. Rupp-von Brünneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?*, 1970, side 378; Pestalozza, *„Noch Verfassungsmäßige“ und „bloß Verfassungswidrige“ Rechtslagen*, 1976, side 555ff; Maunz, *Das verfassungswidrige Gesetz*, BayVBl 1980, side 518.

894. Således bl.a. Heun, 1992, side 21ff; Schlaich, 1994, side 259f.

opretholdelse, eller hvor lovens tilsidesættelse indebærer en stillingtagen til spørgsmål, som bør overlades til lovgiver.

Efter dette standpunkt er domstolene funktion ikke alene at kontrollere lovgivers overholdelse af grundrettighederne, men tillige – som en del af statsmagten – at indgå i et samarbejde og en dialog med lovgiver om virkeliggørelse af forfatningens principper. Daværende forfatningsdommer Rupp-von Brünneck har udtrykt det rammende:

*„Aber diese Binde vor den Augen erhebt das Gericht nicht der Pflicht, seine Aufgabe als **Teilfunktion im Verfassungsganzen** zu sehen, die wesensmäßig auf **Zusammenarbeit** mit den anderen Verfassungsorganen gerichtet ist. (...) Dies erfordert, daß das Gericht den jeweils vor ihm ausgetragenen Rechtsstreit in seiner Bedeutung für die Verfassungsordnung und Verfassungswirklichkeit versteht, d.h. unter Berücksichtigung der Realitäten, die diesen Streit veranlaßt haben, und der praktischen Probleme, welche die Auslegung der Verfassung in der einen oder anderen Weise aufwirft.“*⁸⁹⁵

Ud fra dette synspunkt kan det navnlig være velbegrundet, at domstolene afstår fra en „ren“ tilsidesættelse af loven til fordel for en blødere reaktion i følgende tilfælde⁸⁹⁶:

Hensynet til retssystemets funktion. Det forfatningsretligt legitime hensyn til retssystemets funktionsdygtighed kan tale for anvendelse af sådanne mellemformer. Tilsidesættelse af en lov kan undertiden have mere skadelige konsekvenser end en (midlertidig) opretholdelse af den (delvist) forfatningsstridige lov. I sådanne tilfælde er det praktisk, at domstolene kan gøre lovgiver opmærksom på lovens uforenelighed med grundrettighederne, men lade loven forblive midlertidigt i kraft. Herved undgås „huller“ i retssystemet, uden at beskyttelsen af grundrettighederne sættes over styr.

Hensynet til lovgivers valgfrihed. Hensynet til lovgivningsmagts kompetence kan i visse tilfælde tale for anvendelse af blødere retsfølger end en ren tilsidesættelse af loven. Konsekvenserne af en lovs delvise ugyldighed kan indebære et valg mellem flere muligheder, som ud fra kompetencefordelingshensyn bør overlades til lovgiver. Hvis en delvis ugyldigheds-

895. Rupp-von Brünneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht ...*, 1970, side 365 (mine udhævninger).

896. Se nærmere Schenke, NJW 1979, side 1325; Gusy, 1985, side 45f; Simon, 1994, side 1668f; Isensee, JZ 1996, side 1092.

erklæring derfor ville indebære, at domstolene traf dette valg, må det foretrækkes, at domstolene alene gør lovgiver opmærksom på lovens uforenelighed med forfatningen.

Ønsket om at sende et blødt signal. Lovens forenelighed med grundrettighederne er ikke altid et spørgsmål om enten-eller, men om graden af forenelighed med grundrettighederne. Det kan derfor undertiden være legitimt, at domstolene over for lovgiver påpeger en mulig diskrepans mellem loven og grundrettighederne uden samtidig at tilsidesætte loven som ugyldig. Et blødt signal om at loven er „på kant“ med grundrettighederne må i så fald sendes i præmisserne som et obiter dictum.

3.1 Alternative retsfølger i BVerfGs praksis

Efter tysk forfatningsret er en lov, som strider mod forfatningen, som udgangspunkt ugyldig. Den tyske grundlov bygger på denne forudsætning, og ugyldighedsvirkningen er udtrykkeligt stipuleret i loven om BVerfG (BVerfGG).⁸⁹⁷ BVerfG har imidlertid selv udviklet en differentieret „vifte” af alternative reaktionsmuligheder. Alternativerne til tilsidesættelse indgår som et vigtigt element i BVerfGs grundrettighedskontrol.

Bag de retsskabte alternativer til tilsidesættelse ligger navnlig et hensyn til på én gang at sikre respekt for forfatningen og respekt for lovgivers kompetence. Som Rupp-von Brünneck skriver: *„Das Bemühen, trotz der geschilderten Ausdehnung der verfassungsgerichtlichen Prüfung nicht zu stark in die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers einzugreifen, hat auch einen Niederschlag in der Entwicklung eines differenzierten Kataloges von Rechtsfolgenanordnungen gefunden, d.h. in den Varianten der bei Feststellung eines Verfassungsverstoßes zu treffenden Entscheidungen und entsprechend abgestuften Sanktionen.“*⁸⁹⁸

BVerfGs kan statuere, at loven helt eller delvist er uforenelig med forfatningen („*unvereinbar*“), men anvendelig indtil videre, idet lovgiver pålægges at ændre loven.

BVerfG kan endvidere statuere, at loven er „endnu forfatningsmæssig“ („*noch verfassungsmässig*“), men rette en appel eller et pålæg til lovgiver om at ændre loven.

897. Den tyske grundlovs artikel 100 (1), 1. pkt fastslår en pligt for de almindelige domstole til at forelægge sager for BVerfG, såfremt sagen involverer et spørgsmål om grundlovsmæssigheden af en lov „*auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt*”. Se også Schlaich, 1994, side 220.

898. Rupp-von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt*, AöR 1977, side 18f.

3.1.1 Loven „uforenelig med forfatningen“, men fortsat (midlertidigt) anvendelig

BVerfG har oprindeligt selv opfundet denne beslutningsform for at muliggøre, at en forfatningsstridig lov fortsat (midlertidigt) kan anvendes, indtil den ændres af lovgiver.⁸⁹⁹ Beslutningsformen har nu hjemmel i BVerfG-loven (BVerfGG §§ 31(2) og 79(1)), som dog ikke bestemmer i hvilke tilfælde, BVerfG skal vælge denne retsfølge.

Hvor BVerfG erklærer en lov eller dele heraf for uforenelig med forfatningen, har lovgiver pligt til ufortøvet at tage initiativ til at etablere en forfatningsmæssig retstilstand – enten ved at ændre eller ophæve (dele af) loven. BVerfG kan sætte en frist for lovgiver og gør det ofte.⁹⁰⁰ I flere sager har BVerfG desuden rådgivet lovgiver om, hvilke krav, den ny lov må opfylde for at være grundlovmæssig.

BVerfG har navnlig i følgende situationer ofte valgt at erklære loven for „uforenelig med forfatningen“, men anvendelig indtil videre⁹⁰¹:

Forskelsbehandling i strid med lighedsgrundsætningen. Hvor loven indebærer en retsstridig udelukkelse af bestemte grupper fra en begunstigelse, antages, at BVerfG end ikke må erklære loven ugyldig, da den begunstigede gruppe derved fratages sine lovmæssige rettigheder.⁹⁰² BVerfG har i en afgørelse fra 1967 (BVerfGE 22, 349 (361f)) fastslået, at det i disse tilfælde må overlades til lovgiver at vælge, om begunstigelsen skal udvides i overensstemmelse med forfatningens lighedskrav, om begunstigelsen helt skal fjernes, eller om en helt ny regulering skal til.

Tilfælde hvor et „retshul“ truer. Hvor ugyldighed ville have uacceptabelt vidtrækkende konsekvenser for retssystemet, vælger BVerfG at erklære loven for uforenelig med forfatningen, men fortsat (midlertidigt) anvendelig. Det bliver relevant i tilfælde, hvor det „retshul“, som lovens ugyldighed ville efterlade, forfatningsretligt er mere betænkeligt end den

899. Jf. Schenke, NJW 1979, side 1326; Stern, 1980, side 30.

900. Hvis lovgiver ikke overholder en fastsat frist, kan loven derefter erklæres for ugyldig af alle retsinstanser. Desuden har BVerfG fastslået, at de lavere domstole i tilfælde af fristoverskridelse fra lovgivers side kan se bort fra loven og træffe afgørelse direkte med grundlag i forfatningen. Og lovgiver er da antagelig erstatningsansvarlig for sin passivitet. Se nærmere Schlaich, 1994, side 231, jf. 244f.

901. Se Pestalozza, 1976, side 529ff; Heun, 1992, side 21ff.

902. Jf. Rupp-von Brünneck, AöR 1977, side 19; Stern, 1980, side 30.

forfatningsstridige retstilstand.⁹⁰³ Da bestemmer BVerfG, at loven midlertidigt kan anvendes i en begrænset periode. Typiske tilfælde, hvor en forfatningsstridig lov må opretholdes indtil videre, er forfatningsstridige skattelove og andre love, som er uundværlige for samfundets funktion.

I „Numerus Clausus-dommen“ fra 1972 (BVerfGE 33, 303 (346)) fandt BVerfG, at en indført adgangsbegrænsning til de videregående uddannelser var uforenelig med den tyske grundlovs artikel 12 om erhvervs- og uddannelsesfrihed, fordi lovgiver ikke selv havde opstillet kriterierne for adgangsbegrænsningen, men delegeret dette til forvaltningen. Lovens tilsidesættelse ville medføre, at universiteterne i en periode – indtil lovgiver fik vedtaget en ny lov – skulle optage studerende uden lovhjemmel. BVerfG fandt det på denne baggrund nødvendigt alene at erklære adgangsreglerne „uforenelige med forfatningen“, men midlertidigt anvendelige, indtil lovgiver – indenfor en fastsat frist – fik vedtaget en ny, forfatningsmæssig lov.

I „Formuebeskatnings-dommen“ fra 1995 (BVerfGE 93, 121) fandt BVerfG loven om formuebeskatning uforenelig med den tyske grundlovs artikel 14 om ejendomsretten og artikel 3 om lighed for loven. Men for ikke at fjerne statens beskatningsgrundlag og dermed skabe en uholdbar økonomisk situation nøjedes BVerfG med at erklære formuebeskatningsloven for uforenelig med forfatningen, men midlertidigt anvendelig i halvandet år fra dommen. Inden denne dato var lovgiver forpligtet til at vedtage nye regler.

Forfatningsstridig passivitet fra lovgiver. Hvor forfatningen indeholder positive handlepligter for lovgiver, kan lovgiver gøre sig skyldig i en forfatningsstridig undladelse. Denne kan imidlertid i sagens natur ikke mødes med retsfølgen ugyldighed. Er handlepligten efter forfatningen af ubestemt indhold, kan BVerfG kun statuere, at lovgivers passivitet er forfatningsstridig. Er handlepligten konkret, statuerer BVerfG en „forfatningsstridig undladelse“, såfremt forfatningsklagen vedrører undladelsen.⁹⁰⁴

3.1.2 Loven „endnu forfatningsmæssig“, men lovgiver pålægges at ændre den

I andre tilfælde vil BVerfG nøjes med at erklære loven for „endnu forfatningsmæssig“, men samtidig appellere til eller pålægge lovgiver at tilvejebringe fuld forfatningsmæssighed eller afværge en truende fremtidig forfatningsstridig retstilstand. Også denne afgørelsesform har BVerfG selv

903. Jf. Schenke, NJW 1979, side 1326; Stern, 1980, side 30.

904. Jf. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 1994, side 235f.

opfundet, og den har fortsat ingen lovhjemmel. BVerfG påpeger med denne afgørelsesform en diskrepans mellem forfatningen og loven, som lovgiver må reparere. Pestalozza har formuleret det således:

*„Zwischen Nichtigkeit und makelloser Verfassungsmässigkeit scheint eine graue Zone verfassungsimperfekter Zustände zu entwickeln, in der sich nach sachlichen Gesichtspunkten nicht mehr auseinanderhalten läßt, was verboten, was lediglich nicht eigens erlaubt ist.“*⁹⁰⁵

BVerfG kan nøjes med at statuere, at lovgiver har pligt til at revurdere en lov i lyset af ændrede omstændigheder eller pligt til at udbygge en i øvrigt forfatningsmæssig lov. BVerfG kan dog også sætte en passende tidsfrist for lovgiver og herved tage hensyn til, hvor kompliceret – teknisk og politisk set – en lovreform vil være. Oversiddes fristen, bliver retstilstanden forfatningsstridig. BVerfG har undertiden forlænget fristen eller truet lovgiver med, at domstolene selv vil lægge forfatningen til grund, hvis lovgiver ikke overholder fristen.⁹⁰⁶ Også ved retsfølgen “endnu forfatningsmæssig” kan BVerfG give lovgiver råd og vejledning om de nødvendige fremtidige lovændringer.

BVerfG har navnlig i følgende situationer ofte valgt at anvende retsfølgen “endnu forfatningsmæssig” med appel til lovgiver om ændring af loven⁹⁰⁷:

Lovgiver har endnu tid til at opfylde en forfatningsretlig handlepligt. BVerfG vil undertiden tilstå lovgiver et vist tidsrum til at opfylde en forfatningsretlig handlepligt, men samtidig understrege, at yderligere passivitet vil medføre en forfatningsstridig retstilstand. Det antages, at BVerfG – da handlepligten i første række retter sig til lovgiver – kun i nødstilfælde og efter flere forgæves appeller til lovgiver selv kan skride til realisering af statens forfatningsretlige handlepligt.⁹⁰⁸

Loven indrømmes en „prøvetid“. Hvis en lovs forfatningsmæssighed beror

905. Pestalozza, “Noch Verfassungsmäßige” und “bloß Verfassungswidrige” Rechtslagen, 1976, side 540.

906. Jf. Schlaich, Bundesverfassungsgericht, 1994, side 250.

907. Se Pestalozza, 1976, side 540ff; Heun, 1992, side 24ff.

908. Jf. Heun, 1992, side 26f. I spørgsmålet om ligestilling af “ægte” og “uægte” børn satte BVerfG først efter næsten 20 års respit til lovgiver en frist på et år til at sikre ligestillingen, jf. den tyske grundlovs artikel 6(5)). Lovgiver var da i gang med en reform. Se Rupp-von Brünneck, 1970, side 371, der betegner sagen som et klart eksempel på en pragmatisk løsning.

på de faktiske antagelser og prognoser, som lovgiver har lagt til grund ved vedtagelsen, men BVerfG nærer tvivl om holdbarheden heraf, vil BVerfG ofte – med mindre lovgivers faktiske antagelser eller prognoser anses for åbenbart fejlagtige – give lovgivers forudsætninger en chance. Loven erklæres da for „endnu forfatningsmæssig“, men lovgiver pålægges at følge udviklingen nøje og – såfremt lovgivers prognoser ikke holder stik – tilpasse loven inden for rimelig tid („Nachbesserungspflicht“).

Loven er „på vej“ til at blive forfatningsstridig. En oprindelig forfatningsmæssig lov kan blive forfatningsstridig som følge af ændrede faktiske forhold eller ændrede normative vurderinger. Hvis man er midt i en sådan dynamisk proces, vil BVerfG være forsigtig med at erklære loven ugyldig og i stedet advare lovgiver om lovens snarlige forfatningsstridighed ved at erklære den for „endnu forfatningsmæssig“.

I „Valgkredsinddelings-dommen“ fra 1963 (BVerfGE 16, 130) havde befolkningstallene i valgkredsene ændret sig, så kredsinddelingen i den gældende valglov ikke længere var forfatningsmæssig. BVerfG underkendte imidlertid ikke det foregående valg. Konsekvensen ville have været, at der intet lovligt parlament var og dermed ingen til at lave en ny forfatningsmæssig valglov til brug for et nyvalg. Denne situation ville ifølge BVerfG i højere grad end en midlertidig bevarelse af de hidtidige regler være forfatningsstridig.⁹⁰⁹ Da hensynet reelt var at undgå et hul i det forfatningsretlige system, havde det dog her været mere velbegrundet at anvende retsfølgen „uforenelig med forfatningen, men gyldig indtil videre“.

Loven er „på kant“ med forfatningen. Finder BVerfG, at loven alene er på kant med forfatningen, kan det være hensigtsmæssigt at erklære loven for „endnu forfatningsmæssig“, men samtidig bede lovgiver bringe loven i bedre harmoni med forfatningen.

I sagen om „Valgret for bosiddende i udlandet“ fra 1981 (BVerfGE 58, 202) havde tyskere bosiddende i udlandet ikke stemmeret efter valgloven. Det gjaldt også klager, som var ansat ved EF i Bruxelles. Skønt BVerfG afviste forfatningsklagen, udtalte den i sin afgørelse alvorlig tvivl om, hvorvidt det var foreneligt med den tyske grundlovs artikel 38 om den frie og lige valgret

909. Se om afgørelsen Rupp-von Brünneck, AöR 1970, side 356 og 371. Se tilsvarende en afgørelse fra 1975 (BVerfGE 39, 169 (194f)) om betydningen for en lovs forfatningsmæssighed af ændrede faktiske forhold og samfundsnormer vedrørende kvindens rolle i ægteskabet og familien.

også at nægte EF-ansatte stemmeret. BVerfG rådede lovgiver til at se på spørgsmålet i lyset af den stigende integration mellem den tyske retsorden og EF. Lovgiver fulgte op nogle år senere ved at udvide stemmeretten til alle tyske statsborgere bosat i EF.

3.1.3 BVerfGs frister og retningslinjer til lovgiver

BVerfG kan, som vist, yderligere nuancere sin reaktion ved at give retningslinjer for en fremtidig forfatningsmæssig lovgivning og/eller fastsætte frister for lovændring.

Retningslinjer til lovgiver. BVerfG kan i tilknytning til en afgørelse om, at loven er „forfatningsstridig og ugyldig“, „uforenelig med forfatningen“ eller „endnu forfatningsmæssig“ give lovgiver retningslinjer for, hvordan diskrepansen kan og bør udbedres.

BVerfG kan nøjes med at fastslå, at lovgiver skal bringe retstilstanden i orden. Ikke sjældent vælger BVerfG dog at give retningslinjer om indholdet af en forfatningsmæssig lovgivning. Dette er ikke en pligt for BVerfG, men udtryk for viljen til samarbejde og dialog. Disse retningslinjer – som formelt alene har karakter af ikke-bindende obiter dicta – skal hindre, at lovgiver efterfølgende ændrer loven på en måde, så den fortsat er uforenelig med forfatningen.⁹¹⁰ Bliver disse retningslinjer imidlertid for konkrete, har mange hævdet, at BVerfG overskrider sin kompetence ved reelt at formulere ny lovgivning frem for at overlade dette til lovgiver.⁹¹¹

Af grundrettighedssager kan nævnes „Numerus Clausus-dommen“ fra 1972 (BVerfGE 33, 303), hvor BVerfG krævede lige adgang til uddannelsespladser og beordrede oprettelsen af en landsdækkende institution til fordeling af ansøgerne; „Abort-dom I“ fra 1975 (BVerfGE 39, 1), hvor BVerfG reelt selv formulerede en strafferetlig lovgivning mod ulovlig abort; „Formuebeskatnings-dommen“ fra 1995 (BVerfGE 93, 121), hvor BVerfG fastsatte detaljerede krav til en forfatningsmæssig formuebeskatningslovgivning. I alle dommene var der dissens ud fra det synspunkt, at BVerfG hermed havde overskredet sin kompetence.

Frister for lovgiver. BVerfG kan endvidere vælge at sætte frister for lovgivers opfyldelse af sin pligt til at ændre lovgivningen i tilknytning til en afgø-

910. Jf. Rupp-von Brünneck, *Darf das Bundesverfassungsgericht ...*, 1970, side 366.

911. Kritisk således Starck, 1976, side 27; Stern, 1980, side 30.

relse om, at loven er „uforenelig med forfatningen“ eller „endnu forfatningsmæssig“, samt fastslå retsvirkningerne af en eventuel fristoverskridelse. BVerfG sætter ofte sådanne frister. Disse frister er bindende for lovgivningsmagten og kan alene ændres af BVerfG selv.

3.2 „Vink“ til lovgiver i Høyesteretts praksis

Egentlige alternative retsfølger kendes ikke i norsk forfatningsret. Men Høyesterett har undertiden obiter dictum givet lovgiver et „vink“ om en forfatningsstridig retstilstand.

Høyesterett har i sager, som vedrørte principielle forfatningsretlige spørgsmål, undertiden valgt at gå videre end nødvendigt for afgørelsen af den konkrete sag for derved – obiter dictum – at advare lovgiver om en forfatningsretligt problematisk retstilstand.

Et vigtigt eksempel er Høyesteretts kendelse om „Arbejdsretten“ fra 1980 (Rt 1980.52). Konkret angik kæremålet underrettens henvisning af en afskedigelsessag til arbejdsretten. Principielt var spørgsmålet, om arbejdstvistlovens regler, hvorefter arbejdsretlige spørgsmål – herunder afskedigelsessager – henhørte eksklusivt under arbejdsretterne, var forenelige med Grl § 88, hvorefter „Høyesterett dommer i sidste Instans“. Høyesterett fandt det ikke i strid med Grl § 88, at første- og andeninstansbehandlingen af arbejdsretlige sager foregik ved arbejdsretterne. Dermed var det rejste spørgsmål besvaret. Høyesterett udtalte sig imidlertid også obiter dictum om, hvorvidt det var i strid med Grl § 88, at loven også afskar anke til Høyesterett som sidste instans. Retten gav et klart signal om, at loven på dette punkt var grunnlovsstridig (side 58f):

„Gode grunner kan tale for at det ikke vil være i samsvar med grunnlovens § 88 å avskjære enhver anke til Høyesterett i store grupper av saker [og om den konkrete lovgivning udtales] ut fra stillingsvernets betydning synes det derfor også her betenkelig å avskjære enhver anke til Høyesterett.“ (side 58f). Førstvoterende tilføjede herefter med adressat til lovgiver: *„Som nevnt vil de problemer jeg her har berørt, i nærværende sak ikke oppstå før det eventuelt foreligger dom i Arbeidsretten. Det er videre den mulighet at loven blir endret før slik dom foreligger.“*

Høyesteretts vink blev opfanget af lovgiver, og loven blev ændret.⁹¹² Hermed undgik lovgiver – med Høyesteretts hjælp – at få loven tilsidesat

912. Efter den nye lov skal sager om opsigelse eller afskedigelse behandles af de almindelige domstole og med Høyesterett som øverste instans, jf. Andenæs, 1998, side 165f.

i en senere ankesag for Høyesterett, hvor spørgsmålet om afskæring af anke til Høyesterett ellers ville blive aktuelt.

3.3 „Vink“ til lovgiver i EMDs praksis

EMD kan i princippet kun enten domfælde eller frifinde den indklagede stat. I praksis kan en frifindelse af staten imidlertid formuleres, så den samtidig rummer en „løftet pegefinger“ over for den indklagede stat – og andre stater med samme retstilstand – om, at EMD måske i nærmere fremtid vil underkende retstilstanden i lyset af udviklingen.

Et eksempel herpå findes i dommen om *Rees* fra 1986 (EMD 106) vedrørende retten til respekt for privatlivet efter EMRK artikel 8. En transseksuel ønskede sit nye køn anerkendt gennem en ændring i de offentlige registre og papirer, herunder en ændring af fødselsattesten. EMD anerkendte for så vidt en vis positiv pligt for staten til at anerkende kønsskifte i officielle papirer, men kunne ikke følge kravet om, at også fødselsattester skulle ændres. På retsudviklingens nuværende stade måtte det overlades til staten at vurdere, i hvilket omfang et sådant krav fra transseksuelle personer kunne imødekommes. EMD frifandt derfor staten, men kom herefter med en advarsel om en mulig fremtidig skærpelse af vurderingen (præmis 47):

„However, the Court is conscious of the seriousness of the problems affecting these persons and the distress they suffer (...) The need for appropriate legal measures should therefore be kept under review having regard to scientific and social developments.“

3.4 Alternative retsfølger og “vink” til lovgiver i dansk retspraksis

Ved håndhævelse af EMRK har Højesteret i flere tilfælde, hvor dansk lovgivning – i lyset af EMDs praksis – måtte antages at være i strid med EMRK eller, hvor overensstemmelsen med EMRK ihvertfald var meget tvivlsom, i nogle tilfælde lagt sin egen fortolkning af EMRK til grund i det konkrete tilfælde, men henskudt den generelle løsning til lovgivningsmagten under hensyn til de vidtrækkende konsekvenser, en generel ændring af retstilstanden ville have. Denne fremgangsmåde blev anvendt bl.a. i „Hørsholm-sagen“ (UfR 1990.181 H) og sagerne om „Dommerkonstitutioner“ (UfR 1994.536 H) og „Varetægtsfængsling under domsforhandlingen“ (UfR 1996.234 H).⁹¹³

913. Se nærmere ovenfor kapitel 4, afsnit 4.5.1 og 4.5.3.

En pointe ved denne fremgangsmåde er – foruden hensynet til lovgivningsmagten – at påse EMRKs efterlevelse, men samtidig sikre, at det danske retssystem fortsat kan fungere, indtil reglerne laves om (med eventuelle overgangsordninger).

Man kan dog stille spørgsmålstejn ved, om fremgangsmåden kan forsvares retligt og (fortsat) kan forventes anvendt i tilfælde, hvor EMDs praksis – og dermed EMRKs indhold – er tilstrækkeligt klar.⁹¹⁴

Disse sager viser endvidere, at Højesteret tager det generelle spørgsmål op i stedet for blot at afgøre den konkrete sag for dermed at give lovgiver et vink om, at den generelle retstilstand bør laves om, idet Højesteret samtidig i præmisserne angiver de principper i EMDs praksis, en sådan lovændring må orientere sig efter.

En tilsvarende fremgangsmåde bør i visse tilfælde også kunne anvendes med hensyn til Grundlovens rettigheder således, at det konkrete tilfælde løses efter domstolens opfattelse af Grundlovens krav, mens en generel ændring af retstilstanden henskydes til lovgiver under angivelse i præmisserne af nogle principielle retningslinjer.

Zahle har således kritiseret, at Højesteret i sagen om „Dommerkonstitutioner“ (UfR 1994.536 H) bortfortolkede GrL §§ 3 og 64 til fordel for EMRK artikel 6. Højesteret har formentlig herved også ønsket at undgå den tilbagevirkende kraft, som en underkendelse af konstitutionspraksis som grundlovsstridig kunne have for tidligere afsagte domme. Ikke desto mindre kunne et vink til lovgiver lige så vel have baseret sig på Grundlovens bestemmelser som på EMRK. Zahle anfører herom principielt – og i tråd med Rupp-von Brünnecks før omtalte tanke om dialog mellem domstole og lovgiver:

„Også for grundlovens bestemmelser kan grundlovens krav opfattes som til dels rettet til lovgivningsmagten, således at det ikke er domstolens opgave primært at gribe ind, men at rette lovgivningen til gennem afgørelser som den foreliggende. Grundloven fortolkes som et „lovgivningsprogram“ af obligatorisk karakter.”⁹¹⁵

914. Kritisk Lorenzen, *Danske domstole og menneskerettighederne*, Lov og Ret, nr. 3 1999, side 6.

915. Zahle, *Er brug af konstituerede dommere brud på grundloven?*, Lov og Ret, nr. 4 1995, side 13.

4. Sammenfattende konklusion

Efter traditionelle retsstatsprincipper må domstolenes grundrettighedskontrol munde ud i enten en tilsidesættelse af loven som forfatningsstridig og ugyldig eller en godkendelse af loven som forfatningsmæssig og gyldig. Dette enten-eller alternativ udgør dog en forenklet og i nogle tilfælde utilfredsstillende ramme for grundrettighedskontrollen.

Forfatningskonform lovfortolkning. En vigtig og almindeligt anerkendt mellemform til dette enten-eller alternativ er den forfatningskonforme lovfortolkning, som indebærer, at en lov ikke må tilsidesættes, hvis den kan fortolkes i overensstemmelse med forfatningen. Hvor forfatningskonform fortolkning afviger fra en naturlig fortolkning af ordlyd og forarbejder, svarer den konforme fortolkning reelt til en (delvis) tilsidesættelse af loven, blot med den forskel, at lovens ordlyd formelt består uændret. Det er imidlertid afgørende, at den konforme fortolkning ikke strækkes for vidt. „Kunstige“ fortolkninger, som strider imod lovens klare ordlyd eller lovgivers klart udtrykte intentioner, må undgås. De skader borgernes retssikkerhed, fordi retsstillingen herefter ikke svarer til, hvad lov og forarbejder siger, og de skader navnlig domstolsprøvelsens legitimitet, fordi konfrontationen med lovgiver sløres bag en fortolkningskonstruktion.

„Bløde“ alternativer til tilsidesættelse ved modstrid med forfatningen. Mere kontroversielt er spørgsmålet, om domstolene – hvor lovens modstrid med grundrettighederne ikke lader sig bortfortolke – i stedet for „rent“ at tilsidesætte loven undertiden bør kunne vælge en „blødere“ reaktionsform, så loven fortsat (midlertidigt) kan anvendes.

Udgangspunktet bør her klart være, at loven skal tilsidesættes som ugyldig. Det bør dog anerkendes, at domstolene i grundrettighedskontrollen ikke alene fungerer som kontrolorganer, men også som en del af statsmagten i bredere forstand. Domstolene har således et medansvar for – i samarbejde med lovgiver – at sikre såvel forfatningens efterlevelse som retssystemets funktionsdygtighed. Derfor er det legitimt, at domstolene i grundrettighedskontrollen inddrager overvejelser om de retlige og politiske følger, som en tilsidesættelse af loven vil medføre.

Dette hensyn kan tilsige, at domstolene undlader at tilsidesætte loven som ugyldig, men i sine præmisser alene fastslår lovens uforenelighed med forfatningen og pålægger lovgiver at ændre retstilstanden. En sådan „blødere“ retsfølge vil være velbegrundet, hvor følgerne af lovens tilside-

sættelse forfatningsretligt set vil være mere betænkelige end lovens fortsatte (midlertidige) opretholdelse, eller hvor en tilsidesættelse af loven indebærer en stillingtagen til spørgsmål, som efter kompetencefordelingssynspunkter bør overlades til lovgivningsmagten.

En adgang til i præmisserne at påpege en forfatningsretligt betænkelig retstilstand og dermed give lovgiver et vink – frem for et håndkantslag – kan endvidere anvendes, hvor loven vel ikke er klart forfatningsstridig, men dog „på kant“ med forfatningens principper i lyset af den stedfundne rets- og samfundsudvikling.

Afsluttende bemærkninger og perspektiver

Afhandlingens egentlige konklusioner er formuleret og sammenfattet i afslutningen af de enkelte kapitler. Der er ingen grund til at gentage disse. På dette sted vil jeg derfor blot komme med nogle afsluttende – mere generelle – bemærkninger og perspektiver vedrørende danske domstoles grundrettighedsfortolkning og -kontrol.

Der er næppe tvivl om, at grundrettigheder i Danmark er godt på vej ind i en slags „ny æra“. Det er vanskeligt nøjagtigt at tidsfæste den ny æras begyndelse. Vigtige brud i retsudviklingen foretages ikke – og navnlig ikke af domstolene – fra dag til anden.

Mod slutningen af 1980'erne kan man dog se klare tendenser og signaler i retning af EMRKs stigende betydning i danske domstoles praksis. I 1990'erne har tendensen så småt bredt sig til Grundlovens rettigheder, som nu fortolkes mere ekspansivt – navnlig i lyset af EMRK – og som også håndhæves over for lovgivningsmagten. Denne udvikling må forventes at fortsætte, da EMRK og Grundlovens rettigheder varetager samme beskyttelseshensyn og i et vist omfang har et sammenligneligt indhold. Med Gomards ord: „Der må være harmoni i retssystemet“.

For fortolkningen af grundrettigheder indebærer udviklingen en mere fri og selvstændig funktion for domstolene, end der har været tradition for i dansk ret. I denne nyorientering kan danske domstole hente inspiration i den tyske forfatningsdomstols meget udviklede grundrettighedspraksis, som er blevet en europæisk „rollemodel“, samt – selvfølgelig og helt nødvendigt – i EMDs praksis. Udviklingen i grundrettighedsfortolkningen afspejler i øvrigt en mere generel tendens i retsudviklingen imod en bredere retskildelære, hvor uskrevne retsprincipper får stigende betydning.

Grundrettighederne – såvel Grundlovens som EMRKs – må fortolkes dynamisk i lyset af rettighedernes formål således, at de sikrer individet en reel beskyttelse. Med hensyn til EMRK sker dette allerede gennem dom-

stolenes efterlevelse af EMDs praksis; og danske domstole – navnlig Højesterets – fortolkning af EMRK bliver efterhånden mere selvstændig i takt med, at domstolene bliver fortrolige med EMDs fortolkningsstil og -principper. Denne mere brede og dynamiske tilgang smitter med tiden af på grundlovsfortolkningen. Den sparsomme og noget restriktive ordlyd af Grundlovens rettigheder bør ikke være en hindring for en sådan fortolkning. Rettighedernes „ånd“ er en del af deres meningsindhold og bør derfor inddrages i den retlige fortolkning. EMDs fortolkning af parallelle rettigheder i EMRK giver danske domstole et – i europæisk kontekst – tidssvarende bud på „ånden“ i Grundlovens rettigheder.

I forlængelse af denne mere selvstændige fortolkning ligger også, at anerkendelsen af uskrevne grundrettigheder ikke længere alene fremstår som en teoretisk mulighed. Det illustreres bl.a. af Højesterets kendelser fra 16 marts 2000 (sag 589/1999 og 9/2000) om sigtedes rettigheder under politiets afhøring af børn i sædelighedssager.

Ikke mindre betydningsfuld er den mere udførlige og principielle begrundelsesstil, som efterhånden udvikles ved danske domstole i kraft af pligten til at efterleve EMRK, og dermed tilbøjeligheden til i sager om EMRK at argumentere efter samme linjer som EMD. De mere udførlige begrundelser breder sig til sager om Grundloven. Dette begrundelseskrav er i sig selv medvirkende til, at fortolkningen ikke i samme grad som i dele af ældre praksis bliver restriktiv, men undertiden må blive dynamisk ekspansiv i overensstemmelse med rettighedens formål, som dette må forstås i lyset af den generelle rets- og samfundsudvikling.

Denne udvikling har størst praktisk betydning i den almindelige rets-anvendelse, uden for tilfælde af konflikt med lovgivningsmagten. Domstolene anvender i lovfortolkningen – og kræver af andre retsanvendere, at de anvender – grundrettighederne som styrende fortolkningsprincipper i såvel den offentlige ret som privatretten.

Ikke desto mindre er det spørgsmålet om forrykkelse af magtbalancen mellem domstolene og lovgivningsmagten, der tiltrækker sig den største opmærksomhed.

Som udgangspunkt indebærer rettighedsudviklingen, at danske domstole – og navnlig Højesteret – får større magt på bekostning af lovgivningsmagten. Samtidig får danske domstole dog også mindre magt, fordi retsstillingen inden for EMRKs område i vidt omfang „dikteres“ af EMD i Strasbourg, mens retsstillingen inden for fællesskabsrettens område „dikteres“ af EF-domstolen i Luxembourg. Billedet er derfor mere komplice-

ret. Utvivlsomt er det dog, at lovgivningsmagten generelt mister indflydelse, både udadtil i forhold til EMRK og fællesskabsretten og indadtil i forhold til de nationale domstole.

Domstolenes grundrettighedskontrol med lovgivningsmagten må også ses i dette lys.

På den ene side indebærer en tilpasning til europæisk retsudvikling nødvendigvis, at navnlig Højesteret kommer til at indtage en mere aktiv rolle i kontrollen med love. En tilsidesættelse af en lov som grundlovsstridig er nu en reel mulighed, som lovgiver må kalkulere med. Det gælder navnlig, hvor lovgiver griber ind i fundamentale politiske og personlige rettigheder eller vedtager singulær eller diskriminerende lovgivning. Tilsidesættelse af love bliver dog fortsat en sjældenhed.

På den anden side er der grund til at fastholde respekten for lovgivningsmagtens forfatningsretlige kompetence. Hensynet til lovgivers politiske råderum og bevillingskompetence må fortsat veje tungt i domstolenes grundrettighedskontrol. Danmark har en god og sund demokratisk konsensustradition, som domstolene ikke må eller bør anfægte. Her kan danske domstole hente inspiration fra Norges Høyesterett til en mere aktiv, men samtidig balanceret prøvelsesstrategi.

Også mere principielt bør alle besinde sig på grundrettighedskontrollens funktion – dens muligheder og begrænsninger – i den forfatningsretlige udvikling. Amerikaneren Eugene Rostow har formuleret det ganske rammende i artiklen *The Democratic Character of Judicial Review*, hvor han i øvrigt lidenskabeligt forsvarede domstolenes forfatningskontrol (Harvard Law Review Vol. 66, 1952, side 198):

„Judicial review is inherently adapted to preserving broad and flexible lines of constitutional growth, not to operating as a continuously active factor in legislative or executive decisions.“

Inden for disse rammer har navnlig Højesteret i 1990'erne vist, at den er indstillet på og i stand til at varetage rollen som forfatningsdomstol.

Der er næppe tvivl om, at Højesterets højere profil i de seneste år også har baggrund i en frygt for at blive sorteper i den institutionelle konkurrence mellem på den ene side den overnationale kontrol fra EMD og EFD og på den anden side den danske forfatningsdomstol, som nogle har talt varmt for. Højesteret ønsker øjensynlig ikke at blive marginaliseret i centrale forfatningsretlige spørgsmål.

Højesteret har efter min vurdering vist sig at være opgaven voksen. Retten viser balancekunst og statsmandskunst, hvor dette er forfatningsretligt velbegrundet, og håndfasthed, hvor hensynet til individet kræver det. Herom vidner ikke mindst Højesterets gennemtænkte og koncist begrundede afgørelser i „Maastricht-sagen“ fra 1998, „Tvind-sagen“ fra 1999 og „Rocker-sagen“ fra 1999.

Der er således efter min opfattelse intet akut behov for en forfatningsdomstol i Danmark. En selvstændig forfatningsdomstol ville i øvrigt nok indebære en form for politisering, som er dansk retstradition fremmed. Til gengæld bør vi så i Danmark indstille os på en noget mere forsigtig grundrettighedskontrol med lovgiver, end tilfældet er i f.eks. Tyskland. Dette er der efter min opfattelse ikke grund til at begræde. En reel individbeskyttelse kan sikres tilstrækkeligt i det nuværende regi.

En bredere rekruttering til domstolene – og navnlig Højesteret – er derimod vigtig for rettighedsbeskyttelsens legitimitet. Undersøgelser her og i udlandet har ikke kunnet påvise en sammenhæng mellem dommernes karrieremæssige baggrund og stemmeafgivelse i sager om individbeskyttelse. Ikke desto mindre er det jo vigtigt, at navnlig Højesteret også udadtil fremstår som et bredt sammensat organ og ikke som en aflægger af Justitsministeriet. Det er derfor glædeligt, at der i de seneste ti år er sket en væsentlig ændring i Højesterets sammensætning. Syv af de tolv senest rekrutterede højesteretsdommere har ikke en lang justitsministeriel karriere med i bagagen, men er tidligere advokater, universitetsjurister m.v.

En fremtidig revision af Grundloven vil – hvis den altså kommer – utvivlsomt indebære en udbygning af rettighedskataloget efter moderne europæisk standard. Dette vil styrke grundrettighedsbeskyttelsen ved domstolene. For selv om fortolkningsstrategien efterhånden bliver mere selvstændig og lader sig påvirke af EMDs og europæiske forfatningsdomstoles praksis, er der fortsat mange fundamentale grundrettigheder, som savnes i Grundloven. En retsudvikling på uskrevent grundlag kan kun i begrænset omfang udfylde dette „hul“. Retsgrundlaget for grundrettighedsbeskyttelse og – navnlig – grundrettighedskontrol med lovgiver er nu engang stærkest, hvor fortolkningen er funderet i Grundlovens tekst.

Af samme grund bør domstolenes prøvelsesret, som nu er blevet en reel del af dansk forfatningsret, skrives ind i Grundloven. Eksempelvis kunne en ny § 1 – som i mange andre nyere forfatninger – fastslå, at statsmagten tilkommer folket og udøves af folkets valgte repræsentanter.

Herefter kunne tilføjes, at garantierne for individ- og mindretalsrettigheder håndhæves af domstolene.

Derimod bør man i Danmark undgå, hvad man har gjort i Sverige: At grundlovsfæste omfanget af domstolenes prøvelsesret, således at f.eks. kun „åbenbart“ grundlovsstridige love skal kunne tilsidesættes. Som jeg har søgt at vise i afhandlingen, kan en fornuftig balance mellem flertalsstyre og individbeskyttelse kun sikres, hvis domstolene anlægger en differentieret prøvelsesstrategi, hvor der i det konkrete tilfælde tages hensyn til såvel rettighedens som lovens karakter – herunder vægten af hensynet til lovgivers politiske råderum og bevillingskompetence.

Danske domstoles grundrettighedsfortolkning og -kontrol er under udvikling. Denne afhandling har søgt at bidrage hertil. Der er grund til at tro og ønske, at udviklingen i de kommende år fortsat vil finde sted med omtanke og efter den gamle opskrift om de små skridts politik. Der er også grund til at tro og håbe, at Højesteret, hvis det kommer dertil, vil vide at slå bremsen i for at forhindre, at grundrettighedsbeskyttelsen udarter sig til et „rettighedstyranni“ eller, at grundrettighedskontrollen med lovgivningsmagten infiltrerer domstolene i den politiske proces til skade for både domstolene og Folketinget – og dermed til skade for forfatningen.

Litteratur

- Alexy, Robert: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986
- Alexy, Robert: *A Theory of Legal Argumentation – The Theory of Rational Discourse as a Theory of Legal Justification*, Clarendon Press, Oxford, 1989
- Alexy, Robert: *Grundrechte als subjektive Rechte und Objektive Normen*, *Der Staat*, Vol. 1, 1990, side 49–68
- Alexy, Robert: *Individual Rights and Collective Goods*, i Carlos Nino (ed), *Rights*, Dartmouth, Aldershot, 1992, side 163–181
- Alexy, Robert: *Rights, Legal Reasoning and Rational Discourse*, *Ratio Juris*, Vol. 5, No. 2, 1992, side 143–52
- Alexy, Robert: *Basic Rights and Democracy in Jürgen Habermas's Procedural Paradigm of the Law*, *Ratio Juris*, Vol. 7, No. 2, 1994, side 227–238
- Alexy, Robert: *Discourse Theory and Human Rights*, *Ratio Juris*, Vol. 9, No. 3, 1996, side 209–235
- Andenæs, Johs.: *Statsforfatningen i Norge*, Tano, Oslo, 1998
- Andenæs, Johs.: *Høyesterett som politisk organ*, *Lov og Rett* 1965, side 22–43
- Andersen, Ernst: *Forfatning og Sædvane*, Gads forlag, København, 1947
- Andersen, Poul: *Rigsdagen og Domstolene*, i *Den Danske Rigsdag 1849–1949*, Bind V, J. H. Schultz forlag, København, 1953, side 477ff
- Andersen, Poul: *Dansk Statsforfatningsret*, Nyt Nordisk Forlag/Arnold Busck, København, 1954
- Arler, Finn: *Ind over, Immanuel. Dømmekraftens virke illustreret ved fodboldspillets fænomenologi*, i Harste (red.) *Kompleksitet og dømmekraft. Immanuel Kant om politik, æstetik og natur*, 1992, side 9–36.
- Badinter, Robert: *Menneskerettigheter og rettsstat*, TfR 1990, side 177ff
- Berlin, Knud: *Statsforfatningsret*, Nyt Nordisk Forlag/ Arnold Busck, København, 1939

- Bernhardt, Rudolf: *Human Rights and Judicial Review: The European Court of Human Rights* i D.M. Beatty (ed.), *Human Rights and Judicial Review – a Comparative Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer, Haag, 1994, side 297ff
- Bernt, Jan Fridthjof og David Doublet: *Retten og Vitenskapen*, Alma Mater, Bergen, 1993
- Bernt, Jan Fridthjof og David Doublet: *Norsk rettsteori mellom rettspositivisme og nynormativisme* i Blume m.fl (red.), *Retlig Polycentri*, Akademisk Forlag, København, 1993, side 115–46
- Bernt, Jan Fridthjof: *Rettsdogmatikkens metode og rettspolitikkenes muligheter*, Kritisk Juss, nr. 1, 1995, side 10–37
- Bettermann, Karl August: *Richterliche Normenkontrolle als negative Gesetzgebung?*, DVBl 1982, side 91–95
- Bickel, Alexander M.: *The Least Dangerous Branch*, The Bobbs-Merrill Company, New York, 1962
- Bickel, Alexander M.: *The Supreme Court and the Idea of Progress*, Harper & Row Publishers, London, 1970
- Black, H.L.: *The Bill of Rights*, New York University Law Review, Vol. 35, 1960, side 865
- Bleckmann, Albert : *Verfassungsrang der Europäischer Menschenrechtskonvention?*, EuGRZ 1994, side 149ff
- Blume, Peter: *Naturrettens genfødsel – om retsdogmatik og etik*, TfR 1993, side 447–73
- Boe, Erik: *Lovers grunnlovsmessighet*, Jussens Venner 1998, side 4ff
- Brewer-Cariás, Allan R.: *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989
- Brünneck, Alexander von: *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Vol. 52, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1992
- Bruun, Jørgen Rønnow og J. P. Christensen: *At hitte på – om grundlovens §§ 29, 73 og 75*, UfR 1991 B, side 32ff
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, NJW, 1974, Heft 35, side 1529–1538
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Die Methoden der Verfassungsinterpretation*, NJW 1976, Heft 46, s. 2089–2099
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Grundrechte als Grundsatznormen*, Der Staat, Vol. 1, 1990, side 1–37
- Castberg, Frede: *Den tredje statsmakt*, Lov og Rett 1962, side 145–154

- Castberg, Frede: Norges Statsforfatning, 3. Udgave, Universitetsforlaget, Oslo, 1964
- Chemerinsky, Erwin: *The Vanishing Constitution*, HLR, Vol. 103, No. 43, side 44-124
- Choper, Jesse H.: *Judicial review and the national political process*, University of Chicago Press, Chicago, 1980
- Christensen, Bent: *Rettens forhold til regeringen efter 1849*, Højesteret 1661-1961, Bind I, G.E.C. GAD, København, 1961, side 401ff
- Christensen, Bent: *Domstolene og lovgivningsmagten*, UfR 1990 B, side 73ff
- Christensen, J. P.: *De danske frihedsrettigheder – nogle principielle og metodiske overvejelser*, Juristen 1989, s. 1ff
- Christensen, J. P.: *Forfatningsretten og det levende liv*, DJØF, København, 1990
- Christensen, J. P. og M. H. Jensen: *Højesterets dom i Tvindsagen*, UfR 1999 B, side 227ff
- Classen, Claus Dieter: *Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 122, 1997, side 65-107
- Dahl, Børge m.fl.: *Danish Law in a European Perspective*, Gadjura, København, 1996
- Dijk, P. van og G.J.H. van Hoof: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3rd ed., Kluwer Law International, Haag, 1998
- Dolva, Trond: *Internasjonale Menneskerettighetskonvensjoner og Intern Norsk Ret*, TfR 1990 side 121ff
- Doublet, David: *Rett, vitenskap og fornuft*, Alma Malter, Bergen, 1995
- Dubouis, Louis: *Betydningen av den internasjonale beskyttelse av Menneskerettighetene i fransk intern ret*, TfR 1990, side 134ff
- Due, Ole: *Beskyttelse af menneskerettigheder i EF*, i Kjørsum m.fl. (red.), *Grundloven og Menneskerettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 465-480
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, 2nd ed., Duckworth, London, 1978 (opr. 1977, i 1978 med et svar på kritik)
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*, Fontana Masterguides Press, London, 1986
- Dworkin, Ronald: *Law, Philosophy and Interpretation*, Archiv für Rechts- und Sozial-philosophie, Vol. 80, Heft 4, 1994, side 463-75

Litteratur

- Dyckjær-Hansen, Karen: *Retssikkerheden og grundloven – en udfordring*, Lov og Ret nr. 3, 1999, side 11ff
- Eckhoff, Torstein og Ingeborg Wilberg: *Grunnlov og ekspropriasjonserstatning*, Lov og Rett 1975, side 363ff
- Eckhoff, Torstein: *Høyesterett som grunnlovens vokter*, i Makt og Motiv, Et festskrift til Jens Arup Seip, Gyldendal Norsk Forlag, Oslo, 1976, side 182–207
- Eckhoff, Torstein: *Ross om Rettskilder og Rett*, TfR 1987, side 197–213
- Eckhoff, Torstein og Svein Eng: *Notater i Almen Rettsteori*, Institutt for Offentlig Retts Skriftserie nr. 1/1990, Oslo
- Eckhoff, Torstein: *Retskildelære*, Tano, Oslo, 1997
- Ehmke, Horst: *Prinzipien der Verfassungsinterpretation*, VVDStrl, Heft 20, 1963, side 60ff
- Einersen, Eivind og Trier, Tyge: *Den europæiske Menneskeretsdomstols prøvelseskompetence – doktrinen om margin of appreciation*, TfR 1991, side 592
- Ely, John Hart: *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980
- Favoreu, Louis: *Menneskerettighetserklæringen av 1789 og det franske forfatningsråd*, TfR 1990, side 72–87
- Fleischer, August: *Prinsipper for Grundlovsfortolkning*, Lov og Rett 1969, side 433–452
- Forsthoff, Ernst: *Über Maßnahme-Gesetze*, i Otto Bachof m.fl., Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, Isar Verlag, München, 1955, side 221–236
- Frowein, Jochen A.: *Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention*, i W. Fürst m.fl. (red.), Festschrift für Zeidler, Band 2, 1987, side 1763ff
- Frowein og Peukert: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Engel Verlag, Kehl, 1996
- Gammeltoft-Hansen, Hans, m.fl.: *Forvaltningsret*, DJØF, København, 1994
- Gammeltoft-Hansen, Hans og Jon Andersen: *Ombudsmandens beskyttelse af ytringsfriheden*, i Kjærum m.fl.(red), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 381ff
- Garde, Jens og M. H. Jensen: *Betydningen af Menneskerettighedsdomstolens praksis for danske domstole*, Juristen 1998, side 351ff

- Geiger, Willi: *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Heft 3, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1980
- Geiger, Willi: *Das Bundesverfassungsgericht im Spannungsfeld zwischen Recht und Politik*, EuGRZ 1985, Heft 14, side 401-407
- Germer, Peter: *Ytringsfrihedens Væsen*, Juristforbundets Forlag, København, 1973
- Germer, Peter: *Boligens ukrænkelighed uden for Strafferetsplejen*, Juristen 1975, side 93-110
- Germer, Peter: *Menneskerettighedernes funktion i velfærdsstaten*, Jussens Venner 1981, side 330ff
- Germer, Peter: *Statsforfatningsret*, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1995
- Germer, Peter: *Om harmonisering af de europæiske lovgivninger med særligt henblik på det europæiske økonomiske fællesskab*, Juristen 1996, side 89ff
- Gilje Nils og Harald Grimen: *Samfundsvitenskapens forutsetninger*, Universitetsforlaget, Oslo, 1993
- Gomard, Bernhard: *Privat pension og social forsikring*, Juristforbundets Forlag, København, 1968
- Gomard, Bernhard: *Et retspolitisk program for dommerskabt ret* i Torben Jensen m.fl. (red.), *Højesteret 1661-1986* (særudgave af UfR), Gads Forlag, 1986, side 45-64
- Gomard, Bernhard: *Juraen under forandring og udvikling*, UfR 1993 B, side 385ff
- Grabitz, Eberhard: *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, AöR 98, 1973, side 568-616
- Gralla, René: *Der Grundrechtsschutz in Dänemark*, Verlag Peter Lang, Frankfurt, 1987
- Grewe, Constance: *Statsforfatningsrettens aktualitet i Europa – eller renesansen for en rettsdisiplin*, Lov og Rett – 1996, side 172ff
- Grimm, Dieter: *Das Grundgesetz nach vierzig Jahren*, NJW 1989, side 1309
- Grimm, Dieter: *Human Rights and Judicial Review in Germany*, i D.M. Beatty (ed.), *Human Rights and Judicial Review – a comparative Perspective*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer, Haag, 1994, side 267ff

Litteratur

- Gulmann, Claus m.fl.: Folkeret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1989
- Gulmann, Claus: *EF's grundrettigheder – deres virkning i national ret*, i Kjærum m.fl. (red.), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 481-498
- Gusy, Christoph: *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 482, Duncker & Humblot, Berlin, 1985
- Gusy, Christoph: *Richterrecht und Grundgesetz*, DÖV 1992, Heft 11, side 461-470
- Harris, D.J., O'Boyle M. og Warbrick.C.: Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London, 1995
- Henrichsen, Carsten: Retssikkerhed og Moderne Forvaltning, Akademisk Forlag, København, 1997
- Herzog, Roman: *Hierarchie der Verfassungsnormen und ihre Funktion beim Schutz der Grundrechte*, EuGRZ 1990, side 483-486
- Hesse, Konrad: *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, i Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1981, side 261-272
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995
- Heun, Werner: Funktionell-rechtliche Schranken der Verfassungsgerichtsbarkeit, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Vol. 50, 1992
- Horwitz, Morton: *The Constitution of Change: Legal Fundamentality without Fundamentalism*, HLR, Vol. 107, 1993, side 32-117
- Huber, Hans: *Über die Konkretisierung von Grundrechten*, i Festschrift für M. Imboden, Basel, 1971, side 191ff
- Hvidt, Kristian: *Grundlovens baggrund og historie*, i Henrik Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1999, side 1ff
- Häberle, Peter: Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19, Abs. 2 Grundgesetz, 3. oplag, 1983
- Häberle, Peter: *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, side 261ff
- Høilund, Peter: Den forbudte retsfølelse. Om lov og moral, Munksgaard, København, 1992

- Isensee, Josef: *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 111, side 143-242
- Isensee, Josef: *Bundesverfassungsgericht – quo vadis?*, JZ 1996, side 1085-1093
- Jakhellin, Henning: *Menneskerettigheder – nei takk?*, Lov og Rett 1997, side 577ff
- Jensen, Claus Haagen: *Forholdet mellem domstolene og Folketinget*, i Advokatsamfundets Festskrift i anledning af grundlovens 150 års jubilæum, København, 1999, side 25ff
- Jensen, J. Albæk: *Ytringsfrihedens grænser set i lyset af nyere retspraksis*, UfR 1992 B, side 349ff
- Jensen, J. Albæk: *De politiske partier og den materielle foreningsfrihed*, Juristen 1996, side 1ff
- Jensen, J. Albæk: §77, i Henrik Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1999, side 438ff
- Jensen, Michael H.: *Proportionalitetsprincippet i forfatningsretlig belysning*, UfR 1994 B, side 335ff
- Jensen, S. Stenderup: *Om Grundlovsfortolkning*, Justitia 1984, nr. 4, Jurist- og Økonomforbundets forlag, side 1ff
- Jensen, S. Stenderup: *Folkeretten som retskilde i dansk ret*, UfR 1990 B, side 1ff
- Jensen, S. Stenderup: *The European Convention on Human Rights in Scandinavian Law*, DJØF, København, 1992
- Jensen, Torben: *Ytringsfriheden contra erhvervsinteresser*, UfR 1981 B, side 25ff
- Jensen, Torben: *Højesterets arbejdsform* i Torben Jensen m.fl. (red.), Højesteret 1661-1986 (særtryk af Ugeskrift for Retsvæsen), Gads Forlag, 1986, side 115-143
- Jensen, Torben: *Politiske udsendelser i Danmarks Radio før valg og folkeafstemninger*, UfR 1989 B, side 129ff
- Jensen, Torben: *Domstolenes retsskabende, retsudfyldende og responderende virksomhed*, UfR 1990 B, side 441ff
- Jensen, Torben: *Domstolskontrol med grundrettigheder*, UfR 1995 B, side 241ff
- Jensen, Torben: *Højesteret og Retsplejen*, GadJura, København, 1999

Litteratur

- Justesen, Pia: *Menneskerettighedernes status i dansk ret*, i Kjærum m.fl.(red.), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 1997, side 105-124
- Kemp, Peter: *David Doublets retsfilosofi*, TfR 1996, side 905-17
- Ketscher, Kirsten: *Offentlig børnepasning i retlig belysning*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1990
- Ketscher, Kirsten: *Socialret*, GadJura, København, 1998
- Kirchhof, Paul: *Gegenwartsfragen an das Grundgesetz*, JZ 1989, side 453ff
- Kirchhof, Paul: *Der allgemeine Gleichheitssatz*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 124, side 837ff
- Kirchhof, Paul: *Verfassungsrechtlicher Schutz und Internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?*, EuGRZ 1994, side 16ff
- Kjær, Kim: *En grov tilsidesættelse af grundlovens klare ord*, Juristen 1998 side 45ff
- Kjærum, Morten: *Menneskerettigheder i et udvidet Europa og en globaliseret verden* i Kjærum m.fl.(red.), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 45-62
- Kjønstad, Asbjørn: *Tryggheder, Grunnloven og Høyesterett*, Lov og Rett 1997, side 243ff
- Klein, Eckart: *Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates*, NJW 1989, Heft 27, side 1633-1640
- Klein, Hans H.: *Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, i Joachim Burmeister m.fl. (red.), Verfassungsstaatslichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, side 1135-1153
- Koch, Hal: *Hvad er Demokrati?*, Gyldendalske Boghandel, København, 1944
- Koch, Hans-Joachim: *Die Begründung von Grundrechtsinterpretationen*, Eu-GRZ, 1986, side 345-361
- Koch, Henning: *Når menneskerettigheder kolliderer*, Retfærd nr. 68, 1995, side 64ff
- Koch, Henning: *Domstolenes prøvelsesret – et sædekorn til splid*, i Peter Blume m.fl. (red) Liv, Arbejde og Forvaltning, GadJura, København, 1995, side 225ff

- Koch, Henning: *Dommerret – om forfatningsdomstol, menneskerettigheder og overpositiv ret i Tyskland*, i Kjærum m.fl.(red.), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 325-348
- Koch, Henning: *Dansk forfatningsret i transnational belysning*, Juristen 1999, side 213ff
- Koch, Henning: § 79, i Henrik Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, DJØF, København, 1999, side 469ff
- Kommers, Donald: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 1st ed., Duke University Press, Durham, 1989
- Kommers, Donald: *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2nd ed., Duke University Press, Durham, 1997
- Koopmans, Thijmen: *Sources of Law – the New Pluralism*, i Liber Amicorum Ole Due, GADs Forlag, København, 1994, side 189-204
- Kopp, Ferdinand: *Grundrechtliche Schutz- und Förderungspflichten der öffentlichen Hand*, NJW 1994, side 1753-1757
- Krarup, Ole: *Fra gyldighed til virkelighed. Om Alf Ross og Torstein Eckhoff*, Lov og Rett 1995, side 87-99
- Krarup, Ole: *EUs grundrettighedsprojekt*, i Blume (red.), Grundrettigheder. Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B 1999, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2000, side 185ff
- Kriele, Martin: *Recht und Politik in der Verfassungsrechtsprechung*, NJW 1976, side 777-783
- Kriele, Martin: *Grundrechte und demokratischer Gestaltungsspielraum* i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 110, side 101-142
- Kästner, Karl-Hermann: *Das Grundrecht auf Religions- und Weltanschauungsfreiheit in der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung*, AöR 123, 1998 side 408-443
- Lamprecht, Rolf: *Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung*, NJW 1994, side 3272-3274
- Lassen, N.: *Meddelelser fra den danske Højesterets Praxis*, TfR 1912, side 336ff

- Lerche, Peter: *Grundrechtsschranken*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 122, side 775ff
- Lerche, Peter: *Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 121, side 739ff
- Lerche, Peter: *Die Verfassung als Quelle von Optimierungsgeboten?* i Joachim Burmeister m.fl. (red.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, side 197-209
- Lipphardt, Hanns-Rudolf: *Grundrechte und Rechtsstaat*, EuGRZ 1986, side 149-62
- Ljungström, Alexander C.: *Rettens Alkymi*, Samleren, København, 1998
- Lorenzen, Peer: *Der Schutz der Grundrechte in Dänemark*, EuGRZ 1976, side 468ff
- Lorenzen, Peer m.fl.: *Den europæiske Menneskerettighedskonvention med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1994
- Lorenzen, Peer: *Danske domstole og menneskerettighederne*, Lov og Ret, nr. 3, 1999, side 1ff
- Lorenzen, Peer: *Den Europæiske Menneskerettighedskonventions betydning for dansk forfatningsret*, i Henrik Zahle (red.), Danmarks Riges Grundlov, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1999, side 15ff
- Loschelder, Wolfgang: *Grundrechte im Sonderstatus*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), Handbuch des Staatsrechts, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 123, side 805ff
- Lundum, John: *De danske domstoles anvendelse af Den Europæiske Menneskerettighedskonvention ved afgørelsen af retssager mellem to private parter efter inkorporeringen af konventionen i dansk ret (direkte Drittwirkung)*, i Kjærsum m.fl.(red.), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 405ff
- Madsen, Niels: *Justitsministeriets udtalelser om grundovsspørgsmål*, i Festschrift til W.E von Eyben, Juristforbundets Forlag, København, 1982, side 19ff

- Mahrenholz, Ernst Gottfried: *Verfassungsinterpretation aus Praktischer Sicht* i Schneider og Steinberg (udg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Konrad Hesse zum 70. Geburtstag. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, side 53-69
- Maunz, Theodor: *Das verfassungswidrige Gesetz*, BayVBl 1980, side 513ff
- Melchior, Torben: *The Danish Judiciary*, i Børge Dahl m.fl. (red.), *Danish Law in a European Perspective*, GadJura, København, 1996, side 99 ff
- Munch, Mogens: *Trykkefrihed og forbud*, UfR 1982 B, side 61ff
- Munch, Mogens: *Grænser for domstolenes retsskabende virksomhed i civile sager*, Juristen 1989, side 43ff
- Murswiek, Dietrich: *Der Umfang der Verfassungsgerichtlichen Kontrolle*, DÖV 1982, Heft 13, side 529-541
- Müller, Jörg Paul: *Zur sog. subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte*, Der Staat, Vol. 1, 1990, side 33-48
- Nergelius, Joakim: *Konstitutionelt Rättighetsskydd*, Fritzes Förlag, Stockholm, 1996
- Nipperdey, H.C.: *Grundrechte und Privatrecht*, i Nipperdey (udg.) *Festschrift für Erich Molitor*, C.H. Beck, München, 1962, side 17-33
- Nordskov Nielsen, Lars: *Nutidig udformning af grundrettighederne*, i Niels Helveg Petersen (red.), *På Sporet af den nye Grundlov*, Gyldendal, København, 1992, side 42ff
- Oeter, Stefan: *“Drittwirkung” der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*, AöR 119, 1994, side 529-563
- Olrik, Eyvind: *Dommerbetragtninger*, GAD, København, 1929
- Ossenbühl, Fritz: *Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, NJW 1976, side 2100-2107
- Palmer Olsen, Henrik: *Rationalitet, ret og moral*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997
- Perry, Michael: *The Constitution, The Courts and Human Rights*, Yale University Press, New Haven, 1982
- Pestalozza, Chr. Graf von: *“Noch Verfassungsmäßige” und “bloß Verfassungswidrige Rechtslagen*, i Starck m.fl. (udg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, 1976, Band 1, side 520-66
- Rasmussen, Louise Nan og Søren Schønberg: *EU Menneskeret – en udfordring til dansk ret*, Kar-
nov, København, 1994

- Rasmussen, Hjalte: Folkestyre, Grundlov og Højesteret, Christian Ejlers' Forlag, København, 1996
- Rehof, Lars Adam og Tyge Trier: Menneskeret, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1990
- Rehof, Lars Adam: *På sporet af pragmatismen i dansk retspleje*, i Peter Blume m.fl. (red.), *Suum Quique – Retsvidenskabelige afhandlinger*, Københavns Universitet, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1991, side 30-49
- Rehof, Lars Adam: *Udviklingen i den internationale Menneskerettighedsbeskyttelse i 1989-91*, UfR 1992 B, side 73ff
- Revsbech, Karsten: *Lovgivers magtfordrejning i dansk forfatningsret*, TfR 1991, side 50ff
- Rivero, Jean: *Menneskerettighetenes stilling i fransk ret fra 1789 til 1971*, TfR 1990, side 60-71
- Ross, Alf: Om Ret og Retfærdighed, Nyt Nordisk Forlag/Arnold Busck, København, 1953
- Ross, Alf: Statsretlige studier, Nyt Nordisk Forlag/Arnold Busck, København, 1959
- Ross, Alf: *Naturret contra positivisme*, TfR 1963, side 497-524
- Ross, Alf: Dansk Statsforfatningsret, Bind I-II, Nyt Nordisk Forlag/Arnold Busck, København, 1966
- Ross, Alf: Hvorfor Demokrati?, 2. udgave, Nyt Nordisk Forlag/Arnold Busck, København, 1967
- Ross, Alf: Dansk Statsforfatningsret, 3. udgave ved Ole Espersen, Bind 1-2, Nyt Nordisk Forlag/Arnold Busck, København, 1980
- Rostow, Eugene: *The Democratic Character of Judicial Review*, HLR, Vol. 66, 1952, side 193-224
- Rupp-von Brünneck, Wiltraut: *Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber Appellieren?*, i T. Rittersprach og W. Geiger (udg.), *Festschrift für Gebhard Müller*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1970, side 355ff
- Rupp-von Brünneck, Wiltraut: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebende Gewalt. Wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament*, AöR 102, 1977, side 1-26
- Rytter, Jens Elo: *Den europæiske menneskerettighedsudvikling – samspillet mellem nationale og overnationale domstole*, i Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B 1997, Københavns Universitet, 1998, side 175-183

- Rytter, Jens Elo: *Retsteori & Retfærdighed – om grundrettigheder og behovet for en normativ retslære*, Retsvidenskabeligt Institut B, Studier nr. 64, 1998
- Rytter, Jens Elo: *Den åbne forfatningsstat – forfatning, menneskerettigheder og inter-/overnational ret*, Retfærd nr. 82, 1998, side 19ff
- Rytter, Jens Elo: *Grundrettigheder – nogle almene betragtninger*, i Blume (red.), *Grundrettigheder*. Årsskrift fra Retsvidenskabeligt Institut B, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 2000, side 1-19
- Rønsholdt, Steen: *Nogle spørgsmål om domstolskontrol med lovgivningsmagten*, Årsberetning fra Retsvidenskabeligt Institut B 1996, Københavns Universitet 1997, side 29-48
- Rønsholdt, Steen: *Om grundlovsfortolkning og konkret restanvendelse – en statsretlig overraskelse?*, UfR 1999 B, side 333ff
- Sachs, Michael: *Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes als Mittel der Verfassungsauslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, DVBI 1984, side 73-82
- Scalia, Antonin: *The Rule of Law as a Law of Rules*, Chicago Law Review, Vol. 56, No. 4, 1989, side 1175-1188
- Scalia, Antonin: *Modernity and the Constitution*, i Eivind Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer, Haag, 1995, side 313ff
- Schenke, Wolf-Rüdiger: *Der Umfang der bundesverfassungsgerichtlichen Überprüfung*, NJW 1979, side 1321-1329
- Schenke, Rudolf: *40 Jahre Grundgesetz*, JZ 1989, side 653-663
- Schlaich, Klaus: *Das Bundesverfassungsgericht*, C.H. Beck, München, 1994
- Schneider, H.P.: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung*, NJW 1980, side 2103-2111
- Schneider, H.P.: *Verfassungsinterpretation aus theoretischer Sicht*, i Schneider og Steinberg (udg.), *Verfassungsrecht zwischen Wissenschaft und Richterkunst*, Konrad Hesse zum 70. Geburtstag., C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, side 39-52
- Schneider, H.P.: *Der Wille des Verfassungsgebers. Zur Bedeutung geneitischer und historischer Argumente für die Verfassungsinterpretation*, i Joachim Burmeister m.fl. (red.), *Verfassungsstaatslichkeit*, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, side 903-923

Litteratur

- Schulze-Fielitz, Helmuth: *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeists*, AöR 122, 1997, side 1-31
- Schuppert, Gunnar Folke: *Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation*, Athenäum, 1980
- Schuppert, Gunnar Folke: *Self-restraints der Rechtsprechung*, DVBl 1988, Heft 24, side 1191-1200
- Seip, Jens Arup: *Den norske høyesterett som politisk organ*, Lov og Rett 1965, side 1-21
- Simon, Helmut: *Verfassungsgerichtsbarkeit*, i Ernst Benda m.fl. (red.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, § 34, Walter de Gruyter, Berlin, 1994, side 1637-1677
- Skoghøy, Jens Edvin A.: *Utviklingstrekk i Høyesteretts rettskildebruk*, Lov og Rett 1996, side 209ff
- Smith, Carsten: *Folkerettens Stilling ved Norske Domstole*, TfR 1964, side 356-374
- Smith, Carsten: *Domstolene og rettsutviklingen*, Lov og Rett 1975, side 292-319
- Smith, Carsten: *Loven og livet*, Universitetsforlaget, Oslo, 1996
- Smith, Eivind: *Domstolkontroll med lovgivning i Norge etter ca. 1970*, TfR 1990, side 88ff
- Smith, Eivind: *Høyesterett og Folkestyret*, Universitetsforlaget, Oslo, 1993
- Smith, Eivind: *The Legitimacy of Judicial Review of Legislation – A Comparative Approach*, i Eivind Smith (ed.), *Constitutional Justice under Old Constitutions*, Kluwer, Haag, 1995, side 363ff
- Smith, Eivind: *Ytringsfrihet – grunnlovsvernet i perspektiv*, Lov og Rett 1996, side 147ff
- Smith, Eivind: *Høyesterett – en trussel mot demokratiet?*, Lov og Rett 1999, side 451-86
- Smith, Eva: *Anvendelse af den europæiske Menneskerettighedskonvention ved danske domstole*, UfR 1994 B, side 99ff
- Snowiss, Sylvia: *Judicial Review and the Law of the Constitution*, New Haven Yale University Press, New Haven, 1990
- Starck, Christian: *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Prozeß der Bundesrepublik*, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1976
- Starck, Christian og Albrecht Weber: *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Vol. 30, Nomos, Baden-Baden, 1986, side 11ff

- Starck, Christian: *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Vol. 47, Nomos, Baden-Baden, 1990, side 15-40
- Starck, Christian: *Praxis der Verfassungsauslegung*, Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit, Vol. 60, Nomos, Baden-Baden, 1994, side 23ff
- Stern, Klaus: *Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, Westdeutscher Verlag, Düsseldorf, 1980
- Stern, Klaus: *Idee der Menschenrechte und Positivität der Grundrechte*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 108, side 3-44
- Stern, Klaus: *Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte*, i Josef Isensee og Paul Kirchhof (red.), *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Allgemeine Grundrechtslehren, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1992, § 109, side 45-100
- Stern, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte, Vol. 2, Verlag C.H. Beck, München, 1994
- Stern, Klaus: *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber*, Westdeutscher Verlag, Düsseldorf, 1997
- Storgaard, Anette: *Alternativer til frihedsstraf i tre europæiske lande*, Århus Universitetsforlag, Århus, 1987
- Stuer Lauridsen, Preben: *Studier i retspolitisk argumentation*, Juristforbundets Forlag, København, 1974
- Stuer Lauridsen, Preben: *Retslæren*, Akademisk forlag, København, 1977
- Stuer Lauridsen, Preben: *Pressefrihed og Personlighedsret*, Gyldendal, København, 1988
- Stuer Lauridsen, Preben: *Om ret og retsvidenskab*, Gyldendal, København, 1992
- Sørensen, Max: *Dansk statsforfatningsret*, 2. udgave ved Peter Germer, Juristforbundets Forlag, København, 1973
- Sørensen, Max: *Anmeldelse af Germer, Ytringsfrihedens Væsen*, Juristen 1973, side 358ff
- Tamm, Ditlev: *Domstolene som Statsmagt*, UfR 1997 B, side 87ff
- Tate, C. Neal og Torbjörn Wallinder: *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1994
- Thayer, James B.: *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, HLR 1893, side 129ff

- Thygesen, Frants: *Bestand und Bedeutung der Grundrechte in Dänemark*, EuGRZ 1978, side 438ff
- Trolle, Jørgen: *Alf Ross: Om Ret og Retfærdighed*, Juristen 1954, side 25-56
- Tushnet, Mark V.: *Following the Rules laid down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles*, HLR Vol. 96, 1983, side 781-827
- Vedsted-Hansen, Jens: *Grundlovsbeskyttelse af sociale rettigheder: Gammeldags politik eller nymodens jura*, i Kjærum m.fl. (red.), Grundloven og Menneskerettigheder, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 147- 164
- Vislie, Camilla S.: Høyesterett og menneskerettighetene. Grunnloven § 110 C og menneskerettsloven, Tano Aschehoug, Oslo, 1999
- Vogel, Hans-Jochen: *Gewaltenvermischung statt Gewaltenteilung?*, NJW 1996, side 1505-1511
- Walsøe, Per: *Retfærdighed i Justitsen*, i Mette Hartlev m.fl. (udg.) Justitsvæsenets fremtidige organisering, Offentlig sektor – Vilkår og fremtid, København, 1996, side 65ff
- Wechsler, Herbert: *Toward Neutral Principles of Constitutional Law*, HLR Vol. 1 1959, side 1ff
- Werlauff, Erik: *Inkorporering af en konvention eller af en konventions-tekst?*, Juristen 1999, side 73ff
- Zahle, Henrik: *Seks teser om den retlige pyramide*, i Peter Blume m.fl. (red.), Suum Quique, Retsvidenskabelige afhandlinger Københavns Universitet 1991, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1991, side 50-54
- Zahle, Henrik: *Offentlig børnepasning*, UfR 1991 B, side 25ff
- Zahle, Henrik: *Retsdogmatisk og retskritik* i Basse m.fl.(red.): Regulering og Styring I, GAD, København, 1992, side 48ff
- Zahle, Henrik: Dansk Forfatningsret, bind 1, 1995, bind 2, 1996, bind 3, 1997, Christian Ejlers forlag, København
- Zahle, Henrik: *Er brug af konstituerede dommere brud på grundloven?*, Lov og Ret 1995, nr. 4, side 10ff
- Zahle, Henrik: *The Polycentricity of the Law or the Importance of Legal Pluralism for Legal Dogmatics*, i Hanne Petersen m. fl. (udg.): Legal Polycentricity – Consequences of Pluralism in Law, Dartmouth, Aldershot, 1995, side 185-199

- Zahle, Henrik: *On Polycentrism and Legal Pluralism or: Does a Concept such as Danish Constitutional Law exist?*, i Arnfred og Petersen (udg.), *Legal Change in a North/South Perspective*, Roskilde Universitet, 1996, side 131ff
- Zahle, Henrik: *Grundlovens menneskerettigheder: Sammenstødet mellem legalistiske og dynamiske retstraditioner* i Kjærum m.fl. (red.), *Grundloven og Menneskerettigheder*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, 1997, side 361–380
- Zahle, Henrik: *Er domstolenes grundlovsprøvelse en effektiv individbeskyttelse?*, Jussens Venner 1998, side 37ff
- Zahle, Henrik: *Rettens kilder – en introduktion*, Retvidenskabeligt Institut B, Studier nr. 68, København Universitet, 1998
- Zahle, Henrik: *Rettens kilder*, Christian Ejlers Forlag, København, 1999
- Zahle, Henrik: *Grundloven og europæiseringen*, i Blume m.fl. (red.), *Grundlovens nutid og fremtid. Årsberetning 1998* fra Retsvidenskabeligt Institut B, Københavns Universitet, 1999, side 233ff
- Öhlinger, Theo: *Unity of the Legal System or Legal Pluralism: The Stufenbau Doctrine in Present Day Europe*, Paper frem- lagt på IACL's Roundtable i Åbo, Finland, maj 1997
- Aall, Jørgen: *Domstolsadgang og domstolsprøvning i menneskerettig- hetssaker*, TfR 1998, side 1ff.

Forkortelser

AöR:	<i>Archiv des öffentlichen Rechts</i>
BayVBl:	<i>Bayrische Verwaltungsblätter</i>
BGBI:	<i>Bundesgesetzblatt</i>
BVerfG:	<i>Bundesverfassungsgericht</i>
BVerfGE:	<i>Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts</i>
BVerfGG:	<i>Gesetz über das Bundesverfassungsgericht</i>
DVBl:	<i>Deutsches Verwaltungsblatt</i>
DÖV:	<i>Die Öffentliche Verwaltung</i>
ECR:	<i>European Court Reports</i>
EFD:	<i>EF-domstolen</i>
EMD:	<i>Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol</i>
EMRK:	<i>Den Europæiske Menneskerettighedskonvention</i>
EuGRZ:	<i>Europäische Grundrechte-Zeitschrift</i>
FT:	<i>Folketingstidende</i>
GG:	<i>Grundgesetz</i>
HLR:	<i>Harvard Law Review</i>
IACL:	<i>International Association of Constitutional Law</i>
JZ:	<i>Juristenzeitung</i>
LoR:	<i>Lov og Rett</i>
NJW:	<i>Neue Juristische Wöchenschrift</i>
NOU:	<i>Norges Offentlige Utredninger</i>
Rt:	<i>Norsk Retstidende</i>
TEU:	<i>Traktaten om den Europæiske Union</i>
TfR:	<i>Tidsskrift for Rettsvitenskap</i>
UfR:	<i>Ugeskrift for Retsvæsen</i>
VVDStrl:	<i>Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer</i>

Domsregister m.v.

DANSK PRAKSIS

Domspraksis (UfR):

- 1912.545 H 323
1913.457 H 323
1921.148 H 323
1921.153 H 323
1921.168 H 323, 347
1921.169 H 323
1921.644 H „Fæsteafløsning“ 300, 323, 329, 379f, 395, 408, 413
1925.277 H „Berning“ 106f, 144, 145, 151f, 170, 190, 283f
1929.239 H 363
1949.922 H „Løbesedler ved Tivoli“ 277f
1952.538 H 279
1956.211 H „Den åndssvage pige“ 142f, 282, 380, 404
1960.33 H 218
1963.439 Ø „Bassen“ 282
1965.293 H „Huslejestoppet“ 107f, 280, 283, 346, 395
1966.194 Ø „Vietnam-demonstrationen“ 140
1967.22 H „De islandske håndskrifter I“ 347
1967.46 H „Fagforeningskontingentet“ 108, 226, 281, 400
1971.299 H „De islandske håndskrifter II“ 330, 396
1971.656 B „Selvmordskandidaten“ 143f, 278
1973.824 H „Strafcelle“ 144f, 147
1976.184 H „Radioamatøren“ 145, 148, 151, 164, 279
1977.872 V „Kasernedommen“ 150, 217, 278
1979.201 V 280
1980.896 H „Fragtmandshallen“ 280
1980.955 Ø „Greendane“ 164, 330, 396
1980.970 Ø „Daginstitutionspladser“ 372

- 1980.1037 H „Witte“ 150, 223f, 243, 245, 265
1981.394 H 372
1983.871 H „Skoleudflugten“ 146f, 165, 278f, 281, 400
1985.368 H „Odder Sygehus“ 372f
1986.898 H „HT“ 108f, 119, 162, 172, 346
1987.1 H „Fastfrysning af lægehonorarer“ 281, 284, 336f, 371f, 395f, 400
1987.934 H „McKinney Møllers have“ 140, 243, 285
1987.937 H „Weidekamps kontor“ 140, 243, 285
1989.148 H 218
1989.168 Ø 285
1989.399 H „Grønjakke“ 140, 243, 265, 285
1989.726 H „Nordvang“ 140, 150, 243, 265, 278, 286
1989.928 H „Tvangsanbringelse“ 66, 119, 145, 380
1990.13 H „Jydebrødrene“ 66, 119, 425
1990.71 H „Breum“ 243, 285
1990.181 H „Hørsholm“ 66, 119, 436
1990.636 V „Foulum“ 286
1992.356 Ø 148, 197, 238
Utrykt dom fra Københavns Byret (afd. D), 10.11 1992 145f, 240
1993.178 Ø 251f
1994.29 H „Statsanstalten for Livsforsikring“ 396, 426
1994.98 V 251f
1994.192 V 148, 197f, 238
1994.536 H „Dommerkonstitutioner“ 122f, 165, 172f, 284, 380, 425, 436, 437
1994.734 V „Grundlovsforhøret“ 149, 198
1994.988 H „Svend Aukens baghave“ 141, 150, 172, 243, 245, 286, 425
1995.249 V „Faderskabssagen“ 123, 224
1995.449 V „Disciplinærstraffen“ 243
1996.234 H „Varetagtsfængsling under domsforhandlingen“ 123, 425, 436
1996.1300 H „Maastricht“ (formaliteten) 66,
1997.157 H „Råstofudvinding I“ 164
1997.259 H „Vejle Amts Folkeblad“ 141, 172, 243, 265, 286, 425
1997.1157 H „Peruvianersagen“ 162ff,
1998.800 H „Maastricht“ (realiteten) 67, 152, 170, 200

1998.1664 H 372
1998.1669 H „Vandløb“ 372
1999.122 H 265
1999.271 H 124, 404, 425
1999.841 H „Tvind“ 67, 149, 330, 332, 336, 358, 380, 396
1999.1316 H „Novadan“ 224f, 226, 386, 426
1999.1390 H 124, 404, 425
1999.1394 H 124, 404, 425
1999.1496 H „FDB“ 123f, 226
1999.1503 H 124, 404, 425
1999.1507 H 124, 404, 425
1999.1538 H „Råstofudvinding II“ 164
1999.1675 H „Prøvestenen“ 243
1999.1798 H „Rocker“ 173f, 194, 200, 258, 263, 287, 332, 336, 357, 376f,
401, 413f OLD 20.08.1999 „Thule“ 404f
2000.293 H 124, 404, 425
2000.545 H (I) 124, 404, 425
2000.545 H (II) 124, 404, 425
2000.820 H 124, 404, 425
2000.822 H 124, 404, 425
HRK 16.03.2000 (sag 589/1999) 109, 153, 175, 346, 358, 380
HRK 16.03.2000 (sag 9/2000) 109, 153, 175, 346, 358, 380
HRD 27.04.2000 (sag 587/1999) 124, 404
HRD 04.05.2000 (sag 133/2000) 124, 404

Folketingets Ombudsmands praksis (FOB):

1963.15 218
1977.217 218, 246, 303
1977.435 246, 302f
1983.101 246
1983.123 218
1983.248 218, 245, 303
1987.237 149, 218, 240, 246, 303
1988.121 218, 303
1990.227 148, 238
1992.330 218, 240, 303
1995.170 245

1995.381 218, 240, 303

Udtalelse af 31.05.1999 (j.nr. 1998-1809-710 CC) 218, 245f, 303

Bundesverfassungsgerichts praxis (BVerfGE)

1, 14 (1951) 188, 299, 327

1, 264 (1952) 407

2, 266 (1953) 420

2, 380 (1953) 103, 158, 365

3, 225 (1953) 193,

4, 7 (1954) 255, 364

4, 219 (1955) 366

5, 85 (1956) 352

6, 32 (1957) „*Elfes*“ 159, 196

6, 55 (1957) 195,

6, 389 (1957) „*Homosex*“ 159

7, 198 (1958) „*Lüth*“ 137, 193, 195f, 207, 221f, 242, 244f, 264, 352, 353

7, 377 (1958) „*Apotek*“ 104, 137, 193, 242, 249, 250, 251, 255, 259, 261,
299, 364, 376, 398, 409f

10, 271 (1960) 114,

10, 302 (1960) 352

16, 130 (1963) 433

17, 306 (1964) „*Fælleskørselscentraler*“ 138, 249, 250, 254, 261f, 397f

18, 315 (1965) 398

19, 206 (1965) 188

19, 342 (1965) „*Varetægtsfængsling*“ 104, 138, 168, 249, 422

20, 162 (1966) „*Spiegel*“ 210

22, 180 (1967) „*Ungdomsvelfærd*“ 259f, 367

22, 349 (1967) 430

26, 66 (1969) 104,

29, 221 (1970) 367

30, 1 (1970) „*Medhør*“ 104,

30, 173 (1971) „*Mephisto*“ 264

32, 54 (1971) 237f

33, 1 (1972) „*Straffuldbyrdelse*“ 239

33, 52 (1972) 422

33, 303 (1972) „*Numerus clausus*“ 367, 431, 434

34, 238 (1973) „*Hemmelige båndoptagelser*“ 259

- 34, 269 (1973) „Prinsesse Soraya“ 103, 137, 223, 238, 245, 275, 353
35, 202 (1973) „Lebach“ 245
35, 263 (1973) 136
36, 1 (1973) 327
39, 1 (1975) „Abort I“ 160, 195, 212, 213, 214, 352, 377f, 383, 385, 434
39, 169 (1975) 433
39, 210 (1975) „Møllestruktur“ 398f
40, 65 (1975) 366
40, 93 (1971) 421
40, 196 (1975) „Kraftfartøj“ 213
45, 187 (1977) „Livstidsstraf“ 104, 159, 352, 398
45, 376 (1977) 393
49, 24 (1978) „Isolation“ 249, 251, 254, 255
49, 89 (1978) „Kalkar I“ 213
50, 290 (1979) „Medbestemmelse“ 208, 256, 364f, 398, 399, 410f
51, 97 (1979) 159
51, 324 (1979) „Domsforhandling“ 255
53, 30 (1979) „Mülheim-Kärlich“ 213
54, 277 (1980) 421
56, 54 (1981) „Flystøj“ 213, 383f
58, 202 (1981) 433f
58, 300 (1981) 260
69, 272 (1985) 366
69, 315 (1985) „Brockdorf“ 353
74, 358 (1987) 168, 199
76, 1 (1987) 335, 385
77, 170 (1987) „Kemiske våben“ 213, 410
77, 240 (1987) „Herrnburger-beretningen“ 262
77, 381 (1988) „Oplagring“ 213, 384
78, 38 (1988) 250
79, 174 (1988) „Trafikstøj“ 213
80, 367 (1989) 259
81, 242 (1990) „Handelsagent“ 223, 377
81, 278 (1990) „Forbundsflag“ 254, 352
81, 310 (1990) „Kalkar II“ 213
82, 30 (1990) 273
85, 69 (1991) 423
88, 87 (1993) 393, 402

- 88, 203 (1993) „Abort II“ 160, 383, 410, 421
89, 1 (1993) „Lejers rettigheder“ 222, 377
89, 214 (1993) „Kreditaftaler“ 223, 264
90, 145 (1994) „Cannabis“ 251, 253, 254, 256, 262, 376, 394, 398, 410
93, 121 (1995) „Formuebeskatning“ 365, 431, 434

Høyesteretts praksis (Rt)

- 1918.401 „Den store koncessionssag“ 299, 335, 345, 407, 412
1958.479 „Mykle“ 168, 282, 423
1961.1350 „Iversen“ 104, 114, 280, 344
1966.476 114, 169
1970.67 407
1976.1 „Kløfta“ 299f, 305, 335, 345, 354, 368, 379, 407, 412, 423f, 424
1979.571 „Demokratisering af bankvæsenet“ 412
1979.1079 „Den sindssyge kvindes anke“ 106, 344f, 379, 403
1980.52 „Arbejdsretten“ 435
1983.1004 „Børre Knudsen“ 105, 169, 200, 280, 378
1984.1175 „Sikringsdommen“ 115, 379
1985.1421 399
1990.257 243, 399
1991.973 115, 243, 379
1996.1415 „Borthen“ 305, 368ff, 394, 399, 407
1996.1440 „Thunheim“ 368f
1997.580 „Strejkeforbud“ 105, 117, 344
1997.1821 „Kjuus“ 105, 106, 169, 242f, 245, 262, 354f, 399, 403, 407f, 412f

Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis

- EMD 6 (1968) „Den belgiske sprogsag“ 52, 139, 256
EMD 7 (1968) *Wemhoff* 138, 196, 197, 238
EMD 11 (1970) *Delcourt* 357
EMD 12 (1971) *Ooms, De Wilde og Versyp* 357
EMD 18 (1975) *Golder* 139, 240, 345
EMD 23 (1976) *Kjeldsen* 51, 139, 189
EMD 24 (1976) *Handyside* 52, 257, 356
EMD 25 (1978) *Irland mod UK* 52

- EMD 26 (1978) *Tyrer* 161
EMD 28 (1978) *Klass* 51, 197, 262, 399
EMD 31 (1979) *Marckx* 214
EMD 32 (1979) *Airey* 139, 210
EMD 33 (1979) *Winterwerp* 250
EMD 39 (1980) *Guzzardi* 238, 257
EMD 44 (1981) *Young, James og Webster* 139, 162, 215, 386
EMD 45 (1981) *Dudgeon* 262, 357, 399
EMD 52 (1982) *Sporrong og Lönnroth* 256
EMD 71 (1983) *Pretto* 161
EMD 91 (1985) *X og Y mod Holland* 215, 386, 404
EMD 93 (1985) *Ashingdane* 260
EMD 94 (1985) *Abdulaziz* 210, 386
EMD 98 (1986) *James* 370
EMD 103 (1986) *Lingens* 356
EMD 106 (1986) *Rees* 210, 386, 436
EMD 109 (1986) *Gillow* 262, 335, 399
EMD 112 (1986) *Johnston* 386
EMD 113 (1987) *Mathieu-Mohin og Clerfayt* 210, 260, 346
EMD 139 (1988) *Plattform „Ärzte für das Leben“* 215, 385
EMD 154 (1989) *Hauschildt* 118
EMD 161 (1989) *Soering* 52, 139, 189, 193, 197, 256f, 357
EMD 216 (1991) *Observer og Guardian* 197, 356, 400
EMD 264 (1993) *Sigurjónsson* 139, 162,
EMD 303 (1994) *López-Ostra* 216, 386
EMD 324 (1995) *McCann* 261
EMD 1996, II, nr. 9 *Gustafsson* 214, 215
EMD 1996, IV, nr.14 *Gaygusuz* 346, 371, 394
EMD 1996, IV, nr.16 *Buckley* 256, 335, 357
EMD 1998, VI, nr.90 *A mod UK* 216, 386, 403

Stikordsregister

A

- Absolutte grundrettigheder 189, 229
- Afvejning
 - metode 232
 - begrundelse 232, 241ff
 - mellem grundrettigheder 263ff
 - prioriteret afvejning 243ff
- Afvejningsrettigheder, håndhævelse af 374ff
- Aktivism fra domstolene, se Judicial activism

B

- Balancering 190ff, 246ff, 263ff
- Begrundelse af grundretlige afgørelser, se Domsbegrundelse
- Beskyttelsespligt, statens **209ff**, 221, 223, 226, 381ff, 431
- “Bløde” retsfølger af prøvelse 417f, 426ff
- Børn 216, **238ff**, 386, **401ff**

D

- Demokrati
 - formelt ctr. materielt demokrati-begreb 58f
 - grundrettighedskontrol og demokrati 320ff
 - grundrettitghedskontrol og den demokratiske proces 349ff
- Demokratiske grundrettigheder 99, 100, 210, 346, **349f**, 433f

- Demonstrationsfrihed, se Forsamlingsfrihed
- Diskriminerende lovgivning 108, 346, **392ff**
- Dommerskab ret, se Retsskabende funktion
- Domsbegrundelse 269ff
 - afvejningssager 273f
 - betydning for domstolenes autoritet 269ff
 - facadelegitimation 271f
 - votering som domsbegrundelse 275f
 - åbenhed og udførlighed 272f
- Domstolskultur 46
- Domstolsreformen (1998) 65f
- Drittwirkung
 - middelbar 210, 219ff, 263ff
 - umiddelbar 219ff
- Dualisme 110f
- Dynamisk fortolkning **153ff**, 158ff, 160f, 164f
- Dømmekraft 92f

E

- EF-domstolen 55ff, 60f, 63, 64
- Effektiv grundrettighedsbeskyttelse, princippet om 194ff, 236ff, 248
- Ejendomsretten 164, 165, 256, 260, 281, 283, 284, 305, 323, 330, 336f, 345, 347, 351, **359ff**, 377, 379f, **392ff**, 399, 400f, 407, 412, 413, 424, 426, 431

- Ekspansiv fortolkning 132ff, 194ff
 EMD, se Europæiske Menneskerettighedsdomstol
 EMRK, se Europæiske Menneskerettighedskonvention
 EMRK-loven og dens forarbejder 119ff
 Europæisk konvergens, princippet om 198ff
 Europæisk rettighedsudvikling 47ff, 198f
 Europæiske Menneskerettighedsdomstol, Den (EMD) 51ff
 Europæiske Menneskerettighedskonvention, Den (EMRK) 51ff
 - fortolkningsfaktor i national ret 165ff
 - retskildestatus i national ret 110ff, 169, 174
- F**
- Facadelegitimation 271f
 Fagforeningsfrihed 108f, 123f, 139, 161, 162, 215, 224f, 226, 281, 386, 426
 Fair trial, se Retfærdig rettergang
 Flertalsstyre, princippet om 45, 320ff, 324ff
 FN-pagten 50
 Folkestyre, se Demokrati
 Forarbejder
 - forfatningens, se Originalistisk fortolkning
 - lovens 405ff
 Foreningsfrihed 105f, 172, 257, 347ff
 Forfatningens overhøjhed, se Lex superior
 Forfatningens enhed, princippet om 186ff
 Forfatningsideologi, dansk 43f
 Forfatningskonform lovfortolkning 310, 418ff
 Forfatningsretlig status 112f
 Forfatningsretlig tradition, dansk 44ff
- Forforståelse 74f, 179
 Forholdsmæssighedsgrundsætningen
 - begrundelse 138, 232f, 250
 - indhold 138, 232f, 246ff, 248ff, 287, 394, 397ff
 Forhåndsforrang, se Prioriteret afvejning
 Formalistisk fortolkning, se Ordlydsfortolkning
 Formålsfortolkning 132ff, 135ff, 138f, 147ff
 Forsamlingsfrihed 140f, 173f, 200, 210, 215, 263, 280, 287, 336, 347ff, 374, 76f, 385, 401, 413f, 423
- Fortolkning
 - fortolkningens tre faktorer 73ff
 - fortolkningens to stadier 76f, 91ff
 Fortolkningsmetoder
 - begreb 76
 - de traditionelle fortolkningsmetoder 129ff, 132, 135,
- Fortolkningsprincipper
 - begreb 76
 - for grundrettighedsfortolkning 179ff
 - grundrettigheder som generelle fortolkningsprincipper 216ff
- Fortolkningsstil, se Fortolkningsstrategi
 Fortolkningsstrategi
 - begreb 76
 - for grundrettighedsfortolkning 129ff
- Fortrinsstillede grundrettigheder 244, 347ff, 359
- Forvaltningsretten, grundrettighedernes betydning i 217f, 245f
- Frankrigs Erklæring om Menneskelige og Borgerlige Rettigheder (1789) 44, 54, 137
- Frankrigs Forfatningsråd 54
 "Fri" fortolkning 129ff
 Frihedsberøvelse
 - uden for strafferetsplejen 106f, 115,

- 142ff, 147f, 151, 170, 190, 197, 238,
250, 251f, 254, 259f, 278, 283,
350ff, 379
- inden for strafferetsplejen 149, 198,
250, 350ff
- Frihedsrettigheder
- som negative afværgerettigheder
205, 206f
 - som positive beskyttelsesrettigheder
205, 206f, 209ff
- Frihedsrevolutionerne 48f
- Fundamentale retsnormer, grund-
rettigheder som 184f, 205ff
- Funktionel balance, princippet om
200f
- Funktionsnorm, grundrettigheder som
306ff
- Fællesskabsrettens grundrettigheder
55ff
- „Fæsteafløsnings-doktrinen“ 300,
329ff, 336
- G**
- Grundrettigheder
- begreb 31ff
 - beskyttelsesområde ctr. grænser
235f
 - contra samfundshensyn 191ff, 252ff,
376f
 - contra andre (grund)rettigheder
205ff, 246ff, 253, 263ff, 377f
 - funktion 184f, 205ff
 - funktionsnorm ctr. kontrolnorm
306ff
 - grænser for beskyttelse, se
Grundrettighedsbeskyttelsens
grænser
 - karakter 129ff, 182f, 184f
 - kilder ctr. fortolkningsfaktorer 97ff
 - negative ctr. positive 381ff
 - regler ctr. principper 129ff, 230ff
 - retsprincip (afvejningsrettighed) ctr.
retsgaranti (statusrettighed) 373ff
 - retsvirkning mellem private 219ff,
263ff
 - som generelle retsprincipper 205ff
 - skrevne 98ff
 - uskrevne 85ff, 100ff
 - udspring 48f, 86, 185
 - væsensindhold 258ff
- Grundrettighedsbeskyttelsens grænser
229ff
- Grundrettighedsindgreb 246ff, 248ff
- kravet om egnethed 250f
 - kravet om nødvendighed 251
 - kravet om proportionalitet 251f, 254ff
 - væsensindholdslæren 258ff
- Grundrettighedskollisioner 246ff,
263ff, 377f
- Grundrettighedskontrol (prøvelse af
love)
- faktisk efterprøvelse 311
 - normativ efterprøvelse 310f
 - omfang 311ff
 - situation 309f
 - retsfølger 417ff
- Grænser for grundrettighedsbeskyttelse,
se Grundrettighedsbeskyttelsens
grænser
- H**
- Hermeneutik 87ff
- Historisk fortolkning, se
Originalistisk fortolkning
- Horisontal virkning, se
Drittwirkung
- I**
- Idéhistorie, rettighedstankens 48f, 185
- Immanente rettighedsbegrænsninger
238ff
- In dubio pro libertate 191f, 194ff,
251, 255, 257

Internationale menneskerettigheders status i national ret 110ff
 Intensitet, prøvelsens, se Grundrettighedskontrollens omfang
 International retspraksis i national ret, se Komparativ fortolkning

J

Judicial activism 328
 Judicial self-restraint 297, 327, 328ff

K

Kerne, grundrettighedernes 258ff, 397ff
 Kollektive goder, se Samfundshensyn
 Komparativ metode i retsvidenskaben 35ff
 Komparativ fortolkning (inter/transnational retspraksis) 165ff, 198ff
 Kompetenz-Kompetenz 298
 Kompetencefordelingshensyn 296ff, 333ff, 337f, 359ff
 Konkrete lovindgreb, se Singulære lovindgreb
 Konkretisering, fortolkning som 88ff
 Kontekstuel fortolkning, se Forfatningens enhed
 Kontrolnorm, grundrettigheder som 306ff

L

Legalisme, se Retspositivisme
 Legitimitet
 – begreb 34f
 – prøvelsesrettens 34f, 269f, 317ff
 – retsordenens 83ff
 – statsmagts 34f, 58, 206f, 255
 Lex superior, forfatningen som 318ff, 324

Lighedsgrundsætningen 102, 107, 196, 218, 280, 344, 346, 393, 396, 398, 402, 430
 Liv, retten til 105, 160, 169, 200, 212, 214, 261, 350f, 352, 372f, 377f, 383, 385
 Lovgivningsmagts, betydning for domstolenes prøvelse af
 – beslutningsgrundlag og prognoser 409ff
 – budgetkompetence 359ff
 – demokratiske mandat 296ff, 324ff
 – overherredømme 44ff
 – skønsfrihed ved afvejning af modstående hensyn 334, 373ff
 – valgfrihed 381ff, 428f
 – vurderinger i lovens forarbejder 405ff
 Lovindgreb, betydning for domstolenes prøvelse af
 – generalitet 392ff
 – intensitet 397ff
 – målgruppe 401ff
 Lovkonform forfatningsfortolkning 310

M

Magtfordelingsprincippet 99, 149, 165, 172, 284, 296ff, 319f, 324, 332, 336, 358, 380
 Magtfordelingstradition 43ff
 Menneskerettigheder
 – begreb i.f.t. grundrettigheder 33
 – internationale menneskerettigheder som grundrettigheder 110ff
 Mindretalsgarantier, grundrettigheder som 320ff, 401ff
 Monisme 110f

N

Naturret 48f, 86

Negative rettigheder, domstolsprøvelse med 381ff
 Normativistisk retsteori 77ff, 100ff, 130ff, 348

O

Ordlydsfortolkning 132, 136, 138, 140, 141ff, 337, 341ff
 Originalistisk fortolkning 153ff, 159f, 161, 162ff

P

Parlamentet, se Lovgivningsmagten
 Politiske grundrettigheder 245, 347ff
 Political questions, doktrinen om 331ff
 Positive rettigheder, domstolsprøvelse med 381ff
 Pragmatisme 46, 271f, 276, 280ff
 Praktisk konkordans, princippet om 190ff, 229, 248
 Preferred position principle, se Fortrinsstillede grundrettigheder
 Privates grundrettighedsindgreb, se Drittwirkung
 Privates retsforhold, grundrettighedernes betydning i, se Drittwirkung
 Privat- og familieliv, retten til 123, 124, 145f, 148, 151, 159, 164, 174, 210, 212f, 214, 215f, 223, 224, 237f, 239f, 259, 262, 264f, 279, 285f, 350f, 354, 356f, 374ff, 383f, 385, 393, 398, 399f, 404f, 425f, 436
 Principper, grundrettigheder som 129ff
 Principeorien 229ff
 Prioriteret afvejning, se Afvejning
 Problemorienteret fortolkning 74, 77, 87ff
 Prognose teorien 80ff

Proportionalitetskravet, se Forholdsmæssighedsgrundsætningen
 Præmisser, se Domsbegrundelse
 Præjudikatværdi, se Domsbegrundelse
 Prøvelsespligt 297f
 Prøvelsesret, domstolenes
 – grundelse 317ff
 – grænser 317ff
 – oprindelse 319
 – retsgrundlag i dansk ret 322ff
 Prøvelse af love, se Grundrettighedskontrol og Prøvelsesret
 Psykisk syge 106, 115, 142f, 148, 150, 197f, 215, 238ff, 251f, 259f, 278, 282, 286, 344f, 380, 401ff

Q

„Quasi-forfatningsretlig” status 113

R

Racediskrimination o.lign 105, 169, 242f, 245, 253, 256, 262, 265, 286, 346, 350f, 354f, 393, 401ff, 412f
 Restriktiv fortolkning 47, 130, 141ff, 196ff
 Retfærdig rettergang 99, 122f, 139, 162ff, 165, 172f, 175, 210, 284, 346, 358, 379f, 425, 435f, 437
 Retfærdighedshensyn 74
 Retsfølger af prøvelse 417ff
 Retsgarantier, håndhævelse af
 Retskilder ctr. fortolkningsfaktorer 97f
 Retspolitik ctr. retsdogmatik 81f
 Retspositivisme 46ff, 49, 97, 100ff, 271, 337, 341ff, 348
 Retsprincipper, håndhævelse af 374ff
 Retsrealisme, den skandinaviske 79ff
 Retsskabende funktion, domstolenes 91ff, 275
 Retsstatsprincippet 138, 248f, 344

Retstradition

- code-law vs. case-law tradition 61
- retspositivistisk tradition 46ff

S

- Samfundshensyn ctr. rettighedshensyn 191ff, 252ff, 376f
- Singulære lovindgreb 149, 358, **392ff**
- Sociale grundrettigheder, se Økonomiske og sociale grundrettigheder
- Statusrettigheder, håndhævelse af 378ff
- Strafasonere 238ff, 401ff
- Straffeprocessuelle grundsætninger 104, 106, 109, 123, 139, 153, 168, 172, 175, 346, 358, 378f, 422, 437
- Strafferetlige grundsætninger 104, 138, 159, 168, 253, 262, 352, 376, 378f, 384, 398, 410, 412f
- Svage og udsatte grupper, beskyttelse af 401ff

T

- Teleologisk fortolkning, se Formålsfortolkning
- Textualism, se Ordlydsfortolkning
- Tilbageholdenhed fra domstolene, se Judicial self-restraint
- Transnational retspraksis i national ret, se Komparativ fortolkning

U

- Udlændinge 124, 162ff, 210, 385, 401ff, 425f
- Universalitet, menneskerettighedernes 85f
- USAs Uafhængighedserklæring (1776) 49
- Uskrevne retsgrundsætninger som fortolkningsfaktor **132ff**, 173f, 139,

151ff, 186ff

- Uskrevne grundrettigheder 85ff, 100ff
- som grundlag for lovprøvelse 341ff

V

- Verdenserklæringen om Menneskerettigheder (1948) 50, 86
- „Vink“ til lovgivningsmagten 417, 435ff
- Værdighed, menneskets 160, 212, 350f
- Væsensindholdslæren 233f, **258ff**, 397ff

Y

- Ydelsesrettigheder, se Økonomiske og sociale grundrettigheder
- Ytrings- og mediefrihed 105, 137, 140, 148f, 149ff, 168f, 172, 189f, 210, 217f, 222, 223f, 238, 240, 242f, 244ff, 257, 261, 262, 264f, 277f, 279f, 282, 285f, 302f, 305, **347ff**, 374, 400, 403, 407f, 422, 423, 425

Ø

- Økonomiske grundrettigheder, se Ejendomsretten og Økonomiske og sociale grundrettigheder
- Økonomiske og sociale grundrettigheder 308f, **359ff**, 386f, **392ff**, 398f

Å

- Ånden bag grundrettighederne, se Uskrevne retsgrundsætninger som fortolkningsfaktor

